

KUN 12051
Universidad de Chile
Facultad de Derecho
Departamento de Ciencias Penales

Derecho Penal- Parte Especial.

Parricidio - Infanticidio.

Carlos Künsemüller L.

Corregido y actualizado por Andrés Valenzuela D.
 Año 2009

TIPO DE PARRICIDIO.

Está contenido en el artículo 390 del Código Penal, constituye una figura especial de homicidio, un título independiente de imputación. Es un delito “sui generis” con respecto al homicidio, ha dicho Rodríguez Devesa. En más de alguna legislación es una forma de homicidio calificado o asesinato como en Argentina, Italia, Perú, Uruguay.

Otras legislaciones, por el contrario, carecen de preceptos específicos sobre la muerte cometido sobre un pariente: los Proyectos Chilenos de 1929 y 1938 lo consideran una suerte de homicidio agravado y hasta la reforma de la ley 17.266, el parricidio tenía asignada como pena única, la de muerte.

Históricamente ha sido consignado cómo el crimen más antiguo y en su sentido etimológico y más restringido se lo ha caracterizado como la muerte del padre por el hijo. En la época moderna se ha visto extendido, abarcando a otros vínculos de parentesco, al de matrimonio y a la convivencia, como es el caso del Código Penal Chileno.

A su vez, en el Proyecto de Código Penal Tipo para Latinoamérica se considera como hipótesis de homicidio calificado al que mate a un ascendiente, descendiente, cónyuge no separado de hecho o a la persona con quien se convive maritalmente; en el Código Penal Argentino, se tipifica el matar al ascendiente, descendiente o cónyuge, sabiendo que lo son, como homicidio. El Código Español de 1995 no contempla el parricidio como figura separada, solo el homicidio y el asesinato, este último, sobre la base de las calificantes de alevosía, premio o promesa remuneratoria y ensañamiento.

Lo anterior es sin embargo de la figuración del parentesco natural o de adopción y del vínculo conyugal como agravante genérica. En el Anteproyecto de Código Penal chileno, redactado por la comisión Foro Penal, se excluye este delito del conjunto que protegen la vida humana independiente.

ELEMENTOS DEL PARRICIDIO.

1.- Vínculo de padre, madre o hijo.

A) En la sesión 78 de la Comisión Redactora del Código Penal Chileno se dejó constancia de que el parricidio es un atentado contra los vínculos que la naturaleza ha creado entre padres e hijos por el hecho de la paternidad, no un atentado contra las relaciones de padres e hijos. Distinguía el precepto respectivo entre parentesco legítimo e ilegítimo, el cual comprendía, en la antigua nomenclatura del Código Civil, el natural y el simplemente ilegítimo. Hoy todo ello se encuentra modificado por la ley 20.066 sobre Violencia Intrafamiliar

estableciendo como elementos del parricidio la paternidad y ascendencia o descendencia sin hacer distinciones eliminando una serie de problemas que existían respecto de los vínculos legítimos e ilegítimos y la legislación civil que ya no hacía ese distingo así como respecto al parentesco por afinidad o consanguinidad los cuales, a falta de mención, se entienden ambos considerados por la norma.

B) La adopción crea profundos problemas de interpretación en torno a si queda o no incluida en el tipo, en el sentido de si es asimilable o no a los vínculos naturales parentales. Al entrar en vigencia el Código Penal, la ley chilena no contemplaba la adopción como filiación, por lo que no constituía ni parentesco ni estado civil. Las leyes que recaen sobre la materia se dictaron ya entrado el siglo XX y legislaron únicamente en los aspectos civiles, eludiendo todo pronunciamiento sobre efectos penales. Actualmente, rige la Ley 19. 620, de cuyas normas debe extraerse la interpretación respectiva, en cuanto a si en el ámbito del tipo de parricidio cabe o no incluir el vínculo de adopción entre las relaciones conocidas que deben unir al sujeto activo con el pasivo.

Según el artículo 1 de la citada ley, “la adopción confiere al adoptado el estado civil de hijo respecto del o los adoptantes en los casos y con los requisitos que la presente ley establece.” A su vez, el artículo 37, relativo a sus efectos, dispone que “La adopción confiere al adoptado el estado civil de hijo de los adoptantes, con todos los derechos y deberes recíprocos establecidos en la ley, y extingue sus vínculos de filiación de origen, para todos los efectos civiles, salvo los impedimentos para contraer matrimonio establecidos en el artículo 5 de la Ley de Matrimonio Civil, los que subsistirán.”

