

Parricidio por omisión: inoperancia del principio *non bis in ídem* en la construcción del tipo¹

Alejandro Leiva López

Profesor de Justicia Criminal

Facultad de Derecho

Universidad del Desarrollo

Resumen: Tanto nuestros tribunales de justicia como la mayoría de la doctrina nacional estima que no es posible la aplicación del delito de parricidio por omisión, puesto que su construcción vulneraría el principio del *non bis in ídem* contenido en el artículo 63 de nuestro Código Penal. Lo anterior lo explican, ya que se consideraría utilizado dos veces el elemento parentesco, primero: al concurrir como un elemento del tipo, y segundo: al fundar la posición de garante respecto al sujeto activo del delito.

El presente trabajo tiene por objeto demostrar que la aplicación de este delito en su modalidad omisiva no afecta el principio del *non bis in ídem*, tanto por razones de interpretación de la ley, fundamentos constitucionales, de punibilidad y de proporcionalidad en las penas.

Introducción

Este trabajo tiene por objeto realizar un aporte a nuestra literatura penal respecto del delito de parricidio y específicamente del delito de parricidio por omisión –en los casos en que su comisión se manifiesta a través de conductas pasivas– o lo que los estudiosos del Derecho Penal denominan omisión impropia.

¹ Este artículo constituye una versión mejorada y actualizada del tema central tratado en mi tesis de licenciatura denominada "Aplicación Jurisprudencial del Parricidio por Omisión", presentada a la Facultad de Derecho de la Universidad del Desarrollo el año 2010 y que ahora publicamos. LEIVA (2010), 80 p. Agradezco el apoyo y comentarios a este trabajo del profesor Nicolás Enteiche Rosales, Profesor-Investigador de la Facultad de Derecho de la Universidad del Desarrollo.

Por lo anterior, no revisaremos la discusión dogmática relativa a la procedencia o no de los delitos de omisión impropia, discusión que ya creemos zanjada tanto a nivel doctrinario como jurisprudencial.²⁻³

Así, queremos complementar la escasez de doctrina que existe en nuestro país en cuanto a este tema y entregar fundamentos que admitan la aplicación de este delito por parte de los tribunales de justicia, a fin de contribuir con un nuevo enfoque del problema e hipótesis de solución.

Lo anterior, enmarcado dentro de la imposibilidad que tienen actualmente nuestros jueces para castigar el delito de parricidio por omisión, ya que según la doctrina mayoritaria de nuestro país su aplicación vulneraría el principio del *non bis in idem*.⁴⁻⁵⁻⁶

Por tanto, (1) constataremos la forma en que la jurisprudencia y la doctrina chilena han intentado resolver este tema; (2) observaremos la normativa española; (3) expondremos nuestra tesis; y (4) concluiremos nuestra posición.

² Así fue señalado en el Anteproyecto de Código Penal confeccionado por la Comisión Foro Penal el 2005, la que al referirse a este tema declaró "(...) la unánime aceptación de la punición de la omisión impropia o comisión por omisión". Pese a ello, no se llegó a un acuerdo en cuanto a la regulación expresa en el proyecto de esta modalidad comisiva, puesto que en opinión de sus autores su inclusión sería innecesaria. Para más sobre estas discusiones véase COMISIÓN FORO PENAL (2005).

Nuestra Corte Suprema también ha sido partidaria en cuanto a condenar los delitos en su modalidad omisiva en el sentido que: "(...) existe un amplio acuerdo en que los delitos comisivos –vale decir, aquellos cuyo tipo los describe como una actividad– usualmente pueden cometerse también mediante una omisión. Ello es tanto más así, cuanto que el artículo 1° inciso 1° del Código Penal deja establecido expresamente que los delitos pueden consistir tanto en una "acción" como en una "omisión", el inciso 2° insiste en ello y el artículo 2° declara que tanto los delitos dolosos como los imprudentes (cuasidelitos) pueden ser ejecutados en cualquiera de esas formas." CORTE SUPREMA (1998), Rol N° 1338.

³ "(...) como la perspectiva de análisis es normativa y no naturalística, es perfectamente posible atribuir un determinado resultado a una omisión. Desde una esfera normativa es idéntico crear activamente ese riesgo, que estar frente a un riesgo, tener el deber de controlarlo –pudiendo claro está–, y luego no hacer nada al respecto, permitiendo que ese riesgo efectivamente lesione el bien jurídico". CARNEVALI, (2002) p. 80.

⁴ "Principio jurídico que prohíbe que una persona sea sancionada dos veces por el mismo hecho". REAL ACADEMIA ESPAÑOLA.

⁵ El artículo 63 de nuestro Código Penal establece que: "No producen el efecto de aumentar la pena las circunstancias agravantes que por sí mismas constituyen un delito especialmente penado por la ley, o que ésta haya expresado al describirlo y penarlo. Tampoco lo producen aquellas circunstancias agravantes de tal manera inherentes al delito que sin la concurrencia de ellas no puede cometerse".

El principio *non bis in idem* podemos definirlo como aquel principio en virtud del cual le está vedado al juez aumentar la pena aplicable a un determinado delito, tomando en consideración más de una vez una misma circunstancia agravante, de ahí que su traducción del latín signifique "no dos veces por lo mismo". Otros lo han definido como "(...) la principal fuente positiva de la llamada prohibición de doble valoración, corolario del principio *non bis in idem*, que impone la prohibición de utilizar en la individualización judicial los elementos que ya ha tenido en cuenta el legislador al tipificar una conducta". POLITOFF *et al.* (2006) p. 522.

