

UNIVERSIDAD NACIONAL MAYOR DE SAN MARCOS Fundada en 1551

FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIA POLÍTICA

E.A.P. DE DERECHO Y CIENCIA POLÍTICA

El delito de lesiones contra la vida humana dependiente: precisiones de dogmática penal y política criminal

TESIS para optar el Título Profesional de: ABOGADO

AUTOR

JUAN ANTONIO MICHUE HUACACHE

ASESOR: Dr. JUAN PORTOCARRERO HIDALGO

LIMA – PERÚ 2004

..	1
AGRADECIMIENTOS .	3
ABREVIATURAS UTILIZADAS . .	5
INTRODUCCIÓN .	7
CAPÍTULO I. LA VIDA HUMANA DEPENDIENTE: LÍMITE MÍNIMO Y MÁXIMO .	9
Consideraciones preliminares . .	9
2. Aspectos conceptuales .	11
2.1. Pre-embrin .	11
2.2. Embrin .	12
2.3. Feto .	14
2.4. Concebido . .	15
2.5. Nasciturus . .	16
2.6. Persona .	16
3. Posturas en torno al lmite mnimo de la vida humana . .	17
3.1. Postura de la fecundacin . .	18
3.2. Postura de la concepcin .	20
3.3. Postura de la anidacin .	22
3.4. Postura de la formacin de los rudimentos del sistema nervioso central .	23
3.5. Postura personal provisional .	24
4. Posiciones del Derecho constitucional, civil y penal en torno al comienzo de la vida humana .	25
4.1. Posicin del Derecho constitucional .	25
4.2. Posicin del Derecho civil .	26
4.3. Posicin del Derecho penal . .	27
5. Postura personal respecto al lmite mnimo de la vida humana dependiente .	29
6. El lmite mximo de la vida humana dependiente .	33
6.1. Postura personal .	36

7.Desarrollo de la vida intrauterina . .	38
CAPÍTULO II: LESIONES .	41
1. Concepto de lesión . .	41
1.1. Generalidades . .	41
1.2. Daño . .	43
1.3. Los agentes lesivos .	46
1.4. Postura personal .	49
2. Clasificación jurídica de las lesiones .	51
2.1. Lesiones producidas por conductas dolosas y culposas .	51
2.2. Lesiones graves y leves . .	51
3. Valoración médica del daño ocasionado en la salud del ser humano .	55
CAPÍTULO III: PROTECCIÓN PENAL DE LA SALUD EN UN SISTEMA SIN DELITO DE LESIONES CONTRA LA VIDA HUMANA DEPENDIENTE .	57
1. Nota introductoria . .	57
2. El caso Contergan: un hecho paradigmático . .	58
3. El Derecho penal alemán. Un Derecho sin delito de «lesiones al feto» frente al «caso Contergan» . .	60
4. El debate en la doctrina alemana tras el «caso Contergan» . .	61
4.1. La posición de Schröder .	61
4.2. La posición de Tepperwien .	62
4.3. La posición de Hans Lüttger .	63
4.4. La posición de Armin Kaufmann . .	64
5. Escenario actual de la doctrina alemana .	65
CAPÍTULO IV: LA REGULACIÓN DE LOS DELITOS DE LESIONES CONTRA LA VIDA HUMANA DEPENDIENTE EN DERECHO COMPARADO . .	67
1. Cuestiones preliminares .	67
2.España [Código Penal de 1995] .	69
2.1. Generalidades . .	69
2.2. Figura delictiva dolosa . .	70
2.3. Figura delictiva imprudente . .	71

3. El Salvador [Código Penal de 1998] .	72
3.1. Generalidades . .	72
3.2. Figura delictiva dolosa . .	73
3.3.Figura delictiva culposa .	73
4. Costa Rica [Proyecto del Código Penal de 1998] .	74
4.1. Generalidades . .	74
4.2. Figura delictiva dolosa . .	74
4.3.Figura delictiva culposa .	75
5. Colombia [Código Penal de 2000] . .	75
5.1. Generalidades . .	75
5.2. Figura delictiva dolosa . .	76
5.3. Figura delictiva culposa . .	76
CAPÍTULO V: DETERMINACIÓN DEL BIEN JURÍDICO-PENAL TUTELADO EN LOS DELITOS DE LESIONES AL NASCITURUS . .	79
1. El bien jurídico-penal. Concepto y contenido material . .	79
1.1. Toma de postura . .	83
2. El bien jurídico protegido en los delitos de lesiones al nasciturus .	83
3. Ubicación sistemática del delito de lesiones contra la vida humana dependiente . .	87
CAPÍTULO VI: EL DELITO DE «LESIONES EN EL CONCEBIDO» EN EL CÓDIGO PENAL PERUANO. ESPECIAL REFERENCIA AL ART. 124-A . .	89
1. Consideraciones preliminares . .	89
2. Análisis del tipo penal .	91
2.1. Análisis del aspecto de forma . .	91
2.2. Análisis del aspecto de fondo . .	92
3. Palabras finales . .	94
CAPÍTULO VII: ELEMENTOS FUNDAMENTALES PARA UNA DEBIDA TIPIFICACIÓN DEL DELITO DE LESIONES CONTRA LA VIDA HUMANA DEPENDIENTE .	97
1. Consideraciones preliminares . .	97
2. Tipicidad objetiva .	98
2.1. Sujetos . .	98

2.2. Objeto material del delito . .	101
2.3. Conducta típica . .	101
3. Tipicidad subjetiva .	103
3.1. Dolo .	103
3.2. La culpa o imprudencia ³⁵⁷ .	104
3.3. Error . .	105
4. Resultado y tentativa .	106
5. Causas de justificación .	107
5.1. Estado de necesidad .	107
6. Concurso .	108
7. Autoría y participación ³⁷⁶ .	109
7.1. Autoría y participación en los delitos dolosos .	109
8. Consecuencias jurídicas del delito . .	111
8.1. Penas ³⁸⁰ .	111
8.2. Reparación civil .	116
9. Otras consideraciones .	116
9.1. Consideraciones acerca de la imprudencia o culpa profesional . .	116

³⁵⁷ Véase con mayor detalle los trabajos completos de: SERRANO GONZÁLEZ DE MURILLO, José Luis: «Teoría del delito imprudente. Doctrina general y regulación legal», Ministerio de Justicia, centro de publicaciones, Madrid, 1991; CÓRDOVA RODA, Juan: «Los delitos culposos», en: CDJ, N° I, Madrid, 1993.

³⁷⁶ Con mayor profundidad véase los trabajos de: LOPEZ BARJA DE QUIROGA, JACOBO: «La participación y los delitos especiales», en: CDJ, N° XXXIX, p. 135-180, Madrid, 1994; LOPEZ, M^a CARMEN: «Autoría y participación en los delitos imprudentes», en: CD, N° I, p. 437-453, Madrid, 1993; MARTIN Y MARTIN, JOSÉ ANTONIO: «Problemas procesales de la autoría y participación criminal», N°XXXIX, p. 11-56, Madrid,1994; ROSAL BLASCO, BERNARDO DEL: «La inducción y la complicidad como formas de participación criminal punibles en el Código Penal», en: CDJ, N° XXXIX, p. 181-232, Madrid, 1994; RUIZ ANTON, LUIS FELIPE: «Del agente provocador y del delito provocado», en: CDJ, N° XXXIX, p. 333-392, Madrid, 1994; SEGURA SANCHO, FRANCISCO: «La responsabilidad penal de las personas jurídicas», en: CDJ, N° XXXIX, p. 403-415, Madrid, 1994..

³⁸⁰ BOIX REIG, Javier: «La motivación de la individualización de la pena», en: CDJ, N° XIII, p. 181-199, Madrid, 1992; ALONSO DE ESCAMILLA, Avelina: «La ejecución de la pena privativa de libertad», en: CDJ, N° IX, p. 217-240, Madrid, 1993; GRANADOS PÉREZ, Carlos: «Individualización de las penas: supuestos conflictivos», en: CDJ, N° IX, p. 177-215, Madrid, 1993; MANZANARES SAMANIEGO, José Luis: «Perspectivas de futuro: arresto de fin de semana y multas por cuotas», en CDJ, N° IX, p. 145-176, Madrid,1993; MATA AMAYA, José De La: «Ejecución de penas restrictivas de libertad y no privativas de derechos», en: CDJ, N° XV, p. 141-195, Madrid, 1994; ORTEGA LLORCA, Vicente: «Individualización y determinación de la pena (aspectos jurídicos). Las recomendaciones del Consejo de Europa. Valoración de la reincidencia. Eximente incompletas y medidas de seguridad sustitutivas de penas», en: CDJ, N° IX, p. 15-83, Madrid,1993 y PRIETO MACIAS, Carlos: «Reflexiones sobre algunos aspectos de la ejecución de penas privativas de libertad», en: CDJ, N° IX, p. 329-337, Madrid, 1993

9.2. Análisis del término «inobservancia de reglas de profesión, de ocupación o industria». Especial referencia al art. 111 y 124 del Código Penal. . .	117
9.3. Especial referencia a la imprudencia médica .	119
CAPÍTULO VIII: PROPUESTA DE LEGE FERENDA . .	125
1. Propuesta personal . .	125
CONCLUSIONES . .	127
RECOMENDACIONES .	133
BIBLIOGRAFÍA .	135
ANEXOS .	143
ANEXOS. 1 . .	143
ANEXO. 2 .	144

DEDICATORIA A mi querido abuelo Filomeno D. Michue. Ejemplo de constante lucha en momentos difíciles de la vida. A mi abuela Lucila, mi madre Teresa y mis hermanos Miguel y Verónica. Ellos, mi pequeña familia

AGRADECIMIENTOS

Mi paso por la universidad Nacional Mayor de San Marcos y mi convivencia con la familia universitaria han hecho de mí un hombre preocupado por las ciencias penales; por ello, el presente trabajo constituye un objetivo y esfuerzo personal por colaborar con nuestra noble doctrina jurídico-penal.

Por ello quiero agradecer en primer lugar al Prof. Dr. Juan Portocarrero Hidalgo, asesor de mi tesis, quien desde las aulas universitarias como en lugares ajenos siempre me mostró el camino correcto en la vida de un hombre de leyes.

De igual manera, aprovecho estas líneas para agradecerles por su afecto a mis entrañables amigos Jorge Román y David Minaya quienes me mostraron su sincera amistad y desde sus distintas ocupaciones me apoyaron en ésta tarea. Aquí también va mi agradecimiento a Aníbal Castañeda, Nelwin Castro y a mis compañero universitarios. A todos ellos gracias.

No quisiera culminar sin mencionar a unas personas especiales en mi época universitaria, a la señorita Katya Cerna y la niña Daffne Yaipe, a la primera por su constante apoyo y por «robarle» tiempo en su momento y, a la segunda porque inconscientemente alimento en mí la pasión por el tema. A ellas debo expresar mi más sincero afecto.

ABREVIATURAS UTILIZADAS

art.	Artículo
arts.	Artículos
Cap	Capítulo
CC	Código Civil
CDJ	Cuadernos de Derecho Judicial
Coord.	Coordinador
CP	Código Penal
Cfr	Confróntese
Dir.	Director
p.	Página
RECPC	Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología
RPCP	Revista Peruana de Ciencias Penales
s.	Siguiente
ss.	Siguientes
STS	Sentencia del Tribunal Supremo español, Sala 2
StGB	Strafgesetzbuch (Código Penal alemán)

INTRODUCCIÓN

El clásico Derecho penal sólo protegía al ser humano intrauterino de aquellas conductas que le causaban la muerte a través de la figura del aborto, así dejaba impune las acciones que sólo le provocaban lesiones, con lo que se evidenciaba un vacío legal; sin embargo, ante esta situación el Derecho penal moderno y entre ellos el Código Penal español de 1995 fue quien por primera vez tipificaría las lesiones al feto.

En el escenario punitivo nacional el delito de lesiones contra la vida humana dependiente, era ajeno a nuestra legislación hasta antes de la dación de la Ley N° 27716 del año 2002 mediante el cual se incorporó a nuestro Código Penal de 1991 el artículo 124-A castigando las acciones dolosas que causen lesión en el concebido. Empero, la figura motivo de investigación merece mayor preocupación para así obtener una completa tutela penal del *nasciturus* frente a las lesiones que se le puedan causar.

Así las cosas, la tarea se inicia con un estudio destinado a determinar los extremos mínimos (inicio de la vida) y máximos (nacimiento) de la vida humana albergada en el seno materno.

En segundo lugar me ocupo de las lesiones en general, con lo que determinó que la noción clásica de lo que se entiende por delitos de lesiones no alcanza a las lesiones que se le pueden causar el ser en formación en sus primeros días de vida.

La tercera parte está dedicada a recorrer el pasado para hacernos de un hecho paradigmático ocurrido en la Alemania de finales de los años sesenta e inicios de los setenta, donde miles de niños recién nacidos se ven afectados por la ingesta -por parte

de las madres- de píldoras «contergan» que le provocaron graves deformaciones en su aspecto físico. Ello provocó que el Derecho se pronuncie y lo hizo a través del Derecho penal alemán alentado por las opiniones de sus notables juristas quienes aportaron soluciones al caso, en un sistema penal sin delitos de lesiones contra el *nasciturus*.

Luego, reservo el cuarto lugar, para hacer un recorrido por el Derecho comprado y así identificar las legislaciones que punen las conductas lesionales contra el ser en formación. Empiezo por España –hoy única legislación con tradición germánico-romana en Europa- que pune esta modalidad delictiva; luego, en América, tenemos a la República de El Salvador, Costa Rica y Colombia.

En el quinto espacio trabajo el bien jurídico-penal donde en primer lugar se desarrolla una breve teoría de dicha figura penal, para luego determinar el bien jurídico protegido en los delitos de lesiones contra el *nasciturus*. Finalmente, determino la correcta ubicación sistemática en el Código Penal en función del bien jurídico-penal.

El análisis del artículo 124-A del actual Código Penal patrio, se trabajó en sexto lugar, de ello se pudo apreciar, teniendo en cuenta el análisis de forma y el análisis de fondo las deficiencias actuales que contiene dicho tipo penal.

En séptimo lugar se trabajo los elementos fundamentales que conduce a una completa y correcta tipificación del delito de lesiones contra el *nasciturus* y como ello lograr una eficaz tutela del bien jurídico-penal en esta novedad legislativa.

Finalmente, el trabajo culmina con la propuesta de lege ferenda con el afán de que se contribuya y se incite a un cambio en la redacción actual del tipo penal y, sobre todo, se inserte en la ley punitiva la modalidad culposa de los delitos de lesiones contra el *nasciturus*.

En base a estas consideraciones, puedo afirmar que el delito de lesiones contra el ser humano en formación en su modalidad culposa reclama su pronta inclusión en el actual Código Penal nacional.

En conclusión, espero que esta labor sea un aporte a la investigación de esta clase de delitos, donde se protege al ser más indefenso de aquellas conductas que le causan lesión. En este sentido, la presente tesis busca colmar las preocupaciones comunes de los estudiosos del Derecho penal, en lo que respecta a los delitos de lesiones contra el *nasciturus*.

En Santa Eulalia, enero de 2004.

CAPÍTULO I. LA VIDA HUMANA DEPENDIENTE: LÍMITE MÍNIMO Y MÁXIMO

Consideraciones preliminares

En torno del ser humano giran: la Medicina, la Sociología, la Antropología, la Filosofía, el Derecho y otros que tratan de dar respuesta a los diferentes interrogantes que afloran a partir de su existencia. Sin embargo, debo hacer una división de dicha existencia, cuya línea demarcatoria viene dada por el nacimiento, acontecimiento biológico que marca una existencia dentro del vientre de la madre y otra fuera de ella o vida albergada en la sociedad¹. Con ello el estudio jurídico-penal que me ocupa, se centra en el primer espacio, pues, vengo a precisar el límite mínimo y límite máximo de la vida del no nacido para efectos del Derecho penal.

En principio, respecto del límite mínimo en sentido amplio o comienzo de la vida del ser humano se presenta la siguiente interrogante que ha sido una constante

¹ Cfr. LAURENZO COPELLO, Patricia: El aborto no punible, Bosch, Casa Editorial, S.A., Barcelona, 1990, p. 89.

preocupación del hombre: ¿cuándo o en qué momento comienza la vida del ser humano?. Así, desde la aparición de las primeras culturas se le trató de explicar a través de mitos y leyendas, luego, con el avance de las ciencias antiguas se sostuvo que el embrión recibía el aliento vital al momento de nacer²; empero, será Aristóteles quien afirmara que el feto ya es un ser con vida propia; más tarde, bajo la influencia del cristianismo se indicaba que este adquiere la vida con la infusión del espíritu, y esto ocurre de la siguiente manera: cuando el feto era varón lo adquiere a los cuarenta días de la concepción³, mientras que cuando eran mujeres se produce en torno al tercer mes. Por ello, precisar cuál es el momento en que se da la génesis de la vida humana ha sido un tema de constante discusión en los círculos filosóficos, teleológicos, científicos, jurídicos y otros.

Sin embargo, con el progreso de las ciencias médicas quedaron superadas las concepciones filosóficas y teleológicas que consideraban que el inicio de la vida humana se daba con la animación ósea el momento en que el cuerpo se une con el alma⁴. Hoy, gracias a los datos científicos, se sabe que la vida intrauterina pasa por todo un proceso biológico cuyo momento inicial tiene lugar con la fecundación, seguidamente se da la concepción, la anidación, la actividad cerebral y finalmente el nacimiento. Es entonces, alrededor de estos momentos de la vida humana dependiente que surgen diferentes posturas con las cuales se tratan de determinar cuando tiene lugar el inicio de la vida.

En segundo lugar, la problemática gira alrededor del límite máximo de la vida fetal, es decir, el nacimiento, momento en el cual el feto deja de ser tal para adquirir la calidad de persona, conforme lo prescribe el Derecho privado. Sobre este acontecimiento han surgido, en Derecho penal, diferentes posiciones que tratan de determinar cuándo estamos ante un objeto material tutelado por el homicidio y lesiones o por el aborto y en su caso por lesiones al *nasciturus*.

Finalmente, se sabe que el objetivo de la ciencia jurídica es adaptarse a la verdad que arroja la ciencia⁵. Y, en este caso la embriología, ya que, es ella quien nos da la información precisa sobre cuándo y de qué modo ocurre esa realidad llamada vida humana⁶. Al respecto, el tema es altamente controvertido por lo que hace que las ramas del Derecho y en especial el Derecho civil y penal adopte posiciones encontradas. Por su

² Fue la tesis que manejaron los *estoicos* (escuela filosófica), pues consideraron al embrión como mera parte del cuerpo de la madre gestante y sólo con el nacimiento adquiere el alma, al respecto véase VICO PEINADO, José: El comienzo de la vida humana. Biotica teológica, Ediciones Paulinas, Santiago de Chile, 1991, p. 98.

³ Cfr. BERISTAIN, Antonio: Interrupción voluntaria del embarazo: Reflexiones teológico-jurídicas, en: Anuario de Derecho penal y Ciencias penales, Madrid, 1981, p. 43.

⁴ Cfr. PORTOCARRERO HIDALGO, Juan: Aborto y Exposición o abandono en peligro, Editorial Jurídica Portocarrero, Lima, 1999, p. 25.

⁵ Cfr. ORDOQUI CASTILLA, Gustavo: Daños y perjuicios causados al concebido aun no nacido. En la jurisprudencia, en: Aequitas. Revista de Derecho y Ciencia Política, Año: 1, N° 1, p. 40.

⁶ Véase ampliamente JAVIER CASTIELLA, José: La persona en general, en: Revista Arbil, N° 73, Zaragoza. (disponible en: <http://www.arbil.org>)

parte la doctrina civilista es unánime en admitir que la vida se inicia con la concepción, mientras todo lo contrario sucede en el ámbito penal donde se observa un constante debate.

2. Aspectos conceptuales

Antes de entrar a tratar las diferentes posturas que se acogen a los momentos por los que pasa la vida intrauterina, considero importante tener presente los conceptos y/o definiciones de los términos: pre-embrin, embrin, feto, concebido, *nasciturus* y persona; por cuanto resultan básicos para manejar un adecuado lenguaje técnico-jurídico que nos permita precisar el ámbito de protección del Derecho penal.

2.1. Pre-embrin

El término pre-embrin⁷ fue producto de la necesidad de justificar la destrucción de embriones necesarios para la investigación sobre fertilización y embriología humana; porque será, a partir del Informe Warnock de 1984⁸ que se permitió la investigación embrionaria. Con ello la ciencia médica contaba con un término adecuado para que la investigación sobre el producto de la concepción hasta antes de la anidación en el útero materno resulte tibia y justificadamente permitida por la sociedad⁹, del mismo modo sirvió a los juristas para determinar desde qué momento es relevante su protección. Bajo esta concepción y amparados en fundamentos¹⁰, que hoy en día han perdido todo fundamento científico, pues no tiene solidez, y resulta; por consiguiente, insostenible, es que se viene a acuñar la palabra pre-embrin para designar al grupo de células resultantes de la división progresiva del vulo desde que es fecundado hasta aproximadamente 14 días más tarde, cuando anida establemente en el interior del útero materno¹¹.

⁷ Ver ampliamente GONZÁLEZ MANTILLA, Gorki: La consideración jurídica del embrión *in vitro*, Fondo editorial de la PUCP, 1996, p. 36 y ss.

⁸ El gobierno Británico reunió a 16 expertos entre médicos, telólogos, abogados y catedráticos presididos por Mari Warnock quienes redactaron dicho informe (Informe Warnock) que consta de 63 recomendaciones, convirtiéndose el precursor de la regulación legislativa sobre la investigación embrionaria; al respecto véase MOSQUERA VSQUEZ, Clara: Derecho y genoma humano, 1 edición, Editorial San Marcos, Lima, 1997, p. 90.

⁹ En este sentido MORO ALMARAZ, M. Jesús: Aspectos civiles de la inseminación artificial y la fecundación *in vitro*, Librería Bosch, Barcelona, 1988, p. 127.

¹¹ Cfr. al respecto: HIGUERA GUIMER, Juan Felipe: El Derecho penal y la genética, 1 edición, Editorial Trivium, S.A., Madrid, 1995, p. 196 y Exposición de Motivos de la LEY ESPAÑOLA 35/1988, ley que regula la donación y utilización de embriones o fetos humanos o de sus células, tejidos u órganos.

Sin embargo, en la actualidad desde una óptica científica es inútil pronunciarse por el vocablo «pre-embrión» puesto que, antes del embrión, sólo hay un óvulo y espermatozoides¹², y, hasta que alguno de estos no ha fecundado al primero, no existe un ser nuevo. Entonces, no se puede hablar, por lo tanto, de pre-embrión porque, por definición, el embrión es la forma más joven de ser humano¹³. En todo caso, para efectos de una diferenciación se puede utilizar el término de embrión preimplantatorio.

En conclusión considero que se ha impuesto dicho término no porque sea en sí mismo significativo de alguna realidad biológica; sino porque sirve para convalidar o neutralizar éticamente la pérdida o destrucción deliberada de embriones que va inevitablemente unida a los procedimientos de reproducción asistida y a la investigación sobre embriones¹⁴.

2.2. Embrin

La Real Academia Española de la Lengua lo define como el producto de la concepción hasta fines del tercer mes del embarazo; es decir, abarca la fase del denominado pre-embrión.

¹⁰ Estos fundamentos, que en su momento cobraron importancia, los podemos agrupar en cuatro lineamientos: 1) La primera razón es que el embrión, en sus primeros estadios, será simplemente un amasijo de células genéticamente humanas, un montón de células individuales y distintas, cada una de las cuales es una entidad ontológicamente distinta en simple contraste con las otras; 2) La segunda razón la propuso inicialmente la reconocida investigadora, A. Mac Laren, quien considera que, hasta cerca del día 14 desde la fecundación, sólo tiene lugar una preparación de los sistemas protectores y nutritivos requeridos para cubrir las futuras necesidades del embrión. En efecto, sólo al día 15 tras la fecundación aparece la etapa primitiva, que es una entidad espacialmente definida, llamada disco embrionario, que puede desarrollarse directamente en un feto y después en un niño; 3) La tercera razón es el fenómeno de los gemelos monocigóticos. Este fenómeno, según los objetores, es la prueba de que el cigoto no puede ser ontológicamente un individuo humano. En efecto, en su opinión, este fenómeno muestra que el propio cigoto tiene la capacidad de llegar a ser dos individuos. Esta parece ser la razón más sólida para que, sobre todo por los filósofos, sea negada la individualidad al embrión, por lo menos hasta el término del período de la posible separación de los gemelos; y 4) La cuarta razón para negar el estatuto de individuo al cigoto y al embrión precoz, al menos hasta la implantación, es que la coexistencia embrión-madre es una condición necesaria para que un embrión perteneciente a la especie humana pueda adquirir el carácter de individuo humano y llegar a ser un miembro de la comunidad humana. Esta condición, según algunos autores, se puede verificar sólo en la implantación; al respecto véase ampliamente SERRA, ngelo: La contribución de la biología al estatuto del embrión (disponible en: http://www.bioeticaweb.com/Inicio_de_la_vida/Serra_contr_emb.htm)

¹² En este sentido LEJEUNE, Jrome: Qu es el embrión humano?, en: Documentos del Instituto de Ciencias para la Familia, Universidad de Navarra, Madrid, 1999, p. 26.

¹³ Cfr. FERRER COLOMER / PASTOR GARCA: Génesis del término pre-embrión en la literatura científica actual, en: Persona y Biotica, Cundinamarca, Universidad La Sabana, N 2, octubre-enero, 1998.

¹⁴ En este sentido cfr.: FERRER COLOMER / PASTOR GARCA: ob.cit. y MIGUEL PASTOR, Luis: Biotica de la manipulación embrionaria humana, en: Cuadernos de Biotica, Volumen 31, N 3, 1997, p. 1074-1103 (disponible en: <http://www.cuadernos.biotica.org>)

Sin embargo, para algunos autores como es el caso de HIGUERA GUIMERÁ¹⁵ se habla de embrión propiamente dicho desde la anidación -14 días después de la fecundación hasta que transcurran aproximadamente dos meses y medio¹⁶. Además, es la etapa en que se lleva a cabo la formación de los órganos del nuevo ser humano; es decir, se produce la figura de la organogénesis.

Personalmente considero que con la expresión de embrión se alude a la etapa del desarrollo humano que va desde la concepción, pasando por la anidación hasta aproximadamente tres meses después (véase infra: numeral 7), momento en el cual la ciencia médica lo viene a denominar feto. En este caso se puede hablar de embrión posimplantatorio.

El término en cuestión es utilizado tanto en dispositivos legales internacionales¹⁷ como en distintos dispositivos nacionales¹⁸. En este último caso, se debe apreciar el Decreto Supremo N 009-97-EM que aprueba el Reglamento de Seguridad Radiológica, así como la Sentencia de fecha 26 enero de 1998 emitida por la Sala Penal de la Corte Superior de Lima, documentos en los cuales se vienen utilizando la frase embrión o feto. De ello, debo manifestar que embrión y feto son dos realidades vitales totalmente distintas, por lo que mal se hace equiparar dichos términos con la palabra o, logrando con ello únicamente conducirnos a un error terminológico, confusión que trato de despejar al precisar dichas figuras. Pero, al respecto, parece que la voluntad tanto del legislador como de los operadores legales fue equiparar dichos términos. Sin embargo considero que lo correcto es utilizar la palabra y para distinguir los dos momentos del desarrollo del ser humano intratero.

¹⁵ Cfr. HIGUERA GUIMER, Juan Felipe: ob.cit., p. 196.

¹⁶ En este mismo sentido cfr. VALVERDE MORANTE, Ricardo: Derecho genético: Reflexiones jurídicas planteadas por las técnicas de reproducción humana asistida, Gráfica Horizonte S.A., Lima, 2001, p. 151.

¹⁷ Al respecto véase: Informe Warnock (1984); Recomendación 1046 del Consejo de Europa (1986); Ley española sobre técnica de reproducción asistida (Ley N 35/88); Ley alemana de protección del embrión (Ley N 745/90 del 13 de diciembre de 1990); Ley francesa relativa al respeto del cuerpo humano (Ley N 94-653) y la relativa a la donación y utilización de elementos y productos del cuerpo humano (Ley N 94-654), ambas del 29 de julio de 1994.

¹⁸ Véase al respecto: DECRETO SUPREMO N 018-89-EM-VME (derogado por DECRETO SUPREMO N 009-97-EM) que aprueba el Reglamento de Protección Radiológica, publicado el 27 de octubre de 1989, específicamente su art. 51.- *Se pondrá especial atención en los detalles de la técnica radiológica al modo que se asegure una mínima exposición al **embrión** o feto posiblemente presente, si no se sabe si una mujer está o no embarazada*; DECRETO SUPREMO N 82-94-PCM que aprueba el Plan Nacional de Prevención y Control de Drogas, publicado el 03 de octubre de 1994, específicamente numeral 4.4.2., literal b) Clorhidrato de cocaína: tolerancia y dependencia variable, depresión severa. Indiferencia afectiva, psicosis cocaínica. Combinada con otras drogas (tranquilizantes y anfetaminas) puede producir la muerte. Efectos variables sobre el **embrión** y el feto; DECRETO SUPREMO N 009-97-EM que aprueba el Reglamento de Seguridad Radiológica, publicada el 29 de mayo de 1997, específicamente art. 39.- *Se evitarán los procedimientos de diagnóstico o de terapia que ocasionen exposición en el abdomen de una mujer embarazada o probablemente embarazada, a menos que existan fuertes indicaciones clínicas, en cuyo caso se deben tomar todas las medidas de protección para reducir las dosis al **embrión** o feto.*

2.3. Feto

El Diccionario de la Real Academia entiende que el feto es el embrión de los mamíferos placentarios y marsupiales, desde que se implanta en el tero hasta el momento del parto. Bajo este concepto el embrión preimplantatorio no puede ser considerado, literalmente, feto.

En principio debo partir de la idea de que no existe definición jurídico-penal del término feto; sin embargo, en doctrina penal se puede apreciar dos posiciones o tesis que tratan de dar un contenido material al concepto de feto. Estas posiciones vienen representadas por las tesis restrictivas y la tesis amplia de la expresión feto.

Los partidarios de la tesis restrictiva, entre ellos DÍEZ RIPOLLÉS¹⁹, GONZLEZ RUS²⁰, HIGUERA GUIMER²¹ y PERIS RIERA²², consideran que el feto es la fase más avanzada del desarrollo embriológico y con el cual se conoce al embrión con apariencia humana y sus órganos formados que maduran paulatinamente para su viabilidad y autonomía después del parto. Este concepto es producto de la Ley española 35/1988²³, en cuya Exposición de Motivos viene a definir la figura del feto.

Por su parte, entre los partidarios de la tesis amplia del término feto, puede apreciarse dos tendencias. Los que consideran que el concepto de feto abarca al embrión posanidatorio entre los cuales puede citarse autores como ROMEO CASABONA²⁴, MUOZ CONDE²⁵, PORTOCARRERO HIDALGO²⁶. Mientras otro grupo, entre los que destaca GRACIA MARTÍN²⁷, considera que con dicho término se debe hacer referencia a

¹⁹ Cfr. DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis: Comentarios al Código Penal. Parte especial I, (Coords. Díez Ripollés / Gracia Martín), Tirant lo Blanch, Valencia, 1997, p. 341 y ss.

²⁰ Cfr. GONZLEZ RUS, Juan José: Curso de Derecho penal español. Parte especial I, (dirig. por Manuel Cobo del Rosal), Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales S.A., Madrid, 1996, p. 134.

²¹ Cfr. HIGUERA GUIMER, Juan Felipe: ob.cit., p. 324.

²² Cfr. PERIS RIERA, Jaime: La regulación penal de la manipulación genética en España, Madrid, 1995, p. 164.

²³ El ordenamiento legal se estructura en siete capítulos (21 artículos) una disposición transitoria, y disposiciones finales relativas a la composición y funcionamiento de la Comisión Nacional de Reproducción asistida, órgano de Aplicación de la ley; al respecto con mayor detalle véase HOOF, Pedro: Biotica y Derechos humanos. Temas y casos, Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1999, p. 35 a 45.

²⁴ Cfr. ROMEO CASABONA, Carlos María: El derecho y la biotica ante los límites de la vida humana, Madrid, 1994, p. 403.

²⁵ Cfr. MUOZ CONDE, Francisco: Derecho penal. Parte especial, 12 edición, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999, p. 136.

²⁶ Cfr. PORTOCARRERO HIDALGO, Juan: ob.cit. (1999), p. 25 y ss.

²⁷ Cfr. GRACIA MARTÍN, Luis: Comentarios al Código Penal. Parte especial I, (Coords. Díez Ripollés / Gracia Martín), Tirant lo Blanch, Valencia, 1997, p. 617 y ss.

todo el desarrollo embriológico, incluyendo, al embrión preimplantatorio.

A mi juicio, considero que la exactitud conceptual es básica para describir y mostrar las realidades con que se nutre el Derecho punitivo; en este sentido, queda claro que cuando me refiero al feto tengo que hacerlo desde la óptica amplia-moderada de dicho término, esto quiere decir, que cuando me refiero al feto se tendrá que abarcar desde el embrión posanidatorio hasta el momento del nacimiento. Esta tesis, también, va acorde con la definición lingüística de la figura sometida a comentario.

Por su parte, en el plano legislativo el vocablo feto viene siendo empleado en distintos documentos legales²⁸.

2.4. Concebido

En palabras de CABANELLAS DE TORRES²⁹ viene a ser: el vulo fecundado de la mujer; sin embargo, el profesor ESPINOZA ESPINOZA³⁰, precisando la figura, lo considera como el ser humano antes de nacer que, pese a que depende de la madre para su subsistencia, está genéticamente individualizado frente al ordenamiento jurídico y, como tal, se convierte en un concepto de imputación de los derechos y deberes los cuales lo favorecen. Entonces, debe destacarse, que con el vocablo concebido se hace referencia al ser humano intrauterino que va desde la concepción al aborto, nacimiento o muerte de la embarazada.

La doctrina y legislación romana otorgaban a la criatura en gestación una fisonomía jurídica especial: se le consideraba como una anticipación de la «persona» o, más bien dicho, como una persona futura, una esperanza, según la expresión que va

²⁸ Vase al respecto: RESOLUCIÓN DE LA COMISIÓN EJECUTIVA DEL MINISTERIO PÚBLICO N° 704-98-MP-CEMP, 04 de noviembre de 1998; RESOLUCIÓN MINISTERIAL N° 465-99-SA-DM, Normas del Programa de Planificación Familiar, 25 de septiembre de 1999 (La violencia familiar está asociada a riesgos en la Salud Reproductiva porque: Es causa de embarazos no deseados, incrementa el riesgo de aborto provocado, incrementa el riesgo de contraer Enfermedades de Transmisión Sexual (ETS) y el SIDA, afecta la capacidad de la mujer para el uso correcto de anticonceptivos y en el embarazo aumenta el riesgo para la salud de la mujer y el **feto**); RESOLUCIÓN DE GERENCIA GENERAL N° 251-GG-ESSALUD-2000, Normas Complementarias al Reglamento de pago de prestaciones económicas (b. Cuando la asegurada opte por diferir o adelantar parte de un período o la totalidad del mismo, debe comunicarlo al médico o, excepcionalmente, al profesional de obstetricia tratante, quien verificar y evaluar el estado del embarazo y condiciones del **feto**, procediendo a otorgar la Constancia de Embarazo Normal por el tiempo que a su criterio corresponda, teniendo en cuenta que la actividad laboral de la afiliada no ponga en riesgo la continuidad del embarazo); LEY N° 27282, de 08 de noviembre de 2000, Ley del Fomento de la Donación de Órganos y Tejidos Humanos (Artículo 13.- Puede ser donante de médula sea toda persona natural, siempre que no exista riesgo para su salud o del **feto** tratándose de gestantes, debiendo cumplir con los exámenes establecidos y otorgar su consentimiento de manera expresa, libre e informada); DECRETO SUPLENTO N° 018-2001-PROMUDEH, Lineamientos de Política de Juventud (el embarazo precoz asociado con diversos problemas de salud para la gestante y el **feto** y la probable interrupción de su permanencia en el sistema educativo).

²⁹ Cfr. CABANELLAS DE TORRES, Guillermo: Diccionario jurídico elemental, 5 reimpresión, Editorial Heliasta S.R.L., Buenos Aires, 1982, p. 60.

³⁰ Cfr. ESPINOZA ESPINOZA, Juan: Estudio de derecho de las personas, 3 edición, Editorial Huallaga, Lima, 2001, p. 34.

desarrollándose de instante a instante hasta llegar a ser una realidad maravillosa y perfecta al transformarse en un ser humano.

Por otro lado, los diferentes textos legales que rigen nuestra sociedad vienen a utilizar el término «concebido»³¹, para referirse al ser humano intrauterino a quien se le otorga derechos, como por ejemplo el derecho a la vida. De dichas disposiciones se aprecia que el vocablo concebido es el ms utilizado.

2.5. Nasciturus

A lo largo de distintos textos de doctrina jurídica se suele manejar el término *nasciturus* para referirse al ser humano que habrá de nacer³²; es decir, es el sujeto de derecho que ha sido concebido, pero todavía no alumbrado³³.

Sin embargo, se debe precisar que cuando manejamos dicho término tenemos que tener presente que éste, engloba dos figuras: el *coconceptus* que se refiere al concebido, y el *coconcepturus* que hace referencia al ser humano el cual habrá de ser concebido. En esta misma línea se podrá decir que con la expresión *nasciturus* nos referimos al ser humano en sus distintas etapas dentro del tero materno; es decir, abarca al pre-embrin (preferiría hablar, por razones anteriormente expuestas, de embrin preimplantatorio), embrin, feto y concebido. En principio se podrá decir que el vocablo *nasciturus* equivale al concebido, pero lo cierto es que con el primer vocablo, incluso, hacemos referencia al segundo.

Por último, me atrevería a decir que en el cuerpo de los textos legales de los últimos tiempos (me remito a la legislación nacional) no se ha hecho uso del término «*nasciturus*», siendo, por el contrario, de uso exclusivo en el ámbito de la doctrina donde es de común aplicación.

2.6. Persona

El término persona proviene de *personae*, que se empleaba para designar la máscara del teatro, en época romana, el cual amplificaba la voz del actor (*personare*)³⁴. Sin embargo, en lenguaje común o vulgar, persona es sinnimo de hombre³⁵; en esta línea el Diccionario

³¹ Vase al respecto: art. 2, inc. 1. de la Constitución de 1993; arts. 1, 392, 598, 617 y 856 del Código Civil de 1984; art. 124-A del Código Penal; Arts. I del TP y 1 de la Ley N 27337, Código de los Niños y Adolescentes; art. 17 del Decreto Ley N 17505 del 18 de marzo de 1969, Código Sanitario (derogado por la Ley N 26842); art. III del TP de la Ley N 26842 del 20 julio de 1997, Ley General de la Salud; art. IV del TP del Decreto Legislativo N 346 de 06 de julio de 1985, Ley de Política Nacional de Población; Resolución Suprema N 014-2002-SA de 27 junio de 2001; Resolución Suprema N 015-2002-SA del 13 julio 2002 (Mesa Multisectorial por la Maternidad Saludable); Art. 3 y 4 del Decreto Supremo N 016-2002-SA, (Reglamento de la Ley N 27604 que modifica la Ley General de la Salud N 26842, respecto de la obligación de los establecimientos de salud a dar atención médica en caso de emergencias y parto).

³² GARCA VELUTINI, Oscar: Sobre derechos personales y la dignidad humana, Editorial Sucre, Caracas, 1980, p. 111.

³³ Cfr. RODRIGUEZ VALCARCEL, Luis: Protección jurídica del nasciturus, en: Las tesis de Belgrano, universidad de Belgrano, N 14, noviembre, 2001, p. 6. (disponible en: http://www.ub.edu.ar/investigaciones/teoria/14_valcarcel.pdf).

de la Real Academia de la Lengua española considera a la persona como aquel individuo de la especie humana.

Cabe destacar, que de acuerdo con la doctrina civilista se considera persona «el hombre y traslaticamente, en su caso, ciertas organizaciones humanas, en cuanto alcanzan la cualidad de miembros de la comunidad jurídica»³⁶; en este sentido, desde el punto de vista del derecho positivo³⁷ persona es el hombre una vez nacido³⁸, ya sea como individuo, o colectivamente organizado siempre que cumpla con la formalidad de su inscripción exigida por la norma³⁹. Las primeras son llamadas personas físicas, naturales o de existencia visible; en tanto que las segundas, son llamadas personas jurídicas y también morales e ideales, son las que se encuentran formadas por determinación de la ley.

Para efectos de Derecho penal se considera persona al ser humano quien ha dejado atrás la vida fetal y ha pasado a formar parte de la sociedad. En términos generales, teniendo en cuenta el Derecho civil y el Derecho penal, se puede decir que persona es el ser humano quien deja tras de sí la vida fetal para adquirir una vida en comunidad. Sin embargo, el debate en la literatura penal se presenta en determinar el momento preciso en la cual se deja la vida intrauterina.

3. Posturas en torno al límite mínimo de la vida humana

Ahora bien, superadas las posturas filosóficas y teleológicas, por todos es sabido, que la vida humana intrauterina pasa por todo un proceso biológico-vital que va desde la fecundación,

³⁴ La expresión se utilizó también para señalar al individuo, independientemente de su capacidad, como lo prueba el hecho de que Gayo, en el Libro Primero de sus Instituciones, dedicado al *ius quod ad personas pertinet*, incluye entre las personas a los esclavos quienes eran considerados como objetos de derecho. También se consideraba en Roma como personas a entidades colectivas, las cuales hoy en día, se les viene a denominar personas jurídicas.

³⁵ Cfr. JAVIER CASTIELLA, Jos: ob.cit.

³⁶ Cfr. DE CASTRO Y BRAVO, Federico: Derecho civil de España, Tomo II, Editorial Civitas, S.A., Madrid, 1984, p. 30.

³⁷ Véase el art. 1 del Código Civil de 1984. «La persona humana es sujeto de derecho desde su nacimiento». Al señalarse en nuestro Código que la existencia de la persona principia al nacer, lo hace exclusivamente por razones de necesidad, seguridad, y precisión en lo que respecta al momento en que se es titular de ciertos derechos patrimoniales.

³⁸ En sentido contrario, es la posición de los que consideran que la existencia de la persona se inicia desde que se produce la concepción, criterio que se basa en el hecho de que, desde ese mismo momento, el ser concebido adquiere derechos, especialmente relacionados con las donaciones y las sucesiones, aunque queden supeditados al nacimiento con viabilidad, e incluso reciben una protección penal, por cuanto la destrucción del feto configura el delito de aborto; con mayor detalle: RODRIGUEZ VALCERCEL, Luis: ob.cit., p. 17 y ss.

³⁹ Cfr., ampliamente, FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos: Derecho de las personas. Exposición de motivos y comentario al libro primero del Código Civil peruano, 7 edición, Editorial Grijley E.I.R.L., Lima, 1998, p. 31.

concepcin, anidacin, gestacin, inicio de la actividad cardiaca, inicio de la actividad cerebral, parto y que culmina con el nacimiento. Luego del ltimo acontecimiento estamos frente a una vida humana independiente (persona) protegida, en Derecho penal, por los delitos contra las personas como es el caso de los delitos de homicidio.

Es, entonces, en torno a todo el proceso biológico-vital que se han venido elaborando diversas posturas que obedecen a criterios médico-biológicos, los cuales vienen a precisar cuando se da el inicio de la vida humana. En este sentido, debo adoptar la sistematización que hace el profesor universitario VARSÍ ROSPIGLIOSI, cuando trata de separar las etapas por la cual pasa el desarrollo del ser humano en formación, por cuanto se trata de una clasificación detallada del tema; no obstante, líneas después adoptaré mi posición personal.

3.1. Postura de la fecundacin

En primer lugar debo manifestar que la fecundacin est sujeto a todo un proceso biológico y que por esa razn no se le puede limitar a un solo acto ⁴⁰ ; hago esta precisin, porque comnmente se le ha venido confundiendo con la concepcin, y esto porque la rapidez con que se produce la fecundacin implica ya la concepcin instantnea ⁴¹ ; pero, lo que en realidad ocurre es que la concepcin es producto de la fecundacin, y esto, claramente se puede observar en la reproduccin asistida ⁴² y, en especial en la fecundacin *in vitro* ⁴³ donde el proceso de fecundacin dura entre diez y veinticinco horas ⁴⁴ .

Entonces, cuando el espermatozoide hace contacto con el óvulo, fenómeno que ocurre en las trompas de Falopio, comienza el proceso de la fecundación, en ese

⁴⁰ Vase, en este sentido, VARSÍ ROSPIGLIOSI, Enrique: Derecho gentico. Principios generales, 3 edicin, Editorial San Marcos, Lima, 1998, p. 47.

⁴¹ VIDELA ESCALADA: Principio de la existencia de la persona, en: Tutela de las personas, Buenos Aires, Universidad de Buenos Aires, 1993, p.25; citado por VARSÍ ROSPIGLIOSI, Enrique: ob.cit., p. 47.

⁴² El acelerado desarrollo de los mtodos de reproduccin asistida ha dado lugar a la introduccin en algunos casos, y a la propuesta y al perfeccionamiento en otros, de un gran nmero de tcnicas, (). Todas ellas se incluyen en uno de estos tres grupos fundamentales: 1) Obtencin de uno solo de los gametos (masculino o femenino) y su transferencia posterior al cuerpo humano; 2) Obtencin de ambos gametos masculinos y femeninos y su transferencia al cuerpo humano, de donde tiene lugar la fecundacin y; 3) Fecundacin *in vitro* y posterior transferencia de los embriones al cuerpo humano; al respecto vase GISBERT CALABUIG, Juan Antonio: Medicina legal y toxicologa, Masson S.A., Barcelona, 2000, p. 516.

⁴³ La fecundacin *in vitro* la inicia PINCUS en conejos en 1930, mientras que la puesta a punto en la especie humana correspondi al fisiólogo de la Universidad de Cambridge, EDWARDS, en la dcada de los sesenta. Sus estudios en colaboracin con STEPTOE culminaron con el nacimiento de la nia LOUISE BROWN, el 25 de julio de 1978, concebida tras la fecundacin del ovocito, extrado de su madre por laparoscopia, con espermatozoides del marido, en un pequeno recipiente de vidrio (de donde el nombre de bebs-probeta), seguido de su implantacin en el tero de la madre; Ibidem.

⁴⁴ Cfr. MARTNEZ, Stella Maris: Manipulacin gentica y Derecho penal, Editorial Universidad, Buenos Aires, 1994, p. 77.

momento el óvulo empieza a generar la membrana de fecundación, la cual impedirá que los demás espermatozoides ingresen. Luego, el espermatozoide valiéndose de una enzima (hialuronidasa) que perfora la pared ovular penetra al interior del óvulo. Tan pronto como la cabeza del espermatozoide penetra en el óvulo se produce en la célula fecundada un bloqueo absoluto que impedirá la poliespermia ⁴⁵.