En el ámbito de la constitución y efectos de la adopción, el artículo 26 de la ley establece a su vez que la sentencia que acoja la adopción ordenará:

2) Que se remita el expediente a la Oficina del Registro Civil e Identificación, a fin de que se practique una nueva inscripción de nacimiento del adoptado como hijo de los adoptantes.

3) Que se cancele la antigua inscripción de nacimiento del adoptado.

Este conjunto de normas trasunta una clara voluntad de la ley en cuanto a que el adoptado, obtenida que sea esta calidad, queda desvinculado jurídicamente de su familia de origen y pasa a tener el estado civil de hijo de los adoptantes. Pero, la propia ley reconoce que esto es sólo para los efectos civiles y que subsisten los impedimentos para contraer matrimonio, establecidos en el artículo 5 de la Ley de Matrimonio Civil.

Desde que surgió la primera Ley de Legitimación Adoptiva se ha discutido en nuestra doctrina si el hijo adoptado (anteriormente conocido como legitimado adoptivamente) puede o no ser considerado sujeto activo o pasivo en el tipo de parricidio, tomando en especial consideración que la ratio legis declarada por la Comisión Redactora del Código Penal chileno fue que el parricidio es un atentado contra los vínculos naturales derivados de la paternidad y no contra las relaciones jurídicas.

Mientras estuvo vigente la Ley 16 346, los tribunales sostuvieron, en general, que “El artículo 390 del Código Penal define y establece los elementos del crimen de parricidio exigiendo la existencia de un vínculo de parentesco consanguíneo o por matrimonio entre el autor y la víctima. Todos los casos señalados por esta disposición legal —salvo el de los cónyuges- dicen relación con el vínculo natural que nace de la sangre, y no de una ficción legal como es la legitimación adoptiva que concede el estado civil de hijo legítimo aun cuando no exista el vínculo natural de padre o hijo. La muerte provocada por uno de los padres a un hijo legitimado adoptivamente o viceversa no constituye parricidio; a menos que exista entre ellos el vínculo de la sangre pues la ley 16.346 en su artículo 2° autoriza la legitimación adoptiva de un natural. En consecuencia, la conducta frustrada de la madre de dar

muerte a su hijo legitimado adoptivamente debe calificarse como señalaba la sentencia en alzada. (Que era la calificación de homicidio). (Corte de Apelaciones de Antofagasta, 09.09.1986. -)

En términos generales, pueden agruparse los argumentos contrapuestos que sustentan respectivamente, a la tesis que afirma la tipicidad de parricidio en la muerte inferida por el adoptante al adoptado y viceversa y la que niega tal tipicidad, en los siguientes:

A favor de la inclusión.

- i) La situación del adoptado genera un vínculo mucho más estrecho y con efectos jurídicos mucho más intensos que la adopción “clásica”.
- ii) La intención del legislador, claramente manifestada, es borrar por completo todos los vínculos con la familia anterior o de origen, disponiendo la práctica de una nueva inscripción de nacimiento como hijo de los adoptantes.
- iii) El adoptado es equiparado legalmente en todo al hijo de los adoptantes (antiguamente, hijo legítimo), con todos los derechos y deberes recíprocos.
- iv) La finalidad de la institución es conceder la calidad de hijo de los adoptantes al adoptado, en todos sus aspectos y sin discriminaciones, salvo las necesarias subsistencias de límites legales, como los impedimentos para contraer matrimonio, que obviamente no pueden dejar de ser respetados.

En contra de la inclusión.

- i) La razón de ser de la agravación del homicidio, en razón del especial vínculo que une a agente y víctima, deriva del atentado en contra de los nexos naturales, de sangre, que unen a ambos sujetos y no de la lesión a relaciones meramente jurídicas.
- ii) La legislación sobre adopción reconoce explícitamente la subsistencia de los vínculos naturales, al señalar que la extinción de ellos — declarada como principio general- no opera en el caso de los impedimentos para contraer matrimonio, establecidos en el art. 5° de la Ley de Matrimonio Civil. En otras palabras, la extinción o caducidad de los vínculos no es plena o total.
- iii) La extinción del vínculo natural anterior es sólo para los efectos civiles, de manera que en cuanto a los efectos penales, el problema deberá ser resuelto conforme a las normas de interpretación penal.
- iv) La ley de adopción crea una ficción de filiación — la de hijo- por razones de protección al menor abandonado o sin familia real, al cual trasplanta jurídicamente de familia, pero no es posible desconocer los lazos de sangre — la propia ley los reconoce- entre el adoptado y su familia procreadora o de origen.

