

ELEMENTOS CONSTITUTIVOS DEL HOMICIDIO

Por Francisco P. Laplana

El estudio de los elementos constitutivos del homicidio exige el previo esclarecimiento de algunas cuestiones.

Por de pronto, el homicidio es un delito contra la vida humana, lo que obliga a saber qué es la vida como bien jurídico tutelado por el derecho penal; si se trata de un bien disponible para su titular —cuestión de la que emana una serie de equívocos y malentendidos, sobre todo en materia de trasplantes de órganos—; con qué criterios se diferencia el tipo del homicidio de otros tipos de delitos contra la vida, etc.

Dilucidados estos temas fundamentales, vayamos directamente al asunto que nos ocupa ahora.

Ante todo, es imprescindible distinguir entre elementos constitutivos (*esenciales delicti*) y elementos circunstanciales (*accidentales*) o simplemente, circunstancias del delito.

Los primeros son aquellos que hacen a la esencia misma del tipo y que, por lo tanto, como denota la expresión, lo *constituyen*. Dicho en otros términos: son los elementos que hacen que un tipo sea tal, y no otro diferente o un hecho simplemente lícito.

En cambio, los elementos circunstanciales —del latín *circum-stante*— son los que pueden rodear el delito, estar en su *derechador*. Vendrían a ser como el adjetivo, que se agrega al sustantivo para calificarlo o determinarlo. En nuestra lengua se mantiene dicho significado, por ejemplo, en los vocablos *circunvolución*, *circunnavegación*, *circuncisión*, . . .

En términos generales, puede decirse que una *figura básica* está dada, precisamente, por los elementos constitutivos del tipo. Las circunstancias o elementos circunstanciales se agregan a la figura básica y producen el efecto de agravar o atenuar las penas. De ahí que se distinga entre circunstancias *aggravantes* y *atenuantes*. Otros prefieren referirse a circunstancias *calificativas* y *privilegiadas*, traduciendo así del alemán; pero es obvio que hay mengua de claridad si no se concreta que es lo que califica *agrava* o *atenúa*, del mismo modo que identificar lo *atenuado* con lo *privilegiado* parecería un exceso semántico. Lo que sí conviene recordar es que *calificar* o *calificantes* son voces impropias.

Podríamos hacer el esquema siguiente:

FB (figura básica) = EC (elementos constitutivos)

CAg (circunstancias agravantes) = FB + CAg

CAt (circunstancias atenuantes) = FB + CAt

En consecuencia, en las hipótesis agravadas y atenuadas se contienen siempre todos los elementos constitutivos de la figura básica más el agregado de las circunstancias específicas de agravación o de atenuación, según el caso.

No cabe duda alguna de que el art. 79 C.P. es la figura básica del homicidio simple, a partir de la cual es necesario precisar los elementos del tipo y luego las circunstancias que lo agravan o atenúan.

Sin embargo, sea por el laconismo de algún tratado o por otras distorsiones conceptuales, es conveniente profundizar algo más.

En primer lugar, es inadmisibles reputar como tipos de homicidio el *cuipo* (art. 84 C.P.) y el *preintencional* (art. 82 C.P.) porque sus elementos constitutivos son distintos de los que integran el homicidio simple.

En segundo lugar, es inaceptable introducir tipos como el de *parricidio* y el de *asesinato*, por analogía con códigos penales extranjeros y, por ende, extraños a la raíz dogmática de nuestra ley penal.

En tercer lugar, el *infanticidio* (art. 81, 2° C.P.) es un homicidio atenuado y no un tipo penal autónomo.

En cuarto lugar, el delito de *instigación o ayuda al suicidio* es un tipo *per se*, pues la acción posible no es la de matar a otro, sino la de matarse, o sea, darse muerte a sí mismo.

En quinto lugar, el aborto es también un delito contra la vida de otro, que no es ya la de persona nacida o en trance de nacer (homicidio), sino la del producto de la concepción hasta el nacimiento (tutela penal de la vida intrauterina, distinta de la vida de la madre).

Acercas del *parricidio* habría mucho que decir. Baste, por ahora, con advertir que el código penal argentino carece de una disposición semejante a la del código penal español de 1870: "El que matase a su padre, madre o hijo, sean legítimos o ilegítimos, será castigado como parricida con la pena de cadena perpetua a muerte". Los sujetos pasivos calificados que menciona nuestro código (art. 80, 1° C.P.) no modifican la acción de matar —primer elemento constitutivo del tipo—, ni autorizan a dar el *nomen iuris* de parricidio sin apoyo dogmático alguno y sin esclarecer los problemas que sigue suscitando el veintísimo crimen castel. Para nosotros, pues, se trata lisa y llanamente de un homicidio agravado.

Por lo que concierne al *asesinato*, sabido es que en otros países existen sistemas diversos del nuestro.

