



DELITO DE ABANDONO DE PERSONAS*

Lic. Alfonso Rodríguez M. (coordinador)
Lic. Luis Fernando Solano C.
Lic. Gilbert Bonilla M.

INDICE

Breve historia general	32
Historia del delito en la legislación costarricense	32
Código General de 1841	32
Código Penal de 1924	33
Código Penal de 1941	33
Código Penal vigente	33
Naturaleza de la figura principal	33
Configuración del delito	36
Figuras menores	38
Conclusiones y recomendaciones	39
Bibliografía de consulta	40
Apéndice de jurisprudencia	41

* Trabajo para el Primer Seminario de Derecho Penal de la Corte Suprema de Justicia.

BREVE HISTORIA GENERAL

"El abandono de niños no se castigó en Roma sino en tiempo de los emperadores y en época tardía. El Fuero Juzgo mandaba a los jueces acusar y penar siempre estos delitos. La pérdida de la potestad sobre el menor fue establecida por el Fuero Real y mantenida por las Partidas (Part. V, Tít. XX, Ley IV) para los culpables de estos hechos, imponiéndose la de muerte cuando fallecía el niño expuesto. En el C.P. (español) de 1822 ya se delineó esta figura de delito de modo análogo al del vigente Código como exposición o abandono de un menor de siete años (art. 690), pero conteniendo un gran número de disposiciones casuísticas y de agravantes específicas que no pasaron a los Códigos posteriores. A partir del de 1848 (art.

411) aparece este delito perfilado de igual manera que en los Códigos de 1870 y en el vigente. El texto de este último fue objeto de importante reforma por la ley de 11 de mayo de 1942, la cual ha sido refundida íntegramente en el nuevo Código Penal. . ." (1).

Parece cierto el hecho de que en los albores de nuestra legislación penal independiente se siguió el patrón de la ley penal española, pero ya en los dos últimos códigos, fundamentalmente, nos influenció la legislación y doctrina argentinas. Tanto el artículo 214 del Código Penal nuestro de 1941 como el 142 actual, básicamente correspondían y corresponden al 106 del Código Penal argentino.

HISTORIA DEL DELITO EN LA LEGISLACION COSTARRICENSE

Hemos escogido para este análisis histórico, lo dispuesto por los Códigos de 1841, 1924 y 1941.

Código General de 1841. Es claro que se establece un delito de peligro contra la salud o la vida de la víctima, pero además se incluyen en el capítulo correspondiente, una serie de artículos (del 570 al 579, Parte Segunda o Penal del Código) que nada tienen que ver puristamente hablando, con el tema de nuestro estudio. El capítulo denominado "*De los que exponen, ocultan o cambian niños o comprometen de otro modo su existencia natural o civil; y de los partos fingidos*", da idea de la confusión doctrinal que allí se producía.

Siempre podemos extraer lo que llamaríamos ancestro de la figura central tal y como hoy la conocemos, en el artículo 570, el cual disponía:

"Los que voluntariamente expongan o abandonen un hijo suyo de legítimo matrimonio, y menor de siete años cumplidos, no siendo en casa de expósitos, hospicio u otro sitio equivalente, bajo la protección de la autoridad pública, sufrirán una reclusión de uno a tres años".

Si el abandono se practicaba "en una soledad o sitio retirado del tránsito de las gentes, donde con probabilidad no puede ser socorrido", se imponía al autor una "multa doble" o "reclusión de doble tiempo".

Si del abandono resultare herida o lesión del niño, los que lo hubieran expuesto o abandonado "serán castigados, además, como reos voluntarios de aquella lesión o herida" (art. 573).

En este último punto se aparta el Código de lo que modernamente es lo aceptado, puesto que puede verse que en caso de lesiones se remite a la parte correspondiente del Código, no siendo esto lo más adecuado ni aceptado universalmente.

En caso de muerte, se imponía pena de prisión de seis a diez años, pero siendo los autores del delito los padres o encargados de la lactancia del menor, o de su educación o cuidado, se imponían ocho años.

Merece citarse la circunstancia de que cuando el abandono (tal y como lo configuraba el art. 570 citado) se practicaba en daño de "un niño menor de siete años cumplidos, ilegítimo o de padres no conocidos, no siendo en casa de expósitos o en sitio oportuno bajo la protección de la autoridad pública", se imponía arresto de tres meses a un año. Y si el delito lo cometían "los padres naturales o los que se hayan encargado de la lactancia, educación o cuidado del niño, será doble la pena" (art. 572).

Hasta esos extremos se llevaba la situación de los hijos mal llamados "ilegítimos".

La omisión de prestar auxilio se castigaba así:

(1) Cuello Calón, E. *Derecho Penal*, T. II, 7a. Edición, Bosch Barcelona, 1950, págs. 707-708.

"Artículo 578. Todo el que pudiendo hacerlo sin perjuicio ni riesgo suyo, no prestare el socorro que esté en su arbitrio a cualquier persona que halle herida, maltratada, acometida por un agresor injusto, o constituida en otro conflicto que requiera los auxilios de la humanidad, será reprendido y sufrirá un arresto de uno a seis días o pagará una multa de dos a diez pesos. . .".

Específicamente se establecía como pena accesoria, la pérdida del derecho de suceder abintestato para los padres o parientes autores del delito en daño de sus hijos o deudos (art. 579).

No se establecía la figura "honoris causa" que ya se incorpora en los futuros códigos, al parecer a perpetuidad.

Código Penal de 1924. Regulaba este delito en sus artículos 275, 276, 277 y 278. En el llamado Código de Astúa, se estructuraban las penas alrededor de las variantes del delito, en la siguiente forma:

- a) El abandono en lugar poblado se castigaba con prisión en su grado primero;
- a-1 Si resultare de la acción un grave daño en la salud o en el cuerpo del abandonado, la pena era prisión de segundo grado;
- a-2 Si se produjere la muerte, prisión de cuarto a sexto grado;
- b) Si el abandono fuera en lugar solitario, fuera de las poblaciones, o por los padres en daño de sus hijos, o estos en daño de aquéllos, o por el cónyuge, las penas se aumentaban en un grado.
- c) Se establecía una atenuación a las penas señaladas cuando se ejecutare el abandono en lugar poblado del hijo, por parte de la mujer soltera y de buena fama cuando lo hiciera para ocultar su deshonra y siempre que se ejecutare dentro de los tres días siguientes al nacimiento, que el menor no hubiera sido bautizado públicamente aún, y que no hubiera sido mostrado a terceras personas, salvo al médico u obstétrica que hubieran participado profesionalmente.
- d) Se establecía el denominado delito de Entrega Punible de un Menor cuando el que teniendo a su cargo la crianza, educación o cuidado, lo entregare a un establecimiento público o a otra persona, sin la anuencia de la que se lo hubiere confiado o de la autoridad en su defecto.