En consecuencia, si se adhiere a la tesis de que el tipo objetivo del parricidio se integra con el vínculo de adopción, el adoptado que mata a su padre o madre natural y viceversa, comete parricidio. Por el contrario, si se sostiene que ese vínculo no integra el tipo objetivo, la muerte inferida por el adoptante al adoptado y viceversa, constituirá homicidio y parricidio, la muerte inferida por el adoptado a su padre o madre natural, y viceversa.

Lo anterior es sin perjuicio de los problemas de error de tipo que pudieran plantearse alrededor del conocimiento o ignorancia del vínculo de unión, como por ejemplo el adoptado por otro le da muerte a este, sin saber que es su padre adoptivo, el hijo da muerte a su padre biológico ignorando el vínculo natural que los une, creyendo que es su tío o los problemas planteados por las hipótesis de aberratio ictus, compartidos con las hipótesis de parricidio por vínculos de sangre.

En doctrina nacional, el profesor Etcheberry señala que el vínculo de adopción plena mantiene los vínculos biológicos de filiación para los efectos de configurar y sancionar el delito de parricidio y confiere a dicha adopción solo efectos civiles.

De igual opinión es el profesor Garrido Montt, para quien “el adoptado puede cometer parricidio, pero únicamente si atenta contra la vida de sus consanguíneos de sangre, si atenta contra el adoptante o viceversa, incurrirá en homicidio”.

2.- Vínculo de Matrimonio

Constituiría una excepción al motivo fundante de la agravación basado en el atentado contra vínculos naturales ya que en este caso, el objeto de la agresión, además de una persona, es una relación jurídica, un contrato. Por esta razón, son varios los autores que cuestionan la inclusión de este vínculo en la tipicidad del parricidio.

La ley se refiere, evidentemente, a un matrimonio existente y válido. Las situaciones de separación de hecho no influyen para nada, desde que no hay disolución de vínculo matrimonial.

Uno de los problemas más debatidos en esta parte es el relativo a un “matrimonio anulable”, esto es, un matrimonio que no ha sido declarado formalmente nulo a través de sentencia judicial, pero que posee un vicio de nulidad objetivamente dado. Por ejemplo, el caso de la mujer que da muerte a su ex cónyuge, quien se hallaba casada anteriormente en virtud de vínculo no disuelto (matrimonio “del bígamo”). Ese matrimonio, del sujeto casado dos veces con distintas cónyuges representa un vínculo repudiado por la ley civil y penal: constituye causal de divorcio y configura el tipo penal de celebración de matrimonio ilegal (bigamia), artículo 382 del Código Penal. Entonces, cabe preguntarse si esa relación vital entre dos personas, en cuyo contexto una mata a la otra, puede ser considerada como un bien jurídico digno y merecedor de protección penal. En otros términos, si ese “matrimonio anulable”, por el vínculo anterior no disuelto, representativo de una ilicitud sancionada por la ley, puede ser estimado como el bien jurídico que se quiere proteger a través del tipo del artículo 390 del Código Penal.

Las opiniones de la doctrina están divididas y al respecto pueden consultarse las obras de los profesores Etcheberry, Grisolfá, Bustos, Politoff y Garrido Montt. En materia de jurisprudencia, se conocía hasta hace algunos años una sola sentencia, de la Ilustrísima Corte de Apelaciones de Santiago, que había efectuado una interpretación teleológica del bien jurídico matrimonio como objeto protegido en el parricidio y concluido, frente al caso de la mujer autora del homicidio de su marido bígamo, que en tal situación no podía entenderse agredido ese bien jurídico protegido —matrimonio— castigando sólo por delito de homicidio. (Revista de Ciencias Penales, Nº 3, T.XXIV, septiembre-diciembre 1965, pág. 231 y siguientes).

En ese fallo se destacó la contradicción que significaría que un mismo vínculo matrimonial sea al mismo tiempo un hecho ilícito-delictivo, marginado de la tutela penal y un bien valioso, amparado por la ley punitiva. La interpretación es que no podría asignársele a la ley penal la ratio de proteger todo o cualquier vínculo matrimonial en el parricidio, incluso el que la propia ley penal repudia y castiga. Hay casos en que a través del elemento teleológico de la hermenéutica, debe concluirse que están fuera del ámbito del parricidio determinados matrimonios cuya agresión, además de la de la vida humana, no compromete el interés público que es el fin de la tutela normativa. El único matrimonio que reconoce nuestra legislación es el monogámico, no estando amparada la mera relación formal que no ha sido disuelta por sentencia. La Ilustrísima Corte de Apelaciones de San Miguel, a través de sentencia del 14 de Mayo de 1997, comparte mayoritariamente la doctrina del anterior fallo de 1965 (Gaceta Jurídica Nº. 203, pág. 165 y s.s.).

