

DISFUNCIONES DOGMÁTICAS DEL PARRICIDIO EN EL CÓDIGO PENAL DE CHILE.

**(HA SER PUBLICADO EN LA REVISTA DE DERECHO 2009 DE
LA UDELMAR).**

Por **Juan Carlos Manríquez R.**, Profesor de Derecho Penal en la Universidad Andrés Bello y en la Universidad del Mar, Director de la Escuela de Derecho de ésta última, Miembro del Foro Penal para redacción del Anteproyecto de Nuevo Código Penal chileno, Miembro del Instituto de Ciencias Penales de Chile (ICP), de la Asociación Internacional del Derecho Penal (AIDP), Abogado de Manríquez, Benavides, MacKay y Cia. (jcmanriquez@mbmack.cl)

* En homenaje del Prof. Dr. Dr. H. C. Mult. Don Miguel Polaino Navarrete, Catedrático de la Universidad de Sevilla, España, por su generosa y constante entrega al cultivo de una ciencia jurídico – penal orientada a la solución razonable y justa de las cuestiones fundamentales de la disciplina.

I.- Consideraciones sistemáticas previas:

A.- El legislador histórico y sus referentes.

1.- El Código Penal chileno data de 1874, pues con fecha 12 de noviembre de ese año se dictó su ley aprobatoria, tras una discusión parlamentaria sin gran incidencia sobre la propuesta original de su articulado. Comenzó a regir el 1 de marzo de 1875 durante el mandato del presidente Federico Errázuriz y fue producto del trabajo de una Comisión Redactora nombrada al efecto por Decreto del 17 de enero de 1870.¹

De ese trabajo se levantaron Actas, las que dan cuenta de las diversas etapas de desarrollo por las que pasó, de la opinión de sus autores, de los modelos tenidos a la vista y de las discusiones que fundaron la redacción de la primera edición de cada una de sus preceptivas, lo que indudablemente constituye un importantísimo elemento de estudio e interpretación del Código Penal mismo.

¹ Se trató del tercer intento con igual cometido, ya que las Comisiones de 1846 (García Reyes, Lastarria, Tocornal y Varas); de 1856 (García Reyes) y de 1855 (Manuel Carvallo) no llegaron a destino. Sobre ello, vid fvr. Doyárcabal, Solange. Historia del Código Penal chileno, UC, 1968.

La Comisión se reunió en 175 ocasiones y funcionó entre 1870 y 1873, con sus miembros originales (Alejandro Reyes, Eulogio Altamirano, José Clemente Fabres, José Antonio Gandarillas, José Vicente Abalos, Diego Armstrong y Manuel Rengifo) y un miembro asociado posterior (Adolfo Ibáñez).

Los comisionados usaron como modelos, principalmente, el Código Penal español de 1848/50, comentado por Francisco Pacheco (Quinta edición de 1881) “por estar más de acuerdo con las costumbres y tradiciones nacionales”, en contra de lo ordenado en el Decreto constitutivo que señalaba que debía seguirse el modelo del Código Penal Belga, antes traducido por don Manuel Carvallo; y como reflejo cercano, el que había sido el inspirador de éste en gran medida, el también Código punitivo español de 1824, comentado por Groizard. A ello se sumó, indirectamente, el ya dicho Código Penal Belga, el Código Penal francés, el austriaco, el de las Dos Sicilias y el brasileño.²

Es posible afirmar que en lo fundamental el Código Penal chileno que así vio la luz – y que se mantiene vigente en sus líneas troncales más o menos igual, aunque rigiendo a lo largo del tiempo ámbitos muy diversos con serias alteraciones y deficiencias, producto de intervenciones tópicas posteriores – se adscribió a las ideas liberales y laicas de la Ilustración, basándose ya en su artículo 1º en la supremacía del principio de culpabilidad, en la del principio de legalidad y sus derivados personales y temporales, acuñados casi un siglo atrás en la máxima de Feurbach y difundida luego por Beccaria (*Nullum Crime nulla poena sine lege*), y así también en la regla de exteriorización de los comportamientos, propia del derecho penal de actos. No se falta a la verdad, entonces, si se afirma que, en la esencia, rige hasta hoy en Chile un derecho penal “moderno” de casi 300 años.

2.- Como no será difícil advertir, en sus ideas fundacionales el catálogo de los delitos y de las penas responde a una estructura clásica, que era la misma preconizada en la segunda mitad del S. XIX por Von Listz, en Alemania; Francesco Carrara (discípulo de Carmignani), antes Giandomenico Romagnossi, Enrico Pessina, en Italia; el ya dicho Pacheco, en España; lo propio en Bélgica, Francia, Suiza (Stoos) y en Holanda, etc.³

² Al respecto, vid fvr por todos, Actas de la Comisión Redactora del CP chileno, Edeval, 1974, estudio preliminar de Manuel de Rivacoba y Rivacoba, Valparaíso; Texto y Comentario del CP chileno, Jurídica, 2002, vv. aa., dirección de Politoff y Ortiz Quiroga, coordinación de Matus, Jean Pierre. También, Etcheberry, Alfredo, Derecho Penal chileno, Jurídica 1998 (reediciones) T. I, pp. 45 – 48; Politoff, Conosur, I, 1997, pp. 85-86, entre otros.

³ Al respecto, Rostros y Personajes de las ciencias penales, Inacipe, México, 2006; Politoff, op. cit. 405 y ss. Sobre las diversas corrientes doctrinales que convergen en el Código Penal – utilitaristas, preventistas,

En otros términos, su base dogmática originaria es de corte causalista y su orientación político – criminal, inescindible de la visión de un Estado democrático, de corte republicano en formación, independentista y laico, adscrito, de una parte a la filosofía ius naturalista *roussoniana*, y de otra, en lo político, a una mirada *hobbesiana*, ya que tales eran las influencias por las que los Comisionados habían formado su personal cultura y experiencia. De ahí la estructura elegida para dividirlo en una Parte General y otra Parte Especial, iniciándose con la punición de los ataques a la seguridad exterior de la república, para luego pasar al resguardo de la seguridad interior y de ahí a la protección individual de la persona – en sus valores fundamentales o de primera generación (la libertad individual, en sus diversas expresiones; la vida, la salud, la integridad corporal, el honor y la honra, el patrimonio, etc).

3.- Puede también indicarse que la “geografía” del Código Penal se orienta en razón de un eje cardinal: **el bien jurídico tutelado**. En efecto, la Parte Especial del catálogo se escribe en párrafos que agrupan las diversas figuras típicas como “*delitos contra...*” la seguridad, la libertad, el patrimonio, y así.⁴

B.- La ubicación del parricidio en el texto del Código Penal: Párrafo VIII, del Libro II, “Delitos contra la Vida”.

1.- Concordante con esa estructura, el delito de parricidio – y como una clara señal de su importancia original – ocupó en la propuesta de redacción primitiva del Código Penal elaborada por los comisionados, el art. 377.

Se lee en el acta de la Sesión N° 77, del 29 de abril de 1872, que habiéndose terminado el estudio del Título VII en la sesión precedente, se ha de pasar al examen de los delitos contra las personas “i en primer lugar el párrafo 1, que trata del homicidio”.

2.- La redacción fue adoptada luego de debate ocurrido en la ya dicha Sesión N° 77 y en la N° 78, del 1° de mayo de 1872.

sobre el derecho a castigar – y sobre las críticas, reservas, miradas escépticas y/o comentarios que recibió durante su tramitación y después de promulgado, Rivacoba, Manuel. Estudio Preliminar, Código Penal de la República de Chile y Actas de las sesiones de la Comisión Redactora, Edeval, 1974, XXIII y ss.

⁴ Sobre el concepto y límites del bien jurídico, y en especial, sobre sus funciones interpretativas y limitadoras, imprescindible, Polaino Navarrete, Miguel, Instituciones de Derecho Penal, PG, 195, 212 y ss. Muy reciente y agudo Abanto, Manuel, “Acerca de la teoría de bienes jurídicos”, en Modernas Tendencias de Dogmática Penal y Política Criminal, pp. 1- 72, Libro en Homenaje al Prof. Dr. Juan Bustos Ramírez, vv.aa. Idemsa, Lima, Perú, 2007.

Los modelos para el estudio fueron las disposiciones correspondientes a los Códigos español y belga, pero se prefirió seguir el patrón del primero, porque tal opción es "...más conforme con los principios generales establecidos en el primer libro de este proyecto..." dijeron los redactores. Así, se decidió poner bajo el número 377 el art. 332 del Código español, lo que fue luego desechado porque: "...al examinar en detalle las disposiciones que este contiene, observaron los señores Reyes e Ibáñez que no creían aceptable la distinción de varias especies de parricidio con pena también diversa".

Sobre la entidad del delito en estudio y el mayor plus de injusto que a él tradicionalmente se asigna, los Señores Reyes e Ibáñez acotaron que es "...de tal naturaleza, que merece por regla general la pena de muerte, aun cuando no concurren circunstancias que lo agraven". Por su parte, los Señores Altamirano y Gandarillas se inclinaron por las diferencias que hacía el Código español, ya que habrá muchos casos de parricidio que no merezcan la pena de muerte y que harían necesaria la modificación posterior de la sanción por la vía del indulto, y entonces consideraron "...preferible reservar esta pena para solo aquellos casos tan graves que exijan se la lleve a efecto, disminuyendo en lo posible el empleo de toda gracia". Al retrucar al último argumento los otros comisionados que siempre que aparezca a favor del reo alguna circunstancia atenuante se disminuye en un grado la pena, y si así fuera el parricidio deja de merecer la muerte del penado, y no existiría entonces el inconveniente de aplicar a éste la sanción correspondiente y que se pida el indulto, dada la controversia que se planteó y habiéndose suscitado dudas sobre la inteligencia de los artículos referidos a la disminución de penas por circunstancias atenuantes, se suspendió la sesión para hacerse cargo de este nuevo problema en la próxima.

En la siguiente Sesión, abordando la problemática, los comisionados notaron un vacío en el art. 61 que fijaba las atenuantes y agravantes, cuando la pena del delito es una e indivisible, por no indicar a qué regla habrían de sujetarse las minorantes, y por ello hicieron modificaciones destinadas a armonizar dicha preceptiva. Agregaron que partiendo de la base que los únicos casos en que parricidio podría merecer alguna excusa que lo relevara de la pena de muerte serían ciertas situaciones de excepción (arts. 62, 63 y 64), se acordó fijar como pena del delito la de muerte, suprimiendo toda distinción igual a la que hacía el Código español (art. 332), entre parricidio simple y calificado, al mismo tiempo que se eliminó la referencia a hijo o padre adoptivo que enumeraba el señalado Código "...entre los que pueden ser causa de este delito por no conocerse entre nosotros semejante parentezco (sic)..."

Sobre la malicia requerida al autor, a petición del Señor Reyes se expresó que para imponer la pena al parricidio, debe éste conocer las relaciones que lo ligan con el occiso.

El mismo comisionado hizo presente que, a su juicio, el parricidio de padres o hijos ilegítimos debe limitarse a los que hubieren sido reconocidos como tales, según la ley civil, pues "...de otra manera se abriría la puerta para descubrir parentezcos talvez imaginarios i por medios que la lei no ha creído conveniente aceptar...". Contradicho, se le observó que no obstante, atendiendo el fundamento del delito, el **parricidio "...es un atentando no contra las relaciones de los padres e hijos, sino contra los vínculos que la naturaleza ha criado entre ellos por el hecho de la paternidad; de modo que debe castigarse este delito en todo caso que aparezca comprobado el parentezco, aun por otros medios que los la lei civil establece..."** y en consecuencia se desechó la limitación referida.