Es evidente la inclusión de esta figura delictiva

como abandono, lo cual se corrige en los Códigos siguientes.

La base en parte para determinar el abandono, era establecer en diez años la edad del menor sujeto pasivo del delito, lo cual, como se analizará luego, no es técnicamente bueno.

Código Penal de 1941. Regulaba el delito únicamente en dos artículos, el 214 y 215, siendo el de menor número en toda nuestra historia.

Establecía el delito para el que dejare abandonado o desamparado en lugar poblado, a un menor de doce años, o incapaz por impedimento o enfermedad, a quien debiera cuidar o mantener, señalando pena de prisión de 6 meses a 2 años (art. 214).

Se agravaba el delito cuando resultare grave daño en la salud o en el cuerpo del abandonado y cuando sobreviviere la muerte.

Las penas se aumentaban cuando el abandono se realizara en lugar solitario, fuera de las poblaciones, o por los padres contra sus hijos, éstos contra aquéllos, o por el cónyuge o por el hermano (art. 215).

Se atenuaba la figura (art. 215), cuando mediaba causa de honor por una mujer de buena fama en daño de su hijo, pero en lugar poblado, o cuando lo realizara con el mismo fin, el padre o hermano de la mujer, estableciendo los mismos requisitos señalados en el Código de 1924, con la inclusión del requisito de no haberse inscrito el nacimiento del menor en el Registro Civil, como alternativa del de no haber bautizado públicamente al menor.

Código Penal vigente de 1970. El Código actual regula todas las actuaciones punibles en tres artículos: 142 (Abandono de Incapaces y Casos de Agravación); 143 (Abandono por Causa de Honor); y 144 (Omisión de Auxilio).

Para un mejor entendimiento, transcribiremos el articulado y haremos el análisis uno por uno, incluyendo la doctrina dominante al respecto.

La figura contenida en el artículo 142 es la que podemos denominar figura principal del abandono, mientras que las otras dos son figuras menores o derivaciones de la principal.

Naturaleza de la figura principal.

"Artículo 142.— El que pusiere en grave peligro la salud o la vida de alguien, al colocarlo en estado de desamparo físico, sea abandonando a su suerte a una persona incapaz de valerse a sí misma,

y a la que deba mantener o cuidar o a la que el mismo autor haya incapacitado, será reprimido con prisión de seis meses a tres años.

La pena será de prisión de tres a seis años, si a consecuencia del abandono resultare un grave daño en el cuerpo o en la salud de la víctima. Si ocurriere la muerte, la pena será de seis a diez años de prisión".

Respecto de sus numerales precedentes, podemos apuntar como primera nota sobresaliente, que se prescinde de si el abandono se realiza en lugar poblado o despoblado.

Es notorio también el avance logrado al suprimirse la edad del abandonado, ensanchándose la figura al tener que determinarse en el caso concreto si la persona era "incapaz de valerse a sí misma" con independencia o prescindiéndose de la edad de esa persona, lo cual parece influencia, como en la mayoría de las figuras penales nuestras, del Código Penal Tipo para Latinoamérica y en forma mediata pero no menos inteligible, de la legislación y doctrina argentinas.

Hasta el momento (1970) resultaba discutible si la edad máxima correcta del sujeto pasivo era siete años como establecía y establece aún el Código Penal Español (Texto refundido de 1963) (2) que es tradición de la que se copió en nuestro Código de 1841; diez años como establecía el Código de 1924; o doce como disponía el de 1941.

Es obvio que al eliminarse la edad, y ampliarse la comisión del delito en perjuicio de una persona "incapaz de valerse a sí misma", se logra un mejoramiento técnico-jurídico, cobijándose a cualquier persona ya sea por razón de su edad, por su conformación físico-orgánica o por ser inválida o incapaz en general.

"La expresión "incapaz de valerse" es general, y ha substituido en la ley la muy limitada que contenía el texto anterior, referido solamente a un menor de diez años o a otra persona incapaz por causa de enfermedad. Aun cuando al término enfermedad se le acordara un sentido muy amplio en la doctrina, es lo cierto que con ello se introduce en la figura una limitación poco razonable. . ." (3).

Ahora bien: El abandono de personas es un delito de peligro, en contraposición al delito de daño, porque, como dice Soler, "se concreta y perfecciona con la mera posibilidad de la lesión" (4) del bien jurídico tutelado.

El bien jurídico tutelado, mejor expresado, los bienes jurídicos tutelados son la salud y la vida de las personas, y se configura plenamente el delito con la mera posibilidad, —aunque cierta—, de su quebranto.

Lo que encontramos absurdo, es que no siendo un delito que protege la vida en forma exclusiva, se encuentre dentro del Libro Segundo del Código, Título I, denominado "Delitos contra la Vida", ya que en la actualidad se abandonó sin causa valedera la tradicional denominación al Título I, como "Delitos contra las Personas", que nos lleva a concluir en la necesidad de regresar por nuestros pasos a fin de no encontrar más esta anomalía, no grave, pero anomalía al fin y al cabo.

La Comisión redactora del Código señala que "como única novedad de este capítulo aparece la sanción del hecho de abandonar a una persona a quien el sujeto activo del delito haya incapacitado con su acción, frecuente en los casos de tránsito. . ." (5).

De lo que va expuesto, notamos que no es cierto que lo anterior constituya la única novedad, aun cuando sí aceptemos que se trata de una variación muy importante respecto a códigos precedentes, y nos presenta un concurso ideal de delitos con el que prevé y sanciona el artículo 328 del Código como Abandono del Lugar del Accidente, entrando en aplicación por parte del Juez el artículo 75 ibídem, que consagra el principio "poena major absorbet minoren" (6).

