

EL PARRICIDIO (HOMICIDIO AGRAVADO EN RAZÓN DEL PARENTESCO O EL MATRIMONIO)

OMAR BREGLIA ARIAS¹

I. Presentación y fundamentos. Naturaleza del parricidio. Breve historia

1. Presentación

En Argentina, la fórmula del art. 80, inc. 1º del Código Penal, texto que no tuvo modificación alguna desde 1921, ley 11.729, dice: (“Se aplicará reclusión perpetua o prisión perpetua, pudiendo aplicarse lo dispuesto en el artículo 52 al que matare): *1º A su ascendiente, descendiente o cónyuge sabiendo que lo son...*”. Las calidades del vínculo, *ascendiente, descendiente² o cónyuge*, y el elemento subjetivo o instancia anímica distinta del dolo “*sabiendo que lo son*”,³ vienen del Código Penal de 1886 y de la ley 4189. En el caso de los ascendientes y descendientes se habla de “parricidio”, y en el caso de los cónyuges, de “uxoricidio”. Pero el uso de la palabra “parricidio” se extiende a ambas situaciones. Tradicionalmente, el homicidio de los ascendientes y descendientes, *ad infinitum*, es llamado *parricidio propio* (que era más grave para el parricidio de los padres) y el homicidio del cónyuge, y de otros parientes en línea recta, y colaterales (en otros países) es denominado *parricidio impropio*.

Al final del art. 80, luego de sus nueve once incisos en la actualidad, figura una inserción que hizo la ley 17.567, de 1968, por la que aparece como atenuante, de la pena de reclusión o prisión perpetua, en el caso del homicidio de ascendiente, descendiente o cónyuge, la existencia de “*circunstancias extraordinarias de atenuación*”. La pena es igual a la del homicidio simple: de “*ocho a veinticinco años de reclusión o prisión*”. Lo que ha sido criticado con razón, pues en muchos casos debería ser menos severa.

¹ Profesor Titular de Derecho Penal. Parte General en la Universidad del Este, La Plata.

² “En los términos “ascendientes o descendientes” están comprendidos todos, sin limitación de grados, ya sean legítimos o naturales” (CSJN, 2/9/31).

³ “Para apreciar el parentesco como circunstancia calificativa del homicidio, basta que el culpable sepa que la víctima es su pariente, aunque no haya reconocimiento legal” (CF Paraná, 25/7/57, LL, 95:523; CCrimCorr, 25/3/24, JA, 12-427).

En el Código de 1886 el concepto de parricidio obedecía a la siguiente fórmula: el *“que ha sabiendas mata a su padre, madre o hijo legítimo o natural o a cualquier otro ascendiente, descendiente o a su cónyuge”*. El Proyecto de 1891 agregó como víctima al *benefactor*, que después se llamará, en el Proyecto de 1906, *bienhechor*. La fórmula actual es la del Proyecto de 1917: (el que matare) a su *“ascendiente, descendiente o cónyuge, sabiendo que lo son”*. No ha tenido modificaciones en otros Proyectos.

El sistema de considerar al parricidio y al infanticidio como especies del homicidio, en razón del parentesco o relación matrimonial, ha sido seguido por otros códigos, entre los que podemos mencionar al chileno, al colombiano y al mejicano. El Código chileno, en su artículo 390, en su párrafo primero relativo al homicidio, disponía que sería castigado con la pena de muerte el que, *“conociendo las relaciones que los ligan, mate a su padre, madre o hijo, sean legítimos o ilegítimos, o a cualquier otro de sus ascendientes o descendientes legítimos o a su cónyuge”*, en tanto en su art. 394, como figura derivada del tipo fundamental de homicidio, regula al *infanticidio* con penalidad inferior en relación al parricidio y que caería bajo este tipo penal sino fuera por la especial disposición del artículo citado en último término. Por último, el Código colombiano dentro del capítulo primero del título XIII del libro Segundo referente al homicidio, considera como una circunstancia de agravación punitiva el cometer homicidio *“En la persona del ascendiente o descendiente, cónyuge, hermano, adoptante o adoptivo o pariente hasta el segundo grado de afinidad”* (art. 324-I), consignando como un homicidio privilegiado, en razón de la pena, *a la madre que durante el nacimiento o dentro de los ocho días siguientes matare a su hijo, fruto del acceso carnal violento o abusivo o de inseminación artificial no consentida* (art. 328). El Código mejicano, dice en su artículo 323, *“Al que prive de la vida a su ascendiente o descendiente consanguíneo en línea recta, hermano o cónyuge, concubina o concubinario, adoptante o adoptado, con conocimiento de esa relación, se le impondrá prisión de diez a cuarenta años. Si faltare dicho conocimiento, se estará a la punibilidad prevista en el artículo 307, sin menoscabo de observar alguna circunstancia que agrave o atenúe la sanción a que se refieren los capítulos II y III anteriores”*.

1.1. Fundamentos

Se ha dicho que el agravamiento del homicidio cuando se trata de los padres es una cuestión impuesta por la cultura. No compartimos ese criterio; nos parece, por el contrario, que no hay cosa que tenga más origen en la naturaleza.⁴ Es una realidad biológica⁵ (*substantia filiationis*), proveniente de la ley

⁴ 1. "No es posible aventurar que una criatura de apenas trece meses de edad no se comporte como una hija cuando no la dejaron vivir lo suficiente para ello. Suena a disparate que se piense en un debilitamiento del vínculo materno filial a raíz de que la pequeña víctima no controlaba sus esfínteres. Los hijos menores de edad están bajo la autoridad y cuidado de sus padres (art. 265, Cód. Civil) y el deber de cuidado incluye la protección de los incapaces, obligaciones que emanan de leyes naturales y vienen impuestas por el ordenamiento jurídico. Desde que entre los propios animales constituye un deber instintivo la protección de sus crías, resulta inadmisibles la afirmación de la defensa de que un ser humano y capaz no estaba en condiciones de cuidar a nadie. Existe omisión comisiva punible por parte de quien se encontraba jurídicamente obligado a actuar y no lo hizo. 2. Es autora de homicidio calificado por el vínculo, la mujer que intensificando los castigos contra la pequeña, le aplica un fuerte golpe que le ocasiona la rotura del parénquima hepático con masiva hemorragia intraabdominal, y la consecuente muerte a las pocas horas, contando, como en los hechos anteriores, con la pasividad del padre de la víctima. 3. Es autor de los mismos delitos el padre aludido, en razón de su pasiva, tolerante y cómplice presencia, que tuvo conocimiento directo de los castigos previos y del acto final que determinó la muerte de la niña, ya que estaba presente y se limitaba a pedirle a su concubina que la dejara o que la entrara a la vivienda; pero nunca procuró detener los crueles ataques mencionados. 4. Son agravantes para los acusados la corta edad de la víctima, y su desprotección rayana con la alevosía; y la mayor crueldad evidenciada y el prolongado e innecesario padecimiento al que fue sometida; y la indiferencia, frialdad, incorregibilidad y mal concepto vecinal. 5. Es hábil la testigo que se declaró enemiga de los encausados si tal manifestación no hace mella en su testimonio, y al pedirle amplitud sobre lo dicho, expresa que los consideraba asesinos de la propia hija, ya que no se trata de otra cosa que la posición de la sociedad y de cada uno de sus miembros frente a un asesino, que por serlo, se convierte en enemigo". Nota: Se impusieron penas de reclusión perpetua (homicidio y lesiones calificadas por el vínculo) (CCrim. Corr. Morón, Sala II, c. 8216, "Enriquez, I", 18/11/93; JPBA, XXII, t. 86, p. 50, 1993/1994).

⁵ DONNA cita a FREUD, Sigmund, *El malestar en la cultura (tótem y tabú)*. Amorrortu, t. XIII, pag. 11.

de la humana⁶, *existente aún entre los animales* y que da origen al vínculo de familia entre los individuos.⁷

La agravante se funda en la violación de los deberes derivados del vínculo familiar que media entre el autor y la víctima, en un caso, y en el menosprecio del respeto que se deben mutuamente los esposos, en el otro⁸ (NUÑEZ). El artículo, cuando habla de ascendientes y descendientes se refiere indudablemente al vínculo *de sangre*⁹; por matrimonio o no, no interesa. Cuando se trata de cónyuges, hoy se ha dejado de discutir qué pasa cuando hay divorcio. Este es *vincular*, por lo tanto los cónyuges han desatado el lazo que los unía: el homicidio no será agravado. Si no hay divorcio, se requiere que el matrimonio sea válido según la ley argentina. Volveremos después sobre esto.