Un último debate sobre los rangos de la pena, desembocó en el primer texto que iba a ser propuesto al Ejecutivo y luego al Parlamento:

"Art. 377. El que mate a su padre, madre o hijo, sean lejítimos o ilejítimos, o a cualquiera otro de sus ascendientes o descendientes lejítimos, o a su cónyuje, conociendo la relación que los liga, será castigado como parricida con la pena de muerte".

Luego de la etapa de "Revisación" del trabajo (ocurrída entra las Sesiones 115, del 12 de marzo de 1873, a la 175, de 22 de octubre del mismo año), el texto quedó al final en el art. 390 (el mismo que hasta hoy ocupa) del siguiente tenor:

"Art. 390. El que, conociendo las relaciones que los ligan, mate a su padre, madre o hijo, sean lejítimos o ilejítimos, a cualquier otro de sus ascendientes o descendientes lejítimos, o a su cónyuje, será castigado, como parricida, con la pena de muerte".

3.- Así permaneció hasta el 6 de enero del año 1970, en que la Ley N° 17.266 modificó la penalidad única de muerte, para introducir también el presidio perpetuo, lo que se tuvo como un primer paso para la derogación total de esa pena en el sistema punitivo chileno, inclusive en las posteriores legislaciones de seguridad interior del Estado y de conductas terroristas, al mismo tiempo que vino a quitar presión en el debate ya intenso sobre la comunicabilidad o incomunicabilidad del vínculo parental o de matrimonio

a los extraños, lo que a su vez suponía mantener o separar para *intraneus* y/o *extraneus*, el mismo título de imputación.

Más tarde la Ley N° 19.734, N° 15, art. 1, del 5 de junio de 2001 volvió a modificar el texto, otra vez para introducir una modificación al rango de penas, eliminar toda referencia a la pena de muerte e incluir dentro del presidio resultante tres categorías: a) Presidio perpetuo simple (donde después de 20 años de privación efectiva de libertad más otros requisitos, el condenado puede solicitar beneficios intracarcelarios); b) Presidio perpetuo calificado (después de 40 años puede hacer dicha petición) y c) Presidio perpetuo efectivo (donde no existe posibilidad alguna de beneficios). En concordancia, estas normas deben entenderse armonizadas en su aplicación y extensión con los plenos efectos de la Ley N° 19.585 del 26 de octubre de 1998, que entre diversas cuestiones de índole civil, eliminó las referencias a los hijos legítimos e ilegítimos porque se sustituyó y varió el fundamento y sentido de las reglas de filiación, matrimonio y sucesión, con tendencia a la igualación, eliminando el parentesco ilegítimo, para usar el genérico de hijos y distinguir entre los vástagos para otros fines extra penales, según resulten o no de unión matrimonial entre sus padres.

Por último, la Ley N° 20.066, llamada “Nueva Ley de Violencia Intrafamiliar”, art. 21, letra b), del 7 de octubre de 2005 (la “antigua” ley del ramo era la N° 19.325 del 19 de agosto de 1994) amplió la cobertura del tipo penal de parricidio, al incluir como posibles sujetos activos y/o pasivos del delito, al o la conviviente.

5.- Actualmente el artículo 390 dice:

“El que, conociendo las relaciones que los ligan, mate a su padre, madre o hijo, a cualquiera otro de sus ascendientes o descendientes, a su cónyuge o conviviente, será castigado, como parricida, con la pena de presidio mayor en su grado máximo a presidio perpetuo calificado”.

II.- Justificación y Fundamentos del Parricidio: Proyecciones dogmáticas, jurisprudenciales y legales:⁵

1.- Los criterios clásicos de legitimación para justificar la existencia independiente o el carácter “sui generis” del parricidio han sido, entre otros:

⁵ Muy ilustrador y completo, para una visión amplia y actual sobre la vigencia y/o razones de supresión de este delito en el derecho comparado, en “Comentarios al delito de parricidio, Materiales de Discusión del Foro Penal, Parte Especial, U. 1”, Künsemüller L., Carlos y Künsemüller M., Karin.

- a) La necesidad de híper protección de los vínculos de sangre o “patronímicos”.
- b) Los deberes de afecto, cuidado y protección que derivan del estado y/o del contrato matrimonial, en un doble espectro:
 - i) El ético – social: ya el del matrimonio religioso, ya el del laico.⁶
 - ii) El aspecto normativo, deberes y derechos del contrato matrimonial.
- c) La protección mixta: de los vínculos jurídico- políticos e intereses económicos o patrimoniales que resultan de la paternidad, de la filiación y/o del matrimonio (como la protección del linaje, la propiedad o los títulos o grados transmisibles).
- d) Los deberes que emanarían del concubinato.

2.- Como podrá advertirse en este trabajo⁷, la mayoría de los comisionados basaban la mayor reprochabilidad del delito y la aplicación de la pena de muerte como pena única al parricida, en los nexos “**naturales**” criados entre padres e hijos “**por el hecho de la paternidad**”, más que en las relaciones de afecto o cuidado. Por ello, se ha fallado hace mucho que el homicidio de “afines” no es parricidio: “No comete parricidio el que da muerte a su madrastra, porque no están comprendidos los afines entre los parientes del art. 390.” (SCA Concepción, 1.7.1881, G.1881, N° 1026, p. 634). Tampoco lo comete quien realiza el *fratricidio*, ya que dar muerte a un hermano no importa parricidio. (SCA Iquique, 7.12.1946, G. 1946, 2° sem., N° 60, p. 333).

De ello cabría deducir que para el legislador originario la línea de fundamentación seguida estaba más próxima a la necesidad de darle un más de resguardo a la preservación de la “misma sangre”, o en términos negativos, en dotar de mayor castigo al “homicida desnaturalizado”, que reniega de su progenitor, o al revés, no preservando la continuidad de la especie que ha engendrado. Quizás por ello no es poco común todavía escuchar en el lenguaje castizo del campo chileno, cuando algún hecho de este tipo ocurre, que se le espete al responsable su calidad de “hijo desnaturalizado”.

Aparece, podrá observarse, como un factor común a las muy distintas maneras de fundar el merecimiento de un mayor reproche para el delito de parricidio la idea de que en la acción de matar a aquéllos a quienes uno se

⁶ Sobre el punto tres antiguas sentencias sentaron la siguiente doctrina: “Vínculo matrimonial. A los casados después de la promulgación de la Ley de Matrimonio Civil (10.01.1884), sólo se les considera cónyuges para los efectos del parricidio si se hallan casados **civilmente de acuerdo con esta ley, no bastando para ello el matrimonio religioso**”. SCA Tacna, 27.11.1888; SCA Santiago, 10.9.1896; SCA Concepción, 1.4.1913, todas en Repertorio CP, Jurídica 1996, p.164.

⁷ Vid fvr, I. B. 2., con destacado nuestro.

vincula por sangre, afecto, protección o matrimonio, se presenta un “más” de injusto que en el caso de simple homicidio.

3.- Proyecciones dogmáticas y jurisprudenciales de la construcción original del parricidio, en razón del fundamento del “*plus penal*” que en él subyace ha habido muchas, y cada cierto tiempo el asunto reverdece.

La idea difundida mayoritariamente hasta hace poco entre los penalistas - fundada en el superior nivel de injusto que conlleva - es que el parricidio no es un homicidio, sino que un delito “*independiente de él y más reprochable*”⁸.

Apuntando a dicha especialidad y autonomía es que, sobre todo a propósito de sus fuertes efectos penológicos, se han derivado no pocos problemas de relevancia acerca de la correcta interpretación y aplicación que debe darse al art. 390 en ciertos casos, como a vía de ejemplo, son aquellos que siguen.

3.1.- En cuanto a los elementos personales y normativos del tipo objetivo:

a) Calidad de Sujeto Activo y de Víctima: la protección de “los vínculos de sangre” y de los efectos vinculantes derivados de la adopción y del matrimonio.

i) El caso del adoptado simple, legitimado o pleno (sucesiones temporales de leyes).⁹

ii) El caso de los hijos y “cónyuges” del matrimonio putativo, nulo o “anulable”.¹⁰

b) Co- participación y “*extraneus*”: El problema de la comunicabilidad del parentesco o del matrimonio al tercero que interviene en el hecho punible y que carece de él.¹¹

⁸ En Chile, Garrido Montt. En España, Cerezo Mir. En contra, desde hace unos 40 años, Politoff. Vid fvr, Künsemüller y Künsemüller, Comentarios, op. cit.

⁹ ¿Cuál era hijo en verdad, para los efectos del art. 390 del CP? o ¿Quién era padre o madre? era una discusión que se tuvo bajo diversas leyes: Ley N° 7613, Ley N° 16. 346, Ley N° 18. 703, Ley N° 19. 325, Ley N° 19.968 y que acabó con la nueva Ley de Matrimonio Civil y la unificación previa de la adopción.

¹⁰ Etcheberry, DP, III, pp. 71 – 72, analiza los efectos penales posibles, según si la muerte del cónyuge de matrimonio anulable, en proceso de anulación o ya dictada la sentencia que lo declara nulo, es inferida por el otro, para descartar o afirmar el parricidio por falta o concurrencia del vínculo, inclusive en “*articulo mortis*”. En la práctica, era usual promover la cuestión previa sobre la nulidad del matrimonio para obtener el sobreseimiento temporal de la causa penal, por “haber cuestiones pre - judiciales civiles que resolver”. Creemos que hoy, al quedar muy restringidas las causales de nulidad del matrimonio y darse amplio margen al divorcio, esta discusión ha perdido oportunidad y eficacia.

¹¹ Avivaron esta hoguera por años, Schepeller, Novoa, Etcheberry y otros, principalmente motivados por la posibilidad de penar/excluir de/con la pena única de muerte a más de un sujeto que intervenía en el

3.2.- En cuanto a los elementos subjetivos del tipo: motivación, dolo y culpa.

Pido de antemano disculpas a las lectoras, especialmente, por el elenco de casos a tratar en lo que sigue, los que no han sido seleccionados *ex profeso* con un criterio sexista o sesgado, sino que son – curiosamente – los crudos hechos reales de los que da cuenta una práctica social poco civilizada de las relaciones conyugales y parentales.

- a) Ánimo de matar, Dolo Homicida y Dolo de parricidio: Maliciosamente y “a sabiendas” deben coincidir en el hechor.¹²

Con todo, y aún en el caso de “*error in personam*” (más propiamente, *error en el golpe*, pensamos) traemos a colación dos interesantes sentencias que atenuarían la exigencia de “dolo específico”:

- SCS, 24.3.1941, G. 1941, p. 180 (Comentada en RCP, V, p. 146) ya que en ella se puede leer: “Si el reo dispara contra su mujer con intención de matarla y va a herir a un hijo de ambos que aquella tenía en sus brazos, es responsable del delito de parricidio, pues aquél lo habría cometido aunque hubiere matado a cualquiera de los dos”.

- SCS, 10. 10. 1967, RDJ, 64, 2ª parte, Sec. 4ª, p. 289, que en materia de **resultado diferente e iter criminis** resolvió: “Incorre en parricidio consumado y no frustrado, el que envenena un elemento con el propósito de matar a su cónyuge, y ésta lo da a dos de sus hijos, falleciendo el primero y resultando lesionado el segundo”.