Vale siempre tener en cuenta lo que refiere la Comisión Redactora del Código por mano de su Presidente, el Dr. Guillermo Padilla: "... Al respecto dice el Proyecto del Código argentino algo que reproduce la exposición de motivos del guatemalteco: "Esta figura (nuestro art. 328) es diferente, según dijimos, de la del abandono, pues toma en cuenta no ya la existencia de un peligro de vida

(2) Quintana Ripollés, A. *Código Penal*, Texto refundido de 1963, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1963, pág. 194.

(3) Soler, S. *Derecho Penal Argentino*, T. III, Tipográfica Editora Argentina, Buenos Aires, 1970, págs. 176-177.

(4) Soler, S. op. cit., T. II, pág. 158.

(5) Exposición de Motivos del Código Penal, escrito por el Presidente de la Comisión Redactora, Dr. Guillermo Padilla Castro, *Código Penal*, Edición preparada por el Lic. Attilio Vincenzi, 1972, pág. 45.

(6) Soler, S. op. cit., pág. 193.

para las personas, sino la necesidad de verificar los hechos. Es tan grande el número de accidentes motivados sobre todo por el moderno empleo de transportes automotores, que se hace indispensable esta excepción a la regla tradicional de la inmunidad de la autoeximición, entre otros motivos, porque el propio vehículo puede ser empleado como medio muy eficaz para alcanzar la impunidad. . .” (7).

O lo que es igual, una misma conducta está prevista y sancionada doblemente, al merecer tutela por parte de la ley, también dos intereses o bienes jurídicos, en este caso, la salud o la vida de las personas (art. 142) y la Administración de Justicia (art. 328).

Pero no podemos quedarnos aquí. Debemos preguntarnos ¿por qué motivo, en casos de accidentes, los Tribunales costarricenses no aplican el artículo 142 cuando el conductor (sujeto activo) deja abandonada a la persona accidentada (sujeto pasivo), limitándose a aplicar la sanción establecida por el artículo 328?

¿Será que consideran nuestros Tribunales, que estamos en presencia de concurso aparente de normas, y que por el principio de que la norma especial priva sobre la general, debe procederse así según el artículo 23 del Código Penal?

No parece aventurado estimar prima facie, que en este punto existe bastante ignorancia en nuestro medio.

En España, por ejemplo, no se presenta el problema porque si bien existe el delito de abandono del lugar del accidente (Ley Sobre Delitos Cometidos en el Uso de Vehículos de Motor Mecánico, mayo 1950), esa conducta no se toma en cuenta en el abandono en el artículo 488 del Código Penal, máxime que solamente se instituye como sujeto pasivo a un menor de siete años.

El Código Penal de México no establece como sujeto activo a quien haya incapacitado al sujeto pasivo, pero su artículo 341, comprendido dentro del capítulo correspondiente, establece:

“El automovilista, motorista conductor de un vehículo cualquiera, ciclista o jinete que deje en estado de abandono, sin prestarle o facilitarle asistencia, a persona a quien atropelló por imprudencia o accidente, será castigado con la pena de uno a dos meses de prisión” (8).

Agregamos que el artículo 328 que como se-

ñala la Exposición de Motivos, es una “excepción a la regla tradicional de la impunidad de la autoeximición”, ha dado lugar a un Recurso de Inconstitucionalidad planteado por los licenciados don Edgar Cordero y don Marco Aurelio Odio.

Los promoventes del recurso, en un aparte del mismo, señalan:

“De lo transcrito queremos poner de manifiesto que tanto Sebastián Soler como Manzini consideran fuera del Derecho Penal la posibilidad de condenar a la persona que se autodenuncia. Nosotros agregamos que exigir tal cosa, como lo estatuye el referido artículo 328 del Código Penal, es no solamente inhumano sino también que va contra la garantía constitucional de que nadie puede ser obligado a declarar contra sí mismo y, por consecuencia, contrario al precepto del artículo 36 de la Constitución Política. . .”. Y finalizan: “. . .Al resolver ustedes este recurso deben tener en mente que el mismo no trata de proteger a las personas; que no se trata de un delito que está encasillado dentro del título primero del Libro Segundo. Sino que se trata de un delito contra la administración de la Justicia (el subrayado es de los promoventes) y de ahí que lo que se sancione no es el dejar abandonada una persona herida o en estado de necesidad por la situación en que queda como consecuencia de un accidente, sino, lisa y llanamente, lo que se sanciona en esta figura, es el tratar de evadir la acción de la Justicia. . .”.

Como puede observarse, el fundamento del recurso parece bastante sólido, aún cuando debemos esperar el pronunciamiento de la Corte Plena al respecto.

Sin embargo, lo importante de que se suscitara tal cuestión es traernos a la mente la inquietud de su eliminación, porque no es del todo conveniente que exista la duplicidad de sanción, quedando entonces, claro está, la establecida por el artículo 142.

Posiblemente el litigante no piensa nunca en la posibilidad de que a su cliente se le pueda seguir proceso por las Lesiones Culposas y (en el evento de que haya sido así), por el Abandono (de Personas y del Lugar del Accidente), presentándose así un múltiple concurso: Material respecto al Delito Culposos de Lesiones y Abandono de Personas (por aplicarse la pena más grave según la regla del Concurso Ideal de delitos entre Abandono del Lugar y el de Personas).

(7) *Exposición de Motivos. . .*, pág. 52.

(8) *Código Penal mexicano*, Editorial Porrúa S.A., México D.F., 1968.

Sobre la situación tan confusa de Costa Rica, creo que nos da luz Fontán Balestra, quien dice:

"Esta figura, introducida por la reforma, es nueva en el Derecho argentino. El elemento que la caracteriza está dado por el hecho de que el sujeto pasivo debe ser una persona que el mismo autor ha incapacitado. Se hace nacer el deber de asistencia de la situación que el propio autor ha creado. Es una aplicación de la doctrina de la acción precedente en los delitos de omisión. Este caso se diferencia del anterior en la exigencia señalada con respecto al sujeto activo. El caso más frecuente será el del que causa un accidente y abandona al lesionado, alejándose sin socorrerlo. Esta modalidad del abandono de personas fue tomada del artículo 141 del Proyecto de 1960. En la nota se señala que el hecho es distinto del que suele llamarse fuga, cuya esencia consiste en dificultar la investigación, que es un delito contra la administración de justicia. En efecto, en este último delito el accidentado puede haber muerto como consecuencia del accidente, y en tal caso la fuga no podrá ser la causa de un peligro para la vida o la salud" (9).

