



El Parentesco por Afinidad en el Derecho Penal Argentino y Comparado

POR EL

Prof. Marcelo Finzi

Secretario del Instituto de Derecho Comparado de la Universidad Nacional
de Córdoba

SUMARIO

Advertencia

Límites y finalidades del presente ensayo.

A

Generalidades

- N° 1. — Elenco de las disposiciones del Código penal argentino en las que se encuentra mencionada la palabra "afín".
- N° 2. — Disposición en la que se encuentra la palabra "cuñados".
- N° 3. — Carácter con que se presenta la calidad de afín en las disposiciones mencionadas antes.
- N° 4. — Cuáles categorías de "afines" se consideran en las disposiciones aludidas.

B

Afines en línea recta

- N° 5. — De dónde debe ser extraída, a los fines penales, la noción de "afines en línea recta".
- N° 6. — Premisa relativa al parentesco por consanguinidad en la línea ascendente y descendente.

- N° 7. — El parentesco por afinidad. Líneas y grados. Afines en línea recta.
- N° 8. — Si los “afines en línea recta” indicados en el Código penal Argentino son únicamente los afines de primer grado.
- N° 9. — El padrastra o madrastra en relación a los entenados y entenadas.

C

Afines colaterales

- N° 10. — Noción de la línea colateral. Computación de los grados. Parentesco simple y parentesco doble.
- N° 11. — Los “afines” en la línea colateral. Grados.
- N° 12. — Los “cuñados”.

D

Algunas observaciones y cuestiones comunes a las dos categorías precedentes

- N° 13. — Los parientes de un cónyuge y los parientes del otro cónyuge no están ligados entre sí por un vínculo de afinidad.
- N° 14. — Aplicación a la ley penal de algunas reglas tradicionales en materia de afinidad.
- N° 15. — Cónyuge divorciado y parentesco ilegítimo.

E

Derecho Comparado

- N° 16. — Antecedentes Argentinos.
- a) El Proyecto Tejedor.
 - b) El Código Penal derogado.
- N° 17. — Proyectos Argentinos de Código Penal.
- N° 18. — Algunos Códigos americanos.
- I. Código penal brasileño.
 - II. Código penal mejicano.
 - III. Código penal uruguayo.
- N° 19. — Algunos códigos europeos.
- I. Código penal español.
 - II. Código penal suizo.
 - III. Código penal alemán.
 - IV. Código penal italiano.

Art. 278, primer párrafo (Ocultación. Los *afines en línea ascendente y descendente* y los *afines colaterales en segundo grado* están exentos de pena por el delito aludido. El art. 279 advierte que dicha exención de pena se entenderá siempre que la ocultación no se haya hecho por precio o participando de los efectos del delito).

N° 2. — *Disposición en la que se encuentra la palabra “cuñados”*.

En la enumeración precedente se tiene que agregar la disposición en la que se halla el término “cuñados”, dado que los “cuñados” pertenecen a la categoría de los afines y precisamente de los “afines colaterales en segundo grado” indicados en el art. 278 primer párrafo, mencionado antes.

La disposición a que nos referimos es aquella del art. 185, inc. 3°. que comprende, entre las personas que están exentas de responsabilidad criminal por los hurtos, defraudaciones o daños que recíprocamente se causaren, los hermanos y *cuñados*, si viviesen juntos.

N° 3. — *Carácter con que se presenta la calidad de “afín” en las disposiciones mencionadas antes.*

Se puede observar que la calidad de afín se presenta:

- a) como *circunstancia agravante* en los arts. 122 (violación) y 127, II. (abuso deshonesto), y también, aunque con características distintas, en el art. 133 (delitos comprendidos en el título III del libro segundo del C. P.: “delitos contra la honestidad”);
- b) como *causa de exención de pena* en los arts. 185, incs. 1°. y 3°. (hurtos, defraudaciones o daños) y 278 primer párrafo (encubrimiento).

N° 4. — *Cuáles categorías de “afines” se consideran en las disposiciones aludidas.*

Se puede observar ulteriormente, que los afines que se consideran en las cinco disposiciones mencionadas arriba son únicamente:

- a) Los *afines en línea recta* (arts. 122, 133, 185, inc. 1°),
- b) Los *afines colaterales en segundo grado* (art. 278, primer párrafo) entre los cuales están —como acabamos de ver— los *cuñados* (art. 185, inc. 3°).

Los “afines en línea ascendente y descendente”, de los que habla el art. 278 primer párrafo, son “afines en línea recta”, dado que la línea ascendente y descendente —como vamos a explicar ampliamente dentro de poco— es una “línea recta” (confr. art. 363 código civil: “la línea recta, sea descendente o ascendente”).

En conclusión, con respecto al Código penal argentino, tenemos que ocuparnos exclusivamente de las dos categorías de afines hace poco indicadas.

B

Afines en línea recta

N° 5. — *De dónde debe ser extraída, a los fines penales, la noción de afines en línea recta.*

El Código penal argentino debe recibir del Código Civil la noción de “afines en línea recta”.

(Más adelante examinaremos otras legislaciones que han modificado, a los fines penales, la noción de “afinidad” establecida por la ley civil).

En consecuencia de lo que afirmamos, el intérprete del Código penal argentino se limitará a acoger los preceptos que el derecho civil le indicará, dado que el “afín en línea recta” frente al Código penal es sólo y exclusivamente el “afín en línea recta” frente al Código civil, a pesar de que el Código penal no lo haya afirmado (lo que tampoco era necesario) de una *manera expresa*.

Nos encontramos frente a uno de aquellos casos que la doctrina italiana y alemana califican de “recepción pura y simple”. Respecto a ellos, el derecho civil actúa como elemento integrador de la norma penal. Es decir, esta última “se remite, *sin modificarlo*, a una relación o estado creados por el derecho privado”.

N° 6. — *Premisa relativa al parentesco por consanguinidad en la línea ascendente y descendente.*

Si consideramos, pues, el esquema que hemos presentado y nos atenemos a las normas contenidas en los arts. 345 a 346 Cód. Civil, se observa lo que sigue:

Rutilio, Terencio, Flavio, Cayo, Sempronio, Egisto y Fabricio están ligados entre sí por comunidad de sangre (*cognatio*), por un vínculo de *consanguinidad* (“parenté”), que se encuentra en *línea recta* porque ellos descienden el uno del otro, “de un mismo tronco” (art. 345): Rutilio es padre de Flavio, Flavio es padre de Cayo, Cayo es padre de Sempronio, etc.

El parentesco en línea recta, como aparece del esquema, está representado gráficamente por una línea perpendicular ⁽²⁾.

Con respecto a la distinción entre línea descendente y línea ascendente (arts. 350 y 351 C. C.), se nota que la “línea *descendente*”, la cual liga de arriba hacia abajo el tronco con aquellos que derivan del mismo (“serie de grados o generaciones que unen el tronco común con sus hijos, nietos y demás descendientes”, art. 350) está constituida, partiendo de Cayo, por Camila, Livio, Sempronio y Mevio (sus hijos), por Pomponio y Egisto (sus nietos), por Fabricio (su bisnieto), mientras la línea *ascendente*, la cual liga de abajo hacia arriba el tronco con aquellos de los cuales deriva (“serie de grados o generaciones que ligan al tronco con su padre, abuelo y otros ascendientes”, art. 351) está constituida, siempre partiendo de Cayo, por Flavio (su padre), por Terencio (su abuelo), por Rutilio (su bisabuelo).

Dice el art. 352: “En la línea ascendente y descendente hay tantos *grados* como generaciones. Así, en la línea descendente el hijo está en el primer grado, el nieto en el segundo, el bisnieto en el tercero; así los demás. En la línea ascendente, el padre está en

(2) Confr. LAFAILLE, *op. cit.*, n° 540 (“parentesco perpendicular”).

el primer grado, el abuelo en el segundo, el bisabuelo en el tercero, etc." (3).

Se sigue de la regla enunciada que (con respecto a la línea descendente) Cayo es pariente (en línea recta) de Camila, Livio, Sempronio y Mevio (sus hijos) en *primer grado*; de Pomponio y Egisto (sus nietos) en *segundo grado*; de Fabricio (su bisnieto) en *tercer grado*.