Los partidarios de esta postura han demostrado que con el avance de la ciencia ⁴⁶ no queda más que afirmar que el comienzo de la vida humana tiene lugar con la fecundación ⁴⁷, que viene a ser la unión del gameto femenino y masculino, es decir, cuando el espermatozoide hace contacto con el óvulo ⁴⁸, surgiendo con ello una nueva vida, distinta a la de sus padres, titular de un patrimonio genético único, inédito y, hasta ahora, irrepetible. Así, la fecundación marca el comienzo de un proceso continuo de desarrollo, en cuyas etapas sucesivas la dotación genética de cada individuo se mantiene en cada una de sus células y durante toda su vida. De este modo, puede hablarse con propiedad de una identidad biológica de cada individuo vivo desde su concepción hasta su muerte.

Cabe destacar que esta postura se muestra contraria a la tesis la cual indica que la vida humana empieza cuando el óvulo fecundado se anida en el útero materno (postura de la anidación), pues sus defensores señalan que si bien es cierto el útero es necesario para que el embrión llegue a adulto, este acontecimiento no añade nada a la programación del nuevo individuo, aunque, definitivamente, sí influye en su realización. Por ello, no hay dato científico alguno que permita suponer el comienzo de la vida en la implantación ⁴⁹, entonces no queda más que decir que el embrión, antes de implantarse en el tero, es ya un ser humano ⁵⁰.

Finalmente, para los seguidores de esta postura la vida humana tiene su inicio con la fecundación y así lo entendió la Corte Suprema de Justicia de la Nación argentina, al emitir la sentencia de fecha 05 de marzo del 2002. Dicho fallo resolvía la acción de amparo planteada por la Asociación Civil Portal de Belén contra el Ministerio de Salud y Acción Social de la Nación argentina a fin de que se le ordene revocar la autorización y prohíba la fabricación y comercialización de la píldora «Imediat», por ser un fármaco con

⁴⁵ Cfr. ampliamente VARSÍ ROSPIGLIOSI, Enrique: ob.cit., p. 48.

⁴⁶ Este problema no ha sido ajeno a otras ciencias, y ha pasado a ser un punto técnico-científico que conjuga diversas disciplinas como la embriología, fisiología, biología y genética, habiendo incluso surgido una ciencia, la ontogénesis, que estudia el fenómeno de la concepción.

⁴⁷ Cfr. BASSO, Domingo: Nacer y morir con dignidad, en: Estudios de bioética contemporánea, Buenos Aires, 1989, p. 83 y ss.

⁴⁸ Cfr. VARSÍ ROSPIGLIOSI, Enrique: ob.cit., p. 48.

⁴⁹ Cfr. VEGA M / VEGA J / MARTÍNEZ BAZA: Consideraciones sobre el comienzo de la vida humana, en: Reproducción asistida en la Comunidad Europea. Legislación y aspectos biológicos, Secretariado de Publicaciones de la Universidad, Valladolid, 1993, p. 273 (disponible en: http://www.bioeticaweb.com/inicio_de_la_vida)

⁵⁰ SUÁREZ A: L'embryon est une personne si l'adult qui dort est une personne. Médecine et Hygiène, 1990, p. 3458-3462; citado por VEGA M / VEGA J / MARTÍNEZ BAZA: ob.cit., p. 273.

efectos abortivos. El alto Tribunal resolvió⁵¹ ordenar al Estado Nacional que deje sin efecto la autorizacin, prohibiendo la fabricacin, distribucin y comercializacin del medicamento. La resolucin se basa en que: la vida humana comienza con la concepcin; la concepcin ocurre en el momento de la fecundacin; todo lo que interrumpa el proceso que inicia con la concepcin es abortivo; la inhibicin de la anidacin interrumpe el proceso iniciado con la concepcin; uno de los efectos del frmaco Imediat es inhibir la anidacin por cuanto interrumpe el proceso iniciado con la fecundacin, siendo por ello una pldora abortiva.

3.2. Postura de la concepcin

Como ya lo indique en el punto precedente, la concepcin es el segundo instante en la

⁵¹ Para entender la posicin adoptada por el alto Tribunal argentino se hace necesario citar los considerandos 4, 5, 6, 7, 9 y 10 del fallo del 05 de marzo del 2002. As: 4) Que sobre el particular se ha afirmado que el comienzo de la vida humana tiene lugar con la unin de los dos gametos, es decir con la fecundacin; en ese momento, existe un ser humano en estado embrionario. En este sentido, la disciplina que estudia la realidad biolgica humana sostiene que tan pronto como los veintitrs cromosomas paternos se encuentran con los veintitrs cromosomas maternos est reunida toda la informacin gentica necesaria y suficiente para determinar cada una de las cualidades innatas del nuevo individuo (). Que el nio deba despus desarrollarse durante nueve meses en el vientre de la madre no cambia estos hechos, la fecundacin extracorporea demuestra que el ser humano comienza con la fecundacin (). 5) Que, en esa inteligencia, Jean Rostand, premio Nobel de biologa seal: existe un ser humano desde la fecundacin del vulo. El hombre todo entero ya est en el vulo fecundado. Est todo entero con sus potencialidades... (). Por su parte el clebre genetista Jrome Lejeune, sostiene que no habra distincin cientficamente vlida entre los trminos embrin o preembrin, denominados seres humanos tempranos o pequeas personas (). 6) Que en el mismo orden de ideas W. J. Larson, profesor de Biologa Celular, Neurobiologa y Anatomía de la Universidad de Cincinnati sostiene: En este contexto comenzaremos la descripcin del desarrollo humano con la formacin y diferenciación de los gametos femenino y masculino, los cuales se unirn en la fertilizacin para iniciar el desarrollo embriológico de un nuevo individuo (). A su vez B. Carlson, profesor y jefe del Departamento de Anatomía y Biología Celular de la Universidad de Michigan afirma: El embarazo humano comienza con la fusin de un huevo y un espermatozoide (). Por su parte T. W. Sadler, profesor de Biología Celular y Anatomía de la Universidad de Carolina del Norte entiende que: El desarrollo de un individuo comienza con la fecundacin, fenmeno por el cual un espermatozoide del varn y el ovocito de la mujer se unen para dar origen a un nuevo organismo, el cigoto (). 7) Que asimismo, es un hecho cientfico que la construccin gentica de la persona est all preparada y lista para ser dirigida biológicamente pues El ADN del huevo contiene la descripcin anticipada de toda la ontogénesis en sus ms pequeos detalles (). 9) (...)el frmaco "Imediat" tiene los siguientes modos de accin: "a) retrasando o inhibiendo la ovulacin (observado en diferentes estudios con mediciones hormonales-pico de LH/RH, progesterona plasmtica y urinaria); b) alterando el transporte tubal en las trompas de Falopio de la mujer del espermatozoide y/o del vulo (estudiado especficamente en animales de experimentacin -conejos- se ha observado que el trnsito tubal se modifica acelerndose o haciéndose ms lento). Esto podra inhibir la fertilizacin; c) modificando el tejido endometrial produciéndose una asincrona en la maduracin del endometrio que lleva a inhibir la implantacin". 10) Que el ltimo de los efectos sealados ante el carcter plausible de la opinin cientfica segn la cual la vida comienza con la fecundacin constituye una amenaza efectiva e inminente al bien jurdico primordial de la vida que no es susceptible de reparacin ulterior. En efecto, todo mtodo que impida el anidamiento debera ser considerado como abortivo. Se configura as una situacin que revela la imprescindible necesidad de ejercer la va excepcional del amparo para la salvaguarda del derecho fundamental en juego (...). **Por ello**, (), se declara procedente el recurso extraordinario, se revoca la sentencia apelada, se hace lugar a la accin de amparo y se ordena al Estado Nacional -Ministerio Nacional de Salud y Accin Social, Administracin Nacional de Medicamentos y Tcnica Mdica-, que deje sin efecto la autorizacin, prohibiendo la fabricacin distribucin y comercializacin del frmaco "Imediat".

formación de la vida y, es en este momento en que verdaderamente comienza la vida humana⁵², pues, es el punto final de una fase compleja llamado proceso de fertilización⁵³. El vulo ya fecundado u ovocito pronucleado es una clula que contiene dos nucleos con 23 cromosomas cada uno, el del hombre y el de la mujer, pero con diferente información genética⁵⁴.

En este estado el ovocito pronucleado va sufriendo grandes cambios, dando lugar a la denominada «singamia» que es el intercambio de información genética de cada uno de los pronucleos aportados por los padres. Luego de ello se da lugar a la formación del cigoto (óvulo fecundado), éste es una célula diploide que contiene los 46 cromosomas que definen a la especie con toda la información que ese individuo necesita para cada fase de su vida⁵⁵. Esta fusión se realiza en un proceso que dura de 22 a 23 horas contadas desde la concepción⁵⁶.

Así, el cigoto pasa los días siguientes bajando por la trompa de Falopio y multiplicando rápidamente el número de células por medio de una división, de la cual resulta una masa de células llamada «mórula»⁵⁷, cada una de la cuales contiene una copia de los genes que se convertirán en feto. Con la división celular adicional, la mórula se convierte en una estructura externa de clulas en forma de concha con un grupo interno de clulas, etapa en el desarrollo del embrión que se denomina blastocito. El grupo externo de clulas se convierte en las membranas que alimentan y protegen el grupo interno de clulas que luego se transforman en feto.

La tesis aquí desarrollada es avalada por diferentes autores tales como LJEUNE, VARSÍ ROSPIGLIOSI, CREUS⁵⁸, ZAVALA DE GONZÁLEZ⁵⁹, SERRANO GMEZ⁶⁰, PEA

⁵² Vase en este sentido: VARSÍ ROSPIGLIOSI, Enrique: ob.cit., p. 48; RUBIO CORREA, Marcial: Reglas del amor en probetas de laboratorio. Reproducción humana asistida y derecho, Fondo editorial de la PUCP, Lima, 1996, p. 20.

⁵³ Cfr. SERRA, ngelo: La contribución de la biología al Estatuto del embrión, (disponible en: http://www.bioeticaweb.com/Inicio_de_la_vida/Serra_contr_emb.htm)

⁵⁴ En este sentido vase VARSÍ ROSPIGLIOSI, Enrique: ob.cit., p. 48.

⁵⁵ Todas las clulas de un ser humano en cualquier fase de su vida tienen los mismos 46 cromosomas, con toda y la misma información para producir las sustancias necesarias para cada estructura y cada función. Este material fue aportado por el padre y la madre al momento de la concepción a través de sus gametos. Esos 46 cromosomas no sólo definen la especie sino las características propias de tal individuo.

⁵⁶ Cfr. VARSÍ ROSPIGLIOSI, Enrique: ob.cit., p. 49.

⁵⁷ Fase del desarrollo embrionario que va desde las cuarenta horas de la fecundación hasta los cinco días en que se forma ya el blastocito.

⁵⁸ Cfr. CREUS, Carlos: Derecho penal. Parte especial, Tomo I, 3 edición, Editorial Astrea, Buenos Aires, 1990, p. 6.

⁵⁹ Cfr. ZAVALA DE GONZÁLEZ, Matilde: Aborto, persona por nacer y derecho a la vida, 1983, citado por RODRIGUEZ VALCARCEL, Luis: ob.cit., p. 18.

CABRERA⁶¹ y HUGO VIZCARDO⁶². Los citados afirman que la vida humana comienza a existir desde el momento mismo de la concepción. A ello, habra que agregar que algunos textos legales internacionales no tienen dudas en afirmar que la vida comienza en la concepción, como por ejemplo La Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica) señala en su art. 4 inc. 1 que: Toda persona tiene derecho a que se respete su vida. Este derecho está protegido por la ley y, en general a partir del momento de la concepción. Nadie puede ser privado de la vida arbitrariamente.

Finalmente considero que la vida humana empieza a existir desde el momento de la concepción, mi afirmación se ve respaldada por las aseveraciones medico-científicas que giran alrededor del inicio de la vida.

3.3. Postura de la anidación

Los que propugnan la postura de la anidación manifiestan que la vida humana comienza con la implantación del vulo fecundado (cigoto) en el tero de la madre, y esto ocurre aproximadamente 14 días después de la fecundación. Este evento biológico está sujeto a una compleja y a la vez organizada serie de cambios que finalmente concluye en la formación del feto⁶³.

El respaldo de esta tesis la encontramos en diferentes postulados. Así, se dice que la anidación del óvulo fecundado implica una serie de estímulos y respuestas integradas, es decir, se aprecia un diálogo activo entre las células maternas y las células del embrión y por consiguiente, un rol activo para ambos. Es por ello, que en esta etapa del proceso biológico se deja atrás la probabilidad y se llega a la certeza⁶⁴ de la vida humana; y esto en razón de que a partir de este momento existe un salto cualitativo en el desarrollo del cigoto y que el mismo está dado por su fijación en el tero materno la cual logra una vinculación orgánica recibiendo los primeros impulsos necesarios para su desarrollo, pues hasta ese momento el embrión no tiene contacto con el organismo materno y existe un 50% de probabilidades de que, por causas naturales, no llegue a anidar en el tero materno⁶⁵. Esta hipótesis de la selección natural coincide con los últimos avances de la

⁶⁰ Cfr. SERRANO GMEZ, Alfonso: Derecho penal. Parte especial, 2 edición, Editorial Dykinson, Madrid, 1997, p. 65.

⁶¹ Cfr. PEA CABRERA, Raúl: Tratado de Derecho penal. Parte especial, Tomo I, 2 edición, Ediciones Jurídicas, Lima, 1994, p. 209 y ss.

⁶² Cfr. HUGO VIZCARDO, Silfredo: Lecciones de Derecho penal. Delitos contra la vida, el cuerpo y la salud, 2 edición, INPICAJ, Lima, 1997, p. 58 y 193.

⁶³ SERRA realiza un interesante y completo trabajo donde describe detalladamente, entre otros, el complejo proceso de la anidación del vulo fecundado en el tero materno; con mayor detalle SERRA, ngelo: ob.cit. (disponible en: http://www.bioeticaweb.com/Inicio_de_la_vida/Serra_contr_emb.htm)

⁶⁴ Cfr. PORTOCARRERO HIDALGO, Juan: ob.cit. (1999), p. 25.

⁶⁵ Ver ampliamente MUOZ CONDE, Francisco: Derecho penal. Parte Especial, 11 edición, Tirano lo Blanch, Valencia, 1996, p. 81.

ciencia que sostiene que un alto porcentaje de los embriones abortados en este periodo presentan anomalías significativas⁶⁶. Con ello se demuestra que es cierto que son frecuentes las anomalías cromosómicas y, de hecho, la gran mayoría de los huevos eliminados por la naturaleza en las primeras semanas del embarazo, presentan fuertes anomalías cromosómicas numéricas y estructurales que les hacen incapaces de desarrollarse hasta su término.

Además de lo anterior, también se dice que previamente a la anidación no se garantiza la individualidad del ser en formación, por cuanto sólo hay un conglomerado de células humanas sin identidad propia, pues basan su fundamento en que antes del término de la anidación, un óvulo fecundado puede originar más de un individuo, es el caso del embarazo gemelar monocigótico, también, en ocasiones, de forma extraordinaria, se puede producir un embrión por la fusión de dos embriones, es decir se da la formación de quimeras. Por ello, según estas observaciones, la individualidad del embrión no se produce hasta la anidación que ocurre alrededor del día 14 después de la fecundación⁶⁷.

En contra de esta postura surge la idea de que equiparar la implantación con el inicio de la vida humana se estaría dejando absolutamente desprotegido⁶⁸ a los embriones hasta antes de su anidación en la matriz materna como, también, los vólos fecundados *in vitro*, sea cual fuere el estado de evolución que los mismos hayan alcanzado⁶⁹.

3.4. Postura de la formación de los rudimentos del sistema nervioso central

Los impulsores de esta postura manifiestan que estaremos, verdaderamente, frente a un ser con vida cuando en este se produce la primera actividad del sistema nervioso central. Con este acontecimiento, surgen los rudimentos de lo que será la corteza cerebral, por lo que recién con la presencia de la llamada línea primitiva o surco neural estaremos frente a un ser viviente que, más allá de su composición genética, tiene una pauta selectiva específicamente humana⁷⁰. Dentro de esta postura, algunos de sus adherentes sostienen que con la emisión de impulsos eléctricos cerebrales⁷¹ verificables puede estimarse que se ha iniciado la vida específicamente humana⁷².

⁶⁶ Cfr. MARTÍNEZ, Stella Maris: ob.cit., p. 84.

⁶⁷ Cfr. MARCO BACH: Fecundación *in vitro* y transferencia de embriones (FIVET), en: Cuadernos de Biotica, 1990, p. 25-39.

⁶⁸ Sobre la protección del embrión preimplantatorio véase el trabajo de GONZÁLES MANTILLA, Gorki: ob.cit., p. 40 y ss.

⁶⁹ Cfr. MARTÍNEZ, Stella Maris: ob.cit., p. 84.

⁷⁰ Cfr. MARTÍNEZ, Stella Maris: ob.cit., p. 84 y ss.

⁷¹ MARTÍNEZ, citando a RUFF y LACADENA, manifiesta que la actividad eléctrica del cerebro comienza a ser registrable a las ocho semanas; al respecto véase MARTÍNEZ, Stella Maris: ob.cit., p. 85.

El razonamiento de esta tesis gira en torno a la afirmación de que en todo momento, de la vida, pueden darse tejidos y órganos, pero sin la presencia de un cerebro humano funcional, éstos no pueden constituir un ser humano, al menos en sentido médico⁷³. A ello habra que agregar que los fracasos importantes en la formacin de la corteza cerebral suelen verse acompaados de abortos espontneos, en los cuales el cuerpo de la madre acta como si no reconociese al embrin. Principalmente por este motivo resultan excepcionalsimos los supuestos de fetos anenceflicos nacidos a trmino.

Finalmente, también, viene a avalar esta postura, el concepto de muerte cerebral, ya que, si aceptamos que un ser humano dotado de una estructura corporal en la plenitud de su desarrollo -pero poseedor de un cerebro que no revela la existencia de impulsos eléctricos- es un cadáver, cuyos órganos pueden ser extraídos e implantados en otro sujeto, no podemos, simultáneamente, proclamar la calidad de persona en el sentido jurídico penal del término de una criatura viviente mucho menos evolucionada, que no posee aún ni siquiera los principios del órganos susceptible de emitir tales impulsos. Bajo esta concepción numerosas legislaciones establecieron que el fin de la vida humana está dado por la falta de actividad eléctrica del encéfalo. De esta forma lo prescribe nuestra Legislación Nacional en la Ley N° 26842⁷⁴, Ley General de Salud, de fecha 20 de julio de 1997.

3.5. Postura personal provisional

Examinado las distintas posturas, que bajo diferentes fundamentos, determinan el momento en que se da la vida humana. Me hago de este apartado para adoptar una posicin provisional personal, respecto del inicio de la vida humana; no sin antes establecer, que lneas ms abajo desarrollar ampliamente mi posicin en relacin del inicio de la vida humana y a partir de ello su proteccin penal frente a ataques que menoscaba su salud.

Como se observa, las posiciones anteriormente desarrolladas vienen a justificar que éstas no son más que las distintas etapas por las que pasa el ser en formación cuando se encuentra en el seno materno. Así, alineando estas posturas tendremos que el proceso de la vida humana se iniciará con la fecundación⁷⁵, luego tendr ocasin la concepcin, la

⁷² Cfr. MARTNEZ, Stella Maris: ob.cit., p. 85.

⁷³ Vase GOLDENING, J.M.: The brain-life theory: towards a consistent biological definition of humanness, Journal of Medical Ethics, II, 1985, p. 204; citado por SERRA, ngelo: ob.cit. (disponible en: http://www.bioeticaweb.com/Inicio_de_la_vida/Serra_contr_emb.htm)

⁷⁴ Art. 108. «La muerte pone fin a la persona. Se considera ausencia de vida al cese definitivo de la actividad cerebral, independientemente de que algunos de sus órganos o tejidos mantengan actividad biológica y puedan ser usados con fines de transplante, injerto o cultivo. El diagnóstico fundado de cese definitivo de la actividad cerebral verifica la muerte. Cuando no es posible establecer tal diagnóstico, la constatación de paro cardio-respiratorio irreversible confirma la muerte. Ninguno de estos criterios que demuestra por diagnóstico o corroboran por constatación la muerte del individuo, podrán figurar como causas de la misma en los documentos que la certifiquen».

anidación, la formación de los rudimentos del sistema nervioso y finalmente el nacimiento.

Sin embargo, para determinar el inicio de la vida, me acojo a la postura de la concepción, pues científicamente (en base a la embriología) se ha demostrado que es el momento en que verdaderamente se inicia la vida humana, pues el óvulo fecundado (gracias al acto de fecundación) ya contiene 46 cromosomas, que es la suma de los 23 cromosomas que aporta cada uno de los padres. De ahí en adelante estamos frente a una vida que merece la protección del Derecho.

4. Posiciones del Derecho constitucional, civil y penal en torno al comienzo de la vida humana

Realizado el estudio de las diferentes posiciones quienes explican y determinan el inicio de la vida humana y, bajo mi postura provisional en la cual determino que la vida tiene lugar con la concepción; ahora corresponde evaluar la realidad que la ciencia médica (embriología) pone ante nuestros ojos y así determinar su trascendencia en el plano jurídico.

A mi juicio, considero que el Derecho no determina, científicamente, en qué momento se da inicio a la vida, sino más bien, ésta debe adaptarse a la verdad que arroja la ciencia. En este sentido, tenemos la participación del Derecho constitucional, civil y penal para efectos de protección de la vida, cuya génesis viene determinada científicamente por la ciencia médica.

4.1. Posición del Derecho constitucional

La ley fundamental plasma los lineamientos, objetivos, fines y los derechos y valores consagrados en un Estado democrático⁷⁵. Así, la vida humana intrauterina encuentra amparo constitucional a través del art. 2, inc. 1 de la Constitución de 1993 donde se establece que el concebido es sujeto de derecho en todo cuanto le favorece. Lo esencial de esta norma consiste en dar derecho de goce al concebido en todo aquel derecho del que pueda servirse mientras se halla en el tero de su madre⁷⁷.

La doctrina constitucional entiende que la concepción es el punto clave para determinar el inicio de la vida humana⁷⁸; y así lo entiende RUBIO CORREA⁷⁹ al

⁷⁵ En este sentido cfr. LANGMAN / SALDER: Embriología médica, 6 edición, traducida por la Dra. Irma Lorenzo, Editorial médica panamericana, S.A., 1991, p. 46.

⁷⁶ ROXIN, Claus: Derecho penal. Parte general, Tomo I, 2 edición, Editorial Civitas, Madrid, 1997, p. 55 y ss.

⁷⁷ BERNALES BALLESTEROS, Enrique: La constitución de 1993. Análisis comparado, 3 edición, ICS Editores, Lima, 1997, p. 117 y s.

⁷⁹ Cfr. RUBIO CORREA, Marcial: ob.cit., p. 138.

manifestar que la vida humana empieza de modo natural y usual, pocos instantes después de la unión física del vulo con el espermio. El autor cuando hace referencia a pocos instantes de la unión física del vulo con el espermio entiende que la fecundación es un acto previo a la concepción y es verdaderamente con esta última que tiene lugar el inicio de la vida.

Por ello, es de suma importancia determinar la génesis de la vida, ya que, sin duda alguna, la vida es el fundamento, la condición necesaria y determinante de la existencia humana; es inherente a la persona. De ello se deriva el principio de la inviolabilidad de la vida humana, de modo que es deber de la sociedad y del Estado su protección, ya que, es el ser más elemental y fundamental de los derechos humanos y del cual se despliegan todos los demás derechos.

Los principales derechos constitucionales que le corresponde al concebido son: derecho a la vida, a la igualdad ante la ley, a la propiedad y herencia, a la igualdad de derechos de los hijos, a la protección de la salud, entre otros. Debe recordarse que todos los derechos contratados de manera taxativa por la Constitución⁸⁰.

4.2. Posición del Derecho civil

En palabras de Guillermo CABANELLAS⁸¹, el Derecho civil es el regulador general de las personas, de la familia y de la propiedad, de las cosas o bienes. Bajo este concepto, y obedeciendo al tema en cuestión, debo ocuparme de la primera institución (persona). En este sentido, el ordenamiento jurídico utiliza el término sujetos de derecho⁸² para englobar tanto a personas naturales⁸³, jurídicas⁸⁴, organizaciones⁸⁵ y al concebido; sin embargo, siguiendo la delimitación terminológica me interesa la figura del concebido, pues al Derecho civil le corresponde la tutela de los derechos patrimoniales y personales que le corresponden a aquel sujeto de derecho.

⁷⁸ En este sentido véase: BERNALES BALLESTEROS, Enrique: ob.cit., p. 117 y RUBIO CORREA, Marcial: Estudio de la Constitución Política de 1993, Tomo I, 1ª edición, Fondo editorial de la PUCP, Lima, 1999, p.139.

⁸⁰ BERNALES BALLESTEROS, Enrique: ob.cit., p. 118.

⁸¹ Cfr. CABANELLAS DE TORRES, Guillermo: ob.cit., p. 94.

⁸² **Es el ente en que el ordenamiento jurídico imputa derechos y deberes, este ente o centro de referencia normativo no es otro que el ser humano, antes de nacer o después de haberse producido este evento, ya sea que se le considere individualmente o como organización de personas.**

⁸³ Se refiere al hombre una vez nacido como individuo

⁸⁴ Organización colectiva siempre que cumpla con la formalidad de su inscripción exigida por la norma.

⁸⁵ La pluralidad de personas individuales que actúan organizadamente en el cumplimiento de determinados fines valiosos; es una organización de personas que, comportándose como persona jurídica, no ha cumplido con el requisito de su inscripción en el registro respectivo.

Considero que el tema central que aquí se discute no gira en determinar cuando tiene lugar el inicio de la vida del ser humano, pues como ya lo manifesté líneas anteriores no es misión del Derecho determinar, bajo fundamentos científicos, la génesis de dicho evento biológico, sino más bien, éste moviliza su arsenal jurídico para proteger a una realidad con vida determinada por la ciencia.

En este sentido, pienso que nuestro Código Civil de 1984 viene a confirmar lo que la ciencia determina acertadamente, pues en su art. 1 deja establecido que «la vida humana comienza con la concepción». Puedo decir, que esta afirmación encuentra su total respaldo en la doctrina civilista; pues de forma unánime sostiene, que fecundado el óvulo estamos en presencia de un ser humano⁸⁶, con vida actual y no potencial que se caracteriza precisamente por su individualidad, dado que está comprobado, científicamente, que desde el momento de la concepción el nuevo ser humano cuenta con un código genético irreplicable con caracteres propios que nunca existieron y que no existirán. Sostienen este argumento por cuanto consideran, que cuando se unen los 23 cromosomas del espermatozoide con los 23 de óvulo surge lo que se denomina cigoto, ser genético original, con un código genético totalmente distinto e irreplicable, que se mueve a partir de aquí hacia su destino⁸⁷.

En líneas finales, se puede decir que el Derecho civil no regula a espaldas de la ciencia, sino por el contrario se vale de ella para regular la convivencia en sociedad; por ello, no duda en establecer que la vida humana tiene lugar en el momento de la concepción. A partir de ese momento se es titular de derechos inherentes a su propio ser y con una relevancia tal que la propia Carta Magna de la República se ha encargado de garantizarlo y de protegerlos tal como ocurre con el derecho a la vida y la integridad psico-física.

4.3. Posición del Derecho penal

En esta rama del Derecho público debo considerar dos aspectos: el legislativo y la doctrina. En el plano legislativo nuestra ley penal no determina -como sí lo hace el Código Civil de 1984- cuando tiene lugar el inicio de la vida humana; pues, cuando protege la vida del *nasciturus* a través del delito de aborto⁸⁸, únicamente hace mención a la acción de abortar; dejando de esta manera a la doctrina penal interpretar en qué momento se debe proteger la vida humana para efectos del delito de aborto.

Debo destacar que la doctrina penal cuando trata el tema de la protección de la vida en el lecho materno, ocasiona distintas posiciones; pues unos como SERRANO GÓMEZ

⁸⁶ En este sentido véase ampliamente ESPINOZA ESPINOZA, Juan: ob.cit., p. 36; FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos: El concebido en la doctrina y en la legislación peruana del siglo XX, en: Biotica y Biojurídica. La unidad de la vida, ediciones Jurídicas UNIFE, Lima, 2002, p. 37 y PREZ VARGAS, Víctor: Los nuevos paradigmas y los derechos del concebido como persona, en: Revista de ciencias jurídicas. Universidad de Costa Rica, Tomo 93, septiembre-diciembre, San José de Costa Rica, 2000, p. 23.

⁸⁷ Cfr. ORDOQUI CASTILLA, Gustavo: ob.cit., p. 41.

⁸⁸ Véase los arts. 114 a 120 del actual CP.

⁸⁹, HERRERO HERRERO ⁹⁰ y RODRIGUEZ DEVESA ⁹¹ consideran que el ámbito de protección penal se inicia con la concepción; otros (doctrina mayoritaria) como MUÑOZ CONDE ⁹², GONZALEZ RUS ⁹³, BUSTOS RAMIREZ ⁹⁴, NUÑEZ PAZ, ⁹⁵ PORTOCARRERO HIDALGO ⁹⁶, VILLA STEIN ⁹⁷, HURTADO POZO ⁹⁸, ROY FREYRE ⁹⁹, BRAMONT-ARIAS TORRES ¹⁰⁰, PRADO SALDARRIAGA ¹⁰¹, HUGO VIZCARDO ¹⁰² y otros consideran el momento de la anidación del vulo fecundado en la matriz materna; mientras, unos pocos van más allá del momento de la anidación (momento de la actividad cerebral).

La doctrina mayoritaria entiende que la protección penal de la vida humana tiene lugar con la fijación completa del cigoto en el útero materno; es decir, 14 días después del momento de la concepción. Éste criterio, ha sido ampliamente desarrollado por el profesor español MUÑOZ CONDE quien encuentra el sustento en los siguientes argumentos:

⁸⁹ SERRANO GMEZ, Alfonso: ob.cit., p. 65.

⁹⁰ HERRERO HERRERO, Cesar: Introduccin al nuevo Cdigo penal, Editorial Dykinson; Madrid, 1996, p. 197.

⁹¹ RODRIGUEZ DEVESA, Jos Mara: Derecho penal espaol. Parte especial, 18 edicin, revisada y puesta al da por el profesor Alfonso Serrano Gmez, Editorial Dykinson, Madrid, 1995, p. 20.

⁹² Cfr. MUÑOZ CONDE, Francisco: Derecho penal. Parte especial, 11 e edicin, Tirano lo Blanch, Valencia, 1996, p. 80 y ss.

⁹³ Cfr. GONZALEZ RUS, Juan Jos: Curso de Derecho penal espaol. Parte especial I, (dirg. por Manuel Cobo del Rosal), Marcial Pons, Ediciones jurdicas y Sociales S.A., Madrid, 1996, p. 113.

⁹⁴ Cfr. BUSTOS RAMIREZ, Juan: Manual de Derecho penal. Parte especial, 1 edicin, Editorial Ariel, S.A., Barcelona, 1996, p. 20.

⁹⁵ Cfr. NUÑEZ PAZ, Miguel Ángel: «Homicidio consentido, eutanasia y derecho a morir con dignidad», Editorial Tecnos S.A., Madrid, 1999, p. 321.

⁹⁶ Cfr. PORTOCARRERO HIDALGO, Juan: ob.cit. (1999), p. 25.

⁹⁷ Cfr. VILLA STEIN, Javier: Derecho penal. Parte especial. I-A, 1 edicin, Editorial San Marcos, Lima, 1997, p. 25 y ss.

⁹⁸ Cfr. HURTADO POZO, Jos: Manual de Derecho penal. Parte especial 2. Aborto, Ediciones jurdicas, Lima, 1994, p. 57.

⁹⁹ Cfr. ROY FREYRE, Luis: Derecho penal. Parte especial, Tomo I, 2 edicin, Editorial y distribuidora de libros S.A., Lima, 1986, p. 255.

¹⁰⁰ Cfr. BRAMONT-ARIAS TORRES, Luis Alberto / GARCA CANTIZANO, Mara del Carmen: ob.cit., p. 36.

¹⁰¹ Vase PRADO SALDARRIAGA, Vctor: Poltica Criminal Peruana. Aborto, anticonceptivos, drogas, delito sexuales y reforma penal, Cultural Cuzco, S.A., Lima, 1985, p. 84.

¹⁰² Cfr. HUGO VIZCARDO, Silfredo: ob.cit., p. 194.

«1°) Sólo a partir de la anidación se produce una vinculación orgánica entre embrión y la madre: el embrión se adhiere a la pared del útero y recibe de él los impulsos necesarios para su desarrollo. Hasta ese momento el embrión no tiene contacto fijo con el organismo materno y existe un 50% de probabilidad de que, por causas naturales, no llegue a anidar en el útero. Si todo acto de destrucción del óvulo fecundado fuera aborto, surgiría el problema de demostrar cuando el óvulo fecundado murió a consecuencia de maniobras abortivas o por causas naturales.

2°) De admitir que la fecundación determina el comienzo de la vida. Habría que considerar aborto la destrucción del óvulo fecundado en laboratorio (fecundación in vitro) antes de su implantación en el útero de una mujer, lo que supondría tanto como prohibir las técnicas de reproducción asistida. Igualmente habría que considerar aborto la interrupción de un embarazo intrauterino, ya que en este tipo de embarazo, de problemática continuidad, existe desde luego fecundación. Ningún problema hay, en cambio, en estos casos, si se acepta la teoría de la anidación.

3°) La teoría de la anidación amplía el campo de acción de los medios anticonceptivos, de cuya irrelevancia penal se deduce que no inciden en la vida ya surgida. Precisamente uno de los medios anticonceptivos más utilizados, el dispositivo (DIU), actúa evitando la anidación del óvulo fecundado»¹⁰³

Debe destacarse, que el criterio de MUÑOZ CONDE encuentra sus fundamentos en cuestiones de política criminal¹⁰⁴; ya que, esta postura amplía el campo de la acción de los medios anticonceptivos que evitan la anidación del cigoto y por ende, estos anticonceptivos, actúan dentro de la legalidad. Caso contrario, es la tesis que considera como abortivas dichos fármacos, en este sentido, puede verse el reciente fallo del Alto Tribunal de la Nación Argentina de fecha 05 de marzo del 2002 (Supra: apartado 3.1).

Por su parte, nuestra jurisprudencia penal con ocasión del aborto entiende que «en esta clase de delitos se tiende a proteger la vida humana dependiente, esto es, la vida del embrión o feto, teniendo en cuenta que nuestra Constitución Política del Perú, consagra en su artículo segundo inciso primero como derecho fundamental de la persona, la vida humana y establece además que el concebido es sujeto de derecho en todo cuanto le favorezca»¹⁰⁵. Precisados, en grafes anteriores, los términos de embrión y feto considero que nuestro Tribunal tiende a proteger penalmente la vida desde el momento de la concepción.

5. Postura personal respecto al límite mínimo de la vida humana dependiente

¹⁰³ Cfr. MUÑOZ CONDE, Francisco: ob.cit., p. 81.

¹⁰⁴ Al respecto véase BUSTOS RAMÍREZ, Juan: ob.cit., p. 20.

¹⁰⁵ Véase Expediente N 5821-97 de fecha 26 de enero de 1998, en: Gaceta Jurídica. Explorador Jurisprudencial.

Lo desarrollado y precisado en las líneas precedentes me permite tener un panorama general frente al polémico debate del límite mínimo de la vida humana dependiente. Y en este sentido, quiero precisar dos aspectos: en primer lugar, adoptar mi posición frente al inicio de la vida y, en segundo lugar, precisar el ámbito de protección del Derecho penal de cara a la vida humana.

El primer aspecto; es decir, el comienzo de la vida, no ha sido un tema pacífico, pues como ya hemos visto, se han alzado voces de distintas ramas de la ciencia, moral, filosofía, teología y derecho ¹⁰⁶, quienes con diferentes argumentos tratan de señalar el momento preciso del inicio de la vida; debo agregar, también, que quedaron superadas las concepciones biológicas y jurídicas que marcaron la nocin de vida en el siglo XIX. En este sentido, sólo me resta decir que en la actualidad y gracias a los avances de la ciencia médica es claro que la vida existe desde el momento de la concepción (vase supra: numeral 3.2) y como vida humana en germen es protegida por el Derecho hasta el momento del nacimiento, acontecimiento por el cual se deja la vida fetal y se inicia la protección como persona; así, también lo entiende el Tribunal Supremo español al dejar establecido que biológicamente es claro que la vida existe desde el momento de la concepción y como vida humana en germen es protegida hasta el comienzo del nacimiento ¹⁰⁷. Considero; sin embargo, que a medida que se obtengan mayores conocimientos sobre las diferentes etapas del desarrollo embrionario y fetal, podrá especificarse de manera más acabada el distinto grado de protección a brindarle en cada fase al individuo por nacer, y esto, en función de los saltos cualitativos que experimente su desarrollo cuando se encuentra en el lecho materno. Con ello debo manifestar en líneas generales que el Derecho, si no quiere perder su razón de ser, no puede abstenerse de proteger la vida humana en todas las etapas de su desarrollo, incluso -sobre todo- cuando ella es más débil para defenderse por sí misma.

En segundo lugar, me resta determinar el ámbito de protección que el Derecho penal despliega sobre la vida humana, que viene a ser un evento biológico que la ciencia natural se encarga de determinarlo. Por ello, debo precisar que el Derecho no establece científicamente cuando tiene lugar el inicio de la vida, pues, no es misión de los operadores del derecho trabajar en laboratorios científicos –entre tubos de ensayo- para fijar el momento preciso de la génesis de la vida humana. Como vengo advirtiendo, el Derecho recoge la verdad científica y en función a ella le otorga una adecuada regulación jurídica, es decir el legislador desde su propia perspectiva (aquí cabe los criterios político-criminales) determinará el momento a partir del cual es posible atribuir relevancia jurídica a la vida ¹⁰⁸. En este sentido, como ya lo apunte, científicamente la vida tiene lugar en el momento de la concepción. Lo manifestado en este párrafo tiene un claro ejemplo en el art. 1 del Código Civil de 1984 cuando establece que la vida se inicia con la concepción.

¹⁰⁶ Debo recordar que no es misión del Derecho determinar científicamente el momento preciso del inicio de la vida, sino que esta debe adherirse a la verdad científica que arroja la ciencia. Al respecto cfr. ORDOQUI CASTILLA, Gustavo: ob.cit., p. 40.

¹⁰⁷ Vase STS, 2 Sala, 22 de enero de 1999, Ponente: Granados Prez.

¹⁰⁸ Al respecto vase GONZÁLES MANTILLA, Gorki: ob.cit., p. 48.

Por todos es sabido que la misión del Derecho penal, como medio de control social, es la de proveer protección a los intereses o bienes fundamentales (bienes jurídico-penales) para la convivencia en sociedad mediante la prohibición de aquellos comportamientos que les puedan resultar dañosos. Por ello, resulta claro que la tarea del ius puniendi no es determinar científicamente el momento preciso del comienzo de la vida; sino que, en este caso, se vale de una realidad precisada científicamente (vida) para otorgarle una adecuada protección jurídico-penal¹⁰⁹. En función a ello, considero que nuestro Derecho penal obedeciendo al principio de mínima intervención¹¹⁰ y a cuestiones político-criminales adelanta su ámbito de protección para proteger a la vida humana desde el momento de la anidación del vulo fecundado en el tero materno (vase supra: apartado 3.3).

Un claro ejemplo, en legislación comparada, de la influencia político-criminal es la posición adoptada por el Código Penal alemán en su parágrafo § 218 que determina que las «acciones cuyo efecto se presenta antes de la terminación de la anidación del huevo fecundado en la matriz no se consideran como interrupción del embarazo...»¹¹¹.

En mi opinión, los criterios político-criminales que respaldan a nuestro Derecho penal en un Estado social y democrático de Derecho, en este caso, obedecen primordialmente a las exigencias de la realidad nacional que busca en una política poblacional recogida en el art. 6 de la Constitución Política del Perú e impulsada por una serie de dispositivos legales¹¹², hacer uso de determinados mecanismos mediante los cuales alcanzar los objetivos trazados por la política poblacional. Bajo este contexto, considero que dos son los argumentos básicos:

Primer argumento. Con la anidación del vulo fecundado se deja atrás al embrión que se desplaza entre la concepción y la anidación. Con ello, se logra un espacio biológico donde se permite las acciones propias de las pastillas anticonceptivas de emergencia (PAE)¹¹³, que evitan entre otros¹¹⁴ la anidación del cigoto en el tero de la madre¹¹⁵, un claro

¹⁰⁹ En este sentido cfr. MARTNEZ, Stella Maris: ob.cit., p. 87.

¹¹⁰ Este principio se vincula directamente con la política penal de un Estado, recomendando que el Derecho penal sólo puede ser empleado en la protección de los bienes jurídicos, de un modo excepcional y fragmentario. No se puede admitir que un Estado pretenda mantener el control social, empleando al derecho penal como forma usual y primaria del control social, pues ello implicaría un Estado intervencionista, arbitrario en donde no habrá cabida para las libertades y derechos fundamentales. Será como una forma de estado policiaco, donde la inseguridad ciudadana se extienda a niveles altamente peligrosos, frente a las crecientes potestades de los funcionarios penales.

¹¹¹ Vase 218 del StGB

¹¹² Entre ellos se puede destacar: el Decreto Supremo N 011-98-PROMUDEH, publicado en el diario oficial El Peruano el 29 de septiembre de 1998, que aprueba el **Plan Nacional de Población 1998-2002**; Resolución Ministerial N 465-99-SA-DM, publicado en el diario oficial El Peruano el 25 de Septiembre de 1999, que aprueba las Normas del Programa de Planificación Familiar y otros.

¹¹⁴ Con el vocablo otros se refiere a que las PAE, también, impiden la ovulación, como también actúan bloqueando la fecundación.

¹¹⁵ Algunos consideran a las PAE como abortivas, como ya lo hizo en su momento el Tribunal Supremo argentino al prohibir la comercialización del fármaco Imediat (*Supra*: cita 47), ya que estas impiden la anidación de vulo fertilizado en la cavidad uterina.

ejemplo es la utilización de las píldoras Imediat y Postinor-2.

Acorde con el apartado precedente, tenemos que el Perú obedeciendo a un Plan Nacional de Población, aprobado el 29 de setiembre de 1998, mediante Decreto Supremo N° 011-98-PROMUDEH, recoge los acuerdos y compromisos asumidos en la Cuarta Conferencia Internacional de Población y Desarrollo¹¹⁶ y la Ley de Política de Población, aprobado mediante el Decreto Legislativo N° 346. Con ello, la intención del Estado va encaminado a establecer una política nacional de población destinada no sólo a promover las condiciones materiales de bienestar de los individuos, sino, además, el de frenar o menguar el incremento de la densidad poblacional¹¹⁷. Esto último a través de la planificación familiar con el uso de los anticonceptivos. Como puede verse la realidad nacional exige una adecuada política poblacional integral, basada en principios básicos¹¹⁸, y con ello el Derecho penal, también, juega un rol importante, pues permite aquellas acciones anticonceptivas que van dirigidas a impedir el anidamiento del óvulo fertilizado. Aprovecho estas líneas para remarcar que la legislación penal alemana en el párrafo 218 del StGB considera ilícitas las acciones anticonceptivas que no permiten la fijación del cigoto en la matriz uterina. Con ello, en el Perú a través de Resolución Ministerial N° 465-99-SA-DM, publicado en el Diario Oficial El Peruano el 25 de setiembre de 1999, que aprueba las Normas del Programa de Planificación Familiar consiente la utilización de ciertos medios anticonceptivos como son el caso de la anticoncepción oral de emergencia, el dispositivo intrauterino (DIU)¹¹⁹ y otros.

El segundo argumento. Es la existencia de una suerte de selección natural en el período comprendido entre la fecundación y la anidación, de la que resulta que sólo el 50% de los cigotos se adhiere al tero, perdiéndose el resto^{120 121}. Una vez producida la

¹¹³ También son conocidas como píldoras del día siguiente, es un método para prevenir el embarazo en el término de pocas horas o días después de haber tenido relaciones sexuales. Respecto al término «embarazo» se presentan, en mi opinión, dos concepciones: por un lado, los que consideran que el embarazo se da con la concepción (GUILLERMO CABANELLAS) y los que establecen que se da con la implantación del cigoto en la cavidad uterina (PEÑA CABRERA). Sin embargo, por su parte, la Organización Mundial de la Salud define el embarazo como el momento de la concepción o anidación del óvulo fecundado en el útero. La utilización de las PAE se justifica en razón de que estas actúan para prevenir un embarazo. Por ello, se dice las pastillas anticonceptivas de emergencia no son abortivas, como sí lo es, el caso de la píldora abortiva «RU-486» que pone fin a un embarazo no deseado en su etapa temprana. Los impulsores de las anticonceptivas de emergencia consideran que no son abortivas, por cuanto si los fármacos se ingieren cuando ya se ha dado el momento de la anidación, esta no funcionará y éste (El embarazo) proseguirá su curso sin que las píldoras tengan ningún efecto dañino ni en el embrión ni posteriormente en el feto.

¹¹⁶ Conferencia realizada en la ciudad de El Cairo en setiembre del año de 1994.

¹¹⁷ Cfr. Sentencia del Tribunal Constitucional peruano de fecha 28 de abril de 1997, en: Expediente N° 014-96-I/TC.

¹¹⁸ Los principios básicos son recogidos en el Decreto Supremo N° 011-98-PROMUDEH, publicado en el Diario Oficial El Peruano, el 29 de setiembre de 1998, que aprueba el Plan Nacional de Población 1998-2002.

¹¹⁹ El dispositivo intrauterino más usado por la mujer es la T de Cobre 380-A que tiene una duración de 10 años.

¹²⁰ Cfr. MUOZ CONDE, Francisco: ob.cit., p. 81 y GONZÁLEZ RUS, Juan José: ob.cit., p. 112.

implantación el porcentaje de pérdidas se reduce a un máximo de 20%. Con esta evidencia, se deja a salvo de la persecución penal aquellas pérdidas embrionarias producidas por factores naturales. Bajo este contexto debo manifestar que lamentablemente aquellas acciones humanas que verdaderamente destruyen los embriones en este momento son impunes. Sin embargo, cavando en la historia del Derecho, encuentro justificación en la célebre frase de VOLTAIRE que en su siglo pregonaba que es mejor exponerse a absolver a un hombre culpable que condenar a un inocente, en el pensamiento anglosajón, esta misma idea se ha expresado sealando que más vale absolver a diez (o cien o mil) culpables antes de condenar a un inocente.

Explicadas las dos razones, por la que el Derecho penal tutela la vida a partir de la anidación, debo dejar en claro, sin embargo, que el Derecho punitivo, sino quiere perder su razón de ser deberá proteger la vida humana en todas las fases de su desarrollo biológico. Bajo este razonamiento, considero que el espacio entre la fecundación y la anidación tendrá que ser tutelado por cuestiones de política criminal contrarias a las ya apuntadas.

Finalmente, por todos es sabido que el Derecho penal tiene como función predominante la protección de bienes jurídico-penales (véase *Infra*: Cap. IV) considerados esenciales para la vida individual y social, ya sea a través de la prevención de los delitos como de su sanción¹²². Por ello, resulta indudable que la muerte del embrión o del feto quedar comprendida entre los delitos de aborto, contemplados por las legislaciones penales de todo el mundo; sin embargo, conforme a las evidencias aportadas por los avances científicos, se viene ampliando el espectro de figuras con la inclusión de supuestos de producción dolosa o culposa de lesiones (aunque no ocasionaran la muerte al feto) contra ser humano en formación y que en nuestra legislaciones ha sido de reciente incorporación.