Y nosotros nos quedamos con las dos figuras, lo que no sucedió en Argentina.

CONFIGURACION DEL DELITO

El delito se comete cuando: 1) El autor coloca a alguien en estado de desamparo físico; o 2) Abandona a su suerte a una persona incapaz de valerse a sí misma, poniendo en grave peligro la vida o la salud del ofendido.

La primera forma denota una acción del sujeto activo con el fin de "colocar" en estado de desamparo físico al ofendido, como sería trasladarlo a un medio en el que precisamente correrá el peligro para su salud o la vida.

La segunda forma, implica un proceder simplemente omisivo del autor, cuando priva al sujeto pasivo de la asistencia debida sin procurar que otra persona lo haga en su reemplazo, abandonándolo a su suerte.

"El abandono generalmente tendrá lugar mediante hechos positivos, v. gr. sacando al niño de la casa y dejándolo en otro lugar; también puede te-

ner lugar por omisión, como cuando se consiente en su fuga, pues también en este caso el niño queda abandonado a sí mismo. . ." (10).

Son dos situaciones distintas y de importancia para determinar, según el caso, quién puede ser sujeto activo del delito.

También nos dice Fontán Balestra:

"...A diferencia de las conductas previstas en el anterior artículo 106, en esta figura, el desamparo se causa mediante abandono. La acción consiste en colocar a otro en situación de desamparo. Lo que se requiere es que el autor, por cualquier medio, haya sido quien puso a otro en situación de desamparo, de la que resulte peligro para la vida o la salud. Colocar quiere decir tanto como poner en. Esta mayor exigencia de la actividad del autor es la que fundamenta la mayor amplitud de esta figura, que alcanza a quienes ninguna obligación tienen para con la víctima, y extiende la tutela penal a cualquier persona, con prescindencia de su capacidad. Se coloca a alguien en situación de desamparo cuando se le priva de la posibilidad de una ayuda o asistencia necesaria. . ." (11).

Desde luego, debe entenderse que en todo caso, ese abandono en uno u otro sentido, debe ser un abandono material y no moral, que ponga en peligro la salud-integridad física, o la vida de la persona, sin que tenga relevancia jurídica para los efectos de esta figura, el abandono moral o simple descuido de deberes familiares, por más que aquí surjan consecuencias con repercusión social o económica o apenas con trascendencia puramente familiar. La figura del artículo 142 que estudiamos, difiere en mucho con la contemplada y sancionada por el artículo 185 (Incumplimiento del Deber Alimentario) en la que se hace énfasis en la no atención por parte del obligado de la subsistencia material que debe a sus alimentarios, siendo además éste un delito de acción privada, mientras que el de nuestro estudio lo es de acción pública. Sin embargo, es básico el hecho de que el delito de Incumplimiento del Deber Alimentario no desaparece con el hecho de que "otras personas hayan proveído medios de subsistencia" a los alimentarios tal y como dispone el artículo citado. En otras palabras, aquí la ley sanciona el incumplimiento de un deber legal, sí, pero primariamente un deber moral del obligado.

(9) Fontán Balestra, C. *Tratado de Derecho Penal*, T. IV, Editorial Abarredo - Perrot, Buenos Aires, 1969, pág. 355.

(10) Cuello Calón, E. *op. cit.*, pág. 710.

(11) Fontán Balestra, C. *op. cit.*, pág. 352.

Ha influido en algunas legislaciones el colocar el delito entre los que ofenden el orden de la familia (Código Penal mexicano y en parte el Código Penal español), la violación del deber de no abandonar al incapaz, que sirve esencialmente para determinar el sujeto activo. "Sin embargo, el legislador italiano de 1930, con el apoyo de la doctrina, ha deshechado este punto de vista ya que el fin principal de la incriminación es la preservación de la seguridad o incolumidad de la persona física puesta en peligro mediante el hecho material del abandono por parte de aquellos que lo realizan no debiéndolo realizar. La objetividad jurídica prevaleciente del delito, vale decir, la ofensa a la seguridad física de la persona, diferencia esta infracción de los delitos contra la asistencia familiar y de los delitos contra el estado civil que pueden cometerse mediante exposición o abandono, pues los primeros, los contra la asistencia familiar, tienen su objetividad jurídica en el simple deber de asistencia, y los segundos, en el estado civil de las personas" (12). En el mismo sentido se pronuncia Soler (13).

En la segunda forma del delito, constituida por abandonar a su suerte al sujeto pasivo, la doctrina señala que debe existir una obligación nacida previamente de "mantener o cuidar" o nacida coetáneamente por haber el autor incapacitado al sujeto pasivo.

Lo anterior es bastante claro en el Código Penal argentino (art. 106) de donde se copió el nuestro, pero no se sabe por qué razones se introdujo de más una coma en nuestro artículo 142, que al menos sintácticamente hablando podría crear duda de si efectivamente en Costa Rica cualquiera puede cometer el delito "colocando en situación de desamparo" al sujeto pasivo, y solamente lo cometen aquellas personas que deban "mantener o cuidar" al abandonado o por haberla incapacitado el mismo autor.

El deber de cuidar o mantener es en todo caso preexistente a la acción del abandono, y puede ser resultado de una situación de hecho puramente, de la ley o de convención.

"Sujeto de este delito puede ser el padre, la madre, el tutor o cualquier otra persona encargada de la guarda del menor. No es menester que se trate de encargo conferido por la ley, basta un

encargo de hecho realizado por persona competente para hacerlo, y aún de breve duración, por ejemplo, para conducir el niño a la escuela, para llevarlo a casa de un pariente. Sin semejante relación, aún fugaz, de encargo, no puede existir este delito. El extraño que roba un niño dejándole después abandonado en un despoblado no incurre en este delito, sino en el del artículo 484; pero el extraño que por encargo del padre del niño le acompaña momentáneamente a casa de su abuelo y en el camino lo deja abandonado, comete este delito. Así, pues, son sujetos activos de este delito no solo las personas encargadas por la ley de su guarda y custodia, sino también las que tengan tal encargo de hecho, aún de modo fugaz y transitorio" (14).

