



sociedad PARA
asistencia
legal DE PUERTO RICO

Apartado 21490
San Juan, PR 00928-1490
Esteban González 839, Esq. Añasco
Río Piedras, PR 00925
Tels. 787-765-3875/0126 Fax 787-765-0136

9 de noviembre de 2021

Honorable Orlando J. Aponte Rosario
Presidente
Comisión de lo Jurídico
Cámara de Representantes

**MEMORIAL DE LA SOCIEDAD PARA ASISTENCIA LEGAL
PROYECTO DE LA CÁMARA NÚMERO 715**

Honorable representante Aponte Rosario:

Comparece la Sociedad para Asistencia Legal ante esta Honorable Comisión para ofrecer nuestros comentarios y recomendaciones sobre el **Proyecto de la Cámara 715** (en adelante PC 715). En esencia, esta pieza legislativa propone lo siguiente:

Para añadir los incisos (f) y (g) al Artículo 93 de la Ley 146-2012, según enmendada, conocida como "Código Penal de Puerto Rico", a los fines de establecer que constituirá asesinato en primer grado, aquél que se cometa contra una mujer embarazada, resultando, además, en la muerte del feto; disponer que de configurarse esta modalidad de asesinato, se entenderá que el victimario ha cometido un doble asesinato; a saber, uno contra la mujer embarazada y otro contra el(la) niño(a) por nacer. Esta ley será conocida como la ley "Keishla Marlen" en honor de la joven Keishla Marlen Rodríguez Ortiz asesinada vilmente mientras estaba encinta de un bebé.

En primer lugar, esta pieza legislativa expande sustancialmente el radio de conductas punibles bajo el asesinato en primer grado, particularmente al considerar un doble asesinato la muerte de una mujer embarazada y la del concebido pero no nacido (*nasciturus*), así como al tipificar como asesinato en primer grado la provocación de la muerte del *nasciturus* aun cuando la mujer gestante no muera. Sin embargo, lo más trascendental de esta medida es que trastoca profundamente nuestro esquema de responsabilidad penal o culpabilidad, y que convierte al concebido pero no nacido en una persona natural, cuya muerte puede ser objeto de asesinato u homicidio.

Aunque se reconoce la urgencia de tratar de manera más efectiva y eficaz el fenómeno de la violencia de género en nuestro País, una enmienda como esta se adhiere a la Política criminal expansiva y simbólica que no ha rendido los resultados democráticos esperados. Mediante este proceder, además, se abren las puertas a la consideración del aborto como un asesinato u homicidio. Nuestro ordenamiento penal concibe actualmente la provocación de la muerte de un concebido pero no nacido como un aborto, cuyas modalidades típicas deben ser entendidas acordes con el derecho fundamental de la mujer a gestionar su embarazo.

Si en realidad se pretende un mayor grado de protección al *nasciturus*, lo más correcto sería revisar la disposición correspondiente al aborto mediante fuerza y violencia que se encuentra en el art. 100 del Código Penal (CP)¹. Esto evitaría tener que enmendar incorrectamente la definición de persona natural en nuestro ordenamiento jurídico, con

¹ 33 LPRA sec. 5149

las consecuencias que ello podría tener en nuestras formas de responsabilidad penal, así como en el ejercicio del derecho a decidir de la mujer gestante.

Además, preocupa sobremanera que se introduzca una figura disonante con nuestra teoría del delito como es la del error en los fines. Reconocerla es convertir al error de tipo, que es un eximente de responsabilidad penal adoptado por la mayoría de ordenamientos, en una figura jurídico penal sin contenido material en varios escenarios. Responsabilizar por el resultado típico a una persona cuando obra mediante error en algún elemento del tipo penal es aniquilar la razón de ser del error de tipo. Esto abona a una mayor incoherencia y falta de sistematización en nuestras formas de culpabilidad.

A continuación esbozaremos el marco legal aplicable a la enmienda introducida por el PC 715, así como una crítica constructiva al respecto.

ANÁLISIS DE LA MEDIDA PROPUESTA

La primera enmienda que propone el PC 715 es la correspondiente a la definición de persona natural en el art. 14 del CP. En específico, se pretende añadir un inciso (ccc) en el que el **concebido pero no nacido** se defina de la siguiente manera: “*nasciturus* o niño por nacer: se entiende un miembro de la especie *Homo sapiens*, en cualquier etapa de desarrollo, que se lleva en el útero por una mujer y que para propósitos penales del artículo 93 letra (f) y (g) es reconocido como persona natural”. En estos momentos, **persona natural** –aquella que sólo puede ser sujeto pasivo en los delitos de asesinato y

homicidio- se define en el inciso (hh) del art. 14 del CP como sigue: "Persona" incluye las **personas naturales** y las personas jurídicas" (Énfasis suplido)².

De manera supletoria, el Código Civil (CC) nos arroja luz sobre una mayor precisión en la definición de persona natural para efectos de nuestro ordenamiento. En su art. 67 se advierte que las personas son naturales o jurídicas, y que todo ser humano es una persona natural. Acorde con esto último, el art. 69 del CC establece que "[e]l nacimiento **determina la personalidad y capacidad jurídica**; pero el concebido se tiene por nacido para todos los efectos que le son favorables, **siempre que nazca** con las condiciones que expresa el Artículo siguiente..." (Énfasis suplido).