⁶ También denominado como principio del *ne bis in idem*. Ver por ejemplo a MAÑALICH (2005), p. 26.

La jurisprudencia y la doctrina chilena

Como se ha bosquejado, tanto los tribunales de justicia como la gran mayoría de la doctrina nacional han estimado que no es posible la aplicación del delito de parricidio por omisión.⁷

De esta forma, al tratar la problemática de la aplicación del delito de parricidio por omisión, están de acuerdo Bustos y Politoff en que su aplicación no es posible, puesto que vulneraría el principio del *non bis in idem*. Lo anterior lo fundan en que "(...) si el parentesco es la fuente de la posición de 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*. En suma, parricidio por omisión no existe, sólo existe homicidio por omisión".⁸ Agrega Bustos que: "Sólo se podría estimar parricidio si, además, existiera una posición de garante independiente como, por ejemplo, si el padre era a la vez el salvavidas de la piscina en que se ahogó su hijo, al que no salvó pudiendo hacerlo (...)".⁹ Ésta ha sido hasta ahora la posición dominante en la doctrina nacional.¹⁰

Dos han sido los autores en Chile que se han pronunciado afirmativamente respecto de la aplicación del delito de parricidio por omisión, a saber, don Francisco Grisóla y don Mario Garrido Montt.

El primero de ellos se pronuncia al respecto sosteniendo que:

"(...) 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

⁷ Así, encontramos fallo del Tribunal Oral en lo Penal de Puente Alto en causa referida a la condena impuesta al padre de una menor de un año y siete meses de edad, quien tras ser constante y brutalmente agredida por su madre falleció, sin que el padre la auxiliara y cumpliera con su deber de garante. La sentencia señaló: "(...) respecto de la circunstancia agravante, el Tribunal rechaza su concurrencia y hace suyos los argumentos vertidos por el abogado defensor del acusado, en el sentido que si bien estamos frente a un delito contra las personas, considerar concurrente dicha agravante de responsabilidad, vulnera el principio del *non bis in idem*, por no poder condenar a una persona a quien para asentar su responsabilidad a partir de una conducta esperada, que se establece sobre la base de una fuente legal, en este caso, el parentesco, se deba tomar ese mismo elemento para atribuir una circunstancia modificatoria que agrava su responsabilidad, ello implica considerar dos veces el mismo elemento, lo que significaría una infracción al *non bis in idem*, lo que ha sido resuelto por los Tribunales Superiores de Justicia y que nos está vedado por disposición expresa del artículo 63 del Código Penal, al señalar que no producen el efecto de aumentar las penas las circunstancias agravantes que por sí mismas constituyen un delito especialmente penado por la ley o que ésta haya expresado al describirlo y penarlo (...) por estas consideraciones y visto, además, lo dispuesto en los artículos (...) se condena al acusado en calidad de autor del delito de homicidio por omisión a la pena de 15 años de presidio mayor en su grado medio (...)". TRIBUNAL ORAL EN LO PENAL, Puente Alto (2007) Rol N° 137. Véase en el mismo sentido, CORTE DE APELACIONES DE ANTOFAGASTA (2006) Rol N° 168.

⁸ POLITOFF *et al.* (1993), p. 83.

⁹ BUSTOS (1991), p. 28.

¹⁰ Entre otros autores nacionales que estiman que no procede el parricidio por omisión encontramos a Matus y Ramírez en: POLITOFF *et al.* (2006), p. 78; y CURY (1969), p. 305.

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 llena el extremo objetivo del tipo parricidio".¹¹

Posición con la que concordamos, en cuanto a que no se trata de un problema de agravación. Sin embargo, no es la solución que nosotros aplicamos al problema. Más que un doble efecto necesario que crea el parentesco al fundar la posición de garante y configurar el tipo penal, debemos estar al fin propio de la fuente de posición de garante, cual no es agravar el tipo. Este punto lo desarrollaremos con mayor profundidad más adelante.

Don Mario Garrido, por su parte, nos señala que el parentesco en el parricidio no es una circunstancia agravante, sino un elemento del tipo penal, por lo que procede la aplicación del parricidio por omisión sin que se vulnere ningún principio:

"Son cosas distintas la obligación civil de actuar, que tiene su origen en un contrato o en la relación parental –en lo cual no interviene la ley penal–, y el estado civil mismo como hecho verificable que conforma el elemento normativo del tipo, de modo que no hay violación del principio *non bis in idem*, porque la fuente de la atribución de la muerte al agente incide en la violación del deber civil que tenía de actuar, y no en el matrimonio, el parentesco o el contrato, de modo que no hay una doble valoración penal de una misma circunstancia".¹²

Posición tremendamente clarificadora, puesto que el profesor Garrido es el primero en analizar separadamente la fuente de la posición de garante –en este caso el parentesco– de la agravante por parentesco contenida en la ley penal. A partir de esta distinción plantearemos nuestra posición.