Dijimos que estábamos en presencia de un delito de peligro contra la integridad físico-orgánica o la vida de las personas.

Sebastián Soler señala que para que se excluya el delito, "es preciso que el sujeto que realiza el abandono pueda tener una esperanza justificada de que el auxilio ocurrirá, pero no basta la simple posibilidad de que ocurra. . ." (15).

Es cierto, y bien lo señala el distinguido autor, pero concretamente aplicable en Argentina, porque nuestro Código introdujo la frase "grave peligro" para calificar el hecho atribuible a su autor, y no ya simplemente "peligro" como lo consigna nuestro ascendiente argentino y señala la doctrina generalizada.

O lo que es igual, el "grave" en el texto del artículo 142 significa declarar que para que se tipifique el delito, no basta cualquier peligro creado por la acción del sujeto activo, sino que ese peligro ha sido cualificado con la denotación "grave" y así, tenemos que no en balde es tan escasa la jurisprudencia sobre el mismo, al punto que podría señalarse esta figura como un fósil, totalmente desusada, si vale el término.

Sin embargo, si pura y simplemente se comete el delito con la creación del peligro, la figura se agrava si, como consecuencia del mismo, se producen un grave daño en la salud o en el cuerpo de la víctima, o su muerte (art. 142 párrafo final), aún cuando como se comprende, el resultado de daño no es consustancial al delito.

Encontramos una inconsecuencia (ya no solo

(12) Omeba, *Enciclopedia Jurídica*, T. I, Editorial Bibliográfica Argentina, Buenos Aires, 1968, págs. 41-42.

(13) Soler, S. op. cit., T. III, pág. 173.

(14) Cuello Calón, E. op. cit., pág. 708.

(15) Soler, S. op. cit., T. III, pág. 173.

atribuible a nuestro Código) en la agravación de la pena sólo si resultare "grave daño en la salud o en el cuerpo de la víctima" o si resultare muerte.

Grave daño en la salud o en el cuerpo del ofendido, nos debe remitir necesariamente a las lesiones graves o gravísimas que se relacionan en el capítulo correspondiente del Código Penal, y solamente que de acuerdo con estas disposiciones específicas (arts. 123 y 124) haya un daño grave resultante del delito de abandono, la pena se agrava.

La inconsecuencia existe para el caso en que como resultado del abandono, se produjeran lesiones que calificáramos de leves en el sujeto pasivo. No podría agravarse la pena del párrafo primero del artículo 142 porque de acuerdo con el párrafo final la agravación opera si resultare un grave daño, y las lesiones leves por su naturaleza no lo constituyen, de donde desembocaríamos en castigar como abandono puro y simple aún aquel en que hubiere un resultado de daño, lo que puristamente hablando no es correcto.

Tal error solamente puede salvarse si graduáramos las penas según que el resultado del abandono configure lo que podríamos llamar lesiones leves, graves, gravísimas, y aún la muerte de la víctima, de suerte que no quede impune (por falta de agravación) prácticamente un resultado de lesiones leves con motivo del delito de abandono.

FIGURAS MENORES

1) Abandono por Causa de Honor.

"Artículo 143.— La madre que abandonare un recién nacido de no más de tres días, para ocultar su deshonra, será reprimida con prisión de un mes a un año. Si a consecuencia del abandono sobreviniere grave daño o la muerte, la pena será de prisión de uno a cuatro años".

Se contrae la penalidad a la madre únicamente, a diferencia de lo que ocurría en el Código de 1941 en el que se extendía el privilegio o atenuación de esta figura, a su padre y hermano.

Si ciertamente se apunta en lo anterior una restricción, puede verse también que se eliminaron los requisitos con que anteriormente se rodeaba la figura privilegiada como eran que el menor no hubiere sido mostrado a extraños, ni bautizado públicamente o inscrito en el Registro Civil, así como ocultación de la preñez de la madre excepto

a obstétrica o médico que hubieran intervenido en el parto.

Pero también es notoria la eliminación de un requisito que había exigido siempre nuestra legislación como era la "buena fama" de la autora (el Código de 1924 exigía que fuera "mujer soltera y de buena fama"), sin explicación aparentemente razonable.

Se explica muy bien la eliminación de la soltería como requisito para que la autora se beneficiara de la pena atenuada cuando mediaba causa de honor, dado que hasta una mujer casada podría acogerse a la misma en el caso de que hubiere sido violada, o engendrado por causa espuria.

Pero el requisito de buena fama nos parece básico en esta figura, y su ausencia actualmente demerita su imagen.

Recordamos que por Ley No. 2464 de 9 de noviembre de 1959, se modificó la figura del Infanticidio en el Código anterior, a fin de agravar la pena aplicable al caso, así como para acortar el lapso dentro del cual podía la madre dar muerte a su hijo para ocultar su deshonra, que en ese entonces era de tres días y que se redujo a veinticuatro horas, lo que viene a colación al volver nuestro actual Código al término de tres días no solo para el Infanticidio (art. 113 inciso 3) sino que lo incluye en el abandono honoris causa.

El plazo de veinticuatro horas establecido por aquella reforma es adecuado, puesto que la deshonra que siente la autora de estos delitos se debe retrotraer hasta el momento inicial de la concepción, permaneciendo esa inquietud o aprehensión durante todo el embarazo, por lo que extender la posibilidad de una reacción a ese sentimiento a tres días después de haber dado a luz se presta para que ya no estemos en presencia de una espontánea acción, sino resultado de un cálculo frío delictuoso alentado por terceras personas que no tienen causa de honor en el asunto.

Al efecto, propondremos la reforma correspondiente en nuestras conclusiones.

2) Omisión de Auxilio.

"Artículo 144.— Será reprimido con veinte a cien días multa el que encontrando perdido o desamparado a un menor de diez años o a una persona herida o inválida o amenazada de un peligro cualquiera, omitiere prestarle el auxilio necesario, según las circunstancias, cuando pudiese hacerlo sin riesgo personal".

