

INFORMES EN DERECHO

DOCTRINA PROCESAL PENAL 2005 - 2006

- Alcance de la obligación del fiscal de registrar sus actuaciones durante la investigación. Consecuencias de su incumplimiento en las diferentes etapas del procedimiento
- Determinación de las sanciones en la Ley de responsabilidad penal juvenil y procedimiento aplicable
- Prevaricación pública y fraude al fisco. Causa Ministerio Público contra J. S. S.
- Sobre la noción de 'conviviente' utilizada en el artículo 390 del Código Penal

No. 3 • Diciembre, 2006

Centro de Documentación Defensoría Penal Pública



Defensoría
Sin defensa no hay Justicia

INFORMES EN --- DERECHO

**DOCTRINA PROCESAL PENAL
2005 - 2006**

© Defensoría Penal Pública
Libertador General Bernardo O' Higgins 1449, piso 8, Santiago

“Prohibida la reproducción, almacenamiento o transmisión, de manera alguna y por cualquier medio sin autorización previa del autor y los editores”.

Registro de Propiedad Intelectual N°165.361
Santiago de Chile

I.S.B.N. N° 978-956-8349-04-2 (Obra completa)
I.S.B.N. N° 978-956-8349-14-1 (Volumen III)

Producción y Edición:
Unidad de Comunicaciones y Prensa
Departamento de Estudios
Defensoría Nacional
Defensoría Penal Pública

Impreso en Chile / Printed in Chile
En los talleres de Editorial Atenas Ltda.

PRESENTACIÓN

Como es ya costumbre, la Defensoría Penal Pública ha decidido compartir con la comunidad forense y académica los Informes en Derecho solicitados a destacados académicos sobre temas propios del sistema procesal penal ya instalado en todo el país, como lo son el Derecho penal y procesal penal. En efecto, el establecimiento de un juicio oral y público exige un nivel mayor de conocimientos a los operadores, tanto sobre los hechos del caso y la forma de probarlos, como del derecho aplicable.

Es así como la difusión de éstos produce la generación de nuevas herramientas, que resultan ser aptas para el fortalecimiento de las habilidades argumentativas de los operadores, pues los obliga a elevar los estándares de la discusión, especialmente en lo que dice relación con la confrontación de los casos sometidos a nuestros tribunales con contenidos académicos provenientes de la doctrina internacional. Asimismo, creemos que su transmisión a la comunidad jurídica, permite la capacitación tanto de nuestros defensores, como de los demás interesados.

En esta oportunidad les presentamos los siguientes Informes en Derecho:

- Alcance de la obligación del fiscal de registrar sus actuaciones durante la investigación. Consecuencias de su incumplimiento en las diferentes etapas del procedimiento, por don Jorge Bofill Genzsch.
- Determinación de las sanciones en la Ley de responsabilidad penal juvenil y procedimiento aplicable, por doña María Inés Horwitz Lennon.
- Prevaricación pública y fraude al Fisco causa Ministerio Público contra J. S. S., por don Juan Ignacio Piña Rochefort.
- Sobre la noción de “conviviente” utilizada en el artículo 390 del Código Penal, por don Javier Barrientos Grandon.

ÍNDICE TEMÁTICO

| | |
|--|----|
| I. ALCANCE DE LA OBLIGACIÓN DEL FISCAL DE REGISTRAR SUS ACTUACIONES DURANTE LA INVESTIGACIÓN. CONSECUENCIAS DE SU INCUMPLIMIENTO EN LAS DIFERENTES ETAPAS DEL PROCEDIMIENTO Jorge Bofill Genzsch..... | 7 |
| II. DETERMINACIÓN DE LAS SANCIONES EN LA LEY DE RESPONSABILIDAD PENAL JUVENIL Y PROCEDIMIENTO APLICABLE María Inés Horvitz Lennon..... | 23 |
| III. PREVARICACIÓN PÚBLICA Y FRAUDE AL FISCO. CAUSA MINISTERIO PÚBLICO CONTRA J. S. S. Juan Ignacio Piña Rochefort..... | 47 |
| IV. SOBRE LA NOCIÓN DE ‘CONVIVIENTE’ UTILIZADA EN EL ARTÍCULO 390 DEL CÓDIGO PENAL Javier Barrientos Grandon..... | 57 |

I. ALCANCE DE LA OBLIGACIÓN DEL FISCAL DE REGISTRAR SUS ACTUACIONES DURANTE LA INVESTIGACIÓN. CONSECUENCIAS DE SU INCUMPLIMIENTO EN LAS DIFERENTES ETAPAS DEL PROCEDIMIENTO

Jorge Bofill Genzsch*

1. Introducción y principales conclusiones

El presente informe tiene por objeto responder una consulta de la Defensoría Penal Pública, acerca de varias cuestiones vinculadas a la actividad de investigación de los fiscales del Ministerio Público y, en particular, de la obligación que sobre ellos recae en orden a realizar un registro de dicha actividad. Como es bien sabido, estas son materias reguladas en el Código Procesal Penal –en adelante, indistintamente, “CPP”– y que, como muchas otras, han dado lugar a problemas interpretativos en su aplicación práctica. En este caso, tales cuestiones se refieren tanto a la forma y contenido de los registros, por un lado, cuanto a las consecuencias que del eventual incumplimiento de las exigencias legales se derivan, en las diferentes etapas del procedimiento, por el otro.

La carencia de un cuerpo jurisprudencial suficiente y satisfactorio obedece, ciertamente, en buena medida, a la vastedad y novedad de los cuerpos legales que con-

* Doctor en Derecho Penal y Procesal Penal. Profesor de Derecho Procesal Penal, Facultad de Derecho Universidad de Chile.

figuran el nuevo sistema procesal penal. Ello es comprensible. Sin embargo, un examen más atento de la jurisprudencia de los tribunales superiores y las decisiones de jueces de garantía y tribunales de juicio oral en lo penal permite comprobar que, con altísima frecuencia, los intentos de solución de las situaciones prácticas a las que se ven enfrentados se caracterizan por una excesiva atención al tenor literal de ciertas y determinadas normas legales, en las cuales se pretende encontrar, generalmente en forma aislada, “la” respuesta de la ley al caso en disputa. Empero, frente a aun muy leves variaciones del caso sometido a discusión, esa misma respuesta termina revelándose como insatisfactoria y, en definitiva, inadecuada desde la perspectiva del funcionamiento del proceso penal.

Por ello, para dar respuesta a la consulta formulada resulta indispensable, en primer término, ubicar la cuestión planteada en un marco general, que favorezca una interpretación sistemática y permita abordar en forma coherente las diferentes cuestiones que se puedan suscitar en el contexto de la actividad de investigación de los fiscales del Ministerio Público. A ello está destinado el acápite II de este informe.

En el acápite III se desarrolla un análisis de la obligación de registro de las actividades de investigación y, a su vez, en el acápite IV se estudian las consecuencias que del eventual incumplimiento de dicha obligación se derivan, en las distintas etapas del procedimiento.

Las principales conclusiones a que se arriba en este informe son las siguientes:

- (1) El proceso penal chileno responde al modelo constitucional del “no auto-control”, que incorpora como pilares de su estructura a la división de funciones y el mecanismo de controles del ejercicio de la actividad de persecución penal que desarrollan los órganos del estado.
- (2) Los mecanismos de control se incrementan allí donde la actividad de los órganos de persecución penal pueda afectar, en la forma de privación, restricción o perturbación, los derechos fundamentales.
- (3) La conducción de la actividad de investigación por el Ministerio Público se caracteriza por su autonomía, con excepción de aquellas actuaciones o diligencias que puedan afectar, en la forma señalada, los derechos fundamentales.
- (4) La autonomía del Ministerio Público no se extiende a la actividad de registro de las actuaciones y diligencias de la investigación. La obligación de registro se encuentra expresamente regulada en el Código Procesal Penal, con el propósito de asegurar el acceso a la información a aquellos intervinientes que, de acuerdo al mismo, tienen derecho a exigirlo.
- (5) Respecto del imputado, el derecho a conocer el contenido de la investigación forma parte del derecho a defensa jurídica, desde las primeras actuaciones del procedimiento. En consecuencia, el incumplimiento, por el fiscal o la policía, de la obligación de registro en los términos establecidos por el Código Procesal Penal, constituye una vulneración del derecho a defensa, cuando con ello se prive al defensor del ejercicio de las facultades que le otorga la ley.

(6) El control del cumplimiento de la obligación de registro corresponde a los tribunales, en las distintas etapas del procedimiento.

6.1 Por regla general, éste tendrá lugar durante la audiencia de preparación del juicio oral, con ocasión del debate sobre las pruebas ofrecidas y a propósito del control de pertinencia y/o licitud de las mismas, el cual presupone la existencia de registros en los términos exigidos por la ley, ya que, a falta de los mismos, se produciría un impedimento insubsanable del pleno ejercicio del derecho a defensa.

6.2 Sin perjuicio de ello, durante la etapa de investigación el juez de garantía está llamado a adoptar decisiones directamente vinculadas a los antecedentes reunidos durante la investigación, los que deben constar en el registro, llevado en conformidad a la ley. En tales casos, la ausencia de un registro que satisfaga las exigencias legales impide al juez de garantía tomar en consideración, en sus resoluciones, los antecedentes invocados que carezcan de dicho respaldo.

6.3 Igualmente, la realización del juicio oral presupone la vigencia del contradictorio, cuyo control corresponde, en esta etapa, al tribunal de juicio oral en lo penal, velando porque la defensa se en-

cuentre en condiciones de ejercer las facultades que le otorga la ley. Cuando ello no ocurra, el tribunal no debe admitir la presentación de los medios de prueba que supongan afectar, en la forma indicada, el derecho a defensa.

(7) El principio rector de la interpretación que permite determinar cuándo el registro satisface o no las exigencias legales y, con ellas, el pleno ejercicio del derecho a defensa, está constituido por el Art. 374 letra c) del Código Procesal Penal. En todo caso, la exclusión, durante el procedimiento o con ocasión del conocimiento y fallo del recurso de nulidad, de un medio de prueba por infracción a los Arts. 227 y 228 del Código Procesal Penal, exige que el defensor se haya visto, efectivamente, impedido de ejercer las facultades que la ley le otorga.

2. La investigación en el proceso penal. Actuación autónoma de los fiscales del Ministerio Público

Que las distintas leyes¹ que conforman el nuevo sistema procesal penal chileno conciben la persecución penal de una forma radicalmente diferente a la hasta ahora conocida por nuestro derecho positivo es un hecho de sobra conocido. Por ello, no nos detendremos en una descripción del sistema y solamente aludiremos a sus características más salientes allí donde ellas resulten directamente atinentes a la materia en análisis².

¹ Término que, para estos efectos, utilizamos en sentido amplio, incluyendo las normas constitucionales sobre la materia, así como los tratados internacionales vigentes en Chile.

² Cfr., por todas las opiniones doctrinarias sobre la materia, la obra de HORVITZ LENNON, MARÍA INÉS y LÓPEZ MASLE, JULIÁN, *Derecho Procesal Penal Chileno*, Tomo I, Santiago, 2002 y Tomo II, Santiago, 2004.

Esta modificación estructural del proceso penal conlleva, entre otros aspectos principales, el que la investigación sea puesta en manos de un órgano autónomo, no perteneciente al orden judicial. Así lo disponen, en lo esencial, la Constitución Política de la República (Arts. 80 A y ss.) y la Ley N° 19.640, Orgánica Constitucional del Ministerio Público (Art. 1°), que encomiendan al Ministerio Público, en forma exclusiva, la dirección de la investigación de los hechos que revistan caracteres de delito. De conformidad a estos textos legales son, asimismo, los fiscales a quienes se entrega, en forma preferente y salvo ciertas excepciones legales, el ejercicio de la acción penal.

La investigación es una fase destinada a la recopilación de los antecedentes que permitan el esclarecimiento de un hecho que presenta caracteres de delito y, en un momento posterior, la adopción de una decisión acerca de la forma de solución más adecuada del caso³. Esta tarea es llevada a cabo por el Ministerio Público a través de sus fiscales (Art. 2° LOMP), en forma autónoma, quienes están facultados para dar instrucciones particulares a la policía acerca del desarrollo de actuaciones o diligencias de investigación (Art. 3° LOMP, Art. 80 CPP), sin perjuicio de ciertas instrucciones generales el propio Ministerio Público pueda impartir (Art. 87 CPP).

La autonomía del fiscal en esta fase del procedimiento se extiende tanto a las diligencias de investigación que sean necesarias o convenientes para reunir el

material o antecedentes que servirán para el esclarecimiento del hecho que presenta caracteres de delito (Art. 180 CPP), cuanto a las decisiones sobre el destino o, en su caso, la forma de solución más adecuada del caso respectivo. Sin embargo, esta autonomía del fiscal no es completa, ya que ella encuentre un límite allí donde se pone de manifiesto el conflicto siempre subyacente a la actividad de persecución penal, esto es, la tensión “*entre la necesidad de eficacia de la persecución penal del Estado y el respeto de las garantías individuales comprometidas con dicha persecución*”⁴.

La razón de ser de estas limitaciones a la autonomía del Ministerio Público en el ejercicio de la persecución penal es la misma que motivó la sustitución del antiguo modelo procesal penal inquisitivo, que concentraba en una sola mano, la del juez del crimen, tanto la tarea de persecución como el control o supervigilancia del respeto de las garantías. “*Como se ha afirmado repetidamente, el modelo de división estricta de funciones dentro del proceso penal responde al paradigma del ‘no autocontrol’, es decir, a la necesidad de establecer mecanismos de frenos y contrapesos que impiden el abuso del ejercicio de la propia función. La idea de mutuo control, propia del constitucionalismo clásico, es el principio fundamental según el cual se soluciona, en el marco del estado de derecho, la antinomia eficacia-garantías individuales*”⁵.

³ Cfr. HORVITZ, (n. 2), p. 443 y ss.

⁴ Horvitz, (n. 2), p. 447.

⁵ Ibídem.

Esta forma de concebir el proceso penal moderno es pacífica, con independencia de las variantes que del mismo se puedan dar⁶. Por ello, cuando se busca describir las características esenciales del proceso penal y, dentro del mismo, de la actividad de investigación preliminar, el punto de partida y el marco de referencia de cualquier interpretación sistemática están constituidos por la división de funciones y el mecanismo de controles, que pretenden asegurar una adecuada solución al conflicto que necesariamente conlleva el binomio eficiencia-garantías.

Es también esta mirada del proceso penal la que permite comprender cabalmente el ámbito de autonomía del fiscal y las limitaciones que ella encuentra. En efecto, el Código Procesal Penal enseña que, dependiendo del resultado de la investigación y de las características del caso particular y, eventualmente, de la situación del imputado, el fiscal puede disponer autónomamente el archivo provisional del procedimiento (Art. 167 CPP), ejercer facultades de oportunidad (Art. 170 CPP), solicitar al juez de garantía, con acuerdo del imputado, la suspensión condicional del procedimiento (Art. 237 CPP), o bien, una vez concluida la investigación y sin que hubiere tenido lugar alguno de los eventos recién mencionados, optar por solicitar la declaración de sobreseimiento temporal o definitivo (Art. 248 letra b) CPP), no perseverar en el procedimiento (Art. 248 letra c) CPP) o, finalmente, deducir acusación (Art. 248 letra a) CPP). Con todo, esas mismas normas legales enseñan que, en

prácticamente todas estas decisiones, el fiscal encuentra un límite, es decir, está sometido a un cierto grado de control, que se intensifica a medida que dichas decisiones van acercándose o, derechamente, afectan garantías fundamentales⁷. Cuál sea el ámbito de autonomía y cuál el grado de control dependerá, así, de la medida en que la respectiva actuación o decisión del fiscal pueda suponer una intromisión en las garantías fundamentales de las personas, en especial de los intervinientes y, por sobre todo, del imputado.

La regulación del Código Procesal Penal acerca de las actuaciones o diligencias de investigación del fiscal constituyen la esencia de este sistema de no autocontrol. La Constitución Política de la República establece, en su Art. 80 A inciso sexto que "*las actuaciones que priven al imputado o a terceros del ejercicio de los derechos que esta Constitución asegura, o lo restrinjan o perturben, requerirán de aprobación judicial previas, en su caso*". El Art. 9 CPP reitera esta norma, en términos muy similares, agregando a dicha idea, en su inciso segundo, que "*cuando una diligencia de investigación pudiere producir alguno de tales efectos, el fiscal deberá solicitar previamente autorización al juez de garantía*", es decir, introduce claramente como criterio el que, ante la duda acerca de la posibilidad de afectación, el fiscal debe recurrir ante el juez a requerir su aprobación previa de la respectiva diligencia.

Fuera del ámbito de las actuaciones que privan de, restringen o perturban los de-

⁶ Cfr., por todos, DAMASKA, Mirjan R., *Las caras de la Justicia y el poder del Estado, análisis comparado del proceso legal*, Santiago, 2000, p. 85 y ss.

⁷ Algunos de los límites y controles establecidos en la ley dicen también relación con la flexibilización del principio de legalidad procesal; cfr. HORVITZ, (n. 2), p. 448 y ss.

⁸ A las que en lo sucesivo nos referiremos como "*medidas intrusivas*".

rechos fundamentales⁸, la ley reconoce un amplio margen de autonomía al fiscal en sus decisiones. En principio, el fiscal conducirá la investigación realizando por sí mismo las diligencias que considere conducentes al esclarecimiento de los hechos, o bien las encomendará a la policía (Art. 180 inciso 1º CPP), es decir, todas aquellas actuaciones que su criterio o experiencia le indiquen como útiles. Las limitaciones que en este contexto establece la ley son el respeto del principio de objetividad (Arts. 3º LOMP y 3º CPP) y la obligación de actuar a la brevedad y en forma exhaustiva, es decir, procediendo a la “*práctica de todas aquellas diligencias pertinentes y útiles al esclarecimiento y averiguación*” de un hecho que revista caracteres de delito, “*de las circunstancias relevantes para la aplicación de la ley penal, de los partícipes del hecho y de las circunstancias que sirvieran para verificar su responsabilidad*” (Arts. 180 inciso 2º y 181 inciso 1º, primera parte CPP).

Por regla general, entonces, queda librada al criterio del Ministerio Público la decisión relativa a la relevancia o pertinencia de las actuaciones o diligencias necesarias al esclarecimiento del hecho investigado, así como la forma de llevarlas a cabo. El Código Procesal Penal regula sólo excepcionalmente y en ciertos casos la forma de realización de algunas diligencias, cual es el caso de las normas relativas a la conservación de especies recogidas durante la investigación (Art. 188 CPP), a la obligación de comparecencia de los testigos

(Art. 190 CPP) y del imputado ante el fiscal (Art. 193 CPP) y a la procedencia, en principio, de la realización de exámenes corporales y pruebas caligráficas⁹, entre otras. Igualmente, está entregado, en principio, a la decisión del fiscal la posibilidad de que los intervinientes asistan a la práctica de diligencias, cuando lo estime de utilidad (Art. 184 CPP)¹⁰.

Por otra parte, las solicitudes o recomendaciones de práctica de diligencias que puedan formular los intervinientes no son vinculantes para el fiscal, quien “*ordenará que se lleven a efecto aquellas que estimare conducentes*”, decisión ésta que es sólo es susceptible de reclamación ante las autoridades superiores del mismo Ministerio Público. El juez de garantía no puede, durante la investigación, ordenar la realización de diligencias, sino limitarse a efectuar recomendaciones, facultad que, por lo demás, la ley le reconoce en forma excepcional (Art. 98 inciso 4º CPP). Solamente una vez cerrada la investigación, es decir, concluida la averiguación preliminar del fiscal, pueden los intervinientes renovar las solicitudes de diligencias planteadas durante la investigación y que el Ministerio Público hubiere rechazado, las cuales el juez de garantía puede ordenar realizar (Art. 247 CPP).

⁹ En todo caso, dado que las diligencias previstas en los Arts. 197 y 203 CPP pueden ser limitativas de derechos, ellas proceden en la medida que la persona respecto de la cual se dispongan acceda voluntariamente. En caso contrario se requiere la autorización previa del juez de garantía.

¹⁰ Cabe señalar, no obstante, que tratándose de diligencias de investigación en las que deba intervenir el imputado (v. gr., la citación del mismo ante el Ministerio Público, de acuerdo al Art. 193 CPP), éste tiene el derecho a ser asistido por su abogado (Art. 93 letra b) CPP), de manera tal que, en tales casos, el fiscal no puede impedirle al defensor participar en dichas diligencias.

3. La obligación de registro, por los fiscales y la policía, de las actividades de investigación

La regulación legal de la actividad de investigación del fiscal -descrita supra II)- se encuentra contenida, como se expresó, en los Arts. 180 y siguientes, todos ellos ubicados dentro del párrafo 3º (“*Actuaciones de la investigación*”), del título I (“*Etapas de Investigación*”) del Libro Segundo (“*Procedimiento ordinario*”). En el párrafo inmediatamente siguiente, es decir, el párrafo 4º, se contienen las normas relativas a los “*Registros de la investigación*”, cuales son los Arts. 227 y 228 CPP, que se transcriben a continuación.

Artículo 227: “Registro de las actuaciones del Ministerio Público. *El Ministerio Público deberá dejar constancia de las actuaciones que realizare, tan pronto tuvieren lugar, utilizando al efecto cualquier medio que permitiere garantizar la fidelidad e integridad de la información, así como el acceso a la misma de aquellos que de acuerdo a la ley tuvieren derecho a exigirlo. La constancia de cada actuación deberá consignar a lo menos la indicación de la fecha, hora y lugar de realización, de los funcionarios y demás personas que hubieren intervenido y una breve relación de sus resultados*”.

Artículo 228: “Registro de las actuaciones policiales. *La policía levantará un registro, en el que dejará constancia inmediata de las diligencias practicadas, con expresión del día, hora y lugar en que se hubieren realizado, y de cualquier circunstancia que pudiere resultar de utilidad para la investigación. Se dejará constancia en el registro de las instrucciones recibidas del fiscal y del juez*”.

El registro será firmado por el funcionario a cargo de la investigación y, en lo posible, por las personas que hubieren intervenido en los actos o proporcionado alguna información.

En todo caso, estos registros no podrán reemplazar las declaraciones de la policía en el juicio oral”.

Estas normas regulan, entonces, expresamente la forma del registro, constancia o respaldo de las actuaciones o diligencias de investigación que realicen el fiscal y la policía, sea que ésta actúe de conformidad a las instrucciones particulares o, en su caso, generales que imparta el Ministerio Público, o bien en ejercicio de sus atribuciones autónomas (Art. 83 CPP). Asimismo, su tenor literal es de aparente fácil lectura e inteligencia y permite, al menos *prima facie*, resolver las cuestiones que puedan suscitarse con relación al registro: tratándose de las actuaciones de los fiscales, el Art. 227 CPP regula la oportunidad en que el mismo debe realizarse (“*tan pronto tuvieren lugar*”), su contenido (“*fidelidad e integridad de la información*”) y su alcance o extensión (“*cada actuación*”). Algo similar ocurre respecto de las actuaciones de la policía en lo atinente a la oportunidad del registro (“*constancia inmediata*”), su contenido (“*de las diligencias practicadas, con expresión del día, hora y lugar en que se hubieren realizado, y de cualquier circunstancia que pudiere resultar de utilidad para la investigación*”) y alcance (“*las diligencias practicadas*”, “*las instrucciones recibidas del fiscal y del juez*”).

