

II. Derecho Penal (Parte Especial)

1. CORTE SUPREMA - DERECHO PENAL (PARTE ESPECIAL)

COMENTARIOS A LA JURISPRUDENCIA DE LA CORTE SUPREMA Y EL CONCEPTO DE CONVIVENCIA A PROPÓSITO DEL DELITO DE FEMICIDIO

MARÍA CECILIA RAMÍREZ GUZMÁN
Pontificia Universidad Católica de Chile

Agradecemos la invitación que nos cursara el Instituto de Ciencias Penales, a través de su presidente, vicepresidente y secretario, para integrar la mesa de ponentes sobre materias destacadas de derecho penal conocidas por la Corte Suprema durante el respectivo año. En esta ocasión, dada la contingencia sanitaria, se realizó a través de la plataforma virtual –en modalidad online– como una forma de mantener el espacio que tradicionalmente ha tenido este instituto en las Jornadas Anuales de Derecho Penal, las que fueron pospuestas para el año 2021 a consecuencia de la mencionada crisis. Los presentes comentarios fueron expuestos en esa oportunidad.

La Excma. Corte Suprema ha emitido sendos pronunciamientos sobre el concepto de convivencia para definir el sujeto pasivo del delito de femicidio, todo ellos a propósito de la resolución de recursos de nulidad en que acogió la causal de errónea aplicación del derecho, reemplazando la condena de femicidio por la del homicidio simple respectivo (SCS roles N°s. 90633-2020, 26180-2018 y 19798-2014, entre otros)

No nos vamos a referir en esta oportunidad a la problemática que advertimos en la causal en cuanto a su configuración y procedencia, que a la luz del razonamiento del máximo tribunal parece al menos discutible. En sí misma daría para un comentario.

Hacemos presente, en todo caso, que se trata de una causal invocada de manera subsidiaria y, además, que en algunas el reproche principal tiene que ver con los juicios llevados a cabo por plataforma virtual y la garantía del debido proceso, cuyos comentarios estarán a cargo del profesor don Jaime Vera (SCS rol N° 90633-2020).

Las sentencias comparten, además de lo ya dicho, el que hacen una revisión de doctrina civil y penal, destacando la opinión de un civilista emitida a propósito del informe en derecho elaborado para la Defensoría Penal Pública sobre

el concepto de convivencia y su incorporación en el delito de parricidio del año 2006. Nos referimos al texto que el profesor Barrientos Grandon elaboró para esta institución, publicado, además, en la *Revista Chilena de Derecho Privado*¹.

En materia penal, como se adelantara, las sentencias en cuestión efectúan el mismo ejercicio: consultan una que otra fuente, relevándose el criterio del profesor Hernández en el informe elaborado para la misma institución y que sigue en lo sustancial a Barrientos².

Desde ya comentamos que esta problemática nos hizo recordar la discusión que en su momento sostuvieron Alessandri y Politoff a propósito del concepto de cosa mueble del derecho civil y su aplicación al derecho penal. Algunas reminiscencias de ello se encuentran acá, específicamente en cuanto al análisis crítico de las nociones de raigambre civilista y sus efectos en esta rama del derecho.

Sobre la problemática particular, tal punto de partida, vale decir, traer el concepto de cuño civil –desprendido de un pretendido concepto civil– de convivencia al delito de parricidio y, por extensión, hoy por hoy, al delito de femicidio, es un error sobre el que recae la confusión que se advierte en las decisiones de nuestro máximo tribunal y en el informe del profesor Hernández, debido a que el planteamiento de Barrientos en materia de convivencia no se condice con la opinión que la misma Corte Suprema, a través de su Primera Sala, donde se conocen mayormente los asuntos civiles, ha expresado. Cito a modo de ejemplo la sentencia recaída en los autos rol N° 337-2011, en que la conviviente demandó a la sucesión del causante –esto es, la cónyuge y los hijos– una compensación económica sobre la base de la convivencia habida con la persona del fallecido, dándose, en definitiva, lugar a ella. (Cabe señalar, por lo interesante que resulta este caso, en el que no se invocó para estos efectos el artículo 61 de la Ley N° 19.947, que establece el Nuevo Matrimonio Civil, pues no habría cómo, sino la equidad natural).