Rutilio (bisabuelo de Cayo) y Fabricio (su bisnieto) son parientes entre sí (en línea recta) en *sexto grado*.

Nº. 7. — *El parentesco por afinidad. Líneas y grados. Afines en línea recta.*

No hay en el Código civil argentino una definición de la afinidad, a diferencia de lo que hacen otros códigos (por ej.: Código civil italiano de 1865, art. 52 primer párrafo; id. de 1938, art. 76

(3) La regla contenida en el art. 352 del Código civil argentino no coincide en su enunciación, con aquella del Código civil italiano: "nella linea retta si computano altrettanti gradi quante sono le generazioni non compreso lo stipite (el tronco)" (art. 51, primer párrafo). El nuevo Código civil italiano —cuyo primer libro es de fecha 12 de diciembre de 1938— no ha modificado esta disposición. Sólo ha substituido las palabras "non compreso" (no comprendido) con la "escluso" (excluido): art. 74, primer párrafo.

La formulación del Código civil argentino nos parece más exacta. En efecto, se puede observar (lo que ya ha sido advertido por una parte de la doctrina italiana) que se habría tenido que decir no ya que hay tantos grados cuantas son las generaciones no comprendido el tronco, sino que hay tantos grados cuantas son las *personas* excluido el tronco, o más bien, que hay tantos grados cuantas son las generaciones, *sin otra adición*.

En el mismo sentido del Código civil argentino, véanse las normas del derecho romano: "tot sunt gradus quot generationes"; "tot sunt gradus quot personae, dempto stipite".

En la nota al art. 352 C. C. argentino, VELEZ SANSFIELD dice: "Goyena acepta el modo de contar los grados de la Ley de Partida. En todas las líneas, dice, hay tantos grados cuantas son las personas, descontando la del tronco". La L. 2, Tít. 3, Part. 4ª, dice: *cuantas son las personas quitada una, tantos son los grados entre ellas*. Sé cree que la palabra *persona* da una idea más clara que la palabra *generación*; pero es tan antiguo el uso de la palabra *generación*, que habría algún inconveniente en sustituirla por *persona*, que está comprendida en la palabra *generación*. La Instituta dice: *Semper generata persona gradum adjicit*, Lib. 3, Tít. 6, § 7.

primer párrafo; Código civil alemán de 1896, § 1590; Código civil colombiano de 1887, art. 47; Código civil del Perú de 1936, art. 297).

A pesar de esto, la noción de la afinidad se extrae del art. 363 y, de acuerdo con él, se puede afirmar que la afinidad es también para el Código civil argentino, como para los códigos arriba indicados, el vínculo que existe entre un cónyuge y los parientes del otro cónyuge: “affines sunt viri et uxoris cognati”. “Se llaman *afines* porque, como dice el Digesto, “dos generaciones extrañas entre sí se juntan por el matrimonio y la una se avecina (*finem accedit*) a la otra. Se supone, por una ficción legal, que marido y mujer forman una sola persona; y entonces se constituye un vínculo de parentesco entre el marido y todos los parientes de la mujer y entre ésta y todos los parientes del marido” (PRAYONES).

La relación de afinidad deriva, pues, exclusivamente del casamiento (“conjungendae affinitatis causa fit ex nuptiis”), “válido o putativo según las disposiciones de este Código” (art. 358) (4).

Conforme al art. 363, “la proximidad del parentesco por afinidad se cuenta por el número de *grados* en que cada uno de los cónyuges estuviese con sus parientes por consanguinidad (5). En la línea recta, sea descendente o ascendente, el yerno o nuera están recíprocamente con el suegro o suegra, en el mismo grado que el hijo o hija, respecto del padre y madre, y así en adelante”.

Examinando, pues, nuestro esquema, decimos que puesto que Cayo y Flavio son parientes en primer grado (Cayo siendo hijo de Flavio), Cornelia, esposa de Cayo es afín en línea recta y en primer grado de Flavio, su suegro (en segundo grado con Terencio, en tercer grado con Rutilio).

(4) LAFAILLE, *op. cit.*, n.º. 535: “Parentesco por *afinidad* es el emergente de las relaciones que se crean, por el hecho del casamiento, entre los parientes de uno de los cónyuges y el otro consorte”.

Confr. PEDRO B. BALDASSARRE, *Derecho Civil*, tomo I, págs. 465 y 467 (Buenos Aires, 1944).

(5) Véase, en el mismo sentido, el art. 76, seg. párr., del nuevo Código civil italiano (idéntico al anterior, art. 52): “en la línea y en el grado en que alguno es pariente con un cónyuge, es afín del otro cónyuge”.

VELEZ SÁRSFIELD, al art. 363, dice: “En el parentesco por afinidad, no hay grados porque no hay generaciones. La computación se hace por analogía, suponiéndose que los dos cónyuges forman una sola persona”.

Igualmente, si observamos la línea descendente, Cornelia tiene que ser considerada afín en línea recta y en primer grado de Lavinia, esposa de Mevio, su nuera.

En conclusión, entre suegro (“jocer”) o suegra (“socrus”) y nuera (“nurus”), entre suegro o suegra y yerno (“gener”) hay una relación de afinidad *en línea recta en primer grado*: la cual, siempre quedando en línea recta, se convierte, en lo que al grado se refiere, en una relación de *segundo grado* si se considera, por ejemplo, el vínculo que existe entre Terencio (“socer magnus”) y Cornelia (“pronurus”), de *tercer grado* si se refiere a la relación que media entre Rutilio y Cornelia (6).

N° 8. — *Si los “afines en línea recta” indicados en el Código penal argentino son únicamente los en primer grado.*

Lo expuesto hasta ahora hace necesarias una observación y una pregunta.

La observación es la siguiente: el Código Penal Argentino, en las disposiciones en las que menciona los afines en línea recta (véase N° 7), no hace alusión al grado.

La pregunta que debe seguir a la observación hecha ahora es justamente ésta: ¿los “afines en línea recta” indicados en las disposiciones del Código penal *son únicamente los afines en línea recta de primer grado, o también los de grado ulterior?*

A nuestro entender, no cabe duda sobre la contestación que tenemos que dar. Desde que el Código habla de “afines en línea recta” sin hacer restricción alguna, todos los afines en línea recta, cualquiera que sea su grado, están comprendidos en la disposición de la ley (7). Y así, si Lavinia cometiera un hurto en perjuicio de

(6) Véase, en lo que se refiere a los impedimentos del matrimonio (afinidad en línea recta en todos los grados): Ley de matrimonio civil, art. 9, inc. 3°. (CIRILO PAVON, *La familia en el derecho civil argentino*, ns. 514-519. Buenos Aires, 1938).

(7) También la afinidad canónica, es decir, la que nace de un casamiento católico, es causa de impedimento para el matrimonio *in quolibet gradu* (*Codex iuris canonici*, can. 1077). Véase, también, con respecto a los casos de dispensa pontificia del impedimento sobre dicho: FALCO, *Corso*

Rutilio (¡pobre viejecito!) bisabuelo (“proavus”) de Cayo y tata-abuelo (“abavus”) del esposo de ella Mevio, gozaría la exención de responsabilidad criminal establecida por el art. 185 como si hubiera perpetrado el hurto en daño de Cayo, su suegro (8).

De la misma manera, sería indiferente con respecto al art. 127 segundo párrafo (en relación al art. 122) la circunstancia de que el abusador deshonesto de Lavinia fuese Cayo o Flavio o Terencio o Rutilio.

Nº. 9. — *El padrastro o madrastra en relación a los entenados o entenadas.*

En relación a la regla antes indicada, enunciada en el art. 363, por la cual la proximidad del parentesco por afinidad se cuenta por el número de grados en que cada uno de los cónyuges estuviese con sus parientes por consanguinidad, dicho artículo establece que “si hubo un precedente matrimonio, el *padrastro* o *madrastra* en relación a los *entenados* o *entenadas* están recíprocamente en el mismo grado en que el suegro o suegra, en relación al yerno o nuera”. Es decir, el *hijastro* (“privignus”) o la *hijastra* (“privigna”) con respecto al *padrastro* (“vitricus”) y la *madrastra* (“noverca”), y viceversa, son “afines en línea recta”, en primer grado.

