

DECISIONES JUDICIALES EN EL ÁMBITO PENAL ACERCA DEL CONCEPTO “CONVIVENCIA”

MARÍA JOSÉ TALADRÍZ EGUILUZ
Ministerio Público

SUMARIO: I. Introducción. II. Elementos de la convivencia. 1. Cohabitación. 2. Existencia de un proyecto de vida unitario. 3. Permanencia y/o estabilidad del vínculo. 4. Notoriedad de la relación. III. La convivencia frente a la cohabitación paralela o a la existencia de vínculo matrimonial no disuelto, respecto de uno de los sujetos del delito o de ambos. IV. ¿Alcanza la convivencia a parejas del mismo sexo? V. Conclusiones.

PALABRAS CLAVE: Convivencia, elementos de la convivencia, cohabitación - proyecto de vida unitario - permanencia y/o estabilidad del vínculo - notoriedad de la relación - convivencia homosexual.

I. INTRODUCCIÓN

La Ley N° 20.066 sobre violencia intrafamiliar¹ y la Ley N° 20.480² incorporaron al conviviente y exconviviente como posibles sujetos activo y pasivo de los delitos de violencia intrafamiliar, y especialmente en los delitos de parricidio y femicidio. Si bien, nuestro ordenamiento jurídico ha avanzado en el reconocimiento de una realidad acorde con la evolución social de la familia³, este concepto, ni la relación de convivencia, han sido definidos por el legislador.

En la historia de la Ley N° 20.066 se establece que el legislador, poniendo énfasis en la permanencia y estabilidad de la relación, estableció que a la convivencia no

¹ El artículo 21 de la Ley N° 20.066, publicada el 7 de octubre de 2005, modifica el artículo 390 del Código Penal, incorporando como posible sujeto activo y pasivo del delito de parricidio, al conviviente.

² El artículo 1° de la Ley N° 20.480, publicada el 18 de diciembre de 2010, modifica en su numeral 6, el artículo 390 del Código Penal en dos aspectos: tipificado y sancionado, el delito de femicidio e incluyendo como sujetos activo y pasivo del delito de parricidio, al ex conviviente y al ex cónyuge.

³ Sobre la evolución social de la familia puede revisarse, entre otra, la siguiente bibliografía: ROCA GIRONA, Jordi, Ni contigo ni sin ti: Cambios y transformaciones en los roles de Género y las formas de convivencia, en *Revista Sexualidad, Género, Cambio de roles y nuevos modelos de familia*, (2008); BECK, Ulrich y BECK-GERNSHEIM, Elisabeth, *El normal caos del amor. Las nuevas formas de la relación amorosa*, (Buenos Aires, 2001); y SORIANO, Sonia, *Parejas del mismo sexo* en NAVARRO, José y PEREIRA, José, *Parejas en situaciones especiales*, (Buenos Aires, 2000), pp. 19-42.

puede dársele el sentido literal del Diccionario de la Real Academia Española, esto es, “vivir en compañía de otro u otros”⁴, sino que debe tratarse de una relación homologable a la idea de matrimonio. Sin embargo, durante la discusión parlamentaria del precepto, que pasó a ser artículo 5° de la Ley N° 20.066, que se refiere a quienes pueden ser sujetos pasivos de violencia intrafamiliar, “... *la Comisión acordó dejar constancia, para los efectos de la historia fidedigna del establecimiento de esta norma, que no hace falta agregar una frase alusiva al “progenitor del hijo común”, pues dicha hipótesis queda cubierta por la disposición, que alcanza a quien tenga o haya tenido una relación de convivencia con el ofensor, toda vez que la ley no fija un mínimo de tiempo para tal convivencia, la que, por lo tanto, puede haber sido efímera*”⁵.

Sin embargo, para que una relación de hecho pueda tener un trato equivalente al matrimonio, deberá cumplir con ciertas características que no han sido establecidas por el legislador⁶. Por ello, ha correspondido a los sentenciadores dilucidar bajo qué circunstancias una relación de pareja puede llegar a constituir y dar cuenta de una situación de convivencia, a través de la interpretación que se haga en el juicio concreto.

Lo anterior resulta relevante, toda vez que pese a que con anterioridad a la Ley N° 20.066 sobre Violencia Intrafamiliar⁷, la legislación penal ya había incorporado la expresión “conviviente” en una serie de disposiciones, ninguna de ellas definió los términos “convivencia” o “conviviente”, así como tampoco estableció los elementos que debe reunir una relación para ser jurídicamente calificada como convivencia, ni las características que deben concurrir en una persona para ser calificada de conviviente⁸.

⁴ Opinión del Senador Viera-Gallo de la que da cuenta el Informe de la Comisión Mixta, del Segundo Trámite Constitucional, Boletín N° 2.318-18, p. 8.

⁵ Segundo Informe de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento, recaído en el proyecto de ley, en segundo trámite constitucional, que introduce modificaciones en la Ley N° 19.325, que establece normas sobre procedimiento y sanciones relativas a los actos de violencia intrafamiliar, Boletín N° 2318-18, p. 34.

⁶ El legislador no ha exigido el transcurso de un período mínimo de duración de la relación de hecho, ni otra característica temporal o formal.

⁷ A diferencia de la Ley N° 19.325, la Ley N° 20.066 regula no sólo la violencia intrafamiliar de carácter civil, sino también a aquella constitutiva de delito. Por ello, además de establecer como sujetos pasivos de la violencia intrafamiliar a quienes tengan o hayan tenido una relación de convivencia con el ofensor (artículo 5° de la Ley N° 20.066), modifica el artículo 390 del Código Penal y la circunstancia atenuante N° 4 establecida en el artículo 11 del mismo código, para incluir al conviviente (letras a) y b) del artículo 21 de la Ley N° 20.066.

⁸ Es el caso, entre otras, de la Ley N° 19.617, de 12 de julio de 1999, que introdujo un nuevo inciso 2° al artículo 259 del Código Penal y de leyes que introdujeron modificaciones en materia de delitos sexuales (Ley N° 19.874, de 13 de mayo de 2003 que modificó el inciso 4° del artículo 369 del Código Penal, y Ley N° 19.927, de 14 de enero de 2004 que modificó el artículo 367 bis del Código

II. ELEMENTOS DE LA CONVIVENCIA

Si bien, la historia de la Ley N° 20.066 no da cuenta de los elementos que componen este tipo de relación, existen antecedentes que establecen que se pretendió homologarla con el matrimonio dejando entregado a los tribunales su definición. En efecto, el H. Senador Chadwick indicó que matar al conviviente será lo mismo que matar al cónyuge, con lo cual la norma del parricidio queda acorde con las disposiciones del proyecto que la origina, agregando que, en todo caso, como la convivencia es una situación de hecho que no está definida legalmente, su existencia y las circunstancias que la califiquen como tal, deberán ser acreditadas ante los tribunales de justicia⁹.

Antes de revisar los elementos establecidos por nuestros tribunales, es necesario hacer presente que, con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley N° 20.480, uno de los elementos más cuestionados en tribunales para desvirtuar la concurrencia de la convivencia en investigaciones por parricidios, fue el cese de la cohabitación¹⁰. Sin embargo, las interesantes discusiones al respecto han quedado superadas por la modificación introducida en el numeral 6 del artículo 1° de dicha ley, que modifica el artículo 390 del Código Penal que regula el delito de parricidio, incluyendo como sujetos activo y pasivo, al ex conviviente y al ex cónyuge, sin establecer un límite temporal para invocar dicha calidad e incluirlo en el tipo penal, quedando en la misma categoría que el cónyuge y conviviente, quienes tuvieron esa calidad y dejaron de tenerla, antes de ocurridos los hechos.

Por este motivo, se excluyen del análisis aquellas sentencias en las que se discutió en torno a la mantención de la calidad de convivientes respecto de quienes interrumpen la cohabitación y/o de quienes terminan la relación de convivencia por decisión unilateral, para determinar la existencia o no de convivencia actual, y en consecuencia, la concurrencia del delito de parricidio.

Ahora bien, nuestra jurisprudencia¹¹ ha reconocido que la convivencia es una cuestión de hecho, y que en definitiva, son los jueces quienes deben determinar las circunstancias fácticas, a partir de las cuales es posible configurarla. En este sentido, el Tribunal Constitucional ha establecido que “..., el significado de la

Penal), además del Código Procesal Penal, de 12 de octubre de 2000, que incorporó la expresión “conviviente” en la letra c) del inciso 2° de su artículo 108 y en el inciso 1° de su artículo 302.

⁹ Informe de la Comisión Mixta, recaído en el proyecto de ley, en Segundo Trámite Constitucional, Boletín N° 2318-18, p. 49.