Así las cosas, el art. 70 del CC preceptúa que "[e]s nacido el ser humano que tiene **vida independiente de la madre**, demostrada por el reconocimiento médico o la declaración de testigos... Los derechos que se reconocen al *nasciturus* **están supeditados a que este nazca con vida** y no menoscaban en forma alguna los derechos constitucionales de la mujer gestante a tomar decisiones sobre su embarazo. **Si el concebido nace muerto se reputa no haber existido jamás**" (Énfasis suplido). Según este tratamiento, en nuestro ordenamiento civil se reconoce una teoría ecléctica de la personalidad, donde la personalidad natural se vincula indisociablemente al nacimiento

² 33 LPRA sec. 5014(hh)

del ser humano, pero en la que se le reconocen unos derechos determinados al *nasciturus*, siempre y cuando este nazca con vida bajo las condiciones el art. 70 del CC.³

Es importante recalcar que la teoría adoptada de la personalidad dispone que si el *nasciturus* nace sin vida, **se debe reputar que nunca existió**. Por lo tanto, que se le reconozcan derechos y protecciones al concebido pero no nacido, que jurisprudencialmente ocurrió durante gran parte del siglo XX⁴, no significa que se le considere **persona natural** para efectos jurídicos. Según nos comenta Garay Aubán al analizar estas disposiciones:

...En primer lugar, declara [el art. 70 del CC] que la concepción inicia la gestación del ser humano, estado en el que se desarrolla el *nasciturus* o concebido, y al que se hace referencia en varios artículos del Código Civil, en los cuales se reconocen al concebido algunos derechos que se consolidan cuando nazca vivo...**Se reconoce su existencia, pero se limita a sus justos contornos jurídicos**... Otra particularidad de este artículo es que limita la protección prenatal del concebido a las circunstancias que le son propias a su estado de ser humano en gestación y que se relacionan con el nexo biológico que lo une a sus progenitores, así como con la posibilidad de ser un destinatario de atribuciones económicas de naturaleza gratuita o lucrativa por parte de cualquier persona con capacidad de generarlas a su favor...**Está limitada al reclamo de los derechos que surgen de la filiación, según se recogen en algunas disposiciones del Código Civil de 1930, que han de mantenerse en esta nueva edición, tales como la presunción de paternidad del marido**... (Énfasis suplido)⁵

³ Véase: M.R. Garay Aubán, (comp.), *Código Civil de Puerto Rico 2020 y su historial legislativo*, Tomo I, SJ, Situm, 2020, pp. 46-48. Contrario a lo que se aduce en la exposición de motivos del PC715, el CC consolida la teoría ecléctica en vez de la teoría del nacimiento. En específico, Garay Aubán menciona que: “[e]ste precepto introduce en nuestro estado de derecho la llamada teoría ecléctica, más que la del nacimiento, ya que, como señala la doctrina, se ubica el origen de la personalidad en el nacimiento, pero se reconoce que el concebido tiene protección jurídica y puede ser titular de algunos derechos, que se consolidan cuando adviene persona, una vez nacido”. (Énfasis suplido) *Id.* en la p. 46.

⁴ *Id.*

⁵ *Id.* en la p. 47

Una teoría penal acorde con esta interpretación no tiene por qué reconocerle personalidad natural al concebido pero no nacido para proteger el **bien jurídico de su vida**. Alterar el concepto de persona natural en el CP implicaría crear una peligrosa disonancia entre la teoría de la personalidad del CC y la teoría adoptada en el ordenamiento penal. Serían, en efecto, teorías incompatibles. Para efectos civiles, el *nasciturus* tendría aquellos derechos reconocidos que puedan beneficiarle, y que se concretizan cuando adquiere personalidad y capacidad jurídica al nacer, mientras que para efectos penales –asesinato en primer grado- se consideraría tan persona como una que haya nacido y que tenga vida independiente de la progenitora.

Esta enmienda drástica al concepto de persona natural en el CP, en esencia, proviene de la importación del contenido principal de la *Unborn Victims of Violence Act* (UVVA)⁶, una ley que también surgió como fruto de un crimen notablemente mediático en Estados Unidos. En el 2002, Laci Peterson, quien estaba embarazada de ocho meses, desapareció de su casa en Modesto, California. Alrededor de cuatro meses después, apareció su cuerpo sin vida en la Bahía de San Francisco. También había muerto el feto que llevaba en su vientre. Como parte de la investigación, detuvieron y procesaron penalmente a su esposo, Scott Peterson, quien finalmente fue condenado a pena de muerte por dos delitos de asesinato: uno en primer grado (el de su esposa) y otro en segundo (el del concebido).

⁶ 18 USCA sec. 1841

En aquel entonces, el ordenamiento penal californiano permitía esta condena, ya que su definición de asesinato era “the unlawful killing of a human being, or a fetus, with malice aforethought”⁷. La conmoción mediática, sin embargo, provocó que el Congreso, no sin antes una ardua discusión sobre el tema, aprobara la UVVA con el aparente fin de reducir mediante intimidación la violencia de género que culmina en feminicidio y en la muerte de un concebido pero no nacido. Finalmente ley fue firmada por el presidente Georg W. Bush en abril de 2004. En lo pertinente, la disposición nuclear de esta legislación establece lo siguiente:

(1) Whoever engages in conduct that violates any of the provisions of law listed in subsection (b) and thereby causes the death of, or bodily injury (as defined in section 1365 [18 USCS § 1365]) to, **a child, who is in utero at the time the conduct takes place**, is guilty of a separate offense under this section.