La normativa española

En España, a partir de la dictación del nuevo Código Penal del año 1995, dejó de existir el delito de parricidio, puesto que fue derogado y reemplazado por el delito de homicidio agravado por el parentesco. De esta forma, dicho código regula en el Título I de su Libro II el homicidio y sus formas, describiéndolo como "El que matare a otro será castigado, como reo de homicidio, con la pena de prisión de diez a quince años".¹³

¹¹ POLITOFF *et al.* (1993), p. 83, nota 6.

¹² GARRIDO (2005), pp. 76-77.

¹³ Artículo 138 del Código Penal español.

De esta forma, toda vez que el delito sea cometido mediando la circunstancia mixta de parentesco –regulada en el artículo 23– se procederá a agravar la pena del autor constituyendo, de acuerdo a dicha normativa, un homicidio agravado por el parentesco.

Sobre esta base, de cometerse el delito de homicidio por omisión en las personas señaladas en el artículo 23, no se produciría el problema de doble agravación que contiene nuestro artículo 63 –que como revisamos nace a partir del principio del *non bis in idem*–, puesto que la descripción legal del homicidio en el Código Penal español no comprende la agravante de parentesco como uno de sus elementos típicos, como sí sucede en nuestro código.

Sin perjuicio de ello e incluso con anterioridad a la modificación descrita, el Tribunal Supremo español ha dictado numerosos fallos –de los cuales aquí hacemos referencia a varios de ellos– en que se condena el delito de parricidio cometido mediante omisión u omisión impropia:

"En efecto, esta resolución fundamenta su condena precisamente en la comisión por omisión que dio lugar al fallecimiento de la víctima por el incumplimiento de los más elementales deberes de atención y cuidado que los procesados como garantes de la vida y la integridad física de su padre, enfermo e inválido, habían voluntariamente asumido".¹⁴⁻¹⁵

Condena pronunciada por el máximo tribunal español y que es aclaratoria en muchos aspectos, pero en especial, en que el problema de la punición del parricidio por omisión es esencialmente un problema de hermenéutica jurídica. En otras palabras, dicha legislación no contiene las trabas que en Chile ha traído la interpretación de los artículos 13, 63 y 390 del Código Penal. Si se vulnera o no el principio del *non bis in idem*, dependerá en gran medida de si nos mostramos contrarios o no a la naturaleza agravante o calificante de la posición de garante.

Adelantándonos un poco al lector, no nos cabe duda de que la posición de garante en el delito de parricidio por omisión jamás constituirá un factor de agravación del tipo.

¹⁴ TRIBUNAL SUPREMO ESPAÑOL, SALA DE LO PENAL, Madrid (1997) (a): N° de Resolución 520/1997.

¹⁵ En el mismo sentido y condenando por el delito de parricidio por omisión: TRIBUNAL SUPREMO ESPAÑOL, Madrid (1994) (b): N° de Recurso 531/1992; TRIBUNAL SUPREMO ESPAÑOL, SALA DE LO PENAL, Madrid (1996) (c): N° de Resolución 272/1996; TRIBUNAL SUPREMO ESPAÑOL, SALA DE LO PENAL, Madrid (1996) (d): N° de Resolución 746/1996; TRIBUNAL SUPREMO ESPAÑOL, SALA DE LO PENAL, Madrid (1993) (e): N° de Recurso 1193/1992; TRIBUNAL SUPREMO ESPAÑOL, SALA DE LO PENAL, Madrid (1993) (f): N° de Recurso 3065/1992.

Nuestra postura: aceptar parricidio por omisión, especialmente por razones de hermenéutica legal y de punibilidad.

Como hemos señalado, el Código Penal en su artículo 63 establece el denominado principio del *non bis in idem*. Recordemos que este principio tiene como función primordial impedir que se haga por parte del juez una doble valoración y aplicación de una misma circunstancia agravante al momento de sancionar, mediante la imposición de una pena al autor de un delito.

Así, le estará prohibido al juez, según la teoría, aplicar a quien ha cometido un infanticidio la agravante de alevosía –contemplada en el artículo 12 N° 1–, puesto que, por la naturaleza del delito, no puede cometerse sino obrando sobre seguro. De la misma forma, no podrá aplicarse la agravante de escalamiento –contemplada en el artículo 12 N° 19– a quien ha cometido un robo con fuerza en las cosas, puesto que dicho delito ya contempla la agravante en su descripción alojada en el artículo 440 N° 1.

Sobre la base de este principio, alguna parte de la doctrina nacional¹⁶ considera que el parentesco que existe entre el padre y su hijo forma parte o configura el tipo penal "parricidio", y por tanto, al cometerse dicho delito "por omisión", la posición de garante establecida en la ley, que obliga al padre a socorrer a su hijo, estaría ocupándose dos veces, primero, al describir el tipo penal, y segundo, al agravarlo.

Dicho fundamento ha llevado ineludiblemente a que los tribunales de nuestro país no condenen o no hagan aplicable el delito de parricidio por omisión, toda vez que vulnera el ya mencionado principio.

