

I. Corte Suprema

I. DERECHO PENAL - DERECHO PROCESAL PENAL - CORTE SUPREMA

HOMICIDIO SIMPLE

I. PARRICIDIO Y CONVIVENCIA. REQUISITOS PARA DETERMINAR CUÁNDO SE TRATA DE UN VÍNCULO DE CONVIVENCIA. NO TODA UNIÓN DE HECHO ENTRE AGRESOR Y VÍCTIMA PUEDE CALIFICARSE COMO CONVIVENCIA. RELACIÓN FUNCIONAL BASADA EN LA DEPENDENCIA Y CONSUMO DE DROGAS NO CONSTITUYE CONVIVENCIA. II. IMPARCIALIDAD DEL TRIBUNAL ES UNA CONDICIÓN SIN LA CUAL EL JUICIO NO EXISTE.

HECHOS

La defensa de la condenada como autora de parricidio en la persona de su conviviente, deduce recurso de nulidad por diversas causales. La Corte Suprema acoge el recurso por la causal del artículo 373 letra b) del Código Procesal Penal, toda vez que no se está en presencia de un vínculo de convivencia. El Máximo Tribunal anula la sentencia impugnada y dicta una de reemplazo, condenando a la imputada como autora de homicidio simple.

ANTECEDENTES DEL FALLO:

TIPO: *Recurso de nulidad (acogido)*

ROL: *19798-2014, de 2 de septiembre de 2014*

PARTES: *“Ministerio Público con Daniela Fernández Pérez”*

MINISTROS: *Sr. Milton Juica A., Sr. Carlos Künsemüller L., Sr. Haroldo Brito C. y Abogados Integrantes Sr. Luis Bates H. y Sr. Alfredo Prieto B.*

DOCTRINA

- 1. El legislador no definió lo que debe entenderse por convivencia o conviviente; sin embargo, numerosos autores han establecido las características que deben concurrir para entender que el vínculo existe, sosteniendo que la convivencia es una unión de hecho para el establecimiento de una vida en común que ha de estar revestida de una cierta estabilidad o permanencia y ha de ser pública y notoria. Conforme a la doctrina y a lo que el propio legislador pensó al momento de incorporar la convivencia dentro de la figura típica de parricidio, puede señalarse que si bien no existe un concepto dogmático*

único de convivencia, lo cierto es que hay estándares comunes que ésta debe cumplir y que permiten enumerar ciertos requisitos que servirán para determinar cuándo se está en presencia de una relación que permita diferenciar con exactitud si el hecho investigado es parricidio o si, por el contrario, se trata de un homicidio simple o calificado, siendo en ambos el bien jurídico protegido el mismo, la vida humana, pero en el primer caso el disvalor se ve agravado por la relación que une a la víctima con su agresor. Desde esta perspectiva, en una primera aproximación a la noción de convivencia, ésta debe tener un carácter permanente, es decir, tiene que mantener una cierta estabilidad en el tiempo; además de publicidad y notoriedad; un proyecto de vida en común; y debe ser asimilable a una familia. De esta manera, no toda unión de hecho entre la víctima y su agresor, puede incorporarse a la figura de parricidio, ya que para su configuración es necesario que la relación entre ellos sea asimilable a un matrimonio. En definitiva, no todas aquellas personas que cohabitan en un mismo espacio o mantienen una vida en compañía pueden ser considerados convivientes, porque para que tal supuesto se entienda satisfecho, es necesario tener un propósito u objetivo de vida en común (considerandos 24° y 26° de la sentencia de nulidad).

El tipo penal del artículo 390 del Código Penal, el parricidio, se compone de dos elementos, el descriptivo y el normativo; éste, a su vez, se compone de sub elementos culturales y jurídicos. Que la imputada haya compartido con el occiso el mismo domicilio –como en la especie–, no es suficiente para tener por establecida una convivencia como parte del elemento normativo del tipo de parricidio, puesto que la unión de hecho debe compartir una serie de características que permitan al resto de la sociedad dentro de la que ésta se inserta reconocerla como un vínculo similar al matrimonio. La unión basada en la dependencia y consumo de drogas, como la que tenían imputada y víctima, no puede ser considerada como la convivencia exigida para establecer el delito de parricidio. Más bien se trata de una relación funcional, basada en el provecho o utilidad que las partes se reportan, sin que sea posible distinguir un proyecto de vida en común o la existencia de una relación de ayuda mutua o protección que pueda ser asimilada a la concepción de familia, pues si bien las uniones de hecho pueden no sujetarse a las reglas estrictas del matrimonio, sí deben distinguirse en éstos derechos y obligaciones (considerandos 27° y 28° de la sentencia de nulidad).