⁶“La terrible responsabilidad del parricidio está basada en que el parricida ha desoído la voz poderosa, que le mandaba respetar a su padre, en que ha desconocido el sentimiento sagrado que todos los hombres encuentran en su corazón, en que hila un deber no perecedero como el reconocimiento, sino eterno en su naturaleza” (Proyecto Tejedor, nota al art. 211). El parricidio viola un principio moral inherente a la naturaleza humana (RAMOS Juan P., *Curso de Derecho Penal*, Biblioteca Jurídica Argentina, Buenos Aires, 1943, t. V, pág. 46).

⁷“Tiene entidad probatoria la versión de quien explica porqué su hermano tuvo siempre la idea de matar a su madre. Describe los movimientos de ambos dentro del departamento la noche del doble homicidio, aclara que *ambos habían concertado encontrarse allí en la ocasión* y relata cómo su hermano mató a su madre. Cómo él la ultimó, cómo deliberaron durante dos horas sobre si debían o no hacer lo mismo con su padre, como predomina la intención parricida de su hermano, y cómo él le da muerte para proceder, ambos, después, a cubrir los cadáveres y llevarlos al baúl del automóvil” (caso “Sergio y Pablo Schocklender”).

⁸“El vínculo en línea recta deriva de la naturaleza misma y cuando la ley penal califica el homicidio en estos casos, lo hace *substantia filiationis* por ley de la naturaleza o generación. Basta así la prueba de confesión, sin perjuicio de requerirse la partida de nacimiento correspondiente” (SCTucumán, 14/3/38, LL, 11-503).

⁹“El inciso 1º del artículo 80 del Código Penal, incluye, junto al conyugal, otros vínculos (que por consiguiente también resultan alcanzados por el último párrafo del art. 80); y la presencia allí de todos ellos sumada a la naturaleza de la agravante, evidencian que existe un común fundamento del severo régimen punitivo. Pero respecto del vínculo conyugal también concurren fundamentos propios que, en consecuencia, pueden no existir o no ser tan relevantes en los casos de ascendientes y descendientes” (SCJBA, 31/5/98, P 34955, JUBA).

⁹“Constituye homicidio simple (art. 79, Código Penal) la acusación de la muerte a la madre adoptiva del imputado —en el caso la justicia civil confirió la adopción plena según las disposiciones de la ley 19.134—, pues estamos ante un *vinculum iuris* y no *sanguinis* (matricidio), lo que significa que los lazos adoptivos no agravan al homicidio, ya que de lo contrario se violaría el principio de legalidad (se citó, ESTRELLA-LEMOS, *Código Penal*, Hammurabi, pgs. 69/70).

1.2. La ética y el homicidio vincular

Se ha hablado críticamente de una *eticización* del Derecho Penal, concretada al agravar el parricidio (BERNARDO DEL ROSAL BLASCO). Y explicando esta repulsa, ha dicho CERESO MIR: “Pues me parecía que, desde el punto de vista constitucional, era difícil poder sostener que la vida de una persona a la que el sujeto activo está unido únicamente por vínculos consanguíneos, aunque no exista la menor relación de convivencia o afecto entre él y el sujeto pasivo, deba de valer más para él que la vida de un extraño o que la causación de su muerte deba de considerarse objeto de un mayor desvalor de acción y reproche que la causación de la muerte de quien para el sujeto activo es un extraño, acudiendo a deberes específicos que, en algún caso, pueden no existir, aun existiendo el vínculo consanguíneo (por ej., situaciones de absoluto abandono o de no reconocimiento legal de la paternidad)”¹⁰, conceptos con los que comulga Bacigalupo¹¹, y está en contra, GRACIA MARTÍN.¹² Y también lo está BAJO FERNANDEZ.¹³ Claro que corresponde advertir que mucho de estas reflexiones se basan o inciden en la diferencia hecha en España, entre agravantes genéricas en el homicidio y figuras de asesinato, entre las que ahora el parricidio no forma parte, reducido el asesinato a tres agravantes (que tenía, antes, cinco), 1ª Con alevosía; 2ª Por precio, recompensa o prome-

¹⁰ CERESO MIR, J., “Curso de Derecho Penal Español” I, Parte General, II, Teoría Jurídica del delito, 6ª edición, Madrid, 1998, p. 403.

¹¹ BACIGALUPO, “Estudios sobre la Parte Especial del Derecho Penal, 2ª edición, Madrid, 1994, pág. 14 y ss. Según QUINTANO RIPOLLÉS es, “el parricidio, dentro del título de los delitos contra las personas, el que ya por mero nombre “conmueve más profundamente las fibras de la humana conciencia; y quizás por ello se le tiene, en común opinión de los etnólogos, (SUMMER, MAINE, THONISSEN, MANZINI) como el crimen más antiguo por antonomasia. En cierto modo, lo es también en una sistemática lógica, pudiendo servir de punto de partida al Derecho Penal, por cuanto que la muerte del *pater* deshace el primer núcleo social de la familia, rudimento de sociedad, plerórico de sentido político y aun sacral. De ahí el sumo interés que ofrecen los estudios históricos en torno al parricidio, incluso en los períodos más arcaicos, mostrando bien marcados ciclos de evolución, en los que se registra la paralela transformación de las instituciones familiares y paterno filiales, no siempre rigurosamente cronológicos, sino respondiendo a imperativos e imponderables de todo orden, sumamente complejos a veces”.

¹² GRACIA MARTÍN, en DIEZ RIPOLLÉS y GRACIA MARTÍN., “Delitos contra bienes jurídicos fundamentales. Vida humana independiente y libertad”, Valencia, 1993, p. 153.

¹³ Dice BAJO FERNANDEZ: “La reforma del Código penal de 1983 –esta reforma se mantendría en el Código de 1995 (...) hay que considerarla desafortunada al ubicar al parricidio como delito de menor gravedad que el de asesinato. No existe ningún fundamento criminológico que explique que el asesinato tenga que ser un comportamiento más gravemente castigado que el homicidio por envenenamiento, ensañamiento, o alevosía, también por precio, recompensa o promesa” (*Derecho penal*, Ceura, Madrid, 1986, págs. 45/46.

sa; 3ª Con ensañamiento, aumentando deliberada e inhumanamente el dolor del ofendido (art. 139, Código Penal español de 1995, actualmente vigente).¹⁴

Pero como si Núñez hubiera leído anticipadamente a su publicación aquellas palabras de Bernardo del Rosal Blasco, y Cerezo Mir, y las contestase, dice con énfasis: “El título tiene por otra parte, una larga tradición, se ocupan de él las más antiguas legislaciones y lo estudian, de manera especial, los más antiguos autores”.¹⁵ Aunque los escritores han variado en la determinación del vínculo. Restringido, en la Ley de las Doce Tablas, a la muerte de los padres cometida por sus hijos (mientras la muerte del hijo hecha por el padre era impune, así como la muerte del esclavo por el amo), la legislación romana lo extendió a la muerte de los demás ascendientes (con el tiempo, de los descendientes), de la esposa, de los sobrinos, de los primos, del suegro y el yerno, de la nuera y el amo. De ahí la calificación de *parricidium propio*, reservado a la muerte de los padres, ascendientes y descendientes (*in infinitum*, teóricamente, porque desde ya, la duración de la vida humana pone coto natural a esa extensión), y *parricidium impropio*, para la muerte del cónyuge, de otros parientes, en línea recta o colateral.

De cualquier manera, y pese a las palabras de NUÑEZ, –hagamos la salvedad que, pronunciadas hace ya muchos años– tenemos que admitir hoy, una creciente ola de disolución sobre los aglutinantes naturales en los lazos de sangre o conyugales, para asentar en ellos, con reconocimiento objetivo, la agravación del homicidio: la crisis que vive la familia. Es indudable, la irreverencia de los hijos frente a los padres, la pronta separación del hogar

¹⁴ CARBONELL, J. L Y CONZALEZ CUSSAC, en *Derecho Penal Especial* (VIVES ANTÓN, BOIX REIG, ORS BERENGUER, J.L. CARBONELL MATEU y GONZALEZ CUSSAC) Valencia, 1993), págs. 521 y ss., concluyen: “Por todo ello, parece deseable la derogación de esta figura, y su sometimiento a las reglas de la parte general: el parentesco no debe ser más que una circunstancia genérica”. Y así ocurrió en el Código Penal de 1995, en España”. La caracterización del parricidio para CARBONELL y GONZÁLEZ CUSSAC, con la que se quedan, es la siguiente: “el parricidio es un delito formalmente autónomo del homicidio, pues describe por sí mismo el injusto típico, pero desde una óptica material constituye un delito dependiente o no autónomo, pues su contenido de injusto es idéntico al contemplado en el homicidio” (COBO-VIVES).