¹⁰ Sobre esta discusión, ver las siguientes sentencias: Corte de Apelaciones de Temuco, 28 de marzo de 2008, Rol N° 235-2008; Tercer Tribunal Oral en lo Penal de Santiago, 30 de mayo de 2007, RUC 0600074784-8; Tribunal Oral en lo Penal de Talca, 30 de agosto de 2007, RUC 060054072-6, RIT N° 52-2007; Corte de Apelaciones de Talca, 10 de octubre de 2007, Rol N° 517-2007, Tribunal Oral en lo Penal de Talca, 24 de junio de 2008, RUC 0600540702-6, RIT N° 52-2007.

¹¹ Entre otras, las siguientes sentencias: Corte de Apelaciones de Temuco, ob. cit., considerando 3°; Corte de Apelaciones de Iquique, 9 de agosto de 2007, Rol N° 71-2007, considerando 5°; Corte de Apelaciones de Rancagua, 29 de enero de 2010, Rol N° 379-2009, considerando 4°.

“convivencia” debe ser definido por el juez del fondo, de acuerdo con la prueba aportada en el proceso¹²”.

Las sentencias de los tribunales con competencia en lo penal revelan que para determinar si una situación en particular, corresponde o no a una relación de convivencia, deben analizarse los elementos o circunstancias que pertenecen necesariamente al plano de lo fáctico.

Sobre este último aspecto, la Corte de Apelaciones de Temuco en sentencia de 28 de marzo de 2008, ha sostenido que “... si se estimare que el concepto de convivencia es una cuestión de orden jurídico, los elementos de juicio ponderados por los jueces de fondo, la establecen porque, como se ha dicho, la convivencia es una relación interpersonal distinta al matrimonio y los jueces recurridos claramente la configuraron. Por último, puede existir un matrimonio sin convivencia, puede haber un cónyuge ausente y pueden ocurrir diversas situaciones en dicha relación jurídica. En cambio, la convivencia la determinan los hechos y son los jueces quienes deben en definitiva configurarla...”¹³”.

El fallo distingue la convivencia a que alude el artículo 390 del Código Penal, del matrimonio, ya que establece que la vida marital implica un vínculo matrimonial con todos los derechos y obligaciones que ello conlleva, y la convivencia no es sino una relación de hecho, esto es, una relación interpersonal distinta, resultando posible la existencia de un matrimonio sin cohabitación, elemento que no puede faltar en una relación de convivencia¹⁴.

A continuación revisaremos el contenido que las distintas decisiones judiciales han conferido a los elementos definidos para configurar la convivencia, esto es: cohabitación, existencia de un proyecto de vida común, permanencia o estabilidad de la relación y notoriedad de la misma. Elementos que han sido establecidos, según las circunstancias fácticas de cada uno de los casos resueltos, advirtiendo desde ya, que para establecer una relación de convivencia, estos elementos han sido ponderados, cada uno, en relación con los demás.

1. Cohabitación

Uno de los elementos más reiterados en la jurisprudencia para configurar la convivencia, es la cohabitación¹⁵, lo que en una de las acepciones del Diccionario de la Real Academia Española supone hacer vida marital, entre el sujeto activo y el sujeto pasivo del delito, sin que sea suficiente vivir en compañía de otro.

¹² Tribunal Constitucional, 5 de agosto de 2010, Rol N° 1432-2009, considerando 35°.

¹³ Corte de Apelaciones de Temuco, ob. cit., considerando 3°.

¹⁴ Corte de Apelaciones de Temuco, ob. cit., considerando 3°.

¹⁵ El Diccionario de la lengua española (DRAE) define la cohabitación (del lat. *cohabitatio*, *-ōnis*), como: 1. f. Acción de cohabitar. Por su parte el término cohabitar (del lat. *cohabitāre*), supone tres acepciones: 1. intr. Habitar juntamente con otra u otras personas. 2. intr. Hacer vida marital. 3. intr. Dicho especialmente de partidos políticos, o miembros de ellos: coexistir.

Sin embargo, la jurisprudencia ha entendido la cohabitación como la acción de vivir bajo un mismo techo, exigiendo la concurrencia de otros elementos que dan cuenta de la vida marital, equiparando la cohabitación con el deber recíproco de los cónyuges de vivir en el hogar común¹⁶.

A modo de ejemplo, la sentencia del Tribunal Oral en lo Penal de Iquique, de 28 de mayo de 2007, confirmada por la Corte de Apelaciones de Iquique da contenido a la cohabitación, en los siguientes términos: “... *existía una vida en común, caracterizada por la residencia en un mismo domicilio, donde ambos mantenían todas sus pertenencias y realizaban su actividad cotidiana, además una relación afectiva y sexual que los llevaba a permanecer unidos...*”¹⁷.

En el mismo sentido, en sentencia confirmada por la Corte de Apelaciones de Temuco¹⁸, el Tribunal Oral en lo Penal de Angol, da por establecida la convivencia en razón de que los sujetos “... *compartían un mismo techo –el inmueble de propiedad de la afectada...*”¹⁹.

Cabe mencionar, que uno de los antecedentes considerados por el tribunal, fue el testimonio de los funcionarios policiales, quienes dieron cuenta que practicaron en diferentes horarios, cinco a siete notificaciones judiciales por pensión alimenticia al imputado en el domicilio de la víctima, lo que permitió acreditar el elemento cuestionado de la cohabitación²⁰.

En la misma línea, y en un caso más reciente, la Corte de Apelaciones de Temuco, en sentencia de 3 de julio de 2012²¹, confirma la sentencia del Tribunal *a quo*²²

¹⁶ Sobre este aspecto es preciso hacer referencia a la reforma introducida al Código Civil, Ley N° 18.802 en el año 1989, a partir de la cual, se hace recíproca la convivencia entre cónyuges, al establecer el artículo 133 del Código Civil, la norma en virtud de la cual, “*ambos cónyuges tienen el derecho y el deber de vivir en el hogar común...*”, procediendo el divorcio frente a la infracción de dicha obligación (artículo 21, N° 7, de la Ley de Matrimonio Civil ...), toda vez que la situación es idéntica en la relación de convivencia, al originarse ésta, precisamente porque los interesados querían vivir juntos en el hogar común, de modo que el deseo de uno de ellos de poner término a la relación, conlleva a la separación de hecho de los convivientes, lo que equivale al divorcio entre cónyuges. (Ver FIGUEROA, Gonzalo, *Persona, pareja y familia: persona natural y sujeto de derechos; persona, biología y ética; estatuto civil de la pareja; estatuto igualitario de filiación* (Santiago, 1995), p. 82.

¹⁷ Tribunal Oral en lo Penal de Iquique, 28 de mayo de 2007, RUC 0500667758-6, RIT N° 24-2007, considerando 7°.

¹⁸ Corte de Apelaciones de Temuco, 3 de julio de 2012, Rol N° 427-2012.

¹⁹ Tribunal Oral en lo Penal de Angol, 17 de febrero de 2008, RUC 0700167516-2, RIT N° 107-2007, considerando 12°.

²⁰ Tribunal Oral en lo Penal de Angol, ob. cit., considerando 12°.

²¹ Corte de Apelaciones de Temuco, 3 de julio de 2012, ob. cit.

²² Tribunal Oral en lo Penal de Temuco, 22 de mayo de 2012, RUC 1100694927-6, RIT N° 061-2012, considerando 9°.

que condenó por el delito de femicidio fundando la cohabitación en el hecho de que los sujetos vivían bajo un mismo techo llevando a cabo actividades cotidianas.

Sin embargo, en relación con este elemento de la convivencia, resulta interesante revisar lo resuelto por nuestros tribunales frente a situaciones de cohabitación no tradicionales. Es el caso de la sentencia de la Corte de Apelaciones de Rancagua, de 29 de enero de 2010²³, Rol N° 379-2009, que se pronuncia, precisamente sobre este elemento, respecto de una pareja de mendigos que viven en situación de calle²⁴. La Corte rechaza el recurso interpuesto por la defensa, sosteniendo que la determinación del sentido y alcance de la expresión “conviviente” compete exclusivamente a los jueces del fondo, quienes se encuentran plenamente autorizados para discernir conforme a los antecedentes de la investigación²⁵.

El tribunal de alzada sostiene en su considerando 12° que el Tribunal Oral en lo Penal se hizo cargo, acertadamente de la tesis planteada por la defensa. En efecto, este último fallo establece que con los dichos de los testigos se acreditó que la víctima “y el acusado cohabitaban en el vagón de ferrocarriles de manera estable y todos ... los consideraban como una pareja, antecedentes que, parecieron suficientes para considerar que tenían la calidad de convivientes a la que alude el artículo 390 del Código Penal, término que según el diccionario se usa para designar tanto al que convive como a cada uno de aquellos con quien comúnmente se vive y que deriva del verbo convivir, esto es, a la acción de vivir en compañía de otro, cohabitar, es decir, sirve para referirse a las personas que conviven, compartiendo relación de pareja, carente de formalidades, pero con cierta estabilidad...”²⁶.