(2) (A) Except as otherwise provided in this paragraph, the punishment for that separate offense is the same as the punishment provided under Federal law for that conduct had that injury or death occurred to the unborn child’s mother.

(B) An offense under this section does not require proof that—

(i) **the person engaging in the conduct had knowledge or should have had knowledge that the victim of the underlying offense was pregnant; or**

(ii) **the defendant intended to cause the death of, or bodily injury to, the unborn child.**

(C) If the person engaging in the conduct thereby intentionally kills or attempts to kill the unborn child, that person shall instead of being punished under subparagraph (A), be punished as provided under sections

⁷ Cal. Penal Code §187

1111, 1112, and 1113 of this title [18 USCS §§ 1111, 1112, and 1113] for intentionally killing or attempting to kill a human being.

(D) Notwithstanding any other provision of law, the death penalty shall not be imposed for an offense under this section.⁸

Esta norma jurídicopenal aplica cuando se realiza la conducta típica en más de sesenta delitos federales allí mencionados, y su consecuencia será la imposición de una pena igual a la que correspondería si se hubiese realizado el injusto contra la madre gestante. La definición de *nasciturus* es lo suficientemente amplia como para abarcar cualquier etapa de la gestación. Así lo establece la propia disposición al detallar que “[a]s used in this section, the term “unborn child” means a **child in utero**, and the term “child in utero” or “child, who is in utero” means a member of the species homo sapiens, **at any stage of development**, who is carried in the womb.” (Énfasis suplido)⁹

Esta norma federal no estuvo ajena a un importante debate bioético y político sobre su potencial precedente frente el derecho fundamental de la mujer a decidir sobre su embarazo.¹⁰ Esto, a pesar de las excepciones al respecto que la propia norma estatuye. Para un sector de la doctrina jurídica, esta medida es parte de un esfuerzo indirecto para limitar más o eliminar el derecho de la mujer sobre su propio cuerpo.¹¹ Es decir, que parte de una pretensión muy constante por parte de grupos anti-aborto en Estados Unidos. No

⁸ 18 USCA sec. 1841

⁹ *Id.*

¹⁰ Véanse: M. Fitzpatrick, *Fetal Personhood after the Unborn Victims of Violence Act*, 58 Rutgers L. Rev. 553 (2006); M. Holzapfel, *The Right to Live, the Right to Choose, and the Unborn Victims of Violence Act*, 18 J. Contemp. Health L. & Pol'y 431 (2002)

¹¹ A. A. Alongi, *The Unborn Victims of Violence Act and its Impact on Reproductive Rights*, 15 Wash & Lee J. Civil Rts & Soc Just 285 (2008)

por casualidad fue una legislación sumamente criticada por la *National Organization of Women* (NOW)¹², la *American Civil Liberties Union* (ACLU)¹³, la *National Abortion and Reproductive Rights Action League* (NARAL) y la *Religious Coalition for Reproductive Choice* (RCRC).¹⁴

Es interesante notar que estas organizaciones que se opusieron a la UVVA propusieron otra alternativa menos onerosa o peligrosa para los derechos reproductivos de la mujer: la *Motherhood Protection Act* (MPA)¹⁵. Esta pieza legislativa (MPA), presentada por la congresista Zoe Lofgren y la Senadora Diane Feinstein, ambas del Partido Demócrata y de California, pretendía crear un delito separado que protegiera suficientemente el bien jurídico de la vida del *nasciturus*, pero sin atentar contra los derechos reproductivos de la mujer. En específico, propuso directamente tipificar la terminación intencional de un embarazo deseado (“[t]he termination of a wanted pregnancy”), evitando entrar a concederle personalidad natural a un *nasciturus*.¹⁶

¹² Véase: R. Steinbuch, *The Butterfly Effect of Politics over Principle: The Debate over the Unborn Victims of Violence Act and the Motherhood Protection Act*, 12 *Quinnipiac Health L.J.* 223, 225-26 (2009)

¹³ Interested Persons Memo on Attempts to Create Fetal Rights: The Unborn Victims of Violence Act of 2003 (S. 1019, S. 146, H.R. 1997); <https://www.aclu.org/other/interested-persons-memo-attempts-create-fetal-rights-unborn-victims-violence-act-2003-s-1019-s>

¹⁴ Véase: Steinbuch, *op. cit.*, p. 227

¹⁵ H.R. 2247, 108th Cong. (2003)

¹⁶ En particular, el tipo penal principal que proponía la MPA leía como sigue:

Whoever engages in any violent or assaultive conduct against a pregnant woman resulting in the conviction of the person so engaging for a violation of any of the provisions of law set forth in subsection (c), and thereby causes an interruption to the normal course of the pregnancy resulting in prenatal injury (including termination of the pregnancy), shall, in addition to any penalty imposed for the violation, be punished as provided in subsection (b)... (Énfasis suplido) *Id.*