En éste ultimo caso, el procesado dio muerte a su cónyuge, estando en ese momento unido a otra mujer por vínculo anterior no disuelto. El voto de mayoría sostuvo que no se estaba en presencia de parricidio, sino de homicidio, sobre la base de los siguientes argumentos esenciales:

i) Que la sanción particularmente grave establecida en el art. 390 del Código Penal se fundamenta en que la conducta implica no solo un atentado contra la vida de otro, sino además, una agresión a un vínculo parental o conyugal. En otras palabras, son dos los objetos jurídicos protegidos a través del tipo de parricidio.

ii) Que el Código Penal reprueba el hecho de contraer matrimonio estando válidamente casado con anterioridad, a través del tipo de bigamia y que cada tipo penal desempeña una función específica de protección de un bien jurídico, necesitado y digno del amparo penal.

iii) Que resulta inaceptable sostener que una misma relación vital origine paralelamente un objeto jurídico valioso (protegido por el parricidio) y una situación ilícita repudiada por la ley punitiva (bigamia)

iv) Que en presencia de un “matrimonio-delito” no es posible aseverar que dicho enlace, ilegítimo en sí mismo, constituye un valor jurídico amparado por el tipo penal del artículo 390. Por el contrario, es un “disvalor jurídico” que esta proscrito de la tutela y que no puede representar el objeto jurídico “matrimonio” cuya protección persigue el parricidio.

v) Que no es primordial la cuestión de que la nulidad debe ser judicialmente declarada para que surta en este caso sus efectos propios, ya que el conflicto de fondo se relaciona, no con un problema de formalidades legales, sino con algo mucho mas sustancial, como lo es el sentido del concepto “matrimonio” en la ley penal y el fin perseguido por la norma —su ratio legis- al incorporar a dicho vínculo jurídico entre los objetos protegidos por el tipo de parricidio.

Respecto del divorcio, a su vez, se puede señalar que, inicialmente, este no tenía injerencia en asuntos de la tipicidad del parricidio toda vez que no disolvía el vínculo matrimonial. Distinta es la situación luego de la entrada en vigencia de la nueva ley de matrimonio civil en donde se incorporó en la legislación, y la sociedad chilena, el divorcio con terminación de vínculo matrimonial creándose el estado civil de divorciado.

En este orden de ideas, si una persona mata a una persona respecto de la cual tuvo vínculo matrimonial el cual fue terminado por sentencia de un tribunal de la República, no se daría el elemento vincular de matrimonio y la situación sería análoga a la existente respecto de los matrimonios anulados.

3.- Vínculo de convivencia o concubinato.

Este elemento fue incorporado el año 2005 con la ley 20.066 sobre Violencia Intrafamiliar introduciendo a la protección penal por vía de parricidio al concubinato, probablemente por amplio revuelo social que ha surgido en torno al tema de la violencia de género y la violencia en el marco de la familia, revuelo que si bien puede tener un alto impacto a nivel mediático, no necesariamente pueda tener dicha relevancia a la hora de tomar decisiones legislativas.

El concubinato puede ser definido como la unión afectiva, de cierta permanencia en el tiempo, entre dos personas, sin que medie entre ellos un vínculo matrimonial. Así, esto se refiere en términos sencillos a la generación de una “vida en común” determinada por relaciones de afecto, apoyo recíproco, eventualmente procreación (elemento recogido en el artículo 5 de la ley 20.066 al momento de determinar su ámbito de aplicación y para delimitar lo que se entiende por violencia intrafamiliar) y demás que podrían existir en un matrimonio, solo que sin la existencia de este vínculo legal.

Atendida la alarma generada por la cobertura de los medios de comunicación en torno a la denunciada alza de la violencia en el marco de familias en donde los integrantes no estaban unidos en vínculo matrimonial, se consideró necesario incorporar las situaciones de convivencia, sobre las cuales existen serias inconsistencias a la hora de definir de forma concreta y segura qué se entiende por esta “convivencia”, dentro del ya resistido tipo penal de parricidio.

Por lo tanto, luego de la reforma de 2005, si una persona mata a otra con la que se encuentra unida en concubinato, comete parricidio y no homicidio.

La cuestión, que en principio pareció adecuada atendida la alarma social por el tema e incluso un tema de sencilla implementación, puede plantear ciertos problemas en lo relativo a la tipicidad de la situación que ha de entenderse como “convivencia”

Y es que cabe preguntarse, particularmente a la luz de los requisitos de scripta, praevia y sobretudo stricta que debe tener toda ley penal, qué es lo que ha de entenderse por concubinato. Si bien es cierto que la modificación viene en el marco de la gran reforma que pretendió incorporar la violencia intrafamiliar en la legislación general chilena, no es menos cierto que dicha incorporación no proveyó, al menos en la modificación al tipo de parricidio, de los insumos normativos suficientes como para poder cumplir los estándares mínimos requeridos para una norma penal.