6. El límite máximo de la vida humana dependiente

El tema es altamente controvertido a nivel de doctrina, aunque *prima facie* parece no tener mayores contrariedades. Sin embargo, al respecto han aparecido diferentes posiciones con un mismo común denominador: el momento en que el feto deja de ser tal para existir como persona puede ser considerado en la iniciación, en el transcurso o en la terminación del proceso del parto¹²³. Precizando este criterio, la literatura penal viene

¹²¹ Este porcentaje es aludido por LACADENA, remitiéndose a HERTIG, en tanto otros autores sealan que el 70 % de los vólvulos expuestos a los espermatozoides en las trompas de Falopio son fecundados, de los que solo el 42% se implanta (Lopata) o que por lo menos las dos terceras partes de los vólvulos fecundados se pierden antes de la implantación (Mc Cormick).

¹²² Cfr. ANDORNO, Roberto: El embrión humano merece ser protegido por el derecho?, en: Cuadernos de Bioética, Santiago de Compostela, 1993, N 15, p. 47.

¹²³ Cfr. MEZGER, Edmundo: Derecho penal. Parte especial, Traducción de la 4 edición alemana por el Dr. Corrado Finzi, Editorial Bibliográfica Argentina, Buenos Aires, 1959, p. 32.

considerando tres criterios para determinar la línea divisoria entre la vida dependiente y la vida independiente. Los que consideran la expulsión total y separación completa del recién nacido de la entraña materna, para otro sector es el momento del inicio de la expulsión o la salida del cuerpo o en su defecto alguna de sus partes, mientras a otros les interesa únicamente las primeras contracciones propias del parto.

Con las tesis apuntadas se trata de determinar el límite máximo de la vida dependiente o en su caso el límite mínimo de la vida humana independiente; y, con el afán de fijar los criterios iré desarrollando cada uno de ellos.

Así, el profesor español QUINTANO RIPOLLÉS¹²⁴ explicaba que la vida independiente comenzaba con la respiración pulmonar del recién nacido. Este criterio fue manejado, también, por el Tribunal Supremo español y, esto, en razón de que solucionaba la dificultad que plantea la prueba procesal en materia penal. Efectivamente, la respiración pulmonar es físicamente muy sencilla de determinar y probar. Sin embargo, este criterio no es convincente para el Derecho penal, pues podrá suceder que un niño completamente desprendido del claustro materno y efectuado el corte del cordón umbilical, no tuviere una respiración pulmonar y que se le diese muerte¹²⁵ o en su defecto se le causare lesiones. Según este criterio tradicional para el Tribunal Supremo español habrá un delito de aborto o si se causaron lesiones, un delito de lesiones al feto. Sin embargo, a mi juicio, el cual se ve sustentado renglones abajo, existirá un delito de homicidio, y si por el contrario, se causaron lesiones, un delito de lesiones¹²⁶ contra la persona¹²⁷.

Por su parte RODRÍGUEZ DEVESA¹²⁸ manifestaba que la vida humana independiente comienza, sin que haya lugar a dudas, con el nacimiento y por tal, hay que entender la separación completa del feto del claustro materno.

Contrariamente a las posiciones precedentes, encontramos el punto de vista de CUELLO CALÓN¹²⁹ quien expresaba que la condición de hombre (persona) surge con el comienzo del nacimiento, y hasta que se haya iniciado la separación del feto del claustro materno. De la misma opinión es STAMPA BRAUN¹³⁰ quien señalaba que el niño ha nacido

¹²⁴ Cfr. QUINTANO RIPOLLÉS, Antonio: Tratado de la Parte especial del Derecho penal, Tomo I, Volumen I, infracciones contra las personas en su realidad física, 2 edición, puesta al día por Enrique Gimbernat Ordeig, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1972, p. 79 y 80, 504 y 505.

¹²⁵ Por ejemplo cuando la forma de terminar con la vida del recién nacido es impidiéndole respirar.

¹²⁶ Véase los arts. 121, 121-A, 122, 122-A, 123 y 124 del actual CP peruano.

¹²⁷ Cfr. HIGUERA GUIMER, Juan Felipe: Los delitos de lesiones al feto, en: La Ley, Actualidad penal, Año: XVI, 2000.

¹²⁸ RODRÍGUEZ DEVESA, José María: ob.cit., p. 22.

¹²⁹ Cfr. CUELLO CALÓN, Eugenio: Derecho Penal. Parte especial, Tomo II, Volumen 2, 14 edición, revisado y puesto al día por César Hernández Camargo, Bosch, Casa Editorial, S.A., Barcelona, 1975, p. 474 y 475.

¹³⁰ Cfr. STAMPA BRAUN, José María: El objeto material en los delitos contra la vida, en: Anuario de Derecho penal y Ciencias penales, Madrid, 1950, p. 519, 527 y 545.

cuando se halla separado, aun cuando slo sea en parte, del vientre materno.

GIMBERNAT ORDEIG ¹³¹ siguiendo el criterio de la percepcin visual, considera que es preciso que la criatura haya salido totalmente al exterior, independientemente de que haya sido cortado el cordn umbilical o que la criatura haya respirado, pues a juicio del citado autor la conducta aparece como ms reprobable si el autor mata a un ser que percibe directamente, que si causa la muerte de quien sabe en el claustro materno, pero sin que se haya establecido una relacin visual inmediata. Del mismo parecer es MUOZ CONDE ¹³² quien hasta la 7 edicin de su obra se pronunciaba a favor de la tesis del corte del cordn umbilical; sin embargo actualmente, considera que el criterio de la percepcin visual y corte de cordn umbilical se podrn dar conjuntamente, pero, dice que, conviene acentuar el primer aspecto, pues, precisamente, la muerte se puede provocar antes de que se corte el cordn umbilical, una vez que el nio ha salido completamente al exterior. En doctrina nacional, partidario de esta tesis es BRAMONT-ARIAS TORRES quien nos ilustra citando un ejemplo: asfixiar al nio que ya saco la cabeza del claustro materno, antes de que la matrona le d la vuelta para extraerlo definitivamente, constituir un delito de homicidio, segn esta teora; sin embargo de mantenerse la tesis del corte del cordn umbilical, habra que calificar el hecho como un delito de aborto ¹³³.

Apartándose de las posiciones arriba señalados, encontramos el criterio de que la vida humana dependiente protegida por el Derecho penal termina con los primeros dolores del parto. Este es el criterio que en la actualidad se esta manejando y así lo entendió el Tribunal Supremo español al emitir la sentencia de 22 de enero de 1999 ¹³⁴, donde seala textualmente que el comienzo del parto pone fin al estadio fetal y se comienza surge con el llamado periodo de dilatacin y continua con el periodo de expulsin, en ambos tiempos el nacimiento ya ha comenzado. Las contracciones de la dilatacin tienden a ampliar la boca del tero hasta su total extensin y al mismo tiempo empujan al nio hacia fuera, hay ya intento de expulsin del cuerpo materno, que enlaza con las contracciones y dolores propios de la expulsin que coincide con la fase terminal del nacimiento o parto ^{135 136}.

Finalmente la legislacin nacional al tipificar el delito de Infanticidio recogido en el art. 110 del actual Código Penal delimita la vida humana dependiente de la independiente, pues viene a señalar que la madre puede matar a su hijo «durante el parto», y con ello se configuraría un delito contra la vida humana independiente (homicidio). En funcin de ello, los diferentes manuales patrios de la Parte especial del Derecho penal consideran que «el nacimiento comienza con el parto y termina en el momento de la total independencia del nuevo ser» ¹³⁷. Sin embargo, algunos autores como es el caso de ROY FREYRE ¹³⁸ hacen una interpretacin del trmino durante el parto quien considera que

¹³¹ GIMBERNAT ORDEIG, Enrique: Delitos cualificados por el resultado y la causalidad, 1 edicin, Reus S.A., Madrid, 1966.

¹³² Cfr. MUOZ CONDE, Francisco: ob.cit., p. 57.

¹³³ Cfr. BRAMONT-ARIAS TORRES, Luis Alberto / GARCA CANTIZANO, Mara del Carmen: ob.cit., p. 40.

¹³⁵ Cfr.: STS, 2 Sala, 22 de enero de 1999, Ponente: Granados Prez y JAN VALLEJO, Manuel: Derecho penal aplicado, Juristas Editores E.I.R.L., Lima, 2002, p. 80.

dicho termino equivale a durante el nacimiento, el mismo que comienza cuando una parte del cuerpo del infante se asoma al exterior, terminando en el instante en que el nio ha sido totalmente expulsado del claustro materno.

6.1. Postura personal

Analizadas las diferentes concepciones que giran alrededor de lmite entre la vida dependiente y la independiente, con la cual se deja atrs al estadio fetal para pasar a la

¹³⁴ Al respecto los fundamentos de hechos son: **Primero:** Sobre las 6 de la tarde del da 22 Sep. 1994, en la clnica V., de esta capital y asistida por D. Eugenio O. de las H., mdico-ginecologo, D. Mara de las Nieves M. D., casada con D. Luis Miguel F. R., dio a luz a un nio que precis de inmediata asistencia, para su reanimacin, con intubacin del mdico anestesista, Dr. B. que se la prest y de la urgente y posterior atencin que recibí previo el correspondiente traslado en ambulancia en la seccin de neonatologa de hospital general de San Juan de Alicante, pese a todo lo que dicho nio viene padeciendo una encefalopata crnica, con retraso en los patrones de maduracin psicomotriz, secundaria a factores de hipoxia-isquemia cerebral en periodo prenatal. **Segundo:** Dicha seora Mara de las Nieves M. D., haba ingresado, en la tarde del anterior da 20, en la referida clnica, por indicacin de Eugenio O. de las H. quien vena asistindola de su embarazo por quejarse aquella de fuertes dolores lumbares que, en principio, dicho doctor diagnostic como propios de un clico nefrtico, por el que fue atendida y tratada en la meritada clnica, donde qued internada, en la tarde de aquel mismo da, como una enferma ms, pese a que su embarazo que, en principio, fue gemelar alcanzaba ya las 38 semanas de gestacin, aproximadamente. **Tercero:** Aunque, adems de anlisis de orina y de sangre, se le practic una ecografa obsttrica (indicativa de una marcada disminucin de lquido amnitico) y obra abdominal y de gestacin (indicativa de trabajo de parto), Eugenio O. de las H. que la visit varias veces, la ltima, sobre las 3 de la tarde del siguiente da 22 insisti en su inicial diagnstico y no le practic reconocimiento ginecolgico alguno, el que s le realiz, a instancias de Mara de las Nieves M. D., una matrona de la clnica, sobre una hora despus, comprobando que aqulla se hallaba ya en con una avanzada dilatacin, por lo que la envi enseguida al paritorio de la clnica, donde se produjo y con asistencia de Eugenio O. de las H. el expresado parto, en apenas media hora, aunque con ayuda de ventosa, sin ninguna complicacin en el trance de expulsin y sin que se haya acreditado si el nio lleg a llorar o no, antes de ser sometido a su apuntada reanimacin. **Cuarto:** El da 21 Sep. 1995, el citado Luis Miguel F. R., present la querrela inicial del presente procedimiento abreviado, imputando a Eugenio O. de las H. de un delito de imprudencia temeraria, con resultado de lesiones como presuntamente ocasionada, antes de nacer, a su hijo, con el retraso de atender a su esposa, en la situacin de parto en que ya se encontraba anteriormente y con el consiguiente padecimiento fetal; imputacin reiterada, despus, en su escrito de acusacin y en sus conclusiones definitivas de esta causa, y con la se aline, en los mismos trmites, el MF

¹³⁶ En esta Sentencia se causaron unas graves lesiones al feto, pero como los hechos sucedieron en el ao 1994 y no estaba tipificado, entonces, el delito de lesiones al feto, ni en la modalidad dolosa ni en la imprudente, ni la imprudencia profesional, ante el dilema de absolver por falta de tipificacin (exigencias del principio de legalidad), el Tribunal Supremo para poder condenar por un delito de lesiones por imprudencia (a persona ya nacida que era lo nico que exista antes del ao 1995) consider que la vida humana comienza con el inicio del parto y que ese inicio surge con las contracciones del tero, tendentes a la expulsin, para as, de esta forma, poder aplicar el delito de lesiones por imprudencia (a persona ya nacida, que, como he dicho era lo nico que exista antes de entrar en vigor el Cdigo penal de 1995) y sobre todo para condenar, tambin, en concepto de responsabilidad civil al ginecologo que caus las citadas lesiones imprudentes y que fueron calificadas de imprudencia profesional; en este sentido: HIGUERA GUIMER, Juan Felipe: Los delitos de lesiones al feto, en: La Ley, Actualidad penal, Ao: XVI, 2000.

¹³⁷ Cfr. PEA CABRERA, Ral: ob.cit., p.127.

¹³⁸ Cfr. ROY FREYRE, Luis: ob.cit., p. 209.

vida albergada en sociedad (persona), me ocupa ahora, determinar mi postura personal; y, sta lo desarrollo teniendo en cuenta el art. 110 de nuestro Cdigo Penal vigente, en funcin a una interpretacin sistemtica de las normas penales.

Antes que nada me permito hacer un espacio para conceptuar el término «parto» que viene hacer un proceso de orden temporal donde concurren y fluyen mecanismos físicos, químicos y psicológicos cuyo momento inicial se fija en las primeras contracciones musculares del útero que causan los dolores propios del parto los cuales permiten la dilatación del cuello uterino y la posterior expulsión del producto de la concepción, y se prolonga hasta el momento que la placenta y la membranas logran desprenderse o ser expulsadas (Alumbramiento) del cuerpo de la mujer que momentos previos estuvo embarazada¹³⁹.

Conceptuado así la figura del parto, considero que el límite máximo de la vida humana dependiente viene representado por el inicio del periodo de la dilatación la cual se inicia con las primeras contracciones musculares uterinas causantes de los dolores naturales de todo parto. Las contracciones de la dilatación tienden a ampliar la boca del útero hasta su total extensión y al mismo tiempo empujan al niño hacia fuera. No obstante estas precisiones, cuando la ley penal apunta a la frase «durante el parto» comprende la tres fases antes señaladas, sin embargo para efectos penales solo interesa las dos primeras fases, por cuanto la misión del Derecho penal es tutelar la integridad del niño.

A ello cabe agregar que el parto natural no es la única forma en que la vida humana puede alcanzar el mundo exterior, sino que también puede recurrirse al parto provocado o cesárea. Esta forma de alumbrar a un niño, no es tema pacífico por cuanto hay una variedad de posturas que no llegan a ponerse de acuerdo. Así para algunos, el límite vendría representado, en el momento de la aplicación de la anestesia, otros consideran el instante en que se inicia la intervención quirúrgica¹⁴⁰. Por mi parte considero que, en esta situacin, el lmite mximo de la vida dependiente se produce desde el momento en que se efecta la primera incisin del cirujano en la apertura del abdomen¹⁴¹ de la madre gestante.

En líneas finales, debo manifestar que la fijación del límite máximo de la vida humana dependiente (fin de la vida fetal) tiene gran importancia, porque en definitiva, marca el momento a partir del cual estaremos ante acciones que menoscaban la integridad del feto y de la persona, con lo cual lo más resaltante vendría dado por la aplicación de la pena en la que para efectos de homicidio resulta ser más grave que la correspondiente al delito de aborto.

¹³⁹ Con mayor detalle CASTILLO ALVA, Jos Luis: Homicidio. Comentarios de las figuras fundamentales, 1 edicin, Gaceta Jurdica S.A., Lima, 2000, p. 34.

¹⁴⁰ Cfr. HURTADO POZO, Jos: Manual de Derecho penal. Parte especial 1. Homicidio, Ediciones juridicas, Lima, 1993, p.6.

¹⁴¹ Vase LTTGER, Hans: Medicina y Derecho penal, Editorial Edersa, Madrid, 1984, p. 89; citado por CASTILLO ALVA, Jos Luis: ob.cit., p. 39.

7.Desarrollo de la vida intrauterina

En este apartado voy a desarrollar, en función de la Embriología médica, las etapas por las que pasa el ser humano durante las 38 semanas que permanece en el vientre materno luego del cual ocurre el nacimiento¹⁴². De esta manera complementar lo desarrollado en el numeral tres del presente capítulo, pues el avance técnico-médico permite determinar los diferentes momentos en que el ser en formación va adquiriendo los componentes vitales que le van a acompañar durante toda su vida y los cuales le van a dar la forma humana.

Con ello, se tendrá una mejor visualización de cada instante del desarrollo del *nasciturus*, desde el momento de la fecundación, evento con el cual comienza el desarrollo humano (cfr. supra: numeral 3.1), hasta el nacimiento. Y con ello verificar cuán susceptible es ante los ataques que buscan lesionarlo o en su caso destruirle la vida (aborto).

En este sentido, los descubrimientos científicos de las actividades físicas y psicológicas del ser intrauterino refuerzan cada vez más los derechos de todo hombre desde el momento de la concepción. Por ello, el proceso de gestación intrauterina cobra gran importancia al demostrar claramente que desde que el óvulo se junta con el espermatozoide se da inicio al desarrollo humano. Dicho proceso consta de las siguientes etapas:

- **Primera y segunda semana:** el desarrollo humano se inicia con la fecundación (). La fecundación se completa cuando se fusionan los pronucleos (femenino y masculino) y se mezclan los cromosomas maternos y paternos dando lugar al cigoto y con ello la concepción. A su paso por la trompa de Falopio, el cigoto se segmenta en un número de células más pequeñas. Luego (día 3 a 4) las células se dividen en dos grupos. El grupo interior prepara la formación del embrión y el segundo la capa protectora que asegura la anidación y la alimentación; seguidamente (día 5 a 14) se da el proceso que lleva al feto fecundado a su anidación. La capa exterior produce enzimas que ablandan la mucosa del tero. El nuevo organismo se enquistiza y se afirma (aproximadamente en el día 14)¹⁴³.

- **Tercera semana:** en el embrión ocurren cambios importantes apareciendo la estructura primitiva, formación del aparato cardiovascular (el primero que funciona en el embrión¹⁴⁴), formación del sistema esquelético, formación del sistema nervioso central. Es en este momento que la madre descubre generalmente que está embarazada porque se interrumpe la

¹⁴² Dirigiendo la vista al tema de aborto considero esencial este apartado por cuanto la inmensa mayoría de las personas ignora la verdadera naturaleza del proceso de gestación. Así, este desconocimiento, para efectos del delito de aborto, es la principal razón por la cual las personas no son conscientes de la gravedad del aborto y de su intrínseca criminalidad.

¹⁴³ Al respecto cfr. ampliamente MOORE / PERSAUD: Embriología clínica, 6 edición, traducido por el Dr. Jorge Orizaga S., México, 1999, p. 46 y ss.

¹⁴⁴ Cfr. MOORE / PERSAUD: ob.cit., p. 370

menstruación.

- **Cuarta semana:** ocurre cambios mayores en la formación del cuerpo. Formación de los pulmones, comienzan a aparecer los miembros. Se desarrolla completamente los ojos, oídos, órganos nasales y el tracto digestivo. El corazón comienza a latir y bombea sangre¹⁴⁵.

- **Quinta semana:** los cambios son mínimos. Se inicia la diferenciación sexual. El latido del corazón es igual al de un adulto y esto se percibe mediante un electrocardiograma.

- **Sexta semana:** el esqueleto del cartilago está completamente formado y se inicia la osificación. Ya se ha desarrollado el cordón umbilical, el cerebro coordina los movimientos de los músculos y movimientos involuntarios de los órganos.

- **Séptima semana:** el concebido ya presenta todos los órganos ha desarrollado un páncreas, una vejiga, riñones, una lengua, una laringe y los músculos empiezan a aparecer. Ya para esta etapa está formada una criatura bien proporcionada. Las facciones externas y los órganos internos presentan características semejantes a las de un adulto. La configuración del cerebro, como la de un adulto, manda impulsos que coordinan las funciones de otros órganos.

- **Octava semana**¹⁴⁶: el feto tiene sus huellas dactilares inconfundibles para toda la vida. Los dedos y las palmas de las manos responden al tacto. Si se toca la palma de la mano, el niño la cierra en un puño.

- **Novena semana:** todas las estructuras corporales están completas; es decir el cuerpo ya tiene toda su forma. A partir de este momento el niño solamente se desarrolla y crece. El cuerpo entero es sensible al tacto, excepto los lados, la espalda y la parte de arriba de la cabeza. El niño se mueve espontáneamente sin ser provocado.

- **Décima semana:** el niño mide aproximadamente 5 cms. El feto ha desarrollado las huellas digitales que lo acompañan por el resto de su vida y empieza a moverse por sí mismo. Hay un incremento en las conexiones entre los músculos y el Sistema Nervioso. Si al niño se le intenta tocar la frente, éste reacciona y puede voltear su cabeza. Se presentan movimientos de los brazos, doblando el codo y las muecas independientemente.

Décimo primera semana: se pueden distinguir expresiones faciales similares a la de los padres. Aparecen las uñas y los párpados cerrados sobre los ojos.

- **Décimo segunda semana**^{147 148}: en esta etapa ya todos los órganos del feto trabajan; así respira, traga, digiere y orina.

- **Décimo tercera semana:** el niño puede patear, doblar sus pies, mover sus dedos, hacer un puño, chuparse el dedo pulgar, doblar su muñeca, mover la cabeza, abrir la boca, presionar los labios. En esta etapa el niño traga líquido amniótico.

- **Décimo cuarta semana a trigésimo octava semana:** Para este momento, el peso de

¹⁴⁵ Cfr. MOORE / PERSAUD: ob.cit. p. 515; SADLER: Embriología médica, 6 edición Editorial médica panamericana S.A., Traducida por Dra. Irma Lorenzo, 1991.

¹⁴⁶ Algunos consideran que a partir de esta etapa el embrión deja de ser tal para convertirse en feto hasta el momento del nacimiento.

la criatura se incrementa seis veces desde la doceava semana. El feto tiene un tamaño aproximado de ocho a diez pulgadas. El niño (22 semanas) tiene un tamaño aproximado de treinta centímetros y más o menos pesa una libra. El pelo fino empieza a crecer en sus cejas y en su cabeza. Duerme y se despierta tal y como cuando nazca. El bebé (23 semanas) puede pensar, empieza a soñar y es capaz de aprender. El feto (28 semanas) puede respirar y sus ojos ya se abren. Para este momento, la criatura puede orinar.

Durante el tercer trimestre (32 semanas), el feto crece en la seguridad del interior de su madre. El niño es totalmente capaz de reaccionar, sentir dolor y pensar. El desarrollo final ocurre a las treinta y dos semanas, cuando los fetos ganan control muscular y pueden sujetar firmemente objetos.

Fin de su tiempo (38 semanas) en el vientre; algunos infantes nacen antes de las treinta y ocho semanas.

No existe esencialmente alguna diferencia entre un feto en su tercer trimestre y un infante prematuro. Ambos tienen un código genético, forma física, huellas digitales, etc., que lo hacen un ser único. Cada uno tiene los sentimientos y pensamientos que nos hacen humanos. Ambos pueden sentir dolor si se les quita la vida.

¹⁴⁷ El Dr. Fermín R. Merchante establece que entre las once y las doce semanas (tres meses) el bebé tiene actividad motora y de reposo, movimientos respiratorios de retracción y expansión torácica, mueve los brazos y las piernas; comienza a vivir las primeras variaciones de tonalidad afectiva: estados de tensión, necesidad, insatisfacción, malestar y bienestar. Por eso cuando el bebé es agredido, por medio de los métodos abortivos, lucha por no morir, intensifica sus movimientos y presenta gestos de angustia y desesperación. MERCHANTE, Fermín citado por BASSO, Domingo: *Nacer y morir con dignidad: biotica*, 3 edición, Editorial Depalma, Buenos Aires, 1993, p. 351.

¹⁴⁸ La solución del plazo en el aborto autoriza que este debe practicarse dentro de las doce primeras semanas y que sea practicado por un médico. GIMBERNAT ORDEIG apunta que la limitación de la impunidad del aborto a los tres primeros meses de gestación obedece a dos motivos: En primer lugar, en las reformas legislativas ha operado con el dato de que sólo a partir de las doce primeras semanas el embrión, que hasta entonces carece de actividad cerebral, empieza a adquirir una forma semejante a la humana. Por otra parte, el aborto que se practica al comienzo de la gestación apenas supone un riesgo para la embarazada: mueren más mujeres de parto que como consecuencia de los abortos provocados dentro del límite de las doce semanas; en cambio, si la interrupción se produce en un estado de embarazo más avanzado, hay que emplear técnicas abortivas distintas y los accidentes mortales superan a los que se producen como consecuencia del nacimiento; con mayor detalle: GIMBERNAT ORDEIG, Enrique: *Estudios de Derecho penal*, Editorial Tecnos S.A., Madrid, 1990, p. 62. y ss.

CAPÍTULO II: LESIONES

1. Concepto de lesión

1.1. Generalidades

La palabra «lesión» proviene del latín «laesio», «laesionis». Sin embargo, ésta, habrá que enfocarlo desde tres perspectivas: lingüístico, médico y jurídico. Con ello se alcanzará un amplio panorama del contenido que encierra el término puesto bajo estudio.

La Real Academia Española de la Lengua define a la lesión como aquel «daño o detrimento corporal causado por una herida, golpe o enfermedad»¹⁴⁹; o en su caso, como la «perturbación de la situación física y/o psíquica de una persona». Bajo estas apreciaciones se le puede definir como aquel «menoscabo que sufre la integridad corporal o la salud física o mental». En esta línea interpretativa, el Tribunal Supremo español dejaba sentado que «lesiones es concepto equivalente a todo detrimento causado en el cuerpo, en la salud o en la mente»¹⁵⁰.

¹⁴⁹ Cfr. «Diccionario de la lengua española», Tomo II, 20ª edición, Editorial Espasa-Calpe, S.A., Madrid, 1984, p. 825.

¹⁵⁰ Cfr. STS, 2ª Sala, 20 de mayo de 1989, Ponente: Vivas Marzal

Desde el punto de vista médico, se entiende por lesión a «toda alteración anatómica o funcional ocasionada por agentes externos o internos»¹⁵¹ o «cualquier anomalía local, visible, de los tejidos de la piel, como una herida, una llaga, una erupción o un forúnculo, pudiéndose calificar ésta como benigna, cancerosa, grosera, oculta o primaria». Sin embargo, desde esta óptica, los diferentes tipos de lesiones conforman un grupo muy amplio¹⁵².

Por último, en el ámbito jurídico-penal la figura de lesión, no obstante haber seguido una evolución histórica¹⁵³ progresiva^{154 155}, se le debe entender como el «menoscabo de la integridad corporal o de la salud física o mental»; así es entendida, sea desde el ámbito del derecho positivo, jurisprudencial¹⁵⁶ y doctrinario. Al respecto, es preciso establecer que el delito de lesiones exige: a) el hecho de herir, golpear, maltratar o agredir la salud física o mental de otra persona; b) un daño a ésta, bien en su cuerpo, en su salud o en su mente, comprendiendo la salud en sus términos más amplios, pues la agresión puede realizarse bien materialmente realizando dicho golpeamiento, bien sexualmente mediante contagio venéreo o por cualquier otro medio que ataque la normalidad física o produzca trastornos psíquicos¹⁵⁷. Sin embargo, una lesión tan sólo tendrá consideración penal cuando ésta haya sido producida por una persona contra la integridad de otra, debiendo existir para tal resultado necesaria relación de causalidad, es decir, el resultado lesivo tiene que ser producto del animus laedendi.

Las tres concepciones precedentes permiten apreciar que la lesión que bien puede sufrir un ser humano le puede ocasionar la muerte o simplemente no llegar a dicho

¹⁵¹ Cfr. GIBERT CALABUIG, Juan Antonio: ob.cit., p. 315.

¹⁵² Cfr. NEVADO PORTERO, Daniel: «El delito de lesiones», 2002 (disponible en: <http://www.derecho.com/boletin/articulo>)

¹⁵³ Sobre la evolución histórica del delito de lesiones véase el trabajo de PUIG PEÑA, Federico: «Derecho penal contemporáneo. Contestaciones a los programas de las posiciones a la judicatura y al Ministerio fiscal», Tomo II, Imprenta Clarasó, Barcelona, 1946, p. 346 y s. y NUDELMAN, Santiago: «El delito de lesiones», Librería el Ateneo Editorial, Buenos Aires, 1953, p. 15 y ss.

¹⁵⁴ Véase PEÑA CABRERA, Raúl: ob.cit., p. 261.

¹⁵⁵ MARTÍNEZ-PEREDA RODRÍGUEZ viene a precisar que la doctrina del siglo pasado (S. XIX) puso el acento de la lesión en la alteración de la integridad física (...). Pero ya GROIZARD puso de relieve la imperfección de la ley por reducir la protección penal al cuerpo y no al espíritu, añadiendo que toda lesión física es también psíquica; con mayor detalle: MARTÍNEZ-PEREDA RODRÍGUEZ, José Manuel: «Los delitos de lesiones en el Código Penal español», en: CDJ, N° V, Madrid, 1993.

¹⁵⁶ En este sentido, véase: Sentencia de 05.AGT.97, Lima, en Expediente: 136-97 y STS, 2ª Sala, 17 de mayo de 1994, Ponente: Soto Nieto, establece que «las lesiones menoscaban la integridad corporal o la salud física o mental de la víctima, y que para su sanidad requieran, además de una primera asistencia facultativa, tratamiento médico o quirúrgico»; STS, 2ª Sala, 03 de abril de 1992, Ponente: Puerta Luis; STS, 2ª Sala, 19 de septiembre de 1996, Ponente: Martín Canivell; STS, 2ª Sala, 20 de septiembre de 1999, Ponente: Granados Pérez; STS, 2ª Sala, 18 de octubre de 2002, Ponente: Puerta Luis; STS, 2ª Sala, 24 de febrero de 2003, Ponente: Ramos Gancedo y STS, 2ª Sala, 05 de mayo de 2003, Ponente: Colmenero.

¹⁵⁷ Cfr. STS, 2ª Sala, 30 de noviembre de 1981, Ponente: Hijas Palacios.

resultado; así, CARRARA ¹⁵⁸ manifestaba que la lesión es el «daño injusto en el cuerpo humano que no destruye la vida ni va encaminado a destruirla». Por ello, es necesario hacer una distinción entre las lesiones no mortales y las mortales, pues las primeras son llamadas simplemente «lesiones» dando lugar a los delitos de lesiones y lesiones contra la vida humana dependiente, mientras las segundas confluyen en las figuras de homicidio (en sus distintas formas de comisión) ¹⁵⁹ o aborto ¹⁶⁰. Por ello, para precisar la figura lesiones no mortales o simplemente lesiones, debo manifestar que son todas aquellas que por sí solas o por sus complicaciones, más o menos alejadas, no producen la destrucción de la vida (homicidio o aborto) en un caso determinado ¹⁶¹. Ahora, la curación de los perjuicios a la salud que causan las lesiones puede obedecer a una restitución integral completa, anatómica y funcional, o por el contrario puede dejar tras de sí secuelas, que unas veces puede compensarse parcial o totalmente y otras no.

Finalmente, de cada una de las definiciones expuestas se puede extraer los siguientes términos: «daño», «integridad corporal o de la salud física y psíquica» y «agentes externos o internos». Elementos con los cuales, luego, construiremos el contenido de la figura de «lesión» que vaya acorde con las exigencias propias de las lesiones contra la vida humana dependiente. Así tenemos, entonces:

1.2. Daño

Del latín *damnum*. La Real Academia de la Lengua define la acción de dañar como «causar detrimento, perjuicio, menoscabo, dolor o molestia» ¹⁶². La doctrina jurídica por su parte se muestra más precisa al señalar que daño es; «menoscabo que a consecuencia de un evento determinado sufre una persona en sus bienes vitales naturales, en su propiedad o en su patrimonio y del cual haya de responder otra» ¹⁶³. De esta última definición debe resaltarse la figura de «bienes vitales naturales» por cuanto guarda relación directa con la integridad del ser humano o persona natural.

En este sentido, para efectos de los delitos de lesión se debe entender a la acción de dañar como aquel «menoscabo que sufre el ser humano en sus bienes vitales naturales a

¹⁵⁸ Cfr. CARRARA, Francesco: «Programa de Derecho criminal. Parte especial», Volumen II, Editorial temis, Bogota, 1958, p. 40.

¹⁵⁹ Véase los delitos de Homicidio: Homicidio simple (art. 106 del CP), Parricidio (art. 107 del CP), Asesinato (art. 108 del CP), Homicidio por emoción violenta (art. 109 del CP), Infanticidio (art. 110 del CP), Homicidio culposo (art. 111 del CP) y Homicidio piadoso (art. 112 del CP).

¹⁶⁰ Véase los delitos de Aborto: Autoaborto (art. 114 del CP), Aborto consentido (art. 115 del CP), Aborto no consentido (art. 116 del CP), Aborto agravado por la calidad del agente (art. 117 del CP), Aborto preterintencional (art. 118 del CP), Aborto terapéutico (art. 119 del CP) y Aborto sentimental y eugenésico (art. 120 del CP).

¹⁶¹ Cfr. GISBERT CALABUIG, Juan Antonio: ob.cit., p. 315.

¹⁶² Cfr. «Diccionario de la lengua española», Tomo I, 20ª edición, Editorial Espasa-Calpe, S.A., Madrid, 1984, p. 440.

¹⁶³ Cfr. GISBERT CALABUIG, Juan Antonio: ob.cit., p. 456.

consecuencia de una acción intencional o imprudente de otro». Bajo este concepto por «bienes vitales naturales» hay que entender a la integridad corporal y a la salud física y mental del ser humano. No obstante ello, se puede decir que la corriente moderna se orienta en considerar a la «SALUD» como el bien que viene a englobar los elementos conformantes de los bienes vitales naturales¹⁶⁴, por cuanto, de conformidad con la Real Academia de la Lengua, salud «es el estado que el ser orgánico ejerce normalmente todas sus funciones». Por lo tanto, el daño va dirigido contra la salud de todo ser humano desde el momento mismo de su concepción.

1.2.1. Integridad corporal y la salud física y psíquica

Como se dejó establecido en el párrafo precedente, la integridad corporal y la salud física y mental bien pueden encajar bajo la expresión «bienes vitales naturales» y a la vez en la SALUD. Sin embargo, conviene definir cada uno de ellos¹⁶⁵ para efectos prácticos y mejor visualización de lo que encierra cada uno de los elementos que enclaustra los bienes vitales naturales.

a. Integridad corporal

Desde el punto de vista de la finalidad de protección del delito de lesiones es claro que el legislador históricamente ha querido proteger básicamente el cuerpo¹⁶⁶. En este sentido, la integridad corporal en palabras de SOLER¹⁶⁷ vendría a ser el cuerpo humano como un todo integrado, que guarda cierta arquitectura, cierta forma, tanto en su aspecto exterior como en su aspecto interior. Por esta razón es concebida como una de las dimensiones de la salud^{168 169} del ser humano.

Ahora bien, la integridad corporal se ve dañada cuando se altera o se destruye la integridad o arquitectura del cuerpo humano¹⁷⁰. En suma, se concibió a la lesión como aquella acción, la cual va dirigida a menoscabar la integridad corporal o la salud física o mental de la persona, entendida después del nacimiento, pues no se comprendió lesionar a la persona humana en formación.

Bajo este concepto cabe hacer algunas preguntas básicas para la debida aplicación

¹⁶⁴ En este sentido, cfr. PORTOCARRERO HIDALGO, Juan: «Delitos de lesiones», 1ª edición, Editorial Librería Portocarrero S.R.L., Lima, 2003, p. 15 y BRAMONT-ARIAS TORRES, Luis Alberto / GARCÍA CANTIZANO, María del Carmen: ob.cit., p. 97.

¹⁶⁵ Con mayor detalle PORTOCARRERO HIDALGO, Juan: ob.cit. (2003), p. 18 y ss.

¹⁶⁶ Cfr. STS, 2ª Sala, 10 de marzo del 2003, Ponente: Granados Pérez.

¹⁶⁷ Cfr. SOLER, Sebastián: «Derecho penal argentino», Tomo III, Tipografía editora argentina, Buenos Aires, 1963, p. 133.

¹⁶⁸ Salud es el estado en que el ser orgánico ejerce normalmente todas sus funciones. Lo contrario a la salud es la enfermedad.

¹⁶⁹ Cfr. BUSTOS RAMÍREZ, Juan: ob.cit., p. 69.

¹⁷⁰ Véase al respecto SOLER, Sebastián: ob.cit., p. 116.

(en los delitos de lesiones al *nasciturus*) del término en cuestión: ¿cuándo el ser humano adquiere la forma del arquetipo humano?, ¿se puede hablar de integridad corporal del ser humano desde su concepción hasta el momento de la anidación?; pues bien, estas interrogantes no estuvieron previstas por los antiguos legisladores, ya que únicamente concibieron como susceptibles de lesión a las personas ya nacidas.

A ello cabe objetar que el concepto adoptado a partir de la idea del cuerpo humano de la persona una vez nacido no es coherente con la noción de cuerpo que se tiene del ser humano en sus primeros días de formación, por cuanto, como ya lo apuntamos anteriormente, en los primeros días de vida del *nasciturus*, éste es una célula única que tiene vida propia y conforme se traslada al útero va desarrollándose; no obstante, anidado el óvulo fecundado tampoco hay un cuerpo definido tal como lo exige el concepto hasta aquí manejado, propio para referirse a las lesiones contra las persona humanas ya nacidas.

Por último, de acuerdo a las investigaciones médicas, es notorio que el *nasciturus* adquiere la forma del arquetipo humano, conforme ya lo indicamos anteriormente (véase supra: Cap. I, 7), en el término de la novena semana de gestación, momento en el cual el feto únicamente crece y se desarrolla hasta desprenderse del lecho materno.

b. Salud física

La salud física se refiere al estado fisiológico ¹⁷¹ normal y sano del organismo ¹⁷² humano ¹⁷³, es decir al equilibrio funcional del organismo ¹⁷⁴. Por lo tanto, hay presencia de la salud cuando el estado de equilibrio se mantiene ¹⁷⁵.

Conforme a esta redacción de la salud física, para efectos de la lesión, se le produce daño cuando se causa el desequilibrio funcional en una persona sana o en un enfermo agravando su mal o creándole otro que antes no adolecía. Este tipo de lesiones son visibles.

Éste concepto de salud física, para efectos de lesiones contra el *nasciturus*, es aplicable sólo cuando el ser en formación alcanza cierto desarrollo y adquiere la forma humana con lo cual será, pues, la única forma de producirle un daño que le causare el desequilibrio funcional de sus organismos. Por este motivo, antes de ello (forma humana) no se puede hablar de daños en la salud física; por cuanto el ser en formación, en sus primeros días, carece de organismos, ya que estos van apareciendo conforme transcurren los días, por ejemplo, el pulmón aparece en la cuarta semana de gestación

¹⁷¹ La Fisiología es la ciencia que tiene por objeto el estudio de las funciones de los organismos vivientes.

¹⁷² Conjunto de órganos (cualquiera de las partes del cuerpo animal o vegetal que ejercen una función) del cuerpo animal o vegetal.

¹⁷³ Cfr. MEZGER, Edmundo: ob.cit., p. 72.

¹⁷⁴ Cfr. SOLER, Sebastián: ob.cit., p. 134.

¹⁷⁵ Cfr. PORTOCARRERO HIDALGO, Juan: ob.cit. (2003), p. 20.

(con mayor detalle véase supra: Cap. I, 7).

c. Salud psíquica o mental

La salud psíquica o mental de una persona viene representada por el equilibrio de sus funciones psíquicas; al respecto, agrega el profesor VILLA STEIN ¹⁷⁶ que la salud psicológica tiene que ver con el funcionamiento mental en su triple dimensión cognitiva, afectiva y comportamental.

El deterioro del equilibrio de las funciones psíquicas, constituyen las lesiones en la salud psíquica o mental que han de ser de origen patológico. Un claro ejemplo de esta clase de daños es la «producción de malestares físicos de cierta entidad, como la producción de terror ¹⁷⁷ o de asco» ¹⁷⁸. En palabras de PORTOCARRERO HIDALGO ¹⁷⁹ y HUGO VIZCARDO ¹⁸⁰ el menoscabo en la salud mental puede ser duradero o relativamente pasajero ¹⁸¹.

Pese a la claridad de lo antedicho, la dificultad se presenta al trasladar el concepto al periodo in fieri del ser humano, pues el menoscabo de esta dimensión de la salud es posible únicamente cuando el *nasciturus*, durante su desarrollo intrauterino, alcanza el completo desarrollo de la actividad cerebral (Supra: Cap. I, 7) en la cuarta semana de gestación. En esta línea el problema aflora por el lado de la prueba procesal; pues, ¿cómo se comprueba que el feto o producto de la concepción sufre un mal mental provocado?, cuando éste según un extremo de la definición son pasajeros; por tanto, ¿cómo se comprobaría que hubo una lesión en la salud mental?, cuando el proceso de la enfermedad se desarrolló dentro de la etapa de gestación. En suma son sólo algunas complicaciones.

1.3. Los agentes lesivos

¹⁷⁶ Cfr. VILLA STEIN, Javier: ob.cit., p. 185.

¹⁷⁷ «Es evidente, en el caso, que el someter a un niño de 11 años a presenciar el asesinato de su hermana, luego de haberle dado explicaciones crípticas, que no pueden sino haberlo aterrorizado, reúne todos los elementos conceptuales de una lesión corporal. Si el solo enfrentamiento del niño al cadáver, someterlo a la percepción del mismo, hubiera sido probablemente suficiente para configurar la lesión corporal, imponerle presenciar cómo se daba muerte a su hermana de 3 años reúne sin duda todos los....»; con mayor detalle STS, 2ª Sala, 09 de junio de 1998, Ponente: Bacigalupo Zapater.

¹⁷⁸ Cfr. STS, 2ª Sala, 10 de marzo del 2003, Ponente: Granados Pérez.

¹⁷⁹ Cfr. PORTOCARRERO HIDALGO, Juan: ob.cit. (2003), p. 22.

¹⁸⁰ Cfr. HUGO VIZCARDO, Silfredo: ob.cit., p. 259.

¹⁸¹ La Ley no exige en modo alguno que el menoscabo de la salud psíquica de la víctima sea de carácter permanente. Por lo tanto, cabe considerar que un menoscabo transitorio de la salud mental es suficiente para configurar la gravedad requerida por el tipo del delito de lesiones. Por otra parte, el menoscabo no debe alcanzar la gravedad de una enfermedad mental. En este sentido véase la STS, 2ª Sala, 09 de junio de 1998, Ponente: Bacigalupo Zapater.

Los agentes lesivos quienes provocan el daño en la salud de las personas pueden ser agentes externos y agentes internos. Sin embargo, para efectos del Derecho penal interesa el agente externo; no obstante, para un completo estudio haré referencia de los agentes internos. Volviendo a los agentes externos, GISBERT CALABUIG realiza una interesante clasificación al cual me suscribo.

1.3.1. Agentes externos

Al respecto, los agentes externos que causan lesión en la salud del ser humano sea en su vida autónoma como dependiente o fetal pueden ser: mecánicos, físicos, químicos, biológicos y psicológicos.

a. Agentes mecánicos

Son cuerpos sólidos que actúan sobre la integridad personal de manera dinámica o estática causando la atrición de los tejidos; en la primera el agente en movimiento es dirigido contra la integridad de la persona, por ejemplo el proyectil de un arma de fuego¹⁸²; mientras en el segundo la persona es proyectada contra el agente mecánico que se encuentra en estado inmóvil.

Considero que sobre la integridad del feto los agentes mecánicos actúan de manera dinámica, es decir, el medio mecánico empleado se dirige contra su integridad. Estos agentes mecánicos pueden ser, por ejemplo, sondas o cánulas¹⁸³ los cuales producirán un menoscabo en la salud del *nasciturus* con el propósito de causarle lesión.

b. Agentes físicos

Los agentes físicos pueden ser la temperatura sea frío¹⁸⁴ o calor¹⁸⁵, la electricidad¹⁸⁶: sea atmosférica¹⁸⁷ o industrial, los rayos X¹⁸⁸¹⁸⁹, láser y otros. Éstos actúan sobre la persona y en este caso sobre los individuos en formación, unas veces destruyéndolo

¹⁸² «De la pericia balística forense y de los informes médicos se halla acreditado que efectivamente se efectuó un disparo, pero ello de ninguna manera acredita la responsabilidad del encausado en el hecho que se le imputa...», Recurso de nulidad N° 2646-97, en: Gaceta Jurídica, Explorador Jurisprudencial, 2000.

¹⁸³ Véase HUGO VIZCARDO, Silfredo: ob.cit., p. 203.

¹⁸⁴ La acción del frío sobre el organismo pueden producir congelación de primer grado, segundo grado y tercer grado; al respecto véase ampliamente GISBERT CALABUIG, Juan Antonio: ob.cit., p. 382. Con mayor detalle, también, véase BASILE, Alejandro: «Lesiones. Aspecto médico-legales», Editorial Universidad, Buenos Aires, 1994, p. 107 y ss.

¹⁸⁵ Tiene que ver directamente con las quemaduras. Estas, siguiendo la clasificación clásica de DUPUYTREN pueden ser: Quemaduras de primer grado, segundo grado, tercer grado, cuarto grado, quinto grado y sexto grado.

¹⁸⁶ Ampliamente BASILE, Alejandro: ob.cit., p. 110 y ss.

¹⁸⁷ Claro ejemplo de ello son los rayos.

(quitándole la vida) y otras alterándolo gravemente en sus elementos anatómicos, como por ejemplo las anomalías esqueléticas (lesiones); en otros casos provocando simples reacciones propias del cuerpo humano. Por otro lado, las consecuencias producto de la acción de estos agentes son a menudo irremediables.

c. Agentes químicos

Cuando se habla de agentes químicos se debe pensar en aquellas sustancias que están dotados de propiedades cáusticas¹⁹⁰ y que aplicados o puestos en contacto sobre el individuo provocan la destrucción y la necrosis¹⁹¹ de los tejidos que conforman el cuerpo humano; el ejemplo más representativo lo constituyen los ácidos y álcalis.

Sobre el particular, el medio químico para actuar sobre el feto, debe ser ingerido por la madre o introducido vía vaginal de manera tal que afecten directamente al ser en formación. Por ejemplo, tenemos: el metilmercurio que produce la atrofia cerebral y retraso mental en el feto; la talidomida que causa el desarrollo anormal de los miembros del feto¹⁹².

d. Agentes biológicos

En cuanto a los agentes biológicos ha sido tarea de la jurisprudencia, y en especial la española, en señalar, de forma unánime, que éstos son causantes animados como es el caso de los virus (VIH y Rubéola), las bacterias¹⁹³, parásitos¹⁹⁴, enfermedades venéreas (sífilis, gonorrea y otros), etc.