De tal modo, la madrastra que haya cooperado en el delito de quien haya promovido la corrupción de la hijastra, será reprimida con la pena de los autores (art. 133).

Asimismo, si Lattancio (casado en segundas nupcias con Cor-

di diritto ecclesiastico, vol. I, pág. 244, § 69 (Padova, 1935, tercera edición).

El art. 362 del Código civil argentino dice: “Los grados de parentesco, según la computación establecida en este título, rigen para todos los efectos declarados en las leyes de este Código, con excepción del caso en que se trate de impedimento para el matrimonio, para lo cual se seguirá la computación canónica”.

De acuerdo al art. 9º., nº. 3. de la Ley de matrimonio civil, es impedimento para el matrimonio la afinidad en línea recta *en todos los grados*.

(8) En el caso en que Lavinia hubiera sido *determinada al delito* por un extraño, éste, de acuerdo con lo que establece el art. 185, segundo párrafo, no gozaría de la impunidad.

nelia), usando de fuerza o intimidación tuviere acceso carnal (art. 119, inc. 3°.) con Camila (hija de Cornelia del primer matrimonio), se le impondrá la agravante del art. 127, y estará, en cambio, exento de responsabilidad penal si se apodera ilegítimamente de las cosas de ella (art. 185, inc. 1°.) (9).

C

Afines colaterales

N° 10. — *Noción de la línea colateral. Cómputo de los grados. Parentesco simple y parentesco doble.*

Tenemos ahora que ocuparnos de los *afines colaterales en segundo grado* de los que habla el art. 278 primer párrafo (art. 185, inc. 3°.: *cuñados*) (10).

De paso, observamos que la locución legislativa empleada por el Código penal argentino (“afines colaterales en segundo grado”) es mucho más exacta que la que usa el Código penal italiano, art. 649 II (afines en segundo grado) dado que esta última despierta la duda si la ley quiere referirse también a los afines en segundo grado de la línea recta (11).

La línea colateral es la serie de grados entre las personas que tienen un “autor común” (art. 353 C. C.) sin descender las unas de las otras. Esto es, dicha designación de “línea colateral”, que se llama también “línea colateral” (“ex transverso sive a latere”) (12), sirve para indicar, impropriamente (COVIELLO), el conjunto de dos o más líneas rectas, las que convergen en un solo punto, es de-

(9) Por lo que se observará más adelante (n° 13), se tiene que expresar una opinión contraria en relación al caso en que la violación o el hurto hayan sido cometidos por Lattancio en perjuicio de Lavinia (mujer de su hijastro Mevio) puesto que entre ellos no existe ninguna afinidad. Lo mismo se debe afirmar respecto de las relaciones entre la madrastra y el marido de la hijastra.

(10) Confr. art. 51, inc. 3°. C. P. P. Córdoba: pariente dentro del segundo grado de afinidad (motivos de inhibición del juez).

(11) Véase sobre dicho problema engendrado por la imperfecta redacción legislativa mi escrito *L'affinità e il Codice Penale italiano*, n° 9 (publicado en “Giustizia Penale”, 1936, II, fase. IV).

cir el conjunto de dos o más series de personas descendientes la una de la otra que terminan en un autor común.

Las líneas se llaman "colaterales" porque se siguen colocadas una al lado de la otra (FERRARA). Para encontrar el tronco común se remonta como siguiendo el lado de un ángulo recto en cuyo vértice está el tronco o autor común, para descender por el otro lado hasta la persona de la que se quiere conocer el grado de parentesco.

Así, es colateral, en el esquema propuesto, la línea que liga entre sí Camila, Livio, Sempronio y Mevio (hermanos), debido a que ellos no descienden los unos de los otros, sino que tienen un tronco común (Cayo).

Lo mismo puede decirse respecto de la relación que existe entre dichos hermanos y Cadmo (hermano de Cayo). Dichos hermanos para llegar a Cadmo (su tío) tienen que pasar a través del tronco común Flavio. Esto es, tienen que subir hasta él, su abuelo, y de él descender a su hijo Cadmo.

En lo que atañe al *cómputo de los grados* en la línea colateral, la regla aceptada por el Código civil argentino (art. 353, primera disposición), es la siguiente: "Los grados se cuentan por generaciones, remontando desde la persona cuyo parentesco se quiere comprobar, hasta el autor común, y desde éste hasta el otro pariente" (13).

Así, para referirnos al primer ejemplo dado hace poco con respecto al esquema, será necesario contar tanto el número de los grados que median entre Livio y Cayo (uno), como el número de los grados que median entre Cayo y Sempronio (uno). La suma de los dos números ($1 + 1 = 2$) representa el grado de parentesco entre Livio y Sempronio: es decir Livio, hermano de Sempronio, es su pariente en *segundo grado*, mientras que, en el ejemplo posterior Livio (fratris filius) es pariente de Cadmo, su tío (patruus) en *tercer grado*, justamente porque hay dos grados para subir de Livio a Flavio, y hay uno para descender de Flavio a Cadmo.

(12) Confr. LAFAILLE, *op. cit.*, n.º 540 ("parentesco horizontal o transversal").

(13) La regla para el cómputo es distinta por el *derecho canónico* (*Codex iuris canonici*, can. 96, § 3).

Reza la segunda disposición del art. 353: “Dos hermanos están en el segundo grado, el tío y el sobrino en el tercero”.

Si ahora queremos considerar el grado de parentesco entre los primos hermanos Pomponio y Egisto, se debería remontar hasta Cayo, padre de sus respectivos padres Livio y Sempronio, contando dos grados, descendiendo después de Cayo a Egisto, contando igualmente dos grados, esto es con el resultado de que los dos primos hermanos Pomponio y Egisto, hijos de hermanos, son parientes entre sí en *cuarto grado*. (Véase art. 353, segunda disposición: “los primos hermanos (están) en el cuarto (grado), los hijos de primos hermanos en el sexto, y los nietos de primos hermanos en el octavo, y así en adelante”) (14).

En conclusión, en la línea colateral, como en la línea recta, existen tantos grados cuantas son las *personas* que se cuentan entre el autor común y aquellas de las que queremos establecer el parentesco, no incluyendo el tronco común (COVIELLO).

Con respecto a la distinción entre parentesco *simple* y parentesco *doble*, según que exista solamente por parte de uno de los padres (unilaterales o de un solo lado o medios hermanos) o de ambos (bilaterales o enteros o de ambos lados) (arts. 360, 390 inc. 4°, 3560, 3586, 3587) se puede observar que Camila, Livio, Sempronio y Mevio son hermanos *bilaterales*, porque son nacidos del mismo padre (Cayo) y de la misma madre (Cornelia), mientras que los mismos, respecto a Ortensio (hijo de Cornelia y de Lattancio) son *hermanos (unilaterales) maternos (o uterinos)*, porque son hijos de la misma madre (Cornelia) pero de otro padre (respectivamente de Cayo y de Lattancio). Si Cornelia hubiera fallecido, y Cayo hubiera pasado a segundas nupcias, el hijo de él del segundo matrimonio

(14) Art. 354. La primera línea colateral parte de los ascendientes en el primer grado, es decir, del padre y madre de la persona de que se trate y comprende a sus hermanos y hermanas y a su posteridad

Art. 355. La segunda, parte de los ascendientes en el segundo grado, es decir, de los abuelos y abuelas de la persona de que se trate, y comprende al tío, al primo hermano, y así los demás.

Art. 356. La tercera línea colateral parte de los ascendientes en tercer grado, es decir, los bisabuelos y las bisabuelas, y comprende sus descendientes. De la misma manera se procede para establecer las otras líneas colaterales, partiendo de los ascendientes más remotos.

sería *hermano (unilateral) paterno (o consanguíneo)* de Camila, Livio, Sempronio y Mevio (art. 361) ⁽¹⁵⁾.