En suma, la relación habida entre el occiso y la acusada no puede ser asimilada de manera inequívoca a los cónyuges que dan origen a una familia, concebida usualmente como la unión de dos personas que buscan construir una vida en común, prestándose auxilio mutuo, razón por la cual la cohabitación funcional existente entre ellos no satisface el elemento normativo del tipo presente en el parricidio: no es suficiente que dos personas vivan bajo un mismo techo para

conceptuar esa situación fáctica como la de una convivencia en los términos que sea asimilable a un matrimonio, teniendo en cuenta que el legislador, al integrar el parricidio con el vínculo de convivencia –junto con el matrimonio– ha querido amparar un bien jurídico asimilable a éste y no cualquier forma de vida en pareja. Corresponde, entonces, acoger el recurso de nulidad de la imputada por la causal del artículo 373 letra b) del Código Procesal Penal, dictando sentencia de reemplazo en que se le condene como autora de homicidio simple, no de parricidio (considerando 29° de la sentencia de nulidad).

- II. *La imparcialidad de todo tribunal instituido por el Estado –entendida como ausencia de prejuicios o parcialidades– para decidir jurisdiccionalmente y con imperatividad un litigio, es una condición sin la cual el juicio no existe. Reconocida desde antiguo en instrumentos y convenciones internacionales del proceso penal justo, la legislación nacional establece conocidas garantías de abstención y recusación de los funcionarios judiciales en base a determinadas circunstancias que puedan relacionar a los miembros del tribunal con los intervinientes o con el objeto del juicio, que de acuerdo con las normas de experiencia puedan influir en el ánimo judicial torciendo la rectitud de la decisión (considerando 14° de la sentencia de nulidad).*

Cita online: CI/JUR/6186/2014

NORMATIVA RELEVANTE CITADA: Artículos 390 y 391 N° 2 del Código Penal; 373 letra b) del Código Procesal Penal.

EL CONCEPTO DE CONVIVENCIA EN EL ARTÍCULO 390 DEL CÓDIGO PENAL. COMENTARIO A LA SCS DE 2 DE SEPTIEMBRE DE 2014

PROF. CHRISTIAN SCHEECHLER CORONA
Universidad Católica del Norte

El fallo comentado tiene distintos puntos de interés, tanto desde la perspectiva adjetiva como sustantiva (imparcialidad del tribunal, delito de amenazas, etc.). Sin embargo, nos centraremos en uno de los más interesantes, como es el relativo al concepto de convivencia incorporado por el legislador al artículo 390 del CP a través de la Ley N° 20.066. Este elemento normativo del tipo supone la inclusión de un tercer orden de valoraciones en los delitos de parricidio y femicidio¹, pues

¹ Sobre la naturaleza jurídica del elemento, Considerandos 25° y 27, citando a CURY URZÚA, Enrique, *Derecho penal, parte general*, 9ª edición (Santiago, 2009), p. 280. Véase también BALMA-CEDA HOYOS, Gustavo, *Manual de derecho penal, parte general*, (Santiago, 2014), pp. 123-124.

a la tradicional protección de vínculos de sangre (padre, madre, hijo, ascendientes y descendientes) y de matrimonio (cónyuges), se agregan los vínculos afectivo-materiales propios de una institución tan polémica como atractiva, penalmente hablando: la convivencia². En conjunto, las figuras del artículo 390 pueden incluirse en un ámbito del Derecho Penal poco desarrollado en nuestro país, como es la protección penal de la familia³.

En la SCS de 2 de septiembre de 2014, recaída en causa Rol N° 19798, la defensa de la condenada recurre de nulidad por vulnerar, entre otras, la causal del artículo 373, letra b), al considerar que el TJOP incurrió en una errónea aplicación del Derecho, imponiendo una pena corporal en virtud del artículo 390, calificando los hechos como parricidio, en vez de hacerlo por el artículo 391.2, como homicidio simple, al no existir entre condenada y ofendido la calidad de convivientes⁴. La CS acoge el recurso en esta parte, por estimar que no es posible establecer la existencia de una relación de convivencia entre condenada y occiso (considerando 29°)⁵.

² GARRIDO MONTT, Mario, *El homicidio y sus figuras penales* (Santiago, 1976), pp. 188 y ss.; HUERTA ALFARO, Santiago, *El delito de parricidio* (Santiago, 1969), pp. 14-15, ambos en relación a la historia fidedigna del establecimiento del Código Penal chileno.