Aquí se contiene, al decir de Soler, la expresa imposición de un alto deber de solidaridad social

(16) por lo que puede considerarse sujeto activo e incurso en la penalidad prevista, cualquier persona y no solo la que se encuentre ligada a la víctima por una obligación preexistente, como se señaló para la segunda forma delictiva de la figura principal.

Aquí se descubre, en forma más nítida, una actitud omisiva del autor, en el tanto en que pudiendo prestar auxilio sin riesgo personal, según las circunstancias, se abstiene de ello, y resulta intrascendente que como resultado de su abstención sobrevenga un daño grave o la muerte.

Al deber de solidaridad que se incluye en la norma, debe dársele una extensión mayor, creyendo que puede incluirse una pena de prisión para el caso de que el resultado de la omisión de auxilio fuera grave para la salud o el cuerpo de la víctima, o que, lo que debe considerarse penalmente de mayor magnitud, resultare su muerte.

Es entendible que el sujeto activo, mejor dicho, el autor, no ha creado el peligro concreto en el que se encuentra la víctima, pero si puede prestar el auxilio sin riesgo personal, debe amenazarse con penas más graves la omisión injustificada.

Encontramos, asimismo, otro error en este artículo, que copiado del argentino (108), lo fue en forma incompleta, en el sentido de que en Argentina, cuando el autor no puede intervenir en auxilio de la víctima por existir un riesgo fundado para su propia salud o existencia, se le impone la obligación de dar aviso inmediato a la autoridad, para que sea ésta la que intervenga en ayuda de la persona que lo necesita.

Debemos criticar, como es obvio, el que se incluya aquí la fórmula ya superada del Código de 1941 (que a su vez procedía de la antigua fórmula argentina), referente a la edad, condición de herida o inválida en la persona de la víctima, cuando pudo haberse seguido la que establece el artículo 142 como "incapaz de valerse a sí misma" o amenazada de un peligro cualquiera que es particularmente constitutiva en el presente caso.

Finalmente debe señalarse que todas las figuras del abandono, por ser delitos de peligro, no admiten la tentativa, y así lo ha enseñado la doctrina generalizada, configurándose el delito por el hecho del abandono con peligro para la víctima, o por negar auxilio a la misma sin fundamento alguno para ello.

CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

Según ha podido traslucirse del desarrollo anterior, no nos ha satisfecho mayormente nuestra legislación respecto a este delito, por cuestiones posiblemente no de fondo, pero que sumadas no dejan de tener importancia en el análisis o bastateo general de la figura.

Así que como colofón a lo que ya se anunció en el aparte correspondiente, proponemos introducir las siguientes modificaciones en el Código Penal:

Primera. Eliminar del artículo 142 la calificación de "grave" para el peligro que contempla el delito, no solo por no tener antecedente en la legislación argentina de donde procede el texto general, sino porque aumenta la posibilidad de que queden impunes ciertas conductas que podrían tenerse como incursas en el delito, pero cuya calificación necesaria de "grave" en este momento lo impide.

Segunda. Asimismo, en el segundo párrafo del artículo, debe establecerse una gradación de penas según que los resultados provenientes del abandono sean lesiones leves, graves o gravísimas y la muerte de la víctima, eliminando la laguna que creímos encontrar.

Tercera. Respecto a la figura del abandono por causa de honor (art. 143), según se dijo, por lo menos ha quedado demeritada al eliminarse la "buena fama" de la mujer, así como el plazo dentro del que debe realizarse el abandono para merecer la atenuación, quedando ese artículo de la siguiente manera:

"Artículo 143.— La madre de buena fama que abandonare a su hijo dentro de las veinticuatro horas siguientes al parto, para ocultar su deshonor, será reprimida con prisión de un mes a un año. Si como consecuencia del abandono sobreviniere grave daño en la salud o en el cuerpo de la víctima, o se produjere su muerte, la pena será de uno a cuatro años de prisión".

Cuarta. En el artículo 144 se hace indispensable a fin de hacerlo consecuente con el deber de solidaridad que consagra, agregarle una frase final para cuando no se pueda intervenir en auxilio de la víctima por el riesgo personal que ello implique.

Pero además, parece de buen gusto y para

(16) *Ibíd.*, pág. 179.

poner a tono el artículo con la técnica del 142, eliminar la referencia a la edad o situación personal de la víctima, por lo que se propone una nueva redacción en estos términos:

"Artículo 144.— Será reprimido con veinte a cien días multa el que encontrando perdida o desamparada a una persona incapaz de valerse por sí misma o amenazada en ese momento de un peligro cualquiera, omitiere prestarle el auxilio necesario, según las circunstancias, cuando pudiere hacerlo sin riesgo personal, o en caso contrario, no diere aviso inmediato a la autoridad".

Quinta. No menos importante nos parece la modificación que ya comentamos al inicio de este trabajo, mediante la que se eliminaría la denomina-

ción actual del Título I del Libro Segundo del Código Penal, regresando a nuestra tradición de denominarlo "DELITOS CONTRA LAS PERSONAS", o si se encontrara alguna incongruencia en ello (dado que hay otros delitos contra las personas fuera del Título I), entonces llamarlo "DELITOS CONTRA LA VIDA Y LA INTEGRIDAD CORPORAL" (como en el Código Penal mexicano), siendo lo importante de la crítica a la situación presente, el que existen dentro del Título I delitos cuyo bien jurídico protegido es la vida, pero hay otros en los que se protege la integridad física (Lesiones, Riña y Agresión, o el mismo Abandono de Personas).

Sexta. Proponemos la eliminación del artículo 328 del Código Penal, referente al abandono del lugar del accidente, por las razones indicadas.