Estos agentes al alcanzar el organismo humano desarrollan en el individuo un

¹⁸⁸ Llamados también rayos, consisten en un movimiento ondulatorio, o más exactamente electromagnético, análogo en lo esencial a la luz, a los rayos caloríficos y ultravioletas, de los que se distinguen por la longitud de onda y la frecuencia de vibración. La longitud de onda de los rayos X es mucho menor que en esas otras radiaciones y por ello tienen un poder de penetración en los tejidos mucho mayor. Al respecto cfr. GIBERT CALABUIG, Juan Antonio: ob.cit., p. 392.

¹⁸⁹ «En el caso, los hechos, (...), ocurrieron, en síntesis, del siguiente modo: a) las lesiones en la nariz fueron inicialmente asistidas mediante exploración clínica y por **rayos X**, reducción de fractura y férula de yeso con la correspondiente medicación, tal y como consta en el informe de sanidad del médico forense...»; STS, 2ª Sala, 12 de julio de 1999, Ponente: Delgado García.

¹⁹⁰ Corrosivo, que quema y desorganiza los tejidos animales. En cirugía aplíquese al medicamento que destruye los tejidos. Además, estas pueden ser ácidos (ácido sulfuroso, sulfúrico, nutrico, fénico, fosfórico) álcalis (hidróxido sódico, cálcico, amoníaco) sales (nitrato ácido de mercurio, cloruro de zinc, oxalato de potasio) y gases bélicos (iperita, lewisita).

¹⁹¹ Mortificación o gangrena de los tejidos del organismo. Se dice principalmente del tejido óseo.

¹⁹² Véase ampliamente MOORE / PERSAUD: ob.cit., p. 190.

¹⁹³ Organismo unicelular microscópico, principalmente de forma alargada (*bacilos*) o redonda (*cocos*).

¹⁹⁴ Dícese del animal o planta que se alimenta a costas de las sustancias orgánicas contenidas en el cuerpo de otro ser vivo al que vive asido temporal o permanentemente.

proceso patológico específico¹⁹⁵ que le van a dañar su salud.

Ahora, estos causantes para actuar sobre el *nasciturus* (entendido como un ser saludable) deben ser transmitidos por un sujeto infectado por un determinado virus como son los casos del SIDA, enfermedades venéreas u otros que son transmitidas al feto a través de la mujer gestante. Estos agentes pueden causar malformaciones cardíacas como es el caso del virus de la rubéola¹⁹⁶.

e. Agentes psicológicos

Por último, los agentes psicológicos actúan en la misma forma que los agentes biológicos, la jurisprudencia admitió como causa de lesiones, desde un punto de vista penal, a los medios psicológicos. Sin embargo para efectos de los delitos de lesiones contra el feto, este medio tendría que valerse de la madre gestante para afectar la salud del *nasciturus*. Un ejemplo de lesión por agente psicológico puede ser el caso en que un individuo amenaza constantemente de muerte a una madre embarazada causándole de esta manera procesos emocionales que van a influenciar en la salud psíquica del hijo no nacido¹⁹⁷.

1.3.2. Agentes internos

Al respecto GISBERT CALABUIG¹⁹⁸ manifiesta que en cuanto a los agentes internos que causan lesiones, se concretan en la práctica en un solo mecanismo: el «esfuerzo», lo cual se traduce en una intensa contracción muscular cuya energía mecánica es capaz de originar efectos lesivos de cierta importancia. Ahora bien, los efectos de estos medios lesionales para los fines del Derecho penal tienen mínima o ninguna relevancia jurídica.

1.4. Postura personal

Llegado a este punto, se tiene una visión general de lo que encierra cada uno de los elementos que engloba la figura de lesión. Con ello, en las líneas siguientes me ocuparé de pronunciarme respecto de un concepto de lesión que pueda tranquilamente abarcar al ser humano en el periodo *in fieri*. Y con ello, se habrá completado el núcleo básico de todo sistema que tutela penalmente la vida y la salud (homicidio, aborto, lesiones y lesiones al *nasciturus* o feto).

De lo anteriormente desarrollado en este capítulo, se tiene en principio una conceptualización de lesión desde tres puntos de vista: lingüística, médica y jurídica. De cada una de ellas se extrajo los vocablos de «daño», «integridad corporal o salud física y

¹⁹⁵ Al respecto cfr. GISBERT CALABUIG, Juan Antonio: ob.cit., p. 398.

¹⁹⁶ Cfr. MOORE / PERSAUD: ob.cit., p. 190.

¹⁹⁷ Cfr. COUSIÑO MAC IVER, Luis: «Manual de medicina legal», Editorial Jurídica Chile, Santiago, 1940, p. 29.

¹⁹⁸ Véase GISBERT CALABUIG, Juan Antonio: ob.cit., p. 316.

psíquica» y «agentes externos o internos»; luego se definió cada uno de estos términos llegando a la conclusión de que con la expresión «salud» se comprende a los «bienes vitales naturales» y a la vez los vocablo «integridad corporal y salud física o mental». Luego de ello se trató el estudio de los diferentes agentes que causan las lesiones.

Como se ha observado, el concepto de lesión hasta aquí manejado no presentaría mayores inconvenientes si en su aplicación, únicamente, se tendría al frente a la persona ya nacida o en su caso al feto (ajustado a su fiel concepto). El problema, sin embargo, se presenta cuando se traslada el arsenal conceptual de lesiones para su aplicación respecto al ser humano en sus primeros días de formación, esto es desde el periodo de la concepción hasta la anidación del cigoto en la matriz materna, incluso más allá, pues el embrión alcanza la forma de ser humano semanas después de la anidación. Con ello el término de «integridad corporal», conceptualmente, no cubre el menoscabo que se produciría al producto de la concepción en sus primeros días de vida cuando aún no tiene la forma de cuerpo humano. De igual forma la utilización de la expresión «salud física» que se refiere al equilibrio funcional de los organismos sería inútil en los primeros días de vida por cuanto no se aprecia la presencia de los organismos; en esta línea se encuentra la problemática de la utilización del término «salud psíquica o mental». Por otro lado, merece hacer mención a los agentes que causan la lesión, éstos no presentan mayores inconvenientes cuando se trata de las personas después de su nacimiento, siendo por el contrario, para su acción directa contra el *nasciturus* hacerlo a través de la madre gestante. En resumen las contravenciones se presentan en los primeros días o semanas de vida de la persona, pues hasta la octava semana no ha alcanzado aún la forma humana y por consiguiente es casi imposible que el concepto clásico de lesión abarque los daños que se producen a la persona no nacida en sus primeros días de existencia.

Frente a este panorama, quiero antes que nada detenerme y ampliar el contenido de la figura «SALUD». En torno a este vocablo se puede observar tres conceptos. La primera, la cual se desprende de su significado lingüístico que lo define como el «estado en el cual el ser orgánico ejerce normalmente todas sus funciones»; en segundo lugar tenemos el concepto recogido por BRAMONT-ARIAS TORRES para quien «la salud es el estado en el cual una determinada persona desarrolla normalmente sus funciones, entendido por función el ejercicio de un órgano o aparato» y; en tercer lugar tenemos la definición realizada por Organización Mundial de la Salud (OMS) que ha definido a la salud como «el estado de completo bienestar físico, mental y social y no solamente la ausencia de afecciones o enfermedades». A partir de ello, en palabras de la doctrina nacional más especializada, con el vocablo de salud se incluye sin dificultad a la integridad corporal y la salud física o mental¹⁹⁹, pues siguiendo en esta línea a BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE²⁰⁰, el término de salud no debe circunscribirse a un concepto restringido identificado a la ausencia de enfermedad.

¹⁹⁹ En este sentido cfr. PORTOCARRERO HIDALGO, Juan: ob.cit. (2003), p. 15 y BRAMONT-ARIAS TORRES, Luis Alberto / GARCÍA CANTIZANO, María del Carmen: ob.cit., p. 97 y ss.

²⁰⁰ BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio: «El delito de lesiones», Ediciones Universidad de Salamanca, 1982, p. 22 y ss.; citado por BRAMONT-ARIAS TORRES, Luis Alberto / GARCÍA CANTIZANO, María del Carmen: ob.cit., p. 97.

De conformidad con el párrafo precedente considero que la lesión es el daño en la salud (en su sentido lingüístico) del ser humano. Por cuanto comprende a la salud del *nasciturus* en los primeros días o semanas de existencia, cuando aún no ha alcanzado la forma humana. A este concepto básico se puede agregar que la lesión puede ser causada por agentes externos sean estos mecánicos, físicos, químicos, biológicos y psíquicos, derivados de una acción externa dolosa o imprudente. Este concepto le es fácilmente aplicable a la persona en formación cuando ésta, en sus primeros días de formación, v. gr. en el periodo comprendido desde la concepción a la anidación e incluso unas semanas más allá de la anidación del óvulo fecundado en la matriz de la madre.

2. Clasificación jurídica de las lesiones

Los delitos de lesiones en atención a la acción que despliega el sujeto activo sobre el sujeto pasivo, pueden clasificarse en lesiones producidas por conductas dolosas y las producidas de manera culposa o imprudente; por otro lado, atendiendo al resultado de la lesión, éstas pueden ser graves o leves.

En el marco jurídico de la ley penal, los delitos de lesiones se encuadran dentro de los delitos contra el cuerpo y la salud.

Para localizarlo en el actual Código Penal de 1991 (Decreto Legislativo N° 635, promulgado el 03 de abril de 1991 y publicado en el Diario Oficial El Peruano el 08 de abril del mismo año), hemos de situarnos en el Libro Segundo (Parte especial - Delitos), Título I (Delitos contra La Vida, El Cuerpo y La Salud), Capítulo III (Lesiones) más concretamente en los artículos 121 a 124 (También puede hablarse de tipos delictivos de lesiones en el art. 124-A «Lesiones en el concebido»). Y con el carácter de Falta las lesiones se positivizan en los artículos 444 a 443 del referido Código, pertenecientes al Libro Tercero (Faltas), Título II (Faltas contra la persona).

2.1. Lesiones producidas por conductas dolosas y culposas

Según la acción que despliega el sujeto activo sobre la víctima para causarle la lesión, éstas pueden ser conductas dolosas o culposas.

Estas conductas están tipificadas en la mayoría de los Códigos Penales como por ejemplo el Código Penal español de 1995 o el Código Penal colombiano del 2000. En lo que respecta a nuestro ordenamiento legal, el Código Penal de 1991 viene a tipificar las conductas dolosas²⁰¹ en los artículos 121, 121-A, 122, 122-A y 124-A, mientras las culposas²⁰² o imprudentes en el artículo 124.

2.2. Lesiones graves y leves

Las lesiones graves están contenidas en los arts. 121 y 121-A del CP peruano de 1991. El primer artículo es el punto de referencia para tratar las lesiones graves donde se

requiere que el daño causado a otra persona le afecte con cierta magnitud a su salud²⁰³. En este sentido, no siendo el punto cardinal de la presente investigación desarrollar los delitos de lesiones contra las personas, me resta citar la clasificación que al respecto hace el profesor PORTOCARRERO HIDALGO²⁰⁴ cuando desarrolla el art. 121 del CP para hacer referencia a las conductas (correspondiente a cada uno de los incisos del artículo en cuestión) las cuales producen las lesiones graves:

²⁰¹ Véase el Código Penal peruano: «**Artículo 121.-** El que causa a otro daño grave en el cuerpo o en la salud, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de tres ni mayor de ocho años. Se consideran lesiones graves: 1. Las que ponen en peligro inminente la vida de la víctima. 2. Las que mutilan un miembro u órgano principal del cuerpo o lo hacen impropio para su función, causan a una persona incapacidad para el trabajo, invalidez o anomalía psíquica permanente o la desfiguran de manera grave y permanente. 3. Las que infieren cualquier otro daño a la integridad corporal, o a la salud física o mental de una persona que requiera treinta o más días de asistencia o descanso, según prescripción facultativa. Cuando la víctima muere a consecuencia de la lesión y si el agente pudo prever este resultado, la pena será no menor de cinco ni mayor de diez años». «**Artículo 121- A.-** En los casos previstos en la primera parte del artículo anterior, cuando la víctima sea menor de catorce años y el agente sea el padre, madre, tutor, guardador o responsable de aquel, la pena será privativa de libertad no menor de cinco ni mayor de diez años, suspensión de la patria potestad según el literal b) del Artículo 83 del Código de los Niños y Adolescentes e inhabilitación a que se refiere el Artículo 36 inciso 5. Igual pena se aplicará cuando el agente sea el cónyuge, conviviente, ascendiente, descendiente natural o adoptivo, o pariente colateral de la víctima. Cuando la víctima muera a consecuencia de la lesión y el agente pudo prever este resultado, la pena será no menor de seis ni mayor de quince años». «**Artículo 122.-** El que causa a otro un daño en el cuerpo o en la salud que requiera más de diez y menos de treinta días de asistencia o descanso, según prescripción facultativa, será reprimido con pena privativa de libertad no mayor de dos años y con sesenta a ciento cincuenta días-multa. Cuando la víctima muere a consecuencia de la lesión y el agente pudo prever este resultado, la pena será no menor de tres ni mayor de seis años. «**Artículo 122- A.-** En el caso previsto en la primera parte del artículo anterior, cuando la víctima sea menor de catorce años y el agente sea el padre, madre, tutor, guardador o responsable de aquel, la pena será privativa de libertad no menor de tres ni mayor de seis años, suspensión de la patria potestad según el literal b) del Artículo 83 del Código de los Niños y Adolescentes e inhabilitación a que se refiere el Artículo 36 inciso 5. Igual pena se aplicará cuando el agente sea el cónyuge, conviviente, ascendiente, descendiente natural o adoptivo, o pariente colateral de la víctima. Cuando la víctima muera a consecuencia de la lesión y el agente pudo prever este resultado, la pena será no menor de cuatro ni mayor de ocho años». «**Artículo 124-A.-** El que causa daño en el cuerpo o en la salud del concebido, será reprimido con pena privativa de la libertad no menor de un año ni mayor de tres»

²⁰² Véase Código Penal peruano «**Artículo 124.-** El que por culpa causa a otro un daño en el cuerpo o en la salud, será reprimido, por acción privada, con pena privativa de libertad no mayor de un año y con sesenta a ciento veinte días-multa. La acción penal se promoverá de oficio y la pena será privativa de libertad no menor de uno ni mayor de dos años y de sesenta a ciento veinte días-multa, si la lesión es grave. La pena privativa de la libertad será no menor de tres años ni mayor de cinco años e inhabilitación, según corresponda, conforme al Artículo 36 incisos 4), 6) y 7), cuando el agente haya estado conduciendo un vehículo motorizado bajo el efecto de estupefacientes o en estado de ebriedad, con presencia de alcohol en la sangre en proporción mayor de 0.5 gramos-litro, o cuando sean varias las víctimas del mismo hecho o el delito resulte de la inobservancia de reglas técnicas de tránsito. La pena será no mayor de tres años si el delito resulta de la inobservancia de reglas de profesión, de ocupación o industria y cuando sean varias las víctimas del mismo hecho, la pena será no mayor de cuatro años»

²⁰³ Cfr. BRAMONT-ARIAS TORRES, Luis Alberto / GARCÍA CANTIZANO, María del Carmen: ob.cit., p. 102.

²⁰⁴ Cfr. PORTOCARRERO HIDALGO: Juan: ob.cit., (2003), p. 31 y ss.

«1. Lesiones que ponen en peligro la vida de la víctima²⁰⁵

2. Este inciso presenta los siguientes tipos de lesión

«2. Las que mutilan un miembro u órgano principal del cuerpo o lo hacen impropio para su función, causan a una persona incapacidad para el trabajo, invalidez o anomalía psíquica permanente o la desfiguración de manera grave o permanente». La inclusión del inciso 2 es personal.

a. Las que mutilan un miembro u órgano principal²⁰⁶

b. Las que hacen impropio para su función a un miembro u órgano principal²⁰⁷

c. Las que ocasionan incapacidad para el trabajo²⁰⁸

d. Las que ocasionan invalidez permanente²⁰⁹

²⁰⁵ En primer lugar las «**heridas**» son lesiones traumáticas con solución de continuidad de la piel que son causadas por agentes lesivos externos o internos. Estas heridas pueden poner en peligro la vida de una persona, pero ello depende de una serie de factores, tales como la salud, la fortaleza, la edad, etc., o que la herida se pueda agravar; con mayor detalle: PORTOCARRERO HIDALGO, Juan: ob.cit., (2003), p. 32 y ss.

²⁰⁶ La acción de «**mutilar**» es sinónima de cortar, cercenar, amputar o extirpar, de manera total o parcial, un miembro u órgano de cualquier parte del cuerpo humano; cfr.: PEÑA CABRERA, Raúl: ob.cit., p. 286 y PUIG PEÑA, Federico: ob.cit., p. 348. **Miembro** (del latín *membrum*) es cualquier extremidad del cuerpo humano unida al tronco, al que debemos agregar que los miembros bilaterales son cuatro, dos inferiores, útiles para la sustanciación y locomoción, y dos superiores, útiles para el tacto y la aprehensión, más uno no bilateral, el miembro viril, útil para la procreación; los miembros inferiores se dividen en muslo, pierna y pie y los superiores, en brazo, antebrazo y mano; ampliamente: PORTOCARRERO HIDALGO, Juan: ob.cit., (2003), p. 34 y ss y BASILE, Alejandro: ob.cit., p. 35 y s. **Órgano** (del griego *organon*) es el conjunto de tejidos o de órganos de menor importancia que actúan simultáneamente en el ejercicio de una función determinada, debe ser entendido no en su contenido anatómico sino funcional, así para la anatomía, órgano es un riñón, un ojo; y para el lenguaje jurídico, órgano es el conjunto de los riñones, de los dos ojos, pues se les considera como sinónimo de función, de donde para la legislación, la pérdida de un riñón debe entenderse únicamente como debilitamiento de la función renal, y la pérdida de los dos, como la anulación de la función renal; con los ojos y otros es igual.

²⁰⁷ Por **miembro u órgano principal** debe entenderse aquel «cuya función sea esencial o preeminente en la vida, que tenga una fundamental importancia y cuya elevada dignidad funcional sea tal que su pérdida acarrea al que la sufre, una gran depreciación en sus actividades». En cuanto a la distinción de lo principal o no del miembro u órgano, ciertamente el único criterio posible para ello ha de extraerse desde el bien jurídico y según la importancia que revista para la salud del sujeto. En este sentido, un criterio de distinción será necesariamente de naturaleza funcional; con mayor detalle: BRAMONT-ARIAS TORRES, Luis Alberto / GARCIA CANTIZANO, María del Carmen: ob.cit., p. 104.

²⁰⁸ Es la incapacidad para realizar cualquier tipo de trabajo material o mental, en cualquier etapa de la vida, de tal forma que puede ser agravada una persona que se encuentra en actividad laboral, como un cesante o jubilado (...) la inhabilitación puede ser temporal o transitoria; con mayor detalle: PORTOCARRERO HIDALGO, Juan: ob.cit., (2003), p. 49 y ss.

²⁰⁹ El agraviado a consecuencia de la lesión queda inhabilitado de manera permanente para realizar cualquier tipo de trabajo, sin la posibilidad de que la lesión se revierta, al respecto ampliamente: PORTOCARRERO HIDALGO, Juan: ob.cit., (2003), p. 52 y ss.; BRAMONT-ARIAS TORRES, Luis Alberto / GARCIA CANTIZANO, María del Carmen: ob.cit., p. 104.

- e. Las que ocasionan anomalía psíquica permanente²¹⁰
- f. Las que ocasionan desfiguración grave y permanente²¹¹
- 3. Las que infieren cualquier otro daño²¹² »

Para cerrar con el primer dispositivo debemos hacer mención de la figura conocida en la doctrina penal como «lesiones graves seguidas de muerte» contenida en el último párrafo del art. 121. Ésta es una figura donde la acción inicial es una lesión producida por una acción dolosa y de cuya consecuencia resulta la muerte del agraviado, pero de manera culposa²¹³.

Finalmente en esta parte de las lesiones graves tenemos el art. 124-A, cuya esencia para determinar su gravedad es la relación que existe entre el sujeto activo y pasivo. De ello se desprende tres supuestos: forma agravada por la edad de la víctima, por la calidad del agente y por la muerte de la víctima²¹⁴.

Las lesiones leves están contenidas en el art. 122 del CP peruano y en palabras de BRAMONT-ARIAS TORRES se le puede definir como cualquier daño a la salud que no quede comprendido en el art. 121 del CP, siempre que requiera de diez a treinta días de asistencia o descanso, según prescripción facultativa²¹⁵. En esta misma línea, también, tenemos a las lesiones leves a menores y a parientes, contenidas en el art. 122-A del mismo cuerpo de leyes.

²¹⁰ Son lesiones que causan trastornos mentales permanentes, no interesa que estas, con el aporte médico, vuelvan a su estado de salud normal.; mayor detalle: PORTOCARRERO HIDALGO, Juan: ob.cit., (2003), p. 52.

²¹¹ Significa desmejorar, afear, ajea la estética corporal de la persona tal cual es. La lesión tiene que ser permanente y notoriamente desfigurante, descartándose los supuestos de lesiones que se extingan por el proceso renovatorio de los tejidos o aquellas que se materializan en regiones del cuerpo que habitualmente se ocultan con la ropa. No es necesario que la desfiguración sea repulsiva, es suficiente que socave la armonía o belleza del rostro o del cuerpo en general, es decir, que simplemente afee o disminuya de modo imborrable la armonía natural; ampliamente: HUGO VIZCARDO, Silfredo: ob.cit., p. 272 y ss.

²¹² Ante la imposibilidad de prever toda la gama de las lesiones graves que se puedan causar, la ley utiliza esta fórmula. Sin embargo, estas conductas, tienen que ser distintas a las expresamente tipificadas pero no excluye que sean semejantes; con mayor precisión: PORTOCARRERO HIDALGO, Juan: ob.cit., (2003), p. 57 y ss.

²¹³ En este sentido: HUGO VIZCARDO, Silfredo: ob.cit., p. 278 y ss.; PORTOCARRERO HIDALGO, Juan: ob.cit., (2003), p. 62 y ss.; BRAMONT-ARIAS TORRES, Luis Alberto / GARCÍA CANTIZANO, María del Carmen: ob.cit., p. 106 y ss.; PEÑA CABRERA, Raúl: ob.cit., p. 294 y ss.

²¹⁴ Con mayor detalle: PORTOCARRERO HIDALGO, Juan: ob.cit., (2003) p. 97 y ss.; BRAMONT-ARIAS TORRES, Luis Alberto / GARCÍA CANTIZANO, María del Carmen: ob.cit., p. 107 y ss.

²¹⁵ BRAMONT-ARIAS TORRES, Luis Alberto / GARCÍA CANTIZANO, María del Carmen: ob.cit., p. 111.

3. Valoración médica del daño ocasionado en la salud del ser humano

Como es sabido, las lesiones necesitan de una valoración llevada a cabo por un personal médico especializado (perito ²¹⁶) cuya actividad está dirigida a conocer con exactitud y objetividad los daños ocasionados por la lesión en la integridad del ser humano y de esta manera obtener una evaluación final que permita al operador jurídico determinar las consecuencias jurídicas del hecho delictuoso.

Producida la lesión, ya sea a consecuencia de una acción dolosa como culposa, y determinando la responsabilidad penal del agente, ésta da origen a la aplicación de las consecuencias jurídicas del delito: pena, medida de seguridad y reparación civil.

En este apartado nos interesa la reparación civil que se determina, conforme el art. 92 de CP, conjuntamente con la pena; pues está destinado a reparar el daño producido, lo que se hace para compensar el perjuicio físico y económico derivado de la lesión, existiendo así la necesidad de evaluar dicho daño corporal para que el Juez pueda establecer la cuantía de la compensación. Es éste un principio común a las legislaciones modernas: si el dañador ha causado menoscabo en la esfera jurídica de una persona (nacida y no nacida), es lógico que la reaparición debida consista en reintegrar esa esfera lesionada a su estado anterior a la producción del daño o, si esto no es posible, compensarlo adecuadamente ²¹⁷.

En suma, la reparación civil por el daño causado será determinada por el Tribunal o por el Juez competente, para ello se apoyará en datos objetivos sobre el daño existente facilitado por un profesional o equipo médico adecuado. La valoración o indemnización del «daño corporal» suponen por definición, una valoración equitativa por parte del Magistrado, por cuanto esa valoración es siempre discrecional, necesariamente circunstancial y de imposible objetivación. CALABRESI ²¹⁸ señala que «la completa compensación es una ilusión», teniendo en cuenta que se trata de un daño inmaterial y la determinación de su equivalencia en dinero (o pena) será por estimación o apreciación aproximativa. Puede deducirse así fácilmente la gran importancia y dificultad que posee esta actuación a la hora de evaluar los daños a las personas, lo que, junto con el gran número de casos existentes, determina que deban ser conocidos en profundidad por el

²¹⁶ Especialista, conocedor, práctico o versado en una ciencia, arte u oficio. Quien posee título estatal de haber hecho determinados estudios o de poseer experiencia en una rama del conocimiento o en una actividad cualquiera. La Academia agrega, para definir al perito judicial, al que interviene en el procedimiento civil, penal o de otra jurisdicción, como la persona «que poseyendo especiales conocimientos teóricos o prácticos, informa bajo juramento, al juzgador sobre puntos litigiosos en cuanto se relacionan con su especial saber o experiencia»; CABANELLAS DE TORRES, Guillermo: ob.cit., p. 243.

²¹⁷ Cfr. GISBERT CALABUIG, Juan Antonio: ob.cit., p. 455.

²¹⁸ Citado por GISBERT CALABUIG, Juan Antonio: ob.cit., p. 455

profesional de la medicina.

CAPÍTULO III: PROTECCIÓN PENAL DE LA SALUD EN UN SISTEMA SIN DELITO DE LESIONES CONTRA LA VIDA HUMANA DEPENDIENTE

1. Nota introductoria

Hasta antes de la entrada en vigencia del Código Penal español de 1995 las lesiones que se cometían contra el *nasciturus* eran impunes. Ésta es la afirmación que ha justificado la inclusión de la figura de lesiones contra la vida humana dependiente (lesiones al feto, lesiones al no nacido y lesiones al concebido) en algunos códigos punitivos de reciente data (véase infra: Cap. IV). Sin embargo, valgan verdades, la impunidad, ante la carencia de un tipo penal expreso, no fue absoluta.

Para ello, me remonto a la Europa occidental de finales de los años sesenta y principios de los setenta. Cuando gran conmoción causó saber que miles de niños recién nacidos padecían graves lesiones que fueron producto de la ingesta, por parte de las madres, de un fármaco denominado «Contergan». Ante este hecho, el Derecho penal

germánico que no tipificaba el delito de lesiones al *nasciturus* se vio imposibilitado de valerse de una figura legal expresa que castigara dicho comportamiento; sin embargo, tras arduos debates, se desarrolló una basta doctrina penal con el fin de castigar penalmente a los responsables de la fabricación del fármaco.

En aquella época los ojos de los estudiosos del Derecho penal estuvieron puestos sobre el Tribunal de Aquisgrán quien se encargó del proceso que finalmente culminó en el compromiso por parte de la empresa productora del fármaco de indemnizar a los perjudicados. Cabe agregar que tras el «caso Contergan» se empiezan a realizar propuestas de lege ferenda a favor de una expresa tipificación de las lesiones fetales²¹⁹.

2. El caso Contergan: un hecho paradigmático

En la entonces República Federal de Alemania, de la década de los cincuenta, desde el interior de los laboratorios de la empresa farmacéutica Chemie-Grünenthal de Stolberg, se venía elaborando un fármaco que se denominó Thalidomide²²⁰. Luego de ello, tras una agresiva campaña publicitaria, en octubre de 1957, se le pondría a la venta en el mercado farmacéutico tanto alemán como de gran parte del mundo bajo la denominación de «Contergan»²²¹.

Las píldoras eran un tranquilizante y somnífero elaboradas especialmente para mujeres embarazadas²²², por esta razón, los médicos de la época no dudaron en recetarlas a las madres en estado de gestación por cuanto, éstas contrarrestaban los malestares propios de los primeros meses de todo embarazo (aliviar las náuseas, los vómitos y otras molestias asociadas al embarazo). Empero, los efectos secundarios²²³ de las píldoras no se hicieron esperar, pues, éstas afectaban directamente al feto. Y esto se pudo apreciar, prima facie, cuando las madres daban a luz a niños cuyo común denominador era la ausencia de la mayor parte del brazo y la presencia de pequeñas manos en forma de aleta que se extendían directamente desde el hombro, dando lugar a la denominada focomelia²²⁴ o miembros de foca (véase en anexo, gráfico N° 01). Otra

²¹⁹ Cfr. RAMÓN RIBAS, Eduardo: «El delito de lesiones al feto. Incidencia en el sistema de tutela penal de la vida y la salud», Editorial Comares, Granada, 2002, p. 77.

²²⁰ Palabra compuesta derivada de N-phthaloylglutamide o amida de ácido itilglutámico

²²¹ Contergan fue la primera denominación que se le dio a la sustancia química Talidomida, ya que por ejemplo en Suecia se le denominó Neurosedyn.

²²² Pues el medicamento se vendía con el rótulo: «Especialmente conveniente para el embarazo»

²²³ Por otra parte, y aunque demasiado tarde para muchos niños, en el curso de las investigaciones se logró demostrar que la droga interfiere el suministro de sangre de las extremidades durante el desarrollo del embrión, lo que explicaría la particular capacidad teratogénica que convirtió a este medicamento, en el error farmacológico más dramático del siglo XX.

deformidad frecuente fue la aplastia radial, la ausencia del pulgar y del hueso adyacente en el antebrazo, además de la deformación de los miembros bilaterales; la droga también, causaba deformidad en los ojos y las orejas, los genitales, los riñones, el conducto digestivo y el sistema nervioso²²⁵. Cabe agregar que en algunos casos se provocaba la muerte del recién nacido²²⁶.

Las consecuencias que sufrieron los hijos de las madres los cuales habían ingerido el medicamento fueron alarmantes, pues las cifras de los perjudicados se elevaban en miles de afectados²²⁷. Ante este trágico hecho la respuesta por parte de los padres de aquellos niños disminuidos en su salud y de los médicos no se hizo esperar por encontrar la causante de tales resultados. Las sospechas quedaron confirmadas cuando los padres de algunos niños deformados empezaron a facilitar datos a los especialistas, lo cual permitió descubrir una serie de coincidencias: la mayoría de las madres de niños afectados habían ingerido la píldora en el segundo mes del embarazo, precisamente el mes en que se forman los brazos y las piernas del feto, se llegó a la conclusión de que el causante era la píldora Contergan²²⁸.

Así, la denuncia de los hechos llegaría hasta los tribunales alemanes, en especial del Tribunal de Aquisgrán quien se encargó de ventilar el llamado «Caso Contergan». Pero sin embargo, el problema se presentaría al momento de determinar la relación causal

²²⁴ La « *focomelia* », defecto congénito muy raro antes del desastre de la «talidomida», es la forma anómala de los miembros, ya sea superior o inferior, donde le falta el segmento más proximal –generalmente el que la une al resto del cuerpo humano adoptando así la forma de *aletas de foca*.

²²⁵ Cfr. GAMERO ESPARZA, Carlos: «Píldoras en su laberinto», en: Revista Vivat, Año V, Noviembre del 2002, N° 40 (disponible en: <http://www.2.uah.es/vivatacademia>)

²²⁶ La muerte no solo fueron por las causas propia de la píldora «Contergan», sino que también eran provocadas por los propios padres al ver la deformidad de su hijo recién nacido. Un hecho que conmovió al mundo fue el conocido «proceso de Lieja», en el que cuatro miembros de una familia y su médico fueron acusados y absueltos de eutanasia practicada en una niña recién nacida que, como consecuencia de la ingestión por parte de su madre del fármaco antes mencionado, había nacido sin brazos. JIMÉNEZ DE ASÚA describía así este proceso: «Susanne Vandeput (...) dio a luz a una niña sin brazos. Al verla grito: «No podemos dejarla que viva ni por su bien ni por el mío». El 22 de mayo de 1962 vino al mundo. La esperaban con júbilo y hasta pensaron llamarla Corine. La triste nueva de la deformación de la criatura fue dada inmediatamente al padre, Jean Vandeput, a la abuela y hermana. Los días 23, 24 y 25 no le mostraron la recién nacida a la madre, a pesar de sus demandas, con el pretexto de que era muy débil y necesitaba calor suplementario. El 26 se le entregaron y al verla profiere las palabras transcritas inmediatamente convoca una especie consejo de familia ante en cual entre sollozos: «es preciso que la mate inmediatamente, después no tendría valor para hacerlo». Todos aprueban. El 29 del mismo mes se implora ante el Dr. Castres, médico de la familia, auxilio para hacer desaparecer a la deforme criatura. Tras de vacilaciones angustiosas Castres accede a procurar un somnífero, capaz de dormir definitivamente a la infeliz Corine. La atribulada madre, sola, le propina la droga y la niña muere». Citado por RAMÓN RIBAS, Eduardo: ob.cit., p. 76.

²²⁷ Pero nunca se conocerán cifras exactas de ello debido a que el medicamento fue consumido indiscriminadamente en países donde no había control farmacológico. Al respecto cfr. GAMERO ESPARZA, Carlos: ob.cit.

²²⁸ Cfr. GAMERO ESPARZA, Carlos: ob.cit.

entre el medicamento y las malformaciones de los niños.

3. El Derecho penal alemán. Un Derecho sin delito de «lesiones al feto» frente al «caso Contergan»

Como quedó dicho en los epígrafes anteriores, la comunidad no hizo esperar su reacción; es así que en 1968, tras varios años de investigaciones, se inicia el denominado «Proceso Contergan», en el que se acusaba a siete directivos de la empresa alemana Grünenthal²²⁹, por estimarlos responsables de la producción y comercialización del fármaco sin haber observado previamente, en los ensayos pertinentes (entre los cuales se encontraba la investigación de los posibles efectos secundarios del medicamento), el debido cuidado²³⁰.

Sería entonces el Tribunal de Aquisgrán, que bajo el amparo de un Código Penal alemán (StGB) carente de una tipificación expresa del delito de lesiones contra el *nasciturus*, fuera quien se ocupó del proceso penal, en el cual debía decidirse la responsabilidad penal de aquellos directivos de la empresa química Grünenthal. En ese momento los operadores jurídicos entendieron que la conducta sería subsumible en los delitos de homicidio culposo (§ 222 StGB)²³¹, realizados a través de las acciones prenatales que, de manera imprudente, provocaron el resultado de muerte postnatal, y de lesiones corporales también culposas (§ 230 StGB)²³², subsumiendo en ellas las lesiones imprudentes en el feto con efectos postnatales subsistentes²³³. Como puede verse el Derecho penal alemán, sin contar con un tipo penal que proteja al feto contra ataques que deterioren su integridad, tuvo que enfrentar el hecho, a través, de los tipos penales que se menciona en este párrafo²³⁴.

²²⁹ Cfr. Diario Médico: «Pruebas preliminares no demostraron efectos secundarios graves. El consumo de talidomida produce malformaciones», en: Diario Médico.Com (disponible en: <http://www.diariomedico.com/medicinasiglo/noticia1961.html>)

²³⁰ Cfr. LÜTTGER: «Der Beginn der Geburt und das Strafrecht. Probleme an der Grenze Zwischen Leibesfruchtcharakter und menschlichkeit», en JR, FET 4, April, 1971, citado por RAMÓN RIBAS, Eduardo: ob.cit., p. 85 y ss.

²³¹ **§ 222. Homicidio culposo** Quien cause la muerte de una persona por imprudencia, será castigado con pena privativa de la libertad hasta cinco años o con multa

²³² **§ 230. Lesión corporal culposa** Quien por imprudencia cause la lesión corporal de otra persona, será castigado con pena privativa de la libertad hasta tres años o con multa.

²³³ Cfr. LÜTTGER: «Der Beginn der Geburt und das Strafrecht», ob.cit., p. 136; «La distinción del embrión y feto frente a la calidad de persona en el proceso Contergan» ob.cit., p. 71; ROMEO CASABONA: «El derecho y la bioética ante los límites de la vida humana», ob.cit., p. 404; citados por RAMÓN RIBAS, Eduardo: ob.cit., p. 86.

²³⁴ Así se desprende del **LG Aachen**, sentencia de 18 de diciembre de 1970; citado por RAMÓN RIBAS, Eduardo: ob.cit., p. 86.

Entonces, sería, tras más de dos años de juicio, que el Tribunal resolvió sobreseer el proceso, de modo que no llegó a condenar penalmente a los imputados, toda vez que la empresa Grünenthal se comprometió a indemnizar a las víctimas con un fondo de 114 millones de marcos²³⁵.

De la resolución emitida por el Tribunal germánico, con la cual se concluyó el proceso del «caso Contergan» se puede apreciar tres aspectos importantes que son desarrolladas de manera exhaustiva por RAMÓN RIBAS, del cual no me queda más que citar las conclusiones a las cuales arribó tras el análisis de la sentencia Aachenn de fecha 18 de diciembre de 1970. Así:

«1. Los abortos imprudentemente causados son, por ausencia de previsión legal en dicho sentido, atípicos²³⁶. Sólo el aborto doloso es punible conforme a la legislación penal alemana.

2. Las acciones prenatales que causaron la muerte de niños poco después de su nacimiento realizan el tipo de homicidio imprudente (§ 222 StGB).

3. Las acciones prenatales que, pese a incidir sobre el feto, causaron lesiones a las personas nacidas, cuyas funciones quedaron impedidas o gravemente menoscabadas, realizan el tipo de lesiones imprudentes (§ 230 StGB)»²³⁷.

Son entonces, estos tres puntos mediante el cual el Tribunal de Aquisgrán buscó soluciones jurídico-penales tras los hechos acaecidos. Sin embargo ante ello, la apreciación del caso Contergan por parte de los juristas alemanes no se hizo esperar, tal como se verá líneas más abajo.

4. El debate en la doctrina alemana tras el «caso Contergan»

El debate doctrinal que se produjo en Alemania tras el caso Contergan en el círculo penal, giró entre las posiciones de los juristas Schröder, Tepperwein, Lüttger y Kaufmann quienes aportaron importantes soluciones, las cuales deben tenerse en cuenta.

4.1. La posición de Schröder

El notable jurista alemán al estudiar el «caso Contergan» concluyó que en doctrina penal

²³⁵ Cfr. HASSEMER, Winfried / MUÑOZ CONDE, Francisco: «La responsabilidad por el producto en Derecho penal», Tirant lo blanch, Valencia, 1995, p. 50.

²³⁶ De conformidad con el actual Código Penal alemán (StGB) el aborto imprudente o culposo es impune, pues la doctrina alemana y, con ella el legislador, ha considerado innecesaria la tipificación de dicho modalidad de aborto.

²³⁷ Cfr. RAMÓN RIBAS, Eduardo: ob.cit., p. 103.

y, para este caso específico, el hecho decisivo para la determinación del tipo (sea homicidio, aborto o lesiones) realizado viene dado por el momento de la producción efectiva del resultado, es decir, éste determinará la tipicidad de la conducta. Así por ejemplo, la causación de la muerte del feto por expulsión prematura constituye una forma de homicidio, aun cuando la acción delictiva se haya efectuado cuando el ser se encontraba en el útero materno, pues la muerte se produce una vez situados en el espacio típico de aquél, esto es, después de la expulsión y, por tanto cuando ha tenido lugar ya el nacimiento²³⁸.

En síntesis, en opinión de SCHRÖDER el criterio que debe manejarse ante un hecho delictivo y determinar su tipicidad estará dado por el resultado efectivamente producido, además no considera punible aquellas conductas culposas o imprudentes que incidieran sobre la integridad del feto.

4.2. La posición de Tepperwien

La notable jurista elaboró una extensa y exhaustiva monografía, por lo que en palabras de RAMÓN RIBAS²³⁹ citaremos las conclusiones que la propia autora ofrece en su notable monografía de 1973 titulada «Praenatale Einwirkungen als Tötung oder Körperverletzung».

«1. Las acciones que actúan antes de la concepción, esto es incidiendo sobre las células germinales.

Éstos son, en todo caso, impunes, con dependencia que conduzcan a unas lesiones o a la muerte del feto o persona que llegue a nacer. Los delitos de homicidio y lesiones presuponen un objeto no lesionado que reúna todas las cualidades a las que estos tipos ligan su protección en el momento en que se produce la lesión en sentido natural, esto es, su modificación. Dado que las células germinales no son todavía un ser humano ni poseen salud, la actuación sobre ellas carece de trascendencia penal.

2. Las acciones que coinciden con la concepción.

En el caso especial en el que se concibe un ser humano con capacidad vital limitada o con una enfermedad hereditaria, debe afirmarse también la impunidad de la conducta: matar o lesionar no equivale a concebir o crear, es decir, a escatimar, desde un principio, la duración de la vida o la salud.

3. Acciones que inciden con posterioridad a la concepción pero antes del nacimiento.

Si la acción incide sobre el feto provocando la muerte del niño poco después de nacer o nazca lesionado, son aplicables, en principio, los parágrafos § 211²⁴⁰ ss. y § 223

²³⁸ Véase ampliamente RAMÓN RIBAS, Eduardo: ob.cit., p. 161 y ss.

²³⁹ Ibidem, p. 199 y ss.

²⁴⁰ **§ 211. Asesinato** (1) El asesino se castigará con pena privativa de la libertad de por vida (2) Asesino es quien por placer de matar, para satisfacer el instinto sexual, por codicia, o de otra manera por motivos bajos, con alevosía, o cruelmente, o con medios que constituyen un peligro público, o para facilitar otro hecho o para encubrirlo, mata a un ser humano.

²⁴¹ ss., pues el resultado producido pertenece a estos tipos. No obstante, la punibilidad de la conducta está condicionada por la culpabilidad del autor:

- Imprudencia: Si el autor ha actuado negligentemente la conducta no será punible. De la atipicidad del aborto imprudente se extrae una decisión legislativa que afecta a todo ataque culposo que incide sobre el feto, independientemente de que el resultado lesivo o letal acontezca antes o después del nacimiento.

- Error (dolo e imprudencia): En caso de que el autor haya actuado dolosamente sobre el feto sin contar con la posibilidad de que el resultado alcanzara a una persona, deberá acudir a una solución concursal; junto a una tentativa de aborto resultan aplicables los tipos de homicidio o lesiones imprudentes.

- Dolo: Si el autor incidió sobre el feto con conocimiento de que el resultado alcanzaría a la persona, son aplicables los párrafos 211 ss., 223 ss. No obstante, cuando el resultado sea la muerte de la persona debemos establecer diferencias en atención a la causa y tiempo del fallecimiento: si éste tiene lugar como consecuencia de una expulsión prematura y poco tiempo después de ella, será aplicable el párrafo 218 (interrupción del embarazo). En cambio, si la muerte tiene su origen en causas distintas de la falta de madurez deberá encuadrarse la conducta en los tipos de homicidio. Finalmente, cuando la muerte obedece a una interrupción prematura de la gestación pero acontece largo tiempo después del nacimiento también serán aplicables los párrafos 211 ss».

4.3. La posición de Hans Lüttger

Lüttger manifestaba que el Derecho penal de su tiempo expulsaba, de manera inequívoca, las concepciones que incluyen acciones prenatales en los tipos de lesiones y homicidio al ámbito de una ilegítima analogía en contra del reo. Por ello, decía, debe excluirse su aplicación por lo siguiente:

«1. Las acciones prenatales que determinan la muerte con posterioridad al nacimiento:

- Si existe dolo de abortar: Aborto doloso consumado.
- Si la acción es imprudente: Aborto culposo imprudente.

2. Acciones prenatales lesivas cuyos efectos permanecen en la persona nacida:

- Si existe dolo de lesionar: Lesiones fetales atípicas.
- Si el comportamiento es imprudente: Lesiones a feto atípicas» ²⁴².

Así, proponía una solución de lege ferenda, que consistía en introducir al cuerpo legal penal alemán, la figura del delito de aborto culposo y otro de lesiones imprudentes al feto que sancionaran la infracción profesional de ciertos deberes de cuidado ²⁴³.

²⁴¹ **§ 223. Lesión corporal** (1) Quien inflija a otro malos tratos corporales o dañe su salud, será castigado con pena privativa de la libertad hasta cinco años o multa. (2) la tentativa es punible.

²⁴² Cfr. RAMÓN RIBAS, Eduardo: ob.cit., p. 217.

4.4. La posición de Armin Kaufmann

Las acciones prenatales que determinan la muerte de la persona nacida no realizan, en ningún caso, el tipo de homicidio ²⁴⁴. El tipo aplicable viene marcado por la calidad jurídica del objeto cuando la acción incide sobre él. Dado que en estos supuestos el ser humano no es aún persona ²⁴⁵ y, sí, en cambio, feto, se realiza, objetivamente, el tipo de aborto, y, por cierto, con independencia del tiempo transcurrido entre el inicio del nacimiento y la muerte. Si el sujeto actuó dolosamente, la conducta deberá calificarse, por tanto como aborto doloso consumado.

Cuando la muerte del niño es causada por una acción prenatal imprudente, la exclusión del tipo de homicidio se produce, además de por las razones anteriores, por el efecto de cierre derivado del parág. 218 ²⁴⁶: aunque fuera preciso atender al resultado y, en consecuencia, pudiera estimarse realizado el tipo de homicidio, el castigo de esta clase de homicidio imprudentes prenatales equivaldría a la tipificación del aborto imprudente, provocándose una intolerable reglamentación del ámbito de vida de la madre y otras personas que se relacionan con ella. La conducta debe calificarse, en definitiva, como aborto culposos atípico.

En los supuestos de acciones prenatales dolosas cuyos resultados permanecen después del nacimiento tampoco es aplicable el delito de lesiones. Aquí la cuestión se plantea, no obstante, de modo diverso a los casos anteriores. En estos últimos concurrían dos tipos penales, el de aborto y el de homicidio, que, al menos aparentemente, resultaban parcialmente realizados: la acción era de naturaleza abortiva mientras el resultado era propio del tipo de homicidio. Sin embargo, la introducción de la figura de aborto y la posición del legislador por el momento de la acción, sustraían ciertos resultados del ámbito del homicidio. Ahora, en cambio, sólo se discute si se cumplen las exigencias requeridas por el único tipo cuya aplicabilidad se cuestiona. En este caso, son la letra y la estructura legales las que impiden entender concurrente una conducta típica: si la lesión consiste en una disminución o empeoramiento del estado físico o psíquico del ser humano, y los delitos de lesiones exigen que la misma se produzca en una persona, no cabe sino negar la tipicidad de las lesiones causadas al feto. Aunque sólo trascienden

²⁴³ Ibidem, p. 219.

²⁴⁴ En contra de la posición de SCHRÖDER.

²⁴⁵ Para el Derecho alemán la calidad de persona se adquiere con el inicio del nacimiento.

²⁴⁶ **§ 218. Interrupción del embarazo** (1) Quien interrumpa un embarazo, será castigado con pena privativa de la libertad hasta tres años o con multa. Acciones cuyo efecto se presenta antes de la terminación de la anidación del huevo fecundado en la matriz no se consideran como interrupción del embarazo en el sentido de ésta ley. (2) En casos especialmente graves, el castigo será de pena privativa de la libertad de seis meses hasta cinco años. Un caso especialmente grave se presenta por regla general cuando el autor 1. actúe contra la voluntad de la embarazada o 2. cause culposamente un peligro de muerte o un grave daño en salud de la embarazada. (3) Si la embarazada comete el hecho, entonces el castigo será de pena privativa de la libertad hasta un año o multa. (4) La tentativa es punible. La embarazada no será castigada por la tentativa.

socialmente cuando ya se convirtió en persona, no son más que una consecuencia o efecto de una previa actuación sobre el proceso fisiológico fetal que perdurará más allá del nacimiento. Calificación jurídica: lesiones fetales dolosas atípicas.