La razón de ser de esta regulación se encuentra expresada en el mismo Art. 227 CPP, cuando indica que la finalidad del registro consiste en “*garantizar ... el ac-*

ceso a la información de aquellos que de acuerdo a la ley tuvieren derecho a exigirlo". Mediante la referencia al "acceso a la información" esta norma alude, naturalmente, a lo dispuesto en el Art. 182 CPP, de conformidad a cuyo inciso segundo, "el imputado y los demás intervinientes en el procedimiento podrán examinar los registros y documentos de la investigación fiscal y policial". Los intervinientes en el procedimiento, a su vez, son, de acuerdo al Art. 12 CPP, además del fiscal, el imputado —expresamente mencionado en el Art. 182 CPP, según se desprende de la transcripción del mismo—, el defensor, la víctima y el querellante.

La situación del imputado y la víctima en el proceso penal no son equivalentes. Según el Art. 108 CPP, víctima es la persona presuntamente ofendida por el hecho materia de la investigación y, en ciertos casos, otras personas vinculadas al ofendido. Sus derechos están enumerados en el Art. 109. La víctima puede, asimismo, intervenir activamente como parte en el procedimiento en los términos que para el querellante define el párrafo 7º del título IV del libro primero del Código Procesal Penal, esto es, como un acusador adhesivo o particular, generalmente coadyuvante de la tarea del fiscal.

Diferente es, como se expresó, la situación del imputado, en cuanto éste es la persona en contra de la cual se dirige el procedimiento o, más precisamente, la persecución penal. Habida cuenta de esta

posición en el procedimiento es que el ordenamiento jurídico le reconoce ciertos derechos que se enmarcan, en general, dentro del derecho a defensa jurídica. El derecho a defensa es concebido como un derecho esencial en un procedimiento penal. Tanto es así como que el estado ha creado un sistema de defensoría penal pública, mediante el cual se provee defensa letrada a los imputados que carezcan de medios suficientes para procurársela.

La necesidad de que el imputado cuente con defensor letrado constituye, pues, una condición de legitimidad del proceso. Al nivel del procedimiento ella se traduce tanto en derechos concretos que puede ejercer el imputado a través de su defensor, cuanto en obligaciones del juez y del fiscal¹¹ y, por fin, en presupuesto de validez de numerosas actuaciones¹². Esta es, también, la razón por el cual el defensor es considerado por el Art. 12 CPP, ya citado, como un interviniente, en forma independiente del imputado¹³.

En lo esencial, el ámbito del derecho a defensa, en cuanto a las posibilidades de actuación de imputado y defensor, se encuentra establecido en el Art. 8 CPP, dentro del título I del libro primero, referido a los principios básicos del procedimiento:

"El imputado tendrá derecho a ser defendido por un letrado desde la primera actuación del procedimiento dirigido en su contra.

¹¹ V. gr., en el Art. 102 CPP, cuando el imputado carece de abogado defensor, recae sobre el fiscal o, en su caso, el juez, la obligación de designar un defensor penal público.

¹² V. gr., en los Arts. 142 inciso 3º y 286 inciso 1º CPP.

¹³ Es necesario hacer notar, en todo caso, que desde la perspectiva del imputado, para el defensor esos derechos constituyen verdaderas obligaciones en el desempeño de su función. El imputado tiene derecho a una defensa técnica y efectiva. Ese es el sentido de la norma del Art. 106 inciso 2º CPP, cuando se refiere a la situación del "abandono de hecho de la defensa", que impone al tribunal ("deberá"), en dicho evento, designar un defensor penal público.

El imputado tendrá derecho a formular los planteamientos y alegaciones que considerare oportunos, así como a intervenir en todas las actuaciones judiciales y en las demás actuaciones del procedimiento, salvo las excepciones expresamente previstas en este Código”.

El acceso a los antecedentes de la investigación es definido en el Art. 93 letra e) CPP como el derecho del imputado a conocer el “contenido” de la misma, con la sola excepción que el mismo Código establece en el Art. 182 inciso 3° CPP, es decir, la facultad del fiscal de mantener, por un tiempo limitado, el secreto de ciertas actuaciones, registros o documentos, en aras de la eficacia de la investigación, sin perjuicio, ciertamente, del control judicial de dicha decisión, de conformidad al Art. 182 inciso 4° CPP. El mismo Art. 93 CPP, letra c), consagra, también, el derecho a “solicitar de los fiscales diligencias de investigación destinadas a desvirtuar las imputaciones que se le formularen”.

Desde la perspectiva temporal, el derecho a defensa y, con él, el acceso a la información es garantizado “desde la primera actuación del procedimiento dirigido en su contra (del imputado)” (Art. 8 inciso 1° CPP). Primera actuación del procedimiento es definida como “cualquiera diligencia o gestión, sea de investigación, de carácter cautelar o de otra especie, que se realizare por o ante un tribunal con competencia en lo criminal, el Ministerio Público o la policía, en la que se atribuyere a una persona responsabilidad en un hecho punible” (Art. 7 inciso 2° CPP).

El derecho comparado coincide con esta concepción del derecho a defensa. A pro-

pósito de su inviolabilidad y en el contexto de la crítica a las distintas manifestaciones del sistema inquisitivo en nuestro continente, señala Binder lo siguiente: “Otra consecuencia de fundamental importancia que se deriva del derecho de defensa es el hecho de que, para poder ejercer este derecho plenamente, el imputado debe tener acceso a la imputación que se le formula. En otras palabras, debe tener la posibilidad de conocer cuáles son los hechos que se le imputan y en virtud de qué pruebas se fundamenta dicha imputación. Esto implica que el imputado debe tener la mayor libertad posible para acceder a la información que se va acumulando a lo largo del procedimiento.

Este derecho a acceder a la información es muy amplio; es decir, no puede ser restringido. Una investigación donde el imputado no pueda saber cuál es el hecho que se le imputa y en virtud de qué pruebas es absolutamente inconstitucional.

También en este caso, la práctica de nuestros sistemas procesales tiende a admitir que se sorprenda al imputado –muchas veces premeditadamente– mediante el ocultamiento de la prueba o mediante el retaceo de la información. Tales prácticas van en contra de los principios de un fair trial, que deben informar a todo el conjunto del proceso penal, a partir del conjunto de garantías procesales pero, especialmente, a partir de esta garantía del derecho de defensa”¹⁴.

En la Ordenanza Procesal Penal Alemana (StPO) la norma equivalente al Art. 182 inciso 2° CPP es el § 147 inciso primero, que consagra, igualmente, un amplio acceso a la información contenida en las ac-

¹⁴ BINDER, Alberto M., *Introducción al Derecho Procesal Penal*, Buenos Aires, 1993, p. 154.

tas de la investigación. Comentando este precepto, Pfeiffer¹⁵ sostiene que *“junto al derecho a solicitar prueba y a interrogar, ... el derecho a examinar las actas ... es una parte esencial de la defensa”*¹⁶ y cita un fallo del Tribunal Supremo Alemán (BGH), según el cual la *“defensa adecuada’ presupone el conocimiento de aquello sobre lo cual se apoya el reproche dirigido contra el imputado”*¹⁷.

Este es, pues, el sentido y propósito de las normas de los Arts. 227 y 228 CPP cuando, en la primera de ellas, se alude expresamente a que los registros deben garantizar el derecho al acceso a la información que arroje la investigación. Nótese que lo que se exige es asegurar el acceso *“a la información”*, reiterando así la idea consagrada en el Art. 93 letra e) CPP antes citado, cuando éste alude al *“contenido”* como el sustrato del derecho a conocer los antecedentes de la investigación. Esta precisión que efectúa la ley es de suma relevancia para entender correctamente el sentido de la obligación de registro.

En efecto, más allá de la libertad de que gozan el fiscal y la policía en cuanto a la forma del registro, éste debe ser completo o, en palabras del Art. 227 CPP, fiel e íntegro, es decir, incorporar toda la información y no solamente aquella que el fiscal o, en su caso, la policía, consideren relevantes para *“su”* investigación o línea de investigación. El registro no debe in-

cluir solamente el resultado de la investigación, sino las actuaciones realizadas por el fiscal (Art. 227 CPP) y las diligencias practicadas por la policía y de cualquier circunstancia que pudiere resultar de relevancia para la investigación (Art. 228 CPP), incluidas en ellas *“las instrucciones recibidas del fiscal”*. Conviene destacar, en este sentido, que estos preceptos legales no admiten excepciones. Por el contrario, el registro debe abarcar todas las actuaciones del fiscal, de un modo tal que garantice su fidelidad e integridad (Art. 227 inciso 1° CPP). En el mismo sentido, el registro policial ha de incluir *“las diligencias practicadas”* (Art. 228 inciso 1° CPP), con independencia que, desde la perspectiva del investigador, el resultado de esas actuaciones o diligencias sea útil o exitoso.

Ello es así por cuanto es solamente el conocimiento de *“la información”* o *“contenido”* de la investigación el que asegura que el imputado pueda estar en condiciones de ejercer adecuadamente su defensa desde la primera actuación del procedimiento. En los términos de Pfeiffer: *“Básicamente, el defensor tiene acceso a las actas (§ 147) desde el primer día del procedimiento de investigación. Sólo así puede el defensor vigilar formal y sustantivamente el curso correcto del procedimiento investigativo y aportar al esclarecimiento de los hechos mediante la obtención temprana de material exculpatario relevante”*¹⁸. Así lo confir-

¹⁵ PFEIFFER, Gerd, *StPO Strafproze ordnung, Gerichtsverfassungsgesetz, Kommentar*, München, 2002.

¹⁶ Ídem, p. 411. En el original: *“Das Akteneinsichtsrecht ist neben dem Beweisantrags- und Fragerecht ein Kernstück der Verteidigung”*.

¹⁷ Ídem. En el original: *“Denn ‘sachgerechte Verteidigung’ setzt die Kenntnis voraus, worauf sich der gegen den Beschuldigten gerichtete Vorwurf stützt (BGH 29, 102 = NJW 1980, 64)”*.

¹⁸ PFEIFFER, Gerd, *Karlsruher Kommentar Strafproze ordnung, Gerichtsverfassungsgesetz*, C.H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, München, 1993, p. 40. En el original: *“Akteneinsicht (§ 147) steht dem Verteidiger grundsätzlich vom ersten Tag des Ermittlungsverfahrens zu. Nur so kann der Verteidiger den formal und sachlich ordnungsgemässen Gang des Ermittlungsverfahrens überwachen und durch frühzeitige Beschaffung relevanten Entlastungsmaterials zur Sachverhaltsaufklärung beitragen (Krekeler, in: HWiStR Art. Akteneinsicht)”*.

ma el Art. 93 letra c) CPP, ya citado, cuando establece como derecho del imputado el de solicitar diligencias de investigación “*destinadas a desvirtuar las imputaciones que se le formularen*”.

En cuanto a la forma del registro o, como se suele decir modernamente, el soporte del mismo, el Código Procesal Penal permite utilizar “cualquier medio”. La única exigencia que establece es que tales posibles medios aseguren, como se ha señalado antes, la fidelidad e integridad del registro. Notas manuscritas del fiscal que tengan relación con la investigación, a partir de, v. gr., una conversación telefónica con un funcionario policial, forman parte del registro, al igual que mensajes de correo electrónico. Por la misma razón, v. gr., el registro de las declaraciones de testigos debería incluir no solamente las respuestas del compareciente, sino también las preguntas que se le dirijan. El criterio para entender qué forma parte del registro es, en definitiva, su contenido investigativo, no la forma de aquél. En este mismo sentido, Weihrauch enseña que solamente aquellas piezas que se refieran a cuestiones internas del servicio no están comprendidas por el derecho a examinar las actas¹⁹.

De todo lo anterior se sigue, asimismo, que en esta materia los fiscales no gozan de autonomía para resolver, conforme a su criterio o políticas de actuación, si una determinada diligencia o actuación concreta orientada al esclarecimiento del hecho investigado debe o no ser registrada, o bien cuál deba ser el contenido y la oportunidad del registro. En otros términos, los fiscales –incluida, dentro de ellos, la autoridad superior del Ministerio Público– gozan de autonomía en sus decisiones relativas a las concretas diligencias y actuaciones de investigación porque la conducción de la investigación depende en forma exclusiva del Ministerio Público, pero la existencia y forma del registro de esas mismas diligencias y actuaciones son materias distintas, pues su propósito de hacer posible el ejercicio del derecho a defensa.

Así entendida la obligación de registro, es posible resolver frecuentes dudas y malos entendidos respecto de esta materia, muchas veces expresadas en decisiones judiciales que, asiéndose de la idea de la “*desformalización*” de la investigación expresada en el Mensaje del Código Procesal Penal²⁰, así como de la autonomía de la actuación de los fiscales durante esta etapa, conceden, erradamente, a los órganos de investigación, plena libertad en sus

¹⁸ WEIHRACH, Matthias, *Verteidigung im Ermittlungsverfahren*, Heidelberg, 1997, p. 45.

¹⁹ “*La actividad del fiscal durante la instrucción se caracteriza por su informalidad, se lo faculta para desarrollar las diligencias que resulten técnicamente apropiadas para el esclarecimiento de los hechos y la determinación de las responsabilidades, debiendo llevar un registro sencillo de sus actuaciones ...*”.

²⁰ Un ejemplo paradigmático de lo señalado es la sentencia de 22 de marzo de 2005, de la Corte de Apelaciones de Valparaíso, en la cual ésta sostuvo que “*una de las características básicas de la etapa de investigación... es ...su desformalización*”, agregando luego que una interpretación diversa a la por ella sostenida en el fallo con respecto a la cuestión debatida (que decía relación con ciertas diligencias de investigación que el fiscal no había realizado, las que la defensa había considerado esenciales), “*conduciría inevitablemente a la necesidad de escriturar todas las actuaciones... realizadas*”.

La Corte incurrió, así, en un manifiesto error de interpretación, utilizando como premisa de su decisión el carácter “*desformalizado de la investigación*” para, a partir de ella, concluir que el Art. 181 CPP no impone la “*necesidad*” (la obligación del fiscal) de “*escriturar todas las actuaciones ... realizadas*”. Como resulta obvio, en el razonamiento de la Corte se omitió toda consideración de las normas de los Arts. 227 y 228 CPP y a la vinculación existente entre ellas y la garantía del derecho a defensa.

decisiones relativas al registro de sus actuaciones²¹. Empero, la desformalización –concepto por lo demás no definido por la ley– alude a una cuestión distinta, cual es que los registros de la investigación no requieren de formalidades o ritualismos en su confección, toda vez que ellos no son constitutivos de prueba ni pueden sustituir la rendición de la misma en el juicio oral, de conformidad a los principios y normas que regulan su desarrollo. La solución correcta de este tipo de situaciones exige incorporar en la interpretación las normas de los Arts. 227 y 228 CPP y su directa vinculación con el ejercicio del derecho a defensa del imputado en el proceso penal, conforme a todo lo expuesto más arriba.

4. Consecuencias del incumplimiento de la obligación de registro de las actuaciones de investigación

(Según quedó expuesto *supra* II), el modelo del proceso penal chileno se construye sobre la base de la idea del “*no autocontrol*”, especialmente allí donde las actuaciones de los órganos de persecución penal suponen alguna afectación de las garantías fundamentales de personas involucradas en el proceso.

El control de dichas actuaciones corresponde a los tribunales con competencia en lo criminal, en las distintas etapas del procedimiento, a propósito de cada una las cuales el Código Procesal Penal regula diferentes instancias en las que tiene lugar un control explícito. Así ocurre, durante la etapa de investigación, en las audiencias destinadas a discutir peticiones del fiscal que se encuentran directamente vinculadas a los antecedentes reunidos durante la investigación (v. gr., solicitudes de medidas cautelares, discusiones sobre suspensión condicional del procedimiento, etc.).

Durante la preparación del juicio oral, en tanto, la ley prevé el derecho de los intervinientes de plantear discusiones relativas a la prueba ofrecida para el juicio oral, estableciéndose expresamente un control de pertinencia, eventual sobreabundancia y de licitud de los procedimientos de obtención de los antecedentes. En el juicio oral, en fin, constituye un presupuesto que las pruebas que se rendirán en el mismo hayan sido previamente conocidas por las partes contrarias, con el propósito de asegurar el contradictorio, que en esta etapa se concreta con especial fuerza en el derecho a contrainterrogar. De hecho, las pruebas nuevas solamente son admisibles en casos muy excepcionales (Art. 336 CPP).

Ahora bien, dado que la regulación de estas distintas etapas asume como presupuesto que los entes públicos actúan dentro del marco de la legalidad en el ejercicio de sus funciones, la correcta solución de los distintos eventos de posibles incumplimientos a sus obligaciones por el fiscal y la policía deberá ser encontrada, necesariamente, mediante una interpretación sistemática, cuyo punto de partida estará constituido por la garantía fundamental aquí en juego, la que, de conformidad al Art. 8° CPP, constituye, como se señaló anteriormente, un principio básico del proceso penal. Así lo dispone, expresamente, por lo demás, el Art. 374 letra c) CPP, que ordena la declaración de nulidad del juicio y la sentencia “*cuando al defensor se le hubiere impedido ejercer las facultades que la ley le otorga*”. Es este expreso precepto legal, entonces, el que debe presidir la interpretación judicial de los distintos eventos en que se encuentre en juego un supuesto incumplimiento, por parte del fiscal o la policía, de su obligación de registro de conformidad a los Arts. 227 y 228 CPP.

Lo recién dicho no supone, ciertamente, afirmar que cada posible incumplimiento de la obligación de registro deba conducir, necesariamente, a la anulación del juicio oral y la sentencia y, en su caso, de la audiencia de preparación del juicio oral. Para que ello ocurra será menester que, efectivamente, el defensor se haya visto impedido de ejercer sus facultades en el juicio. Así lo confirman, en la doctrina nacional, Horvitz²² y Baytelman y Duce²³.

La introducción al juicio oral, con el carácter de prueba, de antecedentes de cargo que no consten en los registros del fiscal o la policía, constituye, precisamente, una de las hipótesis de impedimento del ejercicio de las facultades del defensor, por violación del contradictorio. En palabras de Baytelman y Duce, *"si se pretende que haya en el juicio genuina contradictoriedad, cada una de las partes debe haber tenido con anticipación al juicio la información que se va a presentar en éste, de manera de poder hacer investigaciones independientes y preparar adecuadamente el examen y contraexamen de los testigos y peritos, incluidos los de la contraparte. Esta exigencia de 'revelación' o 'descubrimiento' de la información con anterioridad al juicio significa, en consecuencia, que*

*las partes llegan a la audiencia principal sabiendo con precisión cuáles son los hechos que están en discusión, cuál es el derecho que cada uno invoca y, sobre todo, cuáles son individualizadamente cada una de las pruebas que se van a presentar y qué es en lo medular la información que aportarán. En este sentido, el artículo 259 inciso 2º dispone que la acusación deberá incluir una lista de testigos y peritos, así como los puntos sobre los cuales dichos testimonios o peritajes recaerán"*²⁴. En el mismo sentido se pronuncia un reciente fallo del Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Quillota, de fecha 28 de febrero de 2005, que excluyó la valoración, como medio de prueba en el juicio, de los testimonios de cuatro funcionarios policiales respecto de cuyas actuaciones durante la investigación no existía registro alguno²⁵.

La verificación del cumplimiento de estas condiciones que suponen el conocimiento previo de las pruebas de cargo que se rendirán en el juicio y la información que se introducirá al mismo a través de esas pruebas constituye, en principio, una tarea que el juez de garantía debe llevar a cabo durante la audiencia de preparación del juicio oral, con ocasión del examen de las pruebas ofrecidas por el fiscal, de

22 HORVITZ, (n. 2), p. 467: *"Se establece, además, que el imputado y los demás intervinientes en el procedimiento podrán examinar en cualquier momento los registros y los documentos de la investigación fiscal y policial. Evidentemente, en el caso del imputado esta facultad está estrechamente vinculada al ejercicio de su derecho a defensa y a la protección contra la sorpresa en el juicio"*.

23 BAYTELMAN A., Andrés y DUCE J., Mauricio, *Litigación Penal, Juicio Oral y Prueba*, Santiago, 2004, p. 51: *"Las partes, en cambio, cuentan con toda la información que va a ser sometida al juicio, incluyendo la información de la o las contrapartes; como se sabe, la investigación de la fiscalía es pública para la defensa, de manera que ésta conoce cuál es la información que el fiscal ha adquirido durante la investigación; pero todavía más, el objeto de la preparación del juicio oral es precisamente que las partes 'abran sus cartas' respecto de cuál es la versión de cada quién y a través de qué medios específicos pretenden probarla"*.

24 *Idem*, p. 51 y s.

25 Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Quillota, sentencia de fecha 28 de febrero de 2005, publicada en *Revista Procesal Penal*, Lexis Nexis, Febrero 2005, Nº 32, pp. 167 y ss.

conformidad a lo prescrito en el Art. 276 CPP²⁶. Si bien es cierto que de acuerdo a esta norma el juez de garantía está llamado a controlar la pertinencia, eventual sobreabundancia o ilicitud de la prueba, es evidente, según se expuso anteriormente, que constituye un presupuesto de realización de este control el que los registros de la investigación hayan sido levantados en cumplimiento de las exigencias establecidas en los Arts. 227 y 228 CPP.

En otros términos, supuesto que durante la audiencia de preparación del juicio oral se plantee, de conformidad al Art. 272 CPP, un debate sobre la admisibilidad de la prueba ofrecida, el juez de garantía debería negar lugar a una proposición u ofrecimiento del fiscal de admitir, para el juicio oral, una prueba respecto de la cual la “información” (Art. 227 CPP) o “contenido” (Art. 93 letra e) CPP) de la misma no conste en los registros de la investigación. Una variante del mismo ejemplo podría estar constituida por el caso en que el registro de la investigación de cuenta sólo parcialmente del testimonio ofrecido para el juicio oral. En tal evento, el juez de garantía habrá de ponderar la posibilidad de admitir al testigo solamente

en aquel ámbito de su testimonio que se encuentre en el registro²⁷, o bien rechazarlo, si constatare que dicha división es impracticable. Ello, por cuanto al margen del hecho que en un evento similar resultaría imposible controlar la pertinencia de la prueba ofrecida²⁸, la admisión de esa prueba representaría un impedimento del “pleno ejercicio de las garantías y de los derechos reconocidos en la Constitución, o en las demás leyes de la República” (Art. 160 CPP), es decir, una situación de aquellas en que la ley presume de derecho la existencia de un perjuicio, en cuanto requisito de la nulidad procesal, haciendo procedente, en su caso, la nulidad de la audiencia, sea por la vía del incidente deducido en la misma audiencia, sea por la del recurso de nulidad del juicio y la sentencia de conformidad al Art. 277 inciso 2º, *in fine* CPP. En tal sentido es importante reiterar que el rechazo de tales pruebas ofrecidas no se enmarca en ninguna de las causales del Art. 276 CPP, sino deriva derechamente del resguardo del derecho a defensa, según se ha señalado.

Según se expuso anteriormente, la audiencia de preparación del juicio oral es, por regla general, la oportunidad en que el

²⁶ Omitiremos, por exceder del marco del presente informe, la referencia al análisis que el juez de garantía debe efectuar respecto de las pruebas que, en su caso, pueda ofrecer la defensa. Sobre el particular cabe señalar, en todo caso, que todas las partes que pretendan intervenir en el juicio oral están sujetas al control de pertinencia de la prueba ofrecida. La pertinencia se vincula esencialmente a la existencia de un hecho alegado por una parte del proceso. Cfr. CHIESA, Ernesto L., *Tratado de Derecho Probatorio (Reglas de Evidencia de Puerto Rico y Federales)*, Luigi Abraham-Editor, Tomo I, p. 22 y ss.: “Hay dos componentes fundamentales en la noción de pertinencia de evidencia, a saber, materialidad y valor probatorio. El proponente de determinada evidencia pretende con ello probar algo, algún hecho o proposición. Digamos que A es la evidencia ofrecida y B es lo que pretende probar el proponente mediante A. La noción de valor probatorio se refiere al valor inferencial de A para deducir B, lo que se quiere probar. Por otro lado, la ‘materialidad’ se refiere a la relación de B con los hechos y cuestiones de derecho en controversia”. Es indudable, entonces, que la pertinencia de una prueba ofrecida solamente puede ser sometida a control en la medida que exista un hecho alegado por la parte que propone la prueba.