El tribunal estableció que “para otorgar a una persona la calidad de conviviente de otra, debería existir una relación que cumpliera requisitos similares a los que son propios de un matrimonio,...: que exista una vida en común, y con la intencionalidad de compartir un proyecto de vida unitario”²⁷.

²³ Corte de Apelaciones de Rancagua, ob. cit.

²⁴ La defensa recurre de nulidad, en contra de sentencia del Tribunal Oral en lo Penal de Rancagua, de fecha 16 de noviembre de 2009, RUC 0700329382-8, que condenó al imputado, como autor del delito de parricidio, a la pena de quince años y un día de presidio mayor en su grado máximo y a la pena de cinco años y un día de presidio mayor en su grado mínimo, como autor del delito de homicidio consumado, invocando la causal prevista en la letra b) del artículo 373 del Código Procesal Penal, sosteniendo que en el pronunciamiento de la sentencia condenatoria se habría hecho una errónea aplicación del derecho en la calificación jurídica del delito de parricidio, que habría influido sustancialmente en lo dispositivo del fallo, ya que el ilícito en cuestión, respondería a la calificación jurídica de homicidio simple, puesto que no habría existido una relación de convivencia entre el acusado y una de las víctimas, por tratarse de mendigos, que no tenían un lugar fijo donde vivir.

²⁵ Considerando 4°.

²⁶ Tribunal Oral en lo Penal de Rancagua, ob. cit., considerando 12°.

²⁷ Tribunal Oral en lo Penal de Rancagua, ob. cit.

Además, tuvo en consideración que la relación entre el acusado y la víctima “..., se daba entre personas habitantes de la calle, cuya única expectativa de vida no era otra que proveerse de dinero para alimentarse e ingerir alcohol, pero esta situación no les impedía tener una relación sentimental, persistente en el tiempo,... mostrándose “... como tales ante sus pares, en diferentes localidades...”²⁸”.

El fallo considera lo sostenido por la defensa, en cuanto a que “... las muerte de la víctima se debió a un problema de infidelidad, lo que importa reconocer que la relación... debía sujetarse a los deberes propios del matrimonio”, agregando que “... el acusado vivía con la víctima hacía tiempo, en su calidad de caminantes y vagabundos, durmiendo juntos en un vagón, viajando en igual forma a distintos lugares y al verlos en esa relación que apreciaron los testigos de cargo, fue lo que les hizo declarar que constituían una pareja, y al tribunal, calificar al imputado como conviviente ..., debido a la cohabitación entre ellos, a la unión de un vínculo afectivo y a la estabilidad de la unión que detentaban”.

La Corte de Apelaciones, ratifica lo resuelto por el tribunal de fondo, que releva el “deber de fidelidad”, como un deber propio de la institución matrimonial, y en consecuencia exigible a quienes conviven²⁹. Una decisión contraria implicaría el no reconocimiento de la calidad de convivientes, de aquellas personas que no obstante vivir conjuntamente, por razones de índole social, no pueden vivir bajo un mismo techo (entendido como casa habitación formal), al carecer de él, no obstante, que en sus relaciones pueden darse, las mismas dinámicas de poder, control y manipulación que en aquellas que sí pueden vivir en un hogar tradicional.

Este pronunciamiento, se ajusta a lo señalado en la historia de la Ley N° 20.066, puesto que uno de los fundamentos de la moción parlamentaria que dio origen a la misma³⁰, fue la necesidad de ampliar la definición del artículo 1° de la Ley N° 19.325, para incluir a los familiares y otros similares no contemplados y definir mejor los grados de violencia³¹.

Así, la Cámara de Diputados, en el primer trámite constitucional, aprobó la norma que contiene la definición de violencia intrafamiliar, señalando a continuación de los sujetos activos y pasivos de los actos constitutivos de la misma, la oración “sea que viva o no bajo la misma morada y cualquiera que sea la edad o condición del afectado”. Por su parte, el Senado, durante el segundo trámite constitucional,

²⁸ Tribunal Oral en lo Penal de Rancagua, ob. cit.

²⁹ Tribunal Oral en lo Penal de Rancagua, ob. cit.

³⁰ Moción de las Diputadas señoras María Antonieta Saa y Adriana Muñoz.

³¹ Primer Informe de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado, recaído en el proyecto de ley, en segundo trámite constitucional, que introduce modificaciones en la Ley N° 19.325, que establece normas sobre procedimiento y sanciones relativas a los actos de violencia intrafamiliar, Boletín N° 2.318-18, p. 6.

hizo exigible el requisito de vivir bajo la misma morada, exclusivamente al adoptante o adoptado, modificación que la Cámara de Diputados rechazó en el tercer trámite³², eliminando definitivamente dicha exigencia en el artículo 5° de la Ley. De este modo, si bien la convivencia exige una relación fáctica estable, tratándose de personas vinculadas sentimentalmente, no unidas por matrimonio, no puede imponerse como requisito de la misma el vivir bajo un mismo techo, cuando las condiciones socioeconómicas no lo permiten.

Parece relevante destacar lo resuelto por la Corte de Apelaciones de Rancagua, pues al ratificar la decisión del Tribunal del Juicio Oral en lo Penal de Rancagua, considera suficiente, para acreditar la convivencia, entre otros antecedentes, las declaraciones de testigos que señalaron que el acusado vivía con la víctima hacía tiempo, en su calidad de caminantes y vagabundos, durmiendo juntos en un vagón de ferrocarril.

El fallo releva la existencia de una unidad de hecho, considerada como una unidad económica, basada en la subsistencia y en la pseudo protección recíproca, lo que podría asimilarse a las obligaciones de ayuda mutua, protección y socorro correspondientes a los cónyuges³³. Además de destacar, la notoriedad de la relación, al ser visualizados por sus pares, como pareja, lo que implica no sólo la intencionalidad de actuar unitariamente, sino la existencia de un proyecto común.

En relación con lo anterior, surge la necesidad de comparar esta situación con aquella prevista por Etcheberry³⁴, a propósito del concepto de “*morada*” en relación con el delito de violación de domicilio (artículos 144 y 145 del Código Penal).

El autor señala que para la concurrencia del delito sancionado en el artículo 144 del Código Penal, la entrada debe ser en “*morada ajena*”, debiendo determinarse el sentido y alcance de dicha expresión, agregando que a la morada ajena se le ha denominado “*violación de domicilio*”, en circunstancias, que ni la Constitución Política del Estado, ni el Código Penal hablan de “*domicilio*”, pues la primera se refiere al “*hogar*” y el segundo a la “*morada*”. Por esta razón, al concepto “*domicilio*”, no debe darse el sentido previsto en el artículo 59 del Código Civil, que lo define como “*la residencia, acompañada real o presuntivamente del ánimo de permanecer en ella*”, esto es, como una relación abstracta entre una persona y un lugar donde se le supone siempre presente para los efectos legales, puesto que dicha noción civil persigue objetivos diferentes de la noción penal. La primera influye

³² Informe de la Comisión Mixta, recaído en el proyecto de ley, en segundo trámite constitucional, que deroga la Ley N° 19.325 y establece normas sobre procedimiento y sanciones relativos a los actos de violencia intrafamiliar, Boletín N° 2.318-18, pp. 6 y 7.

³³ Artículos 131 y 134 del Código Civil.

³⁴ ETCHEBERRY, Alfredo, *Derecho Penal, Parte Especial*, tomo III, (Santiago de Chile, 1998), pp. 252-264.

en la formación y extinción de derechos civiles, mientras que en derecho penal, dice relación con la esfera de intimidad reservada exclusivamente a una persona o grupo de personas, de dónde éstas tienen derecho a excluir a los demás, con el objeto de brindarles protección³⁵.

De este modo, el autor determina el contenido de “*morada*” en función de una esfera de intimidad que merece protección, concluyendo que “*morada es el recinto en que una persona o grupo de personas viven o desarrollan habitualmente determinadas actividades, con exclusión de la presencia de otros*”, agregando, que “*no es preciso que se trate de un edificio, y ni siquiera que sea un inmueble*”. Destaca eso sí, la exigencia de una clara demarcación de sus límites y que éstos no sean meramente simbólicos, sino que representen un obstáculo más o menos efectivo para el acceso de terceros a su interior. Agregando, que en general, no constituirán *morada*, los vehículos, pero sí podrán serlos en determinados casos como carretas de gitanos y vagón de ferrocarril abandonado³⁶, como sucedió en el caso comentado.