Acciones prenatales culposas las cuales causaron lesiones a un feto cuyos efectos alcanzan a la persona nacida. Una vez más, como ya ocurriera con la acción prenatal que imprudentemente causó la muerte del nacido, en la exclusión de la aplicabilidad del tipo de lesiones culposas concurren diversas razones, que, por otra parte, consideradas aisladamente, serían suficientes para enervar aquella figura. Al argumento derivado del hecho de que el resultado se perfeccionó ya con anterioridad a la adquisición de la cualidad de persona, por lo que lo único que permanece es la percepción de sus consecuencias, se añade ahora el efecto de cierre que produce el parágrafo 218: también el castigo de las conductas prenatales imprudentes cuyos resultados no alcanzan el nivel de muerte fetal, sino simplemente el nivel inferior de lesiones del feto, supondría una invasión insoportable del espacio de libertad de la mujer embarazada y de los terceros quienes entran en contacto con ella. Calificación jurídica: lesiones fetales impunes.

En líneas finales, se puede advertir del pensamiento del notable jurista alemán KAUFMANN su tendencia de castigar penalmente aquellas conductas dolosas que causen lesiones en el *nasciturus*.

5. Escenario actual de la doctrina alemana

Como ya se ha venido apuntando la Talidomida o Contergan provocó en el Derecho penal alemán la elaboración de diversas posturas de los más reconocidos juristas. Producto de ello, es que desde entonces ha permanecido estática, en el seno de la ciencia penal, la discusión respecto a la atipicidad de aquellas conductas humanas que menoscaban la integridad del feto²⁴⁷

Por otra parte, las voces que reclamaban la necesidad de crear una figura penal expresa, la cual tutele la salud del no nacido y sancione, en consecuencia, las lesiones fetales, en la actualidad no ha tenido eco, ya que esto se debe en palabras de RAMÓN RIBAS²⁴⁸ por la falta de concientización colectiva que identifique la ausencia de un tipo de lesiones al feto como un grave problema del sistema penal. Y esto lo podemos confirmar en el actual StGB alemán que aún no contempla esta modalidad delictiva.

Finalmente el caso Contergan será siempre un punto de referencia para aquellos ordenamientos que busquen la tipificación de aquellas acciones, las cuales menoscaban la salud del *nasciturus*.

²⁴⁷ Cfr. RAMÓN RIBAS, Eduardo: ob.cit., p. 237.

²⁴⁸ Ibidem. p. 237.

CAPÍTULO IV: LA REGULACIÓN DE LOS DELITOS DE LESIONES CONTRA LA VIDA HUMANA DEPENDIENTE EN DERECHO COMPARADO

1. Cuestiones preliminares

El tradicional Derecho penal ²⁴⁹ de las diferentes naciones de tradición jurídica-germánica, hasta tiempos recientes se ocupaban sólo de aquellas conductas ilícitas más usuales, como por ejemplo el homicidio, robo, fe pública y otros. Sin embargo, de cara al mundo moderno, producto del desmedido avance tecnológico, el ius puniendi

²⁴⁹ En el tiempo del Derecho penal tradicional se hablaba en ofensa a los derechos subjetivos del individuo; se evolucionó después respecto de la admisibilidad de ofensas a los derechos colectivos y de los bienes supraindividuales. Ahora, ya se propugna el reconocimiento de bienes jurídicos universales o planetarios. La ecología, indiscutiblemente, constituye ejemplo patente de esa tendencia de globalización de los bienes jurídicos. Otros ejemplos son: genética, seguridad, informática, seguridad en las comunicaciones, seguridad en los medios transnacionales de transporte, seguridad en internet, etc.

era incapaz de punir aquellas acciones criminales que afectaban intereses individuales como también colectivos. Es por esto último que en Derecho penal moderno las novedades legislativas penales se presentan sobre todo en su Parte Especial²⁵⁰, pues obedece a que el actual escenario delictivo, decorado por el avance tecnológico, vienen apareciendo nuevas conductas que atentan contra aquellos bienes jurídicos fundamentales necesarios para la convivencia del ser humano en sociedad. Así, los Códigos Penales de distintos países vienen puniendo las acciones que atentan contra la integridad corporal y la salud del *nasciturus*, pero cada una de ellas atendiendo a su propia técnica y política legislativa.

Ante este panorama la forma como se debe reaccionar frente al delito constituye la esencia de la Política criminal. Tradicionalmente cada país tenía sus propias directrices político-criminales. Como expresión de la soberanía, cada Estado procuraba delinear sus formas de control de la criminalidad. Todo eso está cambiando rápidamente con relación a algunos delitos. Hoy la gran reivindicación consiste en la uniformización de la reacción contra los delitos que perturban el "orden internacional", particularmente el organizado.

En función de lo anterior, se observa que los Estados Democráticos de Derecho se han visto en la necesidad de adecuar sus normativas penales a la nueva orientación doctrinaria, la cual considera al Derecho Penal como último recurso (*ultima ratio*) para resolver los conflictos sociales y por consiguiente el instrumento más efectivo para lograr la paz y seguridad jurídica de los pueblos. Con ello se observa claramente que los actuales Códigos Penales, es decir, de reciente vigencia, se orientan por una mayor vocación penalizadora que despenalizadora²⁵¹ éstas son las pautas que han de configurar el devenir del Derecho punitivo en su aproximación a los aspectos más positivos de la globalización. Lo manifestado se refleja con nitidez al observar el contenido de la Parte especial de las modernas legislaciones penales que vienen puniendo el delito de lesiones al feto, la manipulación genética, el delito ecológico, las escuchas telefónicas ilegales, el lavado de activos, la inseminación artificial no consentida, la intromisión ilegítima en la intimidad ajena, la protección penal de la propia imagen, la utilización de información privilegiada, la tutela punitiva de la vida silvestre, el tráfico de influencias, el delito informático, los delitos relativos a la energía nuclear y radiaciones ionizantes, el delito urbanístico, delitos contra los derechos de los trabajadores y una amplia lista de delitos socioeconómicos²⁵², entre otros.

Reduciendo el amplio elenco de las nuevas formas de criminalidad, debo centrarme

²⁵⁰ En este sentido véase HASSEMER, Winfried / MUÑOZ CONDE, Francisco: ob.cit., p. 27.

²⁵¹ Cfr. MUÑOZ CONDE, Francisco: «Protección de los derechos fundamentales en el Código Penal», en: CDJ, Madrid, p. 461.

²⁵² La era de la globalización coincide con la era de la explosión de la delincuencia organizada. Nadie ignora que el crimen organizado, en principio, tiene finalidad económica. Por eso parece apropiado decir que el crimen organizado (en la actualidad) es el crimen de los poderosos (crímenes of the powerful). En razón de todas las facilidades que la globalización proporciona (tránsito libre para mercancías, libre circulación financiera, informatización del planeta, etc.), algunos delincuentes se internacionalizaron e inúmeros crímenes se globalizaron: narcotráfico, tráfico de seres humanos, tráfico de armas, tráfico de órganos humanos, tráfico de animales, corrupción internacional, ciberdelincuencia, etc.

en las lesiones contra la vida humana dependiente. Al respecto, es claro que la primera positivización de esta forma de criminalidad lo afectarían los legisladores españoles cuando comprenden, por primera vez, valga la redundancia, la figura de «lesiones al feto» en el vigente Código Penal español de 1995. Con ello se trataba de llenar el vacío legal. En tal virtud, puedo decir, sin ánimo de equivocarme, que hasta la fecha, en Europa, es la única Legislación penal de influencia germánica que castiga penalmente los comportamientos dirigidos a menoscabar la salud del *nasciturus*. Motivo por el cual viene desarrollando una doctrina que paulatinamente se viene incrementando.

Siguiendo el camino legislativo emprendido por el Código Penal español en materia de lesiones al feto, hicieron lo propio, en América Latina, los legisladores salvadoreños y colombianos. Los primeros lo materializaron al promulgar el Código Penal de 1998 convirtiéndose así en la primera legislación latinoamericana en recoger la figura en cuestión, mientras los segundos lo harían con la promulgación del Código Penal del 2000. Por su parte la República de Costa Rica aprobaba por unanimidad en 1998 el Proyecto del Código Penal que viene a recoger la figura materia de comentario.

Antes de pasar a desarrollar cada una de las legislaciones que contempla las lesiones al *nasciturus*, debo manifestar que la intención de este capítulo apunta a describir de manera general los articulados que caen bajo la figura en debate.

En líneas finales, tomando las palabras de MORILLAS CUEVA²⁵³ considero que el Derecho Penal del futuro debe de continuar siendo un derecho basado en el principio de intervención mínima, sin caer en un excesivo simbolismo, pero al mismo tiempo ha de afrontar la criminalización de nuevas formas de delincuencia, siempre bajo la cobertura del absoluto respeto a los principios delimitadores del moderno Derecho Penal, entre los que lógicamente se encuentra el carácter de ultima ratio.

2.España [Código Penal de 1995]

2.1. Generalidades

En España el impulso codificador proviene de la necesidad de sustituir una normativa que hundía sus raíces en el siglo XIX (Código Penal de 1848) y que obedeciera a las exigencias del mundo moderno. Por ello, el Código Penal de 1995 ha de constituir una pieza básica del ordenamiento jurídico propio de un Estado social y democrático de Derecho como lo es el Estado español según la Constitución de 1978²⁵⁴. Así las cosas, el 23 de noviembre de 1995 mediante Ley Orgánica N° 10/1995 se promulgó el Código Penal de 1995, la cual entró en vigor desde el 24 de mayo de 1996. De esta manera y

²⁵³ Cfr. MORILLAS CUEVA, Lorenzo: «Reflexiones sobre el Derecho penal del futuro», en: Revista Electrónica de Ciencias Penales, 22 de abril del 2002.

²⁵⁴ Cfr. SALA SÁNCHEZ, Pascual: «Rasgos generales del nuevo Código Penal», en: CDJ, Madrid, 1994.

conforme a su exposición de motivos entraba a regir en el pueblo español un código que tutelase los valores y principios básicos de la convivencia social y obedezca al principio de la intervención mínima y las crecientes necesidades de tutela en una sociedad cada vez más compleja, dando prudente acogida a nuevas formas de delincuencia.

De conformidad con las últimas líneas del párrafo anterior se criminalizó aquellas conductas, sean dolosas o imprudentes, que causaren daños en la salud del ser, producto de la concepción bajo la nomenclatura de «lesiones al feto». Esta figura se recogería a través de sus artículos 157 y 158 contenidos en el Título IV, del Libro II del Código Penal español vigente. Con ello, se colmaba el vacío legal que provocaban aquellas acciones dirigidas al feto con el fin de menoscabar su salud.

2.2. Figura delictiva dolosa

Artículo 157. El que por cualquier medio o procedimiento, causare en un feto una lesión o enfermedad que perjudique gravemente su normal desarrollo, o provoque en el mismo una grave tara física o psíquica, será castigado con pena de prisión de uno a cuatro años e inhabilitación especial para ejercer cualquier profesión sanitaria, o para prestar servicios de toda índole en clínicas, establecimientos o consultorios ginecológicos, públicos o privados, por tiempo de dos a ocho años²⁵⁵.

En principio, sujeto activo puede ser cualquier persona, incluso la mujer gestante pues el precepto legal no las excluye de la sanción penal. Mientras que el sujeto pasivo, conforme al articulado, viene a ser el feto²⁵⁶.

El comportamiento típico se perfecciona cuando se causa por cualquier medio o procedimiento, sea material o moral, incluido el contagio de enfermedades por conducto de la madre, una lesión o enfermedad que perjudique gravemente el normal desarrollo del feto, o provoque en el mismo una grave tara física o psíquica. Por tanto, quedarían excluidas aquellas lesiones o enfermedades en el feto que no perjudiquen gravemente su normal desarrollo, o no provoque en el mismo una grave tara física o psíquica²⁵⁷.

Teniendo en cuenta la acción del agente y su relación con el objeto de la acción, se trata de un delito de resultado material. Siguiendo esta misma línea es susceptible de cometerse por omisión en atención del art. 11²⁵⁸ del Código Penal español.

²⁵⁵ Código Penal español, Editorial Praxis, S.A., Barcelona, 1996, p. 53 y ss.

²⁵⁶ Cfr. GONZÁLEZ RUS, Juan José: ob.cit., p. 133 y ss.

²⁵⁷ Cfr. HIGUERA GUIMERÁ, Juan Felipe: «Los delitos de lesiones al feto», en: La Ley, Actualidad penal, Año: XVI, 2000.

²⁵⁸ Art. 11. del Código Penal español Los delitos o faltas que consistan en la producción de un resultado sólo se entenderán cometidos por omisión cuando la no evitación del mismo, al infringir un especial deber jurídico del autor, equivalga, según el sentido del texto de la Ley, a su causación. A tal efecto se equipará la omisión a la acción: a) Cuando exista una específica obligación legal o contractual de actuar. b) Cuando el omitente haya creado una ocasión de riesgo para el bien jurídicamente protegido mediante una acción u omisión precedente.

La lesión al feto, en comentario, es dolosa, pues debe comprender el conocimiento de que el medio utilizado es idóneo para producir las lesiones típicas y la voluntad de, a pesar de ello, utilizarlo²⁵⁹.

Respecto a la figura del concurso, se advierte que si el agente además de causar lesiones al feto, le causa lesiones o en su defecto la muerte a la mujer embarazada, existirá un concurso de delitos en atención al art. 77²⁶⁰ del Código Penal del país de la Península Ibérica.

El delito de lesiones al feto es ley especial respecto del aborto²⁶¹. No obstante en el tipo doloso de éste, cuando el propósito fuera el de destruir el producto de la concepción, las lesiones finalmente causadas se castigarían como aborto en grado de tentativa, salvo que las lesiones estén más gravemente penadas, en cuyo caso se aplicaría el tipo de lesiones por razón de la alternatividad.

Respecto a las penas se prevé la prisión de uno a cuatro años e inhabilitación especial para ejercer cualquier profesión sanitaria, o para prestar servicios de toda índole en clínicas, establecimientos o consultorios ginecológicos, públicos o privados, por tiempo de dos a ocho años.

2.3. Figura delictiva imprudente

Artículo 158. El que, por imprudencia grave, cometiere los hechos descritos en el artículo anterior, será castigado con la pena de arresto de siete a veinticuatro fines de semana.

Cuando los hechos descritos en el artículo anterior fueron cometidos por imprudencia profesional se impondrá asimismo la pena de inhabilitación especial para el ejercicio de la profesión, oficio o cargo por periodo de seis meses a dos años.

La embarazada no será penada a tenor de este precepto.

Bajo este precepto penal el sujeto activo puede serlo cualquiera, excepto la madre gestante, mientras el sujeto pasivo es el feto.

Respecto a la conducta prohibida o comportamiento típico me resta remitirme a lo desarrollado en las lesiones al feto causadas de manera dolosa.

En el contexto de este artículo sólo es punible la imprudencia grave; se agrava la imprudencia en los casos de imprudencia profesional y se excluye la responsabilidad de la embarazada.

²⁵⁹ Cfr. GONZÁLEZ RUS, Juan José: ob.cit., p. 135.

²⁶⁰ Art. 77 del Código Penal español 1. Lo dispuesto en los artículos anteriores, no es aplicable en el caso de que un solo hecho constituya dos o más infracciones, o cuando una de ellas sea medio necesario para cometer otra. 2. En estos casos se aplicará en su mitad superior la pena prevista para la infracción más grave, sin que pueda exceder de la que represente la suma de las que correspondería aplicar si se penaran separadamente las infracciones. 3. Cuando la pena así computada exceda de este límite, se sancionaran las infracciones por separado.

²⁶¹ Comprendidos en los arts. 144, 145 y 146 del Código Penal español.

Se castiga aquí, expresamente, por tanto, la imprudencia profesional, que no es más que un supuesto pero agravado de la imprudencia grave. En este caso se impone además de la pena de arresto de siete a veinticuatro fines de semana («asimismo» indica este art. 158, párrafo segundo), la pena propia de la imprudencia profesional cual es la de inhabilitación especial para el ejercicio de la profesión, oficio o cargo por un período de seis meses a dos años²⁶².

Las lesiones al feto por imprudencia profesional pueden ser producidas, por ejemplo, cuando el médico realiza el diagnóstico prenatal, o también cuando como consecuencia del diagnóstico prenatal se presta el tratamiento al feto.

Concurren, en concurso ideal, las lesiones al feto con las que eventualmente se le puedan causar a la mujer embarazada.

La imprudencia profesional se castiga además de la pena de arresto de siete a veinticuatro fines de semana con la de inhabilitación especial para ejercer cualquier profesión sanitaria, o para prestar servicios de toda índole en clínicas, establecimientos o consultorios ginecológicos, públicos o privados, por tiempo de dos a ocho años.

3. El Salvador [Código Penal de 1998]

3.1. Generalidades

La República de El Salvador encargó a La Asamblea Legislativa elaborar un nuevo Código Penal que reemplazaría, después de 24 años de vigencia, al Código Penal de 1974. Sería, entonces, el 13 de agosto de 1998, fecha en que se promulgaría el nuevo Código Penal a través del **Decreto Legislativo N° 378**²⁶³. Como puede observarse de los considerandos del referido decreto se decía que el viejo cuerpo legal punitivo en la actualidad ya no se perfila de la misma manera porque su contenido no guarda concordancia con el texto de la Constitución de la República de 1983, ni con la realidad política y social que vive el país. Además, esto se justificaba en que los Estados se han visto en la necesidad de adecuar sus normativas penales a la nueva orientación doctrinaria que considera el Derecho Penal como último recurso para resolver los conflictos sociales y el instrumento más efectivo para lograr la paz y seguridad jurídica de los pueblos.

De conformidad con el epígrafe anterior, y en atención a las nuevas formas de criminalidad y más aún influenciado por la doctrina española en materia penal, sería uno de los primeros países de Latinoamérica y segundo a nivel mundial que se encargaría de

²⁶² Cfr. HIGUERA GUIMERÁ, Juan Felipe: ob.cit., (2000).

²⁶³ Publicado en el Diario Oficial N° 156, Tomo 340, de fecha 25 de agosto de 1998 (disponible en: <http://www.unifr.ch/derechopenal>)

tipificar expresamente las lesiones contra la vida humana dependiente bajo la denominación de «lesiones en el no nacido». Esta efigie legal está contenida en el Capítulo II bajo la nomenclatura «De los delitos relativos a la vida del ser humano en formación», del Título I «Delitos relativos a la vida» del Libro II «De los delitos y sus penas», del referido Código Penal.

3.2. Figura delictiva dolosa

Artículo 138. El que ocasionare en el no nacido una lesión o enfermedad que perjudicare gravemente su normal desarrollo o provocare en el mismo una grave tara física o psíquica, será sancionado con prisión de dos a cuatro años.

Sujeto activo puede serlo cualquiera, no tendiendo inconveniente de comprender a la mujer gestante. El sujeto pasivo puede serlo el embrión como el feto, pues esto se deduce de la glosa legal al utilizar el término «no nacido» para referirse al sujeto pasivo.

Del texto legal se desprende que el comportamiento humano típico se configura cuando por cualquier medio sea material o moral se causa una lesión o enfermedad cuyo resultado afecte gravemente el normal desarrollo del feto o embrión o; le provoque una grave tara física o psíquica.

Es un delito de resultado y también es posible la comisión por omisión. No hay inconveniente en admitir la tentativa.

En lo que respecta a su aspecto subjetivo este requiere que el comportamiento humano sea realizado con dolo, es decir, conciencia y voluntad de cometer algunos de los actos constitutivos del delito.

En lo que respecta a las consecuencias jurídicas del delito; es decir, la penalidad, para esta modalidad de lesiones al «no nacido» es la prisión que va de dos a cuatro años.

3.3. Figura delictiva culposa

Artículo 139. El que culposamente ocasionare las lesiones descritas en el artículo anterior, será sancionado con multa de cincuenta a cien días multa.

La embarazada no será penada al tenor de este precepto.

Del precepto legal se desprende que sujeto activo tranquilamente puede ser cualquier persona, con la única excepción de la madre gestante. En lo que se refiere al sujeto pasivo éste puede ser tanto el embrión como el feto.

Respecto de la conducta prohibida, los cuales causan los resultados prohibidos me remito a lo desarrollado en la figura anterior (art. 138).

El aspecto subjetivo exige que el agente no desee el resultado lesional. En este caso lo que se va a castigar es la acción (falta de previsión y debido cuidado) y no el resultado.

Como puede verse, se trata de un delito de acción culposa por ende no es admisible la tentativa.

El culpable de la acción típica culposa será sancionado con una pena de multa de cincuenta a cien días multa.

4. Costa Rica [Proyecto del Código Penal de 1998]

4.1. Generalidades

El 14 de abril de 1998 se aprobó por unanimidad el Proyecto del Código Penal de Costa Rica. Este proyecto fue impulsado por los siguientes argumentos: por un lado la necesidad de reemplazar el Código Penal de la década del setenta por cuanto no iba de la mano con la realidad social, económica y política de Costa Rica y; por otro lado la criminalización de conductas que en este momento no se encuentran debidamente descritas en un tipo penal y eliminar otras que ya no tienen sentido en la realidad actual.

A la fecha se está a la espera de la promulgación del nuevo Código Penal. No obstante a ello, retomando el tema de interés debo manifestar que el Proyecto recoge las lesiones contra la vida humana dependiente bajo la denominación de «lesiones al producto de la concepción» contenida en el Capítulo IV, del Título I, del Libro II del Proyecto del Código Penal de la República de Costa Rica²⁶⁴. Precisando la técnica legislativa debo manifestar que esta clase de lesiones contra la vida dependiente están recogidas en su forma de comisión dolosa (art. 143) y culposa (art. 144).

4.2. Figura delictiva dolosa

Artículo 143. Quien cause al producto de la concepción una lesión que perjudique su normal desarrollo, será sancionado con pena de prisión de seis meses a dos años.

Al autor se le podrá imponer además la pena de inhabilitación que corresponda, de dos a ocho años.

La descripción de esta figura dolosa permite considerar como sujeto activo a cualquier persona que realice la conducta típica, incluso la propia madre. En este caso, conforme al vocablo «producto de la concepción» deberá considerarse como sujeto pasivo a la persona en formación desde el momento mismo de su concepción, hasta su nacimiento; es decir, comprende tanto al embrión como al feto.

El acto material, el cual configura el tipo, se perfecciona cuando se causa una lesión que perjudique el normal desarrollo del embrión o feto. En este sentido no demanda que el resultado sea grave como lo exige la legislación penal española (ver supra) y colombiana (ver infra) respectivamente.

Se trata de un delito de resultado. Además, tranquilamente se configura la tentativa.

²⁶⁴ Publicado en el Alcance N° 9, de La Gaceta N° 82 de fecha 29 de abril de 1994 (disponible en: <http://www.unifr.ch/derechopenal>)

El aspecto subjetivo requiere que el comportamiento sea ejecutado con dolo, es decir con conocimiento y voluntad de cometer el acto constitutivo del ilícito penal.

La pena aplicable, al sujeto responsable, en este delito es de prisión de seis meses a dos años. Además, conforme al segundo párrafo, el agente podrá ser merecedor de una pena de inhabilitación que corresponda de dos a ocho años.

4.3.Figura delictiva culposa

Artículo 144. Quien por culpa, con excepción de la madre, cause lesiones al producto de la concepción, será sancionado con pena de treinta a sesenta días multa.

Respecto al sujeto activo puede serlo cualquier, excepto, por disposición legal, la mujer embarazada. Sujeto pasivo es el producto de la concepción en cualquier etapa de su desarrollo hasta antes de su nacimiento, sea embrión o feto.

En cuanto a la conducta prohibida debo remitirme a lo establecido en las lesiones dolosas (art. 143).

Por su parte el aspecto subjetivo requiere que el resultado sea no querido, es decir, sea producto de la inobservancia del debido cuidado por parte del agente.

La pena que se establece para esta clase de delitos es la pena de multa que fluctúa entre los treinta a sesenta días multa.

5. Colombia [Código Penal de 2000]

5.1. Generalidades

Obedeciendo a la coyuntura política, la nación colombiana exigía un nuevo Código Penal. Cuerpo legal que se elaboró en el seno de Congreso colombiano observando las nuevas tendencias dogmáticas y lineamientos político-criminales. En este sentido se promulgó el nuevo Código Penal²⁶⁵ colombiano, mediante Ley N° 599 de 2000 de fecha 24 de julio. El Código de conformidad con su art. 476 entraría en vigencia el 24 de julio del año 2001.

También fue preocupación común de los legisladores colombianos tutelar la salud del *nasciturus* por lo que no dudaron en incluirlo bajo la denominación de «lesiones al feto», tal cual lo tipifica el Código Penal español. La referida figura legal está contemplado sea en su comisión dolosa (art. 125) como culposa (art. 126) y contenida en el Capítulo V (De las lesiones al feto), del Título I (Delitos contra la vida y la integridad personal), del Libro II (Parte especial. De los delitos en particular) del Código Penal vigente.

²⁶⁵ Véase el texto legal completo en: Sistema Peruano de Información Jurídica (SPIJ), versión 2003.

5.2. Figura delictiva dolosa

Artículo 125. El que por cualquier medio causare a un feto daño en el cuerpo o en la salud que perjudique su normal desarrollo, incurrirá en prisión de dos (2) a cuatro (4) años.

Si la conducta fuere realizada por un profesional de la salud, se le impondrá también la inhabilitación para el ejercicio de la profesión por el mismo término.

La descripción del delito de lesiones al feto doloso permite considerar como sujeto activo a cualquier persona inclusive la mujer gestante. Por su parte respecto al sujeto pasivo, al igual que en la figura dolosa española, sólo puede serlo el feto.

El acto material que configura el tipo o conducta prohibida, se perfecciona cuando por cualquier medio material o moral se causa un daño en el cuerpo o en la salud del feto el cual le va a perjudicar su normal desarrollo.

Respecto al aspecto subjetivo se requiere que el comportamiento del agente sea realizado con dolo, es decir conciencia y voluntad de cometer algunos de los actos constitutivos del delito.

El tipo penal es un delito de resultado. También es posible su comisión por omisión y admite la tentativa.

La pena establecida en este delito, para los que resulten culpables, es la pena de prisión que fluctúa entre un mínimo de dos años a un máximo de cuatro años. Además si la conducta fuera realizada por un Profesional de la salud; a demás de la pena de prisión, se le impondrá la inhabilitación para el ejercicio de su profesión por el mismo término de la pena de prisión.

5.3. Figura delictiva culposa

Artículo 126. Si la conducta descrita en el Artículo anterior se realizare por culpa, la pena será de prisión de uno (1) a dos (2) años.

Si fuere realizada por un profesional de la salud, se le impondrá también la inhabilitación para el ejercicio de la profesión por el mismo término.

La versión culposa de las lesiones al feto permite apreciar que el sujeto activo puede ser cualquier persona, incluso la mujer en estado de gestación. Como puede observarse de las modalidades culposas hasta aquí tratados, la legislación colombiana es la única que no excluye de la comisión de este delito a la mujer embarazada.

En este caso al igual que el artículo anteriormente analizado, debe considerarse como sujeto pasivo al feto.

Respecto al comportamiento delictivo que configura esta clase de delito me resta volcar me al artículo desarrollado anteriormente.

En esta versión culposa, se requiere el comportamiento del agente sea producto de la inobservancia del debido cuidado, siendo por ello el resultado dañoso no querido.

Respecto a la pena, se aplica pena de prisión no menor de uno ni mayor de dos años y, al igual que el precepto legal anterior, la inhabilitación para el ejercicio de la profesión por el mismo término cuando resultare culpable un profesional de la salud.

CAPÍTULO V: DETERMINACIÓN DEL BIEN JURÍDICO-PENAL TUTELADO EN LOS DELITOS DE LESIONES AL NASCITURUS

1. El bien jurídico-penal. Concepto y contenido material

Quiero empezar este capítulo afirmando que cuando nos remitimos a los diferentes manuales de la Parte especial del Derecho penal se observa, en muchos casos, la poca dedicación al bien jurídico-penal, ya que, por ejemplo en los delitos de homicidio se señala que el bien jurídico protegido es «la vida humana». Pero en muchos casos también ignoramos toda la construcción teórico-penal que hay detrás de ese bien; por ello, la imperiosa necesidad de desarrollar una breve teoría del bien jurídico-penal que apoyada en puntos fundamentales encontrará su trascendencia en el tiempo.

El Derecho penal desde su aparición en el escenario jurídico ha sufrido un notable

desarrollo, pues se le ha ido incorporando figuras penales con lo cual se ha implementando su arsenal conceptual, dándole de esta manera un sentido más humanista. En este sentido, en 1834 gracias a la labor de BIRNBAUM²⁶⁶ hace su aparición en el contexto del Derecho punitivo, la figura del bien jurídico-penal mediante el cual se intentó conseguir una definición material del delito; pues hasta ese momento el delito era considerado como pecado y desobediencia a la voluntad divina²⁶⁷. Desde ese momento continúa su ascendiente vida, ya como postulado prácticamente irrenunciable²⁶⁸ y, así, hoy sabemos que detrás de cada figura delictiva está presente un bien jurídico²⁶⁹ el cual necesita de protección legal.

Sin embargo, años más tarde gracias a los trabajos de Karl BINDING (1841-1920) y Franz VON LISZT (1851-1919) la figura del bien jurídico-penal adquiere un contenido material. El primero de ellos lo hace a través de una concepción inmanente al derecho (Positivista-jurídico o Normativista) por lo que consideró que el bien jurídico es un bien del Derecho²⁷⁰ que elige los objetos que en opinión del legislador merecen protección²⁷¹, así en palabras del propio BINDING, el bien jurídico, es una creación exclusiva del legislador, quien actúa sin otra limitación que su propia consideración y la que impone su lógica^{272 273}. En contra, aparece el pensamiento de VON LISZT, quien desde una posición trascendente al Derecho (Positivista-naturalista o Sociológica), consideró al bien jurídico como un bien propio de los hombres reconocido y protegido por el Derecho²⁷⁴,

²⁶⁶ La historia jurídico-penal nos remite a la labor de Birnbaum, cuando en 1834 publica el artículo «Über das Erfordernis einer Rechtsverletzung zum Begriff der Verbrechen», en la Revista Archiv des Criminalrechts N° 15; en este sentido Véase: BERAÚN SÁNCHEZ, David: «El bien jurídico en el derecho penal», en: RPCP, N° 9, Lima, p. 646

²⁶⁷ Cfr. MATA y MARTÍN, Ricardo: «Bienes jurídicos intermedios y delitos de peligro. Aproximación a los presupuestos de la técnica de peligro para los delitos que protegen bienes jurídicos intermedios-tutela penal del medio ambiente, delitos económicos, seguridad del tráfico», Editorial Comares, Granada, 1997, p. 2.

²⁶⁸ GONZÁLEZ RUS, Juan José: «Bienes jurídicos y Constitución. Bases para una teoría», en: Serie Universitaria 201, Fundación Juan March, p. 15.

²⁶⁹ Cfr. BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio: «Reflexiones sobre la problemática del bien jurídico», Universidad de Salamanca, 1990, p. 2.

²⁷⁰ En este sentido véase: CARO CORIA, Carlos: «Sobre la moderna teoría del bien jurídico-penal en España y el rechazo del funcionalismo sistemático de Jakobs», en: Themis. Revista de Derecho, N° 35, 1997, p. 141; BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio: ob.cit., p. 3.

²⁷¹ Cfr. VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe: «Comentario al Código Penal», Grijley, Lima, 2001, p. 31.

²⁷² Cfr. HORMAZABAL MALERÉE, Hernán: «Política penal en el Estado democrático», en: El poder penal del Estado. Homenaje a Hilde Kaufmann, Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1985, p. 159.

²⁷³ Con ello se alcanzaba una definición puramente formal del bien jurídico.

²⁷⁴ Véase BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio: ob.cit., p. 4.

ya que todos los bienes jurídicos son intereses vitales del individuo o la comunidad; ergo, el orden jurídico no crea el interés, lo crea la vida, pero la protección del Derecho eleva el interés vital a la categoría de bien jurídico²⁷⁵.

Luego de la concepción de VON LISZT, el bien jurídico se ve influenciado por el Neokantismo, el Finalismo y el Nacional-socialismo. Así, el Neokantismo concebía al bien jurídico como aquel interés del individuo y de la sociedad que es protegida por la ley, frente a una situación determinada de las relaciones sociales, así se le ubicó en un ámbito netamente subjetivo espiritual o de valores, dejando de lado la realidad social; ello significó un retroceso en la concepción del bien jurídico²⁷⁶ que hasta ese momento se había ganado. Por su parte el Finalismo reconoce la naturaleza trascendente del bien jurídico y lo entiende como los valores fundamentales de la vida en comunidad; es decir, el bien jurídico es un bien vital²⁷⁷ de la comunidad o del individuo, que por su significación social es protegido jurídicamente²⁷⁸. Finalmente el Nacional-socialismo alemán abandonó la figura de bien jurídico, reemplazándolo por infracción al deber²⁷⁹, es decir, una traición a la fidelidad que todo individuo le debe al pueblo alemán²⁸⁰; en palabras de GONZÁLEZ RUS²⁸¹ será a partir de aquí cuando se inicie el deterioro de la noción de bien jurídico.

Terminada la Segunda Guerra Mundial vendría la etapa de la posguerra y con él se inician los movimientos de reforma del Derecho penal que tendrían como norte al ser humano. Con ello nuevamente cobra auge la discusión sobre el bien jurídico (en su contenido material y sus funciones); surgiendo así, por un lado un consenso al definir al objeto de la tutela penal desde una postura trascendente al Derecho; pero por otro lado, las divergencias surgen al tratar de explicar el contenido material del bien jurídico²⁸², al respecto la discusión se hace más aguda con el surgimiento de las corrientes de carácter sociológico y constitucionalista²⁸³.

²⁷⁵ Cfr. VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe: ob.cit., p. 31.

²⁷⁶ Cfr. BERAÚN SÁNCHEZ, David: ob.cit., p. 650.

²⁷⁷ Puede a parecer de las más diversas formas: como objetos psicofísicos o espiritual-ideal (vida honor) como estado real (tranquilidad del hogar), como relación vital (matrimonio, parentesco), relación jurídica (propiedad, derecho a caza) o aun como conducta de tercero (deber de fidelidad el empleado público, bien jurídico protegido contra el soborno).

²⁷⁸ Véase ampliamente WELZEL, Hans: «Derecho penal. Parte general», Editora jurídica Chile, Santiago, 1970, p.12 y ss.

²⁷⁹ Cfr. VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe: ob.cit., p. 32.

²⁸⁰ Véase BERAÚN SÁNCHEZ, David: ob.cit., p. 652.

²⁸¹ Cfr. GONZÁLEZ RUS, Juan José: ob.cit., p. 17.

²⁸² En este sentido cfr. BERAÚN SÁNCHEZ, David: ob.cit., p. 656

²⁸³ Ibidem, p. 656.

Las teorías sociológicas. Sus partidarios entienden que en un Estado democrático la determinación del objeto protegido por la norma penal no puede estar reducida a una exclusiva decisión del legislador, ya que responde a una base que tenga contenido social²⁸⁴, ésta comunicará su decisión a las instancias políticas quienes formalmente tengan el deber de materializar dicha decisión; entonces el concepto social de bien jurídico es válido para ejercer una función de límite al ius puniendi²⁸⁵. Al respecto existen dos tendencias: la individualista y la del perjuicio social. Los seguidores de la tesis individualista o monista manifiestan que los bienes jurídicos deben preocuparse por proteger un interés individual indispensable, acomodándose a la protección de los individuos y delimitándose en base a dicha función, de esta manera se pretende evitar la desmesurada ampliación de la intervención penal, aceptando la protección de aquellos intereses colectivos que de manera cercana protegen valores individuales, por eso el rechazo de esta corriente a los delitos de peligro abstracto, a través de la cada vez más difundida anticipación de la tutela de los bienes, mediante la configuración de delitos de peligro abstracto que buscan proteger bienes jurídicos de carácter colectivo, caracterizados por ser altamente hipotéticos y hasta improbable la lesión del bien. Por otro lado, se tiene la tesis relativa al perjuicio social la cual es ante todo disfuncionalidad en el sistema social²⁸⁶, su máximo representante es el alemán Günther JAKOBS quien a través de su corriente del Funcionalismo sistemático considera que el bien jurídico tutelado penalmente es la validez fáctica de las normas; en tal sentido, el Derecho penal no protege bienes jurídicos sino la vigencia de la norma jurídica²⁸⁷. Ello es así, ya que en su concepción del Derecho penal, la teoría del bien jurídico carece de función garantista e identifica al bien jurídico con la protección de normas penales.

Las teorías constitucionalistas. Las teorías constitucionalistas Sus impulsores vienen a criticar la teoría sociológica por cuanto consideran su imposibilidad de dotar al objeto de la tutela penal de contenido material y manifiestan que en un Estado democrático el instrumento más idóneo para tal efecto es la Constitución. Al respecto se tiene: La teoría constitucionalista estricta, sus defensores manifiestan que la Carta Magna contiene de manera explícita o implícita el catálogo de bienes jurídicos los cuales el Derecho penal debe proteger o mejor dicho, estas consideran como intereses jurídicos penalmente relevantes sólo aquellos expresamente contenidos en clave constitucional con lo que la Constitución Política se convierte también en programa penal; así, el proceso de criminalización primaria (elaboración de la ley penal) alcanzar sus orígenes en la decisión del constituyente²⁸⁸. La

²⁸⁴ Cfr. GÓMEZ BENÍTEZ, José Manuel: «Sobre la teoría del bien jurídico. Aproximación al ilícito penal», en: Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Complutense, N° 69, 1983, p. 98.

²⁸⁵ Ibidem, p. 111.

²⁸⁶ Ibidem, p. 106.

²⁸⁷ Cfr. CARO CORIA, Carlos: ob.cit., p. 146

²⁸⁸ Cfr. REYNA ALFARO, Luis: «Los delitos informáticos. Aspectos criminológicos, dogmáticos y de política criminal», Jurista Editores E.I.R.L., Lima, 2002, p. 214.

teora constitucionalista amplia, esta adopta un doble sentido: en primera línea presenta a la Constitución como un marco referencial, o sea como un espacio político libre y democrático dentro del cual los actores sociales van a definir las condiciones esenciales para el desarrollo del sistema social. En ese sentido, la vinculación que debe existir entre norma penal y una constitucional se limita a las características básicas del Estado, constituyendo la Carta Magna un marco de referencia obligatoria al legislador penal en la configuración de los bienes jurídicos. En segundo lugar, pone de relieve una vinculación programática entre el bien jurídico y el sistema socio personalista a los que la Constitución desea servir de marco.

Finalmente en palabras de CARO CORIA puedo decir que el bien jurídico-penal «desde su creación por BIRNBAUM en 1834, constituye uno de los conceptos que aún presenta una considerable falta de claridad»²⁸⁹ o a decir de CUELLO²⁹⁰ «todavía presenta muchas facetas oscuras».

1.1. Toma de postura

Tras haber hecho un recorrido por la historia y a la vez por las diferentes teorías que tratan el contenido material del bien jurídico-penal debo tomar posición respecto a su contenido material; pues bien, ésta (mi posición) se sitúa, en una zona intermedia entre las teorías sociológica y las constitucionalistas; ya que sin privar de importancia al aspecto social, reconozco como pauta limitativa de la protección penal los valores que la Constitución asume, ya sea de una manera directa o derivada, extrayéndolos de sus principios básicos, lo que, a su vez, hace prevalecer la elevada garantía y seguridad jurídica que supone el referente de normas constitucionales, que es el parámetro marcadamente más estable de la normatividad jurídica.

2. El bien jurídico protegido en los delitos de lesiones al nasciturus

De lo anteriormente desarrollado en este capítulo solo queda resumir la figura del bien jurídico como aquel núcleo o corazón del delito, pues ofrece un criterio material decisivo en la interpretación y construcción de la teoría jurídica del delito, y de los tipos en particular²⁹¹. Por ello, resta ahora precisar el bien jurídico protegido por el delito de lesiones contra la vida humana dependiente y antes que nada, dejar establecido que se trata de un bien

²⁸⁹ CARO CORIA, Carlos: ob.cit., p. 138.

²⁹⁰ Cfr. CUELLO, Joaquín: «Presupuestos para una teoría del bien jurídico protegido en Derecho penal», en: Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales, Tomo 34, 1981, p. 462.

²⁹¹ Cfr. COBO DEL ROSAL, Manuel / VIVES ANTÓN, Tomas: «Derecho penal. Parte general», 4ª edición, Tirran lo blanch, Valencia, 1996, p. 289.

jurídico individual. No obstante, se debe precisar que la función de los títulos que encabezan los distintos tipos penales no es necesariamente la determinación del bien jurídico protegido, sino que por medio de fórmulas abreviadas se intenta individualizar las diferentes conductas previstas, de modo que el título al que se alude desempeña una función meramente ilustrativa²⁹².

En principio debo destacar que gracias a los avances médico-científicos quedó ya superada la idea que el ser humano en formación es un ente mágico y misterioso y que no gozaba, por ello, de derecho alguno. Hoy, por el contrario, como puede verse en el Preámbulo de la Declaración de los Derechos del Niño, adoptada por la Asamblea General de la Naciones Unidas, de fecha 20 de noviembre de 1959, proclama que: «El niño, por su falta de madurez física y mental, necesita protección y cuidado especial, incluso la debida protección legal, tanto antes como después del nacimiento», y en el Principio 4º se reconoce incluso «el derecho a cuidados prenatales (es decir, antes de su nacimiento) adecuados»²⁹³. Del mismo modo, constitucionalmente se puede afirmar que nuestra Constitución de 1993 garantiza no sólo la protección de la vida del nasciturus, sino también su salud, puesto que no olvidemos que el art. 2 inc. 1 dice que: «... El concebido es sujeto de derecho en todo cuanto le favorece».

De entrada debo manifestar que de acuerdo a la doctrina mayoritaria representada por GONZÁLEZ RUS²⁹⁴, MUÑOZ CONDE²⁹⁵, HIGUERA GUIMERÁ²⁹⁶, RAMÓN RIBAS²⁹⁷, PORTOCARRERO HIDALGO²⁹⁸ y GARCÍA CANTIZANO²⁹⁹ el bien jurídico-penal que se protege en esta clase de delitos es la salud del nasciturus, entendido como aquel estado donde el ser humano en formación ejerce normalmente toda sus funciones, propias de cada etapa de su formación hasta alcanzar el nacimiento.

Ahora bien, los partidarios que consideran que el bien jurídico protegido por el delito es la salud del nasciturus, encuentran el inconveniente al tratar de explicar el desvalance

²⁹² Véase VALLE MUÑIZ, José Manuel: «El delito de estafa», Bosch, Barcelona, 1987, p. 77, citado por DONNA, Edgardo Alberto / DE LA PUENTE, Javier Esteban: «Aspectos generales del tipo de estafa», en: Revista Latinoamericana de Derecho, Año I, N° 1, enero-junio, 2004, p. 39 (disponible en: <http://www.juridicas.unam>)

²⁹³ Cfr. ROBERTSON, J. A.: «The right to procreate and in utero fetal therapy», en: The Journal of Legal Medicine, 1982, p. 343 y ss., citado por HIGUERA GUIMERÁ, Juan Felipe: ob.cit. (2000).

²⁹⁴ Cfr. GONZÁLEZ RUS, Juan José: ob.cit., p. 133.

²⁹⁵ Cfr. MUÑOZ CONDE, Francisco: ob.cit., (1996), p. 121.

²⁹⁶ Cfr. HIGUERA GUIMERÁ, Juan Felipe: ob.cit., (2000).

²⁹⁷ Cfr. RAMÓN RIBAS, Eduardo: ob.cit., p.

²⁹⁸ Cfr. PORTOCARRERO HIDALGO, Juan: ob.cit. (2003), p. 172.

²⁹⁹ Cfr. GARCÍA CANTIZANO María del Carmen: «El nuevo delito de lesiones en el concebido», en: Actualidad Jurídica, Gaceta Jurídica, Tomo 103, Junio, 2002, p. 73.

punitivo que se aprecia al confrontar las lesiones al nasciturus con los delitos de aborto; como puede verse se produce un agravio comparativo en la medida en la cual se pena más un ataque a la salud del feto, que un ataque a su vida³⁰⁰. Al respecto habrá que explicar dogmáticamente dicha desproporción punitiva.

Algunos autores tratando de explicar la desprotección punitiva afirman que, en el periodo fetal se produce una inversión valorativa en relación con el periodo postnatal: en éste es más importante la vida que la salud; en aquél, es más relevante la salud que la vida³⁰¹. Esta tesis encuentra su apoyo en la comparación que se realiza entre los marcos penales de los delitos de aborto y lesiones al no nacido; así como también, la indicación eugénica; que, según se indica, relativiza el valor que posee la vida de los fetos lesionados hasta lograr situarla, desde una posición valorativa por debajo de la salud del ser humano no nacido, de donde se deriva que es más importante la vida que la salud. Así entender la vida del nacido o no nacido, sano o enfermo, siempre será más valiosa que la salud.

Por otro lado tenemos la tesis del conflicto de intereses. Conflicto que se produce entre los intereses de la madre embarazada frente al hecho abortivo y la vida del nasciturus. Empero, ello no significa desconocer la vida del embrión o feto: la vida es el principal derecho y la del nasciturus goza de protección constitucional porque hay la obligación de no interrumpir u obstaculizar la gestación y la de proteger jurídicamente tal evento biológico e incluso con sanciones penales (aborto). Sin embargo, hay excepciones a dicha regla por ejemplo cuando hay un conflicto entre la vida del nasciturus y otros bienes o derechos de rango constitucional y deben prevalecer éstos; es decir, la vida de la gestante sobre la del embrión, ya que se dice que sería injusto impedirle defender su vida y se protegería más la vida del no nacido que la del nacido: es absurdo porque mayor entidad jurídica tiene la vida del nacido y su aniquilación es homicidio. Hay que ponderar los bienes y valores constitucionales en conflicto. También es injusto imponer a la gestante el sacrificio de su salud, como también obligar a la mujer a soportar un embarazo por una violación y humillar su vida ante un crimen que vulneró su dignidad: propiciaría los repugnantes homicidios (infanticidios) por causa de «honor». Y es injusto -no exigibilidad de otra conducta- compeler a la gestante si hay contraindicaciones eugénicas. Y es injusto constreñir a la gestante si el embarazo implica sufrir un conflicto grave. En estos supuestos deben primar los derechos constitucionales de la mujer y acaso subsistiría la protección penal del nasciturus de no haber tales indicaciones o estado de necesidad: pero difícilmente pueda negarse el derecho de la mujer al libre desenvolvimiento de su personalidad y a no tener hijos cuando no lo desea, lo cual, dicho sea al pasar, también constituiría -de producirse el nacimiento del hijo no querido- una verdadera desgracia para éste. Extremar la defensa de la vida conduciría a negar lo

³⁰⁰ Véase RODRIGUEZ MESA: «Algunas consideraciones sobre el bien jurídico protegido en el delito de lesiones al feto», en: RDPCr., N° 6, 1996, p. 1077, citado por RAMÓN RIBAS, Eduardo: ob.cit., p. 356.