¹⁵ Repiten palabras de SUMMER MAINE, THONISSEN Y MANZINI: “El parricidio por su mero nombre conmueve las fibras de la humana conciencia, y quizás por ello se le tiene en común opinión de los etnólogos como el crimen más antiguo y aun como el crimen por *autonomasia*. En cierto modo lo es en una sistemática lógica, pudiendo servir de punto de partida al Derecho penal, por cuanto que la muerte del *pater* deshace el primer núcleo social de la familia, rudimento de la sociedad, pletórico de sentido político, y aún sacral”.

conyugal para vivir solos muchachas y muchachos, son aun índices menores de esta asincronía de vida entre padre e hijos. Más graves son otras razones: rebeldías, enconos, maltratos en la infancia, abusos sexuales, castigos graves en la niñez, malos ejemplos de los mayores, no reconocimiento por parte de los padres, insubordinación y menoscabos por parte de los hijos, desatención de los ancianos en su invalidez, todo esto habla de no poder sustentarse en ese cuadro de situación, real e indiscutible, en muchísimos hogares, un establecimiento del homicidio que sólo por sí y objetivamente deba ser considerado como más grave, y en orden a una pena de reclusión o prisión perpetua. Varios países europeos ya lo han admitido así, desalojando de sus códigos al homicidio vincular. Nos referimos a esto en 1.4.

Lo mismo pasa con el matrimonio. Se ha señalado que EE.UU., hoy expone lamentablemente serios problemas de estabilidad en el matrimonio, y un creciente desinterés para llegar a él por parte de las mujeres. Por primera vez en la historia, el porcentaje de mujeres no casadas supera al de sus contrapartes. En 1950, la relación era de 35-65 y en el 2000,40-60. Hoy la relación es de 51 a 49 por ciento por parte de las mujeres. Por otra lado, la investigación estableció que el 49,7% de los hogares norteamericanos –52.2 millones sobre 111 millones– estaban formados por parejas casadas. Para justificar esta declinación del interés por el matrimonio, se atiende a las transformaciones sociales, las demandas económicas, la moral predominante y la poca influencia de los valores religiosos. Mientras las principales religiones insiste en considerar al matrimonio como una unión o un contrato forjado ante los ojos de Dios, la mayor tolerancia social y la sanción de leyes que otorgan un valor similar a la cohabitación, han traído como resultado una pérdida de la centralidad de esta institución.

“En todas partes, el matrimonio se está tornando más opcional y más frágil”, escribe Stéphanie COONTZ, en la “Historia del Matrimonio”. Una de las claves para entender esto que pasa es el cambiante rol de la mujer. La tasa de divorcio es, en EE.UU., la más alta del mundo civilizado, y un promedio de la duración de los matrimonios de siete años, ha erosionado el entusiasmo de las mujeres por la institución matrimonial. La mujer, muchas veces dice haber descubierto que la libertad que da la soltería es un bien mucho máspreciado que el anillo matrimonial. Por este camino, es muy posible que en poco tiempo sean más los países que han eliminado de sus catálogos al homicidio vincular, ya sea por lazos de sangre o por matrimonio, aspecto por lo que ha tomado favor CEREZO MIR, al comienzo de este Capítulo.

Lo que pasa en EE.UU. comienza a pasar entre nosotros. Por todas partes, es de repensar que sucedan frecuentes conflictos, hay mucha gente divorciada, hombres y mujeres. Los centros de reunión, llamados “Solos y Solas”, popularizados desde 1970, son una acabada representación de ello.

La consecuencia jurídica es no considerar agravado el homicidio dentro de los lazos conyugales o de sangre, porque la majestad de la familia y matrimonio¹⁶ ha quedado reducida a ruinas. Por ahora, Austria, Noruega, Alemania, Suiza, Bélgica, Holanda y Noruega han adoptado ya ese criterio. Digamos lo mismo que dijimos con respecto a los lazos de sangre. Centrar y basar en una situación del matrimonio como ésta, el agravamiento del homicidio, ofensivo de una “sacralidad” ya no existente en sentido general y objetivo, puede ser, a pocos años, un verdadero dislate.¹⁷ El Derecho no puede ignorar la realidad, o apartarse de ella.

1.3. Un caso culturalmente diferente

En un hecho muy distinto debió pronunciarse la justicia argentina. Se trató de un intento de un padre, de nacionalidad coreana, de recobrar la autoridad paterna frente al hijo, insultador y desafiante. El padre dispara sobre el hijo y lo hiere. Se consideró tentativa de homicidio con emoción violenta, en función del art. 81, inc. 1, Código penal, en relación con el art. 82. Pero, se tuvo en cuenta para evaluar correctamente los hechos, que la autoridad paterna estaba en juego, dentro de una cultura que le asigna a ello gran importancia, desde que el hijo, lejos de admitir la preponderancia del rol de padre, que había desafiado al insultarlo por teléfono, volvió a desafiarlo, no obstante verlo armado, y “se le fue encima”. Se dijo: “en el análisis de la conducta de un extranjero que, si bien estuvo varios años en el país, no habla español y no aparece integrado al país en el que decidió vivir, no puede dejarse de lado lo cultural; situación que

¹⁶ La llamada “violencia de género” en su expresión más cruel se ha venido haciendo numerosa, en Argentina, en los últimos tres años, a través de la muerte “por incendio” de la víctima. novia, concubina o esposa, realizada por su pareja; sólo en este último caso visto en el homicidio calificado del art. 80, inc. 1°. Hubo en 2011, 42 casos de muerte de este tipo, que es calificada, además, por ensañamiento respondiendo a la síntesis de “actos innecesarios para matar”, más actual y precisa que “hacer sentir la venida de la muerte”, frase utilizada anteriormente para describir el ensañamiento como una muerte demorada intencionalmente para mayor sufrimiento de la víctima.

¹⁷ Las palabras precedentes son una síntesis de lo que el notable columnista Mario DIAMENT, escribe en un artículo, “*El matrimonio, en una institución de crisis*”, en La Nación, de Buenos Aires, Sábado 20 de enero de 2007, pág. 4.

dista de otras comunidades como la italiana, ya que un italiano en la Argentina tiene un idioma de igual raíz, tradiciones en común y una importante cantidad de conciudadanos viviendo aquí. Muy distinto resulta el caso de la comunidad coreana con idioma, costumbres, tradición y hasta apariencia física, diferentes. Es por todos, conocido, que en Oriente en general se les da mucha importancia a los ancianos, como fuente de conocimiento y experiencia, y a quienes se respeta y venera. De ahí que en tren de analizar la conducta del procesado en modo alguno puede dejarse de lado –dado el conflicto de autoridad padre-hijo entre coreanos– que fuera muy posible que éste fuera al domicilio de sus hijos para hacer valer su condición de padre y no con un deliberado propósito homicida.¹⁸

1.4. La naturaleza del parricidio

El parricidio está considerado como un delito independiente y autónomo. No puede afirmarse sin embargo, que homicidio y parricidio sean delitos totalmente separados. Por un lado se requiere que sea *alguien* con características determinadas *el que haga un homicidio*: desde este punto de vista es un delito *especial propio*.

Pero también es un delito *especial impropio* pues su contenido de injusto es el mismo que es contemplado en el homicidio: la muerte del “otro”. El parricidio, se ha dicho con otras palabras, es un “homicidio especialmente circunstanciado” (CARBONELL MATEU-GONZALEZ CUSSAC).