En aquel momento, son bastantes ilustradoras las palabras de la senadora Feinstein, quien expresó lo siguiente:

Our amendment, the Motherhood Protection Act, will accomplish the same goal as the Unborn Victims of Violence Act, but will also do so in a way that does not involve us in the debate abortion or when life begins. In my view, there is no reason to vote against this substitute **unless the intention is to establish legally that human life, for the purposes of Federal criminal law, begins at the moment of conception because, ladies and gentlemen, that is exactly what this bill does.** (Énfasis suplido)¹⁷

Esta propuesta cumple con garantizar más extensamente el bien jurídico de la vida del *naciturus* sin tener que reconocerlo como persona natural, con las consecuencias que ello podría tener en nuestro ordenamiento penal (recordemos que el aborto voluntario, si no se cumplen con determinados requisitos, sigue siendo un delito tipificado en los arts. 98-99 del CP¹⁸). El lenguaje que se propuso en la MPA es bastante similar al que existe en el art. 100 del CP que ya se mencionó, y que tipifica específicamente la provocación del aborto de un feto mediante fuerza y violencia en la eventualidad de que se produzca un parto prematuro.

No obstante, el PC 745 pretende enmendar el art. 93 del CP con el propósito de tipificar como asesinato lo que en nuestro ordenamiento penal se conoce más adecuadamente como aborto mediante fuerza o violencia. En específico, se pretende insertar lo siguiente en el referido tipo penal:

¹⁷ Senate Floor Debate, 150 Cong. Rec. S3124-02, at 3126 (2004)

¹⁸ 33 L.P.R.A. secs. 5147-5148

"Artículo 93-Grados de asesinato.

Constituye asesinato en primer grado:

...

(f) Todo asesinato que se cometa contra una mujer embarazada, resultando, además, en la muerte del nasciturus. De configurarse esta modalidad de asesinato, se entenderá que el victimario ha cometido un doble asesinato; a saber, uno contra la mujer embarazada y otro contra el(la) niño(a) por nacer.

(g) Si como resultado de una agresión contra una mujer embarazada solo muere el nasciturus, o si el asesino tenía solo la intención de matar al niño por nacer en el vientre materno y resulta solo en la muerte del nasciturus se entenderá que ha cometido un asesinato en primer grado

Nada de lo que vertido en las letras (f) y (g) de este artículo debe ser interpretado en el sentido de permitir acusación y convicción de:

- (1) cualquier persona por conducta relacionada con un aborto legal para el cual se cuenta con el consentimiento ha sido obtenido de la embarazada mujer, o de una persona autorizada por ley para actuar en su nombre, o para el cual tal consentimiento está implícito por ley;*
- (2) cualquier persona que legalmente realiza cualquier tratamiento médico de la mujer embarazada o su feto;*
- (3) cualquier mujer con respecto a las decisiones legales que tome con respecto a su hijo por nacer.*

Como se ve, esta enmienda trastoca de forma importante la estructura del tipo penal en cuestión, convirtiendo en sujeto pasivo a un concebido pero no nacido, independientemente de la etapa de gestación en la que se encuentre. Es decir, podrá ser sujeto pasivo de un asesinato en primer grado un *nasciturus* desde que es concebido en el primer trimestre de embarazo, hasta el final del tercer trimestre de gestación. Dicho de otra manera, será víctima como persona natural tanto un cigoto humano luego de la

fecundación como un feto en etapa de viabilidad de vida humana desprendida de la madre gestante.

Al reconocerle personalidad natural al *nasciturus*, en efecto, se enmiendan tácitamente los delitos de aborto no consentido, o consentido pero sin los requisitos que se encuentran en el art. 98 del CP¹⁹, convirtiéndolos en **especies particulares de homicidio**. Esto, porque un sujeto pasivo no puede ser persona natural solo para un delito en específico. Tan pronto se reconoce la personalidad natural del *nasciturus*, también lo será para los tipos penales de aborto, incluyendo el aborto consentido por la mujer gestante. Sería incoherente e irrazonable el reconocimiento de personalidad natural para un delito y su no reconocimiento para otros.

Nuestro ordenamiento constitucional le reconoce a toda mujer su derecho fundamental a finalizar su embarazo, que surge del derecho a la intimidad de la Decimocuarta Enmienda de la Constitución federal, tal como se ha reconocido desde *Roe v. Wade*²⁰ y reiterado mediante vasta jurisprudencia durante alrededor de cinco décadas²¹.

¹⁹ En específico, el delito principal de aborto en nuestro CP tipifica lo siguiente: “[t]oda persona que permita, indique, aconseje, induzca o practique un aborto, o que proporcione, facilite, administre, prescriba o haga tomar a una mujer embarazada cualquier medicina, droga o sustancia, o que utilice o emplee cualquier instrumento u otro medio con el propósito de hacerla abortar; y toda persona que ayude a la comisión de cualquiera de dichos actos, salvo indicación terapéutica hecha por un médico debidamente autorizado a ejercer la medicina en Puerto Rico, con vista a la conservación de la salud o vida de la madre, será sancionada con pena de reclusión por un término fijo de tres (3) años”. (Énfasis suplido) 33 LPRA sec. 5147

²⁰ *Roe v. Wade*, 410 U.S. 113 (1973)