³⁰¹ CUERDA RIEZU encontraba el fundamento en esta afirmación en la forma de pensar de la sociedad así decía «...si se pregunta a los padres sobre este asunto, la mayoría de ellos responderán que en la época del embarazo consideran más relevante la salud que la vida del feto; que prefieren perder un hijo a tenerlo tarado...»; con mayor detalle CUERDA RIEZU, Antonio: «Límites jurídicos-penales de las nuevas técnicas genéticas», en: ADPCP, 1988, p. 422.

aceptado aun por la Iglesia Católica: la legítima defensa. Es justo que haya una protección penal del nasciturus; pero no en contra de los derechos humanos de la mujer.

Para un sector de la doctrina española el bien jurídico penal que se protege con las lesiones al feto recogidas en los arts. 157 y 158 del Código Penal español de 1995 es la salud de las personas nacidas quienes sufrieron la lesión con anterioridad al nacimiento. Esta idea es la manejada por CARBONELL MATEU / GONZÁLEZ CUSSAC quienes afirman que ahora, se sigue protegiendo la salud e integridad de las personas. El objeto de protección, pues, no es el feto mismo, sino la persona que nacerá con taras físicas o psíquicas³⁰². Con ello se afirmaba que los delitos de lesiones al no nacido constituirían simplemente en un apéndice de los delitos de lesiones. Esta afirmación encuentra su sustento en el aspecto penológico, pues tanto la legislación penal española, peruana (autoaborto³⁰³: pena privativa de libertad no mayor de dos años. Lesiones en el concebido³⁰⁴: pena privativa de libertad de uno a tres años) y colombiana (aborto³⁰⁵: prisión de uno a tres años. Lesiones al feto³⁰⁶: prisión de dos a cuatro años) castigan las lesiones al nasciturus con una pena mayor respecto al delito de aborto. Con ello, se dice, que el legislador no quiso reconocer la salud del feto como el bien jurídico-penal sino tan sólo sancionar las agresiones prenatales cuya incidencia final se produce en la persona nacida³⁰⁷. Ante esta consideración surgen los argumentos en contra que consideran: en primer lugar que no es posible esperar hasta el nacimiento del infante lesionado para hacer intervenir al Derecho penal; la salud de la persona en formación constituye también un bien jurídico constitucionalmente reconocido.

La doctrina mayoritaria no duda en considerar que el bien jurídico-penal protegido en los delitos de lesiones contra la vida humana dependiente es la salud del nasciturus. Y esto viene dado en principio por mi posición intermedia respecto al contenido material del bien jurídico, es decir, teniendo en cuenta las necesidades sociales y como límite el marco constitucional. Es decir, en las primeras, las innumerables conductas abortivas las

³⁰² Cfr. CARBONELL MATEU, Juan Carlos / GONZÁLEZ CUSSAC, José Luis: «Comentario al Código penal de 1995», Volumen I, (coord. Tomas Vives Antón), Tirant lo blanch, Valencia, 1996, p. 813.

³⁰³ **Artículo 114.- Autoaborto** La mujer que causa su aborto, o consiente que otro le practique, será reprimida con pena privativa de libertad no mayor de dos años o con prestación de servicio comunitario de cincuenta a ciento cuarenta jornadas.

³⁰⁴ **Artículo 124-A.-** El que causa daño en el cuerpo o en la salud del concebido, será reprimido con pena privativa de la libertad no menor de un año ni mayor de tres

³⁰⁵ **Artículo 122. Aborto.** La mujer que causare su aborto o permitiere que otro se lo cause, incurrirá en prisión de uno (1) a tres (3) años. A la misma sanción estará sujeto quien, con el consentimiento de la mujer, realice la conducta prevista en el inciso anterior.

³⁰⁶ **Artículo 125. Lesiones al feto.** El que por cualquier medio causare a un feto daño en el cuerpo o en la salud que perjudique su normal desarrollo, incurrirá en prisión de dos (2) a cuatro (4) años. Si la conducta fuere realizada por un profesional de la salud, se le impondrá también la inhabilitación para el ejercicio de la profesión por el mismo término.

³⁰⁷ Cfr. RAMÓN RIBAS, Eduardo: ob.cit., p. 342 y s.

cuales no llegaron a consumarse y las constantes negligencias médicas condujeron a los legisladores a castigar estas conductas, pero siempre teniendo como límite a la Constitución, Ley de leyes, que ampara la vida y salud del nasciturus.

3. Ubicación sistemática del delito de lesiones contra la vida humana dependiente

En palabras de BUSTOS RAMÍREZ ³⁰⁸ el bien jurídico en la Parte especial no sólo especifica las garantías del ciudadano en relación a cada delito, sino que además fija el ámbito del injusto y al mismo tiempo permite una ordenación en grupos de los diferentes delitos, señalando en relación a tales grupos la graduación jerárquica existente.

Así la ubicación sistemática del delito de lesiones contra el nasciturus en nuestro ordenamiento penal le correspondería ubicarse después de los delitos de lesiones contra la persona, para ello será necesario aperturar un nuevo capítulo donde se tipifique las distintas modalidades delictivas que menoscaben la salud del no nacido. Con ello se estará acorde con la función jerarquizadora del bien jurídico-penal.

³⁰⁸ Cfr. BUSTOS RAMÍREZ, Juan: ob.cit., p. 5.

CAPÍTULO VI: EL DELITO DE «LESIONES EN EL CONCEBIDO» EN EL CÓDIGO PENAL PERUANO. ESPECIAL REFERENCIA AL ART. 124-A

1. Consideraciones preliminares

La incorporación del llamado delito de «Lesiones en el concebido» en la legislación penal peruana forma parte de la más recientes innovaciones a nuestro Código Penal de 1991; ya que, las reformas, en materia penal han sido de lo más variadas (delitos contra la libertad sexual, contra el patrimonio, contra los derechos de autor, terrorismo, etc.), lo que constituye una evidente regresión del proceso renovador en materia penal de 1991, pues las modificaciones operadas desde ese entonces han variado los lineamientos observados en el vigente Código punitivo³⁰⁹. No obstante a ello, estoy seguro que la admisión de nuevas figuras delictivas en el Código Penal, un claro ejemplo de dicha

³⁰⁹ Cfr. REYNA ALFARO, Luis Miguel: ob.cit., p. 255.

afirmación es el delito de «Tráfico de órganos y tejidos humanos»³¹⁰ y otros que siguiendo el trámite ordinario están a la espera de ser aprobados, promulgados y publicados.

La figura en cuestión se incorpora al Código Penal mediante la LEY N° 27716, publicada en el Diario Oficial El Peruano el miércoles 08 de mayo del 2002, que incorpora al Capítulo III del Título I del Libro Segundo del Código Penal el artículo 124-A, bajo la denominación de «Lesiones en el concebido» lo que surge evidentemente como un intento de llenar la laguna legislativa que dejaba impune las conductas que contravienen la salud del nasciturus.

En este sentido, echando mano a las raíces ms profundas del origen de la referida ley, tengo que trasladarme al seno del Congreso de la República, donde el 28 de septiembre del 2001 el Congresista CHAMORRO BALVN presentaba ante la Primera Legislatura Ordinaria del ao 2001 el Proyecto de Ley N 00839 mediante el cual propuso incorporar el artículo 124-A en el Código Penal, tipificando el delito de Lesiones en el concebido.

El referido proyecto de ley consideró necesario la tipificación expresa de dicha conducta en atención a: los arts. 1 y 2 de la Constitución que considera a la persona humana fin supremo de la sociedad y del Estado y al concebido como sujeto de derecho, respectivamente; el artículo 1 del Código Civil, el cual señala que la vida humana empieza con la concepción; la presencia de un vacío legal³¹¹ y por ello la necesidad de tipificación³¹² ante los resultados dañinos sobre el feto como puede ser por ejemplo la mutilación de órganos o miembros³¹³; considerarlos sólo como lesiones graves debido a la total indefensión del feto³¹⁴; por todo ello –decía el Proyecto- es necesaria la inclusión

³¹⁰ Véase por ejemplo: **Proyecto de Ley N° 5085** de fecha 20 de diciembre del 2002 (Propone incorporar al Código Penal el Capítulo V De Delito de tráfico de Órganos, en el Título I del Libro Segundo sobre Delitos contra La Vida, el Cuerpo y la Salud y adiciona el artículo 129-A) y **Proyecto de Ley N° 5213** de fecha 10 de enero del 2003 (Propone la incorporación del artículo 124-A al Código Penal, referente a: Tráfico de órganos y tejidos). Estos, solo son algunos de los proyectos que sujetos al trámite congresal están a la espera de ser aprobados, para luego ser promulgadas y publicadas en el Diario Oficial El Peruano.

³¹¹ «...la praxis jurisprudencial denota situaciones en que por intervención quirúrgica o por otras circunstancias, se daña la integridad física del feto, el cual, no es constitutivo de delito de aborto porque éste se consuma con la muerte del producto de la concepción, en cambio en las situaciones descritas sólo se da un daño en la integridad que no origina deceso. Sin embargo, tampoco se configura el delito de lesiones, dado que este se configura sobre sujetos que ya han nacido; debido al concepto de lesión que se parte, esto es el daño injusto en el cuerpo humano (entendido en sentido estricto) que no destruye la vida ni va encaminado a destruirla.

³¹² El tratamiento jurídico-penal peruano deja impune conductas dolosas o culposas que han afectado la integridad física del feto y estando a la particular indefensión del concebido, es urgente y necesaria la tipificación de esta inconducta, teniendo en cuenta que el bien jurídico protegido es la incolumidad, entendida como el estado o calidad de incólume, que tanto quiere decir sano, sin lesión ni menoscabo del concebido.

³¹³ El feto, por un indebido tratamiento quirúrgico en la gestante o la ingestión de medicamentos etc., cuyo fin no es la muerte del producto de la concepción, puede originar sobre éste: castración, mutilaciones (de órgano o miembro principal o no principal), causación de deformidad, entre otros, afectando el proyecto de vida que el sujeto pasivo detenta.

al Código Penal el delito de «lesiones en el concebido».

En el Proyecto de ley, el texto legal fue:

Artículo 124-A.-

«El que causa un daño en la integridad, cuerpo o salud del concebido, será reprimido con pena privativa de la libertad no menor de tres ni mayor de ocho años.

Si el agente actuó en forma culposa, será reprimido con pena privativa de libertad no mayor de cuatro años».

Como puede observarse; en su momento el legislador advirtió la necesidad de tipificar las conductas culposas, criterio que no se mantuvo pues la Ley N° 27716 no contempla las acciones lesionales culposas. También, en cuanto a las penas del actual delito de lesiones al nasciturus difiere de su original, ya que el primero contempla una pena privativa de libertad que va de uno a tres años, mientras y el segundo consideraba una pena de tres a ocho años.

2. Análisis del tipo penal

El delito de lesiones en el concebido se plasma en el artículo 124-A del Código Penal de la siguiente manera:

Artículo 124-A.-

El que causa daño en el cuerpo o en la salud del concebido, será reprimido con pena privativa de la libertad no menor de un año ni mayor de tres.

La inclusión del tipo penal bajo comentario en el Código Penal, si bien es cierto, como ya lo apunte anteriormente, trata de llenar un vacío legal que exigía el Derecho penal moderno, también es cierto que su inclusión acarrea evidentes dificultades, tanto en su aspecto de forma como de fondo. En este sentido, analizaré por un lado el aspecto de forma y por el otro el de fondo.

2.1. Análisis del aspecto de forma

En lo que se refiere al aspecto de forma del tipo penal bajo análisis, la dificultad, prima facie, se presenta en la ubicación sistemática del precepto legal que lo contiene (art. 124-A); pues, ésta conduce a dos razonamientos equivocados: disfuncionalidad del bien jurídico-penal y considerar a los delitos culposos como regla general. Ello contraviene con el sistema dogmático que rige nuestro ordenamiento penal, generando por ello una confusión entre los operadores del derecho.

³¹⁴ Este daño no puede ser diferenciado cuantitativamente en lesiones graves o leves, sino que por la total indefensión del sujeto pasivo y por las consecuencias casi permanentes que puede darse en él, es que se debe considerar como un solo tópico de lesiones de naturaleza grave, cabiendo sólo diferenciar entre una conducta dolosa y otra culposa.

En primer lugar y de conformidad con la función ordenadora del bien jurídico-penal ³¹⁵ se llegaría a la conclusión de que se trata de un precepto legal que tutela la salud de la persona nacida, por cuanto está contenida en un capítulo dedicado exclusivamente a la protección de la salud de aquella vida humana independiente. Como puede apreciarse éste es un razonamiento incorrecto que lamentablemente se desprende de la ubicación actual del articulado.

En segundo lugar, la plasmación del tipo penal como correlato del ilícito penal de lesiones culposas (art. 124), designándole la posición de un art. 124-A, conduce a pensar que se trataría de un ilícito penal de comisión culposa; sin embargo, entenderlo así sería una falacia, por cuanto el propio Código Penal establece en su art. 12 ³¹⁶ que el agente de infracción culposa es punible sólo en los casos expresamente establecidos por ley ³¹⁷, por lo cual se concluye que es un delito de comisión dolosa. Entonces, en palabras de PORTOCARRERO HIDALGO ³¹⁸ no se puede tolerar que un delito doloso dependa de un culposo.

Aquellos inconvenientes serían superados, a mi juicio, con una urgente y correcta ubicación sistemática del delito de «lesiones en el concebido», al margen de la nomenclatura adoptada. Siendo para ello ubicado, en atención al bien jurídico, inmediatamente después de las lesiones causadas a las personas nacidas y para ello se deberá elaborar un capítulo donde se contemple las diferentes modalidades de las lesiones contra la vida del ser humano dependiente.

2.2. Análisis del aspecto de fondo

Para el análisis de fondo recurriré a la descripción típica del tipo penal en comentario; es decir, bien jurídico, los elementos que encierran el aspecto objetivo y subjetivo, y finalmente las consecuencias jurídicas.

La salud y la integridad corporal del nasciturus es el bien jurídico-penal que la norma punitiva protege. Siendo su titular el concebido (sujeto pasivo) entendido como aquel sujeto de derecho que va desde la concepción (ver ampliamente supra: Cap. I, 3.2.) hasta el nacimiento, momento en el cual pasa a tener la calidad de persona. Sin embargo, para

³¹⁵ Cfr. COBO DEL ROSAL, Manuel / VIVES ANTÓN, Tomás: ob.cit., p. 137, considera que el bien jurídico cumple una función ordenadora o sistematizadora al jerarquizar las infracciones particulares contenidas en la Parte especial; citado por URQUIZO OLAECHEA, José: «El bien jurídico», en: *Cathedra*, Revista de los estudiantes de derecho de la UNMSM, Año: I, N° 2, Lima, mayo de 1998, p. 60.

³¹⁶ Art. 12.- Las penas establecidas por la ley se aplican siempre al agente de infracción dolosa. El agente de infracción culposa es punible en los casos expresamente establecidos por la ley.

³¹⁷ En este sentido la doctrina entiende que solamente es punible cuando la ley lo establece en forma expresa, y por lo general, se le amenaza con una pena menos grave. CHOCLÁN MONTALVO, José Antonio: «Sobre la evolución dogmática de la imprudencia», en: *La Ley*, Actualidad Penal, 1998.

³¹⁸ Cfr. PORTOCARRERO HIDALGO, Juan: ob.cit., (2003), p. 164.

el profesor PORTOCARRERO HIDALGO ³¹⁹ comentando el tipo en cuestión, considera que el sujeto pasivo en este tipo de delito viene a ser el feto porque es su salud la que se ve afectada. Ahora el sujeto activo, conforme a la descripción del tipo puede ser cualquier persona natural inclusive la propia gestante ³²⁰ quien realice la conducta prohibida por la norma penal.

La acción típica o conducta prohibida que se desglosa del delito de lesiones en el concebido es la de «causar daño en el cuerpo o en la salud del concebido». Del precepto legal se desprende que se trata de dos clases de lesiones, uno en el cuerpo del concebido y el otro en la salud del mismo ³²¹. El primero se dirige a ocasionar deformaciones tanto en el aspecto externo como interno del concebido, en la etapa de formación como en su etapa desarrollada; empero, la aplicación no es pacífica cuando se trata de las lesiones, las cuales se le puedan producir en los primeros días o semanas de su existencia, pues, éste no tiene aún un cuerpo definido, ya que, en esos días es sólo una célula, la cual conforme pasa el tiempo va desarrollándose paulatinamente hasta que aproximadamente, en la novena semana adquiera la forma de cuerpo humano, momento en el cual no habría inconveniente para hacer uso o aplicación del vocablo «cuerpo».

La segunda clase de lesión se refiere al daño o menoscabo en la salud. Al parecer la voluntad del legislador debido a la ubicación sistemática del tipo, estuvo dirigida a proteger la salud del concebido de aquellas acciones que causen o produzcan el menoscabo en la salud física y mental del nasciturus, ya que, en el capítulo donde está contenido se aprecia que el bien jurídico protegido es la salud física y mental de las personas. Sin embargo, no habría inconveniente cuando la lesión se cause a la persona no nacida que ya tiene definida la forma humana (tercer mes de gestación, aproximadamente), pero nuevamente nos vemos en la dificultad cuando se trata de los primeros días o semanas de vida del ser humano dependiente del lecho materno.

Ahora, las lesiones causadas al concebido pueden prolongarse hasta después de su nacimiento o por el contrario pueden durar un tiempo inferior al momento del nacimiento. Respecto al último acontecimiento con el avance de la ciencia médica es posible tratar médicamente a los no nacidos para recobrar la salud de los males propios que le afectan, por ejemplo, en la actualidad ya se realizan operaciones (cirugía intrauterina) a los fetos cuando aún están dentro del vientre materno ³²² (ver gráfico N° 02).

³¹⁹ Cfr. PORTOCARRERO HIDALGO, Juan: ob.cit., (2003), p. 166 y ss.

³²⁰ Cfr. PORTOCARRERO HIDALGO, Juan: ob.cit., (2003), p. 166.

³²¹ Al respecto véase PORTOCARRERO HIDALGO, Juan: ob.cit., (2003), p. 173, quien utiliza el término «feto» para referirse al «concebido».

³²² En Estados Unidos, en agosto de 1999, se realizó la intervención quirúrgica del feto más pequeño que ha sido operado hasta el momento, pues contaba con 21 semanas de edad. Este padecía de una anomalía llamada **espina bífida**, la cual deja expuesta parte de la espina dorsal por falla en el desarrollo de la columna vertebral, lo que inevitablemente daña la médula espinal. Por lo general **los niños quedan inválidos**. La técnica quirúrgica consistió en sacar al feto del útero materno, operarlo e introducirlo nuevamente en el útero de la madre.

Siguiendo el recorrido por la acción típica del precepto legal se puede observar, desde una interpretación teleológica, que ésta no precisa de la gravedad de la lesión³²³ por lo que debemos entender que el tipo en cuestión cubre todo tipo de lesión sea grave o leve. Sin embargo, el razonamiento del legislador tuvo como norte la idea de que el daño no puede ser diferenciado cuantitativamente en lesiones graves o leves, debido a la total indefensión del nasciturus, debiéndose considerar por ello únicamente como lesiones graves³²⁴.

Entrando al análisis del aspecto subjetivo del tipo penal sujeto a comentario se aprecia que se trata de un delito eminentemente doloso. Es decir el sujeto activo realiza el comportamiento prohibido con conciencia y voluntad de realizar cualquiera de las conductas, que lesionen al concebido. Por su parte no presenta mayores dificultades, en todo caso se puede ver ampliamente en las líneas precedentes (Infra: Cap. VII, 3.1). En esta clase de delitos es posible que se configure el error de tipo sobre todos cuando se trata de actividades médicas; sin embargo también puede ocurrir fuera de ellas; esta figura dogmática excluye el dolo³²⁵ (con mayor detalle infra: Cap. VII, 3.3) por lo que hace impunes las conductas influidas por dicha figura.

Finalmente, me queda analizar las consecuencias jurídicas del delito las cuales se viene comentando. Al respecto se señala que el agente del delito será reprimido con pena privativa de libertad no menor de uno ni mayor de tres años.

3. Palabras finales

De la inclusión de éste tipo penal en el Código punitivo puedo resaltar dos aspectos: lo favorable y lo desfavorable de la inclusión de este precepto.

En primer lugar, como ya he venido manifestando, es acertada la labor de los legisladores al tipificar el delito de «lesiones en el concebido» por cuanto en el Derecho penal moderno urgía la inclusión de este tipo de delitos para así proteger la salud del ser más indefenso (embrión o feto) ante ataques de cualquier naturaleza. Entonces, como puede apreciarse se ha logrado tutelar la salud del nasciturus que hasta antes de la Ley N° 27716 eran desprotegidos penalmente. Pero considero, que la actual protección penal que se le brinda al ser humano en formación con respecto a su salud es deficiente; por lo que inmediatamente se debe complementar las modalidades comisivas del delito, como es el caso del tipo penal de comisión culposa.

³²³ Cfr. PORTOCARRERO HIDALGO, Juan: ob.cit. (2003), p. 175.

³²⁴ Al respecto se observa claramente de la exposición de motivos del **Proyecto de Ley N° 00839** «Que, este daño no puede ser diferenciado cuantitativamente en lesiones graves o leves, sino que por la total indefensión del sujeto pasivo y por las consecuencias casi permanentes que puede darse en él, es que se debe considerar como un solo tópico de lesiones de naturaleza grave, cabiendo sólo diferenciar entre una conducta dolosa y otra culposa».

³²⁵ Cfr. GRACIA MARTÍN, Luis: ob.cit., p. 625 y ss.

En segundo lugar, lo «desfavorable» o los inconvenientes que trae la inclusión de esta nueva modalidad delictiva, resumiéndolo desarrollado en las líneas anteriores, me resta recalcar una deficiencia de técnica legislativa la cual corroe los cimientos sobre el cual se elaboró el vigente Código Penal.

En conclusión, debo recalcar que la tipificación de esta modalidad delictiva abre el camino, en nuestro sistema penal, de ir mejorando el dispositivo. En principio desde el ámbito doctrinario y luego desde el ámbito legislativo; en la actualidad impulsado por la reforma penal. Reforma que hoy se viene realizando en el seno del Congreso de la República, el cual trabaja el Código Penal que pronto nos va a regir.

CAPÍTULO VII: ELEMENTOS FUNDAMENTALES PARA UNA DEBIDA TIPIFICACIÓN DEL DELITO DE LESIONES CONTRA LA VIDA HUMANA DEPENDIENTE

1. Consideraciones preliminares

Al amparo del presente capítulo quiero referirme a los elementos fundamentales que nos conducen a una completa y correcta tipificación del delito de lesiones contra el nasciturus; y con ello, lograr una eficaz tutela del bien jurídico-penal protegido por ésta novedad delictiva.

Este objetivo se alcanzará, en primer lugar teniendo en consideración el art. 124-A del CP que viene a tipificar las «lesiones en el concebido» y, a nivel de Derecho comparado de la legislación española, colombiana, costarricense y salvadoreña. En segundo lugar, basaré mi análisis en la estructura clásica de la tipificación de los tipos

penales de cualquier legislación penal con tradición romano-germánica; es decir, sujetos, objeto material del delito, conducta prohibida, y otros. En cada una de aquellas figuras me detendré para efectuar un estudio dogmático básico de la Parte general del Derecho penal, para luego entrar de lleno en las exigencias propias que la Parte especial requiere para los delitos de lesiones contra la vida humana dependiente. Finalmente, con ello, se habrá alcanzado la tutela penal máxima de la salud del nasciturus.

Por otro lado, realizando un recuento de la positivización del delito de lesiones contra la vida intrauterina me resta manifestar que, hasta antes de la dación de la LEY N° 27716 (mediante el cual se incorpora al CP la figura de lesiones en el concebido a través del art. 124-A) las acciones u omisiones lesivas que menoscababan la salud del embrión o feto no eran merecedores de castigo penal, ya que estas conductas no estaban previstas ni eran, obviamente, subsumibles en los delitos de aborto (que protege la vida del embrión y del feto) y lesiones (que protege la salud de la persona nacida). A lo mucho podían constituirse como un ilícito civil, y por tanto, se podría exigir, en estos casos, solamente, una indemnización económica por los perjuicios materiales y morales causados, a través del Juzgado en lo civil y nunca en lo penal.

En líneas finales, debo dejar sentado que el vacío legal no ha sido colmada en su totalidad, por cuanto, aún subsiste la impunidad de aquellas acciones culposas, que dicho sea de paso, como bien apunta PORTOCARRERO HIDALGO³²⁶ son las más usuales, sobre todo, en nuestro medio. Por ello se exige su pronta materialización en el vigente Código Penal peruano o en su defecto en el próximo Código punitivo que nos va regir.

2. Tipicidad objetiva

2.1. Sujetos

2.1.1. Sujeto activo

En Derecho penal actual sólo una persona natural³²⁷ puede ser considerada como sujeto activo; por lo que las personas jurídicas quedan excluidas de acuerdo al principio *societas delinquere non potest*. Bajo este esquema dogmático, el sujeto activo en los delitos de lesiones contra la vida del ser humano en formación lo puede ser cualquier persona inclusive la propia gestante³²⁸.

³²⁶ Cfr. PORTOCARRERO HIDALGO, Juan: ob.cit., (2003), p. 165.

³²⁷ Cfr. en este sentido: BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio y otros: «Lecciones de Derecho penal. Parte general», Editorial Praxis, Barcelona, 1996, p. 127; CEREZO MIR, José: «Curso de Derecho penal español. Parte General», Tomo II, Teoría jurídica del delito, 6ª edición, Editorial Tecnos S.A., Madrid, 1998, p. 68.

³²⁸ Cfr. PORTOCARRERO HIDALGO, Juan: ob.cit. (2003), p. 164 y ss.; GONZÁLEZ RUS, Juan José: ob.cit., p. 133.

En legislación comparada el conjunto de los sujetos activos se ve restringida, pues, por razones de política criminal se excluye la responsabilidad penal de la mujer embarazada, en función de que el resultado no querido (lesión de su hijo que lleva en el vientre) pero negligente constituye por sí suficiente aflicción para la mujer, lo que algunos autores, lo conectan a la idea de la «pena natural»^{329 330}. Esto, sólo puede ser entendida en el sentido de que la culpabilidad se encuentra compensada por cuanto representa suficiente castigo, equivalente al mal que representa una pena, el haber perdido o causado lesiones al feto a causa de su conducta imprudente³³¹. Lo detallado es el caso de la ley penal española³³² y salvadoreña³³³. Por tanto, no se castiga a la mujer gestante que realice la acción u omisión típica, ilícita o antijurídica, y además culpable ya que estará incurso dentro de la excusa absolutoria expresamente tipificada. Al respecto nuestro Código Penal no contempla de manera expresa dicha causa absolutoria.

Finalmente el delito de lesiones contra el nasciturus puede ser cometido por cualquier persona natural inclusive la propia gestante; empero, por cuestiones de política criminal no será castigada cuando accione contra el feto de manera culposa. Por cuanto en estos casos, la pena natural conduce a la renuncia de la poena forensis en cuanto sería totalmente equivocado imponer, además del sufrimiento padecido por la embarazada por la pérdida o lesión del embrión o feto a causa de una acción descuidada, una pena que ya no se siente necesaria socialmente porque frente a éste suceso no es necesario restablecer el orden jurídico, toda vez que el conflicto social ya se ha solucionado de manera natural.

2.1.2. Sujeto pasivo

Sujeto pasivo es el titular del bien jurídico lesionado por el delito³³⁴. Ahora, bajo este concepto, puedo decir que no existen obstáculos que impidiesen considerar al nasciturus titular del bien jurídico protegido por los delitos de lesiones contra la vida humana dependiente y, consecuentemente, sujeto pasivo de los mismos³³⁵.

De conformidad con el epígrafe precedente, quedaron ya superadas las tesis que consideraban que el ser en formación no es persona y por ende no tiene vida legal³³⁶.

³²⁹ Cfr. CALDERÓN CEREZO, Ángel / CHOCLÁN MONTALVO, José: «Derecho penal. Parte especial», Tomo II, Editorial Bosch S.A., Barcelona, 1999, p. 623.

³³⁰ Cfr. ampliamente en este sentido CHOCLÁN MONTALVO, José: «La pena natural», en: La Ley, Año: XX, N° 4797, mayo, 1999.

³³¹ Cfr. CHOCLÁN MONTALVO, José: ob.cit., p. 2.

³³² Véase, artículo 158, párrafo tercero: «La embarazada no será penada a tenor de este precepto».

³³³ Véase, artículo 139, segundo párrafo: «La embarazada no será penada a tenor de este precepto».

³³⁴ Cfr. BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio y otros: ob.cit., p. 127.

³³⁵ En este sentido cfr. RAMÓN RIBAS, Eduardo: ob.cit., p. 390.

Apaleando a éste panorama general puedo decir, sin mayores problemas, que en esta clase de delitos, desde la óptica dogmática, siempre el sujeto pasivo será el concebido (Cfr. supra: Cap. I, 2.3), entendido como aquella realidad biológica que existe desde el momento de la concepción hasta el nacimiento. Empero, siendo el periodo intrauterino del ser humano una etapa donde éste, desde el momento de la concepción va adquiriendo significativos cambios en su organismo hasta alcanzar la forma de ser humano, la ciencia médica ha diferenciado entre embrión y feto, por lo que, el Derecho penal por cuestiones de política criminal y técnicas legislativas propias de cada Estado optará por considerar sujeto pasivo al ser humano desde su concepción (concebido) o adelantándose al desarrollo biológico al feto (véase supra: Cap. I, 2.4).

En legislación comparada se puede ver claramente lo dicho en el párrafo anterior, así por ejemplo la legislación penal española y colombiana consideran como sujeto pasivo al «feto», mientras la legislación penal salvadoreña se refiere al «no nacido», también, hace lo propio la ley penal costarricense y la nuestra al considerar al «producto de la concepción» y «concebido», respectivamente, como sujetos pasivos.

La doctrina penal se manifiesta al respecto y, por mayoría, considera al «feto» como sujeto pasivo del delito en cuestión. Sus partidarios manifiestan que sólo a partir de este momento de la gestación es posible afectar directamente a lo que constituye el objeto material del delito, ya que hasta entonces no se ha producido la formación de los órganos humanos³³⁷. Sin embargo, al respecto en doctrina³³⁸ han aparecido dos tesis para referirse al feto: el concepto estricto y el concepto amplio de la figura del feto. Respecto a la tesis estricta, sus partidarios como son DÍEZ RIPOLLÉS³³⁹, GONZÁLEZ RUS³⁴⁰, HIGUERA GUIMERÁ³⁴¹ y PERIS RIERA³⁴² consideran, teniendo en cuenta la Ley española 35/1988, que el feto «es la fase más avanzada del desarrollo embriológico y con el que se conoce el embrión con apariencia humana y sus órganos formados que maduran paulatinamente para su viabilidad y autonomía después del parto». Por su parte entre los partidarios de la tesis amplia del termino feto, puede apreciarse dos tendencias. Los que consideran que el concepto de feto abarca al embrión posanidatorio entre los cuales puede citarse autores como ROMEO CASABONA³⁴³, MUÑOZ CONDE³⁴⁴,

³³⁶ Cfr. JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis: «Tratado de Derecho penal», Tomo III, Editorial Lozada, S.A., Buenos Aires, 1977, p. 94.

³³⁷ Cfr. CALDERÓN CEREZO, Ángel / CHOCLÁN MONTALVO, José: ob.cit., p. 621.

³³⁸ Especialmente en doctrina penal española; al respecto véase ampliamente RAMÓN RIBAS, Eduardo: ob.cit., p. 393 y ss.

³³⁹ Cfr. DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis: «Comentarios al Código Penal. Parte especial I», (Coords. Díez Ripollés / Gracia Martín), Tirant lo Blanch, Valencia, 1997, p. 341 y ss.

³⁴⁰ Cfr. GONZÁLEZ RUS, Juan José: «Curso de Derecho penal español. Parte especial I», (Dirg. por Manuel Cobo del Rosal), Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales S.A., Madrid, 1996, p. 134.

³⁴¹ Cfr. HIGUERA GUIMERÁ, Juan Felipe: ob.cit., p. 324.

³⁴² Cfr. PERIS RIERA, Jaime: «La regulación penal de la manipulación genética en España», Madrid, 1995, p. 164.

PORTOCARRERO HIDALGO ³⁴⁵. Mientras otro grupo, entre los cuales destaca GRACIA MARTÍN ³⁴⁶, considera que con dicho término se debe hacer referencia a todo el desarrollo embriológico, incluyendo, al embrión preimplantatorio.

2.2. Objeto material del delito

El objeto material ³⁴⁷ es aquel sobre el cual recae físicamente la acción delictiva ³⁴⁸ que despliega el agente. Al respecto hay que tener presente la siguiente particularidad: no hay que confundirlo con el bien jurídico ni con el sujeto pasivo, aunque con este último a veces pueden coincidir. Por ejemplo en los delitos de homicidio hay una coincidencia entre el objeto material y sujeto pasivo.

Por lo tanto, en atención al concepto precedente, se deja establecido que el objeto material en los delitos de lesiones al nasciturus es el ser humano desde su concepción hasta el momento de su nacimiento. Por lo que en este caso hay una coincidencia entre el objeto material del delito y el sujeto pasivo del mismo. No obstante, vuelvo a resaltar que debido a la técnica y política legislativa se podrá adelantar el ámbito de protección penal, por lo que el objeto material estará condicionado a ese adelanto punitivo.

2.3. Conducta típica

De acuerdo a los epígrafes anteriormente desarrollados, ahora resta desarrollar la conducta típica o prohibida de los delitos de lesiones contra la vida humana dependiente. Conductas que iré elaborando teniendo en cuenta el común denominador de las distintas legislaciones penales que ya vienen castigando este tipo de delito.

2.3.1. Figuras básica para estructurar la conducta prohibida

Salud: como ya quedo delimitado en epígrafes anteriores, la salud «es el estado en el que el ser humano ejerce normalmente todas sus funciones», bajo este concepto queda comprendido, sin mayores problemas, la integridad corporal y la salud física y mental, llamados también, genéricamente, bienes vitales naturales (véase supra: Cap. II).

³⁴³ Cfr. ROMEO CASABONA, Carlos María: «El derecho y la bioética ante los límites de la vida humana», Madrid, 1994, p. 403.

³⁴⁴ Cfr. MUÑOZ CONDE, Francisco: «Derecho penal. Parte especial», 12ª edición, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999, p. 136.

³⁴⁵ Cfr. PORTOCARRERO HIDALGO, Juan: ob.cit. (2003), p. 25 y ss.

³⁴⁶ Cfr. GRACIA MARTÍN, Luis: ob.cit., p. 617 y ss.

³⁴⁷ BERDUGO precisa que no hay que confundir el objeto material del delito con el objeto jurídico del delito, pues objeto jurídico equivale al bien jurídico-penal; con mayor detalle BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio y otros: ob.cit., p. 127.

³⁴⁸ Cfr. BUSTOS RAMÍREZ, Juan / HORMAZÁBAL MALARÉE, Hernán: «Lecciones de Derecho penal», Volumen II, Teoría del delito, teoría del sujeto responsable y circunstancias del delito, Editorial Trotta S.A., Valladolid, 1999, p. 55.

Visto así la salud, no hay mayor dificultad para comprender la salud del nasciturus en los primeros días o semanas de su existencia. Por cuanto el pensamiento clásico de lesiones exige el menoscabo o daño, en la integridad corporal, salud física o mental; situaciones que no es posible en los inicios del periodo in fieri del ser humano, debido a que éste, simplemente carece de ellos.

Daño: como ya se apuntó en las líneas precedentes, por daño habría que entender aquel «menoscabo que sufre el ser humano en su salud (bienes vitales naturales) a consecuencia de una acción intencional o imprudente de otro» (véase supra: Cap. II, apartado 1.2.).

Los medios o agentes para producir la lesión: del mismo modo que la salud y el daño, los agentes lesivos ya fueron tratados detalladamente en los apartados precedentes (véase supra: Cap. II, apartado 1.3.). Empero, para esta clase de delitos considero que los agentes lesivos mediante los cuales el sujeto activo se vale para causar daño en los bienes vitales naturales del feto, son los agentes externos. Éstos a la vez pueden ser mecánicos, físicos, químicos, biológicos y psicológicos.

A mi juicio, los elementos desarrollados (salud y daño) son más que suficientes para la construcción de la conducta ilícita, que el Derecho penal a través de la figura de lesiones de la persona no nacida prohíbe para preservar el bien jurídico-penal que aquí se viene a proteger. Con ello se viene a superar los inconvenientes que genera la idea clásica de lesiones, pues como ya se apuntó, éste se construyó teniendo como pilar a la persona nacida quien cuenta con un cuerpo humano ya definido y goza de una salud física y mental. Por ello, es claro que el clásico concepto de lesiones es insuficiente para comprender el daño en la salud del nasciturus cuando se trata de sus primeros días o semanas, pues cómo se puede hablar de daños en la integridad corporal del producto de la concepción en las primeras semanas, cuando aún no tiene un cuerpo humano definido; cómo se puede hablar de salud mental cuando el embrión no posee una masa cerebral. Son todas estas cuestiones que hacen impropios la utilización de los términos clásicos para referirse a esta clase de delitos. No obstante, la aparición de los órganos y miembros se van a dar paulatinamente, comenzando la tercera semana de gestación y que finalmente, éstos quedan definidos a finales de la octava semana o inicios de la novena semana donde se puede hablar de feto, pues ya hay un cuerpo humano definido, a partir del cual simplemente se desarrolla (véase ampliamente supra: Cap. I, apartado 7).

Bajo esta noción, la conducta prohibida básica para una debida protección de la salud del nasciturus podrá ser: «causar daño en la salud...».

Sin embargo, considero, obedeciendo a la técnica legislativa de cada Estado social y democrático de Derecho, que la complementariedad de aquellas dos figuras elementales con las cuales se construyó la conducta básica prohibida por otras, como por ejemplo el «cuerpo», no afectan o contravienen la conducta delictiva que se prohíbe con la tipificación de los delitos de lesiones al nasciturus.

2.3.2. Conducta prohibida básica

Desarrollados los elementos necesarios para prohibir una conducta que menoscabe la

salud del no nacido, se puede esquematizar las siguientes formas:

a. Dañar la salud del feto. En concordancia con los modernos criterios de la doctrina penal, viene a ser, a mi entender, la acción típica básica para la formulación de un tipo penal que proteja al nasciturus de aquellas acciones u omisiones que menoscaben su salud. Con aquella noción, como bien lo he venido apuntado, se protege de manera exitosa a aquel embrión humano desde el momento de la concepción, pues como ya se apuntó líneas anteriores el embrión en los primeros días no tiene un cuerpo humano definido.

b. Dañar el cuerpo o la salud. Es la conducta típica adoptada por nuestro Código Penal (art. 124-A) y por el Código Penal colombiano³⁴⁹. Al respecto no hay mayores problemas al considerar el «cuerpo» al lado de la «salud» como los elementos susceptibles a ser dañados, pues como hemos visto la salud incluye la integridad corporal.

c. Causar una lesión o enfermedad. Conducta típica manejada por el Código Penal español de 1995 (art. 157).

d. Cuasar lesión. El Proyecto del Código Penal de Costa Rica viene a prohibir esta conducta. Al respecto la conducta es genérica y tras de ella deberá haber una debida interpretación doctrinaria del término lesión.

3. Tipicidad subjetiva

3.1. Dolo

En las siguientes líneas se va a analizar diversas cuestiones de interés vinculadas a la comisión dolosa del delito de lesiones contra el no nacido.

Por definición dolo implica conocimiento de todos los elementos del tipo penal, así como la voluntad de realizar la conducta descrita en el tipo con conciencia de la significación antijurídica del hecho. En efecto se exige que el sujeto activo realice la conducta típica.

El dolo directo o dolo de primer grado es aquel en que la realización típica llevada a cabo es justamente la perseguida por el autor³⁵⁰. Es decir, hay un dominio del aspecto volitivo sobre el cognitivo. Entonces, en las lesiones al nasciturus el dolo se manifiesta por querer dañarle la salud, conduciendo para ello su voluntad a ese objetivo. Por ejemplo el sujeto, el cual de modo consciente y deliberado, inocular a la madre embarazada una enfermedad transmisible, verbi gracia con ánimo de venganza³⁵¹.

³⁴⁹ Cfr. art. 125 del Código Penal colombiano

³⁵⁰ Así BUSTOS RAMÍREZ, Juan / HORMAZABAL MALARÉE, Hernán: ob.cit., p. 69.

El dolo de consecuencias necesarias es aquel en el cual se produce un hecho típico indisolublemente ligado a lo perseguido por el autor y que, por eso mismo, es conocido y querido por él ³⁵². Como puede apreciarse lo que predomina es el aspecto intelectual sobre el volitivo. El sujeto activo conoce que con su acción se van a realizar los elementos del delito de lesiones al nasciturus, esto es, sabe que con su conducta producirá el menoscabo en la salud del no nacido, aun cuando no quiere ese resultado. Al respecto PORTOCARRERO HIDALGO ³⁵³ nos ilustra con un ejemplo: «cuando el médico receta determinado tratamiento a la mujer embarazada que produce en el feto efectos secundarios; como también en la transmisión dolosa de una enfermedad infecto contagiosa a la mujer embarazada, como el SIDA por ejemplo, cuando considera el autor que dicha enfermedad se transmitirá al feto».

En el dolo eventual o dolo condicionado el sujeto activo al desplegar su conducta asume la posibilidad de producción del resultado ³⁵⁴. Es decir el autor se representa el resultado como posible consecuencia de su acción y a pesar de ello la realiza, aceptando la causación del mismo si efectivamente llegara a producirse ³⁵⁵. Por ejemplo, aquellas personas (en este caso el hombre) los cuales, sabiendo que están afectas de una enfermedad transmisible por vía sexual, actúan como si estuvieran sanas con indiferencia de las consecuencias que su actividad puede suponer para la pareja, en este caso la mujer gestante ³⁵⁶.

3.2. La culpa o imprudencia ³⁵⁷

Como ya lo había señalado anteriormente esta modalidad delictiva no está comprendida en nuestra legislación positiva, por lo que en las próximas líneas analizaré, en primer lugar la necesidad de castigar penalmente esta modalidad delictiva.

Desde el punto de vista **político-criminal** es justo y necesario el castigo de este tipo de conductas por cuanto son, verdaderamente, los sucesos más comunes sobre todo en esta clase de delitos. Claro ejemplo de ello es la incipiente jurisprudencia española en lo

³⁵¹ Cfr. DÍAZ VALCÁRCEL, Luis M^a: «Transmisión delictiva de enfermedades», en: CDJ, N° XXVI, 1994, p. 269.

³⁵² Cfr. BUSTOS RAMÍREZ, Juan / HORMAZABAL MALARÉE, Hernán: ob.cit., p. 69

³⁵³ Cfr. PORTOCARRERO HIDALGO, Juan: ob.cit. (2003), p. 177.

³⁵⁴ Cfr. Resolución 3365-96

³⁵⁵ Cfr. GONZÁLEZ RUS, Juan José: ob.cit., p. 74 y s.

³⁵⁶ Véase al respecto DÍAZ VALCÁRCEL, Luis M^a: ob.cit., p. 269.

³⁵⁷ Véase con mayor detalle los trabajos completos de: SERRANO GONZÁLEZ DE MURILLO, José Luis: «Teoría del delito imprudente. Doctrina general y regulación legal», Ministerio de Justicia, centro de publicaciones, Madrid, 1991; CÓRDOVA RODA, Juan: «Los delitos culposos», en: CDJ, N° I, Madrid, 1993.

que atañe a las lesiones al feto; esta jurisprudencia sólo se refiere a conductas imprudentes y sobre todo en el ejercicio de la medicina, así tenemos: La Sentencia del Tribunal Supremo español de fecha 15.NOV.2001, donde se «... condena por un delito de lesiones al feto imprudentes (...) por la parálisis cerebral con que nació un bebe a consecuencia del alargamiento del parto...»³⁵⁸.

En lo que respecta a nuestro ordenamiento estas clases de conductas seguirán siendo impunes; no obstante ya lo hemos visto, son las más frecuentes, por lo que urge de manera inmediata, se positivisen esta clase de delitos. Pues no entendemos como nuestros legisladores «cercenaron» la modalidad culposa del Proyecto de Ley primigenio (Proyecto de Ley N° 00839) que dio origen a la LEY N° 27716.

Por ello, desde la **perspectiva dogmática**, la técnica legislativa deberá estar orientada a la tipificación expresa de esta clase de delitos, obedeciendo para ello al sistema *numerus clausus* al que esta sujeto nuestro Código Penal debido a su art. 12, segundo párrafo, el cual señala: «el agente de infracción culposa es punible en los casos expresamente establecidos en la ley».

La imprudencia o conducta culposa consiste en la infracción del deber de cuidado personalmente exigible y en la producción causal de un resultado (elemento objetivo), teniendo en cuenta además las capacidades y experiencias personales (elemento subjetivo)³⁵⁹. En ese mismo sentido apunta la jurisprudencia nacional al manifestar que «el tipo objetivo de los delitos culposos o imprudentes exige la presencia de dos elementos: a) la violación de un deber objetivo de cuidado, plasmado en normas jurídicas, normas de la experiencia, normas de arte, ciencia o profesión, destinadas a orientar diligentemente el comportamiento del individuo, y b) la producción de un resultado típico imputable objetivamente al autor, por haber creado e incrementado un riesgo jurídicamente relevante, que se ha materializado en el resultado lesivo del bien jurídico»³⁶⁰.

3.3. Error

Las formas de culpabilidad pueden verse excluidas por el error, esto es una representación falsa de la realidad³⁶¹. En este sentido, podemos distinguir entre «error de tipo» (ignorancia o conocimiento equivocado por parte del sujeto activo de alguno o todos los elementos que conforman el tipo objetivo) y «error de prohibición» (aquel que recae sobre la antijuridicidad o injusto de hecho).

En palabras de MIR PUIG se debe distinguir entre error sobre elementos esenciales

³⁵⁸ Cfr. STS, 2ª Sala, 15 de noviembre del 2001, Ponente: Sánchez Melgar.

³⁵⁹ AGUADO LÓPEZ, Sara: «Algunas cuestiones sobre la imprudencia profesional en el código penal de 1995 a raíz de la sentencia del Tribunal Supremo de 8 de noviembre de 1999», en: La Ley, Actualidad penal, 2001.

³⁶⁰ Véase Recurso de Nulidad N° 4288-97.