Como ha podido apreciarse, los conceptos civiles y penales responden a funciones prácticas diferentes y eventualmente pueden diferir³⁷, circunstancia que deberá tenerse presente, especialmente, al momento de concretarse el Proyecto de ley que crea el Acuerdo de Vida en Pareja³⁸, por cuanto dicha iniciativa establece la “convivencia legal” en relación con el nacimiento de derechos y obligaciones civiles, mientras que las leyes con competencia en materia penal incluyen al conviviente como sujeto activo y/o pasivo de delitos, lo que dice relación con la especial protección que merecen algunas personas por su especial vinculación.

En un sentido similar al de la Corte de Apelaciones de Rancagua, la sentencia de la Primera Sala del Tribunal Oral en lo Penal de Valparaíso³⁹, condenó por delito de parricidio frustrado, rechazando la alegación de la defensa que negaba la calidad de conviviente fundado en que agresor y víctima vivían en distintos domicilios sin cohabitar bajo un techo común. El Tribunal estableció que: “*La víctima y el acusado reconocieron la circunstancia de vivir juntos cinco años, tienen una hija en común, y otra hija fue reconocida...*”. Agregando, que “*... de repente él se iba a la casa de su madre cuando las circunstancias económicas no les permitían*

³⁵ En el mismo sentido POLITOFF, Sergio, *El delito de apropiación indebida*, (Santiago de Chile, 1992), pp. 75 y ss., ha concluido, refiriéndose al concepto de cosa mueble, que los conceptos civiles y penales responden a funciones o finalidades prácticas diferentes y que, por lo tanto, pueden eventualmente diferir.

³⁶ ETCHEBERRY, Alfredo, ob. cit., p. 255.

³⁷ POLITOFF, Sergio, ob. cit.

³⁸ Boletines N° 7.011-07 y 7.873-07, refundidos.

³⁹ Tribunal Oral en lo Penal de Valparaíso, 22 de abril de 2009, RUC 0 800 933 344-5, RIT N° 71-2009.

vivir juntos, y cuando sí se podía, lo hacían. La sentencia señala que “... Este es el elemento central que el legislador exige y que la jurisprudencia ha recogido como un segundo elemento para vivir, para establecer la convivencia, vivir juntos, no bajo el mismo techo común, porque restringirla a ese requisito o circunstancia significa volver a la hipótesis anterior de la Ley Sobre Violencia Intrafamiliar. Cuando se comete algún delito de este tipo serán sancionados agravando su participación y por eso el legislador lo estableció de esa manera...”.

De este modo se reconoce la convivencia entre personas que circunstancialmente deben interrumpir la cohabitación o mantienen una cohabitación intermitente, por razones socioeconómicas.

2. Existencia de un proyecto de vida unitario

La jurisprudencia ha determinado distintos hechos que dan cuenta de la existencia de un proyecto unitario, el que en general se tiene por acreditado cuando la pareja tiene hijos en común⁴⁰, cuando se acredita la existencia de una relación afectiva y sexual estable, cuando se asumen determinados roles en función de la dinámica familiar, o se llevan a cabo hechos que denotan el cumplimiento de los deberes que son propios del matrimonio de acuerdo a los artículos 131 y siguientes del Código Civil, descartándose la concurrencia de este elemento, en aquellos casos en que la unión responde a motivos que no se enmarcan en una relación de familia o la motivación es distinta para los sujetos involucrados en la relación.

En primer lugar, revisaremos algunas sentencias que establecen este elemento. Es el caso del Tribunal Oral en lo Penal de Iquique, confirmado por la sentencia de la Corte de Apelaciones respectiva⁴¹ que establece que “... existía una vida en común, caracterizada por la residencia en un mismo domicilio, donde ambos mantenían todas sus pertenencias y realizaban su actividad cotidiana, además una relación afectiva y sexual que los llevaba a permanecer unidos, y que ésta se mantuvo por casi nueve meses, sin que existiera algún antecedente que permitiera suponer que pretendían poner término a la misma...”⁴².

Por su parte, y destacando además, el rol del agresor en el hogar, una sentencia del Tribunal Oral en lo Penal de Angol⁴³, confirmada por la Corte de Apelaciones de Temuco señala que la relación desembocó en convivencia cuando el imputado asumió como jefe del hogar. El fallo sostiene que víctima y victimario “... interactuaban de manera normal y común, no sólo entre ellos, sino con los hijos de

⁴⁰ Tribunal Oral en lo Penal de Valparaíso, ob. cit.

⁴¹ Corte de Apelaciones de Iquique, 9 de agosto de 2007, ob. cit.

⁴² Tribunal Oral en lo Penal de Iquique, 28 de mayo de 2007, ob. cit., considerando 7°.

⁴³ Tribunal Oral en lo Penal de Angol, ob. cit., considerando 12°.

la víctima, teniendo un proyecto de vida conjunto, atendida la conducta desplegada por el acusado en cuanto a asumir responsabilidades de jefe de hogar, de manera de conformar una familia de acuerdo a los cánones social y generalmente aceptados, rigiendo el destino de todos los habitantes de la casa, existiendo además una comunión afectiva y material, como lo demuestra el examen de ADN... que testimonia al amparo del conocimiento científicamente afianzado, que ambos tuvieron un encuentro sexual horas antes de consumarse el delito, lo que es propio del actuar de dos personas que mantienen una unión bajo un mismo techo, circunstancias y razonamientos que informan y dan sentido a la valoración realizada por el Tribunal...⁴⁴”.

Otra sentencia, define el proyecto comunitario, en razón de las actividades diarias de una relación. Se trata de un fallo confirmado por la Corte de Apelaciones de Temuco⁴⁵, esto es, la sentencia del Tribunal Oral en lo Penal de Temuco, de 22 de mayo de 2012⁴⁶, que condenó por el delito de femicidio. Este último fallo funda el elemento en información obtenida a partir de los mensajes de texto que fueron rescatados del teléfono del acusado, de los cuales “... emanaba la existencia de una relación cotidiana con quien enviaba esos mensajes al señalar, por ejemplo, que tenían que hacer aseo o cuando le pregunta qué leche le compra; resultando que todos emanaban del mismo número telefónico, el cual evidentemente correspondía al del imputado...”.

El fallo establece que además dan cuenta de la existencia de una vida en común, el que “... especies de propiedad de la afectada fueron encontradas en el domicilio... tales como relojes, un crucifijo, un par de botines, su cédula de identidad y una hoja de atención de urgencia de un centro asistencial;...”.

De este modo, es posible concluir que las interpretaciones judiciales para dotar de contenido a este elemento son variadas y se relacionan con los otros requisitos de la convivencia.

En segundo lugar, revisaremos sentencias que establecen la falta de un proyecto unitario y en consecuencia, la no concurrencia de la convivencia.

La primera, es aquella pronunciada por la Tercera Sala del Tribunal Oral en lo Penal de Valparaíso, con fecha 22 de abril de 2009⁴⁷, que discrepó de la calificación jurídica de parricidio, estableciendo que no basta una unión cualquiera, sino que debe tratarse de una relación equivalente a una relación de familia. Si bien, esta sentencia reconoce la cohabitación y la publicidad o notoriedad de la relación sentimental, establece la ausencia de un proyecto de vida en común, por cuanto la unión entre víctima y agresor habría obedecido al estado de necesidad frente

⁴⁴ Tribunal Oral en lo Penal de Angol, ob. cit., considerando 12°.

⁴⁵ Corte de Apelaciones de Temuco, 3 de julio de 2012, ob. cit.

⁴⁶ RUC 1100694927-6, RIT N° 061-2012. Considerando 9°.

⁴⁷ RUC 0 800 933 344-5, RIT N° 71-2009.

al consumo de alcohol y drogas, sin perjuicio que entre ellos hubiese nacido una relación sentimental con posterioridad a la cohabitación.

El fallo establece que entre agresor y víctima no existía una relación de convivencia, al concluir que “...*, debe considerarse, atendido el tiempo que víctima y acusado se conocían y vivían juntos (dos meses), que cada uno desarrollaba su propia actividad durante el día para procurarse droga, alcohol y alimento, prostituyéndose la víctima y macheteando o mendigando el acusado, porque eran indigentes, juntándose solamente en la noche en un sitio que servía de albergue no solo a ellos, sino también a otros indigentes que llegaban al lugar, según señalaron todos los funcionarios policiales, quienes vieron transitar gente por el interior del sitio para sacar agua de una manguera que había en el lugar, viendo además un cordel con perros de ropa, una cocinilla y útiles de cocina, lo que indica que era un sitio que cobijaba a indigentes del sector, calidad que también tenían ...*, en lo que fueron contestes los mencionados indigentes, era el consumo de alcohol y drogas, que al mismo tiempo les provocaba serios conflictos...”.