Al llegar a esta conclusión, quien cometa un parricidio a través de conductas inactivas u omisivas sólo será sancionado como autor de un delito de "homicidio" por omisión, puesto que al estar prohibida la aplicación múltiple de una misma circunstancia agravante –según se ha explicado anteriormente– el tribunal configurará el delito mediante el tipo base o fuente del parricidio, que en este caso está constituido por el de homicidio.¹⁷

Es esta técnica doctrinaria y judicial la que nos parece inaceptable, tanto desde un punto de vista teórico –principio de proporcionalidad de las penas–, como práctico –reproche penal finalmente aplicado–, ya que la aplicación de la doctrina como se ha entendido hasta ahora implica penas de hasta veinte o más años de diferencia, en el supuesto que se condene por homicidio (pena de

¹⁶ Ver, por ejemplo, POLITOFF, *et al.* (1993), p. 83; CURY (1969), cit. nota N° 6, p. 305.

¹⁷ Así lo revisamos al comienzo de este trabajo, al citar fallo en que el tribunal finalmente declaró que "(...) se condena al acusado en calidad de autor del delito de homicidio por omisión (...)". TRIBUNAL ORAL EN LO PENAL, Puente Alto (2007) Rol N° 137.

quince o menos años) en lugar de que se aplique la pena del delito de parricidio (pena de hasta presidio perpetuo calificado).¹⁸

Frente a este escenario, nos hacemos las siguientes preguntas: ¿no es acaso igual de culpable, la madre que dispara al hijo de dos años, a la madre que lo deja morir por inanición?, ¿no es por tanto igual de reprochable la conducta de ambas y merecedoras de una misma pena?, ¿no podría ser incluso más reprochable aun la madre que deja por días al hijo sin comer hasta que fallece?

Como respuesta a las preguntas anteriores, postulamos la hipótesis de que actualmente la doctrina penal y los tribunales yerran en cuanto a su postura, teniendo como principales razones aquellas de carácter interpretativo de la ley, como también razones de justicia y equidad en la aplicación de las penas.

Fundamentos para la aplicación del parricidio por omisión

Los fundamentos de nuestra posición, que pasamos a exponer, están destinados a buscar una aplicación certera y eficaz del delito –en su modalidad omisiva– por los tribunales nacionales, cuya jurisprudencia poco y nada se ha pronunciado al respecto, con excepción de ciertos fallos que tratan el problema con un poco mayor grado de profundidad.

Estamos de acuerdo, como idea inicial, en que el parentesco como circunstancia mixta de responsabilidad está contemplado en la descripción del tipo de parricidio del artículo 390. Por consiguiente, el juez no podrá aplicar al parricida la agravante de parentesco, ya que sin duda estaría sancionando dos veces por lo mismo y vulnerando el principio del *non bis in idem*. Pese a lo anterior, muy distinta es la situación de quien comete el delito de parricidio a través de una conducta omisiva.

Para poder cometer un delito por omisión debe encontrarse el hechor –ya sea el padre, el hijo, la madre, u otro de los descritos en el tipo– en una determinada posición de garante respecto de la vida de quien es víctima. Así, concordamos en que, en el caso del delito de parricidio, la posición de garante la establece la ley según las normas mayoritariamente establecidas en el Código Civil.¹⁹

¹⁸ Actualmente, según los artículos 390 y 391 del Código Penal, la pena establecida para el parricida va, desde presidio mayor en su grado máximo a presidio perpetuo calificado, y la del homicida, de presidio mayor en su grado mínimo a medio.

¹⁹ Así, el título IX del Libro I del Código Civil establece en su artículo 222 inciso segundo que: "La preocupación fundamental de los padres es el interés superior del hijo (...)". El artículo 223 del mismo título, nos dice que, aun emancipado el hijo, "(...) queda siempre obligado a cuidar de los padres en su ancianidad, en el estado de demencia, y en todas las circunstancias de la vida en que necesiten sus auxilios". Y dentro de las obligaciones entre los cónyuges, el artículo 131 establece que éstos deberán: "(...) socorrerse y ayudarse mutuamente en todas las circunstancias de la vida (...)".

De esta forma, nuestras razones para discordar con la doctrina mayoritaria y sobre las cuales fundamos la aplicación del parricidio por omisión obedecen a criterios de texto legal, motivos históricos, fundamentos constitucionales, y principalmente razones de punibilidad y hermenéutica, todas las cuales pasaremos a revisar a continuación:

En primer lugar, el parricidio es un delito autónomo e independiente de la figura del homicidio. Esto es, tanto por su ubicación en el Código, que lo trata antes que al homicidio, y porque se sanciona al sujeto activo como parricida y no como homicida.²⁰

Además y en forma independiente de la íntima similitud que exista entre ambos delitos, puesto que la conducta –matar– es la misma, históricamente su tratamiento, la sanción penal y moral aplicable a ambos ha sido totalmente diferente. El parricidio protege la vida al igual que el homicidio, sin embargo, el primero tiene una razón moral de existencia,²¹ ética o incluso de sentido común o natural.²² Protege lo más íntimo, aquello que en forma autónoma de las relaciones interpersonales entre quienes forman una familia, debe ser resguardado.²³ Lo anterior lo vemos reflejado en que no existe en nuestra sociedad conducta más reprochable, más deshonrosa o que ataque en forma más brutal el espíritu humano que aquella de quien acomete contra su hijo o padre.

Su autonomía va más allá de un mero tecnicismo jurídico, puesto que protege valores arraigados en la sociedad y que no pueden ser desconocidos y menos tratados en un nivel igual o inferior al del homicidio, no se trata de dar muerte a cualquiera. De allí que el artículo 391 de nuestro Código Penal señale como verbo rector "el que mate a **otro**", es decir, a cualquiera, y en el 390 "el que mate a su padre, madre o hijo (...)".