Lo anterior no deja de ser relevante a la hora de considerar que lo que se ha modificado es un tipo penal con una de las penas mas monstruosamente altas en el marco de la legislación chilena, tipo penal que anteriormente era sancionado con la pena de muerte, pena que por aquella concesión “humanitaria” fue reemplazada por el presidio perpetuo en su modalidad calificada.

Por tanto, la incorporación de la convivencia al parricidio se topa con este primer y gran escollo de no existir la claridad suficiente sobre lo que se va a tener que entender por convivencia. Respecto del uxoricidio el asunto es mas sencillo toda vez que el matrimonio es un vinculo legal generado en el marco de un contrato, contrato que tiene fecha cierta y es celebrado ante un funcionario público que lo autoriza, contrato que, además, encuentra su definición, regulación y efectos en el Código Civil de Bello con lo que queda satisfecho el requisito de seguridad jurídica y claridad en los términos del elemento típico.

No así ocurre respecto de la convivencia. Si bien es mas o menos claro lo que puede entenderse por un concubinato, no es menos cierto que es una situación de hecho no regulada ni menos definida por la ley, situación que puede tener ciertos elementos o carecer de otros tantos que pueden entrar a hacer dudar de la certeza de si una situación determinada es o no concubinato.

La misma ley sobre Violencia Intrafamiliar se encarga de dar algunos criterios para despejar el problema. Particularmente el artículo 5, al definir la violencia intrafamiliar, y referirse a la convivencia entre dos personas, marco para que se de la referida situación de violencia, se encarga de equiparar a esto el hecho de que dos personas tengan hijos en común. Por tanto, haciendo una interpretación sistemática de la norma y la definición hecha, puede considerarse que el hecho de que una pareja viva junta y tenga hijos en común se entiende como concubinato.

Sin embargo nada se dice de los demás casos y queda a la libre interpretación del juzgador, en base a lo planteado por los intervinientes de un caso, cuando una situación constituye o no concubinato. Y pasando del caso de la pareja con hijos en común, el problema se complica: ¿Basta la vida bajo el mismo techo para poder hablar de concubinato? ¿Qué ocurre con el hecho de vivir juntos sin hacer vida en común en donde no existen mayores vínculos que el de cohabitar una misma casa? ¿Se puede hablar de concubinato y parricidio si el agente había hecho abandono del hogar común? ¿Puede entenderse en tal caso como conviviente o solo ex conviviente? ¿Dónde se termina la convivencia para efectos del parricidio? E incluso el asunto se puede llevar aun más al extremo: ¿Puede entenderse concubinato y parricidio en el marco de parejas homosexuales? Ya que el legislador lo considera como situación análoga el matrimonio, puede señalarse que como no se concibe un matrimonio de personas del mismo sexo en Chile, es inaceptable equiparar el concubinato homosexual a una relación conyugal, pues lo protegido es una situación análoga al matrimonio, entre un

hombre y una mujer. Pero también puede argumentarse sin mucho problema que precisamente para evitar que las muertes en el marco de parejas homosexuales, que, al menos por ahora, nunca podrían estar unidas en vínculo matrimonial, queden fuera de la protección del parricidio, estas han de incluirse en el concepto de convivencia incorporado en el parricidio.

Como se aprecia, los problemas respecto al concepto mismo de convivencia, a quienes se aplica, el catalogo de condiciones que deben darse para poder considerar su existencia y su cabal definición es algo que no está resuelto de forma concreta y existen grandes espacios en blanco respecto de los cuales podrían presentarse serias dudas para poder determinar si lo que se examina es un homicidio o un parricidio, cuestión no menor sin lugar a dudas.

4.- Conocimiento de las relaciones

De acuerdo con el texto, debe el sujeto activo conocer el vínculo que lo une con la víctima. La Comisión Redactora consignó expresamente que el parricida debe conocer la vinculación (Sesión 78). Pacheco advertía en sus comentarios al Código Español de 1848-1850, que no puede haber parricidio si el que mató a su padre no sabía que era tal. "El que no supo sino que mataba a un hombre cualquiera, el que no tuvo sino esa intención, no ha cometido otro crimen que el de homicidio."