- b) ¿Existe un cuasi – delito de parricidio?

En real y notoria contrariedad con el criterio anterior, que es el mayoritario, cierta jurisprudencia ha admitido el “cuasi delito” (delito imprudente) de parricidio, inclusive en una hipótesis concursal, como se ve en:

hecho. Con el tiempo, la doctrina y la jurisprudencia se ha ido uniformando con la “incomunicabilidad extrema”. Vid *fv*, Texto y Comentario del CP chileno, Jurídica, 2003, vv.aa., pp.234 – 237, para apreciar el debate y efectos. En línea con la incomunicabilidad, SCS, 7.4.1953, RDJ, L, 2ª parte. Sec. 4ª, p. 24. También, antes SCA Santiago, 25.4.1945, G. 1945, 51, p. 242. Más próxima, SCS, 30.1.1989, RDJ, 86, 2ª parte, Sec. 4ª, p.7.

¹² “Es **condición esencial** en el delito de parricidio la intención precisa, en el autor, de dar muerte a una o varias personas determinadas que se hallen ligadas con el por el parentesco que la ley exige como condición de este delito”. SCA La Serena, 29.12.1931; SCA Santiago, 26.5.1959, SCA Valparaíso, 8.6.1959.

- SCS, 31.8. 1953, RDJ, 50, 2ª parte, Sec. 4ª, p. 139: “ Establecido que el reo, al castigar a su mujer, le ocasionó la muerte debido a la defectuosa conformación craneana de la víctima, debe concluirse que obró con imprudencia temeraria y que, en consecuencia, es responsable de cuasidelito de parricidio”.¹³

- SCA Santiago, 9.9.1953, RDJ, 50, 2ª parte, Sec. 4ª, p. 160: “El castigo propinado por el reo a su cónyuge, sin pretender matarla, y de resultas del cual ésta falleció, constituye el delito de lesiones graves y un cuasidelito de parricidio. Opera en la especie lo dispuesto en el art. 75 del Código Penal”.

c) ¿Concurso Ideal o Parricidio Preterintencional? Veamos cómo se la ha dado espacio a esta salida:

- SCA Santiago, 19.8. 1953, RDJ, 50, 2ª parte, Sec. 4ª, p. 125: “Si bien nuestra legislación penal desconoce la figura jurídica del delito preterintencional, presentando el hecho enjuiciado los caracteres externos de un parricidio y no habiendo tenido el reo la intención de atacar contra la vida de su hijo, sino la de castigarlo por su actitud insolente y provocativa, el resultado de su acción debe calificarse de lesiones graves”.

3.3.- Riesgo, Imputación Objetiva y Parricidio:

Cury admite que la teoría de la imputación objetiva es de particular significación en los casos en que no es posible servirse de la causalidad como criterio básico de imputación, “...esto es, sobre todo en el campo de los delitos de omisión impropia...”¹⁴

Siendo así, bien admitiría un parricidio en el caso del varón que intenta matar a su mujer o conviviente, pero la bala que dispara le causa en la frente una herida que no es mortal, y sin embargo la abandona a su suerte, desmayada, a consecuencias de lo cual y de la anemia esta muere en el lugar.

¹³ Hace recordar el caso del “cráneo cáscara de huevo”, de la antigua jurisprudencia holandesa, en que similar solución se da – pero a título de lesiones – para quien arroja a otro un calzado de madera, cuyo impacto le mata en definitiva, por su débil calota. Vid fvr, Politoff, DP I, Conosur, 1997.

¹⁴ Cury, Enrique, DP, PG, 8ª edición, UC, 2005, pp. 299 - 301. Coincide con Jescheck, y en la doctrina nacional con Etcheberry, aunque también cita a Garrido, Náquira y Politoff, quienes le darían más amplitud.

La acción previa ha creado un riesgo indeseable para la vida y así se ha instalado como garante de aquélla su autor, de manera tal que si omite más tarde el auxilio o no saca a la víctima del ámbito de peligro en que la dejado por su ingerencia, ha de responder como autor del parricidio.

4.- En contraposición a la situación nacional que se ha ido describiendo, la doctrina y el derecho comparado han ido otorgando a la par nuevas justificaciones o fundamentos que se encaminan por la senda de mayor restricción a la figura del parricidio, o derechamente propugnan su eliminación, porque en el fondo encierra una punición mayor basada en el mero reproche ético de dañar ante todo las relaciones de afecto, más que la vida, pues esos ataques están cubiertos por el homicidio simple o calificado, o por la introducción de agravantes especiales.

Ya pocos piden en el mundo la mantención del ámbito de protección del parricidio, y menos son los que impetran su ampliación. Chile, que lo ha demandado hace ya un tiempo en exceso, en especial, para la punición de la “violencia de género” (principalmente, hombre – mujer, porque es la forma de abuso culturalmente más acendrada y silenciada) ha ido contra su propia costumbre de “importar” los modelos más avanzados del viejo mundo y por el contrario, las iniciativas legislativas de ciertos grupos la propugnan en sentido inverso para el tratamiento de la conflictividad en la convivencia y en la “violencia intrafamiliar”.¹⁵ Sería ésta una forma de “discriminación positiva”, como la ha llamado el Tribunal Constitucional español recientemente¹⁶, la cual estaría tolerada por la ley, especialmente la penal.

Por la restricción o eliminación del parricidio de sus legislaciones se pueden citar el caso de España – aunque con vacilaciones (lo eliminó con la vuelta de su democracia, pero a poco andar lo ha reincorporado, no pacíficamente), Alemania, Francia, etc.¹⁷

Para la ampliación del ámbito de protección del parricidio, nuestros legisladores y el Gobierno han promovido y difundido la necesidad de dar cabida a propuestas de corrección del intolerable y creciente fenómeno de la violencia contra la mujer y en la vida doméstica, las que podríamos englobar en la idea de “**igualación ético – social**” de toda forma de

¹⁵ A todas las leyes e iniciativas ya anotadas más atrás, se suma el Boletín N° 4936 – 18, que promueve la introducción de la figura penal de “femicidio”, ya desechada, pero retenida para aumentar las cautelares de urgencia y eventualmente, extender la protección penal del delito a “...los ex convivientes o novios (pololos)...”.

¹⁶ Sentencia del 14.05.2008, citada por Polaino – Orts, en Chimbote, Perú, 23 – 25. 10. 2008, Seminario Internacional de Derecho Penal e institución de Dr. HC por esa casa de estudios, en honor suyo y de su padre.

¹⁷ Vid fvr, Künsemüller y Künsemüller, Comentarios...

familia, y desde ella justificar la intervención del sistema penal para castigar sus más severas alteraciones. Así, sobre el parricidio en dicho contexto, los Boletines N° 5568 – 07 (hoy, sin informe y sin urgencia, en 1er trámite constitucional en la Cámara de Diputados, N° 5308 – 18 (sin informe, 1er trámite en la Cámara de Diputados, con suma urgencia); y en materia de violencia en la familia, se cuentan (a mediados de 2008) otros 14 proyectos de ley, en diversos Boletines (por ejemplo, N° 3647 -07; 4111 – 07; 4691 – 18; 5055 – 18; 5569 – 18).

Como antecedentes para proceder así se esgrimen:

- i) Las estadísticas oficiales, emanadas del Ministerio del Interior, que reflejan un “permanente aumento de las denuncias”: De 60.769 casos total país, al año 2001, se ha crecido a 93.404 casos, al año 2005.¹⁸
- ii) El debate público y el rol de la prensa, que “abundan en casos de represalias y agresiones” cometidos sobre víctimas con medidas de protección.
- iii) El nuevo estatuto y concepto de familia, a virtud de los cambios introducidos por las Leyes N° 19.325, N° 19.968 y N° 20.066, entre otras.
- iv) La introducción de nuevos delitos asociados al área, como el de “violencia intrafamiliar”¹⁹ y el reconocimiento más explícito – aunque no más claro - del estado de convivencia.

Quizás es precisamente este último elemento el que más cabos sueltos ha dejado, puesto que en él no siguen siendo pacíficos ni el concepto, ni sus posibles elementos, o siquiera sus exactos sentido y alcance²⁰.

5.- Por el criterio de “**igualación ético – social**” de toda familia (que equivaldría a la presentación *progresista* del efecto de evitación de diferencias injustas o desigualdad ante la ley) entre **personas que hacen vida en común**, se ha propuesto y debatido la ampliación del ámbito de protección de la pena penal asignada al delito de parricidio a la mera “convivencia” entre quienes tienen o no hijos (propios o adoptados) que los reconocen como sus padres, tienden lazos mutuos de afecto, respeto y

¹⁸ Fundamentación Boletín N° 4936 – 18.

¹⁹ Van Weezel, Alex: La sistemática de los delitos de lesiones en el Código Penal y el régimen introducido por la Ley N° 20.066 sobre Violencia Intrafamiliar”, Informe en Derecho, www.dpp.cl

²⁰ Vid fvr, Barrientos Grandón, Javier: Informe en Derecho art. 390 CP, en www.dpp.cl y en estudios@defensoriapenal.cl. En él se intenta dotar de densidad normativa a la convivencia, en la medida que resulte asimilable al matrimonio, y éste, concebido como entre un hombre y una mujer.

protección y bases de progreso material, cualquiera sea la orientación sexual de quienes encabezan el hogar, y que viven juntos (o no), bajo un mismo techo.

Eso es lo que ha ocurrido con la modificación introducida al art. 390 del CP por la Ley N° 20.066, que ha dispuesto considerar como sujetos activo y pasivo del parricidio, a los “convivientes” y también en la legitimación procesal – penal correlativa (art.108 letra d) del Código Procesal Penal: el conviviente es considerado interviniente en el proceso penal acusatorio, por ser víctima del delito que afecta a su pareja)²¹.

III.- Parricidio del conviviente, después de la Ley N° 20.066.

1.- Según anotamos, la nueva preceptiva del parricidio rige y donde el art. 390 del CP establece que matar al conviviente es un crimen, éste debe ser tenido entonces – según las tendencias dominantes de nuestra doctrina y jurisprudencia – como un delito especial, distinto y *sui generis* del homicidio.

Siendo así la regla de interpretación literal del art. 19 del Código no debiera permitir dudas al intérprete, ya que cuando “el sentido de la ley es claro, no se desatenderá su tenor literal, a pretexto de consultar su espíritu”: Entonces, si un (a) conviviente – de cualquier tendencia sexual que sea – mata a su pareja, el hecho es parricidio y punto.²²

Sin embargo, el problema no es de fácil despacho porque, la verdad sea dicha, en parte alguna de las sucesivas leyes de reforma precitadas se ha definido lo que ha de entenderse por “convivencia”. Y si la ley no precisa los extremos de este concepto, que hoy forma parte de un tipo penal, como lo es el art. 390 del CP y por más “libertad interpretativa” que propugnemos, no podemos olvidar que aún en este caso ella habrá de ser siempre restrictiva.²³

2.- ¿Cómo definir, entonces, la convivencia? Hasta ahora se avizoran dos caminos:

²¹ El modelo proviene del CPP de Costa Rica.

²² Sobre la aplicación “sin dudas” de las reglas del Código Civil para interpretar la ley penal en la doctrina y jurisprudencia chilenas, Matus, JP. La ley penal y su interpretación, E. J. Congreso, 1994, pp. 205 y ss., aunque el autor afirma que “...nosotros estamos por aceptar que, en materia penal, las reglas de interpretación del CC, no tienen mayor importancia. Lo realmente importante es la función de resguardo y promoción de los derechos del hombre...” op. cit, p. 206.