BIBLIOGRAFIA

- CUELLO CALON, E. *Derecho Penal*, T. II, 7a. Edición, Bosch, Barcelona, 1950.
- PUIG PEÑA, F. *Derecho Penal*, Editorial Revista de Derecho Privado, T. IV, Madrid.
- QUINTANO RIPOLLES, A. *Código Penal*, Texto refundido de 1963, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1963.
- SOLER, SEBASTIAN *Derecho Penal argentino*, Tipográfica Editorial Argentina, Buenos Aires, 1970.
- FONTAN BALESTRA, C. *Tratado de Derecho Penal*, Editorial Aberredo Perrot, Buenos Aires, 1969.
- OMEGA *Enciclopedia Jurídica*, Editorial Bibliográfica Argentina, Buenos Aires, 1968.
- RODRIGUEZ NAVARRO, M. *Doctrina Penal del Tribunal Supremo*, Aguilar S. D. de Ediciones, Madrid, 1960.
- CODIGO PENAL PARA EL DISTRITO Y TERRITORIOS FEDERALES.** Editorial Porrúa S.A., México D.F., 1968.
- CODIGO PENAL DE COSTA RICA.** Edición preparada por el Lic. Atilio Vincenzi, 1972.

A P E N D I C E

JURISPRUDENCIA

La jurisprudencia nacional ha sido escasa en esta materia por no decir absoluta, no habiendo encontrado esta comisión nada al respecto, examinados que fueron Biblioteca, Digesto y algunos índices de Tribunales; únicamente se logró dar con una sentencia del Juzgado Penal de Limón, cuyo titular a la fecha lo era el doctor Luis Paulino Mora Mora, pero respecto de la legislación penal recién derogada. Analiza el autor el numeral 214 del Código Penal de 1941, y manifiesta:

"Aceptando que el menor fuere "abandonado" dejado en el lugar en donde fue encontrado, cosa que no es así conforme se analizará, el delito acusado no se habría cometido pues la víctima no corrió ningún peligro grave en daño de su persona, ya que los habitantes de las casas cercanas al igual que lo hicieron en repetidas oportunidades pudieron darle la protección que necesitaba... No puede tenerse como abandono el dejar por un período más o menos largo a un menor en el lugar que le sirve de habitación, por deber de trasladarse quien le suministra sus cuidados a otro lugar en donde no puede ser llevado dicho menor; el abandono conlleva el desprendimiento, la intención de dejar y en el presente caso, el abandono momentáneo, por así llamarlo, no conlleva esa intención, sino que como ya se dijo, las circunstancias obligaban a la madre a actuar en la forma que lo hizo" (S. Juzgado Penal Limón, 8 hrs. del 23 de marzo de 1970, Archivo Rem. 1449, A. 100, págs. 94 a 97).

Ante esta circunstancia de escasez de jurisprudencia, se ha debido echar mano a la extranjera, en especial a la argentina y española, legislaciones que en buena parte han inspirado el Derecho Penal costarricense.

El Código Penal Argentino dispone:

"Artículo 106. El que pusiera en peligro la vida o la salud de otro, sea colocándolo en situación de desamparo, sea abandonando a su suerte a una persona incapaz de valerse y a la que deba mantener o cuidar o a la que el mismo autor haya incapacitado, será reprimido con prisión de seis meses a tres años. La pena será de reclusión o prisión de tres a seis años, si a consecuencia del abandono resultare un grave daño en el cuerpo o en la salud de la víctima. Si ocurriere la muerte, la pena será de tres a diez años de reclusión o prisión".

"Artículo 108. Será reprimido con multa de diez mil a cien mil pesos el que encontrando perdido o desamparado a un menor de diez años o a una persona herida, o inválida, o amenazada de un peligro cualquiera, omitiera prestarle el auxilio necesario, cuando pudiese hacerlo sin riesgo personal o no diere aviso inmediato a la autoridad".

Se transcribe a continuación, alguna jurisprudencia argentina:

"Constituye el delito de abandono de personas previsto por la última parte del artículo 106 del Código Penal y castigado por el 107 del mismo, el hecho de que una madre coloque al hijo recién nacido en un sitio inadecuado, privándolo de los cuidados reclamados y ocasionando con ello su fallecimiento" (C. Crim. y Correc. Capital, Oct. 2-936) CCC 4-1.

"El núcleo del tipo en el delito del artículo 106 del Código Penal se halla en el verbo abandonar, es decir la acción de colocar al sujeto pasivo en situación de desamparo, privado de la vigilancia y asistencia que necesita" (S. C. Tucumán, octubre 5-944) La Ley, 37-180. JA 944-IV-627.

"La ausencia de unas horas del hogar, donde quedó una niña con neumonía, y la falta de cuidados necesarios por ignorancia, no configuran abandono doloso" (S. C. Tucumán, abril 28-945). La Ley 40-90. JA 945-IV-170.

"Para que exista el delito de abandono de personas basta el comportamiento posiblemente peligroso para determinadas personas, como es el de dejar solo a un menor o a otro incapaz por causa de enfermedad, desentendiéndose de él con ánimo de sustraerse para siempre a los deberes de asistencia y custodia, dejándolo sin socorro alguno y con intenciones de no volver" (S. C. Tucumán, setiembre 18-945). La Ley 42-481. JA 945-IV-492.

"No existe delito si el menor fue dejado en un lugar frecuentado donde su presencia no podía pasar inadvertida por un lapso que pudiera importar peligro" (C. Crim. y Correc. Capital julio 2-946) CCC 5-9.

"El peligro para la vida, la salud, la persona del menor, es el que confiere sentido penal al deli-

to de abandono de personas" (*C. Crim. y Correc. Capital julio 2-946*) CCC 5-6.

"Encuadra en el artículo 106 del Código Penal la privación de todo auxilio médico a la parturienta internada en un sanatorio, no obstante los reiterados pedidos de asistencia, a punto tal que la llegada del facultativo de guardia coincidió con la aparición de la cabeza de la criatura" (*C. N. Crim. y Correc. marzo 10-959*) JA 959 V-13-GF 225-263.

Tomado de Digesto Jurídico Editorial La Ley, Argentina.

"La exposición es distinta del abandono, y solo hay este último cuando la persona ha sido dejada sola fuera de la vigilancia que le es necesaria y de la posibilidad de ser socorrida. El concepto del delito del artículo 106 C.P., es el abandono material, es darse vuelta sin pensar más en el abandonado, desinteresarse y confiarlo al destino" (*S. D. Tucumán, 5-10-44; LL 37-180, JA 1944-IV-627*).

Diferencia con infanticidio.