La sentencia concluye que “...*, no es posible establecer que entre autor y víctima haya existido una convivencia de acuerdo a los parámetros antes señalados, esto es, un proyecto de vida en común, con cierta permanencia en el tiempo, con intereses comunes, de cuidado recíproco y cohabitación, ya que si bien la cohabitaron en el mismo lugar, obedeció al interés que los unía, que como bien señaló la defensora, era el estado de necesidad en torno al consumo de alcohol y drogas, sin perjuicio que entre ellos haya nacido una relación sentimental con posterioridad...*”.

En este sentido, el tribunal descarta el elemento en análisis, atendiendo al origen de la cohabitación y a la falta de proyección de la relación, al establecer que “...*nació la cohabitación, no por una decisión de convivir, sino por el consumo de sustancias, debiendo considerarse que el acusado es analfabeto y tiene un retardo mental leve, según concluyó el perito psiquiatra ...*, que sin embargo le permite estar inserto en la vida laboral sin problemas, sobre todo si se desenvuelve en la calle, lo que requiere una serie de habilidades que él lograba, ..., día a día que consistía en procurarse alimentación mendigando o macheteando, y en el caso de la víctima ejerciendo además la prostitución, para luego compartir –a veces– los alimentos, la droga y el alcohol que cada uno conseguía en el día...” La sentencia enfatiza que no existe “...*ningún tipo de proyecto de vida en común, llámese éste convencional o no convencional, simplemente no había proyecto alguno, como tampoco existió entre ambos una asistencia o protección mutua, propia de una relación de convivencia, tal es así que todas las peleas que tenían eran en torno al alcohol y las drogas...*”.

Otro fallo que establece la inexistencia de convivencia por carecer la relación del elemento de proyecto de vida unitario, es la sentencia del Tribunal Oral en lo Penal de Valdivia, de 28 de agosto de 2012⁴⁸, que advierte que compartir un

⁴⁸ RUC 1100302345-3, RIT N° 62-2012.

proyecto de vida en común es el elemento esencial de la convivencia, definiéndolo como “*la voluntad mutua de ambas partes de formar una pareja y compartir el mismo proyecto de vida*”, y en el mismo sentido que el fallo anterior, establece, en relación a las motivaciones de la cohabitación, que no hay convivencia, toda vez que la discapacidad mental del agresor habría viciado su voluntad, mientras la víctima habría tomado la decisión de cohabitar con el fin de resolver un conflicto de pareja anterior, circunscribiéndose la cohabitación, al cuidado de su hijo⁴⁹.

Así, el fallo, al recalificar los hechos de la formalización de femicidio frustrado a homicidio simple frustrado establece que “... *no existe duda ni controversia en cuanto a que ambos son hombre y mujer, que ambos cohabitaron bajo un mismo techo por un corto período de tiempo. Sin perjuicio de ello, y fundado en que la existencia de las relaciones humanas se basa en un aspecto volitivo manifestado externamente,...* el establecimiento de la “*relación*” posee disparidad de apreciación, de ejercicio y de proyección.

En cuanto a las motivaciones del condenado, la sentencia establece que “... *carece de las condiciones intelectuales y condiciones personales, para atribuir a un hecho determinado, en este caso, la cohabitación, con la percepción que lo haría un hombre común en su verdadera dimensión...*”, de lo que deriva que “... *manifestara que se trataba de “su esposa y su hijo,...* en contraste con la decisión adoptada por la víctima, en cuanto ésta es quién toma la iniciativa de ir a vivir al domicilio del acusado, por los problemas que tenía en el lugar al que había recientemente llegado,... Luego, el origen de la convivencia, si bien es un acto de voluntad de ambos, sus motivaciones resultan disímiles y aún contradictorias, él con una voluntad viciada y ella impulsada por poner fin a un conflicto anterior. Que si bien, esta cohabitación fue externalizada, ella se circunscribe a la cohabitación y al cuidado del menor...”.

Agrega que “... *el punto tal vez de mayor relevancia, para configurar la convivencia, es la existencia de una “Comunidad de vida”, pues no se trata solo de vivir juntos bajo un mismo techo, cohabitar, sino que implica “hacer una vida en común con el otro”, esto es, a partir de las relaciones de afectividad que se generan, sus actos se encaminan, a tener una vida en común, planes de vida que convergen para alcanzar los fines que la pareja se proponga, diversos a los queridos por cada uno de sus integrantes. No basta con que en este caso, la víctima manifieste “antes habíamos hablado de vivir juntos” ni que el acusado la haya considerado su “esposa y su hijo”, atendidas sus especial discapacidad, debe establecerse en forma irrefutable que existía un ánimo de mantenerse en una relación de convivencia, que implica la “voluntad mutua de ambas partes de formar una pareja y compartir el mismo proyecto de vida”, hecho que de la prueba rendida, no resulta manifiesto...*”.

⁴⁹ Respecto de esta sentencia, la defensa recurrió de nulidad por la causal contenida en la letra e) del artículo 374 del Código Procesal Penal. Recurso que fue desestimado por la Corte de Apelaciones de Valdivia, en sentencia de 9 de octubre de 2012, Rol N° 440-2012.

3. Permanencia y/o estabilidad del vínculo

En cuanto a la permanencia del vínculo, esto es, el tiempo que debe haberse mantenido una relación para definir la convivencia, el legislador no estableció un periodo mínimo de duración de la relación de hecho, ni fijó algún plazo u otra característica temporal, correspondiendo a los jueces determinar bajo qué circunstancias un lapso concreto de tiempo puede llegar a determinar la existencia de una situación de convivencia, lo que debe analizarse caso a caso, entendiéndose la estabilidad del vínculo sin ceñirse estrictamente a lo cronológico, sino en relación con los otros factores que la constituyen⁵⁰.

Sobre este punto, y como veremos, la jurisprudencia ha sido variable, al establecer que puede darse en relaciones que van desde los seis meses hasta los cinco años, habiendo establecido su posibilidad, incluso, respecto de relaciones de dos meses.

La Corte de Apelaciones de Iquique, en sentencia de 09 de agosto de 2007⁵¹, remitiéndose al fallo impugnado⁵², establece que se pudo acreditar que la víctima residía junto al imputado, “*por más de seis meses a la fecha de su muerte, en el inmueble del pasaje ..., siendo ésta su única morada, no obstante salir de ella durante el día a realizar quehaceres en otros hogares o a visitar a su familia, lugar en el que*

⁵⁰ Cabe señalar que durante la tramitación de la Ley N° 20.480 se contempló la posibilidad de establecer un límite temporal para aquellas relaciones matrimoniales o de convivencia que hubieren concluido. En efecto, durante el primer trámite constitucional, la H. Cámara de Diputados reemplazó el artículo 390 del Código Penal, por otro, que consideraba tres incisos. El último de ellos establecía un límite temporal de tres años al cese del matrimonio o convivencia, *salvo que existan hijos comunes*. Sin embargo, el Senado, en el segundo trámite constitucional, reemplazó la modificación aprobada por la Cámara de Diputados, y propuso incorporar como inciso 2° al artículo 390 una norma similar, que restringe el uso de la voz “femicidio” sólo al caso en que la víctima *hubiese sido su cónyuge o conviviente*. En este trámite constitucional, el Senado propuso modificar el artículo 391 del Código Penal, proponiendo incorporar un número 2°, nuevo, para sancionar con presidio mayor en sus grados medio a máximo el homicidio cuando la víctima ha sido cónyuge o conviviente del autor, salvo que el delito se cometa con alguna de las circunstancias del homicidio calificado que, como se ha señalado, se contemplan en el primer numeral del artículo 391 del Código Penal. Esta propuesta fue rechazada por la Cámara de Diputados en el tercer trámite constitucional. Ver Informe de la Comisión Mixta, Boletines N° 4937-18 y N° 5308-18, pp. 4 y 5.

⁵¹ Corte de Apelaciones de Iquique, 9 de agosto de 2007, ob. cit., considerando 7°.

⁵² Por su parte, el considerando 5° del fallo impugnado establece que “... *la determinación sobre la calidad de conviviente que tenía la víctima respecto del imputado, para los efectos de establecer una correcta calificación del delito, es una cuestión de hecho que, por mandato legal, ha quedado entregada a los sentenciadores, quienes, en el caso en comento, actuaron en uso de sus facultades y con el conocimiento que de los antecedentes tuvieron de manera directa e inmediata, fundamentando adecuadamente sus conclusiones,...* por lo que mal puede atribuírseles una errónea aplicación del derecho, toda vez que su actuar no fue ni arbitrario ni infundado, como se desprende, en particular, de la lectura del considerando séptimo del fallo impugnado...” (Tribunal Oral en lo Penal de Iquique, 28 de mayo de 2007, ob. cit.).

además mantenía todos sus efectos personales y realizaba normalmente sus actividades cotidianas, como dormir, comer, asearse y otras similares...”.