²³ Bustos Ramírez, Juan. DP, 1989, p. 80.

i) En clave constitucional, quizás, sosteniendo que la “igualación ético – social” es un medio para reconocer la dignidad de la unión vital de hecho de sujetos de uno u otro sexo, como expresión refleja y directa del deber de respetar y promover idénticamente la dignidad humana.

ii) Asimilándola a los fines y características del matrimonio hétero – sexual: por la vía de la “Homologación normativa por comparación” (como lo postula Barrientos, y al parecer, también en el fondo Van Weezel, con su alusión a lo que él llama “contexto familiar”).²⁴

3.- Pero, ¿Es la convivencia un “elemento normativo de carácter descriptivo” en el tipo de parricidio del art. 390 CP, como lo son el matrimonio o la filiación?

La doctrina entiende que los **elementos normativos de carácter descriptivo** se incorporan al tipo penal para una más acabada descripción del delito, y que con ellos se hace directa alusión a disposiciones legales o reglamentarias que pertenecen a otros ámbitos del ordenamiento jurídico, a los que es preciso recurrir para su cabal comprensión y para la completa adecuación de la conducta realizada con la figura legal abstracta y previa que lo contiene.²⁵ Así es como se ha enseñado que “cosa ajena” en el hurto (art. 432 del CP) o “cónyuge o hijo” en el parricidio, son elementos normativos descriptivos, porque su contenido lo otorga el derecho civil.

La cuestión es si podemos afirmar lo mismo de la convivencia, ante el escenario que las normas civiles de familia o de violencia doméstica no la definen. Como la dictación de sentencias penales es una tarea de subsunción o encuadrabilidad, al fin y al cabo de atribución a un sujeto de un elemento de la figura criminal (la convivencia), no es baladí su resultado ni huelga recordar que – como advierte Cury – “el elemento categorial del delito no es el tipo, sino la tipicidad, es decir, la cualidad del hecho concreto de conformarse a la descripción abstracta trazada por el legislador”.²⁶ Y, dado que se sabe, como luego señala el mismo autor que “...La tarea de verificar si el hecho concreto corresponde exactamente a la descripción contenida en el tipo – esto es, si es típico – **presenta en la práctica dificultades enormes y es una de las más delicadas que debe cumplir el tribunal...**”²⁷

²⁴ Informes en Derecho, oo.pp.cit.

²⁵ Etcheberry, DP, I, 223.

²⁶ Cury, op. cit, p.288. También, Garrido, II, 4.2.pp. 46 y ss.

²⁷ Id. p.288, con Notas 72 – 75.

4.- Es precisamente porque no hay consenso sobre qué es y qué define a la convivencia como elemento del delito de parricidio, que sus alcances y el concepto mismo han sido abordados de manera disímil por la *praxis* jurisprudencial reciente.

En efecto, partiendo de la base que la idea matriz en el asunto es que se trate de un vínculo sexo – afectivo de una pareja hétero – sexual, con cierta permanencia en el tiempo y reconocido socialmente, entre sujetos mayores de 14 años, solteros, divorciados o viudos, sin que medie obviamente el matrimonio, dichas exigencias no han sido consideradas hasta ahora de la misma forma en la jurisdicción.

Traigamos a la vista dos interesantes sentencias, con miradas contrapuestas, para tratar de ir despejando el punto, si es que eso es posible:

- a) Sentencia en causa RIT N° 162 – 2006 (Causa RUC N° 0500579306 – K) del Tribunal Oral en lo Penal de Valparaíso. (Magistrados Sr. Hormazábal, Sra. Lavín y Sr. Hermosilla).

Sucintamente, el Ministerio Público de Casablanca – localidad distante unos 40 kms desde Valparaíso, al oriente – acusa a un sujeto como parricida, por darle muerte con un tiro de escopeta a una mujer con la cual vivía bajo un mismo techo, y que mantenía, bajo la creencia que producto de su relación, esperaba de él un hijo. Para la fiscalía la occisa tenía la calidad de “conviviente” del autor y atendido lo dispuesto en el art. 390 del CP, luego de la modificación introducida por la Ley N° 20.066 y teniendo en vista el derecho comparado (principalmente la legislación española de familia) y las pruebas vertidas en el juicio mismo, el hecho no podía ser sino calificado de parricidio consumado. Para la Defensoría Penal Pública, dicha calificación no procedía otorgarla, ya que no se reunían en la especie los requisitos que se entenderían son inherentes a dicha situación, “por lo que normativamente” no podía ser tipificado el hecho como parricida.

El Tribunal, luego de ponderar y razonar sobre la totalidad de la prueba rendida, dicta veredicto de condena, estableciendo la efectividad de la conducta mortal imputada al acusado y el acaecimiento del deceso de la ofendida como resultas de aquella, pero calificando los hechos como propios del delito de **homicidio simple** consumado, al “no haber podido adquirir la convicción” de que se enfrentaba una situación de convivencia, y por ende, de parricidio. Si bien existía comunidad de techo, razonan los sentenciadores, esa **era feble**, porque no había vida sexual o afectiva permanente y/o sostenida entre ellos y faltaba la

notoriedad de la relación en el colectivo social. La unión del autor con la víctima se basaba en la falsa creencia de la esperada paternidad del hijo que supuestamente llevaba la occisa engendrado por ése.

Para fallar así el Tribunal Oral expresó (en lo tocante) los siguientes fundamentos:

“DECIMOCTAVO: Que, en consecuencia se ha acreditado que víctima y hechor al momento de la muerte de la primera por parte del segundo, en el mes de noviembre del año 2005, vivían bajo un mismo techo, pero, sin embargo no hacían vida en común, ello porque el acusado señaló que la última relación sexual la mantuvo con C... en el mes de junio del año 2005, sin embargo, ésta mujer nunca fue presentada en la vida social de H... como su pareja en la localidad de Casablanca, así lo atestiguaron los matrimonios que él frecuentaba Flores-Azócar y Baeza-Azócar, junto a los hermanos Baeza Madariaga, al igual que la persona que le arrendaba la casa habitación al acusado, doña Inés Encina. Por eso el hecho de que él la mantuviera a ella, sin hacer vida en común, encuentra su explicación en estos falladores en la creencia de que aquella esperaba un hijo suyo, por ello se preocupaba de su alimentación, comprándole yogur y leche, en la creencia que eso ayudaría en la gestación de un hijo suyo.

DECIMONONO: Que, en consecuencia, hay que analizar si ésta feble relación puede ser considerada como la de una “convivencia” entre hechor y víctima que nos ponga ante el tipo penal del parricidio, efectivamente pensamos que aunque el legislador no ha definido tal concepto, podemos inferir algunas características, sin dejar de lado por supuesto, en esta interpretación la idea matriz que tuvo nuestro legislador al incorporar al conviviente al parricidio, pretendiendo asimilar al conviviente con el cónyuge.

Luego, idealmente, la convivencia en éste ilícito debe ser asimilada en lo posible a la concepción del matrimonio, de ésta última apreciamos más fácilmente algunas características generales:

- a) vida en común;
- b) una relación de pareja en lo afectivo y la sexualidad;
- c) la idea de formar una familia;
- d) la permanencia de la relación en el tiempo;
- e) la sociabilidad de la pareja;
- f) la repartición igualitaria de los roles de crianza de los hijos, los domésticos y económicos que permitan que la familia perdure en el tiempo.

De los requisitos anotados brevemente, se desprende que entre el hechor y la víctima hubo una vida bajo un mismo techo, a la fecha de ocurrencia de los mismos, 13 de noviembre de 2005, pero ella, dormía en la

pieza de la madre del acusado, quien también vivía allí, sin embargo, esa vida no fue común, pues al no departir de otra manera no podía existir una relación de pareja en lo afectivo y sexual, si bien el acusado estaba en la creencia de que la occisa esperaba un hijo suyo, tampoco se refleja de ese sólo hecho, la idea de formar una familia, asimismo, en cuanto a la permanencia de la relación en el tiempo, se sabe que ella había sido rota varios meses antes de la fecha del acaecimiento de los hechos y por último, aquella, la occisa nunca fue presentada a las amistades del acusado como su pareja.

Asimismo, la sola situación de que el encausado comprara víveres y mantuviera económicamente a la occisa no es suficiente como para dar por sentado que entre ellos existía una convivencia, al estilo querido por el legislador de cónyuges, pues tampoco se advirtió que aquella asumiera en ese techo, otras funciones domésticas propias que contribuyeran a la mantención de un hogar común.

No hubo en consecuencia cumplimiento de los señalados requisitos que permitan a estos falladores asimilar la vida bajo un mismo techo a una “convivencia” como pretendió el ente persecutor al acusar a H... como autor del delito de parricidio del conviviente, al haberle dado aquél muerte a C...

VIGÉSIMO: Que, a mayor abundamiento, alguna jurisprudencia ha fijado parámetros similares a los ya señalados, así, la Corte de Apelaciones de Rancagua en sentencia de 10 de febrero del año 2005 ha declarado, precisamente en sede penal, en su considerando 3º: “Que, sólo a mayor abundamiento, se razona que aun en el evento que se realizase una interpretación extensiva de la voz “cónyuge” del citado artículo 17, no se concluiría que en el caso en cuestión se aplicase a la imputada, **puesto que la expresión “cónyuge” dice relación, evidentemente, con una vinculación afectiva íntima que se prolonga en el tiempo y que otorga carácter de permanencia y estabilidad a la unión entre hombre y mujer, que hace las mismas veces que el de cónyuge.** En la especie si bien aparece que el padre y el hermano de la imputada, todos habitantes de un mismo hogar, dieron cuenta de una convivencia entre ella y Roberto Muñoz en dicho hogar, coincidieron en que ésta no tenía más de una semana al 30 de marzo del 2004, por lo que considerando que los ilícitos en cuestión se perpetraron el día 23 y 24 del mismo mes y año, *malamente podría equipararse esta eventual convivencia, a la matrimonial antes referida*”²⁸.

En un informe en derecho de **Javier Barrientos Grandon**, Doctor en Derecho e Investigador de la Fundación Fernando Fueyo Laneri, elaborado para la Defensoría Penal Pública, **“Sobre la noción de**

²⁸ CAP. Rancagua, 10-II-2005, cons. 3º (Rol 13-2005).

‘conviviente’ utilizada en el artículo 390 del Código Penal”, señala aquél, entre otras cosas, que para estar frente a la voz “conviviente” a que se refiere el tipo penal en comento es preciso que exista:

1ª. Una situación de hecho que implique una vida en común.

2ª. Que esa situación de vida en común sea asimilable a una “familia”.

3ª. Que esa situación de vida en común sea asimilable a una familia matrimonial y

4ª. Que de esa situación de hecho resulte posible la asimilación del acusado (a) y la víctima a la noción de cónyuge.

Compartimos estos asertos del informante, que en mucho se parecen a los requisitos que estos falladores advierten, ya señalados en la decisión decimoctava de esta sentencia, entendiéndolo que **el espíritu del legislador al asimilar al conviviente al cónyuge en el delito de parricidio obedece a que efectivamente se proteja aquella relación (no matrimonial), que en todo debe ser asimilable o semejante a la matrimonial, como si sólo faltase entre hechor y víctima la celebración del contrato de matrimonio para entender que exista aquella.**

Por ende, aquí no se ha acreditado por la fiscalía que la relación habida entre el hechor y la acusada cumpliera con los requisitos señalados para hablar de una “convivencia”, razón por la cual, se optó, como ya se dijo en la decisión, por condenar a H... sólo como autor del delito de homicidio simple de Cecilia Meneses Abarca.”