N° 11. — *Los “afines” en la línea colateral. Grados.*

Viniendo ahora a los afines, debe recordarse, también respecto a la línea colateral, la misma regla hace poco mencionada respecto a la línea recta (N° 7), es decir: “la proximidad del parentesco por afinidad se cuenta con el número de grados en que cada uno de los cónyuges estuviese con sus parientes por consanguinidad” (art. 363, primera disposición) ⁽¹⁶⁾.

Sigue de esto que Camila, Livio y Sempronio siendo parientes, como hemos visto, del hermano Mevio en segundo grado, están afines de la cuñada Lavinia, esposa de su hermano Mevio, igualmente en *segundo grado*.

Después de haber enunciado la regla general contenida en el art. 363, primera disposición —la que acabamos de transcribir—, el Código no tenía necesidad de proceder a ejemplificaciones. Sin embargo ha creído oportuno, en el interés de la claridad, ofrecer un ejemplo, en la tercera disposición de dicho artículo, afirmando que “en la línea colateral los cuñados o cuñadas entre sí están en el mismo grado que entre sí están los hermanos o hermanas” (art. 363, tercera disposición).

Siguiendo con la aplicación de la regla general más arriba mencionada, se puede observar de manera análoga que puesto que Cadmo y Mevio son parientes en *tercer grado* entre sí (tío y nieto), Cadmo es afín, en el mismo *tercer grado*, de Lavinia (esposa de su sobrino Mevio).

N° 12. — *Los “cuñados”.*

De lo expuesto hasta ahora resulta que los “cuñados” de que habla el art. 185, inc. 3° C. P., equivalen a los “afines colaterales

(15) C. C., art. 361: Cuando los hermanos unilaterales proceden de un mismo padre, tienen el nombre de hermanos paternos; cuando proceden de la misma madre, se llaman hermanos maternos.

Confr. BALDASSARRE, *Derecho Civil*, I, pág. 465.

(16) La regla es común al *derecho canónico (Codex iuris canonici, can. 97, § 3)*.

en segundo grado” considerados en el art. 278 II (“viri frater”, “viri soror” (17).

El Código penal habría podido, con la ventaja de una mayor armonía de expresiones, emplear idénticas palabras respecto al uno y al otro de los dos casos.

Aplicando lo antedicho, resulta que si Livio que vive junto con la familia de Mevio su hermano, hurtase a Lavinia su cuñada o cometiese defraudación o daño en su contra, el hecho quedaría exento de pena (art. 185, inc. 3°, C. P.) (18), mientras que la exención no es aplicable a Cadmo, que viviendo junto con Lavinia su *sobrino* por afinidad haya cometido en su contra los delitos aludidos.

Igualmente, la ocultación cometida por Cayo en favor de Cincia, mujer de Cadmo su hermano, quedará exenta de pena (C. P., art. 278 I: afines colaterales en segundo grado), pero no quedaría impune el mismo hecho, si fuera cometido por Cadmo en favor de Lavinia, esposa de Mevio, sobrino de aquél (19).

D

Algunas observaciones y cuestiones comunes a las dos categorías precedentes

N° 13. — *Los parientes de un cónyuge y los parientes del otro cónyuge no están ligados entre sí por un vínculo de afinidad.*

Ante todo debemos mencionar la regla contenida en el art. 364 del Código civil argentino: “*El parentesco por afinidad no induce*

(17) La *afinidad canónica*, es decir, la que nace de matrimonio católico, es causa de impedimento respecto a la línea colateral *usque ad secundum gradum inclusive* (can. 1077, § 1). El impedimento puede ser sacado por medio de dispensa pontificia.

Respecto a los casos en los que el impedimento se multiplica, véase can. 1077, § 2.

(18) En el caso en que Livio hubiera sido *determinado al delito* por su padre Cayo, éste quedaría igualmente exento de responsabilidad criminal, debido a su cualidad de “afin en la línea recta” (suegro) de la persona damnificada (Lavinia, su nuera): Código Penal, art. 185, inc. 1°.

(19) La conclusión es la misma si entre *tío y sobrino* hay una relación no de simple afinidad sino de *consanguinidad* (por ejemplo: Cadmo y Mevio).

parentesco alguno para los parientes consanguíneos de uno de los cónyuges en relación a los parientes consanguíneos del otro cónyuge".

La norma aludida desciende manifiestamente del lema del derecho romano: "Adfinitas non egreditur ex copulata persona: inter consanguineos viri et uxoris nulla adfinitas" (la afinidad no se extiende más allá de la persona casada: no hay afinidad entre consanguíneos del marido y de la esposa).

Si Flavio (padre de Cayo) sólo cooperase a la violación de la que fué víctima Clelia (madre de Cornelia) (C. P. art. 119), no será aplicable en su contra el art. 133, es decir no podrá ser reprimido con la pena de los autores.

N°. 14. — *Aplicación a la ley penal de algunas reglas tradicionales en materia de afinidad.*

Es oportuno ahora recordar algunas reglas tradicionales en materia de afinidad, las que, a nuestro entender, deben ser observadas, a pesar de que no hayan sido expresamente mencionadas en los arts. 363 y 364 del Código Civil.

Se enseña: "*Adfines inter se non sunt adfines*": esto es, no hay afinidad entre los afines de un cónyuge y el otro cónyuge.

De esto síguese que los cuñados y las cuñadas de la esposa no son afines del marido, ni son afines entre sí los maridos de dos hermanas o las esposas de dos hermanos (concuñados).

Tomando en consideración Cincia y Cornelia, las que se han casado con dos hermanos ("*duorum fratrum uxores inateres dicuntur*"), se puede observar que si Cincia, esposa de Cadmo, ocultase a Cornelia para substraerla a la justicia, no se realizaría la exención de pena establecida por el art. 278 I, Código penal argentino, debido a que Cincia no es afín de Cornelia.

La exención de pena procedería, en cambio, en el caso en que la persona ocultada por Cincia fuese Cayo, que es cuñado (afín colateral en segundo grado) de aquélla.

Otra regla que se debe tener presente es la así formulada: *adfinitas non parit adfinitatem*. Ella significa que quien está afín con un cónyuge por efecto de un primer matrimonio no se vuelve

afín también con el nuevo cónyuge que éste tome en segundas nupcias.

Suponiendo que Lattancio, ignorándolo su esposa Cornelia, viuda de Cayo, haya ocultado a Cadmo hermano de Cayo, no quedaría exento de pena (art. 278 I).

Una tercera regla que se encuentra en el Codex de Justiniano, es la que reza: “*Adfinitas in coniuge superstite non deletur*” (20). Esto significa que la afinidad no cesa por la muerte del cónyuge del cual ella deriva, también en el caso en el que no hubiera dejado prole.

Por faltar en el C. C. argentino una disposición expresa en sentido contrario a la norma aludida, nos parece que ella debe observarse (21).

En consecuencia de lo afirmado, también en el caso en que Cayo hubiera fallecido sin dejar hijos, el acceso carnal que Flavio tuviere usando de intimidación con Cornelia haría aplicable el art. 122 del C. P. argentino, puesto que Flavio sigue siendo, también después del fallecimiento de Cayo sin prole, “afín en línea recta” de Cornelia, y a pesar del hecho de que ésta se ha casado de nuevo.

Como tendremos oportunidad de decir más adelante (N° 19, IV) el art. 307 del Código penal italiano modificando la disposición del Código Civil, estableció, contrariamente a esta última, que la afinidad se considera extinguida por la muerte del cónyuge cuando no hay prole.

(20) c. 1, C XXXV, qu. 10.

(21) Dice SEGOVIA (I, pág. 91): “El parentesco por afinidad no se extingue ni a consecuencia de divorcio ni por disolución del matrimonio (art. 219), hayan o no quedado hijos. El matrimonio putativo no lo destruye, y sólo se acaba en los demás casos de nulidad. Esta doctrina que el Código corrobora con su silencio, recibe interesantes aplicaciones en los artículos 368 y 3655 (3653). Ver los artículos 991 (990), 3704 inc. 1° (3702) y 3709 (3707)”.