²⁷ Lo aquí expuesto confirma la necesidad de que el auto de apertura del juicio oral incluya expresamente los puntos de prueba para los cuales se propone cada medio de prueba. De lo contrario, se priva al tribunal de juicio oral de toda posibilidad de comprobar la pertinencia del interrogatorio y de resguardar el contradictorio como principio básico del juicio oral.

²⁸ Ver nota 25.

juez de garantía estará llamado a efectuar el control del cumplimiento de la obligación de registro de conformidad a los Arts. 227 y 228 CPP, con ocasión de los debates sobre la prueba ofrecida. Nada obsta, sin embargo, a que dicho control tenga lugar en forma previa, durante la etapa de investigación, en situaciones en que, v. gr., el fiscal invoque, durante alguna audiencia, antecedentes de la investigación que no consten en los registros. Ello podría ocurrir, v. gr., durante una audiencia de discusión de medidas cautelares, caso en el cual el juez no debería admitir, como fundamento de la solicitud del fiscal, cualquier antecedente que no conste en el registro, por las mismas razones latamente expresadas con anterioridad.

Finalmente, también durante el juicio oral el tribunal debe ejercer un grado de control sobre la producción de la prueba, en particular con respecto al tipo de información que se pretende incorporar a través de cada medio de prueba. En principio, este control por parte del tribunal de juicio oral debe tener lugar utilizando como referencia el auto de apertura del juicio oral y lo que el mismo indique con relación a los puntos o materias sobre los cuales depondrá cada testigo y el informe presentado por el perito²⁹. En un caso extremo, sin embargo, es imaginable que el registro de la actuación o diligencia de investigación sea el único medio para comprobar si, efectivamente, la extensión de la declaración de un testigo a ciertos puntos o

materias representa una sorpresa inadmisibles y, consecuentemente, una afectación del derecho a defensa por la vía de hacer impracticable una auténtico contradictorio de la prueba³⁰. Demás está señalar que, en tales casos, se pone en riesgo la validez del juicio y la sentencia, por una eventual concurrencia de la causal de nulidad prevista en el Art. 374 letra c) CPP, ya que, en todos esos casos, la vulneración del derecho a defensa se produce directamente en el juicio oral.

Conforme se expresó anteriormente, es condición sine qua non que la exclusión, por infracción de los Arts. 227 y 228 CPP, tenga lugar solamente en aquellos casos en que, efectivamente, el defensor se haya visto privado del ejercicio de sus facultades, cuestión que, en definitiva, queda entregada a las decisiones de los tribunales en las diferentes etapas del procedimiento, basada en una interpretación sistemática de las normas aplicables, a partir de la garantía del derecho a defensa, en cuanto principio básico del procedimiento. Se trata, entonces, de cuestiones que deben ser resueltas caso a caso, sobre la base de los estándares que fije la jurisprudencia de los tribunales.

Es por ello que, v. gr., resultaría inadmisibles exigir, genéricamente y en todos los casos, al fiscal que, por propia iniciativa, reitere todas las diligencias de investigación que consten en registros realizados por la policía, ya que en la medida que

²⁹ Esta es, por lo demás, la razón por la cual, contra lo que ocurre frecuentemente en la práctica, resulta necesaria una exigencia de mayor precisión en la definición o descripción de los puntos o materias sobre los cuales se ofrece y, en su caso, se hace lugar a la declaración de un testigo. Una referencia vaga o genérica o, como acontece con frecuencia, una directa omisión de los puntos de prueba en el auto de apertura del juicio oral hacen, simplemente, imposible que se lleve a cabo este control, con lo cual desaparece el contradictorio como aspecto esencial de un juicio oral de carácter adversarial.

³⁰ Lo mismo vale, ciertamente, con las correlativas matizaciones, para la prueba ofrecida por la defensa, respecto de las cuales el método de control se encuentra exclusivamente en el auto de apertura del juicio oral, en el sentido expuesto *supra*, nota 26.

ellos satisfagan las exigencias del Art. 228 CPP, en la forma expuesta precedentemente, mal podría el defensor invocar infracción de sus facultades durante el juicio³¹. Este es un tema que excede del alcance del presente informe. En todo caso, conveniente resulta señalar que, en lo que atañe a las declaraciones de testigos que constan en registros policiales, la jurisprudencia ha ido aceptando, crecientemente, una correcta interpretación del Art. 334 CPP, el que, entendido como norma de garantía a favor del acusado, permite que el defensor invoque antecedentes que consten en registros policiales para los efectos de lo previsto en el Art. 332 CPP, evitando innecesarias y formales reiteraciones de diligencias ante el fiscal. En todo caso y en tanto dicha jurisprudencia no se asiente suficientemente, es el propio defensor el llamado, durante la etapa de investigación, a solicitar al fiscal que las diligencias que corresponda sean realizadas por el Ministerio Público.

³¹ Ese no es, ciertamente, el caso, cuando el informe policial incluye solamente el nombre o la individualización del testigo. Por ello, es errado el criterio aplicado, v. gr., por la Corte de Valparaíso, en fallo de fecha 1 de julio de 2005, en causa rol 620-2005, cuando señala lo siguiente: "*CUARTO: Que de lo consignado anteriormente, aparece que no se encuentra justificado que haya inobservancia de garantías fundamentales o ausencia de un debido proceso por haberse solicitado la inclusión de la declaración del Cabo de Carabineros Leiva Avendaño, quien figura individualizado en el parte policial mediante el cual se denunció el hecho materia de esta investigación, tema que no ha sido controvertido por los intervinientes, sino que por el contrario, la parte del imputado tiene debidamente resguardados todos los derechos que le competen en su calidad de tal*".

II. DETERMINACIÓN DE LAS SANCIONES EN LA LEY DE RESPONSABILIDAD PENAL JUVENIL Y PROCEDIMIENTO APLICABLE

María Inés Horvitz Lennon*

1. Breve introducción

La nueva Ley sobre responsabilidad penal de adolescentes (LRPA), N° 20.084, publicada en el Diario Oficial el 7 de diciembre de 2005, y cuya entrada en vigencia se defirió en 6 meses, crea un sistema especial de responsabilidad penal para los adolescentes entre 14 y 17 años, poniendo fin al sistema binario imputabilidad/ inimputabilidad que establecieron los Arts. 10 N° 2 y 3 del Código Penal basado en la declaración judicial sobre el discernimiento del menor, y somete el enjuiciamiento penal del adolescente a las garantías del debido proceso existentes con anterioridad para los adultos, corrigiendo así un defecto insostenible del ordenamiento positivo chileno ampliamente criticado por la doctrina.

La Ley recoge los principios de la Convención sobre los Derechos del Niño ratificada por Chile en 1990, y con ello traza una línea de continuidad entre la infancia y la condición de ciudadanía. El “interés superior del niño” no sólo debe orientar sino

* Profesora Asociada Derecho Penal. Directora Centro de Estudios de la Justicia Facultad de Derecho Universidad de Chile.

limitar el poder punitivo estatal y el conjunto de las políticas públicas enfocadas hacia los niños y adolescentes; es decir, la edad del joven sólo puede constituir un factor de aseguramiento reforzado del goce de sus derechos y jamás de exclusión de su goce actual y efectivo. La nueva ley busca terminar con el tradicional paradigma pseudopaternalista del derecho de menores y reemplazarlo por el de la responsabilidad diferenciada (respecto de los adultos), sistema incomparablemente más garantista y más respetuoso del adolescente que el viejo sistema “pedagógico” de “medidas” impuestas informal y arbitrariamente por el juez de menores.

No obstante que las innovaciones jurídicas de la ley son notorias, como el señalado reconocimiento al adolescente de su calidad de sujeto de derechos y garantías penales y procesales, nos parece que buena parte de la regulación no da cuenta de los aportes y restricciones que la legislación comparada ha ido incorporando en el ámbito sancionatorio juvenil, donde el proceso de desarrollo del joven demanda al Estado no sólo reacciones diferenciadas a las previstas para los adultos infractores, sino también un menor catálogo de conductas punibles. En suma, un “derecho penal mínimo” y menos severo, tanto en la tipificación de los delitos cuanto en la cantidad y calidad de las sanciones. Ello significa compren-

der la delincuencia juvenil más como un problema social antes que criminal, que, en lo posible, debe ser enfrentado primordialmente con políticas de asistencia o con medios extrapenales de conciliación de los conflictos, antes que con estériles medidas represivas³².

Por consiguiente, el joven no debe responder penalmente por los mismos comportamientos que resultan reprochables en un adulto³³, pues aquél todavía se halla en medio del proceso de internalización y asunción de los mandatos y prohibiciones que constituyen la base de las infracciones penales y, por otro lado, no parece razonable hacer exigibles bajo amenaza penal ciertas conductas que presuponen la calidad de ser portador competente de roles en el tráfico jurídico-social y económico cuando el propio derecho no considera a los jóvenes plenamente capaces para desempeñarse en ellos³⁴. Por ello, autores especialistas en esta materia consideran problemática una utilización universal de la categoría sistemática jurídico penal de la “culpabilidad” en el derecho penal de los adolescentes, pues los presupuestos e implicancias de dicho concepto no se ajustan a la situación psicosocial de éstos³⁵.

En consecuencia, un primer defecto legislativo de importancia de la nueva regulación se aprecia en la configuración del ám-

³² Cfr. FERRAJOLI, L., *Prefacio del documento Infancia, Ley y Democracia, que contiene el Anteproyecto de Ley sobre Responsabilidad por Infracciones Juveniles a la Ley Penal*, UNICEF/ Ministerio de Justicia, Julio 1998, pp. 10-11.

³³ Por ello, el Anteproyecto de Ley sobre responsabilidad por infracciones juveniles a la ley penal, presentado en su momento por el Ministerio de Justicia y el Fondo de Naciones Unidas para la Infancia (UNICEF), contemplaba, en su Art. 4º, un catálogo taxativo y único de infracciones juveniles a la ley penal.

³⁴ Piénsese, por ejemplo, en todos aquellos actos o declaraciones de voluntad con relevancia socioeconómica y la disposición del Art. 1447 del Código Civil.

³⁵ Cfr. ALBRECHT, P. A., *El derecho penal de menores*, (trad. Juan Bustos Ramírez), Barcelona, 1990, p. 122. Kaiser señala: “Primeramente es el pensamiento de protección; consecuencia o correlato (de ello) es la mayor tolerancia”, lo que requiere una categoría sistemática interpretativa de culpabilidad específica del menor (Cfr. *Gesellschaft, Jugend und Recht*, 1977, pp. 45 y ss.).

bito de conductas punibles. Ya en el Art. 1° de la Ley se destaca que objeto de ella es la regulación de “la responsabilidad penal de los adolescentes *por los delitos que cometan*, el procedimiento para la averiguación y establecimiento de dicha responsabilidad, la determinación de las sanciones procedentes y la forma de ejecución de éstas”. No obstante, en el segundo inciso se efectúa una remisión subsidiaria, para “lo no previsto por ella”, a las disposiciones del Código Penal y leyes penales especiales. Es decir, aunque se reconoce que al adolescente debe exigírsele una responsabilidad especial adecuada a su condición de sujeto en desarrollo, el tratamiento diferenciado se concreta fundamentalmente en el nivel de las sanciones aplicables, no en el de la tipificación normativa. Por tanto, la remisión al Código Penal implica que son sancionables a título de esta ley *todos* los crímenes y simples delitos de la legislación penal de adultos, con excepción de las faltas no señaladas en el inciso 3° del Art. 1° de la Ley 20.084. Las faltas no punibles por la Ley 20.084 se someten a un procedimiento especial ante los Tribunales de Familia y sólo cabe respecto de ellas la imposición de sanciones no privativas de libertad³⁶.

Por consiguiente, se abandonó la idea original, plasmada en el Anteproyecto de Ley sobre Responsabilidad por Infracciones Juveniles a la Ley Penal³⁷, que había optado por un catálogo taxativo y expreso de delitos, muy inferior al general del sistema penal chileno, pues entendía que la exigencia de responsabilidad *penal* debía ser más restringida que para los adultos al tratarse de personas –adolescentes– que están en pleno proceso de desarrollo de su conciencia y de su personalidad y en los que la intervención propiamente punitiva conlleva consecuencias desocializadoras muy desfavorables para su futura reintegración social.

En efecto, ya en el Proyecto de Ley remitido por el Gobierno al Parlamento se contemplaba un catálogo de delitos considerados “infracciones graves”³⁸ y sólo si se estaba ante un delito perteneciente a esta categoría podía imponerse una pena privativa de libertad, así como una medida cautelar de internación provisoria durante el proceso penal. Finalmente, se abandonó también la distinción entre infracciones graves y no graves y se siguió un modelo punitivo más amplio, como el español, que remite expresamente al Código Penal y a

³⁶ Vid. el párrafo 4° del Título IV de la Ley 19.968 que establece el “procedimiento contravencional ante los Tribunales de Familia” y las sanciones que se contemplan en el Art. 102 J del citado cuerpo legal. Resulta interesante la observación de Berríos quien denuncia que, por la vía del desacato judicial (Art. 240 inciso 2° del Código de Procedimiento Civil) podría llegarse al internamiento en régimen semicerrado, pues la pena de tal desacato queda dentro del marco de la regla 4° del Art. 23 LRPA (Cfr. BERRÍOS, G., “El nuevo sistema de justicia penal para adolescentes”, en *Revista de Estudios de la Justicia*, N° 6, Facultad de Derecho U. de Chile, 2005, pp. 161 y ss.).

³⁷ Sobre este Anteproyecto, vid. nota 32; también, CILLERO/BERNALES, “Derechos humanos de la infancia/adolescencia en la justicia ‘penal de menores’ de Chile: evaluación y perspectivas”, en *Revista de Derechos del Niño*, N° 1, UDP, 2002, pp. 33 y ss.

³⁸ En el Mensaje N° 68-347, remitido a la Cámara de Diputados el 2 de agosto de 2002, se señalaba que “[r]especto a los tipos penales, se excluye a la mayoría de las faltas de la responsabilidad y sanciones contenidas en esta ley y se establece una categoría taxativa de infracciones de carácter grave que serán las únicas a las cuales se podrá aplicar, como último recurso, una sanción privativa de libertad”. Esto es, se hacen punibles prácticamente los mismos hechos que constituyen delitos para los adultos, sólo que las penas privativas de libertad únicamente podrían aplicarse respecto de una categoría especial de ellos. Así, el Art. 7 del Proyecto contemplaba, entre otras figuras, el homicidio, la violación, el secuestro y las distintas figuras graves de robo. El segundo informe de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamentos del Senado da cuenta de la evolución de criterios habida en la misma hasta llegar al sistema de incriminación que consagra la Ley 20.084.

las leyes penales especiales. Es decir, no sólo se puede castigar a un adolescente por cualquier crimen o simple delito (las faltas, sólo en algunos casos) que esté contemplado como tal en el ordenamiento jurídico chileno vigente, sino que, además, se pueden imponer penas privativas de libertad en todo ese ámbito.

2. De las sanciones y su finalidad

El Art. 6° de la LRPA establece una “escala general” de sanciones para los adolescentes, “en sustitución de las penas contempladas en el Código Penal y en las leyes complementarias”. Tal escala distingue, primeramente, entre las penas de *delitos*, penas de *faltas* y, finalmente, una pena *accesoria*. Se advierte inmediatamente que existen *dos penas privativas de libertad*, sólo aplicables a los delitos: la *internación* con programa de reinserción social en régimen *cerrado* o *semicerrado*. También se contemplan dos penas con mayor o menor intensidad de control y asistencia socioeducativa del adolescente, la libertad asistida y la libertad asistida especial, y dos penas comunes a los delitos y faltas: la prestación de servicios en beneficio de la comunidad y la reparación del daño causado. Las faltas tienen asignadas, además de las dos anteriores, la multa y la amonestación. Se prevé como pena accesoria la prohibición de conducir vehículos motorizados, y si resulta necesario *en atención a las circunstancias*, el juez tiene la facultad, también como pena accesoria, de someter al adolescente a tratamientos de rehabilitación por adicción a las drogas o al alcohol (Art. 7 LRPA).

De modo excepcional en la legislación nacional, la LRPA define expresamente la finalidad de las sanciones “y otras consecuencias” que establece dicha ley y señala que ellas tienen por objeto *hacer efectiva la responsabilidad de los adolescentes por los hechos delictivos que cometen, de tal manera que la sanción forme parte de una intervención socioeducativa amplia y orientada a la plena integración social* (Art. 20 LRPA). Pareciera, entonces, que las sanciones en este ámbito tienen componentes tanto retributivos como preventivo-especiales, aunque con mayor preponderancia de esta última finalidad atendida la importancia que la ley confiere a la dimensión asistencial en el proceso de reinserción social del niño, circunstancia que –como veremos– jugará un papel principal a la hora de seleccionar la naturaleza y extensión de la sanción aplicable. Precisados los fines que se persiguen con la imposición de una sanción, podrá entonces determinarse cuál será la más apta o adecuada en el caso concreto y fijar su *quantum* a través de los factores relevantes señalados por la ley³⁹.

Por todo lo anterior, nos parece pertinente hacer una breve digresión acerca de las relaciones entre fin o función de la pena y determinación de la sanción aplicable al caso concreto, esto es, la forma en que aquella finalidad opera al momento de decidir la naturaleza y el *quantum* de ésta. Dicho ejercicio nos parece necesario antes de examinar cada uno los criterios de determinación de pena establecidos por la LRPA y su coherencia con la función asignada por el legislador a las penas en el ámbito de la criminalidad juvenil.

³⁹ Vid. en general, sobre ello: ZIFFER, P., *Lineamientos de la determinación de la pena*, Buenos Aires, 1996.

3. Función y fines de la sanción penal juvenil y determinación de la pena

La principal tarea de la determinación de la pena es la identificación de los criterios que deben orientar la decisión y fijación de las circunstancias y factores que deben o no deben ser consideradas por el juez al momento de imponer la pena concreta, proceso que suele ser designado como *individualización de la pena*. En él tiene gran importancia la función que se asigne a la pena en las distintas fases en que ella opera: en su conminación abstracta, en su imposición judicial, o en su ejecución administrativa. En dicho proceso de individualización, el juez debe aplicar los criterios establecidos en la ley para cuya interpretación será de importante auxilio la función atribuida a la pena. Así lo señala expresamente el inciso 2º del Art. 25 de la LRPA, que sienta la importancia hermenéutica del Art. 20 del mismo cuerpo legal y la necesidad de una resolución motivada que se haga cargo de tales finalidades.

En la determinación de la pena operan valoraciones de diferentes clases, pues en ella concurren intereses contrapuestos que es necesario compatibilizar, como son los del autor, los de la víctima y los de la sociedad interesada en la confirmación de sus normas. Esto hace que sólo se pueda arribar a una solución satisfactoria y adecuada a través de una argumentación conforme a principios y reglas racionalmente fundados. En este sentido, una regla que señale que *la privación de libertad se utilizará sólo como medida de último recurso* (Art. 26 inciso 1º LRPA) juega como criterio general de determinación punitiva basado en consideraciones preventivo-especiales

particularmente preponderantes en el ámbito de la criminalidad juvenil, de modo que aquélla constituye un lineamiento fundamental en esta materia. Tal sería la forma de dar contenido, entre varios posibles, al criterio interpretativo general de la LRPA del *interés superior del adolescente* (Art. 2 inciso 1º LRPA).

La cuestión más relevante a la hora de escoger un sistema de determinación de pena es su capacidad para predecir, del modo más seguro posible, la pena aplicable a un caso concreto. La previsibilidad de las decisiones judiciales, especialmente en el ámbito punitivo, es presentada como uno de los grandes valores que procura el principio de legalidad en sus diversas manifestaciones. Si se admite que no sólo los presupuestos de la responsabilidad penal y de la punibilidad (*nullum crimen sine lege*) sino también las consecuencias jurídicas del hecho punible (*nullum poena sine lege*) deben estar establecidas con anterioridad al hecho, ¿cómo sería posible considerar satisfecho este principio si, frente a un hecho concreto, sólo el juez pudiera decir cuál será la pena precisa a imponer en ese caso? Por otro lado, son conocidos doctrinalmente los argumentos en favor de una mayor discrecionalidad judicial a los efectos de “individualizar” la pena al caso concreto atendiendo a la gravedad del injusto, la culpabilidad del autor y los fines perseguidos por la pena⁴⁰. En cualquier caso, la búsqueda de la mayor previsibilidad posible será siempre a costa de una menor individualización de la pena a las características concretas del hecho y su autor. En efecto, todo proceso de determinación de la pena implica la concurrencia de intereses contrapuestos

⁴⁰ Vid., por todos, GRACIA MARTÍN, L. (COORD.): *Lecciones de consecuencias jurídicas del delito*, Valencia, 2000, pp. 169 y ss.

los del autor, los de la víctima y los de la sociedad interesada en la afirmación de sus normas-, los que deben ser compatibilizados por los entes estatales a cargo de la conminación, adjudicación y ejecución de la pena.

Para posibilitar la concordancia de los fines de la pena en el caso concreto se han desarrollado diferentes construcciones. Por razones de pertinencia y economía, nos limitaremos a exponer aquella que es dominante en Alemania y que grafica más paradigmáticamente la forma en que operan los diferentes fines de la pena, a partir de lo dispuesto en el párrafo 46 del Código Penal alemán⁴¹. Se trata de la teoría del ámbito de juego, elaborada por la jurisprudencia alemana. Ella sostiene que existen “fronteras fluidas” que expresan un marco penal determinado por la culpabilidad. Tal marco de culpabilidad determinaría un umbral máximo y uno mínimo, por encima o por debajo de los cuales la pena ya no sería adecuada desde esta perspectiva. Dentro de dicho marco, la pena debe determinarse conforme a los fines de la pena y los criterios legales que atienden a esos mismos fines.

Más allá de las críticas que la doctrina alemana haya opuesto a ésta y otras teorías,

lo cierto es que ninguno de ellos prescinde de tales fines a la hora de postular algún modelo óptimo de determinación de la pena⁴².

4. Las reglas de determinación de las sanciones en la LRPA

El sistema de determinación de la pena de la LRPA es de carácter legal, dependiente del existente en el Código Penal, con un marco bastante extenso de individualización judicial, mucho más amplio que el del Código Penal.

La LRPA toma como criterio de partida las penas asignadas por el Código Penal y leyes especiales a los delitos cometidos por adultos. En una técnica legislativa compleja e inédita en nuestro sistema y que será, sin duda, fuente de innumerable controversia doctrinal y jurisprudencial, la LRPA establece el siguiente procedimiento individualizador: primero debe establecerse la *duración* de la sanción, recurriendo a la extensión temporal de las penas asignadas a los delitos contenidos en el Código Penal, y sólo una vez determinada aquélla puede designarse la *naturaleza* de la sanción aplicable al caso.

⁴¹ Art. 46 StGB. “Principios de la determinación de la pena:

(1) La culpabilidad del autor es el fundamento de la determinación de la pena. Se considerarán los efectos que son de esperar de la pena sobre la vida futura del autor en la sociedad”.

⁴² Por todos, cfr. ROXIN C., “Strafzumessung im Lichte der Strafzwecke”, en *Festschrift für Bockelmann*, München, 1979, pp. 282 y ss.

(2) Al determinar la pena, el tribunal ponderará las circunstancias que hablan a favor o en contra del autor. Al respecto, se tomarán especialmente en consideración: los motivos y fines del autor; el ánimo que expresa el hecho, y la voluntad aplicada al hecho; la medida de la contrariedad al deber; la forma de ejecución y las consecuencias culpables del hecho; la vida anterior del autor, sus condiciones personales y económicas, así también como su conducta con posterioridad al hecho y, especialmente, sus esfuerzos por reparar los daños”.