"Al menos para los que estimamos que el derecho no es pura lógica, sino ante todo vida cultural, no resulta del todo convincente pensar que, humanamente hablando, el parricida sea un homicida. Por mucho que lo sea formalmente, el padre es para el hijo, y el hijo para el padre, mucho más que un hombre, y el ancestral eco de reprobación moral y aun de horror que la palabra de parricidio

²⁰ GARRIDO (2005), pp. 76-77.

²¹ "Su origen es socio-religioso, por la importancia del jefe de familia para la concepción del clan y estirpe y por ello también la trascendencia religiosa de la familia (que por eso ha ampliado el parricidio a otros miembros de ella). Ya la leyenda de Edipo señala el parricidio como un delito configurado sobre la responsabilidad objetiva, basta dar muerte al padre, aunque sea casual". BUSTOS (1991), cit. nota N° 7, p. 27.

²² "Para muchos autores el parricidio es el primer delito que registra la etnología e incluso sostienen que es el *crimen antiguo* por antonomasia". POLITOFF, *et al.* (1993), p. 81.

²³ "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, plétórico de sentido político y aun sacral". QUINTANO (1972), p. 121.

evoca en todos los espíritus, es una realidad existencial y culturalista que el jurista celoso de las esencias vivas del derecho no puede ni debe desconocer, ni menos sacrificar por pruritos de sedicente tecnicismo lógico-jurídico, que sólo es respetable cuando se pone al servicio de aquellos valores, y no en pugna con ellos. Eso sin contar con que nuestro tiempo no está tan sobrado de estímulos fortalecedores de los vínculos familiares como para que desconsideradamente se dejen sin expresa y rotunda protección penal los más elementales".²⁴

Por ende, debemos tratar este delito en abstracto, independiente y en forma separada del homicidio, aplicando las mismas reglas de comisión que cualquier otro delito, esto es, que se puede cometer tanto por acción como por omisión.

El parentesco, como fuente de posición de garante, difiere sustancialmente de la agravante mixta de responsabilidad establecida en el artículo 13 del Código Penal.

No podemos utilizar la fuente de garante como un factor de agravación, puesto que no está considerado como tal, ni en la ley ni en el tipo. Hacerlo implica atentar contra el *nullum crimen*, puesto que su origen es dogmático y ajeno al texto penal.

Sostenemos esto basados en su finalidad y origen legal –de la fuente de garante–, ya que precisamente su intención es la de concurrir a la configuración o conformación de la responsabilidad del hechor, y no a su agravación. Su fin intrínseco es el de crear la obligación de resguardar un determinado bien jurídico –en este caso la vida del pariente–, posicionando al sujeto en garante de esa vida.

Se trata así –el parentesco como fuente de garante– de un elemento distinto a la agravante mixta del artículo 13, puesto que no está considerado en la descripción legal del parricidio como uno de sus elementos normativos. No integra el tipo, sino que sirve de fundamento a la obligación de actuar del hechor.

Dicho fundamento arranca, como ya se ha señalado, de una creación y construcción dogmática que nace motivada por la inexistencia de los delitos de omisión respecto del parricidio y homicidio –entre otros delitos–, construcción que es necesaria e imprescindible para la sanción de delitos cometidos por omisión. De allí que se les denomine delitos de omisión impropia, o no consagrados típicamente.

En otras palabras, se sancionará al parricida cuando su omisión vulnere un deber de actividad que arranca de un mandato normativo ajeno al texto pe-

²⁴ QUINTANO (1972), pp. 139-140.

nal, pero que dogmáticamente y a través de la aceptación generalizada de la doctrina y jurisprudencia permite ser considerada fictamente como equivalente al mandato de no matar.

Si aceptamos las posiciones de garante y sus fundamentos (sean estos la ley, el contrato o asunción, injerencia u otros)²⁵, y su punición en determinados tipos penales cuya realización se describe sólo mediante un actuar o por comisión, debemos entender que la posición de garante no pertenece al tipo.

Se trata de un factor dogmático de atribución de responsabilidad, cuyo contenido es político-criminal. Se sancionan omisiones, puesto que normativamente responden a un quebrantamiento de un deber de salvaguarda, el cual en el caso concreto hace equivalente el resultado típico a su causación, no de forma naturalística, sino netamente jurídica. No es lo mismo matar que dejar morir.

No sancionar omisiones equivaldría a un despropósito del ordenamiento jurídico-penal, el cual reconoce el disvalor de la omisión, y de su potencial facultad atentatoria del mandato normativo.

De esta forma, el parentesco a que se refiere el artículo 390, y que es considerado en la redacción del artículo 63 como parte integrante de su descripción, difiere de la fuente que posiciona al autor como garante, por lo que jamás se vulneraría el *non bis in idem* al ser considerado en la construcción de un parricidio cometido mediante omisión.

Creemos que el Derecho Penal, a diferencia de otras ramas del derecho, debe resaltar aun más la certeza como instrumento de seguridad social y jurídica.