³ Usualmente restringida al ámbito de la violencia intrafamiliar, quizás la cara más visible del fenómeno. El parricidio y el femicidio, si bien tienen como bien jurídico principal la vida del ser humano, secundariamente protegen vínculos propios de las relaciones familiares. Algunos de los delitos que forman parte de la protección penal de la familia en BULLEMORE G., Vivian, y MACKINON R., John, *Curso de derecho penal*, tomo III, parte especial, 2ª edición, aumentada y actualizada (Santiago, 2009) pp. 201-208, bajo el epígrafe “Delitos contra la constitución de la familia”. Parece no compartir esta visión CARRASCO JIMÉNEZ, Edison, *Manual de legislación sobre violencia intrafamiliar* (Santiago, 2008), pp. 83 y ss., quien restringe la protección a bienes jurídicos individuales. Matus y Ramírez en tanto incluyen en el femicidio la idea de violencia de género, por el especial desvalor del ataque a la mujer en un régimen patriarcal, MATUS A., Jean P., y RAMÍREZ G., M^ª Cecilia, *Lecciones de derecho penal chileno, parte especial*, tomo I, 3ª edición revisada y actualizada (Santiago, 2014), pp. 62-64, y especialmente pp. 80-81. En Derecho comparado, se puede encontrar un mayor desarrollo, por ejemplo, en España, véase BELLO LANDROVE, Federico, *La Familia en el código penal español (1973-2005)*, en *Revista de Derecho penal* 17 (2006)

⁴ Alega la recurrente que el 7° Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Santiago, en el razonamiento 11° del fallo, no define la noción jurídica de convivencia sobre lo que basa su resolución.

⁵ “Que en las circunstancias descritas y de acuerdo a los hechos descritos en el razonamiento 22° de estos antecedentes no es posible establecer la existencia de una convivencia –como elemento normativo del tipo– entre la sentenciada y el occiso, pues ésta es una calificación jurídica que se aplica respecto de determinadas circunstancias fácticas, como aquella señalada en los basamentos precedentes, tales como que se esté en presencia de una situación de hecho que haya implicado, hasta el momento de ocurrencia del delito, la vida en común entre el autor y la víctima, que dicha relación sea equiparable jurídicamente a la de una familia, que sea visible para el resto de la comunidad la existencia de un proyecto de vida, manteniendo su estabilidad en el tiempo”.

Si bien la decisión de la Suprema parece acertada, existen varios puntos del razonamiento del máximo tribunal que merecen algunas consideraciones. En primer lugar, la sentencia pareciera acoger una cierta noción de familia basada en el matrimonio, con una visión muy “civilista” del tema⁶, según se aprecia en los Considerandos 26° y 29°, a través de la idea de asimilación de la convivencia al matrimonio, que da origen a la familia. En nuestro país, tanto la doctrina como la jurisprudencia han parecido abrazar esta idea restrictiva de familia que, entre otras situaciones, dejaría fuera la posibilidad de convivencia homosexual⁷. Si estamos ante un precepto que buscó dar una mayor protección a cierto tipo de relaciones que no eran matrimonio, y que representa una realidad social importante en nuestro país, la interpretación del concepto no debe ser dependiente al de matrimonio, que es una institución propia del Derecho civil⁸. Además, una mirada a la política criminal chilena de la última década muestra el interés del legislador de, por una parte, otorgar mayor protección a la familia entendiéndola de forma bastante amplia⁹, y por otra, evitar toda forma de discriminación arbitraria¹⁰.

En segundo lugar, el fallo en comento establece requisitos para un concepto de convivencia a efectos del artículo 390. Estos son: un carácter permanente de la relación, publicidad y notoriedad, un proyecto de vida en común y una relación

⁶ En este sentido, por ejemplo, RAMOS PAZOS, René, *Derecho de familia*, 5ª edición actualizada con la nueva ley de matrimonio civil y la ley de tribunales de familia, tomo I (Santiago, 2005), pp. 11-14; también COURT MURASSO, Eduardo, *Curso de derecho de familia* (Santiago, 2009), pp. 4-5, pero especialmente pp. 7-8 en relación a las uniones de hecho. Una exposición sobre la evolución y presente del concepto, y particularmente sobre los fines de la familia, en DEL PICÓ RUBIO, Jorge, Evolución y actualidad de la concepción de familia. Una apreciación de la incidencia positiva de las tendencias dominantes a partir de la reforma del derecho matrimonial chileno, en *Revista Ius et Praxis I* (2011), pp. 31-56, especialmente p. 37. La sentencia, en su considerando 24°, incluye los conceptos de “unión de hecho” o convivencia dados, entre otros, por los profesores Javier Barrientos y Gonzalo Figueroa Yáñez.