(3) No deben ser tomadas en consideración aquellas circunstancias que ya constituyen elementos del tipo legal”.

Siguiendo el sistema alemán, los nuevos Códigos penales de Perú (1983), Colombia (1985), Bolivia (1987), Cuba (1992), Paraguay (1993) y Argentina (1994) sólo proporcionan ciertos criterios generales y dejan entregada su ponderación al juez.

El Art. 6º LRPA pareciera dar ciertas luces sobre el sistema de determinación de sanciones escogido, al precisar que la escala general de penas “juveniles” que contempla dicho cuerpo legal se plantea “en sustitución de las penas contempladas en el Código Penal y en las leyes complementarias...”; esto es, las reglas de determinación de las penas de la LRPA sólo se explican a partir de la necesidad de preservar la legalidad de las penas, principio irrenunciable de la intervención punitiva en un Estado de derecho democrático. Con la técnica legislativa seleccionada se busca únicamente evitar la repetición, con ciertas modificaciones, del catálogo de delitos y sanciones previsto en el Código Penal y leyes complementarias⁴³. Si bien las ventajas de la técnica aludida son significativas, pues permite una importante economía legislativa sin sacrificar el principio de reserva legal, estimamos que las reglas de determinación de las sanciones que establece la ley resultan en buena parte imprecisas, redundantes e inconsistentes, dejando un amplio margen de discrecionalidad al tribunal para interpretarlas a su arbitrio, circunstancia que afecta peligrosamente el principio de certeza legal y seguridad jurídica.

Así, por ejemplo, los factores y circunstancias modificatorias de la responsabilidad penal juvenil operan en dos niveles: primero, en la fijación de la extensión o duración de la sanción (Art. 22 LRPA) y, también, en la selección de la sanción aplicable dentro del marco penal determinado temporalmente (Art. 24 LRPA). Esta situación podría determinar, *prima facie*, una *doble consideración* del mismo

hecho o circunstancia para la cuantificación de la sanción, procedimiento que se encuentra terminantemente proscrito en el caso de las circunstancias que agravan la responsabilidad penal, por imperativo del principio *non bis in ídem* o prohibición de doble valoración recogido legalmente en el Art. 63 del Código Penal. Ello ocurrirá normalmente cuando los criterios de determinación de la naturaleza de la pena ya hayan sido considerados para fijar la gravedad del delito y la posición o lugar de la consecuencia asignada al mismo dentro de la escala de penas. Volveremos sobre esta cuestión más adelante⁴⁴.

Para un análisis más sistemático de las reglas para la determinación de las penas contempladas en la LRPA, efectuaremos una siguiente subdistinción entre reglas referidas a la *duración* de las penas y reglas referidas a la *naturaleza* de las penas dentro de los marcos de duración de las mismas.

Dentro de ambas clases de reglas estudiaremos cómo inciden los factores y circunstancias modificatorias de la responsabilidad penal juvenil.

1.1. Reglas referidas a la duración de las penas

1.1.1. Regla general que opera en un primer nivel de determinación. Límites temporales absolutos

Como señaláramos, la naturaleza de la pena aplicable sólo podrá determinarse una vez precisada su duración. Conforme al Art. 21 LRPA, “y para los efectos de

⁴³ Situación que no ocurría en el Anteproyecto, pues en él se contemplaba un catálogo restringido y preciso de figuras punibles respecto de los adolescentes.

⁴⁴ Vid. *infra* 4.2.

la presente ley, se entenderá que la pena asignada al delito cometido por un adolescente es la inferior en un grado al mínimo de los señalados por la ley para el ilícito correspondiente”.

Esta regla significa que el legislador optó por establecer como marco *abstracto* de extensión de las sanciones juveniles el mismo que en la regulación anterior se deducía de la aplicación de la regla de atenuación de pena contenida en el inciso 1° del Art. 72 del Código Penal. Cabe destacar, empero, que la ley establece un límite máximo temporal absoluto de las penas privativas de libertad que pueden imponerse a los adolescentes infractores de la ley penal. En efecto, el Art. 18 LRPA establece que las penas de internación en régimen cerrado y semicerrado, ambas con programa de reinserción social, no podrán exceder de cinco (5) años si el infractor adolescente tuviere menos de dieciséis (16) años, o de diez (10) años, si aquél tuviere más de esa edad (16 y 17 años).

Otros límites temporales absolutos que establece la ley se contemplan en el inciso 2° del Art. 11 LRPA, respecto de los servicios en beneficio de la comunidad, e inciso final de los Arts. 13 y 14, con relación a la libertad asistida y libertad asistida especial, respectivamente.

Por consiguiente, el sistema de determinación de penas en el ámbito juvenil es, en general, dependiente del sistema de penas para adultos y se define de acuerdo a los marcos sancionatorios del Código Penal, con la modificación señalada en el Art. 21 LRPA. Así, si un joven de 16 años es condenado como autor de un homicidio calificado, el punto de partida para la determinación de la pena aplicable estará dada, en primer lugar, por el marco penal

establecido en el Art. 391 N° 1 del Código Penal, esto es, presidio mayor en su grado medio a presidio perpetuo (duración de 10 años y un día a perpetuidad). Pero como la LRPA establece que debe aplicarse la pena inferior en un grado al mínimo del señalado por la ley penal de adultos, correspondería imponer, en principio, una sanción *cuya duración coincida* con la de presidio mayor en su grado mínimo, esto es, 5 años y un día a 10 años, según la escala establecida en el Art. 59 en relación con el Art. 56 del Código Penal. Este será, por consiguiente, el marco penal *a partir del cual* se determine la extensión concreta y la naturaleza de la sanción que deba imponerse conforme a los Arts. 22, 23 y 24 LRPA. Por otro lado, si el mismo delito es cometido por un niño mayor de 14 pero menor de 16 años, no podrá aplicarse una pena privativa de libertad superior a 5 años (Art. 18 LRPA), por lo que la sanción deberá rebajarse a lo menos en 2 grados respecto de la mínima prevista para el respectivo delito por la ley penal de adultos conforme lo dispone el inciso 2° del Art. 22 LRPA.

Sin embargo, basta la mera lectura de la tabla demostrativa contenida en el Art. 23 LRPA, para observar que existen sanciones que, por su naturaleza, no son susceptibles de adaptarse a los tiempos de duración que la ley les asigna. Tales son: la amonestación, la multa y la reparación del daño causado. Por otra parte y aunque la sanción de prestación de servicios en beneficio de la comunidad es, *prima facie*, divisible en los tiempos de duración que señala el Art. 23 LRPA (1 a 60 días, 61 a 540 días y 541 días a 3 años), debe considerarse al mismo tiempo que el Art. 11 LRPA establece que ella “tendrá una extensión mínima de 30 horas y máxima de 120 horas”, y que “no podrá exceder

en ningún caso de 4 horas diarias y deberá ser compatible con la actividad educacional o laboral que el adolescente realice”. Ahora bien, si el tribunal aplica 120 horas de prestación de trabajo en servicio a la comunidad a un adolescente por la comisión de un delito cuya pena tiene una duración de 3 años, ¿quiere ello decir que las 120 horas deben distribuirse en tres años? Pareciera absurdo que así fuera y, además, se pondría en peligro la finalidad preventivo especial de la pena, pues se encuentra comprobado criminológicamente que mientras más prolongado es el tiempo de duración de la ejecución de una sanción que depende de la voluntad o posibilidades de quien asume cumplirla, mayor será la probabilidad de incumplimiento de la misma, circunstancia que haría innecesariamente procedentes las reglas sobre quebrantamiento de condena y, en el caso particular del trabajo en servicio a la comunidad, la sustitución de ésta por una sanción superior, no privativa de libertad (Art. 11 inciso final LRPA).

Por otro lado, la ley establece un límite temporal absoluto para la pena de libertad asistida especial. En efecto, conforme al inciso final del Art. 14 LRPA, la duración de esta sanción “no podrá exceder los tres años”. Nos parece evidente que esta restricción dice relación con la finalidad fundamental de la pena en el ámbito de la criminalidad juvenil, cual es apoyar, suplir, promover los procesos de socialización del niño o adolescente (cfr. Art. 20 LRPA). La libertad asistida especial es una pena destacadamente apropiada para tal propósito, el que no se obtendrá si la duración de la sanción es extremadamente prolongada o desproporcionada con la gravedad

del hecho que reprime. No obstante, y en una aparente inadvertencia del legislador, esta pena se incluye, en la tabla demostrativa contenida el Art. 23 LRPA, junto con aquellas que temporalmente pueden extenderse entre 3 años y un día a 5 años. Esta situación demuestra que la tabla de extensión punitiva prevista en el Art. 23 LRPA no opera en todos los casos como criterio para la determinación temporal de la sanción aplicable, sino como criterio objetivo para la selección jurisdiccional de la pena aplicable a un caso concreto, después de efectuar las equivalencias con las penas del Código Penal⁴⁵ y los ajustes establecidos por la propia ley.

Por consiguiente, si la extensión de la sanción va desde 3 años y 1 día a 5 años, el juez podrá optar entre la internación en régimen cerrado con programa de reinserción social, la internación en régimen semicerrado con programa de reinserción social o la libertad asistida especial. En los dos primeros casos, la opción determinará además la duración posible de la sanción, pero en el tercer caso, la opción del tribunal estará determinada temporalmente por la norma del inciso final del Art. 14 LRPA, por lo que en caso alguno podrá exceder de 3 años. Esta conclusión es, además, plenamente coincidente con la norma restrictiva prevista en el inciso final del Art. 22 LRPA, respecto de las penas privativas de libertad.

Otro ejemplo: si la extensión de la sanción oscila entre 61 a 540 días, la opción del tribunal por la internación en régimen semicerrado con programa de reinserción social o la libertad asistida en cualquiera de sus formas determinará, también, la

⁴⁵ En este sentido, resulta particularmente ilustrativa la primera parte de la regla primera del Art. 23 LRPA cuando señala: “[s]i la extensión de la sanción *resulta equivalente* a una pena de crimen”.

duración de la sanción, pues en este caso no se infringe el Art. 14 inciso final LRPA. Sin embargo, la opción por la prestación de servicios en beneficio de la comunidad o la reparación del daño causado no prejuzga la duración misma de la sanción. En efecto, el tribunal podría imponer 30 horas de esta sanción a cumplirse en 30 días o reparar el daño causado en un plazo de 30 días, entre otras posibilidades.

Por las consideraciones precedentes, estimamos que los tiempos de duración de las sanciones sólo operan como tales en el ámbito de aquellas divisibles temporalmente en dichos parámetros, excluyendo la libertad asistida especial cuando la pena excede de tres años. En los restantes casos, la extensión de la sanción opera como criterio objetivo para que el tribunal escoja aquella más apropiada al caso concreto conforme a las reglas del Art. 24 LRPA. Esta distinción nos será de gran utilidad cuando examinemos las reglas de selección de las sanciones conforme a su naturaleza⁴⁶.

4.1.2. Reglas que operan en un segundo nivel de determinación

El inciso 1° del Art. 22 LRPA establece que la duración o extensión de la sanción (como ya adelantáramos, todavía sin referirse a su naturaleza, la que recién se señala en el Art. 23 LRPA) deberá determinarse aplicando las reglas previstas en el Párrafo 4° del Título III del Libro I del Código Penal (Arts. 50 y siguientes), con excepción de lo dispuesto en el Art. 69 de dicho cuerpo legal. Por su parte, el inciso 2° del mismo precepto establece que si la sanción calculada en la forma prevista en el inciso 1° supera los límites máximos

dispuestos en el Art. 18, “su extensión definitiva deberá ajustarse a dichos términos”.

En un análisis sistemático, las reglas precedentes indican que deberá recurrirse a las contenidas en el Código Penal y en leyes penales especiales para calcular la pena aplicable según la calidad de la participación en el delito (autor, cómplice o encubridor) y el grado de desarrollo del mismo (tentativa, frustración y consumación) y que, en general, determinan una reducción en uno o dos *grados* de la pena asignada al autor del delito consumado correspondiente (Arts. 50-54 del Código Penal).

El “grado de pena” a que se refiere la LRPA, por ejemplo en su Art. 21, es una medida temporal de equivalencia con la señalada en el Código Penal, pues en la estructura de sanciones de la nueva ley penal juvenil no tiene recepción expresa. En efecto, la LRPA no contempla tres tramos temporales diferenciados de pena según gravedad (grados máximo, medio y mínimo), como lo hace el Código Penal.

De la observación de la tabla demostrativa que contiene el Art. 23 LRPA se desprende que la extensión de cada una de las penas allí contempladas se corresponde con un grado de una pena divisible de adultos. Esta circunstancia será especialmente relevante a la hora de interpretar y aplicar las reglas de determinación de pena según número y entidad de circunstancias atenuantes o agravantes, contempladas en los Arts. 65 y siguientes del Código Penal. En efecto, debido a la característica precedentemente señalada, tendrá particular incidencia en el ámbito del juego de las

⁴⁶ Vid. infra 4.2.

circunstancias atenuantes y agravantes que modifican la responsabilidad penal juvenil la regla de determinación de pena contenida en el Art. 67 del Código Penal, porque ella se refiere, justamente, a los casos en que la pena señalada al delito sea un grado de una divisible. Así, si concurre sólo una circunstancia atenuante o sólo una agravante, el tribunal deberá aplicar en el primer caso la pena en su *mínimum* y en el segundo, en su *máximum*. Seguidamente la ley señala que para determinar el *mínimum* y el *máximum* de la pena debe dividirse por mitades el período de su duración: la mitad superior formará el *máximum* y la mitad inferior, el *mínimum*.

Siguiendo el ejemplo propuesto anteriormente, determinaremos la pena aplicable al adolescente mayor de 16 años, cómplice de un homicidio calificado consumado, a quien favorece una atenuante y ninguna agravante:

1° Debe imponérsele la pena inmediatamente inferior al mínimo de la señalada para el respectivo delito (Art. 21 LRPA); en la nomenclatura de la LRPA, una pena cuya extensión vaya de 5 años y un día a 10.

2° La pena así determinada debe disminuirse en un grado más atendida la clase de participación en el delito (Art. 51 del Código Penal); esto es, a una duración de entre 3 años y un día a 5 años.

3° Finalmente, la pena rebajada conforme a las reglas precedentes debe ser impuesta en su grado *minimun* (Art. 67 del Código Penal), esto es, en el ámbito de la mitad inferior de la pena señalada precedentemente (3 años y un día a 4 años).

Ahora bien, como ya expresáramos precedentemente, la fijación de la extensión de la sanción concreta aplicable sólo podrá adaptarse a los parámetros temporales fijados en la tabla del Art. 23 LRPA, cuando se trate de penas privativas de libertad o de libertad asistida en cualquiera de sus formas, excepto en el caso de la regla N°2 del citado precepto legal, pues la libertad asistida especial en caso alguno puede exceder de 3 años. Sin embargo, ¿qué ocurrirá con las demás sanciones, esto es, aquellas no susceptibles de ser reducidas a estos parámetros temporales? Estimamos que dentro del marco penal determinado por aplicación de la regla del Art. 22 LRPA, el tribunal deberá individualizar la pena respetando las restricciones que impone su naturaleza y los criterios del Art. 24 LRPA, en cuanto sean aplicables.

Así, por ejemplo, el monto de la reparación del daño causado deberá guardar proporción con la gravedad del ilícito de que se trate y no necesariamente con la cuantía del daño ocasionado, pues esta sanción persigue fines públicos relacionados con la función de la pena, en tanto que la reparación civil compensatoria o indemnizatoria de los daños no enteramente satisfecha puede todavía perseguirse por la vía civil (Art. 10 inciso 2° LRPA). El criterio de “la extensión del mal causado con la ejecución del delito”, a que se refiere la letra e) del Art. 24 LRPA, dice relación, en primer lugar, con la entidad de la afectación al bien jurídico producido por el delito (puede tratarse de una lesión o una mera puesta en peligro del mismo)⁴⁷; también atiende a las consecuencias perjudiciales del delito, que no siempre serán de carácter económico (daño a un bien de gran valor afectivo) y, para algún sector de

⁴⁷ Sobre el particular, vid. ETCHEBERRY, A., *Derecho Penal, Parte General*, T.II, , Santiago, 1998, p. 191.

la doctrina, comprende asimismo el “daño mediato” o alarma pública que ocasiona el hecho en la comunidad⁴⁸.

Tratándose de la pena de multa, además de los criterios del Art. 24 LRPA, deberán considerarse “la condición y las facultades económicas del infractor y de la persona a cuyo cuidado se encontrare” (Art. 9 inciso 1° LRPA).

El mismo procedimiento habrá de ocuparse con relación a la prestación de servicios en beneficio de la comunidad, en que su ubicación dentro de un determinado tramo de extensión de pena no predetermina, como vimos en otro lugar⁴⁹, la cantidad de horas de prestación ni el lapso total en que ellas deben verificarse.

4.1.3. Situación especial de las penas privativas de libertad

Existe una situación especial de determinación de pena que tiene por consecuencia una notable rebaja en la duración de la sanción con aquella que correspondería –en el sistema penal de adultos– a un injusto relevantemente más grave. En efecto, como el tope máximo de duración de una pena juvenil es de 10 años y 5 años, según la edad del infractor⁵⁰, ocurrirá que si el joven comete un delito que en el Código Penal tuviere asignada penas superiores a 15 años y un día de duración (presidio o reclusión mayores en su grado máximo a presidio perpetuo), el tribunal deberá ajustar las penas de modo que en concreto no sobrepasen los límites establecidos por el Art. 18 LRPA. Así, si un joven de 15 años

comete parricidio, le corresponderá *prima facie* una pena cuya duración oscile entre 10 años y un día y 15 años⁵¹; pero como es menor de 16 años, la pena jamás podrá exceder de 5 años.

En consecuencia, y *aunque* no existan circunstancias atenuantes de responsabilidad criminal que permitan rebajar la pena en un grado, dicha rebaja debe operar de pleno derecho por la sola circunstancia de la edad del menor. En el ejemplo dado precedentemente, deben hacerse jugar, primero, las reglas de determinación de pena previstas en el Párrafo 4° del Título III del Libro I del Código Penal, con excepción de lo dispuesto en el Art. 69 de dicho cuerpo legal. Luego, si la sanción calculada supera los límites máximos dispuestos en el Art. 18 LRPA, su extensión definitiva deberá ajustarse a dichos límites (Art. 22 inciso 2° LRPA). Pero, además, cuando el Art. 18 limita a un máximo de 5 años la privación de libertad a un joven de 14 ó 15 años, hace inaplicable la regla 1ª del Art. 23 LRPA, que se refiere a la naturaleza de las sanciones que se pueden imponer cuando su duración es superior a 5 años y un día⁵².

El tratamiento punitivo más benigno se dispensa a quien, por su edad, está en una situación de menor desarrollo cognitivo y de personalidad, lo que le impide aprehender cabalmente las normas y adecuar su comportamiento a ellas. La finalidad especial del derecho penal juvenil determina, por consiguiente, la imposición de sanciones más “blandas” en cuanto a duración y naturaleza, a fin de favorecer y fortalecer

⁴⁸ *Ibidem*.

⁴⁹ Vid. *supra* 4.1.2.

⁵⁰ Vid. Art. 18 LRPA

⁵¹ Cfr. Art. 390 del Código Penal en relación al Art. 21 LRPA.

⁵² En el mismo sentido, BERRIOS, G., (n. 36), p. 168.

el respeto de las normas y suplir las necesidades de desarrollo e integración social.

Un tratamiento análogo al precedente debe darse al condenado en caso de concurso de delitos, ya sea por las reglas del Código Penal (Arts. 74 ó 75) –aplicable a la especie en virtud del inciso 2° del Art. 1 LRPA– o del Código Procesal Penal (Art. 351) –aplicable conforme al inciso 1° del Art. 27 LRPA.

4.2. Reglas de determinación de la naturaleza de las penas

Sólo una vez que el tribunal ha establecido la duración de la pena *en concreto*, esto es, considerando las reglas de determinación de pena precedentemente estudiadas, corresponderá aplicar los Arts. 23 y 24 LRPA. Por ello, estimamos pertinente distinguir dos fases en el proceso de individualización de la pena aplicable al condenado.

4.2.1. Primera fase del procedimiento de individualización de la pena

Para ello es necesario tener en consideración las siguientes normas, reglas y procedimiento:

- a) La escala general del Art. 6° LRPA designa las penas de acuerdo a su naturaleza y las ordena en una escala de gravedad descendente, en la que la más grave es la internación en régimen cerrado con programa de reinserción social y la más leve es la sanción de amonestación. Por su parte, el Art. 23 LRPA contempla cinco marcos penales diferentes, asociada su gravedad a la extensión temporal de los mismos.
- b) Cada marco penal contempla dos o más sanciones de igual o diferente naturaleza, confiriéndose al tribunal la facultad de seleccionar una de ellas conforme a las reglas que contiene el Art. 23 LRPA. Así, por ejemplo, si la sanción aplicable tiene un marco penal de tres años y un día a cinco años, el tribunal podrá seleccionar una de entre tres sanciones diferentes disponibles: a) internación en régimen cerrado con programa de reinserción social; b) internación en régimen semicerrado con programa de reinserción social; ó, c) libertad asistida especial. En cambio, si la extensión de la sanción resulta equivalente a una pena de crimen (Art. 23.1 LRPA), el tribunal sólo puede optar entre dos penas privativas de libertad: la internación en régimen cerrado o la internación en régimen semicerrado, ambas con programa de reinserción social.
- c) El inciso final del Art. 26 LRPA estipula que “en ningún caso se podrá imponer una pena privativa de libertad si un adulto condenado por el mismo hecho no debiere cumplir una sanción de dicha naturaleza”. Esta norma alude indirectamente a la posibilidad de sustitución de una pena privativa de libertad por alguna de las medidas que contempla la Ley 18.216. Como es sabido, dicho cuerpo legal permite suspender la ejecución de las penas privativas o restrictivas de la libertad impuestas en una sentencia, en el caso de la remisión condicional de la pena y de la libertad vigilada, o sustituirla por la reclusión nocturna, en general, cuando la duración de aquellas no excede de 5 años (en el caso de la libertad vigilada) o de 3 años (en los demás

casos). Por consiguiente, bajo ningún supuesto podrá aplicarse judicialmente la pena de internación en régimen cerrado o semicerrado de privación de libertad (consideradas sanciones privativas de libertad en el Art. 15 LRPA), cuando la pena aplicable no supere los cinco años de duración y el condenado cumpla con los requisitos exigidos por la Ley 18.216 para poder acceder a alguna de las medidas alternativas que dicho cuerpo legal contempla⁵³. Así, por ejemplo, si la duración de la pena aplicable cae en el ámbito de las reglas 2ª, 3ª ó 4ª del Art. 23 LRPA y el condenado reúne los requisitos de la Ley 18.216, el juez deberá optar por cualquier otra pena que no sea la internación en régimen cerrado o semicerrado, con programa de reinserción social.

d) A la situación descrita precedentemente se suma que el Art. 41 LRPA autoriza al tribunal, en ciertos casos, para disponer la suspensión de la imposición de la condena que emita en su sentencia. En efecto, en los casos que “hubiere mérito para aplicar sanciones privativas o restrictivas de libertad iguales o inferiores a 540 días, pero concurrieren antecedentes favorables que hicieren desaconsejable su imposición, el juez podrá dictar sentencia y disponer en ella la suspensión de la pena y sus efectos por un plazo de seis meses”. El cumplimiento del plazo sin que el imputado sea objeto de un nue-

vo requerimiento o formalización de la investigación dará lugar al sobreseimiento definitivo de la causa.

e) Por otro lado, la ley señala que en los casos en que fuere procedente la internación en régimen cerrado o semicerrado, ambas con programa de reinserción social, el tribunal podrá imponer *complementariamente* una pena de libertad asistida en cualquiera de sus formas, *por un máximo que no supere el tiempo de la condena principal* (Art. 19 LRPA). La ley señala la forma en que se ejercerá esta facultad por parte del tribunal: i) con posterioridad a la ejecución de la pena privativa de libertad, siempre y cuando en total no se supere la duración máxima de ésta (complementariedad); o ii) en forma previa a la ejecución de la pena privativa de libertad, lo que determina que la pena principal quede en suspenso y en carácter condicional para ejecutarse en caso de incumplimiento de la libertad asistida en cualquiera de sus formas, en el caso de las penas que se extienden hasta 540 días. En este último caso, la libertad asistida opera al modo de la *probation* anglosajona⁵⁴, instituto que ha sido recogido en nuestro ordenamiento jurídico en ciertas medidas alternativas a las penas privativas de libertad previstas en la Ley 18.216 y en la suspensión condicional del procedimiento que recoge el Código Procesal Penal⁵⁵. De estas reglas se desprende que la libertad asistida, en cualquie-

⁵³ Esto es, los requisitos contenidos en los Arts. 4, 8 y 15 de la Ley 18.216.