Confr. art. 52 III C. C. italiano abrogado: “La afinidad no cesa por la muerte, aun sin prole, del cónyuge del cual ella deriva” (El Código nuevo de 1938 repite la misma disposición y agrega: “salvo para algunos efectos especialmente determinados”). V. también el C. C. alemán, § 1590, párrafo segundo.

Con motivo del derecho a los alimentos, Rébora tiene la oportunidad de afirmar que “el parentesco por afinidad persiste después del fallecimiento de la persona cuyo matrimonio le dió origen”. Véase JUAN CARDOS REBORA, *La familia* (Boceto sociológico y jurídico), tomo II, n° 490, pág. 357 (Buenos Aires, 1926).

N°. 15. — *Cónyuge divorciado y parentesco ilegítimo.*

Para terminar, aludimos fugazmente a los problemas que dependen de la situación del cónyuge divorciado y del parentesco ilegítimo.

Con relación al *cónyuge divorciado*, nos preguntamos: ¿Ejerce el divorcio alguna influencia sobre la relación de afinidad?

El silencio de la ley al respecto nos autoriza a decir, sin incertidumbre, que no. La afinidad no cesa por efecto del divorcio (22), de manera que el hurto cometido por Medoro en contra de su suegra Virginia, queda exento de pena (C. P., art. 185, inc. 1°), a pesar de que Medoro está divorciado de su esposa Polinia.

(El Código penal italiano, el actual, como el anterior —respectivamente arts. 649 II y 433 n. 1°.— consideran aparte, en lo relativo a los delitos patrimoniales, el caso del cónyuge “legalmente separado” respecto al cual es admisible el procedimiento penal (por que rella).

El otro problema es el siguiente: ¿*Existe afinidad entre un cónyuge y los parientes naturales del otro cónyuge?*

Lo niega SEGOVIA (23), y sobre ello agrega: “Aplaudimos que no se haya aceptado el parentesco ilegítimo por afinidad que FREITAS admite. Ver sus artículos 165 y 168, y nuestro artículo 368” (24).

El Código penal italiano, como veremos pronto (N°. 19, IV), ha resuelto legislativamente el problema (al que la doctrina y jurisprudencia anterior habían dado soluciones distintas) afirmando la equiparación del parentesco ilegítimo (salvo la posibilidad de la prueba) al parentesco legítimo.

(22) Confr. art. 64 de la Ley de matrimonio civil: El divorcio que este Código autoriza consiste únicamente en la separación personal de los esposos, sin que se disuelva el vínculo matrimonial.

(23) SEGOVIA, op. cit., tomo I, pág. 91, nota 7.

(24) Código Civil, art. 368: “Entre los parientes legítimos por afinidad únicamente se deben alimentos el suegro y la suegra, y el yerno y la nuera”.

Véanse los arts. 48 y 49 del ya mencionado Código civil colombiano de 1887 que considera la “afinidad ilegítima”.

E

Derecho Comparado

N° 16. — *Antecedentes argentinos.*

a) *El Proyecto Tejedor.*

El proyecto del Dr. CARLOS TEJEDOR ⁽²⁵⁾ considera los afines con respecto a la exención de pena para los “actos de auxilio” a los culpables (confr. C. P., art. 278) y a los “hurtos, defraudaciones y daños” que recíprocamente se causaren los parientes (confr. C. P., art. 185). Y además establece que aquellos —al igual de los consanguíneos en línea ascendente y descendente, padres, hermanos y esposos— no están obligados legalmente ni a denunciarse unos a otros a la autoridad, ni a ejecutar actos propios para impedir el crimen, cuando no puedan hacerlo sino denunciándose ⁽²⁶⁾. Los afines a los que se refiere esta última disposición son los *afines en primer grado* con que el Proyecto querrá referirse (véase retro N° 7) a los afines en línea recta. La misma expresión “afines en primer grado” se emplea en el artículo que declara no ser pasibles de pena algunos parientes por falta de denuncia, ni por los actos de auxilio, cuyo fin sea proteger la persona del culpable ⁽²⁷⁾.

En el artículo que se refiere a la exención de responsabilidad criminal para los delitos de hurto, defraudación y daño, el Proyecto

(25) *Proyecto de Código Penal para la República Argentina*, trabajado por encargo del Gobierno Nacional por el Dr. CARLOS TEJEDOR. Parte primera. Buenos Aires, 1866; Parte segunda, Buenos Aires, 1867 (Imprenta del Comercio del Plata, calle de la Victoria, 87).

(26) La disposición constituye el artículo octavo del título quinto (De los cómplices) de la parte primera.

(27) La disposición mencionada —la que constituye el artículo séptimo del título sexto (De los auxiliadores o fautores) de la parte primera (tomo I, pág. 65)— así reza: “Los consanguíneos en línea ascendente y descendente, los padres y hermanos, los esposos y afines en primer grado, no serán pasibles de pena por falta de denuncia, ni por los actos de auxilio, cuyo fin sea proteger la persona del culpable, a menos que semejante auxilio se relacione con otros crímenes; como tampoco por recibir los efectos del delito, a menos que se aprovechen de ellos o auxiliien a los autores o cómplices para aprovecharse de ellos”. En la nota se cita el art. 88 del Código de Baviera.

indica en el n° 1 “los ascendientes, descendientes y *afines en la misma línea*”, con que indica con evidencia los afines en línea recta en cualquier grado (véase retro N° 8), y en el n°. 3 los *cuñados* si viviesen juntos (28).

El estupro y los demás “crímenes y delitos contra la honestidad” cometidos por afines en línea recta (confr. C. P., arts. 122 y 123) no dan lugar a agravación de pena que está limitada al caso en que autores del delito sean los ascendientes y, en el caso de estupro, también los hermanos (29).

b) *El Código penal derogado.*

El Código derogado de 7 de diciembre de 1886, modificado por el art. 19 de la Ley de reformas de agosto 22 de 1903, considera la calidad de *afín en línea recta* como motivo para agravar la pena de la violación, estupro y abuso deshonesto (letras *d* y *f*) y de la corrupción de menores (letra *h*), lo que no hemos encontrado en el Proyecto Tejedor.

A dicho Proyecto, en cambio, el Código se acerca al establecer la exención de pena por ocultación para los *afines en primer grado* (art. 44, n°. 1°.) —que deben entenderse en el sentido que se acaba de indicar— y para los autores de hurtos, defraudaciones o daños, que sean (art. 223, ns. 1° y 3°.) ascendientes, descendientes o *afines en la misma línea* o *cuñados* que viviesen juntos.

Por último, adviértase que con respecto a la legítima defensa (art. 81), la ley exenta de pena, al igual de quien obra en defensa propia o de sus derechos (n°. 8°.) “al que obra en defensa de la persona o derechos de sus ascendientes, descendientes, cónyuges o hermanos, de los *afines en los mismos grados* y de sus consanguíneos hasta el cuarto grado civil” (n. 9°.), lo que quiere decir que, además de los *afines en línea recta*, están comprendidos en la disposición aludida, los *afines colaterales en segundo grado*, es de-

(28) Es el artículo primero del § 7°. del título octavo (De los delitos contra la propiedad).

(29) Véase, en cuanto al estupro, el artículo segundo del § 3°. del título tercero (De los crímenes y delitos contra la honestidad), tomo II, pág. 322 y en lo que atañe a los demás delitos contra la honestidad, el artículo cuarto del § 5°. del mismo título.

cir, los *cuñados* (Confr. la fórmula oportunamente más amplia del art. 34, n°. 7°. del Código penal en vigencia “en defensa de la persona o derechos *de otro*”).

N°. 17. — *Proyectos argentinos de código penal.*

El *Proyecto Coll-Gómez* (8 de julio de 1937) considera los afines (en línea recta y colateral en segundo grado) únicamente con respecto a la *exención de sanción penal* establecida en los arts. 240, incs. 1°. y 3°. (hurto, robo con sólo fuerza en las cosas, defraudación o daño) y en el art. 349 (encubrimiento).