En cuanto al rol de esta exigencia, es opinión dominante la de que corresponde al elemento intelectual del dolo, comprensivo de uno de los elementos objetivos de la descripción típica, el parentesco y el matrimonio. Se aplican entonces las reglas generales del dolo- conocer y querer la realización de los elementos del tipo objetivo- partiendo del supuesto que cada tipo posee su propio dolo, en este caso, querer dar muerte al pariente o cónyuge, sabiendo que lo es.

Entre nosotros se estima suficiente el dolo eventual, no circunscribiéndose, por tanto, la faz subjetiva al dolo directo (Etcheberry, Labatut, Garrido). En contra, Grisolia, Bustos y Politoff, quienes creen que el dolo del parricidio debe restringirse al dolo directo, a la intencionalidad. Invocan, entre otros argumentos, el de la elevada penalidad asignada- que llegó a ser la pena capital en algún momento - amén de que la explícita mención del conocimiento en el tipo llevaría a restringir su ámbito al hecho cometido sólo con dolo directo, de modo que el parricidio con dolo eventual es homicidio agravado por el parentesco según lo previsto en el artículo 13 del Código Penal.

En la doctrina hispana, Del Rosal, Cobo, Mourullo señalan que quien dispara en contra de una muchedumbre, con intención de matar a cualquiera, se representa como probable la muerte de un pariente suyo que forma parte de ese grupo de gente y, por consiguiente, su muerte, y pese a ello, dispara, comete parricidio con dolo eventual.

La hipótesis culposa está absolutamente excluida. No es concebible el cuasidelito de parricidio, desde que en el tipo imprudente o negligente no hay una voluntad dirigida a la realización del tipo y en el parricidio sí es exigible una voluntad orientada hacia el resultado muerte del pariente o cónyuge, sea que se lo persiga directamente, sea que se lo acepte, previéndolo como posible. Los autores españoles antes citados, apuntan que no tiene sentido hablar de parricidio cuando el agente no conoce la relación de parentesco ni tampoco cuando aún siendo consciente de ella, no causa dolosamente la muerte.

Respecto al parricidio por omisión, deben reproducirse todas las consideraciones hechas en la Parte General, al tratar los delitos de comisión por omisión, con sus elementos esenciales: posición de garante, deber jurídico de actuación, abstención de la acción debida y esperada.

Pueden consultarse los apuntes redactados por el profesor Künsemüller sobre “Delitos de omisión.”

Otro problema central en tipo de es el de la comunicabilidad o incomunicabilidad del vínculo, que se relaciona con lo prescrito en el artículo 64 del Código Penal, en relación a las causas personales de agravación. Estas son incomunicables y afectan únicamente al sujeto portador de ella, como por ejemplo las relaciones particulares con el ofendido o cualquiera otra causa personal. Doctrina y jurisprudencia están de acuerdo en que el vínculo personal es incomunicable, cuando el autor ejecutor es el vinculado (intraneus) y el partícipe no lo es (extraneus). Ejemplo típico: el hijo da muerte a su padre, auxiliado por un amigo, quien le facilita los medios delictivos. La solución es dividir el título de imputación, parricidio para el intraneus, homicidio simple o calificado, para el extraneus, aplicando precisamente el citado artículo 64.

La situación no se presenta tan clara cuando el ejecutor es un extraño y el pariente es partícipe, inductor o cooperador. Por ejemplo la cónyuge de la víctima se concierta con su amante para darle muerte a su marido y le facilita la entrada a su casa donde duerme la víctima quien es ultimada por el extraño. La mayoría de nuestra doctrina y jurisprudencia consideran al pariente o cónyuge como partícipe de parricidio, desde que el intraneus es portador de la causa personal e interviene en un hecho consistente en darle muerte a su pariente o cónyuge, reputándolo autor el art. 15 del C. Penal (“se consideran autores”).

Un sector minoritario, entiende que hacer responsable al pariente o cónyuge de parricidio, cuando lo que en la realidad se ha cometido es un homicidio —un extraño ha dado muerte a un extraño para él- significa hacerle responsable de un delito que no ha sido realizado. Se hace aplicación del principio de la accesoriedad, de modo que hay que estarse al tipo efectiva y realmente perpetrado por el ejecutor, cual es un homicidio y es en relación a este tipo que debe apreciarse la actuación del intraneus. La conducta del partícipe (inductor, cooperador) es accesoria respecto del hecho o acto del ejecutor, que realiza el tipo, este tipo realizado por el ejecutor es el homicidio y a este accede el comportamiento del partícipe, cómplice o encubridor, pariente o cónyuge. El título de imputación sería de homicidio para todos, ejecutor y partícipes, cómplices y encubridores, ya que sólo tal delito se ha cometido en la realidad, eso sí que con la agravante del artículo 13 para el intraneus. Grisolia, Bustos y Politoff han defendido entre nosotros esta tesis minoritaria, señalando que el marco penal aplicable —homicidio agravado- permitiría imponer una pena suficientemente coherente con la gravedad del hecho. En la jurisprudencia, se recomienda ver el fallo de la Ilustrísima Corte de San Miguel, de fecha 31 de enero de 1990, publicado en Gaceta Jurídica N° 115.