La Corte de Apelaciones de Iquique señala que la *permanencia* en el tiempo, se define por las circunstancias en que la relación se desarrolla más que por el solo transcurso del tiempo, estableciendo que las características de la convivencia se fundan principalmente en la estabilidad de la relación. Al respecto, establece que “... *es perfectamente posible, tal como ha sido sostenido por el Tribunal recurrido, que para que una relación de hecho pueda tener el mismo trato que el matrimonio ésta deba cumplir una serie de características, basadas principalmente en la estabilidad del vínculo y la unión afectiva existente entre el sentenciado y la víctima, ... En esa misma línea, atendido a que el legislador tampoco estableció un periodo mínimo de duración de la relación de hecho, ni fijó algún plazo u otra característica temporal, corresponde a los jueces determinar bajo qué circunstancias un lapso concreto de tiempo pudo llegar a constituir y dar cuenta de una situación de convivencia, lo cual, a la luz de los fundamentos contenidos en la sentencia recurrida, aparece establecido en armonía con otros elementos de hecho, los que de manera inequívoca condujeron a dicha conclusión, según fuera ponderado, analizado y manifestado debidamente en ella*⁵³”.

En cuanto a los hechos que fijan el inicio de la relación de convivencia, la jurisprudencia ha sostenido que se inicia cuando se trasladan al mismo domicilio los efectos personales. Sobre este aspecto, el fallo del Tribunal Oral en lo Penal de Angol, confirmado por la Corte de Apelaciones de Temuco⁵⁴, sostiene “... *que la relación entre la víctima y el agresor comenzó a mediados del 2005, la que desembocó derechamente en una convivencia a finales del citado año,...*” cuando el imputado “*llevó su ropa a la casa, unión que era de conocimiento de los tíos y que se prolongó hasta que se desencadenaron los hechos...*”⁵⁵”.

Este fallo determina la convivencia en una relación de un año y medio de duración, al sostener que víctima y victimario “*mantenían desde al menos un año y medio aproximadamente una relación permanente y estable en el tiempo, que son los atributos principales que en opinión de estos jueces deben ser exigidos para dar por establecida una vinculación de convivencia..., ya que compartían un mismo techo –el inmueble de propiedad de la afectada...*”⁵⁶”.

Finalmente, en sentencia que descarta la convivencia en atención a la ausencia de un proyecto de vida en común, se releva que el sólo transcurso del tiempo en una relación, no es suficiente para determinar una relación de convivencia. Se

⁵³ Corte de Apelaciones de Iquique, 9 de agosto de 2007, ob. cit., considerando 6°.

⁵⁴ Corte de Apelaciones de Temuco, 28 de marzo de 2008, ob. cit.

⁵⁵ Tribunal Oral en lo Penal de Angol, 17 de febrero de 2008, RUC 0700167516-2, RIT N° 107-2007, considerando 12°.

⁵⁶ Tribunal Oral en lo Penal de Angol, ob. cit.

trata de la sentencia del Tribunal Oral en lo Penal de Valdivia, de 28 de agosto de 2012⁵⁷, que concluye “...*que el tiempo de permanencia, no es óbice para calificar per se, la existencia o no de una convivencia, sin perjuicio de ello, tratándose del caso en concreto ..., este factor sí cobra relevancia, ..., pues se trató de un “pololeo” de 17 días y de inicio de la cohabitación al día 18, produciéndose los hechos al día 23*”. El fallo establece que: “*El tiempo debe entenderse en estrecha relación con los otros factores que la constituyen, no de un modo meramente cronológico sino en cuanto a la estabilidad y proyección, elemento que no se advierte dadas las especiales condiciones de este caso*”⁵⁸.

4. Notoriedad de la relación

En relación con este último elemento, la jurisprudencia ha entendido, que para que una relación pueda revestir el carácter de convivencia, debe ser una relación pública, esto es, sabida por los demás, lo que la vuelve evidente, sin que deslegitime la calidad de conviviente, la falta de aceptación del sujeto en relación a la familia de su pareja, así como tampoco, la supuesta relación del imputado con persona distinta de la víctima, admitiéndose una relación de convivencia pese a existir una relación paralela.

En cuanto a la notoriedad o publicidad de la relación, la sentencia de la Primera Sala del Tribunal Oral en lo Penal de Valparaíso⁵⁹, sostiene que los involucrados han sido *percibidos como pareja, al precisar que “... la víctima y los funcionarios aprehensores han reconocido y establecido en sus declaraciones que al entrevistar a los testigos ellos eran reconocidos como pareja, ... que los testigos que estaban en el local ... hablaban del marido, por lo que con estos antecedentes se acredita esta circunstancia ...*”, concluyendo que la víctima habría declarado “... *que efectivamente todo el mundo los conocía como pareja, por lo tanto ese elemento de notoriedad existe en este caso...*”.

En un fallo más reciente en que se condena por el delito de femicidio, la Corte de Apelaciones de Temuco, en sentencia de 3 de julio de 2012⁶⁰, confirma la sentencia del tribunal a *quo*⁶¹ que condenó por el delito de femicidio. Este último establece que “... *se logró acreditar que víctima e imputado mantenían una relación afectiva que databa de algunos meses lo que fue reconocido por el propio acusado...*; por los

⁵⁷ RUC 1100302345-3.

⁵⁸ Cabe señalar que respecto de esta sentencia, la defensa recurrió de nulidad por la causal contenida en la letra e) del artículo 374 del Código Procesal Penal. Recurso que fue desestimado por la Corte de Apelaciones de Valdivia, en sentencia de 9 de octubre de 2012, Rol N° 440-2012.

⁵⁹ Tribunal Oral en lo Penal de Valparaíso, ob. cit.

⁶⁰ Corte de Apelaciones de Temuco, 3 de julio de 2012, ob. cit.

⁶¹ Tribunal Oral en lo Penal de Temuco, 22 de mayo de 2012, ob. cit., considerando 9°.

dichos de sus hermanas..., las cuales señalaron que... les había solicitado la casa... precisamente para irse a vivir allí con la occisa; ambas relataron situaciones de cotidianidad que daban cuenta de una convivencia entre ambos lo que además denota la notoriedad de la relación que existía entre ambos. El que vivían bajo un mismo techo fue ratificado además por el padre... y por su pareja... a quienes la víctima informó que se iría a vivir con su pololo al cual no presentaba por ser una persona mayor y se lo podían rechazar...”.

III. LA CONVIVENCIA FRENTE A LA COHABITACIÓN

PARALELA O A LA EXISTENCIA DE VÍNCULO MATRIMONIAL

NO DISUELTO, RESPECTO DE UNO DE LOS SUJETOS DEL DELITO O DE AMBOS

En cuanto a la posibilidad de mantener una relación de convivencia con agresor y/o víctima que mantiene una relación con otra persona, mediante vínculo matrimonial no disuelto o cohabitación paralela, la jurisprudencia reconoce la posibilidad, mientras concurren los elementos que determinan la relación de convivencia.

Sobre esta situación, la Corte de Apelaciones de Iquique ha establecido la convivencia entre personas imposibilitadas de contraer matrimonio por contar con un vínculo matrimonial no disuelto, señalando que “...entre ambos existía un vínculo sentimental similar al de una pareja de casados, calidad que a esa fecha no podían tener, pues ambos se encontraban legalmente unidos a personas de las cuales se habían separado de hecho, ...”, y “que entre la víctima y el enjuiciado existía un fuerte vínculo producto de su adicción a las drogas, y que se les veía frecuentemente en la calle juntos,...”.

Lo anterior, se refuerza con las declaraciones de la cónyuge del imputado, quien declaró que “... cesó la convivencia con éste en el año 2005, trasladando su residencia a la ciudad de Curicó, enterándose por vecinos, de que a los pocos días de su partida, el acusado llevó a vivir a su casa a ...” la víctima⁶².

Por último, en cuanto a la posibilidad de mantener una relación de convivencia con alguien que mantiene una relación sentimental paralela, como ya se dijo, ello puede ser posible, si dicha circunstancia no perturba el vínculo de cohabitación que mantenía con la víctima. En este sentido, un fallo de la Corte de Apelaciones de Temuco reconoce esta situación al establecer que “...si bien el acusado pudo tener otra relación sentimental, ella no fue óbice para perturbar el vínculo de cohabitación que mantenía con la afectada..., en la forma que se dio por justificado en el motivo reseñado...⁶³”.

⁶² Corte de Apelaciones de Iquique, 9 de agosto de 2007, ob. cit., considerando 7°.

⁶³ Corte de Apelaciones de Temuco, 28 de marzo de 2008, ob. cit., considerando 2°.