Ahora bien, desde lo técnico existen autores que sostienen que el agravamiento de la pena ha de verse en la culpabilidad: es más reprochable –dicen– matar al padre que matar a cualquier otra persona, que no sea un pariente. Los

¹⁸ Dijo el tribunal: “...Esta afirmación, en cuanto a que el padre “fue a poner las cosas en su lugar”, se ve refrendada cuando el procesado efectúa un disparo para alertar su presencia, como marcó el letrado defensor en su alegato. Dispara al aire como haciendo valer su autoridad de padre anunciando su llegada. En ese momento, el hijo, lejos de admitir que se había excedido al insultar telefónicamente a su padre, se le abalanza y lo vuelve a insultar, faltándole el respeto a él y a su esposa, a la que maldijo. Entiendo que esa conducta de su hijo menor, desconociendo nuevamente la autoridad y respeto de su padre fue el disparador de la reacción de Mae Bae, que le provocó tal choque emocional que constituyó una fuerte disminución de sus frenos inhibitorios y un gran estallido de sus sentidos, que lo hizo actuar fuera de control, disparando hacia su hijo como para hacerlo desaparecer, destruirlo, aniquilarlo”. La penalidad fue de seis años y ocho meses de prisión (TOC. 18, c. 1636, “JUN MAE BAE”, 14/2/2004; JPBA, t. 127, pág. 28, fallo 59).

autores que lo ven así, manifiestan: *“Las relaciones parentales aparejan “toda una red de deberes mutuos que se plasma, a veces en declaraciones jurídicas. Esos deberes están llamados a operar, en todo caso, como normas subjetivas de determinación y, en consecuencia, la conducta del parricida, de desoír en su fuero interno la voz de esos deberes, se nos muestra como una conducta mucho más reprochable. Y sin embargo, el juicio de culpabilidad debe ser contemplado normativamente, como un reproche jurídico por la infracción del deber de no lesionar o poner en peligro, de forma típica, un bien jurídico protegido. En el parricidio más bien nos encontramos ante un mayor reproche ético, porque la lesión del bien jurídico es la misma que en el homicidio y sólo muy impropriadamente puede hablarse de infracción de mayores deberes. Podría, con ello, llegarse a la conclusión de que el parentesco no es más que una simple circunstancia agravatoria de la pena, sin que, al decir de algunos autores como GONZÁLEZ CUSSAC, ello afecte a ningún elemento del delito. Con todo, parece más adecuado reconocer que el legislador ha configurado un mayor reproche jurídico, considerando una mayor culpabilidad. Cosa distinta es que tal decisión sea aceptable desde la finalidad estrictamente tuteladora de bienes jurídicos que debe corresponder al Derecho Penal”*.

Tampoco resulta convincente justificar la pretendida autonomía del parricidio y su mayor gravedad en la peligrosidad del autor o en mayor necesidad de la pena, pues no puede afirmarse, con carácter general, ni la primera ni la segunda. Aunque esta última interpretación sea posiblemente la menos perturbadora de un sistema penal contemporáneo. Y a nuestro entender es la que debe prevalecer, pues otra distorsionaría un entendimiento jurídico de la culpabilidad.

Por todo ello, sostenían los autores mencionados, la derogación de esta figura y su sometimiento a las reglas de la Parte general: el parentesco no debe ser más que una circunstancia genérica.¹⁹ Tal cosa ocurrió, efectivamente, en el Código Penal español de 1995.

¹⁹ CARBONELL, J.C. y GONZALEZ CUSSAC, J.L., en *Derecho Penal, Parte Especial* autores: VIVES ANTÓN, BOIX REIG, ORTS BERENGUER, CARBONELL MATEU y GONZALEZ CUSSAC, Tirant lo Blach, Valencia, 1993, págs. 537/538

1.5. Breve historia del homicidio agravado por el vínculo parental y por el matrimonio

En Roma, la ley de las XII Tablas llamaba parricidio a la muerte de los padres realizada por los hijos. Esto es perfectamente natural en una concepción de la familia, en que el “*pater*” era señor de vidas. Y sin embargo, el hecho de que las antiguas leyes de Israel no prevean penas específicas para la muerte de los padres ha llamado la atención de los estudiosos; para algunos la explicación es una paradoja: la abstención estaría motivada por la “propia inverosimilitud de tal monstruosidad”. En Israel, además, los padres tenían la facultad de entregar a los hijos a la pública lapidación en casos de rebeldía y contumacia, y el sólo hecho de maldecir al padre podía tener pena capital (*Éxodo*, Cap. XXI, 25-17 y *Levítico*, XX, 9).

Esta razón que se da, a que entre los judíos la muerte de los padres por los hijos no tuviera una pena específica, precisamente por lo “increíble” de tal circunstancia, fue llevado a un extremo irracional entre los antiguos persas que, según la tradición recogida de HERODOTO, explica la ausencia de preceptos sancionadores para el hijo parricida, al que se lo castigaba como simple homicida, *porque ante lo inaceptable que tal cosa hubiera ocurrido*, se presumía, por una retorcida explicación, que era hijo espurio de la víctima.

De todas maneras, en los distintos pueblos, en épocas arcaicas prevaleció la idea de que el parricidio era solamente para la muerte del padre o de la madre o de los ascendientes. Los hijos y los descendientes permanecieron privados, o menoscabados, en esa protección. En esa orientación descansó el parricidio durante muchos años. En la civilización egipcia, el parricida –de los ascendientes– era torturado con pequeñas cañas aguzadas, se le cortaban pedazos de la carne y colocado el autor sobre haces de espinas era quemado a fuego lento. Los chinos despedazaban con cuchillos las carnes del condenado. Y el Código de Hammurabi castiga a la conyugida con empalamiento, y al hijo, golpeador de su padre, con la amputación de ambas manos.

1.6. En Grecia, el parricida podía ser perseguido y muerto, no solamente por los parientes sino por cualquier ciudadano²⁰, como lo prueban el horror mostrado en las tragedias de la Orestíada y Edipo. A nadie le era lícito prestarle asilo. Posteriormente, en Roma se llama parricidio a todas las formas

²⁰ QUINTANO RIPOLLÉS, citado por GRISOLÍA, BUSTOS y POLITOFF, Pág. 105.

de homicidio sobre un hombre libre o ciudadano, pero no el hijo o el esclavo. Por eso la palabra *par*, como hemos dicho, se interpretó correctamente que no venía de “padre” sino de “igual” o *par*. Se considera así la base etimológica de la actual “parricidio”, contra la idea de que ésta tiene que ver con *pater*.

Pero la muerte del padre o de la madre sigue teniendo terribles castigos. El más remoto caso es el de un tal Publio Maleolus que mató a su madre. Ahí comienza la historia del *culleus* o *culleum*: pena que consistía en arrojamiento al Tíber del homicida, encerrado en una bolsa de cuero. La ley *Pompeia de parricidiis* deroga esta penalidad y la substituye por destierro. Augusto restablece el *culleum*, y Adriano manda que en la bolsa se introduzcan un mono, un perro, un gallo y una serpiente, vivos, animales tenidos por parricidas (?) según el Codex e Instituta, de donde pasó a algunas instituciones medievales romanizadas, como las Partidas, mucho después. La idea era que el ajusticiado, según la expresión de Justiniano, en el momento de su muerte, “careciere de la vista del cielo antes de morir y de la tierra, después de muerto”.

Más tarde, la ley extendió exageradamente la agravante a la muerte de la esposa, suegros, yernos y nuera, sobrinos, primos y amo. Pero Constantino vuelve a limitarla a ascendientes y descendientes.

Contrariamente a la actitud del derecho germánico que prestó muy poca atención al parricidio, el Derecho Canónico mantuvo la tradición romana de respeto, y concibió en el Concilio de Calcedonia la modalidad parricida del conyugicidio. Esto se hace fuerte en el medioevo y es tema de leyendas medievales típicas, a la manera de la tragedia griega. Entre los anglosajones se ponía la vida del parricida a disposición del rey, siéndole, consecuentemente, confiscados todos los bienes en presencia de sus parientes.

En el Renacimiento, aparece otra vez el *culleum* y el parricidio tiene las más distintas extensiones, con diferencias notables entre Alemania, donde la Carolina impone al culpable, muerte por rueda y desgarramiento con tenazas; y Francia: en este país se vincula el parricidio al regicidio.