Lo relevante de la sentencia citada es que se reconoce la convivencia no obstante existir un vínculo matrimonial anterior no disuelto, con lo que se echa por tierra la tesis de Barrientos. El referido autor indica que los requisitos necesarios para afirmar la configuración de esta, copulativamente, serían los siguientes:

“1ª Que se esté en presencia de una situación de hecho que haya implicado, hasta el momento de la comisión del delito, la vida en común del autor y la víctima.

¹ BARRIENTOS GRANDON, Javier, “Sobre la noción de ‘conviviente’ utilizada en el artículo 390 del Código Penal”, en *Revista Chilena de Derecho Privado* N° 7, diciembre, 2006, pp. 191-260.

² HERNÁNDEZ BASUALTO, Héctor, “La definición de ‘convivencia’ en el artículo 390 del Código Penal”, en *Informes en Derecho. Doctrina Procesal Penal 2010*, Defensoría Penal Pública, N° 8, 2011.

2ª Que el autor y la víctima, sin estar casados, hayan mantenido, hasta el momento de la comisión del hecho punible, una situación de ‘convivencia’ jurídicamente asimilable a la de una familia.

3ª Que esa familia, a la cual resulte asimilable la situación de convivencia, sea la fundada en un matrimonio.

4ª Que el autor y la víctima, en el momento de la comisión del hecho punible, puedan ser asimilados, jurídicamente, a la categoría de ‘cónyuges’³.

En honor a la verdad, estimamos que esta propuesta es difícil de conciliar en materias ya resueltas por la jurisprudencia civil a propósito de la institución jurídica del precario, las indemnizaciones civiles derivadas de la responsabilidad extracontractual en accidentes de trabajo, las denominadas víctimas por rebote, la legitimación activa de convivientes, entre otros temas, sin hacer mención en esta oportunidad a las dificultades que presenta en el ámbito de las leyes sociales.

Más aún, al día de hoy se trata de una conclusión que a la luz de la evolución legislativa no se puede sostener; creemos que en su momento tampoco –por muy loable que sea la preocupación de los sentenciadores por los rangos de pena comprometidas– so pena de desentenderse de la política legislativa, en general, y la política criminal, en particular, que se ha venido trazando a partir de la publicación de las Leyes N.ºs. 20.066, 20.480, 20.830 y 21.212, y sus textos.

En cuanto a la evolución legislativa general, la Ley N.º 20.830, de abril del año 2015, que crea el acuerdo de unión civil, en su artículo 2º define esta institución como “un contrato celebrado entre dos personas que comparten un hogar, con el propósito de regular los efectos jurídicos derivados de su vida afectiva en común, de carácter estable y permanente”⁴, agregando que los contrayentes reciben la denominación de convivientes civiles.

Dicha noción no es sinónimo del concepto de convivencia, pero sí el último la comprende a la vez que la excede, pues incluye otros supuestos que no forman parte de la primera, habida cuenta de lo estatuido en el artículo 24 de la ley en revisión. Este artículo dice:

“Artículo 24.- Las leyes y reglamentos que hacen alusión a los convivientes, sea con esta expresión u otras que puedan entenderse referidas a ellos, serán igualmente aplicables a los convivientes civiles”.

Conforme el tenor de la disposición transcrita, estimamos que la convivencia no puede ser asimilada jurídicamente a una relación matrimonial pero sin matrimonio –parafraseando a Hernández en su informe–, puesto que el acuerdo

³ BARRIENTOS GRANDON, ob. cit., p. 200 (el destacado es nuestro).

⁴ El destacado es nuestro.

de unión civil da cabida sin ambages a la convivencia de carácter homosexual y, siendo los convivientes civiles a la vez convivientes penales, para los efectos de los delitos en que la convivencia es un elemento típico, no es posible llegar a dicha conclusión en los términos que se pretende.

En relación con ello, hay dos consideraciones que estimamos necesario efectuar: primero, aun antes de la entrada en vigor de la ley en cuestión, atendido el carácter eminentemente factual de la convivencia, dábamos cabida en ella a las parejas del mismo sexo, en función de lo dispuesto en el artículo 369 inciso 4° del Código Penal, en la medida en que hicieran vida en común.