⁵⁴ La *probation*, institución de origen anglosajón, designa todas aquellas instituciones que suponen la suspensión de la ejecución de una pena, de la sentencia o del proceso penal sujeto a ciertas condiciones que deben cumplirse en un lapso de prueba o de observación. Si se satisfacen las condiciones impuestas en dicho lapso, no se ejecuta la pena, no se dicta la sentencia o se extingue la acción penal para perseguir las correspondientes responsabilidades penales. También véanse los Arts. 41 y 54 de la LRPA.

⁵⁵ Cfr. Párrafo 6º del Título I del Libro II del Código Procesal Penal; asimismo, HORVITZ/LÓPEZ, (n.2), T.I, Santiago, 2002, pp. 552 y ss.

ra de sus formas, deberá aplicarse en forma previa cuando la duración de la sanción se ubique en el tramo que contempla el numeral 4º del Art. 23 LRPA. En los demás casos (reglas 1ª, 2ª y 3ª), la libertad asistida debiera aplicarse con posterioridad a la pena privativa de libertad. En nuestra opinión, el Art. 19 operaría también en el ámbito de la regla 1ª del Art. 23 LRPA, aun cuando ella no contempla la libertad asistida como sanción aplicable, pues la norma del Art. 19 es general y se refiere a los casos “en que fuere procedente la internación en régimen cerrado o semi-cerrado, ambas con programa de reinserción social”, sin hacer distinciones. Se trata de una forma de mitigar la excesiva afflictividad de una pena grave, cuando se requiera un tratamiento especializado en el medio libre respecto de un joven que tiene un pronóstico favorable de reinserción social.

- f) El inciso 1º del Art. 25 LRPA señala que “en las situaciones regladas en los numerales 3 y 4 del Art. 23, el tribunal podrá imponer conjuntamente dos de las penas que las mismas reglas señalan, siempre que la naturaleza de éstas permita su cumplimiento simultáneo”. Esto es, sólo en estos dos tramos punitivos el tribunal puede imponer sanciones combinadamente o en forma mixta⁵⁶, respetando el límite máximo de extensión de pena allí señalados, siempre que ello permita el mejor cumplimiento de las finalidades preventivo especiales que señala el Art. 20 de la ley y así se consigne circunstanciadamente en resolución

fundada (Art. 25 inciso 2º LRPA). Esta norma está en la línea político-criminal existente en el derecho comparado que plantea la necesidad de individualizar la pena buscando una combinación de aquellas que resulte más apropiada al fin de reintegración social y que evite, en lo posible, los procesos de desocialización que conllevan las penas de encierro. El límite de aplicación del Art. 25 LRPA debe ser matizado, pues como vimos a propósito de las sanciones mixtas que prevé el Art. 19 del mismo cuerpo legal, la libertad asistida en cualquiera de sus formas también puede ser aplicada en combinación o complementariamente con las penas privativas de libertad que contempla la ley. Sólo que ella establece la forma en que debe producirse su combinación.

4.2.2. Segunda fase del proceso de individualización

La selección de la pena juvenil aplicable no es discrecional del órgano jurisdiccional. La ley impone al tribunal el deber de atender a los criterios señalados en el Art. 24 LRPA para decidir la naturaleza de la sanción que corresponda al caso concreto, “dejando constancia de ello en su fallo”.

Tales criterios dicen relación, en parte, con aquellos que debieron considerarse ya *antes*, para la decisión acerca de la extensión temporal de la sanción, como los contenidos en las letras b) del Art. 24 LRPA, referido al grado de participación en el delito e *iter criminis* y c), referido a la concurrencia de circunstancias modificatorias de responsabilidad criminal.

⁵⁶ Existen modelos en el derecho comparado que contemplan este tipo de sanciones mixtas o combinadas, como en el caso del Reino Unido, con la introducción de la Ley de Justicia Criminal de 1991, primero, y de 1999, después (Ley sobre Justicia Juvenil y Evidencia Criminal).

Dicha valoración tiene, sin embargo, una función diferente en este caso, pues ya no opera para determinar la extensión de la pena, sino para seleccionar la naturaleza de la misma.

Sin perjuicio de la aclaración anterior, estimamos que algunos factores o criterios legales jamás debieron establecerse como tales para determinar la clase de pena aplicable; primero, por afectarse en algún caso el principio de prohibición de doble valoración y de *ne bis in ídem* y, en segundo lugar (o especialmente), porque en la determinación de la *naturaleza* de la sanción aplicable sólo debió considerarse aquella más adecuada y efectiva al caso concreto desde la perspectiva del fin de prevención especial de la pena. El razonamiento precedente tiene, sin embargo, una mayor importancia tratándose de las penas divisibles temporalmente en los marcos de extensión que establece el Art. 23 LRPA –como las privativas de libertad o la libertad asistida en todas sus formas– que respecto de aquellas no susceptibles de tal división temporal. Nos referiremos, en primer término, a las primeras.

La ley establece como primer criterio “para determinar la naturaleza de las sanciones, dentro de los márgenes antes establecidos” ... “la gravedad del ilícito de que se trate” (Art. 24 letra a) LRPA). Sin embargo, cuando el legislador establece el marco penal de extensión o duración de la pena aplicable fija también objetivamente las posibles penas que, dentro de ese marco temporal, pueden ser seleccionadas por el tribunal. Al incluirlas en él *ha debido considerar* la gravedad del ilícito de que se trata, pues no se contemplan penas de

leve contenido aflictivo dentro de marcos temporales prolongados o extensos, ni viceversa. En efecto, la extensión de la pena “juvenil” está en relación con la duración de la pena correspondiente de adultos, y ésta, a su vez, con la entidad del bien jurídico y la magnitud de su afectación, y demás factores que atingen a la culpabilidad del autor. De allí que todos aquellos aspectos, elementos o circunstancias que fundan el ilícito, esto es, que han sido tomados en consideración por el legislador al configurar el tipo penal y la extensión de la pena, no pueden ser valorados nuevamente –en un sentido desfavorable al reo– para seleccionar, esta vez, la clase o naturaleza de la sanción aplicable. Más aun si lo que se persigue con la diversidad de penas en este ámbito es favorecer la reinserción social del adolescente y no fines meramente retributivos (ya considerados al determinarse la extensión de la pena), lo que viene por lo demás impuesto por el Art. 20 LRPA.

Existe además un argumento histórico que nos permite reafirmar el planteamiento precedentemente expuesto. En efecto, en el Art. 24 del Anteproyecto de Ley sobre Responsabilidad por Infracciones Juveniles a la Ley Penal⁵⁷ se contenía una norma que también atendía a la gravedad de la infracción ya “para determinar la medida aplicable a un joven, como asimismo, para fijar su extensión temporal o cuantía...”, la que debía ser “evaluada en conformidad con los criterios establecidos en el Art. siguiente...”. Y el Art. 25 disponía que “para evaluar la gravedad del hecho cometido, el tribunal deberá determinar, en primer lugar, si éste corresponde a una simple infracción o a una infracción grave,

⁵⁷ Vid. nota 33.

de acuerdo a lo dispuesto en el Art. 6 de la presente ley”. El mismo precepto legal facultaba al tribunal para considerar los restantes factores actualmente previstos en el Art. 24 LRPA, pero tanto para determinar la naturaleza como la extensión de la pena. En el esquema de dicha regulación tal procedimiento era perfectamente posible, tanto porque el Anteproyecto contemplaba un catálogo taxativo y reducido de delitos propiamente “juveniles”, como porque distinguía entre infracciones graves y simples, criterio que servía tanto de límite a la imposición de ciertas penas cuanto de fundamento para la determinación de la naturaleza y, junto con ella, de la extensión de la sanción aplicable.

Como es sabido, la distinción entre infracciones graves y simples se mantuvo en el Proyecto de Ley, pero sin resolver los criterios de determinación de la pena concreta aplicable. De allí que finalmente se adoptara un modelo amplio, con remisión a las reglas y nomenclatura del Código Penal, pero adaptado en lo que dice relación con la extensión y naturaleza de las sanciones. Los problemas interpretativos surgen, en lo fundamental, de dos fuentes. El primero se deriva de la circunstancia de haberse desechado la distinción operativa entre infracciones graves e infracciones simples del modelo original, la que pretendía básicamente reservar las penas privativas de libertad para las pocas infracciones graves que se contemplaban en él. Como sabemos, la LRPA contempla penas privativas de libertad no sólo para los crímenes, sino también para los simples delitos en toda su escala, por lo que la distinción perdió su funcionalidad. En segundo lugar, al contemplarse los mismos factores en dos fases distintas de determinación de la pena (primero, para fijar su extensión; después, para fijar su naturaleza) no sólo se plantea

la eventual infracción del principio *non bis in ídem*, sino que se tienden a confundir los niveles en que operan las distintas funciones de la pena en el ámbito de la criminalidad juvenil, confiriéndose un aparente privilegio a los fines retributivos por sobre los fines preventivo-especiales, en abierta infracción del Art. 20 LRPA.

Así, si el menor infractor comete un delito que determinará –conforme a las circunstancias concretas del caso- la aplicación de una pena de crimen, la gravedad del ilícito ya se encuentra valorada y considerada en las reglas de determinación de la pena que fijan la extensión de la sanción y de las penas aplicables en dicho marco temporal, el que excluirá la posible aplicación de penas de distinta naturaleza que las incluidas en el correspondiente tramo de duración de pena. La gravedad del delito, por consiguiente, no debería predeterminar la naturaleza de la sanción aplicable, selección que debería estar orientada fundamentalmente por directrices preventivo-especiales. En tal sentido nos parece altamente acertado el criterio señalado en la letra f) del Art. 24 LRPA, de evidente connotación resocializadora, esto es, por “la idoneidad de la sanción para fortalecer el respeto del adolescente por los derechos y libertades de las personas y sus necesidades de desarrollo e integración social”. No favorece esta finalidad la selección *obligatoria* de una pena privativa de libertad para los delitos más graves, especialmente cuando el tribunal no la considere apropiada preventivo-especialmente en el caso concreto.

Con relación a los restantes criterios de determinación de la naturaleza de las sanciones contenidos en el Art. 24 LRPA se pueden realizar similares reflexiones. En efecto, al determinarse la extensión de la

pena al hecho concreto también se habrán valorado ya las circunstancias agravantes de la responsabilidad criminal (Art. 24 letra c) LRPA), la forma de participación del menor en el hecho y el grado de desarrollo del delito (Art. 24 letra b) LRPA). Por ello, estimamos que estos criterios no deben ser considerados nuevamente para seleccionar la pena aplicable atendiendo a la “gravedad” de su naturaleza (si se acepta que ellas están establecidas en cada tramo en un orden de gravedad descendente) sino sólo en su idoneidad preventivo-especial al caso concreto.

Especial interés tiene el criterio señalado en letra d) del Art. 24 LRPA consistente en “la edad del adolescente infractor”. En efecto, ¿qué incidencia pretende el legislador que tenga en la designación de la clase de pena aplicable? Tal criterio ya tiene importancia para la determinación del límite máximo de las penas privativas de libertad de conformidad con el Art. 18 LRPA. ¿Quiere decir ello que los infractores mayores de 16 y menores de 18 deberán siempre ser acreedores de las penas de naturaleza más grave respecto de los niños menores de 16 y mayores de 14 años? Como se aprecia, nuevamente retornamos a la discusión sobre la improcedencia de valorar dos veces ciertas circunstancias para *agrar* la situación punitiva del menor, lo que ocurrirá cuando ellas sirvan para determinar la extensión de la pena y, dentro de su marco, seleccionar aquella de naturaleza más aflictiva. A nuestro juicio, la edad del adolescente sólo podría ser interpretada en un sentido favorable al mismo, esto es, mientras más joven debe optarse por las penas menos aflictivas y menos desocializadoras, pues está demos-

trado criminológicamente que mientras más precoces son los contactos diferenciales con fuentes criminógenas más pronto, rápido y definitivo será el inicio y consolidación de la carrera criminal⁵⁸.

Ahora bien, ¿qué ocurre con las sanciones que son indivisibles o no son divisibles temporalmente conforme a los marcos penales definidos en el Art. 23 LRPA? Nos referimos específicamente a la amonestación, la multa, la reparación del daño causado y la prestación de servicios en beneficio de la comunidad.

Estimamos que, respecto de estas sanciones, son aplicables sin restricciones los criterios establecidos en el Art. 24 LRPA, no sólo respecto de su naturaleza sino también con relación a su cuantía específica. En efecto, su aplicación se encuentra restringida por la ley a hipótesis de hasta 3 años de extensión de pena. Su previsión o inclusión en los correspondientes marcos penales no resulta completamente del procedimiento establecido en el Art. 22 LRPA, pues no se ve cómo, respecto de ellas, podría hacerse una analogía estricta, compatible con su estructura y naturaleza. En efecto, si se determinara una pena concreta de 540 días, ¿qué extensión cabría atribuirle a la multa o la reparación del daño? Por ello resultan relevantes los criterios del Art. 24 LRPA, disposición que es expresamente invocada por el Art. 9 LRPA para la determinación del monto o cuantía de la multa, lo que ratifica nuestro planteamiento de que tales criterios sirven no sólo para seleccionar la naturaleza de la sanción aplicable, sino también para la determinación de la cuantía de la misma cuando nos encontramos frente a esta clase de sanciones.

⁵⁸ Sobre Edwin Sutherland y la teoría de los contactos diferenciales, vid. ANITUA, G., *Historias de los pensamientos criminológicos*, Buenos Aires, 2005, pp. 300 y ss.

En definitiva, sólo en el caso de estas penas no existirá una doble valoración prohibida, esto es, en un sentido desfavorable al reo. Así, en el marco temporal que va de 1 a 60 días, sería perfectamente lícito optar por una de las 4 sanciones allí previstas (Art. 23 N° 5 LRPA) y determinar su cuantía en base a los criterios del Art. 24 LRPA. De este modo, el tribunal podría escoger la prestación de servicios en beneficio de la comunidad atendiendo a la gravedad del ilícito cometido, su participación en él y las circunstancias modificatorias de responsabilidad concurrentes y fijar su extensión en 30 horas, en atención a la edad del infractor, la extensión del mal causado y la idoneidad de la sanción para favorecer su integración social.

5. Procedimientos aplicables al ámbito sancionatorio juvenil

5.1. Regla general

Conforme al inciso 1° del Art. 27 LRPA, “la investigación, juzgamiento y ejecución de la responsabilidad por infracciones a la ley penal por parte de adolescentes se regirá por las disposiciones contenidas en la presente ley y *supletoriamente* por las normas del Código Procesal Penal”. No obstante, y como veremos, las normas procesales de la LRPA son escasas; de modo que la regla general será la aplicabilidad de las normas del Código Procesal Penal.

Por consiguiente, no existiendo una norma especial en contrario, son aplicables al joven imputado instituciones procesales generales previstas en el Código Procesal Penal como el principio de oportunidad (en los términos del Art. 35 LRPA), la suspensión condicional del procedimiento

(a que se alude en el inciso final del Art. 41 LRPA), el procedimiento simplificado y monitorio, etc. Problemática nos parece la posibilidad de realizar acuerdos reparatorios en el ámbito de aquellos niños o adolescentes que, conforme a la ley civil, no tengan capacidad de disposición, a menos que comparezca su representante legal o apoderado.

Con respecto al procedimiento abreviado, estimamos que el menor desarrollo cognitivo y de madurez del menor debiera llevar a proceder con mucha cautela en este ámbito. Recuérdese que se trata de un procedimiento que requiere el consentimiento del imputado, “libre y con pleno conocimiento de sus derechos” (Art. 241 del Código Procesal Penal). El carácter coactivo del proceso penal⁵⁹ y la mayor vulnerabilidad del menor en su proceso de desarrollo debiera conducir al rechazo del procedimiento abreviado en todos aquellos casos en que, por su edad o su proceso de desarrollo, denote una falta de comprensión cabal de sus derechos y de las consecuencias jurídicas de su consentimiento.

5.2. Regla especial

El inciso 2° del Art. 27 LRPA establece que “el conocimiento y fallo de las infracciones respecto de las cuales el Ministerio Público requiera una pena no privativa de libertad se sujetará a las reglas del procedimiento simplificado o monitorio, según el caso, regulados en el Título I del Libro IV del Código Procesal Penal”.

Existe constancia en la tramitación parlamentaria sobre la necesidad de contemplar un procedimiento simple y breve en los casos de delitos menos graves, que impidiera

⁵⁹ Sobre este punto, vid. HORVITZ/ LÓPEZ, (n. 2), T.II, pp. 503 y ss.

la prolongación indebida de los procesos y que pudiera resolverse inmediatamente con sanciones no privativas de libertad⁶⁰. Es evidente, desde esta perspectiva, que con esta norma sólo se quiso ampliar el ámbito de aplicación del procedimiento simplificado respecto del previsto en el Art. 388 del Código Procesal Penal. Otra interpretación implicaría excluir la aplicación del procedimiento simplificado a casos en los que, en el sistema penal de adultos, sería completamente admisible, generando una discriminación infundada en perjuicio del joven. La contemplación de procedimientos expeditos para juzgar delitos poco complejos y menos graves ha encontrado su fundamento de legitimidad en el derecho del imputado a ser juzgado dentro de un plazo razonable o sin dilaciones indebidas.

La necesidad del procedimiento simplificado resultaba también inevitable en el ámbito punitivo juvenil, ante la gran cantidad de delitos de bagatela que debe enfrentar cualquier sistema de justicia criminal hoy en día. Su enjuiciamiento en todos los casos conforme a las reglas del procedimiento ordinario resulta imposible⁶¹, y no parece apropiado desde el punto de vista del principio de proporcionalidad. Sin embargo, no deben desoírse los reclamos que contra ellos suele formular la doctrina, entre los cuales están los siguientes: las penas serían pronunciadas de forma precipitada y sin que el imputado sea oído suficientemente; los afectados no se defienden contra pronunciamientos injustos

por los motivos más diversos (indiferencia, ignorancia, temor); los fiscales y los tribunales prefieren estos procedimientos para ahorrarse trabajo y los primeros solicitan intencionalmente penas bajas para evitar la oposición del imputado⁶². Estas críticas deben ser ponderadas debidamente, atendida la incidencia en la utilización de estos procedimientos en el conjunto del sistema y la mayor vulnerabilidad de los adolescentes frente al proceso penal y la intervención punitiva estatal.

En definitiva, el procedimiento simplificado se aplicará, en nuestra opinión:

- a) Respecto de hechos punibles constitutivos de alguna de las faltas a que se refiere el inciso 2º del Art. 1º LRPA, esto es, las faltas cometidas por adolescentes mayores de 16 años contempladas en los Arts. 494 N°s 1, 4, 5 y 19, sólo en relación con los Arts. 477, 494 bis, 495 N° 21 y 496 N°s 5 y 26, del Código Penal y las tipificadas en la Ley 20.000.
- b) Respecto de hechos punibles (infracciones) para los cuales el Ministerio Público requiera una pena no privativa de libertad (Art. 27 inciso 2º LRPA). Deben considerarse no privativas de libertad, todas aquellas penas a que se refiere el Párrafo 2º del Título I de la LRPA, que se intitula “[d]e las sanciones no privativas de libertad”, a saber: amonestación, multa (en que debe aplicarse el procedimiento monitorio),

⁶⁰ Cfr. Indicación N° 121, del Presidente de la República, de la que se da cuenta en el Segundo Informe de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado, recaído en el proyecto de ley, en segundo trámite constitucional, que establece un sistema de responsabilidad de los adolescentes por infracciones a la ley penal. Boletín 3.021-07.

⁶¹ En este sentido, expresamente, ROXIN, *Derecho procesal penal* (trad. G. Córdoba y D. Pastor), Buenos Aires, 2003, pp. 550-551.

⁶² Schmidt-Hieber, citado por ROXIN, (n. 61), p. 550.

reparación del daño, servicios en beneficio de la comunidad, prohibición de conducir vehículos motorizados, libertad asistida y libertad asistida especial.

- c) Respecto de hechos punibles para los cuales el Ministerio Público requiera la imposición de una pena privativa de libertad cuya extensión no supere los 540 días (equivalente al umbral máximo del presidio o reclusión menores en su grado mínimo a que se refiere el Art. 388 del Código Procesal Penal) de duración *concreta*, esto es, habiéndose hecho operar la regla de pena contenida en el Art. 21 LRPA y las reglas de determinación de la pena contempladas en el Párrafo 4º del Título III del Libro I del Código Penal, con excepción de lo dispuesto en el Art. 69 del mismo cuerpo legal (Art. 22 inciso 1º LRPA). Mediante este procedimiento se llegará a la regla contenida en el numeral 4º del Art. 23 LRPA, que establece las penas aplicables en el rango de extensión que va desde 61 a 540 días. Si conforme a dicha regla, el Ministerio Público requiere la imposición de una sanción privativa de libertad (internación en régimen semicerrado con programa de reinserción social) y el tribunal juzga fundada dicha solicitud, deberá dar curso al caso conforme a las reglas del procedimiento simplificado.

La afirmación precedente nos conduce a discutir sobre la cuestión de cómo se determina el procedimiento aplicable; si en base a la mera solicitud del Ministerio Público o en base al mérito de los antecedentes de la investigación o del requere-

rimiento, los que podrían ser controlados por el tribunal a solicitud de alguno de los intervinientes. Esta interrogante ya se nos planteó respecto del sistema penal de adultos⁶³, y estimamos que la misma respuesta debe darse en este caso.

En efecto, este procedimiento especial no sólo es aplicable a las *faltas*, sino también a los hechos constitutivos de *simples delitos* para los cuales el Ministerio Público requiera la imposición de una pena que no exceda de 540 días de extensión de pena. Como se dijo, se trata de la pena en concreto solicitada por el órgano de persecución penal, ya sea al momento de la acusación –si el caso hubiere sido iniciado conforme a las reglas del procedimiento ordinario– o en su requerimiento, si el caso hubiere comenzado directamente de acuerdo con las normas del Título I del Libro IV del Código Procesal Penal.

En el Proyecto del Ejecutivo del nuevo Código Procesal Penal sólo se contemplaba la aplicación del procedimiento simplificado para las faltas; por ello se denominaba –al igual que en el sistema antiguo– “procedimiento por faltas”. Sin embargo, durante la tramitación parlamentaria se hizo presente la conveniencia de ampliar su aplicabilidad “a delitos menores, que constituyen el mayor número de delitos y que recargarían en demasía a los tribunales orales”, añadiéndose otras consideraciones utilitarias como el carácter “complejo y caro” del juicio oral, “innecesario en estos delitos que, en muchos casos, quedarían dentro del principio de oportunidad del Ministerio Público”⁶⁴. En otros casos, sería necesario llevarlas a juicio por razones preventivo-generales, esto es, “como una forma de

⁶³ Vid. HORVITZ, M.I., (n. 2), T.II, pp. 459 y ss.