"El supuesto de abandono, con muerte del hijo menor de tres días, no inscrito en el Registro Civil, para salvar el honor de la madre, tiene una estructura análoga a la del infanticidio del artículo 81, inciso 2, C.P., por la identidad del motivo honoris causa, que impulsa a cometer uno y otro; ello sin embargo, no debe inducir a confundir ambas figuras delictivas distintas, porque la diferencia radica en cómo se produce la muerte del recién nacido, y especialmente en la intención con que se comete" (*CC. Concepción del Uruguay, 6-1-61, JA, 1962-III-19*).

"Si luego del parto el recién nacido fue envuelto en un saco y puesto dentro de un balde y varias horas más tarde arrojado a un pozo donde pereció ahogado, debe concluirse que la muerte no ocurrió como consecuencia del abandono, sino por el hecho directo y voluntario de la sumersión, que absorbe por consunción todos aquellos actos preparatorios de la muerte" (*S. C. Tucumán, 18-9-45 LL 42-481 JA 1945-IV-492*).

"Incorre en el delito de abandono de persona quien hallando a un herido lo arrastra hasta un terreno baldío, y no avisa a la autoridad, ni pide una ambulancia para trasladarlo a un hospital, no pudiendo en cambio calificarse de encubrimiento, porque el acto no tiende a desaparecer la prueba de un delito" (*Art. 108 C.P. CC CAP., 14-9-47, DJ 14-9-57*).

Tomadas de "El Código Penal y su Interpretación Jurisprudencial", Tomo II, págs. 617 a 619, de Carlos J. Rubianés, argentino.

"Responde por homicidio culposo el imprudente que abandona a su víctima, cuando ésta muera a consecuencia del abandono, pero en este caso se aplica el principio de consunción en favor del delito de daño, de modo que su conducta ha de calificarse como abandono de persona agravada por el resultado muerte" (*art. 106 C.P.*) (*CC 3a. Santiago del Estero, 9-6-71, JA (sc), 12-723*).

"La comisión por omisión del delito de abandono de personas —artículo 106, C.P.—, se perfeccionó desde el momento en que los procesados, sabedores del peligro que corría la criatura, no cumplieron inmediatamente con el deber de auxiliarla, impuesto por un principio de solidaridad humana, que no puede enervarse por su forma primitiva de vida, y si bien no fueron copartícipes en la iniciación del hecho, coadyuvaron a su consumación con su imperdonable pasividad" (*ST Entre Ríos, 19-10-66, RLL, XXIX-1, No. 1*).

"Configura el delito de abandono de persona el accionar de la mujer que habiendo dado a luz en forma sorpresiva, y caído a un "pozo" el recién nacido, calló tal circunstancia, y con su silencio logró privarlo durante un lapso de más de una hora de los cuidados que éste requería, dificultando, en lo posible, el logro de su recuperación" (*CC 3 Córdoba, 23-3-71, JA (sc), 11-737*).

Las tres últimas citas del mismo autor y obra citada, aparecen entre otras, en las páginas 178 y 179 del Tomo IV.

Las siguientes citas de jurisprudencia, se refieren a la legislación española, y son tomadas de La Doctrina Penal del Tribunal Supremo, Tomo III, páginas 4129 a 4133, de Manuel Rodríguez Navarro, respecto del artículo 488, que a la postre dice:

"El abandono de un niño menor de siete años por parte de la persona encargada de su guarda será castigado con las penas de arresto mayor y multa de mil a cinco mil pesetas. Si el hecho fuere ejecutado por los padres, tutor o guardador de hecho, las penas serán prisión menor y la multa sobredicha. La mujer que para ocultar su deshonra abandonar al hijo recién nacido será castigada con arresto mayor. La misma pena se impondrá a los abuelos maternos que para ocultar la deshonra de la madre realizaren el abandono. En todos los casos de este ar-

título, y sin perjuicio de castigar el hecho como corresponde, si constituyere otro delito más grave, cuando las circunstancias por el abandono se hubiere puesto en peligro la vida del niño, será castigado el culpable con las penas anteriores en su grado máximo, y si sobreviniere la muerte se impondrán las penas inmediatas superiores".

"La penalidad de este artículo no es aplicable sino cuando se ocasiona la muerte o se puso en peligro la vida del niño abandonado" (S. 30-11-891; G 19-2-892; t. 7, pág. 454).

"La muerte del hijo recién nacido integró el delito de infanticidio definido en los artículos. . . por concurrir la inequívoca intención homicida, según resulta del hecho probado, que estableció que el niño falleció por dos motivos cuales son: no prestarle los debidos cuidados, y tratar de hacerlo desaparecer. . ." (S. 14-1-946; R 55).

"El acto realizado por el culpable de haber colocado frente a un almacén con las debidas precauciones y para ocultar la deshonra de su hija un niño que ésta dio a luz quedándose vigilando hasta que la criatura fue recogida, no constituye el delito de este artículo, que requiere interrupción en los cuidados que exige un recién nacido, poniéndole con ello en peligro, y solo integra tal hecho la falta del artículo 603, número 10, hoy 589" (S. 30-3-904 G. 25-6-904; t. 72 p. 328).

"Hay abandono de un niño siempre que se le desampare, dejándolo solo y en la imposibilidad, aunque sea momentánea, de tener asistencia y cuidados que necesita" (S. 24-11-876; G 4-2877; t. 15; pág. 536).

"Probado que el recién nacido murió no por violencia que en sus órganos se ejerciera, ni por tener suelto el cordón umbilical, sino por el abandono en que se encontró y que cae de lleno en las condiciones que expresa el artículo 488, y no cabe, por tanto confundirse con el infanticidio. . ." (S. 4-10-877; G 17-11-877; t. 17 pág. 148).

"Existe el delito de este artículo cuando a consecuencia del abandono de un niño se interrumpen los cuidados, vigilancia o asistencia, que son tan necesarias en la infancia, por lo que integra este delito, el hecho de dejar a una criatura recién nacida mal abrigada y al aire libre en noche desahogada, dando lugar con ello a su muerte" (S. 6-2-897 G 19-3-897 t. 58 pág. 137).

"El privar de alimento a una hija recién nacida, entre los seis y diez días, dejándola morir, es un delito de parricidio y no de abandono de niños, porque este artículo no excluye otra calificación cuando, como en el presente caso, constituye el hecho de otro delito más grave" (S. 12-2-892; G 5-4-892 t. 48 pág. 173).