1.7. En España, con los precedentes del romanismo y la incidencia eclesiástica, se desarrolla a través de los distintos Fueros un concepto creciente

del parricidio. Con suma frecuencia aparece en los Fueros municipales la referencia a la modalidad impropia de parricidio conyugicida. Pero esta referencia es casi siempre para excusar el homicidio *rebus veneris*, perpetrado en mujer adúltera. Independientemente de esto, debe observarse que del derecho canónico, el desarrollo del conyugicidio había recibido la paridad entre hombre y mujer, o sea, la igualdad absoluta entre los cónyuges. Pero esto no ocurre en todas partes. En el Fuero de Brihuega se pena levemente al hombre que matare a su mujer, mientras la muerte del hombre por su esposa lleva a ésta a la hoguera. En las legislaciones bárbaras más romanizadas, como el Fuero Juzgo español, aparecen vestigios de la penalidad grave del parricidio, mientras en las ripuarias y longobardas se presenta la *composición*.

Con las Partidas reaparece la pena *culleun*, aquella de la bolsa de cuero cerrada, en la cual se han colocado el perro, el mono, el gallo y la serpiente, junto al hombre que va a morir ahogado, pena que con doscientos años pasados desde su inicio, se va humanizando, y llega a conservarse sólo simbólicamente: Según ESCRICHE²¹, la pena del *culleum* se mitigó en la práctica haciendo “llevar al reo al patíbulo, en serón de esparto, y luego de muerto, meter el cadáver en un cubo grande donde estaban pintados aquellos animales, y hacer la simulación de arrojarlo al río, dándole después la correspondiente sepultura”.

La Nueva y Novísima Recopilación trasiega de las Partidas sus prescripciones, que llegan de esta forma al Código Español de 1822, con la pena de muerte para el parricidio, “con los signos infamantes de vestir túnica, con soga de esparto al cuello, sin cabello en la cabeza, y cadena de hierro, que sujetando al condenado era llevada de otro extremo por el verdugo, cabalgando en mula”. La muerte que se calificaba era la del padre, la madre y descendientes en línea recta. No incluía al cónyuge, ni a otros ascendientes. El Código de 1848-1850 en España, introduce los vínculos de adopción, se incluye también al cónyuge y se ignoran los colaterales, y se mantiene la referencia a descendientes, no a ascendientes, salvo padre y madre; en definitiva, quedan protegidos el padre, la madre, los descendientes, y el esposo o la esposa.

²¹ Voz “Parricidio”, Joaquín ESCRICHE, *Diccionario razonado de legislación y jurisprudencia*, París, Librería, Garnier, 1876.

En toda esta evolución van a permanecer unas constantes. Admitido el conyugicidio, se discute su inclusión como correcta o conveniente. Pero como los casos de esta naturaleza tienen una proporción de diez a uno con referencia a los casos de muerte de los padres o ascendientes, se termina por aceptar la inclusión de los esposos.

En España, el Código de 1822 reduce el concepto del parricidio, pues sólo considera como tal la muerte de los ascendientes, penando como asesinato la de los demás parientes. El Código Penal vuelve a ampliar el registro de las víctimas, comprendiendo la muerte de los ascendientes, descendientes y cónyuge, y abarcando también la muerte del hijo adoptivo. La asignación de un capítulo con nombre propio y no sólo de un artículo, es la innovación que trae, en España, el Código de 1870, en el cual ya no está la sanción de muerte como única, ya que va de perpetua a pena de muerte. Desaparece también de la protección el parentesco por adopción. El Código de 1928 que había distinguido entre parricidio propio y parricidio impropio, como en Roma, Incluye en este último el homicidio de hermanos, afines en línea recta, padres e hijos adoptivos. En los Códigos posteriores esto no cambia hasta llegar al de 1995, donde aparece el tipo único de homicidio con atenuantes y agravantes genéricas. Dice el art. 23: *“Es circunstancia que puede atenuar o agravar la responsabilidad, según la naturaleza, los motivos y los efectos del delito, ser el agraviado cónyuge o persona a quien se halle ligado de forma estable por análoga relación de afectividad, ascendiente, descendiente o hermano por naturaleza o por adopción”*. Como vemos, parece incluida la concubina o concubino (pareja con cierta permanencia).

II. Caracterización del parricidio en Argentina y los vínculos que están incluidos. La prueba del vínculo

1. La historia legislativa

En nuestros antecedentes, encontramos esta clase de homicidio, desde Tejedor. En el Proyecto de 1891, se incluía al hermano. En otros proyectos, se ha incluyó al parentesco por adopción, y el “bienhechor”. Después de 1921, se agregan las *“circunstancias extraordinarias de atenuación”* al art. 80, inc. 1, y mencionan al final del artículo, y luego de todas las figuras calificadas, pero refiriéndose exclusivamente al homicidio vincular. La introducción de las *“circunstancias extraordinarias de atenuación”* se debe a la ley 17.567,

en 1968. Son, de otra manera, el reconocimiento de cómo había cambiado “el mundo de la familia”, en todas partes.

En Argentina, el parricidio no contiene un injusto diferente al del homicidio y el bien jurídico protegido es el mismo: la vida humana. A toda la extensión natural de la vida humana, alcanzan los términos *descendencia* y *ascendencia* que utiliza el Código. Se incluye el homicidio *entre cónyuges*.²² Se excluyen los adoptantes o adoptados²³; salvo la excepción de un abuelo que hubiera adoptado a su nieto, pero aquí el alcance de la sanción sería por la calidad de abuelo. Tampoco entran en la calificante, el concubino o la concubina. Ni los que tengan, como incluye algún Código (Colombia) un parentesco de afinidad de segundo grado. En la mayoría de los países de América, como vamos a ver más adelante, el registro de personas involucradas en el homicidio llamada corrientemente *vincular* es más vasto, y la pena menos grave.

En su momento, SOLER sostuvo que el parentesco adulterino estaba excluido, dado que por el Código Civil los hijos adulterinos, incestuosos o sacrílegos no tenían por las leyes, padre o madre, ni pariente alguno, ni derecho a hacer investigaciones judiciales sobre la paternidad o maternidad (art. 342). LEVENE,

²² Corresponde recordar que el Proyecto de 1881, art. 93, inc. 11 –a título “curioso”, dice LOPEZ BOLADO– declaraba exento de responsabilidad criminal al cónyuge que, sorprendiendo a su consorte en flagrante adulterio, hiera o mate a uno de ellos, siempre que su mala conducta no hubiera hecho excusable el actuar contra adúltero. Esto quiere decir que podía matarlos impunemente salvo que él fuera de “mala conducta”, situación en que la traición “sería” excusable y él punible por el homicidio. El art. 198 del mismo Proyecto. castigaba con prisión menor (es decir, una pena atenuada) a los padres y hermanos mayores que dieran muerte a los que encontraran yaciendo con sus hijas o hermanas menor de edad. No importaba en este caso si la joven había prestado consentimiento para “yacer”.

²³ Sin embargo, LOPEZ BOLADO, entre otros, acepta que la adopción da pie a la agravante, que de acuerdo a la ley se crea un nuevo estado de familia. Es el caso de la adopción plena, en la cual se adquieren derechos equiparables a la filiación legítima; se establece mediante dicha modalidad un vínculo de tal magnitud, que extingue el que existía con los padres naturales del adoptado (SOLER, Sebastián, derecho penal Argentino, t. III, p. 23). No comparte este criterio, CREUS, pues afirma que pese al vínculo de familia que la ley crea entre ellos, no pueden considerarse ascendientes ni descendientes en el sentido del art. 80, inc. 1º (Derecho Penal, Parte Especial, 2ª edición, Astrea, 1988, t. 1, p. 12. En esta línea de interpretación, la jurisprudencia ha afirmado, en un caso de adopción plena, que se está ante un *vinculum juris* y no *sanguinis* (matricidio), lo que significa que los lazos adoptivos no agravan al homicidio, ya que de lo contrario se violaría el principio de legalidad, pues los padres e hijos adoptivos no son ascendientes o descendientes por consanguinidad (TOC n° 25,13/9/2000, “A., J”, 13/9/2000, Suplemento de Jurisprudencia Penal, del 23-2-2001, p. 36).

tempranamente, se levantó contra esa idea. Además, dijo que los hijos adúlteros, incestuosos o sacrílegos, reconocidos voluntariamente por sus padres, podían pedirles alimentos hasta la edad de 18 años, siempre que estuvieran imposibilitados para proveer a sus necesidades (art. 343, Código. Civil). Y se preguntaba: si la ley obliga a dar alimentos ¿cómo no va a castigar más gravemente la muerte de un pariente adúlterino que la de un tercero...?²⁴ Actualmente los autores coinciden en que la relación adúlterina se incluye en el art. 80, inc. 1.