⁶⁴ PFEFFER, *Código Procesal Penal*, Santiago, 2001, p. 377. En todo caso, la argumentación incurre en una falacia naturalista, pues de estos problemas prácticos no se puede derivar la inconveniencia de someter estos casos a la regla general de enjuiciamiento, sino sólo en base a consideraciones normativas, valorativas.

que la ciudadanía se sienta protegida y vea que hay una sanción rápida”⁶⁵.

La inclusión de ciertos simples delitos dentro del ámbito de aplicación del procedimiento simplificado ha sido fuente de importantes problemas interpretativos, por la coexistencia con otros procedimientos aplicables al ámbito de los simples delitos, especialmente con el procedimiento ordinario. Como una forma de fomentar su utilización, la legislación especial tiende, en forma creciente, a hacer aplicables los procedimientos simplificado y monitorio, “cualquiera sea la pena solicitada por el fiscal”⁶⁶. Es importante destacar, sin embargo, que en estos casos, el legislador delimita previamente el ámbito respecto del cual se podrá hacer aplicación del procedimiento simplificado o monitorio; así, por ejemplo, el Art. 196 F de la Ley del Tránsito establece que “tratándose del procedimiento por *faltas*, el fiscal podrá solicitar la aplicación del procedimiento monitorio ... cualquiera fuere la pena cuya aplicación requiriere. Si el juez de garantía resuelve proceder de conformidad con esta norma, reducirá las penas aplicables en la proporción” que señala la letra c) del Art. 392 CPP. Como se observa, la fórmula “cualquiera sea la pena solicitada” alude a la diferente naturaleza de las penas previstas para las faltas, que pueden no consistir (únicamente) en “multa” o “prisión”. Se trata, en consecuencia, de hacer aplicables los procedimientos simplificado y monitorio a hechos constitutivos de faltas o simples delitos cuyas penas no consistan, o al menos no únicamente, en multa (Art. 392 CPP) o prisión (Art. 395 CPP). Como se observa, esta tendencia se

muestra también en la LRPA, al ampliar la aplicación de los procedimientos simplificado y monitorio a delitos en que la pena aplicable es de distinta naturaleza a la privativa de libertad.

La problemática referida al procedimiento aplicable se producirá en casos de simples delitos con investigación previa. En efecto, si el procedimiento ha comenzado conforme a las reglas del procedimiento ordinario pero en su transcurso la pena que resulte aplicable al hecho se encuadra en el ámbito del rito simplificado, el Ministerio Público podría decidir continuarlo conforme a las reglas de este procedimiento especial u optar, lisa y llanamente, por la continuación del caso en procedimiento ordinario. Esta situación podría plantearse en cualquier momento de la etapa de investigación, aunque desde un principio podría dársele tramitación conforme a las normas contenidas en el Título I del Libro IV del CPP.

No obstante, si decide acusar y requerir una pena concreta no superior a 540 días de privación de libertad, el tribunal deberá ordenar la tramitación del caso en conformidad a las reglas del procedimiento simplificado, excluyéndose la posibilidad de continuar su prosecución con arreglo al procedimiento ordinario. En nuestra opinión, la aplicación del procedimiento simplificado es obligatoria, porque existe una norma de procedimiento –de orden público– que así lo ordena, a saber, el inciso 2° del Art. 388 del Código Procesal Penal, al que hace remisión el inciso 1° del Art. 27 LRPA. El carácter imperativo de la disposición se verifica cuando seña-

⁶⁵ Idem, p. 378.

⁶⁶ Vid., por ejemplo, el Art. 196 F, inciso 2°, de la Ley 18.290, del Tránsito y el Art. 54 de la Ley 19.925, de Alcoholes, por la remisión al Art. 196 F de la Ley de Tránsito, etc.

la: “El procedimiento *se aplicará ...*”. El fiscal tiene una gran variedad de posibilidades para dar un tratamiento procesal individualizado al caso, según sus características y la pena asignada al delito de que se trata; no obstante, no puede *elegir* el procedimiento específico conforme al cual debe resolverse el caso. Incluso en el procedimiento abreviado el fiscal no tiene un poder discrecional autónomo: existe un importante control jurisdiccional sobre sus presupuestos de aplicación y se requiere la voluntad del imputado.

Es cierto que el Ministerio Público tiene, en algunos casos, cierta discrecionalidad para calificar el delito y estimar concurrentes o no las circunstancias modificatorias de responsabilidad criminal, pero ello puede y debe ser controlado por el juez de garantía al momento en que se plantea la acusación o se interpone requerimiento en contra del imputado. El tribunal no puede constituir, conforme al modelo constitucional de jurisdicción, un mero buzón de las decisiones, las que podrían ser equivocadas sobre aspectos relevantes en la determinación del procedimiento aplicable al caso. El procedimiento simplificado está previsto para infracciones no graves o en que la pena aplicable no es privativa de libertad; ello justifica la celeridad o cierta merma de las garantías del debido proceso⁶⁷. Pero ello no corresponde cuando se trata de delitos más graves, aunque la pena solicitada por el Ministerio Público sea más leve que la que corresponda conforme a los antecedentes del proceso.

⁶⁷ Cfr. Las críticas a este procedimiento desde la perspectiva de las garantías del juicio oral, en HORVITZ, M.I., (n. 2), T. II, pp. 490 y ss.

III. PREVARICACIÓN PÚBLICA Y FRAUDE AL FISCO. CAUSA MINISTERIO PÚBLICO CONTRA J. S. S.

Juan Ignacio Piña Rochefort*

1. Antecedentes

Se me ha solicitado informar en Derecho acerca del alcance y aplicación de las tipificaciones contenidas en los Arts. 236 y 239 del Código Penal, en relación a la formalización de la investigación que el Ministerio Público ha realizado en contra de J. S. S.

Los antecedentes que se han tenido a la vista son la formalización del Ministerio Público y una minuta de los antecedentes de la carpeta de investigación proporcionados por Unidad de Estudios de la Defensoría Penal Pública de la VII Región del Maule, el Informe N° 11/2004 de la Contraloría Regional del Maule y el informe pericial contable N° 29 de fecha 11 de febrero de 2005.

No corresponde a este informante valorar los antecedentes que se encuentren en la referida investigación ni dar hechos por acreditados, sino explicitar el contenido y alcance las referidas disposiciones legales desde la óptica de la regulación punitiva chilena.

* Doctor en Derecho. Profesor de Derecho Penal. Universidad de los Andes.

Los puntos que se ha solicitado informar son los siguientes:

1. Calidad del Funcionario Público del imputado
2. Naturaleza jurídica de los fondos utilizados
3. Concurrencia de los elementos del tipo en la especie informada

Para enfrentar adecuadamente estos puntos, el presente informe se ocupará (1) De la tipificación del Art. 236 del Código Penal; (2) De la tipificación del Art. 239 del Código Penal; (3) Alcance y sumario de la formalización en contra de don J. S. S.; (4) Pronunciamiento sobre la calidad de empleado público.

2. Generalidades

1. Tanto el delito contemplado en el Art. 236 como el del 239 son delitos funcionarios. Es decir, delitos especiales en que se exige que el autor cuente con una cualidad especial: la de funcionario público.

2. Se trata, por tanto, de delitos especiales, en que tal calidad es consustancial a su comisión. Sin la calidad de funcionario público no es posible cometer estos delitos⁶⁸.

Lo que nuestro ordenamiento punitivo considera como empleado público está contenido en el Art. 260 del Código Penal. La referida norma dispone que para los efectos de este Título [el V] y del Párrafo IV del Título III, *se reputa empleado todo el que desempeñe un cargo o función*

pública, sea en la Administración Central o en instituciones o empresas semifiscales, municipales, autónomas u organismos creados por el Estado o dependientes de él, aunque no sean del nombramiento del Jefe de la República ni reciban sueldos del Estado. No obstará a esta calificación el que el cargo sea de elección popular.

Los delitos analizados se encuentran en el Título V del Libro II del CP, de modo que esta definición (que jurisprudencialmente además se ha hecho extensiva a otras disposiciones legales fuera de las enunciadas) es plenamente aplicable.

3. Sin embargo, es imprescindible tener presente que no se trata simplemente de que el autor sea un funcionario público en sentido formal (legalmente nombrado como tal), sino que existen requisitos adicionales para cada uno de los casos. En el Art. 236 debe tratarse de un funcionario público que cuente con capacidad de disponer de fondos con sujeción a normas (no pueden ser gastos de libre disposición, sino que deben estar afectos a una finalidad determinada). Por su parte, en el Art. 239 debe tratarse de un funcionario público que debiere intervenir en razón de su cargo en operaciones comerciales y la defraudación debe producirse precisamente en las operaciones que realiza en virtud del cargo. Si a los funcionarios públicos no asisten estas facultades no pueden ser autores de los respectivos delitos aunque tengan formalmente la calidad de tales. Las consecuencias de esto será diferentes para cada caso y deben postergarse hasta el análisis específico de cada delito.

⁶⁸ A pesar de su interés teórico y práctico, el presente informe no se detendrá en el impacto de este requisito en el ámbito de la participación delictiva. Dichas consideraciones trascienden el objeto del informe y no resultan relevantes para el caso informado.

2.A. De la tipificación del artículo 236

El empleado público que arbitrariamente diere a los caudales o efectos que administre una aplicación pública diferente de aquella a que estuvieren destinados, será castigado con la pena de suspensión del empleo en su grado medio, si de ello resultare daño o entorpecimiento para el servicio u objeto en que debían emplearse, y con la misma en su grado mínimo, si no resultare daño o entorpecimiento.

1. El Art. 236 del CP contempla una forma especial de malversación de caudales públicos que rompe la lógica habitual de estos delitos. Si bien se trata de una malversación en sentido estricto (mal-versare /invertir mal) se trata de una figura que contiene particularidades especiales.

2. En primer lugar no hay un aprovechamiento por parte del funcionario –y ello hace que el injusto de la conducta sea menor que en el común de las malversaciones– sino que una destinación diferente de aquella a la que están ordenados.

Este punto es el que hace que muchas veces se discuta si es razonable que haya una incriminación penal de la conducta⁶⁹ o si con un ilícito administrativo que afectase al funcionario bastaría⁷⁰.

Aquí no hay una protección de patrimonio fiscal pues es consustancial que no exista un desmedro de ese patrimonio. Lo que se tutela es el buen funcionamiento de la

administración. Ello explica que el tipo regule la pena atendiendo a si existe entorpecimiento del servicio o no.

3. Tanto es así, que es perfectamente imaginable que una destinación diferente pudiese significar ganancias patrimoniales para el Estado y ello no obstaría –al menos teóricamente⁷¹– en que pudiesen satisfacerse las exigencias típicas de la figura.

Como ya hemos anticipado, se trata de un delito en que el funcionario debe tener una capacidad de intervención comercial con fondos públicos. No se trata del funcionario que los tiene bajo su custodia o depósito. Es imprescindible que pueda moverlos y que esos movimientos estén afectos a normas (que no sean de disposición libre).

4. No hay en esta tipificación una sustracción de los caudales. No hay aprovechamiento para el autor o terceros. Es imprescindible que los caudales se destinen también a un fin público sólo que éste debe ser diferente de aquel que tiene asignados. Es precisamente esto lo que produce que *esta figura sea incompatible con el fraude al fisco*, cuando menos si se trata de los mismos fondos. En otras palabras, si hay aplicación pública, debe excluirse el fraude al fisco (pudiendo configurarse la malversación por aplicación diferente). Si, por el contrario, hay defraudación del fisco, debe excluirse la malversación por aplicación diferente (pudiendo configurarse el fraude al fisco⁷²).

⁶⁹ Vid. RODRÍGUEZ COLLAO/OSSANDÓN WIDOW, *Delitos contra la función pública*, Santiago, 2005, p. 393.

⁷⁰ ETCHEBERRY, *Derecho Penal*, IV, p. 244; CURY, "Contribución político criminal al estudio de los delitos funcionarios", en *Revista Chilena de Derecho*, 13, 1986, pp. 299 y ss.

⁷¹ Digo teóricamente pues la exigencia de la "arbitrariedad" que contiene el tipo podría verse afectada si la destinación se realizó para incrementar el patrimonio fiscal. Naturalmente esto solo podría resolverse caso a caso. Volveremos sobre esto.

⁷² No malversación del Art. 233 como sostienen RODRÍGUEZ COLLAO/OSSANDÓN WIDOW, (n. 69), p. 394 pues en el caso del Art. 233 del CP el funcionario tiene los caudales o efectos en depósito consignación o secuestro y no tiene la facultad de realizar movimientos con ellos.

5. Sin embargo, la particularidad más relevante de este tipo está dada por la calificación que se exige de la aplicación diferente: *la arbitrariedad*.

Este delito no puede (¡como ninguno!) entenderse como un delito formal que se perfecciona por el mero hecho de la aplicación diferente, sino que es imprescindible que tal aplicación se realice sin una razón pública atendible que la sustraiga el mero arbitrio del funcionario.

6. En ocasiones se ha dicho que la exigencia de arbitrariedad sólo tiene un carácter reforzativo de la antijuridicidad o incluso a la culpabilidad del autor⁷³. Naturalmente interpretaciones como esta difícilmente pueden resistir la crítica de que están interpretando la expresión “arbitrariamente” de modo que no surta efecto pues una mención reforzativa de la antijuridicidad o culpabilidad no era en absoluto necesaria⁷⁴. Por lo demás, una interpretación de esta naturaleza amplía el ámbito de lo prohibido desoyendo (*in malam partem*) el sentido propio de la expresión «arbitrariamente».

7. Si se tiene en consideración que se trata de un tipo de escaso disvalor, la única forma adecuada de entender el requisito de la arbitrariedad es dándole su sentido natural y obvio, esto es «Acto o proceder contrario a la justicia, la razón o las leyes,

dictado solo por la voluntad o el capricho» (según el Diccionario de la R. A. E.).

Se trata de una exigencia mayor. La aplicación diferente debe estar determinada por el mero arbitrio del funcionario, sin que lo asistan razones atendibles para ello. De este modo, cuando un funcionario público da a fondos públicos una aplicación diferente para proteger el patrimonio fiscal (sea incrementándolo o evitando que disminuya) la decisión se sustrae de la arbitrariedad y queda fuera del tipo del Art. 236⁷⁵ del Código Penal. Luego cualquier decisión de aplicación diferente que esté regida por una razonable motivación emanada de la gestión del servicio debe estimarse fuera del ámbito del artículo analizado.

2.B. De la tipificación del artículo 239 del Código Penal

El empleado público que en las operaciones en que intervinere por razón de su cargo, defraudare o consintiere que se defraude al Estado, a las municipalidades o a los establecimientos públicos de instrucción o de beneficencia, sea originándoles pérdida o privándoles de un lucro legítimo, incurrirá en las penas de presidio menor en sus grados medio a máximo, inhabilitación especial perpetua para el cargo u oficio y multa del diez al cincuenta por ciento del perjuicio causado.

⁷³ POLITOFF/MATUS/RAMÍREZ, *Lecciones de Derecho penal chileno*, Santiago, 2004, p. 498.

⁷⁴ Según la historia del precepto, esta norma fue introducida en la Sesión 49 de la Comisión Redactora con la intención de excluir a los funcionarios que aplican a fines distintos siguiendo órdenes superiores y en conformidad a la ley. Naturalmente los razonamientos de la Comisión tampoco son del todo atendibles pues si la aplicación diferente se realiza en conformidad a la ley obviamente deja de haber una aplicación diferente (pues hacerlo en conformidad a la ley implica que ya es una aplicación propia) y el hecho de hacerlo por órdenes superiores puede excluir la responsabilidad del subordinado solo en ciertos casos y no necesariamente en todos.

⁷⁵ Así ha sido reconocido la C. de A. de Santiago en sentencia de 26 de marzo de 1996. Cit. por RODRÍGUEZ COLLAO/ OSSANDÓN WIDOW, (n. 69), p. 395.

1. El Art. 239 contiene el delito de fraude al fisco. Comparte con la tipificación del Art. 236 que se requiere no solo un funcionario público, sino además que tenga, en razón de su cargo, la posibilidad de participar en operaciones que involucren fondos del Estado. Se trata, por tanto, de operaciones en que participe en razón de su cargo. La expresión operaciones está utilizada en sentido genérico, de modo que involucra cualquier negocio o transacción, tenga o no formato contractual en que participe el Estado como parte⁷⁶.

Esto excluye a los funcionarios públicos que pueden gestionar fondos de particulares pues aquí ha de haber una defraudación patrimonial fiscal. Del mismo modo, excluye que los fondos del fisco los tenga en depósito, consignación o secuestro los que caerían en el tipo del 233⁷⁷.

2. El origen de esta disposición se encuentra en el Art. 323 del Código Penal español de 1848⁷⁸ y si bien protege el patrimonio fiscal (a diferencia del Art. 236) lo hace respecto de una forma especial de atentado: la defraudación por parte del funcionario o de un tercero con su consentimiento.

3. El delito, por tanto, exige un perjuicio para el patrimonio fiscal causado por el funcionario mismo o por un tercero con el consentimiento del funcionario. Es por tanto, un delito de infracción de deber que se puede ver satisfecho tanto activa como omisivamente. Del mismo modo, es un delito de resultado, luego exige el perjuicio del patrimonio fiscal. Dicho perjuicio puede verse satisfecho tanto por un daño directo como por un lucro cesante⁷⁹. Al igual que en el tipo común de la estafa no se exige el enriquecimiento efectivo del defraudador sino que basta a estos efectos con el perjuicio fiscal. Las motivaciones del funcionario –naturalmente– tampoco son relevantes y no es necesario que exista ánimo de lucro por su parte sino simplemente la defraudación perjudicial dolosa.

4. Estas características lo transforman en un delito especial impropio que tiene como delito subyacente la estafa común y que es precisamente la que sanciona al tercero que participa en la defraudación con el funcionario. Se trata, a fin de cuentas, de una estafa en el seno de la administración y respecto de las operaciones en que participa el funcionario que podrá ser calificada de fraude al fisco respecto de éste y de estafa en perjuicio del fisco respecto del tercero no funcionario que participe⁸⁰.

⁷⁶ No estimamos conveniente hacer ninguna restricción a este respecto, de modo que no es necesario, como algunos ha sostenido, que se trate de negocios entre el Estado y particulares. Es perfectamente imaginable que se trate de transacciones en que distintas reparticiones del Estado contraten entre sí.

⁷⁷ Es evidente que operar con fondos en general es incompatible con la mera tenencia que implica el depósito consignación o secuestro. Sin perjuicio de ello algunas formas de depósito puede implicar la autorización de operar con fondos y en ese caso podríamos encontrar un fraude al fisco. Es imprescindible, de cualquier modo que exista una operación según el concepto que hemos dado.

⁷⁸ Si bien importantes cambios le fueron introducidos por la Comisión Redactora en las sesiones 50 (24 de julio 1871) y 154 (13 de junio de 1873).

⁷⁹ Así en la sentencia de la Corte Suprema de 7 de noviembre de 1960. Cit. por RODRIGUEZ COLLAO/ OSSANDÓN WIDOW, (n. 69), p. 405.

⁸⁰ Ello produce algunos defectos sistemáticos porque en el delito funcionario la pena no se gradúa según el monto de lo defraudado a diferencia de lo que ocurre en la estafa. Este desajuste puede importar que cuando las defraudaciones sean de más de 400 UTM la pena del funcionario sea idéntica a la del tercero particular. Ello, naturalmente, diluye y hace superfluo el disvalor adicional de la conducta funcional.

3. Alcance y sumario de la formalización en contra de don J. S. S.

J. S. S. ha sido formalizado por los delitos de malversación por aplicación pública diferente y por fraude al Fisco. Los Hechos, según el tenor del documento que se ha tenido a la vista son los siguientes:

1. J. S. S. se desempeñaba como Presidente del Consejo Provincial de Deportes, que fue extinguido con fecha 1 de febrero de 2002 por medio de la Resolución (E) 106-347 del IND. A contar de ese momento se creó la Dirección Regional de Deportes del Maule, continuadora legal del Consejo Provincial y de la que J. S. S. fue nombrado Director Regional por Resolución número 39-2002 con fecha 11 de febrero de 2002.

2. Sin contar con el presupuesto pertinente ordenó el giro de \$ 625.800 con el objeto de pagar la opción de compra de un vehículo que el entonces Consejo Provincial de Deportes de Talca había tomado por contrato de leasing (arrendamiento con opción de compra).

3. Para hacerse de fondos de modo de pagar dicha última cuota habría realizado una serie de maniobras fundamentalmente compuestas por la simulación de servicios inexistentes facturados a terceros que luego restituían el dinero para el pago de la correspondiente cuota.

4. Como ya se ha anticipado, no corresponde a este informante pronunciarse acerca de los hechos y si estos calzan o no con las correspondientes adscripciones típicas contenidas en los Arts. 236 y 239 del ordenamiento punitivo. Por ello, en el presente informe simplemente se harán notar las particularidades de los tipos por

los que se ha formalizado de modo que sea quien tenga que formarse convicción acerca de los hechos quien determine si ellos son o no constitutivos de delito.

4. Sobre la calidad de empleado público

1. En primer término es imprescindible la determinación de si JSS es funcionario Público o no y desde cuándo ostenta esa calidad.

Para ello, resulta ilustrador tener a la vista Informe de Contraloría N° 11/2004 que expresamente se hace cargo del asunto en su p. 3 y establece desde cuándo J. S. S. adquiere la calidad de funcionario público. Como hemos señalado, este es un requisito *sine qua non* para efectos de determinar su responsabilidad penal por delitos funcionarios.

El referido Informe, en concordancia con lo dispuesto en la ley 17.276, establece claramente que los Consejos Regionales de Deportes eran entidades privadas colaboradoras de la Administración en la promoción del Deporte. Lo anterior queda confirmado por el hecho de que sus trabajadores eran trabajadores particulares regidos en todo por la legislación laboral común. Luego, mientras funcionaron los referidos Consejos ninguno de sus empleados pudo tener la calidad de empleado público en el sentido establecido por el Art. 260 del Código Penal.

2. La conocida como Ley del Deporte (Ley 19.712) creó el Instituto Nacional de Deportes de Chile y sus respectivas Direcciones Regionales. Esta institución se irguió como la continuadora legal de los activos y pasivos de los Consejos Provinciales de Deportes que fueron “órganos cooperadores” del Estado en el Fomento y desarrollo

del Deporte⁸¹. Luego, sólo una vez creada la Dirección Regional de Deportes pudieron sus funcionarios (y sólo desde el momento de su nombramiento) el carácter de funcionario público. Respecto de J. S. S., cuyo nombramiento data del 11 de febrero de 2002, sólo se adquirió la calidad de funcionario desde ese momento.

3. En síntesis, mientras J. S. S. se desempeñó como Presidente del Consejo Provincial del Deporte no tuvo la calidad de funcionario público, por tanto el estatuto de dichos funcionarios sólo le es aplicable a partir de la fecha de su nombramiento como Presidente del Consejo Regional de Deportes por la resolución N° 39-2002 de fecha 11 de febrero de 2002.

4. De este modo, al momento de celebrar el contrato de arrendamiento con opción de compra en enero de 2001 J. S. S. no era funcionario público, de modo que cualquier afirmación respecto de si en las partidas presupuestarias del Consejo Provincial había o no lugar a la adquisición o arrendamiento de vehículos es absolutamente irrelevante a efectos de determinar su eventual responsabilidad penal.

De hecho, sólo cuando se realiza el último pago (haciendo uso de la opción de compra) J. S. S. tiene formal y relevantemente el carácter de funcionario público.