IV. ¿ALCANZA LA CONVIVENCIA A PAREJAS DEL MISMO SEXO?

Comúnmente y como se ha visto en las sentencias referidas, las argumentaciones para desvirtuar la convivencia se circunscriben a que los sujetos activo y pasivo de los delitos de violencia intrafamiliar no vivan bajo un mismo techo, tengan cohabitaciones paralelas y/o vínculo matrimonial no disuelto, o bien, se trate de parejas del mismo sexo.

En relación con la última situación, el tema fue zanjado por los tribunales de la IV Región. Primeramente el Juzgado de Garantía de Combarbalá, en sentencia de 14 de noviembre de 2006, condenó al imputado como autor de dos delitos de maltrato habitual⁶⁴, tratándose de convivientes del mismo sexo, en que uno de ellos ejerció violencia física y psicológica habitual en contra del otro y violencia psicológica habitual en contra del hijo de este último. El fallo señala que “... es preciso tener en cuenta lo dispuesto en el artículo 5° de la Ley N° 20.066, según el cual la violencia intrafamiliar se puede dar respecto de “quien” tenga o haya tenido la calidad de cónyuge del ofensor o una relación de “convivencia” con él. En primer término, nuestro legislador utiliza la voz “quien” sin distinción alguna, queriendo referirse a una persona, sin distinción de sexo y, por otro lado, la palabra convivencia quiere significar la cohabitación entre personas unidas por un vínculo afectivo y que goza de cierta estabilidad, sin importar el sexo de sus integrantes. Por lo demás, es preciso tener presente la evolución de la normativa sobre violencia intrafamiliar existente en nuestro país que ha debido ir abriéndose paso a la realidad, ampliando enormemente el ámbito dentro del cual es posible estar frente a un acto de esta natu-

⁶⁴ El fallo no sólo es relevante en relación a la convivencia, sino también porque condena por dos delitos de maltrato habitual. La sentencia establece que “Con respecto a la alegación subsidiaria de la defensa en el sentido que en este caso se configura únicamente un delito de maltrato habitual y no dos como lo ha esgrimido el fiscal, esta magistratura la desestimaré, toda vez que aun cuando para la configuración de un delito específico de maltrato habitual hay que atender al número de actos ejecutados con independencia de la persona sobre quien haya recaído, ello no es óbice para que se puedan configurar dos o más delitos de esta naturaleza respecto de personas distintas, siempre que respecto de todos ellos se verifiquen los requisitos de la violencia intrafamiliar, esto es, que exista una agresión verbal o síquica que afecte la integridad física o síquica del ofendido con quien se tenga una de las relaciones que contempla el artículo 5° de la Ley N° 20.066. A mayor abundamiento, hay que tener presente que normalmente los actos de violencia intrafamiliar, aunque dirigidos a diversas personas, afectan la integridad de todos los miembros de una familia, pero ello no obsta a que se puedan verificar mediante diversos actos malos tratos habituales contra personas distintas, en la medida que lo que se haya pretendido sea precisamente la afectación de la integridad de esas diferentes personas, que es lo que se ha producido en este caso, pues de las declaraciones de los ofendidos, testigos e incluso del propio imputado queda de manifiesto que se produjeron actos destinados indistintamente a menoscabar la integridad física y síquica de ambos ofendidos, así, respecto de Manuel I.R., normalmente éstos iban destinados a denostarlo síquicamente burlándose de su discapacidad mental, en tanto que respecto de don Manuel I. A. principalmente había una vulneración de su integridad física en una relación de poder entre quienes constituyen pareja...”(considerando 5°, párrafo 4).

raleza, así, la Ley N° 19.325 consideraba que sus disposiciones sólo eran aplicables a aquellos casos en que los involucrados tenían entre sí cierto grado de parentesco o eran cónyuges, siempre que vivieran bajo el mismo techo. Con la Ley N° 20.066 se amplió su ámbito de aplicación, haciéndola extensiva a un sinnúmero de otras situaciones y relaciones, entre las que lógicamente se encuentra la convivencia entre personas de un mismo sexo. Esta magistratura estima que de acogerse la tesis planteada por la defensa se produciría una odiosa e inconstitucional discriminación y se dejaría en desprotección a quienes siendo convivientes de un mismo sexo sean víctima de violencia intrafamiliar⁶⁵”.

La decisión del Tribunal de Combarbalá fue confirmada por la Ilustrísima Corte de Apelaciones de La Serena que concluyó que la sentencia se encuentra ajustada a derecho, toda vez que el concepto “conviviente” incluye en forma extensiva a aquél unido a otro en una relación de convivencia homosexual, a quien se considera además como integrante del grupo familiar⁶⁶.

El fallo del tribunal de alzada sostiene: “Que la calificación de si es o no es convivencia, para los efectos del artículo 5° de la Ley de Violencia Intrafamiliar, la que puedan mantener parejas del mismo sexo, es una cuestión valórica, como acertadamente lo manifestó en la vista de la causa el propio defensor del imputado.

En consecuencia, si tal determinación es una cuestión de interpretación o valórica de los hechos, mal puede el juez de garantía haber incurrido en una errónea aplicación del derecho, toda vez que su actuar no fue ni arbitrario ni infundado, como se desprende, en particular, de la lectura del considerando quinto del fallo impugnado, máxime si la formalización fue por el mismo delito del artículo 14 de la Ley N° 20.066 en relación con el artículo 5° del mismo cuerpo legal.

En síntesis, la jueza *a quo*, al establecer que sí existió convivencia de connotación familiar o afectiva entre Honorino... y Manuel ..., ponderó los hechos y aplicó el derecho según su leal saber y entender, y a este respecto es preciso tener presente que, como lo ha señalado reiteradamente la jurisprudencia de la Excelentísima Corte Suprema de Justicia, a las Cortes de Apelaciones, conociendo el recurso de nulidad a que se refieren los artículos 372 y siguientes del Código Procesal Penal, les está vedado alterar los hechos que fueron fijados en la sentencia, en este caso, del Juez de Garantía; si lo hicieran, señala tal opinión, resultaría que magistrados que no han tenido acceso personal y directo a las pruebas producidas durante el juicio oral (en este caso, procedimiento simplificado), estarían modificando hechos de los que sólo toman un conocimiento mediato, con lo que se arruinaría lo que ha sido uno de los pilares fundamentales sobre los cuales descansa la nueva reforma procesal penal, como es el principio de la inmediatez.

⁶⁵ RUC 0600284381-K, RIT N° 99-2006, considerando 5°, párrafo 3.

⁶⁶ Dictada con el voto en contra del abogado integrante don Santiago Augusto Cabrera Cifuentes, quien estuvo por acoger el recurso de nulidad interpuesto.

Además, resultaría particularmente atentatorio contra el principio de independencia de los jueces, que un tribunal superior impusiera sobre el inferior su concepto valórico sobre un tema jurídico en conflicto, máxime en este caso, en que la resolución de la jueza a quo señala pormenorizadamente los antecedentes, incluso constitucionales, que la convencen para su decisión⁶⁷.

La sentencia agrega “... que la ley no distingue si “quien” tenga o haya tenido la calidad de conviviente con el autor del maltrato familiar ha de ser una persona de distinto sexo del ofendido, o puede ser del mismo sexo, por lo que no corresponde al intérprete desatender el tenor literal de la norma so pretexto de consultar su espíritu⁶⁸”.

Una decisión de ambos tribunales en otro sentido, hubiese implicado una decisión arbitraria y desajustada a la realidad de parejas homosexuales, en las que pueden darse las mismas dinámicas de poder, control y manipulación que en las heterosexuales⁶⁹.

Revisada esta situación surge la interrogante de si es posible perseguir por femicidio a la mujer que da muerte a su pareja del mismo sexo.

Ahora bien, entendiendo que la Ley N° 20.480 que sanciona el delito de femicidio estableciendo modificaciones a la Ley N° 20.066, entre otros cuerpos legales, reformula con una visión de género el delito de parricidio⁷⁰, a través de una nueva nomenclatura de éste en los casos en que el sujeto pasivo reviste las características de ser o haber sido la cónyuge o la conviviente del autor, pareciera ser posible perseguir y sancionar como femicida sólo al *hombre* que mata a quien es o ha sido su cónyuge o conviviente de sexo femenino. Consideramos importante relevar este punto, porque si bien la jurisprudencia ha reconocido la convivencia homosexual⁷¹, podría pensarse que el alcance del femicidio se extiende a las convivencias lésbicas actuales y pasadas⁷². Sin embargo, creemos que ello no es

⁶⁷ Considerando 3°.

⁶⁸ Considerando 6°.

⁶⁹ El informe de los National Institutes of Health del año 2000 estableció que: “los convivientes del mismo sexo registraron una violencia con la pareja íntima significativamente mayor que los convivientes de sexos opuestos”. El 39,2% de las lesbianas declaró haber sido agredida físicamente, acosada o incluso violada por su pareja del mismo sexo. Entre los varones homosexuales, un 15,4% admitió haber sufrido estas actividades. Disponible en: http://www.forumlibertas.com/frontend/forumlibertas/imprimir.php?id_noticia=7727 [fecha de consulta: 24 febrero 2014].