Esto se explica por los bienes jurídicos que tiene por objeto resguardar, como lo son la vida, la libertad, el patrimonio, la honra, etc., que sabemos están reconocidos en la Constitución como derechos fundamentales y protegidos por otras ramas del derecho. Sin embargo, es esta rama –la penal– la que tiene por objeto aplicar y regular en forma material y directa la dinámica de estos bienes jurídicos cuando son atacados en forma tangible y extrema. Así, el Derecho Penal, como sabemos, deberá ser la última herramienta que ocupe el legislador a la hora de resolver aquellas situaciones en que se menoscaban bienes jurídicos tan preciados. El Derecho Penal actúa así como última *ratio*.

Sobre esta base, y cuando se trata de proteger determinados bienes jurídicos a través del derecho criminal, el legislador y consecuentemente el juez, debe ser estricto en su máxima expresión. Así no podrá aplicar o consagrar otra pena que la que "(...) señale una ley promulgada con anterioridad a su per-

²⁵ Para un análisis individual de las fuentes de garante, ver LEIVA (2012) pp. 439-456.

petración, a menos que una nueva ley favorezca al afectado", y "Ninguna ley podrá establecer penas sin que la conducta que se sanciona esté expresamente descrita en ella".²⁶

Bajo el rango constitucional de estas normas, fácil es inferir que el constituyente buscó delimitar la aplicación de los delitos y las penas al máximo, estableciendo que sólo se podrá aplicar una pena cuando la conducta a sancionar esté detalladamente descrita en la ley. Asimismo, cada una de las conductas explícitamente detalladas en la ley penal deberán contener una pena o una escala de penas, esto último, siguiendo la estructura actual de nuestro Código.

Independiente de la posición que se adopte, la pena podrá tener múltiples fundamentos: política criminal, reprochabilidad, gravedad, preventivos, proporcionalidad u otros, sin embargo, todos estos fundamentos tendrán como fin último proteger un bien jurídico determinado.

En consecuencia, ¿no es de toda lógica que cada pena establecida por el legislador tenga directa relación con el delito cometido?, ¿no tendrá, en consecuencia, cada pena o sanción un vínculo con el bien jurídico tutelado?

Procuramos explicar que, si una determinada pena o rangos de penas han sido establecidas para un determinado tipo, lo ha hecho el legislador precisamente porque ésa es la pena o las penas que satisfacen de mejor forma o restauran de mejor manera el mal, menoscabo o perjuicio causado al bien tutelado.

¿Podrá entonces el juez aplicar una pena que no está expresamente asignada a un determinado tipo, y por ende, en protección de un determinado bien jurídico?

En respuesta a estas preguntas, creemos firmemente que el juez no tendría dicha facultad, pues estaría vulnerando en forma directa el fin propio que el constituyente y el legislador se han representado para la tutela de los bienes jurídicos más preciados por la colectividad, e indirectamente estaría faltando al principio del *nullum crimen* establecido en el ya citado artículo N° 19 de la Carta Fundamental.

Tenemos la convicción de que no es posible que frente al delito de parricidio por omisión los tribunales puedan –por intermedio de un principio mal interpretado– modificar la calificación jurídica de un tipo, y por tanto aplicar una pena que no dice relación con la gravedad que ha significado infringir la protección de un bien jurídico como lo es la vida de los parientes, consanguíneos o cónyuges, y transformarlo a un homicidio con penas diversas y calificaciones legales distintas.

²⁶ Artículo N° 19 N° 3, incisos 6° y 7° de la Constitución Política de la República.

Por último, fundamos nuestra posición de acuerdo a razones de punibilidad, al principio de proporcionalidad y justicia en las penas.

¿Quién podría poner en duda que la aplicación de las penas va en directa relación con la dimensión del daño causado por el delito? Así, cada delito conlleva un nivel de peligrosidad o reproche que debe sancionar el juez según las normas que rijan las conductas constitutivas de delito en un momento dado. El profesor Cury nos señala que "El punto de partida con arreglo al cual se consagra la pena amenazada por la ley en abstracto para cada delito en general, es la magnitud del injusto respectivo, la que, a su vez, deriva de la evaluación del disvalor de la acción y resultado del hecho tipificado".²⁷

Lamentablemente, el legislador al crear, y el juez al interpretar y aplicar una determinada pena asociada a un tipo, lo hace sobre la base de mediciones ideales o fictas, puesto que dicha magnitud del injusto jamás será una proporcionalidad matemática respecto al daño causado, sino sólo una aproximación acorde a la proporción que el legislador contemporáneo crea suficiente para restaurar el orden alterado.

Así, para el legislador del siglo XVII le era de ordinaria ocurrencia que se castigara con azotes, mutilaciones u otras penas terribles al parricida, lo cual evidentemente escapa a toda proporcionalidad en nuestros tiempos.²⁸

Pese a lo anterior, tenemos la convicción de que frente a tal inexactitud o variación temporal de las penas, que no viene al caso discutir, la escala de penas y su actual cuantificación y calificación debe responder a parámetros de aplicación lógicos e igualitarios. Esto es, frente a delitos o injustos análogos, penas equivalentes.

Nuestra Constitución establece el principio de igualdad ante la ley, y que ni la ley ni autoridad alguna podrán establecer diferencias arbitrarias, con lo que se pretende consolidar –siguiendo al profesor Silva Bascuñán– "(...) que se está prohibiendo tratar en forma diferente situaciones idénticas o tratar en la misma forma situaciones diferentes (...)"²⁹⁻³⁰

²⁷ CURY, Enrique (1997), p. 314.