5. Sobre los pormenores del artículo 236 que deben tenerse presentes en este caso

1. Tal como ya hemos mencionado, para que pueda cometerse el delito del Art. 236 del CP es imprescindible que la aplicación pública diferente de los caudales o

efectos que el funcionario administre sea arbitraria.

2. Arbitrario, según la R.A.E. significa «que procede con arbitrariedad» o «que incluye arbitrariedad» y por arbitrariedad, como ya hemos adelantado, entiende «Acto o proceder contrario a la justicia, la razón o las leyes, dictado solo por la voluntad o el capricho».

No se trata, por tanto de una mera infracción formal de procedimiento sino que es imprescindible que la aplicación diferente no esté regida por la razón sino por el mero capricho del funcionario.

3. En este caso, es imprescindible determinar si resulta arbitrario (a efectos de calificar el desempeño de la función pública) destinar los caudales administrados por el imputado al pago de la última cuota de arrendamiento con opción de compra del vehículo en cuestión. Es imprescindible tener presente que a lo largo del contrato la institución ya había desembolsado (como arriendo del vehículo) una suma superior a los seis millones de pesos, en palabras simples, del pago de \$ 625.800 pendía que pudiese adquirirse un vehículo, el que a esta fecha engrosa el patrimonio del Instituto Nacional del Deporte, continuador legal del Consejo Provincial.

4. Luego, si tal asignación de fondos públicos a efectos de la protección del patrimonio de la institución (que ya había desembolsado más una suma equivalente a diez veces la que correspondía a la cuota de la opción de compra) no puede estimarse arbitraria, no será posible encuadrar los

⁸¹ El estatuto jurídico de estos órganos estaba dado por la Ley 17.276 y por el DS 396 de 1971 de la Subsecretaría de Guerra.

hechos en el tipo descrito por el Art. 236 del Código Penal.

6. Sobre los pormenores del artículo 239 que deben tenerse presentes en este caso

1. Es imprescindible volver a hacer presente que el tipo del Art. 239 del CP es un tipo de resultado. Es un requisito *sine qua non* que pueda acreditarse una pérdida para el patrimonio fiscal. Esto es precisamente lo que lo distingue del tipo del 239 en que no hay pérdida patrimonial sino que se perfecciona por la aplicación pública diferente arbitraria (ni siquiera es relevante que haya entorpecimiento del servicio más que para la determinación de la pena pero no para la configuración del injusto).

2. Naturalmente, es imprescindible que dicho resultado lesivamente patrimonial deba ser relevante (superar el riesgo permitido propio de la administración de fondos públicos). En otros términos, y a modo de ejemplo, los costos razonables inherentes de llevar adelante una operación nunca son perjuicio patrimonial típico, aún cuando la operación sea financieramente un desastre.

3. Además, es imprescindible que se trate de una defraudación es decir, que debe estar dicho perjuicio asociado a un engaño. Tal como indica la R. A. E. en su acepción segunda, defraudar consiste en «Frustrar, desvanecer la confianza o la esperanza que se ponía en alguien o en algo». Alguien se ve defraudado cuando la confianza depositada en alguien se ve vulnerada por un hecho propio, que en la dogmática de las defraudaciones (como la estafa o el fraude al Fisco), consiste precisamente en un engaño.

4. No corresponde pronunciarse a este informante acerca de si las maniobras engañosas para producir la defraudación están o no acreditadas. En otros términos, no es atingente a este informe determinar si en esta causa hay antecedentes suficientes para alcanzar convicción más allá de toda duda razonable acerca de si efectivamente se emitieron facturas apócrifas para obtener los fondos.

5. Lo que resulta relevante es determinar si existe o no un perjuicio patrimonial relevante para el fisco por estos eventos engañosos, en caso que ellos hubiesen existido. Naturalmente si no pueden acreditarse las maniobras engañosas no es posible la configuración del delito pues el perjuicio patrimonial tiene tasado su medio de comisión: la defraudación. Si no hay defraudación (engaño) no puede configurarse el delito aunque haya perjuicio. Del mismo modo, tampoco puede configurarse si, habiendo engaño, no hay perjuicio.

En términos simples: aún cuando pudiese acreditarse el engaño, sin un perjuicio patrimonial relevante, no podemos estar frente a un fraude al fisco consumado.

6. Es imprescindible, aquí, volver a tener presentes algunas de las consideraciones sostenidas a propósito de la tipificación del Art. 236. Según se ha afirmado el pago de la última cuota del contrato de leasing (opción de compra), permitió al extinto Consejo Provincial (actualmente Dirección Regional de Deportes) hacerse de un vehículo cuyo valor comercial en ese momento superaba con creces el monto de la última cuota. En otros términos la afirmación de que existe en estas maniobras un perjuicio patrimonial para el fisco no es necesariamente indubitable.

7. En términos simples, de haber perjuicio fiscal, en términos formales (es decir, con un concepto exclusivamente económico del patrimonio) este ascendería a una suma ascendente a los \$ 131.532.- El referido monto puede desprenderse del total de las facturas emitidas (\$ 625.800.-) menos el monto pagado por la cuota 13 (\$ 494.268.-). Sin embargo, según lo señala el peritaje contable, a dicho monto hay que deducir también los costos de transferencia. Lo anterior probablemente reduciría un eventual perjuicio patrimonial a un monto que este informante no ha podido tener a la vista e incluso podría llevar a desaparecer.

8. Luego, es imprescindible determinar, en primer término, si contablemente es posible determinar la existencia de un perjuicio patrimonial relevante. Según los antecedentes tenidos a la vista, el escenario más adverso para el imputado es el que cuenta con un perjuicio patrimonial de poco más de 130 mil pesos. Si dicho perjuicio puede reducirse aún más (incorporando otros costos ineludibles de la operación por la que el actual IND se hace del vehículo) llegando a un monto irrelevante o incluso a desaparecer, la ausencia de perjuicio patrimonial implicaría la imposibilidad de la aplicación del tipo contenido en el Art. 239 del Código Penal.

9. Naturalmente es extremadamente discutible que una suma bagatelaria pueda entenderse constitutiva de perjuicio patrimonial típico. Ello no sólo en comparación con los beneficios obtenidos (la incorporación del vehículo al patrimonio del IND) sino porque es difícil sostener que existe una superación de los riesgos inherentes a toda administración de fondos cuando la disminución patrimonial es de un monto de esa naturaleza.

10. Sin embargo, aún es posible generar una última duda respecto de esta disminución patrimonial. Como es sabido, la doctrina penal, a efectos de determinación de qué es el patrimonio, se debate entre visiones económicas, jurídicas y mixtas.

Naturalmente no es este el lugar de revisar esa discusión (si bien parece evidente que la función del patrimonio como bien jurídico parece irreductible exclusivamente ni al concepto económico ni al concepto jurídico). Sea como sea, una interpretación teleológica adecuada debería considerar que una disminución patrimonial de escasa entidad, que presenta como costo alternativo la pérdida de la posibilidad de hacer efectiva la opción de compra de un vehículo, no es un perjuicio patrimonial en sentido típico. En otros términos, el costo de la maniobra que permitió a la institución hacerse del vehículo en cuestión fue –al menos así parece desprenderse de los informes tenidos a la vista– de muy escasa relevancia económica. Luego, sólo una interpretación cargada de formalismo y que desatendiese por completo cuál es el ámbito de protección de la norma del Art. 239 podría concluir que estamos en presencia de un perjuicio patrimonial equivalente al de una defraudación.

Conclusiones

1. Sólo si la conducta del Funcionario Público puede entenderse como «arbitraria», esto es «Acto o proceder contrario a la justicia, la razón o las leyes, dictado solo por la voluntad o el capricho» puede calificarse el hecho como coincidente con la tipificación del Art. 236 del Código Penal. Si, por el contrario, la decisión del Funcionario de dar una aplicación diferente a los caudales a su cargo está motivada por la intención

de mantener o incluso incrementar el patrimonio fiscal, resulta imposible encuadrar su conducta en el referido delito.

2. La tipificación del Art. 239 del Código Penal es una tipificación de resultado y exige un perjuicio patrimonial para el Fisco. No se trata de una disminución patrimonial exclusivamente contable, sino que debe acreditarse además de su existencia, una superación del riesgo permitido relativo al patrimonio fiscal. Una defraudación nimia puede ser objeto de sanciones administrativas pero no alcanza a poner en riesgo el bien jurídico protegido, en la especie, el patrimonio fiscal y la probidad administrativa. Luego, para condenar por el delito de fraude al fisco es imprescindible que exista un perjuicio patrimonial relevante y no una disminución contable de dinero que no alcance a superar el riesgo inherente a la administración del patrimonio fiscal.

Es todo cuanto puedo informar.

Juan Ignacio Piña Rochefort
Doctor en Derecho
Profesor de Derecho Penal de la
Universidad de los Andes

IV. SOBRE LA NOCIÓN DE ‘CONVIVIENTE’ UTILIZADA EN EL ARTÍCULO 390 DEL CÓDIGO PENAL

Javier Barrientos Grandon*

La Cuestión Discutida

El Departamento de Estudios de la Defensoría Nacional ha solicitado mi opinión sobre cuál sea el contenido de la voz ‘conviviente’ que se emplea en el Art. 390 del *Código Penal* de acuerdo con la redacción que le diera el Art. 21 letra b) de la Ley 20.066, de 7 de octubre de 2005, cuyo texto es el siguiente:

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

La innovación que aquí interesa es la de haberse intercalado en el artículo que se ha transcrito, a continuación del vocablo

* Doctor en Derecho. Investigador Fundación Fernando Fueyo Laneri.

‘cónyuge’, la expresión ‘o conviviente’⁸², cuyo significado normativo es el de incluir a una nueva persona como posible autora o víctima del delito de “parricidio”, junto a las antiguas de “padre”, “madre”, “hijo”, “ascendientes”, “descendientes” y “cónyuge”.

Los eventuales autores o víctimas del delito de parricidio antes de la modificación de 2005 se hallaban designados en el citado Art. 390 CP. mediante la utilización de palabras, o bien definidas en la ley o bien dotadas de un contenido legal expreso. En efecto, las voces ‘padre’ y ‘madre’ normativamente tienen como contenido el del ascendiente o la ascendiente en primer grado en línea recta (Arts. 27, 28, 180, 182, 183, etc. *Código Civil*) y, a su vez, los contenidos de las voces ‘ascendiente’ y ‘descendiente’ se precisan legalmente en los referidos Arts. 27 y 28 CC; la voz ‘hijo’ está legalmente precisada en el Art. 33 CC y sus relacionados (v. gr. Arts. 180); y la voz ‘cónyuge’ tiene un contenido legalmente definido en los Arts. 131 y siguientes CC y en la Ley de Matrimonio Civil.

A diferencia de las situaciones anteriores la voz ‘conviviente’ no se encuentra definida legalmente y, más aún, su utilización en la terminología legal chilena es, como se verá, relativamente reciente y lo es mucho más aún en la legislación penal, de manera que nace la cuestión tocante a resolver: ¿Qué persona es la que cabe en la descripción de agente o sujeto pasivo del delito de parricidio bajo la palabra ‘conviviente’?, ¿Basta la mera circunstancia de hecho de la convivencia para incurrir en

el elemento descriptivo de ‘conviviente’?, ¿Cubre la expresión ‘conviviente’ a cualquier situación que implique el hecho de convivir, o requiere un elemento de afectividad y si así fuera es la “afectividad” lo determinante para el mayor reproche penal?, ¿Implica la noción de ‘conviviente’, además, un cierto contenido sexual?, ¿Cubre la citada expresión a quienes conviven sin que importe el sexo de tales personas?, ¿Cubre a cualquier situación de hecho en que se conviva, sin que interese determinar el tiempo que haya podido durar dicha situación fáctica?, etc.

El mero hecho de esbozar las preguntas precedentes, y muchas otras que cabría formular, vuelve patente la circunstancia de hallarse frente a un caso de aquellos en los cuales el “sentido de la ley” no es claro y, por ende, resulta imposible atenerse a su tenor literal, como prescribe el inciso 1° del *Código Civil*.

Planteadas las cuestiones anteriores, aparece con claridad que se está aquí frente a un supuesto de interpretación normativa en el que se presentan los siguientes elementos:

1°. Ausencia de una definición legal de la voz “conviviente” y, por ende, imposibilidad de acudir a la regla del Art. 20 *in fine* del *Código Civil*.

2°. Imposibilidad de recurrir a las reglas del Art. 21 del *Código Civil* por no tratarse de una palabra técnica de una ciencia o arte.

⁸² Ley 20.066 (7-X-2005), Artículo 21 “Introdúcense las siguientes modificaciones en el Código Penal: b) En el Art. 390, suprímense la frase “sean legítimos o ilegítimos”, así como la coma (,) que le sigue, y la palabra “legítimos” que sigue al término “descendientes”, e intercálase, a continuación del vocablo “cónyuge”, la expresión “o conviviente””.

3°. Presencia de una “expresión obscura de la ley”, luego, advienen, en principio, aplicables las reglas contenidas en los Arts. 19, 20, 22 y 24 del *Código Civil*.

Se trata, pues, de determinar el significado jurídico de la voz “conviviente”, desde el momento en que se trata de una palabra no técnica del derecho, tomada del lenguaje cotidiano, pero que, por haber sido incorporada en la legislación, ha asumido el carácter de “palabra legal”, cuyo sentido y contenido jurídico, no necesariamente han de coincidir con un eventual sentido y contenido que socialmente se atribuyera a tal vocablo, incluso en el supuesto, no estudiado ni comprobado, de que existieran unos únicos sentidos y significados sociales para dicha voz.

Pero, sin perjuicio de lo anterior, la tarea de determinar el significado y sentido jurídicos de la expresión ‘conviviente’ utilizada en el Art. 390 del *Código Penal* al tipificar el delito de parricidio, debe tener en cuenta ciertos principios básicos del derecho penal, por tratarse de la interpretación de una ley penal, vinculados con los siguientes ámbitos:

1°. El principio de la “tipicidad”, consagrado constitucionalmente en el Art. 19 número 3°, inciso 8, y en el Art. 9 del *Pacto de San José de Costa Rica* y 15 del *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos*, estos últimos vigentes en Chile en virtud de lo prescrito en el Art. 5 de la *Constitución Política de la República*.

2°. El principio de la “reserva legal” en materia penal, reconocido en el Art. 19 número 3°, inciso 7 de la *Constitución*.

3°. El principio de interpretación favorable al procesado, reconocido en diversos tex-

tos constitucionales, legales y de tratados internacionales vigentes en el país.

El examen y respuesta que se ofrece en este Informe a la cuestión de determinar: ¿Quién sea, jurídicamente, el ‘conviviente’ al que hace referencia el nuevo Art. 390 del *Código Penal* como posible autor o víctima del delito de parricidio?, se ordenará en los siguientes puntos:

- I. Examen de la legislación chilena que utiliza la expresión ‘conviviente’, pues de él se desprende el supuesto básico de encontrarse frente a una palabra utilizada por la ley que carece de definición legal.
- II. Interpretación de la voz ‘conviviente’ a la luz de los artículos 19, 20, 22 y 24 del *Código Civil*.
- III. Conclusión.
- IV. Caso concreto.
- V. Observaciones finales.

1. Del “conviviente” y la “convivencia” en la legislación chilena y de la ausencia de una definición legal de ambas voces

Nada dispuso la legislación civil chilena sobre las “uniones de hecho”, llamadas en la época “concubinato”, durante el siglo XIX, pero sí lo hizo la legislación penal para los efectos de considerar como delictivas a ciertas uniones que no eran susceptibles de ser tenidas como concubinato por atentar contra la institución matrimonial. Concretamente las de aquellas uniones habidas entre una persona casada y una persona soltera, pues el *Código Penal* de 1875 configuró el delito de amancebamiento respecto del marido, el cual, por su tipificación, hacía referencia a una relación de cierta permanencia en la convivencia.

El Art. 381 del *Código Penal* prescribía que había adulterio respecto del marido en el siguiente caso: “El marido que tuviere manceba dentro de la casa conyugal, o fuera de ella con escándalo...”, lo cual presuponía una relación de permanencia en las relaciones. Este artículo fue derogado por la ley 19.335 del 23 de septiembre de 1994.

Así, durante todo el siglo XIX la legislación civil prescindió por completo de la realidad de las uniones afectivas no matrimoniales entre personas solteras y no hubo disposición alguna que expresamente se ocupara de ella en ningún aspecto. La situación anterior cambió desde mediados del siglo XX en adelante, porque la legislación chilena abandonó tímidamente su silencio frente a las uniones entre dos personas solteras de sexo distinto fundadas en el hecho de la convivencia afectiva, de guisa que comenzaron a aparecer algunas disposiciones que, para fines distintos, las reconocían como causantes de ciertos efectos jurídicos.

Esta cierta “historia legislativa” del reconocimiento de las uniones heterosexuales no matrimoniales se inicia con la ley 9.293 del 19 de febrero de 1949, a la que siguieron la ley 10.271 del 2 de abril de 1952, la ley 10.383 del 30 de julio de 1952 y su reglamento del 7 de noviembre de 1956 modificado en 1958, la ley 14.908 de 5 de octubre de 1962, la ley 15.386 de 11 de diciembre de 1963, la ley 19.325 de 19 de agosto de 1994, la ley 19.585 de 26 de octubre de 1998, de algún modo, la ley 19.947 de 17 de mayo de 2004, y la ley 20.066 de 7 de octubre de 2005.

La línea directriz de tal legislación incidentalmente tocante a las convivencias

afectivas entre personas de diverso sexo puede describirse, brevemente, como marcada por una tendencia a disminuir el cierto reproche jurídico a dichas uniones, reconociéndole determinados efectos y puede caracterizarse, para la solución de la cuestión sobre la que versa este Informe, por las siguientes notas:

1ª. *Cierto desplazamiento terminológico desde la categoría de “concubinato” a las de “convivencia” o “unión no matrimonial” y al correspondiente calificativo de “convivientes” para designar a sus miembros.*

a) *Las expresiones “concubinato” – “concubino”*: La ley 9.293, de 19 de febrero de 1949, fue la primera en reconocer expresamente un efecto jurídico al concubinato, pero éste era de carácter “negativo” para los concubinarios. En efecto, introdujo en el Art. 14 de la ley 5.750, de 30 de noviembre de 1935, sobre “Abandono de familia y pago de pensiones alimenticias” una disposición que hacía solidariamente responsable del pago de la obligación alimenticia a quien viviera en concubinato con el padre, madre o cónyuge del alimentario, disposición ésta que fue recibida en el Art. 18 de la ley 14.908, del 5 de octubre de 1962, derogatoria de la 5.750, cuyo texto es el siguiente:

El citado Art. 18 de la ley 14.908, actualmente vigente, reza: “Serán solidariamente responsables del pago de la obligación alimenticia quien *viuviere en concubinato* con el padre, madre o cónyuge alimentante, y los que, sin derecho para ello, dificultaren o imposibilitaren el fiel y oportuno cumplimiento de dicha obligación”.

Fue la ley 10.271, del 2 de abril de 1952, la primera en atribuir un efecto jurídico “positivo” al concubinato, al introducir el

número 3º al Art. 280 del *Código Civil* para reconocer al hijo ilegítimo, que no tuviera la calidad de natural, el derecho a pedir alimentos del padre o madre, o de ambos en su caso: “Si hallándose comprobada la filiación respecto de la madre, se acredita en la forma establecida en el número 1º que ella y el presunto padre han vivido en concubinato notorio y durante él ha podido producirse legalmente la concepción”⁸³. El citado Art. 280 fue derogado por la ley 19.585, del 26 de octubre de 1998, pero ésta introdujo un nuevo artículo, el 210, que reconoce al concubinato el carácter de “base para una presunción judicial” para los efectos de determinar la paternidad.

El actual Art. 210 del *Código Civil* prescribe en su inciso 1º que: “El *concubinato* de la madre con el supuesto padre, durante la época en que ha podido producirse legalmente la concepción, servirá de base para una presunción judicial de paternidad”, y en su inciso 2º que: “Si el supuesto padre probare que la madre cohabitó con otro durante el período legal de la concepción, esta sola circunstancia no bastará para desechar la demanda, pero no podrá dictarse sentencia en el juicio sin emplazamiento de aquél”.

b) *Las expresiones “convivencia” – “conviviente”*: fue el decreto supremo 892 del Ministerio de Previsión Social de 1958 el primer texto normativo en dar entrada a la expresión “convivencia”, con el calificativo de “habitual” y lo hizo al disponer la modificación de la letra e) del Art. 99 del “Reglamento del Seguro Social”, de 7 de noviembre de 1956, y en virtud de esta modificación se reconoció expresamente el derecho al pago de la “cuota mortuoria”

a quien acreditara que había mantenido “una convivencia habitual” con la persona fallecida.

La ley 10.383, del 8 de agosto de 1952, que estableció la Caja de Seguro Obligatorio, dispuso en su Art. 40 que: “El familiar de un asegurado fallecido o la Sociedad de Socorros Mutuos que compruebe mediante factura que se ha hecho cargo de los funerales del asegurado, recibirá como cuota mortuoria una suma equivalente a una y media veces el salario medio de pensiones establecido en el Art. 5º”. El “Reglamento” de dicha ley, del 7 de noviembre de 1956, en su Art. 99 prescribió que: “Para reclamar el pago de la cuota mortuoria, el interesado” debía acompañar “Un comprobante de parentesco”. Esta disposición, que era la letra e) del citado Art. 99 del “Reglamento”, fue modificada por el Art. 3º del decreto supremo 892 de 1958 del Ministerio de Previsión Social y su nueva redacción pasó a ser la siguiente: “Documentos que comprueben el parentesco con el fallecido o certificado de la Visitadora Social del Servicio que acredite *su convivencia en forma habitual*, siempre que lo hubiere, o en su defecto, con la firma de dos testigos que acrediten tal hecho”.

Por su parte, el primer texto legal que dio entrada a la voz “conviviente” en nuestro sistema jurídico fue la ley 17.564, de 22 de noviembre de 1971, cuyo Art. 1 en su número 2º introdujo un artículo “M” a la ley 16.282, de 28 de julio de 1965, que fija disposiciones para casos de sismos o catástrofes, en virtud del cual se consideró como beneficiario de un subsidio al “conviviente” de la persona fallecida.

⁸³ Vide MAZA, Lorenzo de la – LARRAÍN RÍOS, Hernán, *Reformas introducidas al Código Civil por la Ley número 10271*, Santiago de Chile, 1953, pp. 194-197.

El inciso 2º del citado artículo M de la ley 16.282 prescribe que: “Para los efectos del presente artículo, se entiende por familia del fallecido su cónyuge sobreviviente, *su conviviente*, sus hijos legítimos, naturales o ilegítimos, los adoptados, los ascendientes legítimos o naturales y las hermanas solteras legítimas o naturales”.

Con posterioridad, la ley 19.325, de 19 de agosto de 1994, introdujo la expresión cotidiana de “conviviente” en su definición de “acto de violencia intrafamiliar” y con ello inició una tendencia que ha caracterizado a la legislación civil en esta materia. Así la ley 19.968, del 30 de agosto de 2004, que crea los Tribunales de Familia, ha dispuesto en su Art. 37 que en los procedimientos seguidos ante estos tribunales el testigo podrá ejercer el derecho a negarse a responder determinadas preguntas: “cuando, por su declaración, pudiere incriminar a su cónyuge, a su conviviente” y la nueva ley de violencia intrafamiliar 20.066, de 7 de octubre de 2005, en su Art. 5º recurre a las expresiones “relación de convivencia” y “actual conviviente” para caracterizar los actos constitutivos de “violencia intrafamiliar”.