Así en España, el homicidio simple (art. 413) se configura de este modo: "Es no simple de homicidio, el que, sin estar comprendido en el art. 411 (parricidio), matare a otro no concurriendo alguna de las circunstancias enumeradas en el art. 412" (asesinato).

En Alemania existen el *Mord* (asesinato) y el *Totschlag*. En Inglaterra, el *murder* y el *manslaughter*. En Francia, el *assassinat* y el *meurtre*, sin perjuicio del *parricide*, del *empoisonnement* y del *meurtre* conexo con otro delito.

Casi todas estas distinciones y algunas otras, derivan de la práctica penal.

Para Julio Claro, por ejemplo, el *homicidium simplex* comprendía: a) *ex necessitate*; b) *ex casu*; c) *ex dolo*. Pero, además, existía el *homicidium qualifitatum* vel *deliberatum*, que incluía: a) *ex proposito*, único supuesto de homicidio deliberado, que luego fue a dar en la *premeditación*; b) *ex insidia*; c) *proditorum*; d) *per assassinationem*, que abarcaba el homicidio por precio o por mandato.

Mientras prevalece la práctica, tal es el criterio de la opinión común; pero a medida que se dictan leyes de carácter regional o nacional y, sobre todo, cuando aparecen los códigos en el siglo XIX, las líneas generales se mantienen hasta cierto punto o se diversifican hasta cambiar.

En estos sistemas que derivan de la práctica penal, cabe advertir una simple enumeración de figuras, relativamente desvinculadas entre sí, que pueden ser tratadas desde los tiempos más antiguos. Algunas de ellas remontan a la *lex Cornelia de sicariis et de veneficiis*. El parricidio proviene, cuando menos, de la *lex Pompeia de parricidio* (81 antes de C.), aunque también se cita una ley de Numa Pompilio: *Si quis hominem liberum alicui morte dedit, parricidii esto*. Sobre este último texto, habría hoy coincidencia en que debe entenderse parricidio, o sea, que se refiere a la muerte de un par, al homicidio de un hombre libre. En Alemania, el origen del *Mord* se sitúa en épocas anteriores a la ley Cornelia, verbigracia, en el *Mordwid* de la ley Ripuaria, relativo al homicidio con ocultamiento de la acción o del cadáver (*homicidium occultum*); lo que después llevó a la distinción entre el "homicidio secreto" (*heimlich*) y el abierto o franco, en lucha (*offenen*), en relación conceptual con el homicidio a traición o alevé.

El curso precedente se limita a tomar como punto de partida a un práctico, como Julio Claro, y una época en que ya está en marcha la formación del derecho penal común europeo —con sus tres elementos: el romano, el canónico y el germánico—, así como la propia formación particularista de los estados europeos.

Tales bases sirven tan sólo como referencia para esforzarnos por reconstruir el sistema de nuestro derecho penal vigente, señalando, como desviación, lo que no converge a dicho sistema.

Por eso se debe observar:

1°) Una cosa es la historia de las instituciones de derecho penal, que ha de concretarse a una época y a un sistema jurídico determinado, y otra, muy distinta, por cierto, valerse de denominaciones que no tienen sustento en la ley argentina y, a mayor abundamiento, despiertan resonancias diversas y contradictorias.

2°) Una cosa es el derecho penal comparado —que puede incluso proponerse cuestiones de *lex convalidando*— y otra muy diferente el estudio dogmático de la ley penal positiva.

3°) En ningún caso, la ley penal argentina vigente acoge tipos o figuras delictivas como el parricidio y el asesinato.

4°) Nuestra ley penal responde al siguiente sistema con respecto al tipo del homicidio: una figura básica (art. 79 C.P.) formada por los elementos esenciales de dicho tipo, y, además, figuras circunstanciales de agravación (arts. 80 y 80 bis C.P.) y de atenuación (arts. 81, 1° y 2° CP).

Ahora bien, los elementos esenciales o constitutivos del homicidio simple y, por ende, de todo homicidio agravado o atenuado, son cuatro, a saber:

1°) La acción de matar, que consiste en destruir la vida de una persona física nacida o naciente.

2°) El dolo, o elemento subjetivo, que establece la diferencia con el homicidio por culpa o imprudencia y con el llamado homicidio preterintencional.

3°) El resultado punible (*eventus, effectus, exitus*) que es la muerte de otro.

4°) La relación de causalidad material entre la acción y el resultado.

Cuando nuestro código penal expresa que comete homicidio "el que matare a otro", es obvio, que como regla, no considera a sujetos activos o pasivos especialmente calificados. En consecuencia, carece de sentido dogmático sostener que los "sujetos", sean elementos constitutivos del tipo. Repárese en que "sujeto activo" es, por fuerza de la expresión y de la lógica, el que realiza, ejecuta o cumple la acción. Esto significa, pues, que el elemento esencial en la acción, y tratándose del homicidio, la acción de matar.

Por excepción, hay sujetos activos y pasivos calificados en varios delitos de nuestro código penal.