También en el *Proyecto Peco* (25 de setiembre de 1941) la calidad de afín es sólo *causa de impunidad* y precisamente:

a semejanza del Proyecto Coll-Gómez, en algunos delitos contra el patrimonio (hurto, robo salvo si se usare arma, sustracción de energía, estafa, apropiación indebida, daño): art. 162, ns. 1°. y 3°. (afines en línea recta y cuñados); y

en el caso de lesiones curables en pocos días cometidas por los mismos: art. 128, n°. 1°.

La relativa *exposición de motivos* da cuenta brevemente de las respectivas disposiciones. En cuanto a la primera (art. 162) advierte (n°. 148) que, por superflua no ha sido consignada la parte final del artículo 185 del código en vigor, según el cual la exención de responsabilidad criminal no alcanza a los extraños que participan en el delito.

Respecto a la segunda (art. 128) observa (n°. 113): “En la escala de los bienes individuales el Estado tiene interés inmediato en salvaguardar la integridad personal reprimiendo las lesiones que cobran cierta relevancia; pero el interés mediato de sancionar las lesiones de escasa levedad cede al interés mayor de no estorbar la convivencia entre los cónyuges y algunas relaciones parentales. La falta de sanción contribuye mejor que su aplicación a devolver la paz conyugal o a restaurar la paz familiar. En suma, a facilitar la pacífica convivencia. A dos condiciones queda sujeta la falta de sanción, determinadas por las personas lesionadas y por el tiempo de curación de las lesiones. Según el fundamento del inciso 1°. del ar-

título 128, el beneficio se limita exclusivamente a los cónyuges, ascendientes, descendientes, hermanos, *afines en línea recta*; y cuñados cuando vivieran juntos. Según la naturaleza de la lesión, se requiere que la cura se realice en pocos días”.

N° 18. — *Algunos códigos americanos.*

Hemos limitado nuestro examen a los códigos brasileño, mejicano y uruguayo.

I. *Código penal brasileño.*

El Código penal brasileño sancionado con decreto-ley N° 2848 de 7 de diciembre de 1940, entrado en vigor el 1° de enero de 1942 (30), *no contiene disposición alguna que se refiera a los afines.*

La exención de pena que, además del Código penal argentino (art. 185), los proyectos que acabamos de indicar proporcionan a los afines por algunos delitos contra la propiedad, está limitada en el Código brasileño al cónyuge en constancia de matrimonio, al ascendiente y el descendiente (art. 181) (según el art. 182 se procede sólo “mediante representación” si el delito ha sido cometido en perjuicio del cónyuge divorciado o separado judicialmente, del hermano o del tío o del sobrino que viviesen juntos).

Una circunstancia agravante de carácter general está contemplada con respecto a los delitos cometidos en contra de los parientes en el art. 44, f). Pero los parientes que la ley toma en consideración son solamente el ascendiente, el descendiente, el hermano y el cónyuge, a saber sin mencionar los afines.

A dichos parientes está limitada también la exención de pena establecida en el art. 348, § 2° por el encubrimiento. Y, en lo que atañe a los delitos contra la libertad sexual, seducción y corrupción de menores y rapto, el aumento de pena establecido en el art. 226 n° II se efectúa, en lo que atañe a los parientes, sólo con respecto al ascendiente, al padre adoptivo, al padrastro y al hermano (Confr.

(30). Véase recientemente: ROBERTO A. M. TERAN LOMAS, *El nuevo Código Penal del Brasil*, en Rev. “La Ley” del 18 de abril de 1944.

el art. 133, § 3°. n°. II que contempla el abandono de incapaz agraviado por la calidad de ascendiente, descendiente, cónyuge o hermano del sujeto activo del delito).

II. Código penal mejicano.

El Código penal mejicano de 14 de agosto de 1931 (en vigencia desde el 17 de setiembre del mismo año) sólo en dos disposiciones considera la calidad de afín: en el art. 151 y en el art. 378.

El art. 151 que se refiere a la evasión de presos, establece que están exentos de toda sanción, además de los ascendientes, descendientes, cónyuge o hermanos del prófugo, los *parientes por afinidad hasta el segundo grado*.

El art. 378 ordena que no se proceda sino a petición del agraviado por el "robo" (que corresponde al hurto del C. P. argentino) cometido *por un suegro con su yerno o su nuera*, por éstos contra aquél (La misma regla ha sido aceptada por el delito que se cometa por un cónyuge contra otro; por un padrastro contra su hijastro o viceversa, o por un hermano contra su hermano. En cambio, según el art. 376, el "robo" cometido por un ascendiente contra un descendiente suyo, o por éste contra aquél "no produce responsabilidad penal contra dichas personas").

La exención de pena se encuentra también con respecto a algunas figuras del delito de encubrimiento, pero, como en la disposición relativa (art. 400) se habla de "parientes" sin mencionar expresamente a los afines, hay que creer que estos últimos no puedan caer en la categoría de los primeros.

III. Código penal uruguayo.

El Código penal de la República Oriental del Uruguay de 4 de diciembre de 1933 (modificado por la Ley N°. 9435 de 18 de octubre de 1934) sólo menciona los afines en el art. 41 que considera "el parentesco, en los *delitos contra la propiedad*". De acuerdo al n°. 2°, quedan exentos de pena los autores de los delitos contra la propiedad, excepción hecha de la rapiña (corresponde al robo del

C. P. argentino), extorsión, secuestro, perturbación de posesión y todos los otros cometidos con violencia que fueran cometidos por los *afines en línea recta*. (Idéntica exención se establece en el citado artículo con respecto al cónyuge en perjuicio del otro, siempre que no estuvieran separados de acuerdo con la ley, definitiva o provisoriamente, con respecto a los descendientes legítimos en perjuicio del ascendiente, o por el hijo natural reconocido o declarado tal, en perjuicio de sus padres o viceversa, por los padres o hijos adoptivos).

En orden al encubrimiento, la calidad de afín no produce influencia alguna, habiéndose limitado la exención de pena (art. 42) al cónyuge, a los consanguíneos en toda la línea recta y en la colateral hasta el segundo grado inclusive, a los padres o hijos naturales reconocidos o adoptivos.

19. — *Algunos códigos europeos.*

Hemos limitado nuestro examen a los códigos de España, de Suiza, de Alemania y de Italia.

I. *Código penal español.*

El Código penal español que vamos a considerar es el de 17 de junio de 1870 (publicado en 30 de agosto) arreglado a las correcciones dictadas por el decreto del 1° de enero de 1871 y a las reformas introducidas por la ley de 17 de julio de 1876.

Dicho Código toma en consideración los *afines en línea recta* y los *afines en línea colateral en segundo grado* con respecto a los *encubridores* (exención de pena: art. 17) y a los *delitos contra la propiedad* (*idem*; art. 580).

Además, considera como *circunstancia atenuante*, el hecho de que el culpable (art. 9, n° 5°.) haya ejecutado el hecho en vindicación próxima de una ofensa grave causada a un afín en los grados más arriba mencionados.

Por el contrario, es *circunstancia genérica agravante* (art. 10,

n.º 1.º) ser el agraviado afín (siempre en los grados expresados) del ofensor (31).

La *legítima defensa* puede tener lugar en defensa de la persona o derechos de un afín (art. 8, n.º 5.º), pero, en este caso, los afines a los que el Código se refiere son aquellos en línea recta. (Adviértase, sin embargo, que la excepción de responsabilidad penal se admite, según el n.º 6.º del artículo citado, aun con respecto de quien obra en defensa de la persona o derechos de un *extraño*, salvo que, en esta hipótesis se requiere que el defensor no sea impulsado por venganza, resentimiento u otro motivo legítimo).

II. Código penal suizo.

El Código penal suizo de 21 de diciembre de 1937 (votado por referendun el 3 de julio de 1938) *no contiene disposición alguna que se refiera a los afines*.