²¹ Véanse: *Doe v. Bolton*, 410 U.S. 179 (1973); *Planned Parenthood v. Danforth*, 428 U.S. 52 (1976); *Maher v. Roe*, 432 U.S. 464 (1979); *Calautti v. Franklin*, 439 U.S. 379 (1979); *H.L. v. Matheson*, 450 U.S. 398 (1981); *City of Akron v. Akron Center for Reproductive Health*, 462 U.S. 416 (1983); *Thornburgh v. American College of Obstetricians and Gynecologists*, 476 U.S. 747 (1986); *Webster v. Reproductive Health Services*, 492 U.S. 490 (1989); *Planned Parenthood of Southeastern Pa. v. Casey*, 505 U.S. 833 (1992); *Hill v. Colorado*, 530 U.S. 703 (2000); *Stenberg v. Carhart*, 530 U.S. 914 (2000); *Ferguson v. City of Charleston*, 532 U.S. 67 (2001); *Gonzalez v. Carhart*,

Este derecho se originó, en gran medida, porque precisamente no se le reconoció personalidad al *nasciturus* en virtud de la Decimocuarta Enmienda. En específico, el Tribunal Supremo de Estados Unidos determinó en *Roe* lo siguiente: “[a]ll this, together with our observation, that throughout the major portion of the 19th century prevailing legal abortion practices were far freer than they are today, persuades us that the word “person”, as used in the Fourteenth Amendment, does not include the unborn.” (Énfasis suplido)²²

Durante estas cinco décadas el derecho de la mujer a decidir sobre su cuerpo ha sido impugnado de múltiples maneras en los foros judiciales. Una de ellas ha sido la de intentar persuadir al Tribunal Supremo de Estados Unidos sobre la personalidad del concebido pero no nacido para efectos de la Decimocuarta Enmienda, particularmente en virtud de la cláusulas de debido proceso de ley e igual protección de las leyes. En estos momentos nos encontramos ante al menos dos posibles oportunidades para que la jurisprudencia sobre el aborto en Estados Unidos pueda ser modificada o revocada. Nos referimos a los casos *Dobbs v. Jackson Women’s Health Organization*²³, el cual está pendiente de ser adjudicado en el máximo foro federal, y *Whole Woman’s Health v. Jackson*, cuya extensa vista oral ante dicho tribunal se celebró el pasado 1 de noviembre²⁴.

127 S. Ct. 1610 (2007); *Whole Woman’s Health v. Hellerstedt*, 579 U.S. 582 (2016); *June Medical Services, LLC v. Russo*, 591 U.S. ____ (2020).

²² *Roe v. Wade*, 410 U.S. en la p. 158

²³ *Dobbs v. Jackson Women’s Health Organization*, Docket No. 19-1329

²⁴ *Whole Woman’s Health v. Jackson*, Docket No. 21-463

Ante la composición actual del Tribunal Supremo federal y la potencial modificación o revocación del derecho fundamental al aborto, reconocerle personalidad natural al *nasciturus* en Puerto Rico sería el primer paso para considerar la práctica del aborto –consentido o no– como un asesinato u homicidio. Por supuesto que esto no significa que el Estado no pueda tener un interés legítimo en salvaguardar la vida del concebido pero no nacido, como advierte la jurisprudencia al respecto. Sin embargo, para eso no hace falta el reconocimiento de la personalidad de un *nasciturus*, que ni en nuestro ordenamiento civil es una persona natural hasta que nazca. Hay maneras mucho menos onerosas y drásticas de cumplir con ese importante propósito democrática.

Que existan alrededor de 30 estados federados que hayan adoptado leyes similares a la UVVA no implica que necesariamente debamos importar una disposición que quiebra varios de nuestros entendidos básicos del Derecho penal. El ordenamiento penal es fruto de la autonomía de cada estado o territorio. En nuestro caso, el Derecho penal ha sido influenciado importantemente por la tradición angloamericana, particularmente gran parte del siglo XX –específicamente a través del Código Penal de 1902 y de 1974–, y por la tradición europeo-continental y latinoamericana a raíz del comienzo del siglo XXI –especialmente mediante el Código Penal de 2004 y el vigente.

En la actualidad, la Parte General del CP, aunque sigue teniendo una influencia híbrida entre las dos tradiciones, contiene un trasfondo eminentemente del Derecho penal europeo-continental. El reconocimiento de la personalidad natural en dicha tradición es bastante ajeno.

También la introducción de una figura como el *error en los fines* erosiona nuestro esquema de culpabilidad y lacera notoriamente el eximente de responsabilidad penal de error de tipo (e incluso error de prohibición, que versa sobre un error en los presupuestos de un eximente de responsabilidad penal). Más aún cuando esta figura extraña a nuestra tradición –por más híbrida que sea– no se circunscribe al delito de asesinato, **sino que aplicaría a todo tipo de hecho típico.**

De esta manera, el PC 715 pretende enmendar el art. 24 del CP como sigue: “[e]rror en los fines: Toda persona que cometa una serie de actos para lograr un fin determinado, pero por **circunstancias externas** consigue un resultado no deseado por él. En tal caso será culpado por los restantes daños **como si hubiese querido provocarlos también**”. Esta figura del error en los fines establece una **responsabilidad objetiva** en virtud de una **responsabilidad por el resultado**. La figura dogmático-penal detrás de esta abandonada forma de punición sobre actos de preterintencionalidad es el principio canónico-medieval del *versari in re illicita*. Nos comenta Mir Puig al respecto:

...Según este [versari...], debía responder penalmente de un resultado lesivo, aunque fuera fortuito e imprevisible, quien lo causara a consecuencia de una conducta inicial ilícita...El CP actual prosigue la erradicación de los vestigios del *versari in re illicita* suprimiendo, además, la anterior “atenuante de preterintencionalidad [se obvian las citas] y también los delitos cualificados por el resultado...Aquella atenuante había servido a la Jurisprudencia tradicional para apreciar el delito de homicidio doloso con dicha atenuante en el llamado “homicidio preterintencional” (en que quien quería agredir a otro le causa la muerte sin dolo de matar). Tal

construcción, ya rechazada después de 1983 por la Jurisprudencia, deja ahora de ser ni siquiera posible.²⁵

Esta figura del error en los fines dista mucho del error en la persona, que se encuentra en el mismo artículo que se pretende enmendar a los efectos de introducir la primera figura. En nuestro ordenamiento, el error en la persona, de ordinario, ocurre cuando el ataque va dirigido hacia una persona en específico, pero finalmente lesiona a otra. Es el supuesto de hechos conocido en el Derecho civilista como *aberratio ictus* (error en el golpe), donde A le dispara a B con el fin de asesinarlo, pero por razones ajenas a su voluntad el disparo alcanza a C, provocándole la muerte. El tratamiento jurisprudencial a este tipo de error ha sido el de considerar el resultado como equivalente a si se hubiese logrado el objetivo original el autor del delito. Es decir, en ese caso se le imputaría asesinato a A, aunque no haya querido o deseado matar a C.

En efecto, se trata de la **teoría de la equivalencia**, en contraposición a la **teoría de la concreción**, que imputaría sólo tentativa del delito original, asesinato en el referido ejemplo, y un delito imprudente en el hecho finalmente provocado, que sería homicidio negligente en concurso ideal con la tentativa de asesinato. La teoría de la equivalencia es análoga a la **teoría de la intención transferida** que se ha desarrollado en el *Common Law* para resolver controversias sobre *error en el golpe*. Esta fue la que el Tribunal Supremo de Puerto Rico acogió finalmente en el controvertido caso *Pueblo v. Rodríguez Pagán*²⁶, donde

²⁵ S. Mir Puig, *Derecho Penal. Parte General*. 8va ed., Barcelona, Rappertor, 2006, p. 301

²⁶ *Pueblo v. Rodríguez Pagán*, 182 DPR 239 (2011)

precisamente un sujeto disparó con la intención de matar a otro y el disparo lesionó a un tercero.²⁷

Sin embargo, a raíz de la adopción del tratamiento basado en la teoría de la equivalencia, y del reconocimiento del *nasciturus* como persona natural (sujeto pasivo), no haría diferencia el error en los fines en ese supuesto de hecho. Si A desea provocar la muerte a B (mujer gestante), pero solo le provoca la muerte a C (*nasciturus*), estaría realizando un asesinato en primer grado, incluso mediante la modalidad de asesinato estatutario o *felony murder rule* (mediante los delitos base de agresión grave o maltrato por razón de género). Por lo tanto, no habría que reconocer la figura del error en los fines para esto, ya que estaría debidamente cubierto por el tratamiento sistemático del error en la persona.

Ahora bien, donde sí podría tener una repercusión trascendental es en los supuestos en los que se realiza una conducta mediante error de tipo. Esta importante figura, que es un eximente de responsabilidad que elimina la tipicidad de la conducta, establece que no será responsable un sujeto que haya actuado en desconocimiento de uno o varios elementos constitutivos del tipo penal. Conforme con esto, el art. 29 del CP dispone que: “[n]o incurre en responsabilidad penal la persona cuyo hecho responde a un error acerca de un elemento del delito que excluye el propósito, conocimiento, temeridad o negligencia requerido por el delito imputado...”²⁸ De ordinario, este error

²⁷ Para una crítica el caso, véase: L.E. Chiesa Aponte, *Derecho penal sustantivo*, 81 Rev. Jur. UPR 343, 364-372 (2012)

²⁸ 33 LPRA sec. 5042

elimina el elemento subjetivo de la conducta, razón por la cual se niega que se haya satisfecho la parte interna o *Mens rea* de la tipicidad.²⁹

Un ejemplo de error de tipo es cuando una persona sustrae un bien propiedad de otra bajo la premisa de que era suyo. Si A sustrae de una percha un abrigo de B que es de la misma marca, modelo y color que el suyo, está actuando mediante el desconocimiento del elemento de "sustracción sin autorización de cosa ajena" que se requiere para el tipo penal de apropiación ilegal. Lo mismo sucede si A atropella a B mientras este último estaba amordazado y envuelto en una bolsa negra que no permitía distinguirlo como ser humano. En ese caso A no era consciente de que le estaba provocando la muerte a un ser humano, aunque objetivamente sí lo estuviera haciendo.