³⁶¹ COBO DEL ROSAL, Manuel / VIVES ANTÓN, Tomás: ob.cit., p. 593.

y elementos accidentales del tipo. Respecto de la primera clase el error excluye al dolo, ya que afecta al aspecto cognitivo del mismo y por tanto la responsabilidad criminal ³⁶² a la vez ésta se distingue entre «error de tipo vencible» (aquel que hubiese podido evitarse si se hubiera observado el debido cuidado) y el «error de tipo invencible» (el que no hubiese logrado evitarse ni aun aplicando la diligencia debida. Es el único que excluye la responsabilidad). Por otro lado, respecto al error sobre elemento accidental o no esencial; no obstante dejar subsistente el dolo, puede darse el error en la persona o en el objeto (es indiferente la persona u objeto sobre el cual recae el comportamiento delictivo, la confusión en la persona es intrascendente ³⁶³), error en el golpe (se yerra en la dirección del ataque ³⁶⁴).

4. Resultado y tentativa

En esta clase de delitos donde la acción se dirige contra el objeto material se requiere que la acción vaya seguida de la causación de un resultado separable espacio-temporalmente de la conducta ³⁶⁵. En este sentido, como bien lo apunta HIGUERÁ GUIMERÁ ³⁶⁶ se trata de un delito de resultado material por cuanto se requiere, de manera general, que producto de la acción lesiva se menoscabe en la salud del nasciturus. En definitiva la doctrina es unánime en considerar al delito de lesiones contra el no nacido como delito de resultado. Un delito está consumado, así se formula habitualmente, cuando se han realizado todos los elementos del tipo legal ³⁶⁷.

Por tratarse de un delito de resultado es factible la tentativa y así lo apunta el profesor PORTOCARRERO HIDALGO ³⁶⁸ al manifestar que hay tentativa cuando se realiza el comportamiento orientado a lesionar al feto y no alcanza, el sujeto activo, su objetivo.

³⁶² BUSTOS RAMÍREZ, Juan / HORMAZABAL MALARÉE, Hernán: ob.cit., p. 245.

³⁶³ BUSTOS RAMÍREZ, Juan / HORMAZABAL MALARÉE, Hernán: ob.cit., p. 251.

³⁶⁴ MIR PUIG, Santiago: ob.cit., p. 259.

³⁶⁵ Cfr. BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio y otros: ob.cit., p. 129.

³⁶⁶ Cfr. HIGUERÁ GUMERÁ, Juan Felipe: ob.cit., (2000).

³⁶⁷ Cfr. JAKOBS, Günther: «Consumación material en los delitos de lesión contra la persona. Al mismo tiempo, una contribución a la generalización de la parte especial», en: RECPC, 2002, N° 04-13, p. 13:2 (disponible en: <http://criminet.ugr.es/recpc/recpc04-13.pdf>)

³⁶⁸ Cfr. PORTOCARRERO HIDALGO, Juan: ob.cit., (2003), p. 177.

5. Causas de justificación

Una vez analizados los distintos elementos típicos, procede ahora centrarse en las causas que van a excluir la antijuridicidad con lo cual la acción típica no podrá configurarse en un acto antijurídico. Demás está decir que el presupuesto cardinal para una causal de justificación es la amenaza o puesta en peligro de bienes jurídico-penales. El efecto completo sería su exclusión de allí que la causal recibe el adjetivo calificativo de perfecta; y si el efecto es parcial se trataría de un atenuante, es decir la causal de justificación sería imperfecta, con lo cual aplicaríamos el art. 21 del Código Penal.

No parece indicado un análisis detallado de todas y cada una de las causas de justificación, pues la apreciación de algunas de ellas resulta altamente improbable. Así por ejemplo, la legítima defensa no tiene campo de juego alguno en este delito, pues no parece imaginable un supuesto en el que una acción de lesiones al nasciturus sea el medio racional y necesario para eludir una agresión ilegítima.

Para explicar las causas de justificación que permite este ilícito penal se partirá del planteamiento de un caso hipotético o supuesto de hecho, por medio del cual se irá adecuando los requisitos indispensables que requiere la aplicación de cada causa de justificación aceptada en los delitos de lesiones contra el nasciturus.

5.1. Estado de necesidad

Supuesto de hecho: «Una mujer de ocho meses de gestación es arrojada, para salvarle la vida, desde el segundo piso de su vivienda que estaba en llamas. Era el único medio para salvarla del incendio; no obstante, se tenía la certeza de causar lesiones al hijo que llevaba en su vientre producto de la caída; lo que ocurrió finalmente».

Por definición el estado de necesidad es el estado de peligro actual para legítimos intereses que únicamente pueden conjurarse mediante la lesión de los intereses legítimos de otra persona. Esta figura lo encontramos en el inc. 4 del art. 20 del vigente Código Penal.

Los requisitos necesarios para la aplicación de esta causa de justificación se presentan bajo dos aspectos: en primer lugar el aspecto objetivo que requiere de una situación de peligro que debe ser actual inminente y real. En el supuesto de hecho la situación de peligro es el «incendio de la vivienda» de la mujer gestante que es un peligro actual e inminente. Por otro lado, debe presentarse una acción necesaria por parte de la persona que realiza la defensa a partir del principio de ponderación; el bien jurídico defendido debe ser de mayor valor que el sacrificado. El bien jurídico sacrificado es la salud del nasciturus a favor de la vida de la madre y del suyo también.

En segundo lugar se tiene el aspecto subjetivo que lo conforma el conocimiento de estar en una situación de peligro y la voluntad de defensa para evitar un mal grave. Entonces el aspecto cognitivo sería el hecho incendiario, mientras el volitivo vendría dado

por la voluntad de causar daños en la salud del feto.

6. Concurso

La problemática concursal se presenta desde dos ámbitos por un lado tenemos el concurso de delitos (cuando un hecho constituye dos o más delitos o cuando varios hechos de un mismo sujeto constituyen otros tantos delitos³⁶⁹) y por otro el concurso de leyes (cuando uno o varios hechos son incluíbles en varios preceptos penales de los cuales sólo uno puede aplicarse, puesto que su estimación conjunta supondría un bis in idem³⁷⁰). En lo que respecta al concurso de delitos se tiene al concurso real³⁷¹ (pluralidad de acción y de delitos) y concurso ideal³⁷² (unidad de acción y pluralidad de delitos). Son sólo los lineamientos básicos del concurso dejando su problemática en manos de la dogmática penal.

Lo más usual es que aparezca en concurso con el delito de homicidio (arts. 106 a 113 del CP), aborto (arts. 114 a 120 del CP), lesiones (arts. 121 a 124 del CP), violación sexual (art. 170 del CP), robo (art. 188 del CP) y otros. Son sólo algunos casos donde puede producirse los concursos siempre en relación con la lesiones al nasciturus.

Con referencia a concurso de delitos puede darse, por ejemplo, el caso en el cual el sujeto activo además de causar lesiones al feto causa la muerte o lesiones a la mujer embarazada³⁷³. Éste se resolverá a través del art. 48 del CP que contempla la figura del concurso ideal de delitos.

En lo que respecta al concurso de leyes, el caso más palpable es el concurso que se produce entre las lesiones al feto y el aborto. En este caso se debe castigar por el delito de aborto, ya que el dolo del delito de aborto incluye el dolo de lesionar al feto; es decir, en estos hechos la lesión es un medio empleado para alcanzar la destrucción del producto de la concepción. Este supuesto se resuelve por el principio de consunción³⁷⁴ a favor del aborto³⁷⁵.

³⁶⁹ MIR PUIG, Santiago: ob.cit., p. 660.

³⁷⁰ Cfr. MIR PUIG, Santiago: ob.cit., p. 667.

³⁷¹ Artículo 50. Cuando concurren varios hechos punibles que deben considerarse como otros tantos delitos independientes, se impondrá la pena del delito más grave, debiendo el Juez tener en cuenta los otros, de conformidad con el artículo 48.

³⁷² Artículo 48. Cuando varias disposiciones son aplicables al mismo hecho se reprimirá con la que establezca la pena más grave. Las penas accesorias y medidas de seguridad podrán ser aplicadas aunque sólo estén previstas en una de esas disposiciones.

³⁷³ Cfr. HIGUERA GUIMERÁ, Juan Felipe: ob.cit., (2000).

³⁷⁴ Cr. JIMENEZ DE ASÚA, Luis: «La ley y el delito», Editorial Andrés Bello, Caracas, 1945, p. 175.

³⁷⁵ Cfr. HIGUERA GUIMERÁ, Juan Felipe: ob.cit., (2000).

7. Autoría y participación³⁷⁶

7.1. Autoría y participación en los delitos dolosos

Bajo el Capítulo IV del Título II del Libro Primero del Código Penal se rubrica la figura de «Autoría y Participación». La autoría (art. 23) y la participación (art. 24 y 25) en general están regidos por el principio de accesoriedad³⁷⁷ pues si no hay autor, no existe por lo tanto partícipe, con lo cual se deja sentado la afirmación de que la participación es accesoria de la autoría. En delito de lesiones al nasciturus no hay problema en ejecutar el hecho delictivo sea en calidad de autor, como en calidad de partícipe, conforme lo pasaremos a examinar.

7.1. 1. Autoría

No es el momento de abordar con profundidad el análisis de las diferentes teorías que pretenden delimitar el concepto de autor. Sin embargo, me acojo a la teoría del dominio del hecho³⁷⁸ para considerar como autor a quien tenga dominio del hecho. Empero, el

³⁷⁶

Con mayor profundidad véase los trabajos de: LOPEZ BARJA DE QUIROGA, JACOBO: «La participación y los delitos especiales», en: CDJ, N° XXXIX, p. 135-180, Madrid, 1994; LOPEZ, M^a CARMEN: «Autoría y participación en los delitos imprudentes», en: CD, N° I, p. 437-453, Madrid, 1993; MARTIN Y MARTIN, JOSÉ ANTONIO: «Problemas procesales de la autoría y participación criminal», N°XXXIX, p. 11-56, Madrid, 1994; ROSAL BLASCO, BERNARDO DEL: «La inducción y la complicidad como formas de participación criminal punibles en el Código Penal», en: CDJ, N° XXXIX, p. 181-232, Madrid, 1994; RUIZ ANTON, LUIS FELIPE: «Del agente provocador y del delito provocado», en: CDJ, N° XXXIX, p. 333-392, Madrid, 1994; SEGURA SANCHO, FRANCISCO: «La responsabilidad penal de las personas jurídicas», en: CDJ, N° XXXIX, p. 403-415, Madrid, 1994..

³⁷⁷

Llamado por MIR PUIG principio supremo de la participación; significa, por una parte, que la participación es accesoria respecto del hecho del autor, pero también, por otra parte, que dependa hasta cierto punto: basta que el hecho del autor sea contrario a derecho (antijurídico). No es preciso que además sea personalmente imputable al autor. En este sentido cfr. MIR PUIG, Santiago: ob.cit., p. 393.

³⁷⁸

La teoría del domino forma parte de las teorías restrictivas (la cual hace una diferenciación entre autores y partícipes. Además de ser la más aceptada). Conforme esta teoría, será autor el que objetivamente tenga el dominio del hecho y, en virtud de ese poder de realización, dolosamente conduzca el hecho típico, decidiendo por ejemplo el empleo de algún medio, interrumpir su ejecución, incorporar el aporte de un partícipe o decidir consumarlo. Al respecto véase con mayor detalle: BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio y otros: ob.cit., p. 247; BACIGALUPO ZAPATER, Enrique: ob.cit., p.182; ROXIN, Claus: ob.cit., p. 347 a 370.

art. 23 del CP define al autor como aquel «que realiza por sí o por medio de otro el hecho punible y los que lo cometan conjuntamente». De esta manera, nuestro Código punitivo se afilia a la doctrina dominante que distingue tres supuestos de autor: el autor directo, el autor mediato y la coautoría.

Autor directo o inmediato: en los delitos de lesiones al nasciturus es la persona natural, quien dominando la acción realiza íntegra y directamente los actos ejecutivos que causan el menoscabo en la salud del sujeto pasivo. La figura de la autoría directa está expresamente enunciada en el art. 23 del CP bajo el enunciado «el que realiza por sí».

Autor mediato: es quien, para lesionar al nasciturus se vale o utiliza a otra persona, de la que se sirve como instrumento; ya que la primera domina la voluntad de la segunda. Al igual que el autor directo, está contenida en el art. 23 del CP mediante la frase «el que realiza por medio de otro».

Coautor: son coautores dos o más personas, quienes en el marco de un plan global unitario, acuerdan llevar a cabo diferentes acciones que van dirigidas a menoscabar la salud de la persona en formación (sujeto pasivo), distribuyéndose las tareas, sea de manera inmediata o mediata. Hay que agregar que todos los coautores tienen dominio del hecho debido al reparto funcional de sus roles. De la misma manera que las dos figuras anteriores, está contenida en el mismo artículo bajo el enunciado «los que cometen el hecho conjuntamente».

7.1.2. Participación

Son partícipes aquellas personas, que sin tener el dominio del hecho contribuyen a la realización del hecho delictivo de otra persona³⁷⁹. Se consideran partícipes, teniendo en cuenta el Derecho penal material patrio: a los instigadores (art. 24) y a los cómplices (art. 25).

Instigador o inductor: en delito de lesiones al nasciturus instigador o inductor, conforme al art. 24 del CP será quien dolosamente determina o le hace surgir a otra persona (inducido) la idea de cometer acciones que menoscabe la salud del ser humano intrauterino. Recordando el principio de accesoriedad, apuntado líneas arriba, si el inducido no realiza el delito instigado (lesionar al embrión o feto), por consiguiente no habrá instigador.

Cómplice: existen dos clases de cómplice. Por un lado, el cómplice primario quien es el que va a participar desde los actos preparatorios; su aporte es necesario para la realización del tipo penal; pero no tiene el dominio de la voluntad, el hecho, ni la funcionalidad; en lo que respecta a la pena a imponérsele será la misma que se le impondrá al autor. Por otro lado, el cómplice secundario participa desde la ejecución del tipo penal pero su aporte no resulta significativo en la realización del hecho, sólo colaboración no necesaria; la pena la cual se le impondrá será atenuada. Finalmente, el cómplice tendrá responsabilidad en tanto que su aporte haya contribuido a que el autor realice el delito, mas si éste no lo realiza, dicho aporte carece de relevancia penal.

³⁷⁹ Cfr. BERDUGO GOMEZ DE LA TORRE, Ignacio y otros: ob.cit., p. 250.

8. Consecuencias jurídicas del delito

No es misión de este apartado, realizar un profundo análisis de las consecuencias jurídicas del delito (pena, medida de seguridad, reparación civil y consecuencias accesorias); sin embargo, es necesario hacerse de un panorama general de cada una de ellas, para luego desde una posición legislativa proponer una adecuada consecuencia jurídica para esta clase de delitos y desde el plano judicial su debida aplicación. Así se habrá alcanzado básica y elementalmente el fin de cada una de las consecuencias jurídicas.

8.1. Penas³⁸⁰

No es propósito de este breve estudio examinar con detalle las diferentes posiciones doctrinales sobre el particular (principio retributivo, de prevención general y especial, así como de la rehabilitación personal y la inserción social, etc.), pero sí lo es destacar la importancia que para la aplicación y ejecución de las penas tienen los criterios inspiradores de cada ordenamiento jurídico. Para ello también se recorrerá el Derecho penal positivo patrio³⁸¹.

En Derecho penal actual la teoría de la pena ha suscitado un interés creciente en la dogmática, inclinándose hacia las teorías unificadoras, por lo que es posible apreciar, un amplio consenso acerca de las funciones actuales de la pena, cuyos fines oscilan entre la compensación del injusto y de la culpabilidad y la prevención general y especial como perspectivas conciliables de un mismo problema³⁸². En cualquier caso, se está de acuerdo en que toda pena está sujeta a la reserva de su necesidad social. Es decir, si bien rige el principio nulla poena sine culpa, no puede afirmarse -en sentido inverso- que a toda culpabilidad deba corresponder una sanción en forma de pena, pues la teoría

³⁸⁰

BOIX REIG, Javier: «La motivación de la individualización de la pena», en: CDJ, N° XIII, p. 181-199, Madrid, 1992;
ALONSO DE ESCAMILLA, Avelina: «La ejecución de la pena privativa de libertad», en: CDJ, N° IX, p. 217-240, Madrid, 1993;
GRANADOS PÉREZ, Carlos: «Individualización de las penas: supuestos conflictivos», en: CDJ, N° IX, p. 177-215, Madrid, 1993;
MANZANARES SAMANIEGO, José Luis: «Perspectivas de futuro: arresto de fin de semana y multas por cuotas», en CDJ, N° IX, p. 145-176, Madrid, 1993;
MATA AMAYA, José De La: «Ejecución de penas restrictivas de libertad y no privativas de derechos», en: CDJ, N° XV, p. 141-195, Madrid, 1994;
ORTEGA LLORCA, Vicente: «Individualización y determinación de la pena (aspectos jurídicos). Las recomendaciones del Consejo de Europa. Valoración de la reincidencia. Eximente incompletas y medidas de seguridad sustitutivas de penas», en: CDJ, N° IX, p. 15-83, Madrid, 1993 y
PRIETO MACIAS, Carlos: «Reflexiones sobre algunos aspectos de la ejecución de penas privativas de libertad», en: CDJ, N° IX, p. 329-337, Madrid, 1993

³⁸²

Cfr. CHOCLÁN MONTALVO, José: ob.cit., p. 4.

reconoce equivalentes funcionales y otras posibilidades de reacción. Por ello, la imposición de la pena sólo estará justificada si se consigue compaginar su necesidad para la comunidad jurídica (necesidad de restablecimiento del orden jurídico perturbado) con la autonomía de la personalidad del delincuente, que el Derecho tiene asimismo que garantizar³⁸³. Además, la pena sólo es necesaria cuando el conflicto social creado con el delito no pueda solucionarse por la comunidad sin la intervención del Derecho penal. Probablemente pueda sostenerse que la reacción jurídica es subsidiaria a la solución natural del conflicto.

La necesidad de pena, como es lógico, no puede fundamentarse sólo en la necesidad de dar satisfacción a la víctima del delito, en cuanto la reparación del daño puede obtenerse por vías alternativas mucho más eficaces. Como se ha sostenido, las alternativas a la pena, en su forma más tradicional como pena prisión, permiten contribuir

³⁸¹ De acuerdo al art. 28 del CP tenemos las siguientes clases de pena: Privativa de libertad; Restrictivas de libertad; Limitativas de derechos; y Multa. **1. Pena privativa de libertad:** Conforme al art. 29 del CP modificado por el Decreto Ley 25475 (06/05/92), esta pena tendrá una duración mínima de dos días hasta cadena perpetua. Empero con las sucesivas modificaciones hoy tenemos que esta pena puede ser considerada con el criterio de temporalidad de dos clases: De carácter temporal: con una duración de 2 días a 35 años y de cadena perpetua. **2. Pena restrictiva de libertad:** Contenido en el art.30 del CP; estas son: **La expatriación**, tratándose de nacionales con una duración máxima de 10 años; y **La expulsión** del país, tratándose de extranjeros. Ambas se aplican después de cumplida la pena privativa de libertad. **3. Penas limitativas de Derechos:** Estas están contenidas en los arts. 31, 32 y 33 del CP; los cuales son: **Prestación de servicios a la comunidad** (art. 34 del CP), por esta se obliga al condenado a trabajos gratuitos en entidades asistenciales, hospitalarias, secuelas, orfanatos, otras instituciones similares u obras públicas. Se asignan estas labores considerando las aptitudes del condenado, debiendo cumplirse en jornadas de diez horas semanales, entre los días sábados y domingos, de modo que no se perjudique la jornada normal de su trabajo habitual. El condenado puede ser autorizado para prestar estos servicios en los días útiles semanales, computándosele la jornada correspondiente. Esa pena se extenderá de diez hasta ciento cincuentiseis jornadas de servicios generales. Pueden ser autónomas como sustitutivas o alternativas a la pena privativa de libertad (Ley 27186). **Limitación de días libres** (art. 35 del CP), consiste en la obligación de permanecer los días sábados, domingos y feriados por un mínimo de diez y un máximo de dieciséis horas en total por cada fin de semana, en un establecimiento organizado con fines educativos y sin las características de un centro carcelario. Recibiendo el condenado durante todo este tiempo orientaciones tendientes a su rehabilitación. **La inhabilitación** (art. 36 y ss. CP), producirá según lo disponga la sentencia, entre otras: Privación de la función, cargo o comisión que ejercía el condenado; incapacidad para obtener mandato, cargo, empleo o comisión de carácter público; suspensión de los derechos políticos; incapacidad para ejercer por cuenta propia o por intermedio de tercero profesión, comercio, arte o industria; incapacidad para el ejercicio de la patria potestad, tutela o curatela; suspensión o cancelación de la autorización para portar o hacer uso de armas de fuego; suspensión o cancelación de la autorización para conducir cualquier tipo de vehículo; privación de grados militares o policiales, títulos honoríficos u otras distinciones que correspondan al cargo, profesión u oficio del que se hubiese servido el agente para cometer el delito. **4. La multa:** art. 41 y 44 del CP. Obliga al condenado a pagar al Estado una suma de dinero fijada en días multa. Se extenderá de un mínimo de diez días-multa a un máximo de trescientos sesentiocho días-multa, salvo disposición distinta. Debiendo ser pagada dentro de los diez días de pronunciada la sentencia. Cabe anotar que el día-multa equivale al ingreso promedio diario del condenado y se determina atendiendo al patrimonio, rentas, remuneraciones, nivel de gastos y demás signos exteriores de riqueza; no podrá ser este importe día-multa menor del veinticinco por ciento ni mayor del cincuenta por ciento del ingreso diario del condenado cuando viva exclusivamente de su trabajo.

³⁸³ ROXIN, Claus: «Sentido y límites de la pena estatal», en: Problemas básicos del Derecho penal, Traducción y notas por Luzón Peña, Madrid, 1976, p. 34.

a la reparación del daño en cuanto la libertad ambulatoria del reo contribuye a favorecer la integración social y el resarcimiento del perjuicio producido. En este contexto se encuentra extendida en la dogmática actual la idea de la necesidad de la reparación como tercera vía de reacción frente al delito.

En palabras de ROXIN ³⁸⁴ : «pese al incremento pronosticado de la criminalidad, las penas serán más leves». En este, sentido el autor apunta que respecto a la pena privativa de libertad dejarán de ser aplicados debido a dos razones: «1. Por un lado, es cada vez menos posible reaccionar a la mayoría de los delitos con penas privativas de libertad en la medida en que las disposiciones penales aumentan y crecen con ella los hechos punibles. Los establecimientos penales no son ni siquiera cercanamente suficientes para ello, así como lo son los recursos financieros ³⁸⁵ necesarios para la ejecución penal humanitaria. 2. Por otro lado, tampoco es deseable por política criminal la imposición de penas privativas de libertad de manera masiva, pues según el saber criminológico en los delitos pequeños y medianos, que constituyen la mayor cantidad de los delitos, es imposible una resocialización por la vía de la privación de la libertad».

Antes de proponer las clases de penas a aplicarse en esta nueva modalidad delictiva quiero referirme a nuestra actual realidad penitenciaria, pues la considero de suma importancia. Así, LA DEFENSORÍA DEL PUEBLO en su Informe Defensorial N° 29 ³⁸⁶ señalaba como principales problemas los siguientes: «a) Exceso de población en los establecimientos penitenciarios ³⁸⁷ ; b) Elevado número de personas privadas de libertad aún procesadas ³⁸⁸ ; c) Deficiencia en la infraestructura penitenciaria ³⁸⁹ ; d) Inadecuada

³⁸⁴ Cfr. ROXIN, Claus: «Dogmática penal y Política criminal», Traductor y Editor Dr. Manuel Abanto Vásquez, Idemsa, Lima, 1998, p. 450.

³⁸⁵ Con acierto SMALL ARANA manifiesta que «... por falta de infraestructura adecuada, personal técnico y auxiliar capacitado, a lo que debe agregarse el exiguuo presupuesto que se le asigna al Instituto Peruano Penitenciario para llevar adelante las acciones de tratamiento y rehabilitación, hechos que imposibilitan atender los ingentes problemas que surgen cada día en los centros penitenciarios...». Véase ampliamente SAMALL ARANA, Germán: «Los beneficios penitenciarios en el Perú», Ediciones BGL, Trujillo, p. 12 y ss.

³⁸⁶ Véase El Informe Defensorial N° 29 «Derechos Humanos y Sistema Penitenciario: Supervisión de Derechos Humanos de Personas Privadas de Libertad 1998 – 2000», publicado en el Diario Oficial El Peruano el 14 de octubre del 2000.

³⁸⁷ La Región Lima presenta el índice más alto de sobrepoblación con un 84.55%, siendo crítica la situación del establecimiento penal de Lurigancho con una sobrepoblación del 280.33%, habiéndose agravado respecto de 1997, cuando el índice era de 241%. Situación semejante corresponde al penal de Mujeres de Chorrillos (Comunes) con un exceso de población del 206.89%.

³⁸⁸ En 1997, las personas privadas de libertad que se encontraban procesadas ascendían al 69% de la población penitenciaria. Esto motivó que se recomendaran modificaciones legislativas y cambios en la actuación de la administración de justicia. Sin embargo, a junio del 2000, de un total de 27,835 personas privadas de libertad, 15,222 (54.69%) tenían la condición de procesadas y sólo 12,613 (45.31%) se encontraban sentenciadas. Aunque se viene mejorando, hay aún mucho por hacer.

³⁸⁹ De los 46 establecimientos supervisados 24 se encontraron en mal estado, 14 en regular estado y sólo 8 en buenas condiciones. Dicha situación es similar a la de 1997.

alimentación³⁹⁰; e) Insuficiente prestación de servicios; f) Limitaciones para la realización de las actividades laborales y educativas³⁹¹; g) Restricciones al derecho de visita³⁹²; h) Inadecuada política de traslados³⁹³; i) Limitadas visitas íntimas³⁹⁴; j) Limitado acceso a la defensa³⁹⁵». A su turno SMALL ARANA³⁹⁶ resume la problemática penitenciaria: «una población excesiva que rebasa ampliamente la capacidad física de la infraestructura existente; una escasa disponibilidad de recursos de todo orden para atender el mantenimiento y rehabilitación de esa población y un reducido personal, el cual no cubre las reales necesidades, que requiere no sólo el tratamiento del interno; sino la seguridad penitenciaria en sus tres dimensiones: de las personas, de las comunicaciones y de la infraestructura».

Finalmente, quiero dejar establecido que en la actualidad la pena tiene, fundamentalmente, una finalidad retributiva y de neutralización³⁹⁷.

³⁹⁰ Desde 1997, el presupuesto diario asignado por persona para alimentación se ha mantenido en S/. 2.50, a excepción del establecimiento penal de Challapalca, el cual tiene asignado un monto especial de S/. 3.50. Si este monto era insuficiente en 1997, la situación se ha agravado considerablemente desde entonces. El déficit existente en alimentación es cubierto parcialmente con el aporte de los propios internos, sus familiares o de las instituciones humanitarias. La orientación nutricional también es insuficiente: de los 46 penales visitados sólo 14 contaban con este servicio. Este aspecto es uno de los más críticos y pone en evidencia que la persona privada de libertad no goza de los servicios mínimos que le garanticen un trato adecuado, acorde con su dignidad humana.

³⁹¹ En la construcción de los recientes establecimientos penitenciarios no se ha dado prioridad a las áreas destinadas al trabajo y la educación. Los ambientes destinados para la actividad laboral y la educativa son limitados y no se han implementado adecuadamente. Todo esto afecta negativamente la resocialización de las personas privadas de libertad.

³⁹² La actual política de seguridad determina que muchos internos, especialmente los sometidos a regímenes especiales, se encuentren reclusos en establecimientos penales muy distantes al lugar de residencia de su familia. Esto dificulta que los internos gocen de un adecuado sistema de visitas, pues los familiares sólo pueden realizarlas una o dos veces por año. Este problema es parcialmente aliviado por la ayuda que brinda el Comité Internacional de la Cruz Roja (CICR) a las familias de los internos que están bajo su mandato. Gracias a esta ayuda, cada familia puede realizar hasta doce visitas anuales.

³⁹³ En los últimos años se han efectuado frecuentes traslados por razones de estrategia en la lucha contra el terrorismo, como un supuesto mecanismo de redistribución de la población penal o, principalmente, como medida disciplinaria. Esto afecta la relación entre el interno y su familia, en tanto el traslado no sólo significa un cambio de penal, sino la pérdida o deterioro de las relaciones familiares, lo que repercute en la alimentación, salud y trabajo del interno. Por ello, su aplicación debe limitarse a casos estrictamente necesarios, debidamente justificados.

³⁹⁴ La mayoría de penales no cuentan con ambientes especiales. En donde ello ocurre, como Castro Castro, estos ambientes sirven de celdas transitorias.

³⁹⁵ Al reducido número de abogados del servicio legal penitenciario, se suma un déficit de abogados de oficio. No obstante los esfuerzos del Sistema Nacional de Defensa de Oficio del Ministerio de Justicia, el número de abogados de oficio es insuficiente. Entre 1998 y 2000, el número de abogados de oficio dedicados a la defensa en procesos penales se ha mantenido en 210 a nivel nacional.

³⁹⁶ Cfr. SMALL ARANA, Germán: ob.cit. p. 26.

8.1.1. Penalidad de la comisión dolosa

La valoración de la pena justa con la que debe conminarse la realización de una conducta siempre es difícil de determinar. Por ello después de un análisis por separado de la pena privativa de libertad, limitativa de derecho y pena de multa que corresponden a todo delito de lesiones al feto, se realizará una valoración global del marco punitivo.

Pena privativa de libertad. Teniendo en cuenta el fin resocializador de la pena; y en este caso, la pena de prisión, considero necesario su aplicación; sin embargo, desde el punto de vista legislativo, la pena correspondiente para esta clase de delitos y, además obedeciendo a nuestra realidad social y penitenciaria³⁹⁸. Es decir una aplicación de pura política criminal en relación a la pena. También, tomando en consideración el derecho comparado en lo que a delitos de lesiones al nasciturus se refiere. La pena privativa para el tipo doloso y en relación al bien jurídico protegido deberá oscilar entre un año (1) a cuatro (4) años de pena privativa de libertad. El límite máximo (cuatro años) permitirá por un lado, obedeciendo a la enorme población penitenciaria, establecer, si se encontrara culpable el agente delictivo, cumplir su condena con una pena de libertad no efectiva. Por otro lado si al momento de la valoración judicial de la pena, el juzgador observa la peligrosidad y la inmediata resocialización del individuo infractor del tipo la pena de prisión al máximo será efectiva. Por ello, en base a lo ya legislado en materia de lesiones al nasciturus cuya pena oscila entre uno y tres años, encontramos adecuada la pena privativa de libertad; no obstante ahondando en esta figura delictiva insertada mediante Ley 27716 la pena primigenia que establecía el proyecto de ley era una privativa de libertad de entre tres a ocho años, la cual consideramos exagerada por cuanto en el delito de aborto, el cual destruye la vida humana dependiente está por debajo de lo propuesto en el proyecto de ley.

8.1.2. Penalidad de la comisión culposa

Como ya lo hemos venido manifestando en nuestro derecho positivo en materia penal, las lesiones al no nacido cometido de manera culposa no están penadas.

A mi juicio y atendiendo a nuestra realidad penitenciaria considero que lo más apropiado para el castigo penal de los delitos de lesiones al nasciturus, deberá ser la prestación de servicios a la comunidad.

Prestación de servicios a la comunidad³⁹⁹. El trabajo en beneficio de la

³⁹⁷ Cfr. al respecto El Informe Defensorial N° 29 «Derechos Humanos y Sistema Penitenciario: Supervisión de Derechos Humanos de Personas Privadas de Libertad 1998 – 2000», publicado en el Diario Oficial El Peruano el 14 de octubre del 2000.

³⁹⁸ La situación penitenciaria peruana es caótica y explosiva debido fundamentalmente, a la sobrepoblación carcelaria, que ha rebasado ampliamente la capacidad de la infraestructura existente. Con mayor detalle SMALL ARANA, Germán: ob.cit., p. 29.

³⁹⁹ Ley de Ejecución de las Penas de Prestación de Servicios a la Comunidad y de Limitación de días libre LEY N° 27030, 30 de diciembre de 1998. Código de ejecución penal, Decreto Legislativo N° 654. Reglamento del Código de Ejecución Penal DECRETO SUPREMO N° 023-2001-JUS, 21 de julio del 2001.

comunidad es hoy una de las mejores respuestas al delito ⁴⁰⁰ y; ésta se podría definir como la prestación de la cooperación personal no retribuida en determinadas actividades de utilidad pública, con interés social y valor educativo, tendente a servir de reparación para la comunidad perjudicada por el ilícito penal y no supeditada al logro de intereses económicos. Considero apropiada esta modalidad punitiva, ya que a mi juicio, es la que realmente cumple el fin resocializador de la pena. La pena deberá oscilar entre los veinticinco (25) y las cincuenticinco (55) jornadas dedicadas al servicio a la comunidad.

8.2. Reparación civil

De conformidad con el art. 92 del CP la reparación civil se determina conjuntamente con la pena. Para ello deberá guardar proporción con el daño y perjuicio causado.

En materia de indemnizaciones por fallecimiento y daños corporales, rige el principio de libre valoración del Juez, quien ha de determinar su cuantía ⁴⁰¹. La valoración de la vida y de la integridad física, requiere una estrecha colaboración entre el Juez y el médico forense o profesional de la medicina quien realice la pericia.

Los criterios para la determinación de la reparación civil son siempre discrecionales, necesariamente circunstanciales y de imposible objetivación. Por ello, la valoración de los daños y perjuicios, cuando consistan en daños corporales, no se hallan sujetos a previsión normativa alguna; sino que ha de efectuarla el Órgano Jurisdiccional discrecionalmente, examinando las circunstancias de cada caso y mediante una valoración prudencial, sin someterse a ningún tipo de parámetro.

En este mismo sentido, GENTILE afirma que la valoración del daño a la persona es el más arduo problema en el vasto campo de la responsabilidad civil; ya que en su complejidad concurren factores de justicia material, de política legislativa, de seguridad jurídica y otros no menos importantes de técnica jurídica propiamente dicha ⁴⁰².

9. Otras consideraciones

9.1. Consideraciones acerca de la imprudencia o culpa profesional

En la actualidad los riesgos que desencadena la práctica de algunas profesiones y la relevancia de los bienes jurídicos que pudieran quedar menoscabados con su ejercicio, exigen una especial diligencia a las personas quienes intervienen en esos ámbitos en los cuales aparecen profesionalizados ⁴⁰³. Como puede ocurrir, por ejemplo, en el ámbito

⁴⁰⁰ Cfr. GIMENEZ SALINAS I COLOMER, Esther: «Penas alternativas de libertad y alternativas», en: CDJ, 1993.

⁴⁰¹ Cfr. CASAS ESTEVEZ, Javier: «Valoración de la vida e integridad física 1», en: CDJ, XVIII, p. 139-163, Madrid, 1994.

⁴⁰² Cfr. ZOIDO ALVAREZ, Juan Ignacio: «Valoración de la vida e integridad física 2», en: CDJ, XVIII, p. 165-196, Madrid, 1994.

médico, ámbito del tránsito automovilístico, ámbito de la industria alimentaria y otros.

Al respecto nuestro Código Penal de 1991 prevé la agravante de la imprudencia o culpa profesional a través del término «inobservancia de reglas de profesión, de ocupación o industria» contenida en distintos tipos penales⁴⁰⁴. En este sentido, el ius puniendi, siguiendo el sistema del *culpa* (art. 12), castiga dicha inobservancia expresamente en el delito de homicidio culposo (art. 111) y en el de lesiones culposas (art. 124). Sin embargo, considero necesario que dicho castigo se extienda a las lesiones contra el *nasciturus* por cuanto, adelantando opinión, es la actividad más frecuente de los errores del profesional en el ejercicio de sus actividades.

La pena correspondiente a estos tipos, por su naturaleza es elevada en relación al tipo base imponiéndose además la inhabilitación (art. 36 inc. 4 y 8), en ambos delitos, como pena limitativa de derechos.

9.2. Análisis del término «inobservancia de reglas de profesión, de ocupación o industria». Especial referencia al art. 111 y 124 del Código Penal.

Como ya se apuntó, en nuestro derecho positivo se habla de «inobservancia de reglas de profesión, de ocupación o industria» para referirse a aquellas acciones u omisiones las cuales se derivan de la actividad imprudente del profesional en el ejercicio de su profesión^{405 406}.

Al respecto, debo hacer una disección del término en cuestión: por un lado analizar lo que encierra la expresión «inobservancia de reglas» y por otro lado el estudio de las actividades «profesión, ocupación e industria».

Respecto a la primera cuestión (inobservancia de reglas) CASTILLO ALVA⁴⁰⁷ realiza un interesante análisis al considerar que «el avance de la ciencia o la complejidad de una actividad hace que una regla técnica, válido para un determinado tiempo y espacio, pierda su valor con el paso del tiempo o el progreso de la ciencia o la técnica. Por lo que no sería correcto exigir su observancia y cumplimiento (...) por otro lado, el legislador cree que sea cual fuere la actividad humana peligrosa siempre habrá una “regla técnica”. Incorre con ello en una falacia por falsa generalización. No se tiene en cuenta, que en los casos en donde la actividad es sumamente peligrosa, por pionero o avanzado del área o

⁴⁰³ JORGE BARREIRO, Alberto: «La imprudencia médica», en CDJ, N° I, p. 221-262, Madrid, 1993.

⁴⁰⁴ A pesar de que un sector de la doctrina alega por su supresión. Véase en este sentido CEREZO MIR, José: «Curso de Derecho penal español. Parte General» II, Editorial Tecnos S.A., Madrid, 1999, p. 178.

⁴⁰⁵ Cfr. AGUADO LÓPEZ, Sara: ob.cit.

⁴⁰⁶ Desaparece así la posibilidad de distinguir entre culpa profesional y culpa del profesional

⁴⁰⁷ CASTILLO ALVA, José Luis: ob.cit., p. 340 y ss.

actividad como investigaciones o experimentos científicos, no es posible encontrar todavía una regla técnica». Por ello, considero que lo más acertado sería, siguiendo la legislación española, el empleo de imprudencia o simple mente culpa, pues ello encierra, por definición, la infracción del deber de cuidado personalmente exigible. Un deber de cuidado que engloba a la «inobservancia de reglas» e iría de la mano con el progreso científico⁴⁰⁸ como apunta el citado autor.

En lo que se refiere a la segunda cuestión, simplemente debo manifestar que el vocablo «ocupación»⁴⁰⁹ e «industria»⁴¹⁰ caben sin mayores dificultades dentro del término «profesión», ya que, por definición de ésta última (profesión) se entiende que son todos aquellos actos que el sujeto ejerce de manera habitual, y el cual constituye su medio de vida ordinario y su dedicación laboral⁴¹¹.

En este contexto, hay que tener presente la interpretación del vocablo «profesional». Actividad que puede entenderse desde un punto de vista formal o material, bajo el primer aspecto, profesional sólo serán aquellos que ejerzan una profesión con título; mientras si optamos por el segundo aspecto, profesionales serán todos aquellos quienes desarrollen una actividad laboral de cualquier tipo de forma habitual, con o sin título⁴¹². En todo caso, independientemente de la interpretación por la que se opte, la imprudencia profesional sólo se aplicará respecto de los actos, los cuales se realicen dentro del ejercicio de la profesión⁴¹³. Limitar el concepto de inobservancia de reglas de profesión sólo a los profesionales titulados carecería de sentido pues la razón de castigar, de acuerdo con la finalidad de la norma, es la misma para todos los profesionales. Todos los profesionales, con o sin título, pueden atacar bienes jurídicos como la vida o salud si en su actividad laboral no observan los conocimientos que requiere el correcto desempeño de su profesión. Así, por ejemplo, puede lesionar la vida de la persona tanto el médico titulado que receta un medicamento equivocado a su paciente, como el comerciante que compra aceite desnaturalizado y lo destina al consumo humano. En este caso, la presencia de un título profesional constituye sólo un dato formal el cual acredita la posesión de unos conocimientos. Pero eso no impide que existan otras profesiones que materialmente requieren ciertos conocimientos o capacidades para su correcto ejercicio, aunque éstos no se acrediten formalmente en un título.

En conclusión, y como consecuencia de todo lo anterior, hay que entender que el CP

⁴⁰⁸ Cfr. JORGE BARREIRO, Alberto: «Jurisprudencia penal y *lex artis* médica», en: CDJ, Monográfico, N° 1, Madrid, 1995, p. 73.

⁴⁰⁹ Es el desenvolvimiento habitual de una persona sin respaldo de título alguno, por ejemplo un taxista. Al respecto véase PORTOCARRERO HIDALGO, Juan: ob.cit. (2003), p. 152.

⁴¹⁰ Es el desenvolvimiento de una persona, con título o sin él, en la transformación de materia prima, comercialización, etc. al respecto cfr. PORTOCARRERO HIDALGO, Juan: ob.cit. (2003), p. 152.

⁴¹¹ AGUADO LÓPEZ, Sara: ob.cit.

⁴¹² Así serán profesionales no sólo los arquitectos, médicos, ingenieros..., sino también los comerciantes, empresarios, etc.

⁴¹³ AGUADO LÓPEZ, Sara: ob.cit.

utiliza el término «profesional» en sentido amplio, es decir, que comprende cualquier actividad laboral con o sin título. Por lo tanto, incurren en imprudencia profesional todos aquellos quienes en el ejercicio de su profesión, oficio o cargo no observen las normas específicas de su profesión (oficio o cargo), y como consecuencia de ello atenten contra los bienes jurídicos previstos en los distintos delitos del CP donde se castiga este «tipo» de imprudencia.

9.3. Especial referencia a la imprudencia médica

En principio considero que es esta actividad profesional donde con mayor frecuencia ocurre la negligencia, pues el panorama actual en lo que respecta a la responsabilidad penal del médico, en el ejercicio de su profesión, se encuentra sobre el tapete, ya que son muchas las denuncias por mala praxis médica. Antes de entrar de lleno a tratar el tema, debo recalcar que no es el tema central de la tesis tratar la responsabilidad penal médica, por cuanto se trata de un tópico amplio que en este espacio que le dedico no será suficiente, por lo que su desarrollo será presentar un panorama general, para entender lo delicado de esta actividad y sus frecuentes consecuencias negativas para la salud del ser humano.

Sin embargo, por todos es sabido que la actividad médica no es un espacio profesional pacífico, por cuanto, la medicina es una ciencia que por definición es inexacta. Inexacta en sí misma como toda ciencia valorativa (ante un mismo paciente con determinados síntomas, varios médicos ofrecen diagnósticos distintos, e incluso ante el mismo diagnóstico, distintos tratamientos) e inexacta por la normal interferencia en la curación de circunstancias frecuentemente imprevisibles (calidad de los medicamentos, resistencia de la naturaleza del enfermo, estado psicológico, etc.), por lo que el error es factible. La esencia de tan imprecisa cuestión estriba en la valoración de la cantidad de error, el quantum de su inexcusabilidad, que es precisamente lo que da lugar al reproche, cuya valoración entra en el ámbito de lo judicial.

Lo decisivo para el derecho no es el error científico, sino la causa humana del error⁴¹⁴. Por ello, lo que se incrimina y da origen a la responsabilidad criminal no son los errores del diagnóstico, al no ser exigible ni en éste ni en ningún aspecto de la vida la infalibilidad; sino la culpa estriba en un comportamiento inadecuado a determinadas exigencias ordinarias y medias⁴¹⁵.

Los principios de división del trabajo y de confianza. El ejercicio profesional de la medicina, como indica ROMEO CASABONA, no suele ser unipersonal; sino que es el resultado de la colaboración de diversos estamentos profesionales, e incluso de varios grupos de especialistas. Tal división del trabajo es contemplada por la doctrina desde una doble perspectiva: la división horizontal, como ocurre en la relación cirujano anestesista, en la que el trabajo de uno y otro es, en principio independiente, y la división vertical, como es el supuesto de relaciones médico. En esta última clase de división del trabajo

⁴¹⁴ Véase sentencia del Tribunal Supremo español de fecha 17.JUL.82

⁴¹⁵ Ibidem.

existe, como indica JORGE BARREIRO, una relación de supra y subordinación entre quienes llevan a cabo la intervención. Es por ello por lo que el médico cirujano jefe de la intervención debe cumplir con los llamados «deberes de diligencia secundarios» referidos a la inspección, selección, vigilancia y supervisión del nivel de cualificación de los colaboradores.

El principio de división del trabajo implica, a la hora de delimitar el deber de cuidado de cada uno de los intervinientes, el principio de confianza, en virtud del cual el cirujano jefe, «confía», en que los cometidos encomendados al resto del personal es ejecutado correctamente, lo que implica, que la delegación de funciones debe hacerse a personas quienes por su cualificación profesional estén capacitadas para ello y siempre dentro del ámbito de sus competencias o funciones. En palabras de ROMEO CASABONA, cada miembro del equipo de tratamiento responde de las prestaciones defectuosas en el ámbito de su propia competencia. Al médico podrá reprochársele únicamente la lesión del deber de cuidado cuando haya hecho posible o facilitado la conducta defectuosa de sus colaboradores por falta de organización, o sea, por la inobservancia del cuidado requerido en la asignación de tareas⁴¹⁶.

Relación de causalidad e imputación objetiva. La doctrina y jurisprudencia más reciente separa en distintos planos la relación de causalidad y la imputación objetiva, acudiendo a la teoría de la equivalencia de las condiciones o de la llamada causalidad natural para determinar la primera (fundamento material de la causalidad), y haciendo de la imputación objetiva del resultado una categoría independiente, de carácter normativo e inscrita en el ámbito de la tipicidad que selecciona como criterio orientador el de la relevancia jurídico penal y toma en consideración el riesgo incrementado o creado y el fin de protección de la norma. Por lo tanto para la imputación objetiva no basta con el nexo estrictamente causal, cuya determinación previa se hace imprescindible, puesto que la ausencia de causalidad natural impediría el estudio posterior de la imputación objetiva; sino que se precisa también dentro de la propia relación de antijuridicidad, que el resultado hubiera podido evitarse o no se hubiera incrementado sensiblemente el riesgo de su producción y, además, que la norma infringida se orientara a impedir el resultado. Como apunta RUDOLPHI, es necesario que el suceso causante del resultado concreto satisfaga las exigencias del tipo penal respectivo. El fundamento puede encontrarse en que las normas de conducta las cuales sirven de fundamento a los tipos penales, no se dirigen sin excepción contra cualquier acción que origina el riesgo de la producción del resultado típico; sino simplemente contra aquéllas que ya no se inscriben en el marco del riesgo permitido o que rebasan la medida de éste. Y a ello habrá de añadirse como requisito, la inexistencia de interferencias en el proceso causal que contribuyan de forma decisiva a la producción del resultado.

Referencias al diagnóstico prenatal

Mediante el denominado diagnóstico prenatal se recogen una serie conjuntada de

⁴¹⁶ En este sentido se pronuncia la STS (referida al olvido de una pinza *Pean* en el interior de un paciente), al afirmar que el cirujano, asistido por ayudante, instrumentista, anestesista, transfusores de sangre y enfermeras, no puede ser responsable del descuido o inadvertencia de determinada persona. La posible falta o negligencia en que pueda incurrir un auxiliar o ayudante en el desempeño de su misión no puede ser atribuible penalmente al cirujano.

diversos datos y elementos de información e interés biológico sobre el feto⁴¹⁷. Después viene el eventual tratamiento al feto.