Si se entiende, como en efecto lo hacemos, siguiendo la opinión del profesor Rodríguez Collao⁵, que la convivencia de esa naturaleza comparte las mismas características, en cuanto a los afectos y confianza involucradas, que la convivencia heterosexual, no hay fundamento para excluirla.

Con respecto a la disposición citada, destacamos, a modo de ejemplo, el considerando décimo sexto de la SCS rol N° 26180-2018, que dice:

“Que, los penalistas Matus y Ramírez estiman que el concepto de convivencia puede deducirse del artículo 369 inciso 4° del Código Penal, que trata al que, sin ser ascendiente o descendiente, hace vida en común con otro, como si fuera su cónyuge. (Matus-Ramírez, cit., p. 106)”.

Concluyendo en el segundo párrafo de este considerando que:

“Se trata, entonces, de hacer vida en común con otro, en términos tales que el vínculo de hecho pueda asimilarse al formal-jurídico de vida familiar (como si fuera su cónyuge)”.

No compartimos dicha conclusión, y no podemos compartirla, desde el momento que incluimos a parejas del mismo sexo en la ya tantas veces mencionada convivencia, de tal manera que la alusión a los cónyuges no está hecha en sentido ‘formal-jurídico’ como se expresa en el considerando transcrito, sino términos de significación vital, ínsita en la noción de conyugalidad a la hora de generar confianza y afectos, cuestión se aviene de mejor manera con la cita que la misma corte hace de estos autores en el considerando decimocuarto. En este se lee:

“Que, la reforma introducida al artículo 390 del Código Penal por la Ley N° 20.066 significó pasar de la protección del mero vínculo jurídico (p. ej. ascendientes y cónyuges) a la de las relaciones generadoras de confianza y de afecto entre las personas. (Matus-Ramírez, Manual de Derecho Penal Chileno. Parte Especial, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, p. 102)”.

⁵ RODRÍGUEZ COLLAO, Luis. *Delitos sexuales*, segunda edición actualizada, Editorial Jurídica de Chile, 2014, p. 410.

Lamentablemente, la cita precedente no fue seguida por el máximo tribunal, porque ahí se encuentra la clave que lleva a resolver el problema, como lo diremos más adelante.

La segunda consideración que nos parece pertinente efectuar corresponde a que los hechos probados en, al menos, dos sentencias de las revisadas son posteriores al 21 de abril del año 2015, fecha de la publicación de la Ley N° 20.830, texto del que las sentencias en estudio no se hacen cargo al momento de sustentar su conclusión (SCS 23 de julio de 2019 rol N° 90633-2020, entre el 2 y 30 de agosto de 2017 rol N° 26180-18). Siendo así, la omisión de dicha referencia hace que el razonamiento del máximo tribunal resulte incompleto y, si se nos permite decirlo, inexacto.

Por otra parte, la legislación nacional, específicamente la Ley N° 20.066, que introduce las modificaciones al delito de parricidio y otros, de ahí su importancia, no se basa en la familia matrimonial como la que sostiene Barrientos Grandón para estos delitos, y, por añadidura, Hernández y la propia corte, en su voto de mayoría tratándose de la sentencia rol N° 26180-18. Por el contrario, la unidad familiar que se describe comprende familia nuclear, familia extendida y ciertas situaciones de hecho que no solo tienen que ver con la relación de convivencia, sino también con determinados parientes del actual conviviente y con sujetos protegidos de manera especial. Los últimos, en la medida en que se encuentran bajo el cuidado del “grupo familiar”, en referencia al adulto mayor, al menor de 18 años y a la persona discapacitada, dice la ley.

Esta opción del legislador, trazada en el año 2005, no fue modificada por la Ley N° 20.830, que consagra el acuerdo de unión civil (AUC), en la que se hace referencia a los parientes por afinidad del conviviente civil, vale decir, en lo que importa, no altera la noción de grupo familiar establecida por el artículo 5° de la ley sobre violencia intrafamiliar. Lo dicho no excluye las relaciones de este tipo que en virtud del acuerdo quedan establecidas, pero no son las únicas comprendidas.