⁷⁰ Historia de la Ley N° 20.480, p. 32 de 520.

⁷¹ Corte de Apelaciones de La Serena, 8 de enero de 2007, Rol N° 373-2006.

⁷² Chile habría adoptado el concepto de *femicidio íntimo acotado*, toda vez que el femicidio íntimo se refiere a aquéllos homicidios ejecutados por hombres con los que las víctimas tenían una relación cercana, de pareja de sexo masculino o una relación familiar, y nuestro tipo penal lo limita sólo a las relaciones actuales y pasadas de matrimonio y convivencia heterosexuales. De este modo, se excluyen como sujetos activos y pasivos de esta figura, a quienes mantienen una

así, ya que el concepto de femicidio parte de una definición de violencia contra las mujeres que se basa en considerar como su causa la existencia de relaciones desiguales de poder entre mujeres y hombres⁷³, siendo el femicidio, la forma extrema de esa violencia.

No obstante, sostener que es posible aplicar el mismo razonamiento de la Corte de La Serena, en el sentido que si la ley no distingue si quien da muerte a la conviviente es una persona de distinto sexo o no, por lo que no correspondería al intérprete desatender el tenor literal de la norma bajo el pretexto de consultar su espíritu, pareciera que al ser el femicidio la forma más extrema de la violencia de género, es posible considerar que las muertes entre quienes son o han sido convivientes lésbicas no constituirían femicidios. Si bien, pueden surgir dudas al respecto, por el hecho de que al ser convivientes o ex convivientes, se insertan en el marco de la violencia intrafamiliar, dicha violencia no resulta equivalente a la violencia contra las mujeres, inherente al concepto de femicidio.

La constante en la violencia contra la mujer –violencia femicida–, es que las relaciones de poder se definen sobre la diferencia sexual y no sobre los roles de género⁷⁴. Entonces, el que una mujer asuma actitudes masculinas no implica que tenga más poder y reconocimiento social que el resto.

Si bien, se señala que existen relaciones de poder entre mujeres lesbianas, y entre mujeres en general, éstas son de otro carácter y requieren ser entendidas en su

relación casual, de pololeo, de noviazgo, a los padres de un hijo en común –sin que haya habido matrimonio o convivencia–, a los amantes –salvo que esta última situación incluyera la existencia de una relación de convivencia paralela– y a quienes mantienen o han mantenido una relación de convivencia lésbica.

⁷³ La Resolución 2005/14 de la Comisión de los Derechos Humanos de las Naciones Unidas establece que “... por “*violencia contra la mujer*” se entiende todo acto de violencia sexista que tenga o pueda tener como resultado un daño o sufrimiento físico, sexual o psicológico para la mujer, así como las amenazas de tales actos, la coacción o la privación arbitraria de la libertad, tanto si se producen en la vida pública como en la vida privada, y que abarca, sin limitarse a estos actos, la violencia doméstica, los delitos cometidos por cuestiones de honor, los crímenes pasionales, la trata de mujeres y niñas, las prácticas tradicionales nocivas para la mujer y la niña, incluida la mutilación genital femenina, el matrimonio precoz y forzado, el infanticidio de niñas, los actos de violencia y los asesinatos relacionados con la dote, los ataques con ácido y la violencia relacionada con la explotación sexual comercial y con la explotación económica”.

⁷⁴ ¿Será que el hecho de que una de ellas asuma un rol masculino dominante y la otra uno femenino las convierte en eventuales sujetos de femicidio? Sin embargo, las relaciones de poder no son roles, toda vez que su carácter es estructural y central para mantener una sociedad sexista, y se trata de algo mucho más profundo que los roles, que son una de las tantas manifestaciones de las relaciones de poder (información obtenida en Curso sobre Investigación Judicial y Violencia Femicida impartido por la Agencia Española de Cooperación Internacional para el Desarrollo y la Escuela Práctica Jurídica de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid entre septiembre y noviembre de 2010).

especificidad⁷⁵. Dicho lo anterior, no quiere decirse que la convivencia entre parejas lesbianas no tienen una especial protección por parte del Estado, ya que la tiene, pero a través de la figura del parricidio, con una sanción equivalente a la del femicidio.

V. CONCLUSIONES

El hecho que el legislador haya omitido incorporar una definición de los conceptos “convivencia” y “conviviente” en el Código Penal, en la Ley N° 20.066 y en la Ley N° 20.480, revela que su propósito fue que éstos fueran desarrollados por la jurisprudencia permitiendo, de este modo, su evolución de acuerdo con los propios cambios sociales y culturales, en el entendido que, tratándose de conceptos aplicables en el ámbito penal, éstos pueden interpretarse con mayor extensión que en el ámbito civil, si se considera que los conceptos civiles y penales responden a funciones o finalidades prácticas diferentes, por lo que eventualmente pueden diferir.

Lo anterior, deberá tenerse en cuenta, especialmente, si prospera la iniciativa legal que establece la “convivencia legal”⁷⁶ en relación con el nacimiento de derechos y obligaciones civiles. Por cuanto, tratándose del ámbito penal, deberán primar los elementos fácticos por sobre las formalidades exigidas por el legislador civil, considerando la especial protección que requieren algunas personas por su especial vinculación.

En relación con los elementos fácticos que configuran la convivencia, de la jurisprudencia de nuestros tribunales, pueden extraerse las siguientes conclusiones:

- El legislador omitió incorporar una definición de los conceptos “conviviente” y/o “convivencia” en el Código Penal, en la Ley N° 20.066 y en la Ley N° 20.480, evidenciando la necesidad de que éstos sean desarrollados por la jurisprudencia, permitiendo así, su evolución en concordancia con los cambios sociales y culturales.

- La convivencia es una cuestión de hecho y en definitiva, son los jueces del fondo quienes deben determinar los supuestos fácticos, a partir de los cuales es posible configurarla, analizando las circunstancias que envuelven cada caso en particular.

- Los sentenciadores en materia penal, han establecido como elementos de la convivencia los siguientes: la cohabitación, la existencia de un proyecto de vida unitario, la permanencia en el tiempo y la notoriedad del vínculo. Elementos que deben ponderarse en su conjunto para determinar la existencia de una relación de convivencia.

⁷⁵ En las relaciones interpersonales se producen estas diferencias de poder que no siempre están asociadas a jerarquías sociales. Por ejemplo, algunas personas que por tímidas muchas veces se colocan a merced de personas autoritarias en sus relaciones de pareja, laborales, de amistad, etc.

⁷⁶ Proyecto de ley que crea el Acuerdo de Vida en Pareja contenido en los Boletines N° 7.011-07 y N° 7.873-07, refundidos.

▪ En cuanto al elemento de cohabitación, la jurisprudencia la reconoce, no obstante se lleve a cabo en un lugar no tradicional o se desarrolle intermitentemente por razones socioeconómicas. En el mismo sentido, ha establecido que para configurar la cohabitación, no debe exigirse la circunstancia de vivir bajo un mismo techo, cuando las condiciones socioeconómicas de los convivientes no lo permiten.

▪ El proyecto de vida en común, se refiere a un proyecto unitario consistente en una relación afectiva de índole sexual, en asumir responsabilidades relacionadas con el hogar común, en el cumplimiento de uno o más de las obligaciones de ayuda mutua, protección y socorro, que constituyen deberes propios de la institución matrimonial y en la crianza de hijos, si los hubiere.

▪ En cuanto a la permanencia en el tiempo necesaria para definir la convivencia, ésta no debe entenderse solo en sentido cronológico, sino también en estrecha relación con otros factores que la constituyen, como la proyección. Por esto, la jurisprudencia ha sido variable, al establecer que puede darse en relaciones que van desde los seis meses hasta los cinco años, habiendo establecido su posibilidad, incluso, respecto de relaciones de dos meses, de lo que se concluye que los tribunales deben determinar bajo qué circunstancias un lapso concreto de tiempo puede llegar a constituir y dar cuenta de una relación de convivencia.

▪ Con respecto a la notoriedad del vínculo, la jurisprudencia ha entendido que para que una relación pueda revestir el carácter de convivencia, debe ser pública, esto es, conocida por los demás. No deslegitima la calidad de conviviente, la falta de aceptación de uno de los sujetos por parte de la familia de su pareja.

▪ La jurisprudencia ha recogido las transformaciones sociales, al determinar la convivencia en parejas del mismo sexo y al establecer la relación, pese a existir cohabitación paralela o vínculo matrimonial no disuelto, ya sea respecto de uno de los sujetos del delito o de ambos.