Igualmente se trataría el caso en el que un mensajero o cartero lleve una caja con un artefacto explosivo bajo la premisa de que lo que hay allí es un par de botas. El cartero o mensajero no será responsable de las consecuencias del estallido de ese explosivo, porque habrá actuado mediante error de tipo. Quien sí deberá ser responsabilizado es quien utilizó conscientemente el servicio de mensajería para transportar ese explosivo. También el error de tipo se da en los delitos de mero comportamiento, como en el de posesión de sustancias controladas. Si una persona actúa bajo la creencia fundada de que

²⁹ Tradicionalmente la doctrina divide el error en vencible e invencible. Mientras el primero excluye el dolo o intención, pero no la negligencia, el segundo excluye ambos elementos subjetivos. Esto quiere decir que una persona que actúa mediante error de tipo vencible –en el cual no tomó todas las diligencias esperadas de una persona prudente y razonable para evitar el error– podrá ser responsabilizada de un delito de negligencia (si está debidamente tipificado), pero no por un delito intencional o doloso. La persona que obra mediante error invencible –en el cual a pesar de tomar las diligencias de una persona prudente el error no se hubiese podido haber evitado en esas circunstancias– quedaría impune ante cualquier delito doloso o imprudente. Véase: Mir Puig, *op cit.*, pp. 270-71

está poseyendo harina de trigo, mientras que lo que posee es cocaína, de ordinario no podrá ser responsabilizada por posesión ilegal de sustancias controladas, aunque objetivamente se haya configurado el tipo.

El lenguaje abierto y bastante extensivo de la enmienda sobre el error en los fines podría considerar algunos de estos casos de error de tipo como efectivamente típicos. Fíjese que el error en la persona especifica que la conducta del sujeto activo tiene que ser delictiva, mientras que el error en los fines propuesto habla de “una serie de actos para lograr un **fin determinado**, pero por **circunstancias externas** consigue un resultado no deseado por él”. No se refiere en ningún momento a conducta típica, más bien lo deja a la interpretación judicial en un contexto en el que se pretende un mayor reconocimiento de responsabilidad absoluta por un hecho. Tampoco queda claro qué son circunstancias externas, que bien podrían ser aquellas ajenas al conocimiento de un autor.

Al parecer, aunque no se explicita de esta manera en la norma propuesta, esta pretende atender lo relativo a la muerte de un *nasciturus* aun cuando el autor no conozca que la mujer agredida se encuentra embarazada. Es decir, el fin es eliminar la posibilidad de alegar error de tipo en los casos en los cuales se le provoca la muerte al concebido pero no nacido cuando se desconoce que objetivamente se le está provocando. El típico caso de A agrede violentamente a B con el fin de lesionar el bien jurídico de la integridad física de la mujer, aunque desconoce que está encinta. Como fruto de la agresión se le provoca la muerte al *nasciturus*, independientemente de su etapa de gestación y de si la mujer

gestante muere en el hecho. En este caso el autor no podría invocar el error de tipo y sería responsabilizado por un asesinato en primer grado.

Un caso interesante sería, a su vez, cuando la muerte del *nasciturus* se produce mediante un comportamiento atípico, temerario o negligente por parte de un autor. Digamos que A le profiere comentarios difamatorios e intimidantes de manera contundente a B, quien sufre como consecuencia un aborto a raíz de su impresión sobre el hecho. En algún caso se podría evidenciar maltrato psicológico, pero bajo los parámetros del error en los fines podría imponerse además responsabilidad por un asesinato respecto al *nasciturus*, ya que A llevó a cabo un resultado no deseado, pero que finalmente se adjudica como si hubiese sido querido. Veamos un ejemplo en otro contexto para percibir la aplicación de esta figura en casos más allá de la muerte el *nasciturus*.

Qué sucedería, por ejemplo, si A desea asustar a B con una caja con varios petardos que se activan cuando se abre, pero en realidad lo que había comprado por ignorancia eran explosivos de más potencia, y luego de que B los activara le producen unas lesiones que le provocan la muerte. En todo caso, este escenario debería configurar un homicidio negligente. Fijese que A actuó bajo el entendido de que estaba proveyéndole a B unos explosivos que no eran potencialmente mortíferos, por lo que obró mediante error de tipo (en este caso vencible, lo que excluye el dolo o intención, pero no la temeridad o la negligencia).

Si aplicamos la disposición propuesta del error en los fines, a habría actuado con el fin de lograr un determinado fin (asustar a B), pero por "circunstancias externas" (las que produjeron el error de tipo), consigue un resultado no deseado por él (la muerte de B).

El tratamiento sistemático de ese caso, si aplicamos esa disposición, no sería la realización de un homicidio negligente, sino la de un asesinato doloso o intencional. Esto, porque la enmienda propuesta advierte lo siguiente: "[e]n tal caso será culpado por los restantes daños **como si hubiese querido provocarlos también**". Al insertar el verbo "querer", inevitablemente hace referencia al **dolo directo de primer grado** (el objetivo consciente es provocar el resultado o la circunstancia) o elemento intencional de a **propósito**. Por lo tanto, aunque A actuó mediante negligencia en el ejemplo anterior, una aplicación del llamado error en los fines (**responsabilidad absoluta por el resultado**) podría provocar que se le penalice por un asesinato en primer grado, al presuponer que es responsable de "los restantes daños (la muerte de B) **como si hubiese querido provocarlos**".