Con respecto a la Argentina, dice BUOMPADRE: “*Está agravado el homicidio de descendientes²⁵ o ascendientes sin límite, legítimos o no legítimos, y el del cónyuge.²⁶ Quedan excluidos de la agravante, los parientes por consanguinidad en línea colateral como hermanos unilaterales o bilaterales (art. 360, C. Civil), tíos, sobrinos. Se excluye también el parentesco por afinidad, o sea, suegros, yernos y nueras, cuñados (art. 363, CCivil). Sin embargo, estos parentescos pueden actuar en la graduación de la pena (arts. 40 y 41 del Código Penal), como circunstancia de calificación, como ocurre con el homicidio del concubino o la concubina. También están excluidos los vínculos por adopción*”. Conforme a una conclusión contraria, algo curioso ocurriría con esto: si el adoptado pleno mata a su padres biológicos, no es un homicidio calificado sino simple. Pero lo mismo se da si mata a su padres adoptivos²⁷, De manera que el adoptado no puede matar

²⁴ LEVENE, *El delito de homicidio*, Depalma, 1977, pág. 179.

²⁵ “Configura el delito de homicidio calificado por el vínculo, la acción del procesado que para acallar el llanto del hijo, le tapó la cabeza con una frazada, dando comienzo a un proceso de asfixia que se interrumpió por efecto de una acción vaga, 1 que, a su vez, causó el paro cardiorrespiratorio que produjo el deceso. Se excluye la figura del homicidio preterintencional, pues valorado el medio empleado, dificultar la respiración de un infante de 3 meses de vida, totalmente imposibilitado de defensa, tapando su cabeza, aparece como suficientemente idóneo para causar la muerte” (TOC, Capital Federal, N° 9, “A., I.D.”, c. 420; JPBA, t. 103, pág. 19).

²⁶ “Debe responder como autor de homicidio calificado por el vínculo, el imputado que golpeó con la mano a su esposa, provocándole heridas vitales, que la llevaron a un estado de inconsciencia no menor a 30 minutos, y lejos de auxiliarla, inmediatamente le tapó las vías aéreas con ropa de vestir y un toallón, confinándola en el baúl del vehículo de su propiedad, para prontamente llevarla al interior de un parque, donde intencionalmente incendió el citado automotor con su carga, lo que llevó a la carbonización del cuerpo de quien “sabía” era su cónyuge, ocasionándole la muerte por asfixia y regresando prontamente a su domicilio para borrar todas las huellas del crimen” (TOCrimN° 1, de Necochea, 13/6/2003, “L., M.E.”, expte. 281-1425, Irigoyen Testa, Noel, Juliano; WebRubinzal penal 7.2.3.1. r1).

²⁷ “Constituye homicidio simple (art. 79, C.P.) la causación de la muerte a la madre adoptiva del imputado –en el caso, la justicia civil confirió la adopción plena según las disposiciones de la ley 19.134– pues estamos ante un *vinculum juris* y no *sanguinis* (matricidio), lo que

dentro de la fórmula del art. 80, inc. 1. Naturalmente, en ambos casos y según las circunstancias, incidirían las disposiciones del art. 41, C.P.

Un último comentario: PEÑA GUZMAN dice, refiriéndose a las discordias del matrimonio, *“las injurias y provocaciones son más graves cuando vienen de esas personas, ligadas por lazos afectivos tan íntimos; la infidelidad de la concubina no es equiparable al engaño de la esposa: la ofensa es inmensamente mayor, Por ello el fracaso de los frenos inhibitorios de la voluntad puede ser excusable en un caso y reprochable en absoluto en el otro”*.²⁸ Debemos decir que no compartimos esa apreciación del notable maestro. La fortaleza de un lazo en una y otra institución siempre será una cuestión singular a apreciar. Abundan hoy más que nunca parejas en concubinato, sobre todo entre los jóvenes. El sentimiento puede ser muy fuerte y tanto como el del matrimonio; pero ninguna de las instituciones son una etiqueta categorial de amor, respeto, y fidelidad, que nos diga que en todos los casos esos sentimientos no faltan. El cotejo, poniendo en disculpa el homicidio en un caso, y no en el otro, no parece correcto.

De todas maneras, el concubinato, que algunos códigos penales latinoamericanos incluyen en su protección, como homicidio agravado, y que el Código Penal español de 1995, en su artículo 23, menciona como “circunstancia mixta de parentesco”, con algún eufemismo como “persona a quien se halle ligado de forma estable por análoga (al matrimonio) relación de afectividad”, no está incluido, en Argentina, en referencia a una persona tenida en cuenta para la agravación de su homicidio: el concubino o la concubina o “pareja con estado marital”.

1.2. El divorcio, ley 23.515, que reformó el Cód. Civil en los artículos 214 y 217, segunda parte, excluye el parricidio. Pero en la Argentina, en forma distinta que en España, la separación de los cónyuges no excluye el parricidio (en realidad, uxoricidio). La jurisprudencia ha afirmado que “...la breve separación personal de los esposos, no excluye la agravante prevista en el inciso 1º del art. 80, del C.P., porque esta situación no exime a los cónyuges de los deberes derivados del vínculo ni excluye la mayor sanción penal que merece el atentado contra su marido... Y más aún, probado el vínculo matrimonial y, actuando el autor

significa que los lazos adoptivos no agravan el homicidio, ya que de lo contrario se violaría el principio de legalidad” (TOC. N° 25, de Capital Federal, 13/9/2000, “A., J”).

²⁸ PEÑA GUZMAN, *El delito de homicidio emocional*, p. 349.

voluntariamente sobre la persona que sin ninguna duda conoce que es su cónyuge, la muerte acaecida por esa conducta se convierte en uxoricidio, es decir, la muerte de la mujer por su legítimo esposo (art. 80, inc. 1º, C. P), concurriendo en el caso de autos la agravante de alevosía (art. 80, inc. 2º, Cód. Penal) ya que la posición de la víctima no le permitió saber del artero hacer del sujeto activo, que aprovechó las circunstancias de nocturnidad para actuar cobardemente, sin correr riesgo alguno, no importando si la mujer dormía, pues es indiscutible que ella en su posición, no miró lo que su esposo consumaba”.²⁹

La base de un homicidio calificado como éste es el homicidio simple. Por tanto, el parricidio puede ser cometido con dolo directo, indeterminado o eventual, como ya hemos dicho.³⁰ De forma instantánea, por comisión o por comisión por omisión.³¹

²⁹ CCrimCorr, Sala V, 27/3/1979, “G.E., M.T.”, LL. 1980-B-709,35.426-S, fallo citado por DONNA, Derecho Penal, Parte Especial, 2003, Buenos Aires.

³⁰ CSª CrimCorr Mendoza, 30/7/1997, “G.B., J.E. y CG., G.M.”, LL, 1998-D. 872 (40.635-S) – DJ, 1999-1,1115, SJ. 1686: “El homicidio agravado por el parentesco admite cualquiera de los dolos posibles para la figura básica de homicidio: **directo, indirecto o eventual**. Por tanto, quien representándose como probable que con su acción –u omisión– puede ocasionar la muerte de su pariente, y con absoluta indiferencia por este resultado acciona –u omite– ocurrida la muerte del pariente su conducta será típica a la figura de parricidio”.

En contra, esta disidencia que no compartimos, porque niega la posibilidad del dolo eventual en el parricidio: “no pudiéndose establecer el factor determinante de la muerte (estrangulamiento o asfixia por obstrucción de las vías aéreas superiores) ni tampoco adjudicar el deceso al accionar conjunto de ambos imputados, siéndoles únicamente atribuible la obstrucción de los orificios respiratorios de la víctima, **no puede asignarse tal accionar antijurídico a título de dolo directo**, por lo que deben descartarse las figuras de los incisos 2º y 7º del artículo 80, del Cód. Penal, entendiéndose el homicidio como un resultado del robo (art. 165, Cód. Penal)” (CNCrimCorr, Sala II, 13/8/91, “A, L., J.C.”, causa 38.591, disidencia del Dr. Vázquez Acuña).