²⁸ Así se describen, entre otras, penas a que eran sometidos incluso delincuentes de poca monta: "En los crímenes ordinarios se condenaba a la horca a los plebeyos y a la decapitación a los nobles, pero para crímenes como el parricidio, envenenamientos, incendios y delitos contra natura se quemaba vivo al delincuente, o se le enterraba vivo, se le cortaba en trozos, o se le cocía en aceite". BECCARIA (2000), p. 7.

²⁹ SILVA (2006), p. 100.

³⁰ Con esto queremos explicar que sería completamente irracional e ilógico que frente a conductas que conllevan un mismo reproche o magnitud de injusto, la doctrina y nuestros tribunales apliquen sanciones tan inmensamente desiguales y de hasta 20 o más años de diferencia, como ya mencionamos.

Ejemplificamos lo anterior con el caso de la madre que cansada de los llantos de su hijo de un año decide acometer contra su vida asfixiándolo hasta morir.

Sin duda, se trata de una conducta constitutiva del delito de parricidio por comisión y, por tanto, dicha madre deberá ser juzgada y sancionada por haber cometido tal delito.

Por otro lado, la misma madre y con la misma intención, en vez de asfixiarlo o de acometer activamente contra su hijo, decide que dejará de alimentarlo por el tiempo necesario para conseguir su macabro fin, por lo que deja trascurrir cuatro días sin proporcionarle absolutamente ningún alimento, para al quinto día encontrar el cuerpo sin vida.

¿Alguien podrá decir que el contenido del injusto no es acaso el mismo?, ¿no existe por tanto un disvalor equivalentemente sancionable?, ¿no es incluso más reprochable aún la conducta omisiva de dejar por días al pequeño a su suerte?³¹

Una correcta interpretación de las normas revisadas tanto a nivel legal como constitucional nos muestran el camino correcto a seguir, esto es, castigar de igual formas hechos delictivos que atentan en una misma magnitud los bienes jurídicos tutelados por nuestro ordenamiento. No verlo así sólo nos lleva a diferenciar en base a falsas apreciaciones exegéticas situaciones análogas e idénticamente sancionables.

Por estas razones, sostenemos y afirmamos que el delito de parricidio cometido por omisión responde tanto legal como punitivamente al tipo consagrado en el artículo 390 del Código Penal, sin tener intervención alguna el principio del *non bis in idem*.

Conclusiones

Respecto de las tesis existentes favorables a la aplicación jurisprudencial del parricidio por omisión, fue precisamente su escasez y escueto tratamiento en manuales y libros de Derecho Penal chileno lo que nos llevó a formular una hipótesis propia.

Hemos demostrado a lo largo de este trabajo que actualmente tanto nuestras normas legales como constitucionales permiten afirmar la aplicación, como sanción penal, de la figura del parricidio por omisión.

³¹ En el mismo sentido, Grisolia en POLITOFF *et al.* (1993) p. 83, nota 6.

Lo anterior es sustentado además por los principios de proporcionalidad de las penas, el principio de igualdad ante la ley, y el principio de legalidad, todos los cuales forman parte estructural del Derecho Penal moderno.

Así es como la aplicación de esta figura no vulnera el principio del *non bis in idem* contenido en el artículo 63 del Código Penal chileno, principalmente debido a que el elemento parentesco que funda la posición de garante de los sujetos activos del tipo es sustancialmente distinta a la agravante que forma parte del tipo. En este sentido, la posición de garante no tiene por objeto agravar el tipo sino que posee una finalidad propia, cual es concurrir al fundamento del deber de actuar.

Por otro lado, llegamos a la conclusión que la inaplicabilidad o desconocimiento de este tipo penal en su modalidad omisiva, transgrede los principios de proporcionalidad de las penas y de igualdad ante la ley, además de ser punitivamente contrario a los mandatos del derecho y a la equidad.

Bibliografía

BECCARIA, Cesare, *De los delitos y de las penas*, con el comentario de Voltaire, 12ª ed., Madrid: Alianza Editorial, 2000, 215 pp.

BUSTOS, Juan, *Manual de Derecho Penal, Parte Especial*, 2ª ed., Barcelona: Editorial Ariel S.A., 1991, 414 pp.

CARNEVALI, Raúl (2002): "El delito de omisión. En particular, la comisión por omisión", *Revista de Derecho*, Escuela de Derecho, Universidad Católica del Norte (Sede Coquimbo), N° 9, 2002, pp. 69-80.

COMISIÓN FORO PENAL (2005): "Anteproyecto Nuevo Código Penal", *Revista Política Criminal*, en: http://www.politicacriminal.cl/n_01/pdf_01/d_2.pdf [Fecha de consulta: 15 de Junio de 2011]

CURY, Enrique, *Orientación para el estudio de la teoría del delito*, Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 1969, 317 pp.

CURY, Enrique, *Derecho Penal, Parte General*, Tomo II, 2ª ed., Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 1997.

GARRIDO, Mario, *Derecho Penal, Parte Especial*, Tomo III, 2ª ed., Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2005.