La constatación anterior es de suma importancia, porque los delitos contra la vida deben ser analizados de la mano de la regulación de Ley N° 20.066, en tanto y en cuanto el delito de parricidio es una figura especial con relación a los delitos de homicidio como también a los actos constitutivos de violencia intrafamiliar, siendo la expresión más severa de los mismos. El delito de femicidio, por su parte, en algunas de sus formas típicas comparte la característica referida.

Como es sabido, el propósito de la disposición, esto es, del artículo 5° de la ley especial, fue dar cabida a otras uniones distintas de la marital y tenerlas por uniones familiares.

En el contexto de la ley de violencia intrafamiliar, es del caso recordar que los delitos de maltrato habitual y de lesiones hacen alusión al artículo 5° de la

misma (artículos 14 de la Ley N° 20.066, y 494 N° 5 y 400 del Código Penal, respectivamente). ¿Significa acaso que el Código Penal baraja dos conceptos de unidad familiar, uno para el parricidio, diferente del que se emplea para los delitos de lesiones y, haciendo extensiva la misma acotación a la ley especial, para el delito de maltrato habitual?

Esa sería una consecuencia que seguiría al planteamiento de Barrientos Grandon, pero como sostenemos que su tesis no se aplica, en razón del espacio que disponemos no ahondaremos mayormente en el punto.

Lo que sí vamos a decir es que reducir la noción de familia a la matrimonial no se condice con la unidad familiar estatuida en la Ley N° 20.066, tal como se indicó y, a mayor abundamiento, tampoco responde a la conminación que la Convención Belem do Pará le hace al Estado de Chile en materia de violencia contra la mujer. Pero no solo eso. La propuesta de Barrientos omite completamente los modelos de familia reconocidos a la luz de la Convención Americana de Derechos Humanos. Cabe considerar que la Corte Interamericana, en diversas opiniones consultivas (opinión consultiva de 2014, incluso previa al informe del civilista), destaca que no existe un modelo único de familia y que su definición no queda limitada a la pareja y los hijos, sino que también debe abarcar otros parientes de la familia extensa en consideración a la cercanía de los lazos, los que pueden existir incluso entre personas que no sean jurídicamente parientes. Ha reiterado que la Convención Americana no protege un modelo único debido a que la definición de familia no es privativa de aquella integrada por parejas heterosexuales. Es más, el tribunal ha considerado que el vínculo familiar que puede derivar de la relación de una pareja del mismo sexo se encuentra amparado por el cuerpo de la Convención (opinión consultiva OC-24/17 de 24 de noviembre de 2017).

En cuanto a que no existe un único modelo de familia, el profesor Scheechler coincide en esto, señalando que las relaciones de convivencia adquieren una multiplicidad de formas y constituyen lo que denomina el núcleo de muchas familias no matrimoniales. El autor agrega que le parece discutible que la Excma. Corte Suprema “(...) abrace una visión sesgada de una institución social que ha ido ganando espacio de valoración especialmente de la mano del derecho penal”⁶.

Creemos que, sesgos más, sesgos menos, el problema más complejo radica en la noción restrictiva de convivencia que el máximo tribunal emplea y los fundamentos en que la sustenta.

⁶ SCHEECHLER CORONA, Christian, “El concepto de convivencia en el art. 390 del Código Penal. Comentario a la SCS de 2 de septiembre de 2014”, en *Revista de Ciencias Penales*, sexta época, vol. XLI, N° 4, 2014, p. 118.

Por último, las sentencias en cuestión, por seguir el planteamiento de tantas veces citado profesor de derecho civil, tampoco guardan concordancia con las opciones de política criminal declaradas, pues con la tipificación establecida especialmente tratándose de muerte de mujeres a manos de sus parejas sentimentales, específicamente convivientes, cónyuges y los que habían perdido esas calidades, se pretendía evitar que se les rebajase la pena a los autores de estos ilícitos. Según la conocida crítica, preferentemente de colectivos de mujeres, se sostiene que los sentenciadores tienden a recalificar el delito en estos casos para aplicar al autor una sanción menos grave. Más aún, alegan que, cuando se trata de la mujer que mata a su maltratador, la tendencia es a la inversa, temas que han sido muy bien expuestos por Larrauri⁷. Tal fue el propósito declarado de la Ley N° 20. 480 y de la nueva Ley N° 21 212: evitar aquello.