³¹ “Existe violación del art. 80, inc. 1º del Cód. Penal, en la decisión de la Cámara, según la cual la procesada –que **no se hallaba presente** en el momento y en el lugar del hecho– “actuó como autora pero a partir de una omisión que la equipara al autor directo, al no “brindar auxilio a sus hijos”, ni solicitar auxilio para los menores” pudiendo hacerlo y al no defender a las víctimas –frente a los castigos recibidos por éstas –pese a ser “garante” de sus vidas –conforme las obligaciones de la patria potestad (arts. 264, incs. 2º y 4º, 265 y 278, Cód. Civil– con lo que podría haber evitado “los resultados finales”, porque conceptualmente matar no es lo mismo que impedir que se mate; y la procesada no mató” (SCBA, 23/8/1994, “Cabral, María F.”, DJBA, 147-5557).

2. *¿Qué pasa con la omisión como modo homicida en el homicidio vincular?*

Los autores, en Argentina, admiten la posibilidad de que pueda existir el parricidio por omisión impropia, ya que el pariente y también el cónyuge tienen una función de garante con respecto al bien jurídico vida, de la víctima.³²

Los autores chilenos BUSTOS RAMIREZ, POLITOFF y FLISFISCH objetan la posibilidad del parricidio por omisión. Dicen: “*No presenta la acción, en este tipo, ninguna diferencia con el homicidio. Sin embargo, se suscita el problema de si puede cometerse parricidio por omisión. Al ocuparnos del homicidio por omisión, dijimos que para atribuir el resultado mortal al sujeto que tenía la posibilidad real de impedirlo, era necesario que el hechor estuviera en una determinada posición de garante con respecto al bien jurídico tutelado. Una de las fuentes de tal posición es, precisamente, la relación de parentesco. Pero “si el parentesco es la fuente de la posición garante y, por ende, la fuente de la atribución del resultado, no puede operar a la vez como fuente de agravación, puesto que ello quebrantaría el principio “non bis in idem”.*”³³ En suma, parricidio por omisión no existe; sólo existe *homicidio por omisión*”. Es muy interesante observación.

Entre nosotros, en un famoso caso se consideró la existencia de homicidio calificado por omisión. Lo hemos mencionado ya. Se trata del caso “Rial”, en

³² DONNA, EDGARDO, *Derecho Penal, Parte especial*, Rubinzal– Culzoni, Santa Fe, 1999, p. 31.

³³ Cfme, BUSTOS RAMIREZ, POLITOFF, FLISFISCH, *Omisión de socorro y homicidio por omisión*, en RCP; T. XXV, n° 3, p. 179, nota 25. De acuerdo con esta tesis, CURY, *Orientación para el estudio de la teoría del delito*, 1969, p. 305: “Recientemente, BUSTOS, POLITOFF Y FLISFISCH han demostrado que la concepción de un parricidio por omisión es, en el mejor de los casos, extremadamente discutible”. En contra, GRISOLIA: aquí no se trata de un problema de agravación sino de la *naturaleza del título*; luego, si el vínculo de parentesco es apto para fundamentar la posición de garante, éste tiene fuerza suficiente no sólo para vincular el deber jurídico de actuar sino para calificar el hecho de acuerdo con el delito de que se trata, *según la relación de parentesco existente y conocida*, sin que sea cuestión el principio del *non bis in idem* que nada tiene que hacer en este caso; el parentesco (cuando es vinculante) es inescindible en su necesario doble efecto: crea el deber de garantía y lleva el extremo objetivo del tipo de parricidio. Se ofrece como paradigma de delito de comisión por omisión el de la madre que deja de morir de hambre al niño y se enfatiza que no hay diferencia alguna con el caso de la misma madre, que, por ejemplo, da muerte al niño, estrangulándolo. Pero ¿cómo se sostiene esta afirmación si en el primer caso se tratara de un homicidio...?

el cual dos mujeres, una esposa y otra amante, mantenían una relación agresiva, plena de amenazas de muerte. Un día, sabiendo el esposo que la amante venía hacia su casa, dispuesta a matar a su esposa, no la previene a ésta cuando va —a la llamada del timbre— a abrir la puerta. La esposa lo hace, y la amante la mata. Se consideró que el esposo, tenía *posición de garante* respecto a la esposa, y debió avisarle a ésta acerca de la resolución de su amante. Ambos fueron condenados; pero el esposo, a prisión perpetua.

1) En Perú, con un articulado prácticamente idéntico, con la sola diferencia de incluir la relación por adopción y la concubinaria, se ha dicho del parricidio: “No constituye un delito con sustantividad propia (tipo *sui generis*) y por el contrario, es un homicidio *circunstanciado* calificativamente, tipo derivado en relación al homicidio simple (tipo básico).³⁴ El artículo 107 del Código Penal describe al parricidio en los siguientes términos: “*El que, a sabiendas, mata a su ascendiente, descendiente natural o adoptivo, o a su cónyuge o concubino, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de quince años*”. La relación que hay entre el art. 79, y el 80, inc. 1º, Código Penal, en nuestro país, es entonces, esa relación, no de subsidiariedad sino de especialidad. Se advierte, que tal como ocurre con el homicidio simple o tipo, las penas son menores que en Argentina. PEÑA CABRERA señala que el fundamento de la agravación es la peligrosidad demostrada; en el fondo hay más un reproche ético que otra cosa, pero si el derecho penal no tiene la función de retribuir la mayor reprochabilidad ética, sino la de prevenir la lesión de bienes jurídicos, no importa para la determinación de la pena amenazada el significado ético de la acción; de aquí se deduce que únicamente cabría la agravación del parricidio si su ejecución genera también peligro para otros bienes jurídicos.³⁵ El autor citado, dice: “controvertida en la doctrina la naturaleza autónoma o accesoria del delito de parricidio, vale decir, si constituye un injusto con sustantividad propia (tipo *sui generis*) o por el contrario, es un homicidio circunstanciado calificativamente (tipo derivado), en relación al homicidio simple (tipo básico). La solución a favor de una y otra concepción, viene determinada por el deslinde que se haga del rol que juega dentro del tipo objetivo el vínculo parental que une al agente con el sujeto pasivo, otra como elemento constitutivo, otra

³⁴ PEÑA CABRERA, RAUL, *Tratado de Derecho Penal, Parte Especial*, t. I, Ediciones Jurídicas, Lima, Perú, 1994, p. 90.

³⁵ PEÑA CABRERA, *Tratado de Derecho Penal, Parte Especial*, t. 1, Ediciones jurídicas, 1994, pág. 90.

como mera circunstancia agravatoria. Ya desde Von LISZT se aboga por la desaparición del parricidio y su sometimiento de *lege ferenda* a las reglas generales del homicidio simple. La solución a la problemática planteada no atañe solamente a una simple disquisición teórica, sino que adquiere efectos prácticos en materia de error y participación de extraños. Quien esto escribe sostuvo esta tesis en el seno de la comisión Revisora. En principio consideramos que ámbito de discusión debe centrarse en dos aspectos jurídicos básicos: la ubicación sistemática del delito analizado y la estructuración del tipo que lo prevé. El art. 107 de nuestro Código Penal no designa "*expressis verbis*" al parricida, sino que se limita a señalar su calidad de ascendiente, descendiente natural o adoptivo, cónyuge o concubino. Por otra parte no es relevante su ubicación aparte que, como afirma Roy Freire, la relación que existe entre el art. 106 y el 107 no es de subsidiariedad, sino de especialidad, dado que la acción típica es en todas las figuras, *matar*. Las modalidades de calificación o el privilegio no modifican la acción típica ni el resultado. En consecuencia, consideramos que el parricidio constituye para nuestra dogmática un delito calificado, de carácter adjetivo, por lo que excluido el vínculo de parentesco la conducta del agente se subsume en el tipo básico".

De manera distinta a cómo se interpreta en Guatemala, como vamos a ver después, en la opinión de GARCÍA MORALES, las expresiones "ascendiente", "descendiente", así, en singular, que en el criterio de este último autor remontan el vínculo sólo al padre y a la madre, en Perú, con la misma manifestación también en singular, a diferencia de la mayoría de los países, el punto de vista de PEÑA CABRERA es amplio: "El parentesco sanguíneo se mueve en línea recta. La línea de parentesco se reputa indefinida, hacia arriba y hacia abajo. Estima, en cambio, que la exigencia de que la filiación esté previamente definida antes de la comisión del delito, conforme a lo prescripto por la ley civil (arts. 375 y 376, C.C.), es excesiva, pues en el supuesto caso que la filiación no estuviera acreditada por la partida de nacimiento o con la resolución judicial la agravación no se daría, lo cual evidentemente resultaría injusto.