Los arts. 137 y 308 toman en cuenta la calidad de “pariente”

(31) Refiere CARRARA (§ 1140, nota 2), que entre la antigua doctrina francesa se sustentó por algunos el principio de que la agravante debía ser admitida con respecto a las ofensas contra el suegro, por el *odio natural* (como dijeron sobre la autoridad de Terencio) que siempre nutre la nuera en contra del suegro. Contrasantido y error jurídico —comenta Carrara—: si suponéis un *odio natural*, cesa la razón del conculcado afecto sobre el que se construye la agravación. Agrega el autor que Servio Tulio estableció una sanción especial contra las nueras que hubiesen empleado violencias contra los suegros. Pero, el autor no está conforme en tal agravación, ya que observa que la autoridad del derecho romano vale poco en materia de delitos y penas (principio muy discutible) y que esa sanción tiene su causa no en un principio de razón sino en especiales condiciones de costumbres locales. Carrara nos hace saber además, que sobre los motivos por los cuales Servio Tulio agravó la pena contra la nuera, y no contra el yerno, disputaron ampliamente los intérpretes, proponiendo diversas conjeturas y explicaciones.

(La Editorial Depalma acaba de publicar el primer volumen del *Programa del Curso de Derecho Criminal* del Sumo Maestro de Pisa, traducido pulcramente al castellano por SEBASTIAN SOLER, RICARDO C. NÚÑEZ y ERNESTO R. GAVIER. El tomo contiene un prólogo de SOLER —págs. VII-XIX— que se debe considerar uno de los escritos más agudos dedicados a la doctrina y la personalidad de FRANCISCO CARRARA).

(Angehörige) con referencia al hurto (art. 137, hurto en daño de un “pariente”: se procede únicamente por querrela), a las injurias a los difuntos (art. 175, “parientes” (autorizados a presentar la querrela) y al falso testimonio (art. 308, falso testimonio en favor de un “pariente”: mitigación de pena).

Pero, los afines no pueden caer dentro de los “parientes” (Angehörige), debido a que, conforme al art. 110, n.º 2, son “parientes” de una persona sólo su cónyuge, sus parientes en línea directa, sus hermanos, sus padres adoptivos e hijos adoptivos.

La duda que pudiera surgir respecto a las palabras “parientes en línea directa”, es decir, la duda de si en esta locución están comprendidos también los parientes por afinidad, debe ser excluida si se repara en los arts. 20 y 21 del Código Civil (10 de diciembre de 1907). En efecto, estos nos indican que cuando la ley quiere referirse a los afines y a la afinidad los califica con otros términos específicos: “Verschwägerte” y “Schwagerschaft” que la edición oficial en francés señala respectivamente con las palabras “alliés” (afines) y “alliance” (afinidad).

III. Código penal alemán.

El Código penal alemán de 15 de mayo de 1871 menciona los afines (Verschwägerte) únicamente en el § 173. La fornicación entre *afines de la línea ascendente o descendente* (así como entre parientes de dichas líneas y entre hermanos) constituye el delito de *incesto* (Blutschande) ⁽³²⁾.

Sin embargo, es necesario no olvidar todas aquellas disposiciones en las que se mencionan los “parientes” (Angehörigen), por cuanto, según el § 52 II que nos da la significación del vocablo, entre los “parientes” se comprenden los *afines en línea ascendente y descendente*, y los *cuñados* ⁽³³⁾.

(32) *Blutschande* quiere decir literalmente: deshonra de la sangre. Respecto a esto, KOHLRAUSCH observa en su *Comentario* al párrafo citado, que la inclusión de los afines, es decir, de personas que no son parientes de sangre (Nichtblutsverwandte), está en contra al sentido del § 173).

(33) Dice el § 52, segundo párrafo: “Como “parientes” en el sentido de esta ley penal deben reputarse los consanguíneos y *afines de la línea ascendente y descendente*, los padres e hijos adoptivos y de crianza, los cónyuges, *hermanos y hermanas y sus cónyuges* y prometidos”.

Ahora bien: la calidad de “pariente” determina exención de pena, procedibilidad únicamente por querrela, facultad de desistir de ella. Además, adquiere trascendencia en relación con las causas de justificación del delito y con las circunstancias de atenuación de la pena.

Indiquemos los párrafos correspondientes:

El § 257, segundo párrafo, declara *exento de pena* al que encubre a un “pariente”. Se trata del encubrimiento que tiene por finalidad sustraer a la persona del culpable a la justicia (Confr. arts. 277 n°. 1°, y 278 C. P. argentino), de modo que no está exento de pena el encubridor en el caso previsto en la segunda hipótesis del párrafo, es decir, si el propósito del agente es el de asegurar el provecho del delito al culpable (34).

De acuerdo a los §§ 247 I, 263 IV, 292 II que tratan respectivamente del hurto y de la apropiación indebida (§ 247 I), de la estafa (§ 263 IV) y del ejercicio de la caza en lugares no autorizados (§ 292), si el agraviado es “pariente” del autor del delito se procede únicamente por querrela.

Según los §§ 232 II (lesiones leves y culposas) y 303 IV (daño) el agraviado *puede desistir de la querrela* si el culpable es “pariente” suyo (35).

En los §§ 52 I y 54, que se refieren respectivamente a la *legítima defensa* y al *estado de necesidad*, la justificación se admite también cuando el hecho haya sido cumplido para salvar un “pariente”.

Finalmente, el § 213 considera circunstancia atenuante el caso en que la cólera del homicida (Totschläger) haya sido determinada por maltrato o injurias graves cometidas contra él o contra un “pariente” suyo.

Las últimas disposiciones a las cuales acabo de aludir, relativas a la *legítima defensa*, al *estado de necesidad* y al *hecho provo-*

(34) Confr. § 257, tercer párrafo y 258, último párrafo. Las exenciones de pena establecidas en los §§ 248 a 264 (substracción y estafa en caso de necesidad) y 370, n°. 5 (substracción de cosas para su empleo inmediato) se refieren exclusivamente a los casos en que el agraviado sea un pariente de la línea ascendente o el cónyuge.

(35) Véase también el ya mencionado § 292, II.

cado no merecen aplauso, a mi juicio, por cuanto la defensa y la provocación están reconocidas únicamente con respecto a la persona propia o a aquellas de los parientes. Esto me parece un criterio mezquino, dado que excluye a los extraños.

Véase, en cambio, en lo que hace a la legítima defensa, el art. 34, n°. 7°. del Código penal argentino (defensa de la persona o derechos de otro) y considérese el “móvil altruísta y eminentemente humanitario” al cual responde el precepto de la ley (DÍAZ) ⁽³⁶⁾.

IV. *Código penal italiano.*

En primer término nos es dable observar que el Código penal italiano de 19 de octubre de 1930 ha extendido de manera notable los casos en que la calidad de “afín” tiene alguna importancia.

Al respecto, se pueden distinguir —desde el punto de vista de la técnica legislativa (y a semejanza de lo que acabamos de ver sobre el Código penal alemán)— las disposiciones en las que el Código menciona expresamente a los “afines” y aquellas en que el Código los señala implícitamente bajo la indicación de “parientes próximos” (*prossimi congiunti*) entre los cuales, por expresa aclaración de la ley (art. 307, párr. 2°.) están comprendidos los *afines en línea recta en cualquier grado y los afines en línea colateral en segundo grado*. Con respecto al primer grupo, la calidad de afín se presenta:

- a) como *elemento constitutivo del delito*,
- b) como *circunstancia agravante*,

(36) SOLER (I, 368) recuerda las palabras de Carrara: “Negar la legitimidad de la defensa ajena es como negar al Evangelio”.

En cuanto al *estado de necesidad*, el autor argentino dice (I, 378): “El *socorro a terceros*, dada la forma en que nuestra ley está concebida, es un principio reconocido. El mal que se evita causando un mal menor, puede ser tal para el mismo sujeto que actúa o para un tercero”.

Respecto de la *provocación* (§ 213) se puede observar que el propio legislador germano se ha dado cuenta de lo restrictivo de su disposición. En efecto, después de haberla enunciado en términos tan limitados la ensancha sucesivamente al comprender en ella la existencia de “otras circunstancias atenuantes”.

- c) como *causa de no punibilidad*, o de *punibilidad condicionada a la querella*.