No existen razones fundadas para trastocar nuestro esquema de culpabilidad de esta manera. Mucho menos para convertir el aborto en un homicidio, aunque sea justificado a partir de la excepción que el propio PC 715 reconoce cuando establece, *inter alia*, que: "[n]ada en lo vertido en las letras (f) y (g) de este artículo debe ser interpretado en el sentido de permitir acusación y convicción de: (1) cualquier persona por conducta relacionada con un aborto legal para el cual se cuenta con el consentimiento ha sido obtenido de la embarazada mujer, o de una persona autorizada por ley para actuar en su

nombre, o para el cual tal consentimiento está implícito por ley...". Las repercusiones de considerar al *nasciturus* como persona natural son, sin embargo, las de convertirlo, aun en el libre ejercicio del derecho fundamental de la mujer a finalizar su embarazo, en **sujeto pasivo de un homicidio**.

Por último, las consecuencias en la pena de esta enmienda son prácticamente inconsecuentes cuando ocurre un doble asesinato en primer grado. En ese caso ocurrirá un concurso real de delitos y se impondría la pena de 99 años de reclusión, propia del asesinato en primer grado, además de una pena agregada del veinte (20) por ciento por cada víctima.³⁰ En el supuesto de hechos en el que un autor le provoque la muerte solo al *nasciturus*, pero no así a la mujer gestante, la pena que se impondrá será la de 99 años, que absorbe las demás, como podría ser la agresión grave hacia la mujer gestante. Como en los delitos de 99 años de reclusión no se pueden imponer agravantes, ya que es la pena más severa que existe en nuestro ordenamiento, tampoco aplicaría el agravante del art. 66(n) del CP³¹, cuando la víctima haya estado embarazada.

CONCLUSIÓN

Una medida como la presente tendría consecuencias drásticas en todo nuestro ordenamiento penal sustantivo. En primer lugar, expandiría irrazonable e incoherentemente el radio de responsabilidad penal de conductas consideradas como

³⁰ 33 LPRA sec. 5104

³¹ 33 LPRA sec. 5099

asesinato en primer grado. El reconocimiento del *nasciturus* como persona natural no podría contenerse solo para el delito de asesinato en primer grado. Tendría una repercusión también en los delitos de aborto e incluso en los delitos de lesiones a la integridad física de quien se consideraría persona natural, pese a ser un concebido pero no nacido. Además, la tendencia político-criminal detrás de esta medida suele atemperarse a las fallidas políticas criminales de expansión del Derecho penal y del punitivismo expansivo.

En segundo lugar, al querer impedir la defensa del error de tipo en los casos en los que el autor desconozca que la mujer víctima de violencia estaba embarazada y le provoque la muerte al *nasciturus*, también se trastoca de forma trascendental el error de tipo en otros supuestos de hecho. Como se desarrolló anteriormente, la importación de esta figura extraña a nuestro ordenamiento lo que pretende es acercarnos a la responsabilidad absoluta que se reconocía en el Medievo europeo. Esta figura, por lo tanto, no tiene cabida en los presupuesto de culpabilidad que se reconocen en nuestra Parte General del CP, más atemperada a fijar responsabilidad personal según unas formas definidas de intención y negligencia en la conducta típica.

En tercer lugar, el reconocimiento del *nasciturus* como persona natural abre las puertas a considerar el ejercicio del derecho fundamental de finalizar voluntariamente el embarazo como una especie de homicidio justificado. Una de las preocupaciones principales de quienes defienden el derecho de la mujer a decidir sobre su propio cuerpo es que se considere al *nasciturus* como una persona, algo que ha negado hasta ahora la

jurisprudencia. Realizar esta enmienda en Puerto Rico, en efecto, representaría acercarnos más a la consideración del aborto como el asesinato –aunque por ahora justificado- de una persona natural. Este proceder no es el más cónsono con el mayor respeto a las garantías fundamentales de la mujer en nuestro Estado de derecho. Si el ánimo de esta medida es prevenir actos extremos de violencia de género, no tiene por qué arriesgar derechos fundamentales de la mujer en el camino.

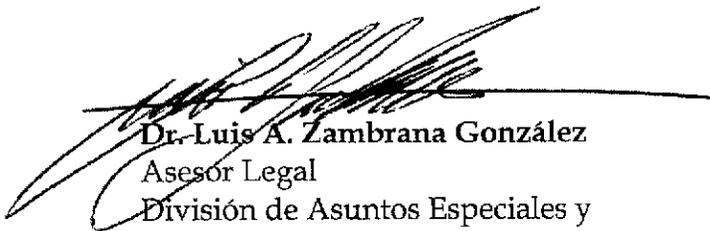
Agradecemos la oportunidad que se nos brinda de poder aportar con nuestros comentarios al proceso legislativo. De igual forma, quedamos a su disposición para cualquier otro asunto relacionado al análisis aquí esbozado.



Lcdo. Félix Vélez Alejandro
Director Ejecutivo
Sociedad para Asistencia Legal



Lcda. Yahaira Colón Rodríguez
Directora
División de Asuntos Especiales y
Remedios Post - Sentencia



Dr. Luis A. Zambrana González
Asesor Legal
División de Asuntos Especiales y
Remedios Post - Sentencia