Como vemos, para condenar a H “sólo como autor del homicidio” de C, y descartar el parricidio, los juzgadores optan por el criterio de homologación normativa por comparación con el matrimonio que propugna el citado Prof. Barrientos Grandón, expresamente citado en el fallo y en cierta jurisprudencia en esa misma línea.

- b) Sentencia Corte de Apelaciones de La Serena, en causa Rol N° 373 – 2006, Recurso de Nulidad (rechazado) del 08.01.2007.

En este caso la solución del Tribunal Oral en Lo Penal de La Serena, al enfrentar una acusación por **delito de violencia intrafamiliar** del Ministerio Público contra un sujeto homosexual, que hacía vida en común con otro, el cual tenía un hijo propio con problemas de salud, a los que el primero maltrataba y golpeaba permanentemente, y casi siempre en estado bebido, fue diametralmente opuesta a la señalada más arriba.

Efectivamente, porque el ente persecutor – aunque haya sido sólo por razones penológicas – sostuvo sin ambages que en este hecho había “convivencia” en los términos definidos por la Ley de Violencia Intrafamiliar, aunque se tratara de una unión de sujetos del mismo sexo (masculino) y ello no fuera asimilable al matrimonio, pero en la que se reunían los demás requisitos de comprensión de dicho estado.

Por su parte, en un curioso giro y contrasentido de los “postulados progresistas” que casi con frecuencia se hallan más asilados en las filas de la Defensoría Penal Pública (aunque otra vez, creemos, más que todo motivados en la sustancial rebaja de pena probable subsecuente) ésta optó por defender el caso con las posturas “conservadoras” de la tesis de la homologación al matrimonio (principalmente el canónico), para descartar la hipótesis de violencia intrafamiliar, instando porque los hechos debían ser sólo calificados como **delito de lesiones** .

Sin embargo, tanto el Tribunal Oral, como la Corte de Apelaciones – ambos en decisiones divididas – optaron por acoger la acusación y no anular el juicio, respectivamente, dado que el acreditado “**contexto intrafamiliar**” se estimó que podía ser también adecuado a una convivencia homosexual, para los efectos de dar por establecido el delito de maltrato habitual.

En la Corte se rechazó, por 2 votos contra 1, la nulidad impetrada por la Defensoría, aunque el voto de minoría cuestiona tal decisión, preguntándose si “...la Corte aceptaría que no hay errónea aplicación del derecho si ese caso fuera catalogado de un parricidio...”. En ambos tribunales, los disidentes se fundaban en el criterio defendido por Barrientos Grandón.

Para nosotros quizás la pregunta del votante de minoría (abogado integrante de la Sala) se entiende en su expresión, porque la prevención recurre a una doble asimilación ético – social para la convivencia:

- i) A la de familia “tradicional”, y
- ii) Al matrimonio, principalmente al modelo canónico.

5.- Como es posible apreciar, los jurisdicentes del sistema oral han tratado de precisar los contornos de la hipótesis que da lugar a la intervención del sistema penal en **el estado de convivencia**, que es una órbita de la intimidad segura del orden construido de hecho, para lo cual – en su mayoría – han optado por desechar la mera cercanía de cuerpos o incluso la vida cotidiana bajo un mismo techo como **el** elemento definitorio de aquélla, dando a entender que deben sumarse también a ésa:

- i) La co – habitación sexo afectiva, cualquiera sea su orientación, de mayores de 14 años, viudos, solteros, separados o divorciados.
- ii) La asistencia mutua.
- iii) Una permanente, sostenida o ininterrumpida *comunidad vital y de intereses*, se tenga o no bajo un mismo techo, y sea éste de propiedad o tenencia de uno solo de los convivientes o de ambos.²⁹

Si faltan estos elementos adicionales el caso se tratará sólo de un facto en nada distinto al de un homicidio, simple, agravado o calificado.

6.- Así, el criterio que postula la definición de la convivencia en cuanto sea posible con ella una asimilación al matrimonio hétero – sexual en verdad no tiene, no debe tener y no ha tenido una aceptación definitiva en el centro del problema, que consiste en responder normativamente qué es la convivencia y cuáles son sus límites, en cuanto elemento de la figura de parricidio del nuevo art. 390 del CP.

La herramienta de asimilación constitucional es aún de bordes borrosos, quizás muy teñidos de ius naturalismo, de sociologismo o de pragmatismo electoral, y por ello de no fácil aplicación para los operadores y jueces en los casos reales que deben solucionar.

7.- En fin, creemos que ambas propuestas aparecen aún como insuficientes, por su evidente carencia de peso normativo y se hace ineludible seguir avanzando en la interrogante de porqué y para qué existe – si es que existe – un *plus penal* en el parricidio del conviviente, y en fin, si ese hecho puede ser un parricidio.

Valga la ocasión también para plantearse si tiene justificación y sentido mantener la autonomía e independencia del parricidio respecto del homicidio en un Código Penal del tercer milenio.

IV:- Apreciación crítica: el criterio de “igualación ético – social” no tiene base normativa ni justificación político – criminal propia.

²⁹ Es el caso de los **LAT’S (live alone together)**, o sea, quienes hacen vida de pareja o convivencia “puertas afuera”, como los llama la reciente sociología del comportamiento de profesionales solteros, viudos o separados, que mantienen sus propias casas o lofts para trabajar o estudiar, sin perjuicio de su “comunidad de vida e intereses amorosos” con otra persona. Refuerza la idea de que no es necesario “vivir siempre bajo un mismo techo” para ser convivientes, el que la Ley N° 19.325 – antigua de violencia intrafamiliar – en su art. 1° hacía expresa mención a ese supuesto fáctico, lo que no hace la “nueva ley” del ramo, N° 20.066.

Desde nuestro punto de vista, este criterio - supuesto corrector de inequidades – muestra hasta ahora dos ramales: uno de orientación “*progresista*” y el otro del tipo “*homologación normativa por comparación*” con el instituto jurídico del matrimonio.

1.- La igualación ético – social de corte “*progresista*”:

a).- Desde este prisma, se propugna en la Ley N° 20.066 la tipificación de los convivientes como posibles autores y/o víctimas recíprocas del delito de parricidio, y como la justificación de aquello, la necesidad de dar un trato digno (de protección criminal, debiera entenderse) a quienes – de no ser así y resultar muertos los unos por los otros – serían “*desvalorados*” por el sistema jurídico, en relación con los intervivientes de igual hecho entre quienes sí media el matrimonio como plataforma normativa o sinalagma de sus deberes.

Se trataría de establecer disposiciones destinadas a terminar con la discriminación, escritas en clave constitucional, pues el art. 19 N° 2 de la Constitución Política de la República (CPR) asegura a todas las personas la “igualdad ante la ley”, en su N° 3 “la igual protección de la ley en el ejercicio de sus derechos” y, especialmente, en el N° 4 de ese precepto, “el respeto y protección a la vida privada y a la honra de la persona y de su familia”. Por su parte, el art. 1° de la CPR declara que “las personas nacen libres e iguales en divinidad y derechos”, y en el inciso siguiente que “la familia es el núcleo fundamental de la sociedad”, debiendo el Estado estar “al servicio de la persona humana... y crear las condiciones que le permitan a todos y cada uno de los integrantes de la comunidad nacional su mayor realización espiritual y material posible, con pleno respeto a los derechos y garantías que esta Constitución establece”. A ello ha de sumarse que el art. 4° de la Carta dice que Chile es una república democrática.

b).- Se parte del supuesto que antes el N° 1 del mismo art. 19 de la Carta ha asegurado el derecho a la vida, ya que ésta es antecedente lógico de la dignidad del sujeto. Para ser digno, hay que estar vivo.

La vida en convivencia y todas sus manifestaciones (filiales, patrimoniales, morales, de seguridad social, etc), por tanto, no debe ser “menos digna” que la que se desarrolla mediando el contrato matrimonial. Más aún, el colectivo social no desvalora actualmente a las uniones de hecho y éstas son una realidad presente que cabe asumir como tal, inclusive como una forma moderna de familia, que produce efectos jurídicos de variada índole.

c).- En el fondo, se sostiene que por *el hecho de ser personas* que en uno y otro caso hacen “vida en común”, proteger con la tal intensidad que el sistema penal asigna al parricidio a éstos que sí están casados, “negándole” igual protección a los otros, porque “no están casados”, sería una diferencia injusta, arbitraria, sin fundamento y una discriminación basada en prejuicios morales de corte escolástico o religiosos, que no se pueden imponer a todos por algunos, menos en una sociedad moderna y secular.³⁰

Es en verdad, un alegato desde una particular óptica de la *moral laica*.

2.- La equiparación normativa “*por homologación comparativa*”.

a).- Esta visión – sostenida en Chile por Barrientos Grandón -³¹ expresa que, luego de indagar en las diversas áreas de regulación del derecho interno (derecho civil vigente y derogado, de familia y alimentos, procesal civil y penal; sus modificaciones; el concubinato en la jurisprudencia nacional y extranjera, y en el derecho comparado) sólo es posible concebir que la unión de hecho que integra el concepto de “convivencia” en el parricidio, es la que resulta homologable al matrimonio.

Es en el fondo también un criterio de igualación extra – normativo, enunciativo y formal, pues no indaga en el **porqué** y **para qué** hay un *plus penal autónomo o diferente* en el hecho de matar al conviviente, que justifique tratar al autor de la muerte como parricida.

Menos acepta que ello sea posible en todo tipo de convivencia, con lo cual pierde el norte al olvidar que lo protegido por la norma del art. 390 del CP no es el estado matrimonial, sino que la “*Vida del conviviente*”.

b).- En este postulado, las muertes producidas entre uniones de hecho del mismo sexo no serían parricidios, porque ese hecho no sería convivencia, ya que no es “asimilable” al fundamento, fin y funciones del matrimonio (principalmente, al de tipo canónico).

c).- Sin embargo, definir así un elemento del tipo objetivo de parricidio es permitir “integrar” la norma penal, con serio atentado al principio de taxatividad, expresado en el art. 19 N° 3 incisos 7° y 8° de la CPR, y en los arts. 1° y 18 inciso 1° del CP.

³⁰ Tal parece deducirse de las sucesivas fundamentaciones de motivos de los diversos Boletines encargados de dar inicio a las reformas de familia, violencia de género e intrafamiliar. Igualmente del debate parlamentario y de la historia de l establecimiento de los preceptos resultantes.

³¹ Vid fvr, Informe en Derecho de Barrientos, ya citado. Id, Van Weezel, Informe cit, especialmente, vid fvr, cómo avanza en sus planteamientos en p. 29 del mismo: No habría **institución** en la convivencia, sino que “**deberes de solidaridad cualificados**”. Con Nota 44.

d).- Tampoco es “analogía” lo que se hace – de por sí excluida a razón de la exigencia de legalidad – cuando se pretende definir la “convivencia” en razón de su similitud con el matrimonio (pretendiendo una interpretación sistemática y analógica), pues su resultado sería siempre “*in malam partem*” para los convivientes hétero - sexuales, en relación con los homosexuales o lésbicas si se mira el tenor literal del precepto, que no distingue acerca de la opción sexual de los convivientes. **En efecto, unos quedarían impunes a título de parricidio cuando se maten entre ellos; no así los otros, que serían en todo caso punibles.**

La analogía es fragmentaria y el resultado de la interpretación no es armónico. Discrimina mal y más a los convivientes de diferente sexo que a los de igual sexo, ya que éstos no quedarían nunca bajo la esfera de amenaza penal del parricidio.