La calidad de “afín” es *elemento constitutivo del delito* en la instigación a la prostitución de un afín en línea recta descendente (art. 532, párr. 1.º) y en el incesto (art. 564: afines en línea recta);

Es *circunstancia agravante* en la instigación a la prostitución o en su facilitación en los casos en que el hecho haya sido cometido por un afín en línea recta ascendente (art. 531, párr. 3.º, n.º 2.º). Igualmente se considera agravante del homicidio voluntario, del homicidio preterintencional y de las lesiones personales la circunstancia de que el hecho cométase contra un afín en línea recta (art. 577, últ. párr.; 584, párr. 1.º) (37);

la afinidad es *causa de no punibilidad* o de *punibilidad condicionada a la querella*, por lo que atañe a los delitos contra el patrimonio (salvo algunas excepciones) si el hecho se comete contra un afín en línea recta (art. 649, n.º 2.º: no punibilidad) o contra un afín colateral en segundo grado (art. 649, párr. 2.º: punibilidad condicionada a la querella).

En lo que se refiere al segundo grupo, es decir a los casos en que, como hemos observado más arriba, el Código no hace mención expresa de los “afines” sino los comprende entre los “parientes próximos” (art. 307, párr. 2.º: afines en línea recta en cualquier grado y afines en línea colateral en segundo grado), las disposiciones del Código en que se habla de dichos “parientes próximos” (*prossimi congiunti*) son las siguientes:

Art. 278, últ. párr. (Ofensa a la memoria de un ascendiente o de un descendiente o de otro pariente próximo del Rey, del Reyente o de la Reina);

Art. 307, párr. 3.º. (El hecho de dar asilo o víveres a los partícipes en el delito de conspiración o banda armada: no punibilidad si el hecho fuera cometido en favor de un “pariente próximo”);

(37) Según el Código anterior (de 1889) la afinidad en línea recta no constituía una circunstancia agravante de la lesión personal (véase, en cambio, oportunamente el art. 585, párr. 1.º, mencionado en el texto), sino del delito de “malos tratos hacia personas de la familia” (art. 391, párr. 2.º).

Art. 384, párr. 1°. (No punibilidad en los casos de omisión en denunciar los delitos, de rehusamiento de la prestación de servicios, de autocalumnia, de falso testimonio, de falsa pericia o interpretación, de fraude procesal y de encubrimiento personal ⁽³⁸⁾, si el agente ha cometido el hecho forzado por la necesidad de salvarse a sí mismo o a un “pariente próximo” de grave e inevitable perjuicio para su libertad o su honor);

Art. 386, párr. 4°. (Favorecimiento de la evasión: disminución de pena si el culpable es “pariente próximo” del evadido);

Art. 399, párr. 2°. (Combatiente en duelo extraño al hecho: aumento de pena no aplicable si el combatiente es un “pariente próximo”);

Art. 418, párr. 3°. (El hecho de dar asilo o víveres a los que hacen parte de una asociación destinada a cometer delitos: no punibilidad si el hecho se comete en favor de un “pariente próximo”);

Art. 551 (Aborto: circunstancia atenuante en el caso en que el hecho fuera cometido para salvar el honor propio o de un “pariente próximo”);

Arts. 578, párr. 1°. y 592, párr. 1°. (Infanticidio o abandono de un recién nacido por causa de honor);

Art. 597, párr. 3°. (Injuria o difamación: muerte de la persona ofendida, ofensa a la memoria de un difunto: derecho de querrela ejercido por los “parientes próximos”: facultad otorgada a los “parientes próximos” de someter a un jurado de honor el delito sobre la verdad del hecho).

Puede observarse, conforme a lo dicho antes, que la calidad de “pariente próximo” se presenta con respecto a este segundo grupo:

- a) Como *elemento constitutivo del delito* en los arts. 278, párr. 3°, 578, párr. 1°, 592, párr. 1°;

(38) *Encubrimiento personal* (art. 378) es el hecho del que, después de haberse cometido un delito, ayudare a alguno a eludir las investigaciones de la autoridad; el *encubrimiento real* (art. 379), en cambio, consiste en ayudar a alguno a asegurar el producto o el beneficio o el precio del delito. También el Proyecto Peco limita la impunidad (art. 365), como acabamos de ver, al encubrimiento personal (art. 363) y no lo extiende al encubrimiento *real* (art. 364).

- b) Como *circunstancia atenuante* en los arts. 386, párr. 4°, 551 y además en el art. 399, párr. 2°;
- c) Como *causa de no punibilidad* en los arts. 384, párr. 1° y 418, párr. 3°.

En el art. 597, párr. 3° la mencionada calidad de “pariente próximo” tiene importancia por lo atinente al ejercicio del *derecho de querrela* y a la *facultad indicada en el art. 596, párr. 2°*.

En conjunto, todas estas disposiciones merecen, a nuestro juicio, adhesión y podrían ser tomadas en cuenta a los fines de una reforma del Código penal Argentino. *De lege ferenda* observamos que se habría podido quizá extender a los *afines en línea colateral en tercer grado* (tíos y sobrinos), de un lado, la agravación de pena contemplada con respecto a los delitos contra la honestidad, en el art. 531 y de otro lado, la impunidad establecida para los delitos contra la administración de la justicia indicados en el art. 384 y al hecho de dar asilo o víveres a los que formen parte de una asociación para cometer delitos o de una banda armada (art. 307, párr. 3°).

Acaso, también es digna de destacarse la extensión que, limitadamente el encubrimiento, hacen el art. 278, párr. 2° del Código penal argentino y el art. 349 del Proyecto Coll-Gómez, a los amigos íntimos y a los que hubieren recibido grandes beneficios, lo mismo que la fórmula comprensiva del Proyecto Peco (art. 365) que se refiere a las relaciones tan estrechas como para hacer excusable la conducta del culpable.

El art. 540 del Código penal italiano ha eliminado —según ya advertimos más arriba— la cuestión que la doctrina y la jurisprudencia debatían frente al Código abrogado relativa a la *filiación ilegítima*. Dicho artículo ha equiparado (salvo la posibilidad de la prueba) la filiación ilegítima a la legítima. En consecuencia de esta disposición una parte de la doctrina afirma la perfecta equiparación entre la afinidad que depende del matrimonio y la *afinidad natural* ⁽³⁹⁾.

(39) En este sentido: FINZI, en *Giustizia Penale*, año XLII, II, fasc. IV. En sentido contrario: MANZINI, vol. IV, pág. 682.

Sin embargo, la disposición del Código italiano que respecto de los afines merece más atención por su novedad y por contradecir al precepto del Código Civil, es la contenida en el art. 307, último párrafo. Según dicha norma: “en la denominación de “parientes próximos” no se comprenden los afines *cuando haya fallecido el cónyuge y no exista prole*”.

Es necesario advertir al jurista no italiano que esta forma, por efecto de una imperfecta redacción legislativa, se refiere sólo a los casos que hemos ubicado en el segundo grupo (“parientes próximos”), es decir, no afecta las hipótesis en las que el Código habla expresamente de los “afines”. En otros términos, aquella disposición sólo se refiere a los casos en que la ley menciona los “parientes próximos”.

Como consecuencia de esta desarmonía los afines están divididos en dos categorías, a una sola de las cuales se aplica la regla nueva, la que no encuentra aplicación en cuanto a la otra.

Además de este defecto, puesto de relieve por una parte de la doctrina italiana, que sólo se refiere al lado técnico y que podría, por lo demás, fácilmente corregirse, hay que hacer una observación de carácter general desde el punto de vista político-criminal con el fin de que otros legisladores no sigan dicho ejemplo:

El principio, de acuerdo al cual se aplica a *todos los casos* en que vienen en consideración los “parientes próximos” la regla según la cual se considera extinguida la afinidad por efecto de la muerte del cónyuge si no existe prole, no parece muy certero.

Particularmente con relación a las hipótesis en que la calidad de “pariente próximo” es causa de no punibilidad (piénsese, por ej., en el falso testimonio o en el hecho de dar asilo o víveres a la banda armada), nuestra experiencia de la vida nos dice que aquellos motivos y sentimientos para los cuales el Código ha querido ser indulgente no desaparecen con la muerte del cónyuge ni por el hecho de la falta de prole. Quizá quien nos lea haya tenido oportunidad de ver, al igual que nosotros, a suegros y nuera más unidos aun en su afecto cuando éste es alimentado por una tumba común.