TIPO DE INFANTICIDIO.

Contemplado en el artículo 394 del Código Penal, es habitual referirse a esta figura como “parricidio privilegiado”, toda vez que de no existir ella, la conducta descrita caería bajo el parricidio, con una pena mucho más elevada.

1.- Ha sido tradicional en las legislaciones clásicas establecer un tratamiento penal más benigno para la madre que mata a su criatura recién nacida, en circunstancias especiales- como perturbaciones psicofísicas del parto y el post-parto, o bien impulsada o el móvil de honor. En el Código Español de 1848-1850, se contemplaba el infanticidio para la madre soltera, viuda o casada que, para ocultar su deshonor, diere muerte a la criatura que no ha cumplido tres días de vida. También se aplicaba a los abuelos maternos que incurren en la acción para ocultar la deshonor de la mujer. La Comisión Redactora, en sus sesiones 79 y 163, introdujo importantes modificaciones a ese precepto español que se tuvo como modelo:

a) Redujo a 48 horas el plazo.

- b) Eliminó la referencia al móvil de honor, contemplándolo sólo como atenuante al igual que en el aborto.
- c) Se equiparó la penalidad para todos los sujetos activos, a diferencia del texto español, en el cual había diferencia de pena entre la madre y abuelos.
- d) Se amplió la órbita de los sujetos activos, comprendiendo a todos los ascendientes; incluida la línea paterna.

En la sesión 163 se acordó crear una figura especial, que se cometería por parientes más lejanos y hasta por extraños.

2.- Como consecuencia de la discusión en el Senado, se produjeron importantes alteraciones al texto presentado. Quedó eliminado el infanticidio cometido por extraños y parientes distintos a los comprendidos en la actual disposición. La discriminación entre los parientes produce absurdas inconsecuencias, que ya objetó en su tiempo Fuenzalida: El hermano de la criatura o un extraño la matan dentro del plazo de 48 horas: cometen homicidio, de la misma manera que si lo hacen después de las 48 horas. En cambio, para los padres o abuelos, y sólo para ellos, esa vida humana sería menos valiosa por no haber cumplido aún dos días y su muerte constituye infanticidio, no parricidio. ¿Cuál es la razón? Esto se vincula con una cuestión mucho más profunda, cuál es el fundamento racional del establecimiento de esta figura privilegiada.

Del sólo estudio de las Actas no es posible extraer ninguna razón clara y precisa. Por de pronto, el móvil de honor — clásicamente integrador del infanticidio- no fue considerado por nuestro legislador como fundante de la incriminación: en el tipo no se exige ningún móvil especial. En su discurso ante el Senado, el comisionado Reyes se refirió a “la tierna edad del ofendido, que si hace el crimen más inhumano, produce menos alarma que cuando se mata a un hombre que es una gloria para su patria o uno de aquellos de cuya vida pende la subsistencia de una familia o el porvenir de una o más generaciones.”

De estas palabras, hay quienes han querido ver una suerte de “minusvalía jurídico-penal” de la vida humana no superior a 48 horas de existencia, esta sería “menos valiosa” que la del que ha alcanzado más edad. Obviamente, en la época actual, nadie se atrevería a sustentar tal interpretación, en el sentido de que frente al sistema penal habrían vidas humanas más y menos valiosas, unas de más calidad y otras de menos, en relación a la “cantidad” de esa vida, menos de 48 horas o más. Volviendo a Fuenzalida, “esto de imponer penas menores o mayores según las horas de existencia y sin ningún motivo, es algo que repugna al buen sentido que no puede aceptar nada arbitrario”. La “subestimación” del recién nacido, como supuesto titular de una vida “menos valiosa” es algo que no merece el menor análisis ante el rango y jerarquía superior que la vida humana tiene en todo sistema jurídico, que se preocupa de dotarla de protección penal continua e ininterrumpida, sin supeditarla a una mayor o menor “calidad”.

El profesor Etcheberry señala que el único fundamento que tendría esta figura es el móvil de honor, la especial motivación que determina a la mujer a matar a su hijo recién nacido. No obstante lo respetable de esta tesis, los elementos de interpretación disponibles carecen del mérito suficiente para extraer de ellos esa conclusión, desde que nuestro legislador no introdujo en la figura ningún elemento de motivación; además, incluyó al padre y a todos los ascendientes de la criatura, que mal pueden invocar el móvil de honor – de carácter personal - que sólo cabría aceptarlo en la mujer que da a luz.