La igualación así fundamentada provoca una diferenciación negativa notoria. Como no “igualar”, eso la convierte en una contradicción en sí misma.

e).- Se hace caer al intérprete y al aplicador en contradicción con los fines declarados de la reforma introducida por la Ley N° 20.066 al delito en comento, cual era asimilar con un criterio “ético – social” a quienes viven de hecho juntos, y de paso, a quienes así lo hacen, manteniendo una relación sexo – afectiva homosexual o lésbica.

En efecto, como según esta tesis no pueden igualarse ambas situaciones – por razones en realidad “morales” (si no hay homologación con el matrimonio (canónico o laico), no hay convivencia) – queda claro que el fundamento de esta postura no es normativo y es extra - penal.

3.- Como vemos, el centro de gravedad de ambas visiones del criterio de igualación ético - social no está puesto en la discusión del concepto de “persona” y/o “personalidad” que los sostenedores o detractores de tales ideas dicen tener o defender, y si es ella un “atributo natural” o “se gana” comportándose en sociedad según las expectativas del colectivo, que sí pueden preceder al individuo.

Para algunos – los *progresistas* - más bien radica en que el concepto de “personalidad” que se daría por aceptado y supuesto para “hacer familia/convivencia” no puede ser hétero - administrado ni menos impuesto por el Estado o sus órganos o Poderes, o el sistema jurídico en su conjunto,

de manera diversa para configurarles ámbitos de protección o riesgos – según el caso – diferentes a los casados y a los que conviven de *facto*³².

Para los otros, la cuestión radica en que sólo se puede asimilar dentro del sistema normativo, con cierta lógica y consecuencia, dentro del tipo de parricidio, aquello “nuevo” (la unión de hecho) con lo “pre- existente” que más se le asemeje (el matrimonio), ya que será ese **instituto matrimonial** la fuente de la explicación del mayor nivel de injusto que se pretende dar al hecho de considerar a quien mate al otro con quien hace vida en común – sin estar casados – como parricida.

En otras palabras, por las mismas razones que los cónyuges son parricidas, si en los hechos los convivientes *pueden ser valorados como* cónyuges, entonces, también lo serán.

Con todo, el problema sigue apareciendo, porque el art. 390 del CP está vigente y dice que los convivientes pueden ser entre ellos parricidas.

V.- Punto de enfoque: La demanda normativa de protección de la vida del otro conviviente.

1.- Parece claro que la “igualación” que ambas corrientes pretenden hacer no es posible en el plano de los fundamentos sociológicos, axiológicos, religiosos o morales (ya sea que se opte por una “moral laica” o una “moral clerical”) y ni siquiera en el ámbito político (donde sí parece estar más cómoda), sino que sólo lo es, debidamente adecuada, dentro de la continencia del sistema jurídico, que en lo punitivo ha de articularse en razón de la función primordial o *ex ante* que le da sentido: la protección de bienes jurídicos.

2.- Si fuera posible decir la razón para equiparar *el porqué y para qué de la protección penal idéntica, para casos fáctica y objetivamente diferentes*, ello sólo se debería a la evidencia de constatar que **la demanda normativa de protección de la vida ajena** que se impone a los “casados” y a los “convivientes” hétero – sexuales, homosexuales o lésbicas entre sí en el nuevo parricidio del art. 390 del CP, **es la misma que impone sin distingos el art. 391 del mismo CP - en el delito de homicidio - a todo sujeto respecto de otro (ya sea que se ancle esa expectativa en el**

³² Sobre la polémica y crítica a la facultad de hetero – administración de los “retazos” de personalidad como última justificación para un “derecho penal de enemigos”, veáse Polaino – Orts/Caro John, el Política, V.1 y la “Réplica del Tercero Excluyente”, de Manríquez, Juan Carlos en Revista de Ciencias Jurídicas y Sociales, Facultad de Derecho, Edeval,,U. de Valparaíso (en prensa).

instinto de perpetuación de la especie y la descendencia o en el de la autoprotección).

No hay más o menos nivel de injusto en el acto de matar a otro, casado o conviviendo con él o ella. Y tampoco, desde el punto de vista estrictamente jurídico, ocurre nada diferente en el caso de matar a quien no se conoce.

En todos estos casos se ha violentado por igual el precepto que protege la vida ajena, ya desobedeciendo un mandato o infringiendo una prohibición. En todos esos casos no se ha respetado la demanda normativa que la Ley Suprema exige a cada habitante de la República, en el art. 19 N° 1 (La Constitución asegura a todas las personas el derecho a la vida), y que a su vez operativiza e impone a todo sujeto la ley criminal, en el art. 391 del CP, respecto de ese mismo bien jurídico.

Sólo en eso coinciden tanto los casados como los convivientes, y en general, toda persona que se desenvuelve dentro del orden jurídico, que es el Estado de Derecho.

Esta **idéntica demanda normativa** sí nos parece más democrática, liberal e igualitaria.

3.- Por el contrario, la ampliación del ámbito de protección del delito de parricidio a la convivencia de cualquier clase no sólo desperfila las bases justificantes, contornos y unidad lógica intrínseca aceptados hasta ahora para ese ilícito, sino que también vuelve a dicha figura – excepcional y distinta al homicidio, según la opinión generalizada – en la primera regla de aplicación en el ámbito de los atentados intrafamiliares y de las uniones de hecho, construyéndose por esta vía una discriminación artificiosa a su favor.

Dentro de un sistema penal que se dice de “*ultima ratio*” el resultado de la actividad definitoria de normas criminales radicado en el Parlamento es en verdad inflacionario, sin un adecuado sustento político – criminal y ante todo convierte a este tipo penal en “*prima ratio*”.

Sus justificaciones son tan discriminatorias como sus efectos, así que lejos de causar igualdad, la extensión introducida en el art. 390 del CP por la Ley N° 20.066 y sus predecesoras en la materia sólo provocan las mismas inequidades que se propuso terminar. En una palabra, es ineficaz para atacar el problema de fondo que buscaba resolver.

4.- No se ve un “*plus penal*” en el criterio de igualación ético – social (en cualquiera de sus ramas) que justifique la protección de la vida humana ajena en convivencia a título de parricidio, si lo que se superlativa es sólo el instituto matrimonial o los meros afectos y desde este punto de vista, tampoco se advierte un mayor nivel de injusto para mantener punible a ese mismo título la muerte causada entre cónyuges, hijos o parientes.

Más patente es la falta anotada si en la mayoría de las legislaciones comparadas, la muerte provocada al hermano (*fratricidio*) no es parricidio.

5.- Es lógicamente imposible sostener desde la óptica progresista con seriedad que está “desprotegido” o “desvalorado” el bien jurídico *Vida* del conviviente que es matado por el otro, porque al no ser víctima de “parricidio” el sistema normativo “lo mira en menos” o lo “desprecia”.

Concluir así sería tan absurdo como afirmar que por existir la igualación punitiva que otorga la figura de parricidio, la Vida del conviviente está “más y mejor” protegida por la sola existencia del tipo penal que la contemple en su definición, dando por supuesto que así lo estaría también de antes la vida del cónyuge. Eso no es cierto.

6.- Si la igualación no tuviera sólo fundamento ideológico – propagandístico, entonces se trataría de una justificación de política criminal de claros tintes prevencionistas especiales negativos, sin ningún efecto motivacional para adherir más y mejor a la norma así introducida del “*No matarás a tu conviviente*”, si la entendemos como una **prohibición**; o la de “*Protegerás la vida de tu conviviente, como él o ella te lo debe, a su vez*” si la creemos un **mandato**.

Si otra opción para fundar la igualación fuera sostener simplemente que esto es y debe ser así “*por la fuerza y razón de la norma*”, equivaldría a dar lugar a la fundamentación autopoietica, formal y cerrada, de “*la norma por la norma*”, respuesta y visión de la cual parece haberse oído que rehúsan el penalismo clásico y el *progresismo*³³.

7.- Todo indica que si alguna razón dogmática de base normativa pudiera darse al “criterio de igualación” para fundar el injusto objetivo o la base legitimante de la introducción de un tipo penal como el parricidio a sujetos y casos diferentes – que terminen todos “**co – habitando**” la misma preceptiva, y por ende, con fines y fundamentos distintos – ésta debe ser

³³ Polaino Navarrete, Miguel en “15 Minutos de Derecho Penal”, Discurso en Homenaje a Günther Jakobs, con ocasión de su nombramiento como Doctor Honoris Causa del Inacipe, en México, Octubre de 2007, sostiene con claridad esta objeción que parece difícil de salvar para el Funcionalismo de Bonn.

intra sistémica, desprovista de consideraciones morales, políticas o religiosas. Lo contrario daría lugar a una “promiscuidad normativa” forzosa.

Tal explicación la podría dar la Teoría de los “**Ámbitos de confianza legítima especial**”³⁴ en cuanto ella permite configurar una “**posición de garantía recíproca**” entre los convivientes (en medio de los cuales existen “estrechas relaciones vitales”, en términos del Tribunal Supremo Federal Alemán³⁵), basada en comportamientos previos tenidos como “**Actos Propios**”.

Dicho de otra forma, si en el matrimonio hay un consorcio vital indefinido (“para siempre”) del cual surgen derechos y obligaciones a virtud de un contrato (como las que señala el art. 102 del Código Civil aunque sólo para un hombre y una mujer: vivir juntos, procrear y **auxiliarse mutuamente**); por la convivencia de hombres y/o mujeres entre sí, aunque no puedan o quieran procrear, nacida del acto propio, previo y voluntario de iniciar la unión de facto, y por la cual configuran espacios de seguridad recíproca basada en expectativas auto- generadas, quedan ambos en posición de garantía de sus vidas, desarrolladas en estrechas relaciones de cercanía.³⁶

Su propio y previo comportamiento mutuo transmite ese sentido de protección.

Pero, la convivencia, más que un “instituto”, es otra forma de **organizar y definir la realidad o el entorno**, para darle anillos de seguridad a la libertad que se pretende desarrollar en su interior.

Entonces, **la raíz del injusto y del posible “plus penal”** para tratar las muertes entre convivientes como parricidio, **se basaría en la defraudación de la expectativa asumida por el otro (a) que da por sentado que su vida está cuidada obligatoriamente**, tanto como él cuida la de aquel con quien vive de facto.

8.- Pero, de asilarnos en esa explicación para justificar sin más el “criterio de igualdad” y con ello fundamentar la legitimación normativa del parricidio del conviviente en la “**responsabilidad por la organización de espacios de realidad**” nuestra postura dejaría flancos no cubiertos:

³⁴ Perdomo Torres, Jorge “La problemática de la posición de garante en los delitos de comisión por omisión”, U. Externado, Colombia, 2001, pp.115 y ss.

³⁵ Id, pp. 137 y ss.