José Hurtado POZO, en contra de PEÑA CABRERA, dice que en lo que refiere al parricidio "la partida de nacimiento es prueba insustituible y exigida constantemente por nuestra jurisprudencia desde antes de la ciencia de nuestro

Código penal”. Y que “en cuanto a la condición de cónyuge, la única prueba es la partida de matrimonio”.³⁶ Y también dice: “mediante la expresión “a sabiendas”, el legislador excluye la posibilidad de que sea suficiente, *el dolo eventual*”. Nosotros, con expresión equivalente en la letra de la ley, “sabiendo que lo son”, consideramos que, por el contrario, es admisible el dolo eventual: ejemplificamos con el caso de quien *sabe* de que una persona es el padre, y cuando lo ve venir caminando con un amigo, a quien deplora, dispara sobre el amigo, estando en su conocimiento que tiene muy mala puntería, es decir representándose que puede matar al padre. Y esto es lo que ocurre. No hay duda que es un parricidio con dolo eventual, en lo que tenemos la aprobación de FONTAN BALESTRA. Un criterio contrario es adoptado por BORINSKY y VELA que se adelantan a decir que el homicidio vincular no admite el dolo eventual, pero lo hacen precisamente sobre la frase “sabiendo que lo son”³⁷; pero el caso es distinto. El dolo eventual al que nos referimos tiene origen en la producción del hecho letal, no en el conocimiento de quien es la persona que se mata, donde sí estaría excluido el dolo eventual.³⁸

El mismo criterio de BORINSKY y VELA, tiene BUOMPADRE. Expresa textualmente: “*Sabiendo que lo son, dice la ley, lo cual significa que el autor debe matar a la víctima “sabiendo” que se trata de un ascendiente, descendiente o cónyuge. Este saber o conocimiento debe ser asertivo, firme, categórico, acerca del vínculo parental. Por eso, el delito no puede ser imputable a título de dolo eventual*”.³⁹ Es evidente que *en ese caso* no puede haber dolo eventual. Pero en otros casos, sí, y lo hemos explicado al tratar específicamente el dolo eventual en el homicidio, ya sea simple, o agravado por el vínculo.

³⁶ HURTADO POZO, JOSE”, *Manual de Derecho Penal*, parte especial, “Homicidio y Aborto”, Lima, Perú, 1982, p. 92/93.

³⁷ BORINSKY, Mariano I. y VELA, Carlos I, “*¿Es compatible el dolo eventual con las modalidades agravadas de homicidio?*”, en “*Revista de Derecho Penal*”, 2003-2, Delitos contra las Personas-II, Rubinzal –Culzoni, Santa Fe, 2004, pág. 237 y ss.

³⁸ “El homicidio agravado por el parentesco admite cualquiera de los dolos posibles: directo, indirecto y eventual. Por tanto, quien representándose como probable que su acción –u omisión– pueda ocasionar la muerte de su pariente, y con absoluta indiferencia por ese resultado, acciona –u omite–, ocurrida la muerte del pariente, su conducta será típica a la figura de parricidio” (CCrimMendoza, 30/7/97, “G.B., J.E. y “C.G., G.M.” LL, 1998-D-872,40.635-S, y DJ, 1999-1-1986).

³⁹ BUOMPADRE, Jorge Eduardo, *Derecho Penal, Parte Especial*, Mave Editor, tomo I, Corrientes, 2003, pág. 125, c).

Igualmente que en Argentina, reiteran en Perú, que para que el parricidio se configure es indispensable que el autor tenga la certidumbre de que la persona que mata es su pariente y lo hacen también sobre la expresión “a sabiendas” del Código Peruano, art. 107, que es sinónimo de “sabiendo que lo son” (art. 80, inc. 1º, in fine). Lo apunta PEÑA CABRERA.⁴⁰

2) En Méjico, el artículo 323, ha **aumentado considerablemente al sujeto pasivo del parricidio**: *“Al que prive de la vida a su ascendiente o descendiente consanguíneo en línea recta, hermano, cónyuge, concubina o concubinario, adoptante o adoptado, con conocimiento de esa relación se le impondrá prisión de diez a cuarenta años. Si faltare dicho conocimiento, se estará a la punibilidad prevista en el artículo 307, sin menoscabo de observar alguna circunstancia que agrave o atenúe la sanción a que se refieren los capítulos II y III anteriores”*. Como vemos, se comprende en este artículo el **parricidio propio** y el **impropio**. El propio, como muerte de los ascendientes, descendientes consanguíneos en línea recta. Y el impropio, como muerte de otros parientes consanguíneos, afines y civiles como hermanos, cónyuge, adoptante, adoptado e incluso concubinos, “con conocimiento de esa relación”. PAVON VASCONCELOS⁴¹ ha reconocido la posibilidad de la omisión impropia o comisión por omisión en el parricidio. Naturalmente, la omisión simple está excluida. Clasifica al parricidio como delito material, de daño, instantáneo que es también delito *unisubsistente* y *plurisubsistente*, en el sentido de que puede consistir en un solo acto u omisión o bien en una pluralidad de actos u omisiones. Y donde hay **sujetos cualificados** y **exclusivos**, y el tipo es **individual o monosubjetivo**, dado que no se necesita concurrencia de personas para cometer este delito. Finalmente también ve al delito como se lo expresa en Argentina (BUOMPADRE), como de tipo *resultativo*, lo que llama PAVON VASCONCELOS, *tipo de formulación libre*, ya que no se consigna ninguna manera especial de hacerlo, pues cualquier medio puede ser idóneo para la configuración del parricidio, y ello dejando de lado la discusión de los medios morales. Todo ello puede aplicarse a la Argentina, en cuanto al parricidio del art. 80, inc. 1, Código Penal. Pero naturalmente con la limitación a los sujetos pasivos, “ascendientes, descendiente y cónyuge”.

⁴⁰ PEÑA CABRERA, obr. cit. ut supra, p. 95.

⁴¹ Ver, en general, PAVON VASCONCELOS, Francisco, *Delitos contra la vida y la integridad personal (Lecciones de Derecho Penal). Parte Especial*, Editorial Porrúa, Méjico, 2000.

Ve al homicidio como un tipo *complementado* del homicidio básico. La prueba de la filiación en Méjico ha de surgir de las constancias de los registros civiles, pero tratándose de una gravísima conducta, el parricidio, ello constituye una situación de hecho que puede ser demostrada con toda independencia de lo que la codificación civil exige. La comisión del delito requiere la intención y voluntad de matar. Por tanto, no se admite la forma culposa. La muerte de la persona cualificada en el artículo 323 en condición de violación del deber de cuidado, lleva a la conducta siempre al homicidio básico o simple. En cuanto al dolo eventual y siguiendo a CUELLO CALON, se acepta la forma de dolo eventual. Ello independientemente del caso particular de dolo eventual excluido en el caso del conocimiento de la relación el “sabiendo que lo son”, del articulado argentino, tal como lo apunta negativamente NUÑEZ. Apunta también PAVON VASCONCELOS a que, si la pena es grave en su máximo, cuarenta años, en su mínimo está por debajo incluso de la de homicidio simple, diez años. Por último, analiza la cuestión del concurso de personas, es decir, de quienes, por ejemplo, siendo ajenos al vínculo consanguíneo, realizan, sin embargo, una actividad que, conectada con la del autor principal, los convierte en *partícipes* del parricidio. La base para abordar este tema es el conocimiento que el tercero o *extraneus* tenga de la existencia de la relación. NUÑEZ menciona que en Italia la comunicabilidad sólo es admitida cuando las circunstancias han servido para *facilitar* la ejecución del delito. Pero en Méjico PAVON VASCONCELOS advierte que el artículo 13 del Código Penal atiende a la *no comunicabilidad de las circunstancias personales* que fundamentan la agravación de la pena. Por tanto, la responsabilidad del *extraneus* no caería dentro de la punibilidad del art. 323, sino en la del artículo 307, relativa al homicidio simple intencional, quedando al margen la agravación surgida de la relación de parentesco o vínculo.