Otro autor pregunta cuál será pues, la causa útil para justificar el privilegio de mitigación de este delito. Rechaza que sea una subestimación del recién nacido, porque ella le asistiría también a los extraños que la ley no considera. Tampoco lo es la influencia del estado puerperal, porque ella mal podría afectar a los padres y a los demás ascendientes. El motivo de honor es tenido en cuenta en nuestra ley, porque considera favorecidos incluso a los ascendientes maternos y al padre legítimo. “¿Por que entonces el Código hace un tipo especial de esto de dar muerte al recién nacido? A la luz de su texto es imposible resolverlo” (Edmundo

Manríquez Bustos, Protección Penal de la Vida Humana en su Primera Etapa, p. 72)

El profesor Garrido Montt señala que la disposición del artículo 394 ha suscitado críticas que no pueden dejarse de lado, porque de su tenor se desprenden, casi con violencia, un sinnúmero de preguntas cuyas respuestas no son satisfactorias ni moral, jurídica ni socialmente. En resumen, el infanticidio es una figura muy controvertida, estando muy claro que jamás podría justificarse su permanencia en una disminución presunta de valor de la vida humana que no ha enterado cierto término. Si se mantiene el delito, su existencia deberían respaldarla motivos humanitarios, como probablemente el "honoris causa". No deja de sorprender que el legislador haya mantenido el principio "honoris causa" cuando la mujer se practica su aborto o consiente en que otro se lo cause, procediendo una rebaja de pena; se trata de una acción de matar, de destruir un germen de vida humana, -el que está por nacer- sin embargo, en el infanticidio habría sido ignorado.

El motivo de honor es también un punto cuestionado, muchos lo rechazan debido a la evolución de las costumbres, materializado lo anterior en mayor educación sexual, distinta percepción social- no tan negativa- de los hijos no deseados. Respecto de las causas o circunstancias especialmente apremiantes en que puede hallarse la mujer durante el parto o en el post-parto, la pregunta es que bastarían las causas eximentes o atenuantes generales, relativas a la inexigibilidad de otra conducta o su disminución. (artículos 10 y 11 del Código Penal)

3.- En lo que concierne al derecho comparado, ni el Código Español, ni los Códigos de Argentina y México (Distrito Federal), contemplan el tipo especial. En el Código Costarricense se tipifica la conducta de la madre de buena fama que para ocultar su deshonor diere muerte al hijo dentro de los tres días siguientes al nacimiento. (homicidio atenuado).

El Código Penal de Bolivia castiga a la madre que para encubrir su fragilidad o deshonor, diere muerte a su hijo durante el parto o hasta tres días después. Comete infanticidio según el Código Austriaco, la madre que da muerte al niño durante el parto o mientras se halla todavía bajo la influencia del proceso del parto.

El Anteproyecto de Código Penal chileno, redactado por la comisión Foro Penal, excluye el infanticidio de los delitos que protegen la vida humana, tal como lo hace, según se indicó, con el parricidio.

4.- Respecto de sus elementos, las diferencias con el parricidio saltan a la vista; la conducta típica es matar a la criatura, estando implícita la exigencia del conocimiento del vínculo. En cuanto a la comunicabilidad o incommunicabilidad del vínculo, para la opinión dominante, los problemas y soluciones son los mismos del parricidio. Sin embargo, están en desacuerdo sobre este último punto, Grisolia, Bustos y Politoff.

BIBLIOGRAFIA DE CONSULTA OBLIGADA:

Joaquín Francisco Pacheco.

Alejandro Fuenzalida.

Alfredo Etcheberry, Derecho Penal, Tomo. III

Gustavo Labatut, Derecho Penal, Tomo. II

Fancisco Grisolia, Juan Bustos, Sergio Politoff, Delitos contra el Individuo en sus Condiciones Físicas

Mario Garrido Montt, Parte Especial

Politoff, Matus, Ramírez, Lecciones de Derecho Penal Chileno, Parte Especial.

Bullemore-Mackinnon,

Eduardo Novoa Aldunate, Revista Entheos,

Sebastián Soler, Derecho Penal Argentino

Francisco Muñoz Conde, Derecho Penal, Parte Especial.

Ricardo Levene, (h) El delito de Homicidio

Carlos Creus, Parte Especial.

Santiago Huerta A. El delito de Parricidio

Edmundo Manríquez Bustos, Protección Penal de la Vida Humana en su
Primera Etapa.

RDJ y GJ.