³⁶ Sería una forma de “responsabilidad en virtud de una Institución”, para quienes aceptan la *confianza especial* en esa categoría, pero al margen del “contexto familiar”. Vid, VanWeezel, Alex, Infoeme, op.cit. p.30.

a) No superaríamos de entrada la objeción de estar construyendo la protección penal de los convivientes sobre conceptos morales – contradicción que estimamos también tiene el alegato, de por sí moral y prejuicioso, de quienes enarbolan la objetividad laicista del “*progresismo*” – ya que la posición de garantía se haría basar en la conducta voluntaria, propia y previa, de haber iniciado la unión de facto para vivir juntos, cuidarse, protegerse, respetarse y quererse (y si es mejor y posible, amarse), de la forma más parecida a una “familia” tradicional.³⁷

b) Luego, quedaríamos expuestos a la tacha de vulnerar el principio de “*Non bis in idem*”, ya que por infringir esa misma posición de garantía (no protegerse, no respetarse, por acción u omisión) se da paso a la sanción criminal en perjuicio de quien la quebranta.

O sea, se consideraría doblemente el estado de “convivencia” en perjuicio del infractor y se penalizaría la defraudación de la expectativa de comportamiento ético y moral de la fórmula “**Te quiero/ Te protejo**” de uno en relación con el otro, lo que ante su quebrantamiento equivale a criminalizar el des - amor, y el derecho penal no puede expandirse a tanto.

La norma penal, sea dicho de otra manera, no puede motivar a adherir a ella imponiendo el deber moral de amar, bajo amenaza de castigo.

c) Pero aún más, la constatación del sinalagma de protección recíproca en la convivencia no es privativo de ella: es el mismo que obliga a los cónyuges a “auxiliarse mutuamente” por vivir juntos – a virtud del contrato de matrimonio - y a cada sujeto que vive dentro de la juridicidad (o del Estado) a respetar la vida ajena, a virtud del contrato social que encierra la ciudadanía.

En este punto, a nuestro modo de ver, la responsabilidad “*en virtud de una institución*” (el matrimonio, la filiación, las del Estado con sus administrados, etc.) y la “*responsabilidad por organización*”, confluyen en sus efectos y en su causa: Son fuentes de obligaciones y normas más autónomas que heterónomas.

³⁷ Barrientos pretende darle sentido “normativo” al término “conviviente” asimilando los efectos externos de la unión de hecho a las notas definitorias de la “familia heterosexual”, de tal suerte – aunque sin decirlo – que a su juicio las uniones fácticas de personas de un mismo sexo (aunque sean estrechas relaciones vitales) no podrían ser tenidas como convivencia, y por ende, las muertes causadas entre ellos no quedarían comprendidas en el delito de parricidio.

Nuestro derecho penal es un reflejo del modelo de Estado que rige en Chile, el cual consta en su Carta Fundamental (1980/2005). Así, en lo que al derecho penal nacional toca, todo aquél que se comporte ajustado a la estatalidad que supone el orden jurídico imperante debe respetar la vida ajena, tanto cuanto puede exigir que la suya sea respetada dentro de ese mismo marco, en integridad y dignidad.

9.- Ahora bien, de aplicarse esta mirada sin mayores correcciones (dando por supuesto que *siempre* existen “estrechas relaciones vitales” y derivada de ello una posición de garantía entre cónyuges o convivientes) se podría dar lugar a soluciones muy injustas.

a) Piénsese en el caso de una **convivencia lésbica u homosexual recién iniciada**, sin bienes propios, sin hijos de por medio, ni relaciones jurídico – políticas de familia que resguardar (sin herencias, títulos, pacificaciones o asociaciones que lograr por conveniencia) en cuyo primer día una (o) mata a (l) la otra (o):

¿Cuál es el “plus” penal histórico o justificación intra – normativa que permite penar ese hecho como parricidio, si no hay referente alguno que encontrar en los demás criterios de punición que subyacen en el mismo tipo penal del art. 390 del Código para acotar el ámbito de protección de la norma?

b) De otro lado, **la casada abandonada**: ¿Se justifica penar como “parricida” a la mujer que separada de hecho, y con nueva convivencia, se defiende del tercero con quien **aún mantiene vigente el vínculo de matrimonio** y que pretende atacarla en su casa, después de años de separación y abandono?

c) ¿Caben los *extraneus* en la convivencia?

d) ¿Hay comunicabilidad del estado de convivencia?

e) ¿Son *intraneus* los hijos (biológicos, adoptados) del conviviente que vienen de uniones de hecho anteriores con otra persona?

f) Si el elemento definitorio es la co – habitación sexo afectiva, y “un plan de vida en común” ¿Hay parricidio en una comunidad poligámica, en que la vida se hace de al menos tres personas (supongamos, un hombre y dos mujeres), cuya actividad sexual se hace en triadas, y resulta que una mujer mata a la otra? ¿Habría parricidio de mujer a mujer, por convivencia entre los tres?

En nuestra opinión, **en estos casos no hay parricidio** posible y la **incomunicabilidad extrema**³⁸ debe ser el principio rector para corregir los excesos.

10.- Entonces, la demanda normativa de protección de la vida ajena a título de convivencia habría de quedar fundada en la obligación jurídica de contener la creación de ámbitos de riesgo concreto e indeseable para la existencia del otro, en razón de los criterios de la **asunción** o de la **ingerencia**.³⁹

Aclaremos también que sostenerlo así no significa decir que iniciar una convivencia equivalga a crear un riesgo jurídico – penalmente relevante para la vida, o que la unión de hecho sea en sí peligrosa, ni menos involucra afirmar que los convivientes deban ser tratados como “sujetos peligrosos”. Tampoco cabe decir que el parricidio sea un delito de peligro.

Lo que se desea remarcar es que tratándose de una **forma lícita de configurar espacios de libertad**, según la propia Constitución, dentro de un perímetro de seguridad normativa, que persigue fines acordes con el orden jurídico⁴⁰ y que se basa en la posición de garantía recíproca que es la expectativa mutuamente generada de mantener “estrechas relaciones vitales” - lo que supone preservar la vida del otro (a) - si uno de los convivientes causa un riesgo indeseable o extrema los peligros (por ejemplo, lesionando al otro, en los términos del art. 397 del CP, hiriéndolo, golpeándolo o maltratándolo), y el resultado mortal es compatible con ese riesgo, defrauda las obligaciones recíprocas y con ello introduce a la víctima en espacios de inseguridad vital (por dolo o culpa), de los cuales debió abstenerse de introducirla o debió sacarla. Cabe pensar que se unieron de hecho *para* organizar libremente su vida de manera de asegurar el desarrollo de un proyecto mutuo, que por tanto, los necesita a ambos.

La imputación jurídica para ese conviviente que contraviene sus actos será doble: subjetiva y objetiva.

³⁸ Vid, Texto y Comentario del CP, op. cit. arts.15 y ss. Además, de asimilarse la convivencia al matrimonio y siendo éste una institución, se llegaría a que: en la “responsabilidad en virtud de una institución” no hay comunicabilidad del vínculo especial a los *extraneus*.. Van Weezel, Informe en Derecho, op. cit., p.27-29, 32, Conclusión N° 5.

³⁹ Si el parricidio fuera visto como un delito de incumplimiento de deberes: ¿surgen deberes jurídicamente exigibles – incluso penales - entre los convivientes?. La doctrina y jurisprudencia comparada, que reconoce el problema, “se inclina por una posición de garante no institucional” en este caso. Van Weezel, idem, p.29, ad initio.

⁴⁰ Para muchos la convivencia es un “cuasi – contrato”, y tal es reconocida también como fuente de la Posición de Garantía. Más aún si es una forma de familia, la cual la CPR concibe como núcleo fundamental de la sociedad.

En el caso del parricidio, la **ingerencia o la asunción imprudentes (culposas)** no darán lugar a esta tipicidad en ningún caso, **tampoco la que revista dolo eventual**, pues la expresión “conociendo las relaciones que los ligan” (elemento subjetivo usado por el art. 390 del CP) excluye dichas formas, conclusión que es concordante con el art. 10 N° 13 del mismo Código, el cual dispone que, en general, quien cometiere un “cuasidelito” está exento de responsabilidad criminal, a menos que la ley lo sancione expresamente.⁴¹ Por ende, los comportamientos imprudentes darán lugar a las tipicidades cuasi -delictuales de homicidio que se penan en los arts. 490 ó 492 del CP, y el dolo eventual, al homicidio simple, del art. 391.

11.- La responsabilidad del infractor que así obra surge porque ha creado el ámbito de riesgo en el que ha introducido al conviviente (ingerencia en su espacio vital seguro) o ha tomado como propio el riesgo previo en que ése se encuentra, aún por causas ajenas a su acción, aprovechándolo (asunción).

La punibilidad radica en infringir la prohibición o el mandato (de no aniquilar o de preservar la vida del otro), cuando el agente haya estado en posición de conocer y valorar los hechos que configuran dicha prohibición y mandato, en relación con el ámbito y límites de protección de la norma que instituye el precepto (art. 390 del CP).

En tales casos, el agente lleva su conducta – típicamente relevante - hasta la producción del resultado ilícito compatible con ese riesgo provocado, aumentado o asumido en su provecho, que no será otro que la muerte de aquel con el cual convive.

Tal resultado antijurídico es posible ya por acción cuanto por omisión, en el entendido que el moderno concepto jurídico – penal de acción encierra, en el comportamiento típico descrito en el parricidio (matar a otro con el cual nos unen vínculos especiales), ambas modalidades, pues en ambas se defrauda la vigencia de la norma que protege bienes jurídicos.⁴²

13.- Esto no quiere decir – de aceptarse el postulado – que para fundamentar el parricidio del conviviente haya de sustituirse automáticamente el criterio de “igualación ético –social” por el de los “ámbitos de confianza legítima especial” o de “estrechas relaciones

⁴¹ Como parecieron verlo algunas de las sentencias citadas más arriba. II.3.2.

⁴² Ya pasó el tiempo en que se enseñaba que la Posición de Garantía sólo era posible en la “omisión impropia”. Vid fvr, Ante Proyecto de Nuevo Código Penal (Proyecto del Foro Penal), art. 1; Rudolphi, T.1, 6ª ed, 1998, 13, 36, 54, citado por, Jakobs, Gunther, Acción y Omisión en derecho penal, U. Externado, N° 23, Colombia, 2000, y el mismo, en El concepto jurídico penal de acción, Id. N° 11.1998.

vitales”, al ser éste esencialmente normativo (incumplimiento de deberes), y con ello sí se quiera legitimar la ampliación penal y que se comprenda en tal título de castigo toda muerte causada a aquél con el que se vive de hecho.

Afirmamos que la mera desobediencia de la prohibición o el mandato de no generar riesgos indeseables o de preservar la seguridad vital del otro no involucra de por sí una defraudación de las expectativas centrales de la unión de hecho, de tal cuantía que habilite para configurar por sí una tentativa de parricidio (art. 7 del CP), pues la simple infracción que no crea un **serio riesgo desaprobado para el bien jurídico** no basta para instituir a uno de los convivientes en delincuente.