En lo que atañe al homicidio, por ejemplo, hay sujetos activos y pasivos calificados en el art. 80, 1º C.P., en el 80 bis y en el 81, 1º y 2º C.P.

No faltan quienes plantean la cuestión —o suudo cuestión— del sujeto pasivo del homicidio, por más que se refiera, en puridad, al comienzo de la existencia de las personas.

El art. 29 del código civil español no considera persona al feto, pues la existencia de aquella comienza desde el nacimiento. Una sentencia del Tribunal Supremo español del 5 de mayo de 1902, dijo que: "No es homicidio la muerte del ser que no llegó a tener vida extrauterina". Por eso afirma un autor tan reputado como Cuello Calón: "Sujeto pasivo del homicidio es el hombre vivo. La muerte del feto no es homicidio; porque el feto no es un hombre, sino una esperanza de hombre". Y agrega el mismo autor, al hablar del parricidio: "Es menester la muerte de un hombre; la muerte del feto no constituye este delito", a la vez que expresa en nota: "La muerte del feto a consecuencia de la causada a la madre no constituye parricidio por faltar en el embrión la personalidad que, según el art. 29 del código civil, se adquiere por el nacimiento, 7 de mayo 1902".

Entre nosotros, casi por analogía, llega a sostenerse que según el art. 74 del C. Civil argentino "la existencia de las personas comienza con la separación completa del seno materno".

Sin embargo, nuestro artículo 74 reza: "Si muriesen antes de estar completamente separados del seno materno, serán considerados como si no hubiesen existido". Mientras que el art. 70 dice muy claramente: "Desde la concepción en el seno materno comienza la existencia de las personas; y antes de su nacimiento pueden adquirir algunos derechos, como si ya hubiesen nacido. Esos derechos quedan irrevocablemente adquiridos si los concebidos en el seno materno naciesen con vida, aunque fuera por instantes después de estar separados de su madre".

De lo expuesto, resulta paladinamente que el precedente hispano, alejado en el tiempo y en el espacio, no concierne a los elementos constitutivos del homicidio, sino al comienzo de la existencia de las personas. Además, que contrariamente a lo que sostienen algunos reputados penalistas, la existencia de las personas físicas comienza desde la concepción en el seno materno, por coincidir lo que dispone el código civil con el sistema dogmático —no meramente sancionatorio— del código penal. En efecto, por una parte, la condición de que el feto nazca con vida, se refiere exclusivamente a la adquisición de algunos derechos, pero no al derecho a la vida que existe, desde el punto de vista de la tutela penal, tanto para la persona nacida como para la persona que aun no ha nacido y no es una simple esperanza de vida; por otra parte, si fuera cierto que el embrión o el feto debe nacer con vida, no sólo no habría homicidio, sino tampoco aborto, ya que no existiría el objeto del delito por haber muerto el producto de la concepción antes de estar completamente separado del seno materno.

Paralelamente al erróneo criterio de que la existencia de las personas comienza desde la completa separación del claustro materno —debida a resonancias hispanas— se aduce también que puede cometerse homicidio o infanticidio desde que comienzan los

obitos del parto hasta la separación completa del feto. Este último criterio proviene de Alemania. En tiempos de Frank, Schönke, Schröder, Olshausen y otros se decía que, de semejante modo, extendiase la posibilidad de cometer homicidio, en detrimento del aborto y, por añadidura, se respetaba el "rigor biológico de la noción de vida" (Quintano Ripollés).

En rigor de verdad, no se trata de antinomias o de variaciones conceptuales entre *hombre* y *feto*, o entre *hombre* y *embrión*, así como tampoco entre *vida* y *per se esse* o *existencia de vida*.

Para el código penal argentino, es innegable que el aborto es un delito contra la vida del feto concebido (embrión o feto), que es también persona en sentido jurídico y biológico. Si no fuera así, si el embrión o el feto carecieran de personalidad biológica y jurídica, desaparecería el delito de aborto, a semejanza de lo que sucedía, durante cierto lapso, con la anacrónica doctrina de la *embriación*.

En fin, el infanticidio, que es un homicidio atenuado, puede cometerse durante el nacimiento (art. 81, 2º C.P.) De manera, pues, que éste es el dato dogmático necesario para sostener, como elemento constitutivo del homicidio, el resultado muerte de la persona física nacida o en trance de nacer (*nasciturus, nascente*). Correlativamente, el aborto también es, por obra del sistema de código penal argentino, delito contra la vida de la persona no nacida, que vive en el seno materno y tiene derecho a una tutela penal autónoma de la de la madre y coincidente con los bien entendidos intereses de la comunidad.

La expresión *durante el nacimiento* significa que este último ocurre cuando el feto se desplaza o sale desde la cavidad uterina hacia afuera, sea por los movimientos propios del trabajo de parto, sea por la ayuda médica (forceps) e incluso por operación cesárea.