⁷ Con escasa recepción en nuestra jurisprudencia, donde prácticamente sólo puede contarse la SCA de La Serena de 8 de enero de 2007, en causa Rol N° 373-2006.

⁸ Una panorámica del tratamiento que a ambos le ha dado el legislador penal en SCHEECHLER CORONA, Christian, El cónyuge y el conviviente en el código penal chileno: perspectivas de un tratamiento (dispar) desde la ley de violencia intrafamiliar, en *Revista Doctrina y Jurisprudencia Penal 3* (2012) pp. 3-24; sobre la libertad del intérprete penal frente a las reglas de interpretación del Código Civil, se sigue aquí lo planteado por MATUS ACUÑA, Jean Pierre, *La ley penal y su interpretación* (Santiago, 1994), pp. 206-207. Sobre la visión constitucionalista de la interpretación penal, así como de los tratados internacionales, PALACIOS MORENO, Fernando, *Estructura de la interpretación de la ley penal chilena* (Santiago, 2010), pp. 35 y ss. El mismo autor reconoce a la política criminal y al bien jurídico valor interpretativo.

⁹ Claros ejemplos de esto lo constituyen las Leyes N°s 19.325, 20.066, 20.427 y 20.480, particularmente notorio en este sentido el artículo 1° de la primera y el artículo 5° de la segunda.

¹⁰ Como sería el caso de la convivencia homosexual. Al respecto, Ley N° 20.609, conocida como Ley Zamudio.

asimilable a una familia (considerando 26^o), a lo que habría que agregar la cohabitación como elemento básico (considerando 28^o). Nuestra jurisprudencia es rica en cuanto a consideraciones sobre los elementos de la convivencia. Sin ser taxativos, se han estimado como componentes de la misma: un proyecto de vida en común y actuar unitario¹¹, un techo en común o cohabitación¹², notoriedad o publicidad del vínculo¹³, prolongación de la relación en el tiempo (estabilidad)¹⁴, identificación como familia¹⁵, vida sexual¹⁶, y permanencia igualitaria de las cargas¹⁷. Sin embargo, estos no son copulativos, y se ha aceptado que puede haber una relación de convivencia aun cuando no esté presente algunos de ellos¹⁸.

Por último, si bien se comparte totalmente la naturaleza jurídica del concepto de convivencia, como elemento normativo del tipo que requiere una especial valoración cultural (considerando 27^o)¹⁹, consideramos que esta valoración debe justamente tener en cuenta una visión de lo que la sociedad va considerando como relaciones de convivencia, con la multiplicidad de formas en que esta se manifiesta en la sociedad chilena actual, más aún si consideramos que este fenómeno es núcleo de muchas familias “no matrimoniales”.

Sin duda es acertada la sentencia comentada al negar que, en el caso concreto, exista una relación de convivencia, pues no basta para ello la simple cohabitación y una relación basada en la drogo-dependencia, pero es discutible que abrace una visión sesgada de una institución social que ha ido ganando un espacio de valoración especialmente de la mano del Derecho Penal.

¹¹ STJOP de Valparaíso de 29 noviembre de 2006 y STJOP de Talca de 30 de agosto de 2007.

¹² SCA de Temuco de 28 de marzo de 2008; STJOP de Valparaíso de 29 de abril de 2009 y Sentencia del Tercer TJOP de Santiago, de 30 de mayo de 2007.

¹³ SSTJOP de Valparaíso de 29 de abril de 2009 y de 29 de noviembre de 2006.

¹⁴ SCA de Rancagua de 10 de febrero de 2005.

¹⁵ SCA de Temuco de 28 de marzo de 2008.

¹⁶ STJOP de Valparaíso de 29 noviembre de 2006.

¹⁷ SCA de Temuco de 28 de marzo de 2006.

¹⁸ Perfectamente válidos aquí los razonamientos sobre la Teoría de la Adjudicación de Raz, hechos por AGÜERO S., Claudio; y ZAMBRANO T., Juan, Multiculturalidad y discrecionalidad judicial en una sentencia penal: análisis desde Joseph Raz, en *Revista de Derecho* 32 (2009), pp. 330 y ss., sobre el margen de interpretación de los conceptos dados por el legislador.

¹⁹ El Tribunal Constitucional se pronunció sobre su eventual carácter de ley penal en blanco y tipo penal abierto, rechazando ambas ideas, en SCT Rol N° 1432-09 de 5 de agosto de 2010.