Lo que se desea remarcar es que si conforme a la ley vigente cabe un mayor nivel de reproche objetivo, por el *plus de injusto* posible de hallar en la acción de matar al conviviente, derivado del quebrantamiento de las obligaciones que emanan de las “estrechas relaciones vitales”, aunque nos disguste, según el art. 390 del CP esto sí alcanzaría para configurar un parricidio, cuando quizás – de lege ferenda - bien podría sólo basar una agravación de la responsabilidad criminal, por el incumplimiento de los deberes (positivos o negativos) que emergen del acto ilícito previo de someter a riesgo indeseable la vida ajena, respecto de la cual se debe actuar con más consideración y observancia, fidelidad o motivación hacia el mensaje normativo que impone en su situación el art. 391 del CP. **La exigencia es de una solidaridad cualificada.**

14.- A pesar de ello el deber de abstenerse de someter al riesgo serio la vida ajena (deber negativo) o el de sacarla de esa situación (deber positivo) ya no es un mandato social o moral de “*non laedere*”, ni religioso del “no hagas a otro lo que no quieras para ti”, sino que una **prohibición/mandato subyacente ante todo en el delito de homicidio del art. 391 del CP**, que en este caso puede resultar más punible que en otros – como entre quienes son desconocidos – porque como ya se anotó se defraudan expectativas auto generadas de darle a ese otro una mayor protección (afectiva, material, moral, física, etc.) **organizada por ambos**, pues por algo se fueron a convivir, que se le niega más tarde al punto de matarlo.⁴³

15.- Es nuestra opinión, sin embargo, que la “**solidaridad cualificada**” no es un bien jurídico distinto, determinado, ni siquiera determinable, con identidad propia, que deba ser cubierto por el parricidio, como tampoco

⁴³ Construido así sobre la lógica jurídica de las normas penales sobre violencia intrafamiliar, que “...no responde (al menos aún) a la de deberes institucionales, sino a (l quebrantamiento) de **deberes de solidaridad cualificados...**”, como lo expresa van Weezel, op. cit, p. 29 in fine.

justifica o legitima darle una protección autónoma del homicidio (a título de parricidio) al incumplimiento del deber de “**ser más solidario**” en ciertos casos que en otros. El conviviente “menos solidario” no es por ese solo hecho un parricida.

Bien podría ser encuadrado el mayor reproche de esta situación en la regla general de determinación de las penas que se contiene en el art. 69 del CP (en atención a la “mayor extensión” del mal causado) por ejemplo, si el hecho se cometió en el hogar, frente a los hijos, etc. para imponer la sanción en el rango superior del tramo respectivo del homicidio.

VI.- Propuestas para el debate de posibles correcciones:

1.- Interpretación “teleológica” (finalista) y adecuación restrictiva del art. 390 del CP, considerando las plenas consecuencias futuras que resulten de su aplicación.

El artículo 20 del CC dispone que una ley puede interpretarse, o sea, determinar su exacto sentido y alcance valiéndose del “método teleológico”⁴⁴.

El objeto de protección *per se* de las normas penales es el “bien jurídico”⁴⁵. Entre las funciones fundamentales que le conciernen, la doctrina más autorizada es conteste que está la de servir de “faro” a la hermenéutica de las leyes que definen delitos y penas⁴⁶.

Por ende, si en el caso del art. 390 del CP el fundamento y fin de protección de la vida del conviviente respecto del otro, declarado por el legislador durante el establecimiento del precepto, no se lee a texto expreso en él mismo (como ocurre), entonces, es lícito al intérprete indagar en *el porqué* y en el *para qué* de esa norma.

Vale decir, le es permitido – desde una perspectiva dinámica, de base político – criminal, integrada y orientada a las plenas consecuencias futuras resultantes de la aplicación de sus disposiciones enteras, delimitar el ámbito de protección que la norma le da al bien jurídico protegido por ella.

Siendo así las cosas, si en el caso concreto de muertes causadas entre convivientes el *plus penal* del parricidio – dado por sus fundamentos

⁴⁴ Matus, La interpretación, op. cit.

⁴⁵ Desde Wirbaum, Vid fvr Polaino Navarrete, Abanto Vásquez, oo.pp. cit supra.

⁴⁶ Inclusive, Jakobs, ha aceptado el último tiempo el efecto “mediato” de protección de bienes que le cabe al ordenamiento jurídico – penal.

rectores y/o los objetivos finales y sistémicos de legitimidad tenidos en cuenta - no se presenta, es lógico desechar el ámbito de protección y represividad mayor de esa figura penal por otra más adecuada al fin y función de protección de la vida humana independiente, a base del principio de “prohibición de excesos”.

Si se acogiera de todas formas el criterio de “igualación ético - social”, en cualquiera de sus variantes y obviando sus inconsecuencias dogmáticas, se podría optar por la aplicación del homicidio – simple, agravado o calificado – siempre que se estime que en los hechos llevados a juicio **no hay asimilación a familia (aún, a la menos tradicional) o que no cabe homologar a matrimonio.**

De aceptarse el criterio de los “ámbitos de confianza legítima especial” y establecido que uno de los convivientes ha sido sólo “menos solidario” (no depreciativo) con la vida del otro por asunción o ingerencia, se podría concluir que no concurren los elementos de una posición de garantía recíproca basada en expectativas auto creadas, exigibles y defraudadas de mutua protección, vinculación sexo – afectiva, proyección y progreso material propias de las “estrechas relaciones vitales”, aunque haya dolo directo en el agente, pues ello podría dar lugar a un homicidio simple del art. 391 N° 2 del CP o a un homicidio calificado, del art. 391 N° 1 del mismo cuerpo legal pero no a un parricidio.

El problema es que en aquéllas “*zonas grises*” o de ocurrencia “*media*” una corrección de este tipo podría ser tildada de fallar contra ley expresa y vigente (la literalidad del art. 390 del CP), dejando al juzgador en la antesala del prevaricato. Por ejemplo, una co – habitación hétero, homosexual o lésbica prolongada, con hijos propios o adoptados, algunos bienes y proyectos de vida en curso, pues la jurisprudencia la ha considerado una “convivencia” o un hecho vinculado “al contexto intrafamiliar”⁴⁷.

Pensamos que mientras se mantenga vigente la literalidad actual del precepto, este caso – sólo por consideraciones normativas reales – tiene más aspecto de parricidio si se concibe que el *plus penal* radica en la defraudación de las expectativas de cumplir los deberes de protección auto asumidos por asunción o ingerencia en “estrechas vinculaciones de vida”.

La experiencia enseña que la máxima “*en la duda, abstente*” en estos casos opera en el sentido contrario de la tendencia esperada: más por aplicar la

⁴⁷ Como en el caso de La Serena. II, 4.b).

norma, a pesar de sus posibles efectos perniciosos, que no aplicarla. Por lo demás, el “*principio de dispositividad*” dice que al optar entre dos interpretaciones posibles de una norma (entre la que produce efectos y la que no los hace producir), se debe estar a la última⁴⁸, so pena de desacato al orden jurídico.

Pero el problema es si es admisible todo efecto de su aplicación, o si se debe tender a encontrar los más razonables y justos, dentro de la juridicidad.

2.- Por último, está la modificación legal, si el tema fuera impostergerable.

Porque cada vez hay más personas que optan por la convivencia para configurar sus espacios reales de libertad y seguridad y porque estarían aumentando las tasas de homicidio (llámense “*femicidios*”, “*maricidios*”, “*lesbicidios*”, etc) en esas circunstancias vitales, y porque existen disfunciones dogmáticas serias en la preceptiva vigente, sería razonable atacar los problemas que se advierten en la actual formulación del parricidio en el Código Penal chileno.

No se puede mantener igualadas en el art. 390 del CP, bajo un mismo paraguas, a situaciones tan distintas, que no tienen justificación para ello, o que entre sí son absolutamente inarmónicas.

Las reglas de interpretación de la ley en general⁴⁹ y su aplicabilidad a la normativa criminal analizada resultan insuficientes y hasta ineficaces para lograr soluciones razonables y justas, al momento de abordar los “casos reales” a que podrían dar lugar las nuevas hipótesis posibles de punición que se han introducido en el art. 390 del estatuto punitivo.

El criterio de interpretación literal de la norma actual – encamisada en el tipo penal de parricidio - nos puede llevar riesgos de inequidad, con los que se debe estar alerta. (Véase el caso de la casada abandonada).

Las partes de esa ley no se pueden interpretar sistemáticamente unas por otras, porque entre ellas no existe la debida correspondencia y armonía. Cada sub – ámbito de protección de la norma responde a fines y fundamentos político – criminales (reales o pretendidos) e históricos, diferentes.

⁴⁸ Etcheberry, DP, I, op. cit También, Matus, op,cit.

⁴⁹ Arts 19 y ss del CC;

La historia fidedigna del establecimiento de sus respectivas modificaciones no resulta especialmente esclarecedora, y así también no es fácil escudriñar en su “espíritu”, que menos está claramente manifestado en ella misma.

Curioso resulta constatar que la “inflación penal” que se achaca como propia de un expansionismo autoritario y riesgoso de cierto “derecho penal moderno”, es también, en el caso de las modificaciones introducidas por la Ley N° 20.066, en el art. 390 del CP, una nota definitoria del “progresismo” jurídico – penal de bases electorales.

Quizás lo que cabe es derogar el art. 390 del CP y redefinir la figura de homicidio que en él subyace, sincerando en cada caso las razones del pretendido mayor nivel de injusto y debatir:

a) Su asociación, como tipo agravado del homicidio simple del art. 391 N° 2 del CP, cuando se mate a otro con el que se tengan vínculos de parentesco, matrimonio o convivencia (para lo cual ya existe el espacio en la modificante mixta del art. 13 del CP), o

b) Se le trate como categoría independiente e intermedia entre ése y el Homicidio Calificado, del art. 390 N° 1 del CP, **evitando la doble definición de un mismo acto.**

En el tipo subjetivo habría que mantener en uno y otro caso, la exigencia de “dolo directo” en el autor o la expresión ya asentada “*conociendo las relaciones que los ligan*”.

Debe ser así, porque si un padre mata a su hijo menor de 14 años – con tal que dicho acto no encuadre en el infanticidio, es altamente probable que tal comportamiento configure un homicidio calificado, al actuar sobre seguro o con “alevosía”, si ha querido causar esa muerte. Ello ya está previsto en el art. 391 N° 1, circunstancia 1ª, y entonces, el parricidio está demás.

Ahora, si un conviviente mata al otro, aprovechando (no causando) la “desprevención” de la víctima o su menor pre - disposición defensiva, porque ésa “confía” en el hechor – debido a la relación previa y mutuamente generada de “vivir juntos”, siendo una expectativa legítima asumida o “*esperable*” que no será atacada por él - tendremos un caso que podría configurar un homicidio “proditorio” castigado en el N° 1, circunstancia 1ª del art. 391 del CP. Siendo así, el parricidio en esta situación sobraría.

Para finalizar, debiera dejarse espacio a una corrección judicial de calificación del hecho como homicidio simple (art. 391 N° 2 del CP), entregando al intérprete baremos objetivos mínimos, cuando manteniéndose formalmente vigentes entre autor y víctima, por ejemplo, los lazos de matrimonio, adopción o filiación – intra o extra matrimonial – no ha existido, hace larga data, una **“relación vital estrecha”** o **“cercanía”** entre ellos, o la muerte del otro no ha estado especialmente informada por la posibilidad de obtener ventajas patrimoniales, sucesorias o pecuniarias en general, que le corresponderían en razón del vínculo formal que los une.⁵⁰

⁵⁰ En la línea de derogar el Parricidio del Código Penal se debatió y propuso el “Proyecto del Foro Penal” para el Ante proyecto de Nuevo Código Penal chileno, como se lee en sus Materiales de Trabajo y Fundamentación de Motivos, Documento de la Secretaría Técnica (Comentarios). www.politicaacriminal.cl N° 1. También en esa línea el Boletín N° 2661, de la Cámara de Diputados.