Finalmente, si la convivencia no es lo que dicen los especialistas a quienes se cuestiona en estos comentarios, la pregunta que corresponde formularse entonces es “¿qué es la convivencia?”, para así determinar el sujeto pasivo en los delitos de parricidio, femicidio en sus distintas formulaciones, lesiones y maltrato habitual, y otros tanto más en los que tiene lugar el estatuto de protección de la Ley N° 2.066, por ser constitutivos de actos de violencia intrafamiliar, por ejemplo, el delito de amenazas.

Pues bien, siguiendo las luces de una sentencia de la primera sala de la Corte Suprema, rol N° 337-2011 ya citada, considerando décimo octavo, decimos:

“Se trata de la unión de hecho de dos personas, en que el elemento de voluntad o consentimiento –esencial en todo negocio jurídico–, se desplaza frente al carácter fáctico de la citada relación a ‘la afectividad’”.

Se destaca de esta afirmación su carácter fáctico, que compartimos, y su componente afectivo, de la misma manera que lo hicimos a propósito de la legislación civil actual en materia de acuerdo de unión civil, que habla de vida afectiva en común, pues se trata de un elemento que nos parece de suma relevancia.

¿Por qué este elemento resulta tan decidor, vida afectiva en común? Pues bien, porque sobre la base de ella se sustenta la protección de estas especiales relaciones humanas generadoras de confianza. Y es esa confianza la que termina siendo un elemento facilitador de la comisión del delito contra la vida y, en el caso de femicidio íntimo familiar, además, facilitador de la expresión de la reprochada violencia de género.

Tal como señala la citada sentencia civil, es del caso probar los elementos que representan las notas distintivas de la relación de convivencia y que suelen mencionarse a propósito del tema, como, por ejemplo, compartir un proyecto

⁷ LARRAURI, Elena Mujeres, *Derecho Penal y criminología*, Siglo XXI, 1994, pp. 103 y 104.

de vida, etcétera. Al respecto, puede verse el detallado trabajo de María José Taladriz, “Decisiones judiciales en el ámbito penal acerca del concepto de ‘convivencia’”⁸.

Lleva razón Scheechler cuando afirma que tales elementos no deben configurarse copulativamente, apartándose así, aunque sin decirlo expresamente, de Barrientos. A nuestro juicio, se trata, además, de notas distintivas que deben comprobarse caso a caso, según los presupuestos fácticos que se examinan a partir de lo dicho: relaciones generadoras de confianza y afecto entre las personas.

Resulta cuestionable que una de las sentencias anuladas por la Corte Suprema sustente su refutación en que no se haya acreditado la existencia de relaciones sexuales entre la pareja, pues la convivencia comprende, so pena de parecer redundante, relaciones afectivas con connotaciones sexuales a lo sumo, pero no necesariamente relaciones sexuales, puesto que estas implican la realización de la cópula. Ello no es requisito ni siquiera del contrato matrimonial (artículos 4º y siguientes de la Ley del Nuevo Matrimonio Civil). En el derecho canónico sí se hace referencia a la realización del acto conyugal, como puede verse refrendado en la regulación de la institución del matrimonio, de matrimonio rato consumado o no, pero estamos analizando materias propias del orden temporal, no eclesiástico (cánones 1055 y siguientes, especialmente el 1061).

Finalmente, manifestamos que nuestro temor es que, de mantener la Corte Suprema su doctrina, en el largo plazo va a generar una nueva demanda de aumentar las penas de los delitos en cuestión, ya sea por el camino de modificar las establecidas para los delitos comunes que están de base o por el de tipificar marcos penales rígidos.

En fin, nos conformamos repitiéndonos en nuestro fuero interno la frase tomada de la obra Edipo en Colono: “no mandes donde no tienes imperio”.

⁸ TALADRIZ EGUÍLIZ, María José, “Decisiones judiciales en el ámbito penal acerca del concepto de ‘convivencia’”, en *Revista de Ciencias Penales*, sexta época, vol. XLI, N° 4, 2014, pp. 79 y ss.