LEIVA, Alejandro, "Posiciones de garante en la dogmática penal: en especial crítica al principio de injerencia a la luz de la teoría de imputación objetiva de Roxin", *Revista Actualidad Jurídica*, Año XIII, N° 25 (Santiago, Ediciones Universidad del Desarrollo).

LEIVA, Alejandro, *Aplicación Jurisprudencial del Parricidio por Omisión*, Santiago: Biblioteca Universidad del Desarrollo, abril de 2010, 80 pp.

MAÑALICH, Juan Pablo, "El concurso de delitos: bases para su reconstrucción en el derecho penal de Puerto Rico", *Revista Jurídica UPR*, Vol. 74:4, (2005), pp. 1021 y ss., en:<https://litigationessentials.lexisnexis.com/webcd/app?action=DocumentDisplay&crawlid=1&srctype=smi&srcid=3B15&doctype=cite&docid=74+Rev.+Jur.+U.P.R.+1021&key=29abf809eaea f88b22e4b1b942d84f03> [Fecha de consulta: 13 de Junio de 2011]

POLITOFF, Sergio; GRISOLÍA, Francisco; BUSTOS, Juan, *Derecho Penal, Parte Especial*, 2ª ed., Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 1993, 294 pp.

POLITOFF, Sergio; MATUS, Jean Pierre; RAMÍREZ, María Cecilia, *Lecciones de Derecho Penal Chileno, Parte General*, 2ª ed., Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2006, 613 pp.

DICCIONARIO DE LA LENGUA ESPAÑOLA, Vigésima segunda edición (on line) [Fecha de consulta: 12 de Noviembre de 2009] en: http://buscon.rae.es/draeI/SrvltConsulta?TIPO_BUS=3&LEMA=non%20bis%20in%20idem

QUINTANO, Antonio, *Tratado de la Parte Especial del Derecho Penal, Revisada y puesta al día por Enrique GIMBERNAT ORDEIG*, Tomo I, 2ª ed., Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1972.

SILVA, Alejandro, *Tratado de Derecho Constitucional*, Tomo XI, 2ª ed., Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2006.

Jurisprudencia citada

CORTE DE APELACIONES DE ANTOFAGASTA (2006): Rol N° 168, 9 de noviembre de 2006 [Fecha de consulta: 14 de Julio de 2009] en: http://www.poderjudicial.cl/modulos/TribunalesPais/TRI_c_apelaciones.php?opc_menu=2&opc_item=2

CORTE SUPREMA (1998): Rol N° 1338, 24 de abril de 1998 [Fecha de consulta: 26 de noviembre de 2009] en: http://www.poderjudicial.cl/modulos/TribunalesPais/TRI_corte_suprema.php?opc_menu=2&opc_item=1.

TRIBUNAL ORAL EN LO PENAL, Puente Alto (2007): RIT N° 137, 22 de diciembre de 2007 [Fecha de consulta: 10 de Julio de 2009] en: http://www.poderjudicial.cl/modulos/TribunalesPais/TRI_tribunales_primera.php?opc_menu=2&opc_item=3.

TRIBUNAL SUPREMO ESPAÑOL, SALA DE LO PENAL, Madrid (1997) (a): N° de Resolución 520/1997, 17 de abril de 1997 [Fecha de consulta: 25 de enero de 2010] en: <http://www.poderjudicial.es/search/doAction?action=contentpdf&databasematch=TS&reference=3134400&links=%22452/1996%22&optimize=20030927>

TRIBUNAL SUPREMO ESPAÑOL, Madrid (1994) (b): N° de Recurso 531/1992, 28 de enero de 1994 [Fecha de consulta: 01 de diciembre de 2009] en: <http://www.poderjudicial.es/search/doAction?action=contentpdf&databasematch=TS&reference=3200497&links=%22531/1992%22&optimize=20030808>.

TRIBUNAL SUPREMO ESPAÑOL, SALA DE LO PENAL, Madrid (1996) (c): N° de Resolución 272/1996, 25 de marzo de 1996 [Fecha de consulta: 25 de enero de 2010] en: <http://www.poderjudicial.es/search/doAction?action=contentpdf&databasematch=TS&reference=3126539&links=paricidio%20por%20omisi%F3n&optimize=20031003>.

TRIBUNAL SUPREMO ESPAÑOL, SALA DE LO PENAL, Madrid (1996) (d): N° de Resolución 746/1996, 23 de octubre de 1996 [Fecha de consulta: 25 de enero de 2010] en: <http://www.poderjudicial.es/search/doAction?action=contentpdf&database=TS&reference=3133846&links=%222491/1995%22&optimize=20030927>.

TRIBUNAL SUPREMO ESPAÑOL, SALA DE LO PENAL, Madrid (1993) (e): N° de Recurso 1193/1992, 21 de diciembre de 1993 [Fecha de consulta: 25 de enero de 2010] en: <http://www.poderjudicial.es/search/doAction?action=contentpdf&database=TS&reference=3142588&links=%221193/1992%22&optimize=20030918>.

TRIBUNAL SUPREMO ESPAÑOL, SALA DE LO PENAL, Madrid (1993) (f): N° de Recurso 3065/1992, 18 de octubre de 1993 [Fecha de consulta: 25 de enero de 2010] en: <http://www.poderjudicial.es/search/doAction?action=contentpdf&database=TS&reference=3184100&links=%223065/1992%22&optimize=20030823>.