Las técnicas de que se dispone en la actualidad para practicar el diagnóstico prenatal, son diversas:

a. La biopsia corial

Consiste en la toma, bajo control ecográfico, de una muestra de tejido corial (placentario) mediante una sonda maleable o pinzas a través del cuello del útero o transabdominal.

Se utiliza para detectar alteraciones cromosómicas o enzimático-metabólicas. La gran ventaja de este procedimiento es que puede realizarse muy precozmente, en las primeras semanas de la gestación, no precisa anestesia y en pocos días se puede emitir un diagnóstico. La prueba no necesita ingreso y se recomienda un reposo ulterior de veinticuatro horas. Entre sus inconvenientes figura la posibilidad de provocar aborto y hemorragia vaginal.

b. La amniocentesis

Consiste en la punción con control ecográfico de la bolsa amniótica (líquido) que rodea el feto, a través de las cubiertas abdominales maternas.

Se extraen, mediante aspiración, veinte centímetros cúbicos de líquido para el estudio genético y bioquímico. Se realiza ambulatoriamente, no precisa analgesia y está más extendida que la biopsia corial por menor porcentaje de pérdidas de embarazo (de 1 a 3 por 100) y menor incidencia de falsos positivos o fracasos de cultivo celular. Su mayor inconveniente es la necesidad de realizarla tarde (entre la semana duodécima y decimosexta) y la tardanza (de dos a tres semanas más) para poder emitir un resultado del estudio.

c. La cordocentesis

Consiste en la punción del cordón umbilical bajo control ecográfico para la extracción de sangre fetal (de uno a tres centímetros cúbicos). La vía utilizada es a través del abdomen materno, con aguja fina, y se practica alrededor de la vigésima semana de gestación.

Puede haber dificultades técnicas para la obtención de la muestra sanguínea (de 10

⁴¹⁷ ROMEO CASABONA, Carlos María: «El diagnóstico antenatal y sus implicaciones jurídico-penales», en Avances de la Medicina y el Derecho penal, Edición a cargo del profesor Santiago Mir Puig, Barcelona, 1988, p. 103 y ss., quien dice que: «Dado el amplio espectro de posibilidades diagnósticas que cubre o está en vías de ofrecer el diagnóstico prenatal, se pueden señalar las siguientes finalidades a que puede servir principalmente: a) tranquilizar a los padres con alto riesgo de que el feto no presenta malformación o enfermedad alguna. b) permitir el tratamiento del feto para curar o paliar ciertas anomalías, c) indicar el modo de realizar el parto, de acuerdo con las malformaciones que presente el feto (por ejemplo, una cesárea), d) determinar el tratamiento a seguir con el recién nacido una vez que se haya producido el parto, e) adoptar la decisión del aborto eugenésico cuando esté permitido por la Ley, f) decidir el aborto como método de selección del sexo, si está permitido por la Ley, g) asumir el hijo que probablemente presentará anomalías, o preparar los trámites legales para su adopción por terceros o su ingreso en una institución para niños abandonados. Los últimos avances en este sentido consisten en un test génico prenatal para detectar las malformaciones del feto que se puede realizar a las 13 semanas del embarazo, sacando el líquido amniótico».

a 15 por 100). Su ventaja es la rapidez, con resultados pronto (de veinticuatro a setenta y dos horas), y evita falsos positivos. Se utiliza en indicaciones muy precisas (infecciones maternas, alteraciones genético-metabólicas y sanguíneas). Se puede practicar sin necesidad de ingresar, en régimen ambulatorio, y al igual que en las pruebas anteriores se precisa reposo absoluto de veinticuatro horas tras su realización.

d. AFP (alfa-feto proteína en suero materno)

Es una glucoproteína de origen fetal, con una producción máxima entre la semana duodécima y decimocuarta y decrecimiento paulatino posterior.

La concentración en el suero sanguíneo materno es progresiva, con decrecimiento posterior, hasta las semanas 33-35. Se utiliza como prueba de despistaje de algunas anomalías, especialmente defectos del cierre del tubo neural (espina bífida, anencefalia, etc.), ya que se observó su elevación por encima de los niveles normales en el suero materno en presencia de las anomalías mencionadas. Su positividad requiere una segunda confirmación cuya persistencia conduce a un fino estudio ecográfico para detectar la anomalía. Unas cifras anormalmente bajas de AFP pueden asociarse a síndrome de Down.

e. La ecografía

Es un método que por su inocuidad se encuentra ya ampliamente extendido, no ya en el diagnóstico prenatal, sino en el mero control de la gestación. Los equipos ecográficos actuales, en manos adecuadas, permiten detectar más del 90% de las malformaciones fetales⁴¹⁸. En general, el chequeo intenta descartar anomalías estructurales u órganos del sistema nervioso central, cardiovasculares, abdominales, genitourinarios y esqueléticos.

Se aconseja un mínimo de tres exploraciones durante el embarazo, a razón de una por trimestre, para descubrir una posible patología malformativa fetal en mujeres de bajo riesgo. Esta pauta se incrementa sensiblemente en frecuencia para aquellas gestantes con alto riesgo de malformación fetal. El diagnóstico ecográfico de malformación se efectúa mediante la detección directa de la misma o a través de signos indirectos de sospecha. El estudio ecográfico ha de ser minucioso y detallado de toda la anomalía fetal, así como de la placenta, líquido amniótico, cordón umbilical y estructuras maternas.

Por otra parte, un exceso de ecografías (cinco) durante el embarazo puede producir un retraso en el crecimiento del feto, con un menor peso en el nacimiento y un riesgo mayor de que los bebés padezcan complicaciones respiratorias⁴¹⁹.

⁴¹⁸ Riesgo de alteración cromosómica y genética: 1. Gestantes de más de 35 años. 2. Progenitores con alteración cromosómica. 3. Hijo previo con anomalías. 4. Signos ecográficos de malformación. 5. Aborto habitual. 6. Fetos muertos o malformados. 7. Enfermedades ligadas al sexo. 8. Alfaproteína materna alterada. El período ideal para que la mujer sea madre es el comprendido entre los 25 a 35 años, pues desde esta edad, el embarazo se tipifica de alto riesgo. Por el contrario, la edad de riesgo del futuro padre se empieza a considerar a partir de los 55 años.

⁴¹⁹ Según el estudio científico realizado por John Newnham en el Hospital King Edward Memorial Perth en Australia, en 1991, publicado en la Revista The Lancet

Finalmente, es preciso indicar que el diagnóstico prenatal, cada vez más preciso, puede ser un mecanismo protector de la gestación. El temor injustificado y no objetivado a que el feto tenga una malformación fetal podría conducir a riesgo de aborto. Por contra, un estudio científico y objetivo con comprobación de normalidad fetal, potencia la decisión de la continuidad de la gestación⁴²⁰.

⁴²⁰ Reproduzco por su interés e importancia las conclusiones del Congreso de Diagnóstico Prenatal (celebrado en Madrid, en Febrero de 1993) y que fueron las siguientes: 1. El consejo genético debe ser realizado por el genetista tras un estudio concienzudo, con árbol genealógico particularizado, incluyendo un pronóstico de porcentaje de riesgo de malformación. 2. Se han diagnosticado más de tres mil rasgos mendelianos de patología hereditaria, aunque no todos pueden diagnosticarse prenatalmente. 3. La edad es un factor potencial de malformación fetal. Actualmente, más de un 10 por 100 de las mujeres gestantes sobrepasan los 35 años, por lo que se hace imprescindible un correcto diagnóstico prenatal. 4. El diagnóstico y la prevención del efecto congénito deben hacerse de forma integrada en el seno de un equipo multidisciplinar. 5. Los métodos de diagnóstico requieren experiencia y conocimiento con el fin de disminuir, al más bajo nivel posible, los efectos secundarios. 6. La gestante ha de ser informada de la fiabilidad de las pruebas, sus posibles riesgos y complicaciones y otorgar su conformidad. 7. La ecografía alcanza una seguridad diagnóstica de malformación mayor de cerca del 100 por 100 de los casos. Puede haber un margen del 6 por 100 de falsos negativos y del 2 por 100 de falsos positivos. 8. La ecografía detecta anomalías de las estructuras maternas y perifetales que, en un cierto porcentaje, pueden ser signo indirecto de alto riesgo de alteración cromosómica. 9. La frecuencia o porcentaje del diagnóstico prenupcial o preconcepcional es inversamente proporcional al nivel cultural, preconizándose su difusión mediante las campañas adecuadas de divulgación. 10. El diagnóstico prenatal, al confirmar la normalidad fetal, preserva la gestación y evita la práctica de abortos hasta en un 95 por 100 de los casos. 11. El Consejo de Europa recomienda que el estudio prenatal se efectúe en centros específicos con el apoyo de comités bioéticos, control de calidad y soporte psicológico. 12. posibilidad de diagnóstico prenatal de infecciones congénitas (rubéola, toxoplasmosis, sida, etc.) mediante el estudio de las inmunoglobulinas en sangre fetal utilizando la funiculocentesis.

CAPÍTULO VIII: PROPUESTA DE LEGE FERENDA

1. Propuesta personal

La actual regulación del delito de lesiones al nasciturus, a modo personal, merece una valoración negativa; por ello, no he querido finalizar este trabajo, sin concretar algunas propuestas alternativas a la vigente redacción de este ilícito penal, con lo que quiero resolver satisfactoriamente los problemas que giran alrededor de las lesiones que se le puedan causar al no nacido.

En este sentido, en base a lo desarrollado a lo largo de los capítulos que contiene el presente trabajo; es decir: delimitado el inicio de la vida así como, el fin de la vida fetal; entendido el nuevo concepto de salud y con ello el desarrollo dogmático y político-criminal de las lesiones al nasciturus; además, de haber observado la legislación comparada y un hecho paradigmático de lesiones fetales me resta hacer una propuesta.

Pues bien, en base a los argumentos desarrollados a lo largo del presente trabajo, he considerado conveniente incluir una propuesta de figuras penales, con el afán de que se convierta en un aporte para una debida elaboración de este ilícito penal en la urgente modificación de la actual figura delictiva (art. 124-A) establecida en el Código Penal de

1991.

CAPÍTULO YZ

LESIONES AL FETO

Artículo Y.- El que cause daños en la salud del feto que perjudique su normal desarrollo, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de un año ni mayor de cuatro.

Si la conducta fuere realizada por un profesional de la salud, se le impondrá, además la pena de inhabilitación, por el mismo término, de conformidad con el artículo 36°, incisos 4 y 8.

Artículo Z.- El que por imprudencia causare daño en la salud del feto, será reprimido con prestación de servicios comunitarios de veinticinco a cincuenticinco jornadas.

Cuando los mismos hechos fueren cometidos por imprudencia profesional se impondrá, así mismo, la pena de inhabilitación no menor de un año ni mayor de tres, de conformidad con el artículo 36°, inciso 4 y 8.

La embarazada no será penada a tenor de este precepto.

Finalmente me corresponde una reflexión; espero que este modesto trabajo contribuya y acreciente una discusión en torno al tema aquí desarrollado, tanto en este espacio –el penal- como en aquellos otros que tengan vinculación directa o indirecta con el tema.

CONCLUSIONES

La vida humana dependiente: Límite mínimo y máximo

1. La vida humana dependiente pasa por todo un proceso biológico que va desde la fecundación, concepción, anidación, inicio de la actividad cardíaca y cerebral y finalmente el nacimiento. Sin embargo, la vida tiene su inicio en el momento de la concepción ya que el óvulo fecundado gracias al acto de fecundación contiene los 46 cromosomas que es la suma de los 23 cromosomas que aporta cada uno de los padres.

2. No es misión del Derecho determinar científicamente en que momento se da inicio a la vida humana, debido a que esta viene determinada por las ciencias médicas; en este caso, la misión le está encargada a la embriología la cual precisa cuándo y de que manera ocurre esa realidad. Por el contrario, el Derecho debe adaptarse a la verdad que arroja la ciencia médica para efectuar una debida regulación.

3. El Derecho constitucional, civil y penal se pronuncian respecto de la génesis de la vida y lo hacen de la siguiente manera: el Derecho constitucional y civil, tanto a nivel positivo como doctrinario, expresan que la vida tiene lugar en el momento de la concepción, con lo que a prima facie se observa que estas disciplinas recogen el dato científico arrojado por las ciencias médicas (embriología). Por su parte, el Derecho penal no determina positivamente el inicio de la vida; sin embargo a nivel doctrinario hay un constante debate que no encuentra en la actualidad un punto convergente para determinar el inicio de la vida, así encontramos los partidarios de la postura de la concepción y por otro lado –la mayoritaria– la postura de la anidación del óvulo fecundado.

4. Efectuando una interpretación sistemática de nuestras leyes, considero que el Derecho penal tiende a proteger penalmente la vida humana desde el momento de la anidación del cigoto en el útero materno. Este adelanto de protección obedece a cuestiones de política-criminal encaminada por las exigencias de la realidad nacional, el cual busca una política poblacional amparado en el art. 6 de la Constitución e impulsada por una serie de dispositivos legales, como es el caso del Decreto Supremo N° 011-98-PROMUDEH y Resolución Ministerial N° 465-99-SA-DM; en razón de ello se establece que, con la anidación del vulo fecundado se deja atrás al embrión que se desplaza entre la concepción y la anidación, con ello, se logra un espacio biológico donde se permite las acciones propias de las píldoras anticonceptivas de emergencia, que evitan entre otros la anidación del cigoto en el tero de la madre. Así, el Derecho penal permite la utilización de las píldoras que impiden la anidación del vulo fecundado.

Por otro lado, se observa la existencia de una suerte de selección natural en el período comprendido entre la fecundación y la anidación, de la que resulta que sólo el 50% de los cigotos se adhiere al útero, perdiéndose el resto. Con esta certeza se deja a salvo de la persecución penal aquellas pérdidas embrionarias producidas por factores naturales.

5. El límite máximo de la vida humana dependiente viene representado por el inicio del período de la dilatación, el cual se inicia con las primeras contracciones musculares uterinas causante de los dolores naturales de todo parto; y continua con el período de expulsión, en ambos momentos el nacimiento ya ha comenzado. Con ello se pone fin al estadio fetal y, por consiguiente, se transforma en persona lo que antes era feto.

Lesiones

6. La concepción clásica que se tiene del significado lesión (menoscabo en el cuerpo y la salud física o mental) no alcanza a la lesión que se le puede causar al nasciturus en las primeras semanas de vida intrauterina, ya que en los primeros días de formación carece de un cuerpo humano definido, por lo tanto, como se le puede causar un desequilibrio funcional cuando aún no lo posee. Por ello, por lesión hay que entender el menoscabo en la salud del nasciturus. Y, salud es el estado en que el ser humano ejerce normalmente todas sus funciones. Además, las lesiones pueden ser causados por agentes externos sean mecánicos, físicos, químicos, biológicos y psíquicos.

Protección penal de la vida y la salud en un sistema sin delito de lesiones contra la vida humana dependiente

7. En la Alemania de finales de los años sesenta y principio de los setenta, gran conmoción causó los efectos letales que la ingesta de las píldoras «Contergan» por parte de las madres gestantes causaban a sus fetos y, el cual se percibían una vez que estos nacían. La lesión común fue la deformación de los miembros inferiores y superiores denominados focomelia.

Ante esta situación jurídica la reacción del Derecho penal alemán no se hizo esperar, ya que no contando con una figura expresa que castigue las lesiones contra seres humanos alojados en el vientre materno, encontró respuesta en diferentes opiniones de notables juristas alemanes tales como: Schröder, Tepperwien, Lüttger y Kaufmann, quienes con distintos argumentos proponían la solución al caso que se ventilaba en la

Corte Penal de Alemania. Si embargo, desde entonces ha permanecido estático el debate en torno a la tipificación del delito de lesiones al feto, prueba de ello es la falta de tipificación de una figura de lesiones al nasciturus en el actual StGB.

La regulación de los delitos de lesiones contra la salud de la vida humana dependiente en Derecho comparado

8. En legislación comparada, la primera nación en castigar penalmente aquellas lesiones contra la vida humana dependiente fue la española, cuando en 1995 tras la entrada en vigencia de su nuevo Código Penal incorpora la figura de lesiones al feto, tanto en su modalidad dolosa como imprudente. Por su parte, en Latinoamérica harían lo propio El Salvador y Colombia quienes en 1998 y el 2000, respectivamente, incorporan a su sistema penal la figura en mención. Por su parte, Costa Rica pronto va a ser punible la efigie de lesiones al nasciturus, pues el proyecto del Código Penal de 1998 que lo contiene, esta a la espera de ser promulgada. En síntesis, se puede observar que es en América donde los legisladores de cada nación advierten la necesidad de tipificar estas conductas lesionales contra el ser más indefenso.

Determinación del bien jurídico-penal tutelado en los delitos de lesiones al nasciturus

9. El contenido material del bien jurídico-penal se sitúa en una zona intermedia, es decir, sin privar de importancia al aspecto social, reconoce como pauta limitativa de la protección penal los valores que la Constitución asume, lo que hace prevalecer la elevada garantía y seguridad jurídica que supone el referente de normas constitucionales.

10. La doctrina mayoritaria considera que el bien jurídico-penal protegido en los delitos de lesiones contra la vida humana dependiente es la salud del nasciturus. Se entiende entonces por salud aquel estado donde el ser humano en formación ejerce normalmente todas sus funciones propias de cada etapa de su formación hasta alcanzar su nacimiento.

El delito de «Lesiones en el concebido» en el Código Penal peruano. Especial referencia al artículo 124-A.

11. El punto de partida en la regulación del delito de «lesiones en el concebido» en nuestro ordenamiento se encuentra en el Proyecto de Ley N° 00839 que dio origen a la Ley N° 27716 (2000) con la que finalmente se introduce el artículo 124-A al actual Código Penal peruano.

El mencionado tipo penal contenido en el artículo 124-A trae consigo, no obstante de llenar un vacío legal, dificultades sea en el aspecto de forma como de fondo de dicho tipo penal. En el primer aspecto hay una disfuncionalidad del bien jurídico que se debe tutelar, pues en el capítulo contenido el bien jurídico es la salud de la persona humana independiente. Por otro lado, no se puede tolerar que un delito doloso dependa de uno culposo, ya que con ello se está contraviniendo la regla general de tipificación.

Elementos fundamentales para una debida tipificación del delito de lesiones contra la vida humana dependiente

12. El vacío legal en nuestra legislación que provocaba las acciones lesionales al nasciturus aún no han sido colmadas, pues hoy todavía no se castiga penalmente las

lesiones causadas por conducta culposa o imprudente, por lo que se exige su pronta tipificación.

13. En lo que se refiere al tipo objetivo del delito de lesiones al nasciturus y específicamente al sujeto activo, en los delitos dolosos lo puede ser cualquier persona, sin embargo en algunas ocasiones el legislador, por cuestiones de política criminal restringirá ese ámbito y no castigará a aquellas madres que de manera culposa causen lesiones a su hijo aún no nacido.

El sujeto pasivo lo es el concebido entendido como aquella realidad humana que existe desde el momento de la concepción hasta el nacimiento, pero que, sin embargo, por cuestiones de política criminal de cada país, unas veces se adelantará el ámbito punitivo al momento de la anidación (feto). Me acojo a la tesis amplia del significado de feto, es decir desde el momento de la anidación del óvulo fecundado.

14. La conducta típica básica para estructurar un tipo penal de delitos de lesiones contra la vida humana dependiente viene estructurado por las figuras de «SALUD» y «DAÑO». El primero es el estado en que el ser humano ejerce de manera normal todas sus funciones propias de cada estado de formación; mientras el segundo, es el menoscabo que sufre el ser humano en su salud a consecuencia de una acción intencional o imprudente. Por consiguiente, la conducta típica básica para una debida protección deberá ser: «causar daño en la salud...». En este sentido, por tratarse de un delito de resultado no hay problema en admitir la tentativa.

15. En lo que se refiere a la tipicidad subjetiva, el agente puede actuar de manera dolosa (dolo directo, dolo de consecuencia necesaria y dolo eventual), como, también de manera culposa o imprudente, conductas estas últimas que dicho sea de paso son las más frecuentes.

16. El termino «profesión» señala aquellos actos que el sujeto ejerce de manera habitual el cual constituye su medio de vida ordinario y su dedicación laboral. Seguidamente, el adjetivo «profesional» comprende cualquier actividad laboral con o sin título.

Con respecto a la imprudencia (culpa) médica, lo que da origen a su responsabilidad criminal no son los errores del diagnostico, sino la culpa estriba en un comportamiento inadecuado a determinadas exigencias ordinarias y médicas.

17. En este tipo de delitos la apreciación de algunas causas de justificación resulta altamente improbable como por ejemplo la legítima defensa; por el contrario, es factible el estado de necesidad.

18. Lo más usual es que las lesiones al nasciturus aparezca en concurso con el delito de homicidio (arts. 106 y ss. del CP), aborto (arts. 114 y ss. del CP), lesiones (arts. 121 y ss. del CP), violación sexual (art. 170 del CP), robo (art. 188 del CP) y otros. Son solo algunos casos donde puede producirse los concursos.

En lo que respecta al concurso de leyes, el caso más palpable es el concurso que se produce entre las lesiones al feto y el aborto. En este caso se debe castigar por el delito de aborto, ya que el dolo del delito de aborto incluye el dolo de lesionar al feto; es decir, en estos hechos la lesión es un medio empleado para alcanzar la destrucción del

producto de la concepción. Este supuesto se resuelve por el principio de consunción a favor del aborto.

19. Las consecuencias jurídicas más adecuadas para estructurar esta clase de delitos son: las penas privativas de libertad y las penas limitativas de derecho (servicios a la comunidad). La primera adecuada para los delitos de comisión dolosa y la segunda para los delitos de comisión culposa. Finalmente, la reparación civil como en toda clase de delitos esta sujeto a la libre valoración del juzgador.

RECOMENDACIONES

1. Las píldoras del día siguiente, en la actualidad, ha polarizado nuestra sociedad; ya que por un lado esta el sector que considera a dicha píldora como un método abortivo; por otro lado, están los que consideran que no son abortivas. Ante esta situación se deberá, a través de la ciencia médica, tomar una posición unánime en lo que se refiere a la efectividad de la píldora; es decir, si son o no abortivas.

2. Se debe alcanzar una correcta armonía entre las normas; y para ello, se deberá partir de la Constitución Política, luego las leyes, los decretos y otros los cuales regulan y amparan la vida humana intrauterina.

3. El Derecho penal sino quiere perder su razón de ser deberá proteger la vida humana en todas las fases de su desarrollo biológico.

4. Desde este espacio, aliento a que se incluya la figura de lesiones al feto en su modalidad culposa o imprudente. Asimismo, se deberá destinar un capítulo especial donde se configure las modalidades (dolosa y culposa) de las lesiones que pueda sufrir el no nacido.

5. Se debe dejar atrás el concepto clásico de lesiones (daño en el cuerpo y la salud física y psíquica o mental) por un nuevo concepto, el cual se deberá entender como daño en la salud del ser humano. La salud debe ser entendida como el estado en que el ser humano ejerce normalmente todas sus funciones propias de cada etapa de su formación.

BIBLIOGRAFÍA

- AGUADO LÓPEZ, Sara: «Algunas cuestiones sobre la imprudencia profesional en el código penal de 1995 a raíz de la sentencia del Tribunal Supremo de 8 de noviembre de 1999», en: La Ley, Actualidad penal, 2001.
- ANDORNO, Roberto: «El embrión humano ¿merece ser protegido por el derecho?», en: Cuadernos de Bioética, Santiago de Compostela, 1993, N° 15.
- BASILE, Alejandro: «Lesiones. Aspecto médico-legales», Editorial Universidad, Buenos Aires, 1994.
- BASSO, Domingo: «Nacer y morir con dignidad», en: Estudios de bioética contemporánea, Buenos Aires, 1989.
- «Nacer y morir con dignidad: bioética», 3ª edición, Editorial Depalma, Buenos Aires, 1993.
- BERAÚN SÁNCHEZ, David: «El bien jurídico en el derecho penal», en: RPCP, N° 9, Lima.
- BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio: «Reflexiones sobre la problemática del bien jurídico», Universidad de Salamanca, 1990.
- «Lecciones de Derecho penal. Parte general», Editorial Praxis, Barcelona, 1996.
- BERISTAIN, Antonio: Interrupción voluntaria del embarazo: Reflexiones teológico-jurídicas, en: Anuario de Derecho penal y Ciencias penales, Madrid, 1981.

- BERNALES BALLESTEROS, Enrique: La constitución de 1993. Análisis comparado, 3ª edición, ICS Editores, Lima, 1997.
- BRAMONT-ARIAS TORRES, Luis Alberto / GARCÍA CANTIZANO, María del Carmen: «Manual de Derecho penal. Parte especial», 4ª edición, Editorial San Marcos, Lima, 1998.
- BUSTOS RAMÍREZ, Juan: «Manual de Derecho penal. Parte especial», 1ª edición, Editorial Ariel, S.A., Barcelona, 1996
- BUSTOS RAMÍREZ, Juan / HORMAZÁBAL MALARÉE, Hernán: «Lecciones de Derecho penal», Volumen II, Teoría del delito, teoría del sujeto responsable y circunstancias del delito, Editorial Trotta S.A., Valladolid, 1999.
- CABANELLAS DE TORRES, Guillermo: «Diccionario jurídico elemental», 5ª reimpresión, Editorial Heliasta S.R.L., Buenos Aires, 1982.
- CALDERON CEREZO, Ángel: «Autoría y participación en el delito imprudente. Concurrencia de culpas», en: CDJ, N° I, p. 11-72, Madrid, 1993.
- CALDERÓN CEREZO, Ángel / CHOCLÁN MONTALVO, José: «Derecho penal. Parte especial», Tomo II, Editorial Bosch S.A., Barcelona, 1999.
- CARBONELL MATEU, Juan Carlos / GONZÁLEZ CUSSAC, José Luis: «Comentario al Código penal de 1995», Volumen I, (coord. Tomas Vives Antón), Tirant lo blanch, Valencia, 1996.
- CARRARA, Francesco: «Programa de Derecho criminal. Parte especial», Volumen II, Editorial Temis, Bogotá, 1958.
- CARO CORIA, Carlos: «Sobre la moderna teoría del bien jurídico-penal en España y el rechazo del funcionalismo sistemático de Jakobs», en: Themis. Revista de Derecho, N° 35, Lima, 1997.
- CASAS ESTEVEZ, Javier: «Valoración de la vida e integridad física I», en: CDJ, N° XVIII, p. 139-163, Madrid, 1994.
- CASTILLO ALVA, José Luis: «Homicidio. Comentarios de las figuras fundamentales», 1ª edición, Gaceta Jurídica S.A., Lima, 2000.
- CEREZO MIR, José: «Curso de Derecho penal español. Parte General», Tomo II, Teoría jurídica del delito, 6ª edición, Editorial Tecnos S.A., Madrid, 1998.
- COBO DEL ROSAL, Manuel / VIVES ANTÓN, Tomas: «Derecho penal. Parte general», 4ª edición, Tirant lo blanch, Valencia, 1996.
- CÓRDOVA RODA, Juan: «Los delitos culposos», en: CDJ, N° I, p. 195-220, Madrid, 1993.
- COUSIÑO MAC IVER, Luis: «Manual de medicina legal», Editorial Jurídica Chile, Santiago, 1940.
- CREUS, Carlos: «Derecho penal. Parte especial», Tomo I, 3ª edición, Editorial Astrea, Buenos Aires, 1990.
- CUELLO CALÓN, Eugenio: «Derecho Penal. Parte especial», Tomo II, Volumen 2, 14ª edición, revisado y puesta al día por César Hernández Camargo, Bosch, Casa Editorial, S.A., Barcelona, 1975.
- CUELLO, Joaquín: «Presupuestos para una teoría del bien jurídico protegido en

- Derecho penal», en: Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales, Tomo 34, 1981.
- CUERDA RIEZU, Antonio: «Límites jurídicos-penales de las nuevas técnicas genéticas», en: ADPCP, 1988.
- CHOCLÁN MONTALVO, José Antonio: «Sobre la evolución dogmática de la imprudencia», en: La Ley, Actualidad Penal, 1998.
- «La pena natural», en: La Ley, Año: XX, N° 4797, mayo, 1999.
- DE CASTRO Y BRAVO, Federico: «Derecho civil de España», Tomo II, Editorial Civitas, S.A., Madrid, 1984.
- DIARIO MÉDICO: «Pruebas preliminares no demostraron efectos secundarios graves. El consumo de talidomida produce malformaciones», en: Diario Médico.Com (disponible en: [http:// www.diariomedico.com/medicinasiglo/noticia1961.html](http://www.diariomedico.com/medicinasiglo/noticia1961.html)).
- DÍAZ VALCÁRCEL, Luis M^a: «Transmisión delictiva de enfermedades», en: CDJ, N° XXVI, P. 281-322, Madrid, 1994.
- DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis: «Comentarios al Código Penal. Parte especial I», (Coords. Díez Ripollés / Gracia Martín), Tirant lo Blanch, Valencia, 1997.
- DONNA, Edgardo Alberto / DE LA PUENTE, Javier Esteban: «Aspectos generales del tipo de estafa», en: Revista Latinoamericana de Derecho, Año I, N° 1, enero-junio, 2004, p. 39 (disponible en: <http://www.juridicas.unam>).
- ESPINOZA ESPINOZA, Juan: «Estudio de derecho de las personas», 3ª edición, Editorial Huallaga, Lima, 2001.
- FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos: «Derecho de las personas. Exposición de motivos y comentario al libro primero del Código Civil peruano», 7ª edición, Editorial Grijley E.I.R.L., Lima, 1998.
- «El concebido en la doctrina y en la legislación peruana del siglo XX», en: Bioética y Biojurídica. La unidad de la vida, Ediciones Jurídicas UNIFE, Lima, 2002.
- FERRER COLOMER / PASTOR GARCÍA: «Génesis del termino pre-embrión en la literatura científica actual», en: Persona y Bioética, Cundinamarca, Universidad La Sabana, N° 2, octubre-enero, 1998.
- GAMERO ESPARZA, Carlos: «Píldoras en su laberinto», en: Revista Vivat, Año V, Noviembre del 2002, N° 40 (disponible en: <http://www.2.uah.es/vivatacademia>).
- GARCÍA CANTIZANO María del Carmen: «El nuevo delito de lesiones en el concebido», en: Actualidad Jurídica, Gaceta Jurídica, Tomo 103, Junio, 2002.
- GARCÍA VELUTINI, Oscar: «Sobre derechos personales y la dignidad humana», Editorial Sucre, Caracas, 1980.
- GIMBERNAT ORDEIG, Enrique: «Estudios de Derecho penal», Editorial Tecnos S.A., Madrid, 1990.
- GIMENEZ SALINAS I COLOMER, Esther: «Penas alternativas de libertad y alternativas», en: CDJ, N° IX, p. 119-144, Madrid, 1993.
- GISBERT CALABUIG, Juan Antonio: «Medicina legal y toxicología», Masson S.A., Barcelona, 2000.
- GÓMEZ BENÍTEZ, José Manuel: «Sobre la teoría del bien jurídico. Aproximación al ilícito penal», en: Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de

- Complutense, N° 69, 1983.
- GONZÁLEZ MANTILLA, Gorki: «La consideración jurídica del embrión in vitro», Fondo editorial de la PUCP, 1996.
- GONZÁLEZ RUS, Juan José: «Curso de Derecho penal español. Parte especial I», (dirg. por Manuel Cobo del Rosal), Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales S.A., Madrid, 1996.
- «Bienes jurídicos y Constitución. Bases para una teoría», en: Serie Universitaria 201, Fundación Juan March.
- GRACIA MARTÍN, Luis: «Comentarios al Código Penal. Parte especial I», (Coords. Díez Ripollés / Gracia Martín), Tirant lo Blanch, Valencia, 1997.
- HASSEMER, Winfried / MUÑOZ CONDE, Francisco: «La responsabilidad por el producto en Derecho penal», Tirant lo blanch, Valencia, 1995.
- HERRERO HERRERO, César: «Introducción al nuevo Código penal», Editorial Dykinson; Madrid, 1996.
- HORMAZABAL MALERÉE, Hernán: «Política penal en el Estado democrático», en: El poder penal del Estado. Homenaje a Hilde Kaufmann, Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1985.
- HURTADO POZO, José: «Manual de Derecho penal. Parte especial 1. Homicidio», Ediciones Jurídicas, Lima, 1993.
- «Derecho penal. Parte especial 2. Aborto», Ediciones Jurídicas, Lima, 1994.
- HIGUERA GUIMERÁ, Juan Felipe: «El Derecho penal y la genética», 1ª edición, Editorial Trivium, S.A., Madrid, 1995.
- «Los delitos de lesiones al feto», en: La Ley, Actualidad penal, Año: XVI, 2000.
- HOOF, Pedro: «Bioética y Derechos humanos. Temas y casos», Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1999.
- HUGO VIZCARDO, Silfredo: «Lecciones de Derecho penal. Delitos contra la vida, el cuerpo y la salud», 2ª edición, INPICAJ, Lima, 1997.
- JAÉN VALLEJO, Manuel: «Derecho penal aplicado», Juristas Editores E.I.R.L., Lima, 2002.
- JAKOBS, Günther: «Consumación material en los delitos de lesión contra la persona. Al mismo tiempo, una contribución a la generalización de la parte especial», en: RECPC, 2002, N° 04-13, p. 13:2 (disponible en: <http://criminnet.ugr.es/recpc/recpc04-13.pdf>).
- JAVIER CASTIELLA, José: «La persona en general», en: Revista Arbil, N° 73, Zaragoza. (disponible en: <http://www.arbil.org>).
- JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis: «Tratado de Derecho penal», Tomo III, Editorial Lozada S.A., Buenos Aires, 1977.
- «La ley y el delito», Editorial Andrés Bello, Caracas, 1945.
- JORGE BARREIRO, Alberto: «La imprudencia médica», en CDJ, N° I, p. 221-262, Madrid, 1993.
- «Jurisprudencia penal y lex artis médica», en: CDJ, Monográfico N° 1, p.

- 71-101, Madrid, 1995.
- LANGMAN / SALDER: «Embriología médica», 6ª edición, traducida por la Dra. Irma Lorenzo, Editorial médica panamericana, S.A., 1991.
- LAURENZO COPELLO, Patricia: «El aborto no punible», Bosch, Casa Editorial, S.A., Barcelona, 1990.
- LEJEUNE, Jerome: «¿Qué es el embrión humano?», en: Documentos del Instituto de Ciencias para la Familia, Universidad de Navarra, Madrid, 1993.
- LÓPEZ GARRIDO, Diego / GARCÍA ARAN, Mercedes: «El Código penal de 1995 y voluntad del legislador. Comentario al texto y debate parlamentario», Madrid, 1996.
- LÓPEZ SAN NARCISO, María del Carmen: «Autoría y participación en los delitos imprudentes», en: CDJ, N°I, Madrid, 1993.
- MARCO BACH: «Fecundación in vitro y transferencia de embriones (FIVET)», en: Cuadernos de Bioética, 1990.
- MARTÍNEZ, Stella Maris: «Manipulación genética y Derecho penal», Editorial Universidad, Buenos Aires, 1994.
- MARTÍNEZ-PEREDA RODRIGUEZ, José Manuel: «Los delitos de lesiones en el Código Penal español», en: CDJ, N° V, p. 141-251, Madrid, 1993.
- MATA y MARTÍN, Ricardo: «Bienes jurídicos intermedios y delitos de peligro. Aproximación a los presupuestos de la técnica de peligro para los delitos que protegen bienes jurídicos intermedios-tutela penal del medio ambiente, delitos económicos, seguridad del tráfico», Editorial Comares, Granada, 1997.
- MEZGER, Edmundo: «Derecho penal. Parte especial», Traducción de la 4ª edición alemana por el Dr. Corado Finzi, Editorial Bibliográfica Argentina, Buenos Aires, 1959.
- MIGUEL PASTOR, Luis: «Bioética de la manipulación embrionaria humana», en: Cuadernos de Bioética, Volumen 31, N° 3, 1997, p. 1074-1103 (disponible en: <http://www.cuadernos.bioetica.org>).
- MOORE / PERSAUD: «Embriología clínica», 6ª edición, traducido por el Dr. Jorge Orizaga S., México, 1999.
- MORILLAS CUEVA, Lorenzo: «Reflexiones sobre el Derecho penal del futuro», en: Revista Electrónica de Ciencias Penales, 22 de abril del 2002.
- MORO ALMARAZ, Mª Jesús: «Aspectos civiles de la inseminación artificial y la fecundación in vitro», Librería Bosch, Barcelona, 1988.
- MOSQUERA VÁSQUEZ, Clara: «Derecho y genoma humano», 1ª edición, Editorial San Marcos, Lima, 1997.
- MUÑOZ CONDE, Francisco: «Derecho penal. Parte Especial», 11ª edición, Tiran lo Blanch, Valencia, 1996.
- «Protección de los derechos fundamentales en el Código Penal», en: CDJ, Madrid, 1995.
- NEVADO PORTERO, Daniel: «El delito de lesiones», 2002 (disponible en: <http://www.derecho.com/boletin/articulo>).
- NUDELMAN, Santiago: «El delito de lesiones», Librería el Ateneo Editorial, Buenos

Aires, 1953.

NUÑEZ PAZ, Miguel Ángel: «Homicidio consentido, eutanasia y derecho a morir con dignidad», Editorial Tecnos S.A., Madrid, 1999.

ORDOQUI CASTILLA, Gustavo: «Daños y perjuicios causados al concebido aun no nacido. En la jurisprudencia», en: *Aequitas. Revista de Derecho y Ciencia Política*, Año: 1, N° 1.

PEÑA CABRERA, Raúl: «Tratado de Derecho penal. Parte especial I», 2ª edición, Ediciones Jurídicas, Lima, 1994.

PÉREZ VARGAS, Víctor: «Los nuevos paradigmas y los derechos del concebido como persona», en: *Revista de ciencias jurídicas. Universidad de Costa Rica*, Tomo 93, septiembre-diciembre, San José de Costa Rica, 2000.

PERIS RIERA, Jaime: «La regulación penal de la manipulación genética en España», Madrid, 1995.

PORTOCARRERO HIDALGO, Juan: «Aborto y Exposición o abandono en peligro», Editorial Jurídica Portocarrero, Lima, 1999.

----- «Delitos de lesiones», 1ª edición, Editorial Librería Portocarrero S.R.L., Lima, 2003.

PRADO SALDARRIAGA, Víctor: «Política Criminal Peruana. Aborto, anticonceptivos, drogas, delitos sexuales y reforma penal», Cultural Cuzco, S.A., Lima, 1985.

PUIG PEÑA, Federico: «Derecho penal contemporáneo. Contestaciones a los programas de las posiciones a la judicatura y al Ministerio fiscal», Tomo II, Imprenta Clarasó, Barcelona, 1946.

QUINTANO RIPOLLÉS, Antonio: «Tratado de la Parte Especial del Derecho penal», Tomo I, Volumen I, infracciones contra las personas en su realidad física, 2ª edición, puesta al día por Enrique Gimbernat Ordeig, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1972.

RAMÓN RIBAS, Eduardo: «El delito de lesiones al feto. Incidencia en el sistema de tutela penal de la vida y la salud», Editorial Comares, Granada, 2002.

REYNA ALFARO, Luis: «Los delitos informáticos. Aspectos criminológicos, dogmáticos y de política criminal», Jurista Editores, Lima, 2002.

RODRÍGUEZ DEVESA, José María: «Derecho penal español. Parte especial», 18ª edición, revisada y puesta al día por el profesor Alfonso Serrano Gómez, Editorial Dykinson, Madrid, 1995.

RODRIGUEZ PADRÓN, Celso: «La influencia de la culpabilidad en la determinación de la pena», en: *Elementos subjetivos de los tipos penales* (Dir. Jiménez Villarejo), Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1995.

RODRIGUEZ VALCARCEL, Luis: «Protección jurídica del nasciturus», en: *Las tesis de Belgrano, universidad de Belgrano*, N° 14, Noviembre, 2001, p. 6. (disponible en: http://www.ub.edu.ar/investigaciones/teoria/14_valcarcel.pdf).

ROMEO CASABONA, Carlos María: «El derecho y la bioética ante los límites de la vida humana», Madrid, 1994.

----- «El diagnóstico antenatal y sus implicaciones jurídico-penales», en *Avances*

- de la Medicina y el Derecho penal, Edición a cargo del profesor Santiago Mir Puig, Barcelona, 1988.
- ROXIN, Claus: «Derecho penal. Parte general», Tomo I, 2ª edición, Editorial Civitas, Madrid, 1997.
- «Sentido y límites de la pena estatal», en: Problemas básicos del Derecho penal, Traducción y notas por Luzón Peña, Madrid, 1976.
- «Dogmática penal y Política criminal», Traductor y Editor Dr. Manuel Abanto Vásquez, Idemsa, Lima, 1998.
- ROY FREYRE, Luis: «Derecho penal. Parte especial», 2ª edición, Tomo I, Editorial y distribuidora de Libros S.A., Lima, 1986.
- RUBIO CORREA, Marcial: «Reglas del amor en probetas de laboratorio. Reproducción humana asistida y derecho», Fondo editorial de la PUCP, Lima, 1996.
- «Estudio de la Constitución Política de 1993», Tomo I, 1ª edición, Fondo editorial de la PUCP, Lima, 1999.
- SALA SÁNCHEZ, Pascual: «Rasgos generales del nuevo Código Penal», en: CDJ, Madrid, 1994.
- SADLER: «Embriología médica», 6ª edición, Editorial médico panamericano S.A., Traducido por Dra. Irma Lorenzo, 1991.
- SERRA, Ángel: «La contribución de la biología al Estatuto del embrión», (disponible en: http://www.bioeticaweb.com/Inicio_de_la_vida/Serra_contr_emb.htm)
- SERRANO GÓMEZ, Alfonso: «Derecho penal. Parte especial», 2ª edición, Editorial Dykinson, Madrid, 1997.
- SERRANO GONZÁLEZ DE MURILLO, José Luis: «Teoría del delito imprudente. Doctrina general y regulación legal», Ministerio de Justicia, centro de publicaciones, Madrid, 1991.
- SAMALL ARANA, Germán: «Los beneficios penitenciarios en el Perú», Ediciones BGL, Trujillo.
- SOLER, Sebastián: «Derecho penal argentino», Tomo III, Tipografía editora argentina, Buenos Aires, 1963.
- STAMPA BRAUN, José María: «El objeto material en los delitos contra la vida», en: Anuario de Derecho penal y Ciencias Penales, Madrid, 1950.
- URQUIZO OLAECHEA, José: «El bien jurídico», en: Cathedra, Revista de los estudiantes de derecho de la UNMSM, Año: I, N° 2, Lima, mayo de 1998.
- VALVERDE MORANTE, Ricardo: «Derecho genético: Reflexiones jurídicas planteadas por las técnicas de reproducción humana asistida», Grafica Horizonte S.A., Lima, 2001.
- VARSÍ ROSPIGLIOSI, Enrique: «Derecho genético. Principios generales», 3ª edición, Editorial San Marcos, Lima, 1998.
- VEGA M / VEGA J / MARTÍNEZ BAZA: «Consideraciones sobre el comienzo de la vida humana», en: Reproducción asistida en la Comunidad Europea. Legislación y aspectos bioéticos, Secretariado de Publicaciones de la Universidad, Valladolid, 1993, p. 273 (disponible en: http://www.bioeticaweb.com/inicio_de_la_vida).

VICO PEINADO, José: «El comienzo de la vida humana. Bioética teológica», Ediciones Paulinas, Santiago de Chile, 1991.

VILLA STEIN, Javier: «Derecho penal. Parte especial. I-A», 1ª edición, Editorial San Marcos, Lima, 1997.

VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe: «Comentario al Código Penal», Grijley, Lima, 2001.

ZOIDO ALVAREZ, Juan Ignacio: «Valoración de la vida e integridad física 2», en: CDJ, N° XVIII, p. 165-196, Madrid, 1994.

ANEXOS

ANEXOS. 1

LEYES

Constitucin Poltica del Per de 1993

Ley N° 27337

Ley N° 27716

Código Civil peruano de 1984

Código Penal alemán

Código Penal colombiano

Código Penal español

Código Penal salvadoreño

Proyecto del Código Penal costarricense

Proyecto de Ley N° 00839

Decreto Legislativo N° 346

Decreto Supremo N° 009-97-EM. Reglamento de radiación radiológica.

Decreto Supremo N° 82-94-PCM. Plan nacional de prevención y control de drogas.

Decreto Supremo N° 009-97-EM. Reglamento de protección radiológica

Decreto Supremo N° 018-2001-PROMUDEH. Lineamientos de política juvenil.

Decreto Supremo N° 011-98-PROMUDEH. Plan nacional de población 1998-2002.

Ley española 35/1988. Ley que regula la donación y utilización de embriones o fetos humanos.

JURISPRUDENCIA

Sentencia del Tribunal Constitucional peruano de fecha 28 de abril de 1997, en: Expediente N 014-96-I/TC

Expediente: 5821-97 de fecha 26 de enero de 1998

Expediente: 2646-97 (Recurso de nulidad)

Sentencia de la Corte Suprema de Justicia de Argentina de fecha 05 de marzo de 2002.

STS, 2ª Sala, 30 de noviembre de 1981, Ponente: Hijas Palacios

STS, 2ª Sala, 03 de abril de 1992, Ponente: Puerta Luis

STS, 2ª Sala, 17 de mayo de 1994, Ponente: Soto Nieto

STS, 2ª Sala, 19 de septiembre de 1996, Ponente: Martín Canivell

STS, 2ª Sala, 09 de junio de 1998, Ponente: Bacigalupo Zapater

STS, 2ª Sala, 12 de julio de 1999, Ponente: Delgado García

STS, 2ª Sala, 22 de enero de 1999, Ponente: Granados Prez

STS, 2ª Sala, 22 de enero de 1999, Ponente: Granados Pérez

STS, 2ª Sala, 20 de septiembre de 1999, Ponente: Granados Pérez

STS, 2ª Sala, 24 de febrero de 2003, Ponente: Ramos Gancedo

STS, 2ª Sala, 15 de noviembre del 2001, Ponente: Sánchez Melgar

STS, 2ª Sala, 18 de octubre de 2002, Ponente: Puerta Luis

STS, 2ª Sala, 05 de mayo de 2003, Ponente: Colmenero.

DIRECCIONES ELECTRONICAS

http://www.bioeticaweb.com/Inicio_de_la_vida/Serra_contr_emb.htm

<http://www.unifr.ch/derechopenal>

<http://www.diariomedico.com/medicinasiglo/noticia1961.html>

http://www.ub.edu.ar/investigaciones/teoria/14_valcarcel.pdf

ANEXO. 2



Gráfico N° 01



Dos pequeños bebés alemanes en los que se aprecian las brutales secuelas de la talidomida. Alemania fue el país donde el Contergan dejó la mayor cantidad de víctimas.



Gráfico N° 02

La operación se hizo en el propio útero materno para salvar al bebe, uno de los

pacientes más jóvenes de la historia médica, de un serio daño cerebral. Este sufría entonces de espina bífida, la cual deja expuesta parte de la espina dorsal por falla en el desarrollo de la columna vertebral. La operación se hizo para cerrar la abertura protegiendo así a la espina y con eso al eje de las comunicaciones de señales nerviosas al cerebro del feto.