El Art. 1º de la citada ley 19.325, de 19 de agosto de 1994, disponía: “Se entenderá por acto de violencia intrafamiliar, todo maltrato que afecte la salud física o psíquica de quien, aún siendo mayor de edad, tenga respecto del ofensor la calidad de ascendiente, cónyuge o *conviviente* o, siendo menor de edad o discapacitado, tenga a su respecto la calidad de descendiente, adoptado, pupilo, colateral consanguíneo hasta el cuarto grado inclusive, o esté bajo el cuidado o dependencia de cualquiera de los integrantes del grupo familiar que vive bajo un mismo techo”. De su lado, el Art. 37 de la ley 19.968,

de 30 de agosto de 2004, establece que: “Principio de no autoincriminación. Todo testigo tendrá el derecho de negarse a responder aquellas preguntas cuya respuesta pudiere acarrearle peligro de persecución penal por un delito. Asimismo, el testigo podrá ejercer el mismo derecho cuando, por su declaración, pudiere incriminar a su cónyuge, a *su conviviente*, a sus ascendientes o descendientes, a sus parientes colaterales hasta el segundo grado de consanguinidad o afinidad, a su pupilo o a su guardador, a su adoptante o su adoptado”; y el Art. 5º de la ley 20.066, de 7 de octubre de 2005, prescribe: “Violencia intrafamiliar. Será constitutivo de violencia intrafamiliar todo maltrato que afecte la vida o la integridad física o psíquica de quien tenga o haya tenido la calidad de cónyuge del ofensor o *una relación de convivencia con él*; o sea pariente por consanguinidad o por afinidad en toda la línea recta o en la colateral hasta el tercer grado inclusive, del ofensor o de su cónyuge o de su *actual conviviente*”.

La legislación penal, por su parte, en los últimos años también ha recibido la expresión “conviviente” en una serie de disposiciones que, por su vinculación con el objeto de este estudio, se enunciarán separadamente:

1. *Ley 19.617, de 12 de julio de 1999*: introdujo un nuevo inciso 2º al Art. 259 del *Código Penal*, a propósito del delito de solicitud cometida por empleado que solicitare a persona sujeta a su guarda por razón de su cargo, con la finalidad de agravar la pena en el evento de que la persona solicitada fuere, entre otras, “conviviente” del sujeto a guarda.

El Art. 259 del *Código Penal* en su inciso 2º, con la redacción que le dio la ley

19.617, de 12 de julio de 1999, reza: “Si la persona solicitada fuere cónyuge, *conviviente*, descendiente, ascendiente o colateral hasta el segundo grado de quien estuviere bajo la guarda del solicitante, las penas serán reclusión menor en sus grados medio a máximo e inhabilitación especial perpetua para el cargo u oficio”.

2. *Código Procesal Penal, promulgado por ley 19.696, de 12 de octubre de 2000*: recurre en tres ocasiones a la expresión “conviviente”, a saber, en el inciso 2º de su Art. 108 en el que se incluye al “conviviente” como una de las personas que es considerada víctima “en los delitos cuya consecuencia fuere la muerte del ofendido, y en los casos en que éste no pudiere ejercer los derechos” que el mismo *Código* le reconoce; ha considerado también en el inciso primero de su Art. 302 al “conviviente” del imputado como a una de las personas que no están obligadas a declarar como testigos en el juicio oral.

El citado inciso segundo del Art. 108 del *Código Procesal Penal* señala: “En los delitos cuya consecuencia fuere la muerte del ofendido y en los casos en que éste no pudiere ejercer los derechos que en este Código se le otorgan, se considerará víctima: a) al cónyuge y a los hijos; b) a los ascendientes; c) *al conviviente*; d) a los hermanos, y e) al adoptado o adoptante”; el inciso 2º de su Art. 302 prevé que: “No estarán obligados a declarar el cónyuge o el *conviviente* del imputado, sus ascendientes o descendientes, sus parientes colaterales hasta el segundo grado de consanguinidad o afinidad, su pupilo o su guardador, su adoptante o adoptado”.

3. *Ley 19.874, de 13 de mayo de 2003*: que modificó el Art. 369 del *Código Penal* en su inciso 4º para dar reglas especiales

para los casos en los que un cónyuge o “conviviente” cometiere los delitos previstos en los Arts. 361 y 366 número 1 del mismo *Código*.

En lo que interesa, el texto del referido Art. 369 inciso 4º prescribe: “En caso de que un cónyuge o *conviviente* cometiere alguno de los delitos previstos en los artículos 361 y 366 N° 1 en contra de aquel con quien hace vida en común, se aplicarán las siguientes reglas...”.

4. *Ley 19.927, de 14 de enero de 2004*: modificó el Art. 367 *bis* del *Código Penal* que tipifica el delito de promoción o facilitación de “la entrada o salida de personas del país para que éstas ejerzan la prostitución en el territorio nacional o en el extranjero” y en su inciso 2º agrava las penas si el autor fuere, entre otros casos, “conviviente”.

El referido Art. 367 *bis* dispone que: “El que promoviere o facilitare la entrada... Sin embargo, se impondrán las penas señaladas en el inciso segundo del artículo anterior en los siguientes casos:... 4º. “Si el autor fuere ascendiente, descendiente, cónyuge, conviviente, hermano, tutor, curador o encargado del cuidado personal de la víctima”.

5. *Ley 20.066, de 7 de octubre de 2005*: que, además de reformar el Art. 390 del que se trata en este informe, modificó la cuarta circunstancia atenuante consagrada en el Art. 11 del *Código Penal* para incluir al “conviviente”.

El Art. 11 del *Código Penal* prevé lo siguiente: “Son circunstancias atenuantes: ... 4ª. La de haberse ejecutado el hecho en vindicación próxima de una ofensa grave causada al autor, a su cónyuge, o su

conviviente, a sus parientes legítimos por consanguinidad o afinidad en toda la línea recta y en la colateral hasta el segundo grado inclusive, a sus padres o hijos naturales o ilegítimos reconocidos”.

c) *Las expresiones “unión de hecho” – “unión no matrimonial”*: las denominaciones “unión de hecho” y similares, que son frecuentes en las legislaciones de países con tradición jurídica similar a la chilena, no han recibido sanción legislativa en el país, sin embargo, de manera indirecta ellas han obtenido cierto reconocimiento.

En efecto, la ley 19.585, de 26 de octubre de 1998, si bien incluyó la voz “concubinato” al introducir el nuevo Art. 210 del *Código Civil*, consagró legalmente un régimen de filiación igualitario bajo las especies de “filiación matrimonial” y “filiación no matrimonial”, situación que, en cierto modo, es coincidente con la declaración del Art. 1 de la nueva “Ley de Matrimonio Civil” de 2004, que reconoce al matrimonio como “base principal de la familia”, pero no exclusiva, de lo cual se deduce que hay “familia matrimonial” y “familia no matrimonial”, la primera basada en el matrimonio y la otra basada en una causa distinta al matrimonio.

2ª. *Ausencia de una definición legal de las nociones de “convivencia” y “conviviente”*: ninguna de las leyes que han incluido en sus prescripciones a las nociones de “convivencia” y “conviviente” han definido lo que ha de entenderse por aquella y por éste, de manera que, en términos generales, tampoco han precisado de manera expresa cuál es el contenido que ambas asumen en el ordenamiento jurídico nacional.

3ª. *Ausencia de caracterización jurídica de la “convivencia”*: las leyes que han reconocido ciertos efectos a la “convivencia” o que se refieren al “conviviente” no han señalado expresamente los caracteres que debe reunir una cierta situación para ser jurídicamente calificada como “convivencia”, ni menos han precisado los caracteres que han de concurrir en determinada persona para ser tenida por “conviviente”.

2. Interpretación de la voz ‘conviviente’ a la luz de los artículos 19, 20, 22 y 24 del Código Civil

Sentada, como queda en el apartado anterior, la ausencia de definición legal de la palabra ‘conviviente’ para los efectos del delito de parricidio, y aun para cualquier otro efecto en el sistema jurídico chileno, queda excluida la posibilidad de acudir a la regla sentada en la parte final del Art. 20 del *Código Civil*.

Recuérdese aquí que el citado Art. 20 prescribe que: “Las palabras de la ley se entenderán en su sentido natural y obvio, según el uso general de las mismas palabras; *pero cuando el legislador las haya definido expresamente para ciertas materias, se les dará en éstas su significación legal*”.

Resulta también imposible recurrir a la regla del Art. 21 del mismo *Código Civil*, porque su campo operativo es el de las palabras técnicas de una ciencia o arte, y el término ‘conviviente’ no está en ninguno de ambos supuestos, luego, también se está fuera de aquellos supuestos en los que el sentido de la ley sea claro sin que pueda desatenderse su tenor literal.

Así las cosas, es preciso “aclarar” y determinar el “sentido” del Art. 390 del *Código Penal* en lo tocante a la inclusión en él de la voz ‘conviviente’ y para ello han de considerarse las siguientes reglas de interpretación:

- a) El “espíritu” de la ley (Art. 19 inciso 1º Cc), precisamente, porque su sentido no es claro, al incluir “una expresión obscura” que es preciso interpretar, en cuya tarea es permitido “recurrir a su espíritu claramente manifestado en ella misma” (Art. 19 inciso 2º Cc).
- b) La “historia fidedigna de su establecimiento” (Art. 19 inciso 2º Cc).
- c) El “sentido natural y obvio” según el “uso general” de la misma palabra ‘conviviente’ (Art. 20 Cc).
- d) El “contexto de la ley”, que en este caso “servirá para ilustrar el sentido” de este parte (Art. 390 CP), “de manera que haya entre todas ellas la debida correspondencia y armonía” (Art. 22 inciso 1º Cc).
- e) El recurso a otras leyes que versen “sobre el mismo asunto”, para ilustrar este “pasaje obscuro” de la ley (Art. 22 inciso 2º Cc).
- f) El “espíritu general de la legislación” y la “equidad natural” para que la interpretación de este “pasaje obscuro” se realice “del modo que más conforme parezca” a aquél y ésta.

De la operación con las reglas precedentes, más el auxilio de la jurisprudencia y doctrina nacionales, y en su caso del ejemplo de derechos extranjeros, llevan a este informante a concluir que, para los efectos

de la caracterización jurídica de las personas que pueden quedar comprendidas bajo la voz ‘conviviente’ en el Art. 390 del *Código Penal*, es preciso que se reúnan las siguientes condiciones copulativas:

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

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

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

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

1ª. Situación de hecho que implique una vida en común

La situación de “conviviente” implica, como supuesto fáctico, la existencia de un elemento material consistente en el hecho de vivir juntos, que es lo que denota el sentido natural de la referida palabra según su uso general por los hablantes en el castellano habitual del país, coincidente, en este caso, con la noción que se desprende del *Diccionario de la Real Academia Española* (22ª Edición) que, en su primera acepción, define al adjetivo ‘conviviente’ como “que convive” y en su segunda acepción, como nombre o sustantivo común en cuanto al género: “Cada una de las personas con quienes comúnmente se convive”, y al verbo intransitivo ‘convivir’ como: “Vivir en compañía de otro u otros”.

Este “uso general” de las voces ‘conviviente’ y ‘convivir’ es el que explica que, en su “sentido natural”, se utilicen para denotar la situación de quienes viven en compañía de otros, a veces con cierto carácter de permanencia, por ejemplo, al decir que en la misma casa “conviven padres, hijos y abuelos”, o con caracteres temporales, como al referirse a la “convivencia en el lugar de trabajo”, o como en la décima “En Varsovia” de Violeta Parra: “Soy la feliz conviviente, que va cayendo en la cuenta, que estoy como de novia, atrás quedó la hidrofobia”.

Así el Art. 1º de la ley 19.325, de 19 de agosto de 1994, hacía expresa referencia al supuesto fáctico de la convivencia mediante la expresión vivir “bajo un mismo techo” cuando definía lo que había de entenderse por “acto de violencia intrafamiliar”:

“Se entenderá por acto de violencia intrafamiliar, todo maltrato que afecte la salud física o psíquica de quien, aún siendo mayor de edad, tenga respecto del ofensor la calidad de ascendiente, cónyuge o *conviviente* o, siendo menor de edad o discapacitado, tenga a su respecto la calidad de descendiente, adoptado, pupilo, colateral consanguíneo hasta el cuarto grado inclusive, o esté bajo el cuidado o dependencia de cualquiera de los integrantes del grupo familiar *que vive bajo un mismo techo*”.

Pero, si bien el “uso general” descansa sobre el supuesto material del hecho de vivir en compañía o “bajo el mismo techo”, la incorporación del término ‘conviviente’ en el sistema jurídico chileno la ha convertido en una palabra, no sólo de “uso general”,

sino también en una “palabra de la ley”, es decir, la ha vuelto metalenguaje jurídico, atribuyéndole una significación y denotación propias al supuesto fáctico del vivir en compañía de otro.

Esa nota adicional, agregada por el derecho, es la de la “vida en común”, esto es, no se trata simplemente de un “vivir en compañía de otro” o “bajo un mismo techo”, sino la de hacer una “vida en común con otro”, como lo reconoce expresamente el Art. 369 del *Código Penal*, según la redacción que le diera la ley 19.874, de 13 de mayo de 2003, al dar, en su inciso 4º, reglas especiales para los casos en los que un cónyuge o “conviviente” cometiere los delitos previstos en los Arts. 361 y 366 número 1 del mismo *Código*:

“En caso de que un cónyuge o *conviviente* cometiere alguno de los delitos previstos en los artículos 361 y 366 N° 1 en contra de *aquel con quien hace vida en común*, se aplicarán las siguientes reglas:...”.

En esta misma dirección se ha manifestado, también, la jurisprudencia de nuestros tribunales superiores de justicia. Así la Corte de Apelaciones de Santiago en el considerando 7º de su sentencia del 28 de octubre de 1999, declaraba que:

“*La relación de pareja o convivencia*, si bien no está unida por un vínculo matrimonial, *significa una vida en común*”⁸⁴.

Esta “vida en común” es a la que, en sede matrimonial, se refiere la nueva Ley de Matrimonio Civil cuando en su Art. 5º número 3 se refiere a “formar la comunidad de vida que implica el matrimonio”, deter-

⁸⁴ Corte de Apelaciones (En adelante CAP.) Santiago, 28-X-1999, cons. 7º, en *Gaceta Jurídica* (En adelante G.J.) 232, Santiago de Chile, octubre 1999, pp. 196-197.

minando así el contenido del verbo "unen" empleado en el Art. 102 del *Código Civil*. En efecto, La nueva "Ley de Matrimonio Civil" permite que hoy día en el sistema matrimonial chileno se determine de mejor manera la naturaleza de la "unión", en cuanto objeto esencial del matrimonio, pues en ella se precisa que tal unión, implicada por el matrimonio, es una "comunidad de vida" (Art. 5 número 3º), de lo cual, naturalmente se desprende el elemento material de la "vida en común" (Art. 3 inciso 2º), que supone una serie de "exigencias" que asumen los cónyuges (Art. 11 inc. 1º).

En doctrina nacional, FIGUEROA YÁNEZ en este mismo año 2006, se refiere expresamente a esta característica al escribir que una de las características de la "unión de hecho" es la: "Comunidad de vida, lo que implica la voluntad mutua de ambas partes de formar una pareja y compartir un mismo proyecto de vida"⁸⁵.

Reconoce, pues, la legislación, doctrina y jurisprudencia chilenas la necesidad de un supuesto de hecho consistente en el vivir juntos, pero además, la determina y precisa por la exigencia material de hacer una "vida en común" derivada, precisamente, de la "comunidad de vida", lo que podría resumirse bajo la expresión "unión de hecho", es decir, una entidad así calificada que denota, claramente, la naturaleza que la caracteriza para efectos jurídicos:

- a) Se trata de una "unión", es decir, de una cierta "unidad" constituida por dos personas diversas, cuya situación común y "unitaria" se vuelve relevante

para determinados efectos jurídicos, por encima de las posiciones individuales de cada una de las personas que la forman.

- b) Dicha "unión" tiene como causa constitutiva a un "hecho" y no a un cierto "acto" o "negocio" jurídico como en el caso de la "unión matrimonial". Toca, pues, al derecho describir los caracteres que ha de reunir el citado "hecho" para que pueda constituir una "unión" cuya disciplina le importe precisar.
- c) Al tratarse de una "unión" fundada en un hecho, se desplaza el elemento de "voluntad" o "consentimiento", como esencial en todo negocio jurídico, frente a ciertos caracteres de tal facticidad.

Así, pues, el hecho que causa la unión está constituido por la situación fáctica de la convivencia, que implica la "vida en común" (co – vivencia) de ambas personas, y los caracteres que se desprenden de esta vida en común, necesariamente, son los siguientes:

1. *Permanencia*: el establecimiento de una vida en común, precisamente, exige una cierta estabilidad y proyección en el tiempo imprescindibles para llevar adelante un proyecto unitario de vida. Este carácter, pues, es el que permite excluir de considerar, legalmente, como "convivientes" a quienes han mantenido o mantienen situaciones de trato temporal único, esporádico o de escasa duración.

⁸⁵ FIGUEROA YÁNEZ, Gonzalo, "El Pacto de convivencia: una alternativa al pacto de matrimonio", en *Estudios de Derecho Civil. "Código y dogmática en el Sesquicentenario de la Promulgación del Código Civil"*. Jornadas Nacionales de Derecho Civil. Valdivia, abril de 2005, Santiago, 2006, p. 435.

En el decreto supremo 892 de 1958 del Ministerio de Previsión Social, que dio una nueva redacción al Art. 99 del Reglamento de la ley 10.383, del 8 de agosto de 1952, que estableció la Caja de Seguro Obligatorio, se consideró este carácter de permanencia en la situación de convivencia, pues exigió que ella fuera “habitual” con el fallecido para poder impetrar los beneficios que ella concedía, y tal carácter debía ser probado con: “Documentos que comprueben el parentesco con el fallecido o certificado de la Visitadora Social del Servicio que acredite *su convivencia en forma habitual*, siempre que lo hubiere, o en su defecto, con la firma de dos testigos que acrediten tal hecho”.

La jurisprudencia chilena ha señalado, en más de una oportunidad, que la unión de hecho, precisamente, implica el establecimiento de una “vida común” con caracteres de “continuidad”, “estabilidad” y “permanencia”. Así, por ejemplo, la Corte de Apelaciones de Valparaíso, en su sentencia del 15 de septiembre de 1997, en cuyo considerando 8° se lee: “El concubinato supone pues cierta continuidad, estabilidad y permanencia en las relaciones sexuales y vida en común”⁸⁶.

En el mismo sentido se ha manifestado la doctrina nacional, y sólo por citar a la más reciente, Figueroa Yáñez en el año 2006 expresaba que la unión de hecho es una: “Convivencia afectiva, sexual y pública entre dos personas, *la que alcanza una cierta estabilidad en el tiempo*, pero que no llega a su formalización jurídica”⁸⁷.

Esta condición de “continuidad”, “permanencia” o “estabilidad” se ha concretado

en la exigencia impuesta por las leyes extranjeras, que han reconocido a las uniones de hecho, de un cierto lapso de convivencia, normalmente, de uno o dos años.

En España, que no cuenta con una ley estatal de uniones de hecho y sí con legislación autonómica, pueden citarse los siguientes casos: a) la ley de Cataluña de “*Uniones estables de pareja*” (10/1998, de 15 de julio), en su Art. 1.1: “Las disposiciones de este capítulo se aplican a la unión estable de un hombre y una mujer, ambos mayores de edad, que, sin impedimento para contraer matrimonio entre sí, hayan convivido maritalmente, como mínimo, un período ininterrumpido de dos años...”; b) la “*Ley de parejas estables no casadas*” de Aragón (6/1999, de 26 de marzo, BOE, 21-IV-1999) en cuyo Art. 3.1 se declara: “Se considera que hay pareja estable no casada cuando se haya producido la convivencia marital durante un período ininterrumpido de dos años, como mínimo...”; c) la ley foral de Navarra para la “*Igualdad de las parejas estables*” (6/2000, de 3 de julio) en su artículo 2.2: “Se entenderá que la unión es estable cuando los miembros de la pareja hayan convivido maritalmente, como mínimo, un período ininterrumpido de un año, salvo que tuvieran descendencia común, en cuyo caso bastará la mera convivencia,...”; d) la ley de uniones de hecho de Valencia (1/2001 de 6 de abril), Art. 1.1: “La presente ley será de aplicación a las personas que convivan en pareja, de forma libre, pública y notoria, vinculadas de forma estable, al menos durante un periodo ininterrumpido de doce meses, existiendo una relación de afectividad, siempre que voluntariamente decidan someterse a la misma mediante

⁸⁶ CAP. Valparaíso, 15-IX-1997, cons. 8°, en GJ. 206, Santiago de Chile, septiembre 1997, p. 91.

⁸⁷ FIGUEROA YÁÑEZ, Gonzalo, (n. 85). 434.

la inscripción de la unión en el Registro Administrativo de Uniones de Hecho de la Comunidad Valenciana”. En Italia, que tampoco cuenta con ley general, por ejemplo, la ley edicilia de la Emilia Romagna (L. R. 13, de 16 de marzo de 1995), en materia de cánones de arrendamiento, declara en su Art. 3.2: “Per nucleo familiare si intende la famiglia costituita dai coniugi e dai figli legittimi, naturali, riconosciuti ed adottivi e dagli affiliati con loro conviventi. Fanno altresì parte del nucleo il convivente *more uxorio*, gli ascendenti, i discendenti, i collaterali fino al terzo grado e gli affini fino al secondo grado, purchè *la stabile convivenza* con il concorrente abbia avuto inizio *almeno due anni* prima della data di pubblicazione del bando di concorso e sia dimostrata nelle forme di legge”. En Portugal, la ley que adopta medidas para la protección de las uniones de hecho (135/99, de 28 de agosto), en su Art. 1.1 prescribe: “A presente lei regula a situação jurídica das pessoas de sexo diferente que *vivem em união de facto há mais de dois anos*”.

Nada puede concluirse respecto de un plazo concreto en la legislación chilena, exigible para la situación de hecho de vivir en la compañía de otro, pero sí que él debe existir dependiente de la necesidad de hacer una vida en común de una manera “habitual” que permita apreciar en ella la realización y vocación de desarrollar un proyecto de vida en común.

2. *Notoriedad*: esta vida en común ha de manifestarse externamente, pues su publicidad es la que, precisamente, la convierte en un hecho de interés jurídico. Las furtividad o clandestinidad de la unión impiden que el derecho pueda ocuparse de ella, pues, implica que sus miembros la guardan sólo para sí mismos, y si al derecho le repugnan los matrimonios clandestinos, si no mayor, al menos, igual razón existe para que excluya de su campo operativo a estos hechos furtivos.

Este carácter del hecho aparecía expresamente recibido en la ley 10.271, del 2 de abril de 1952, que introdujo en el *Código Civil* el artículo, hoy derogado, 280 número 3º, bajo la expresión “concubinato notorio”, y la que doctrina comúnmente expresa como “requisito” del concubinato bajo la denominación de “notoriedad” o “publicidad de la unión”⁸⁸. La Corte de Apelaciones de Concepción, en sentencia del 31 de agosto de 1962, refiriéndose al citado número 3º del artículo 280 explicaba que: “El concubinato *debe haber sido notorio*, lo que significa que esta unión ha debido ser pública, a la vista de todos y sin ocultación de nadie”⁸⁹.

La jurisprudencia chilena posterior, en más de una ocasión, ha reconocido, expresamente, la exigencia de la publicidad o notoriedad de la unión. Así la Corte de Apelaciones de Valparaíso en fallo del 23 de junio de 1987, en cuyo considerando

⁸⁸ MAZA, Lorenzo de la – LARRAÍN RÍOS, Hernán, (n. 83), pp. 195-196; FUEYO LANERI, Fernando, *Derecho Civil*, VI, *Derecho de Familia*, II, Santiago de Chile, 1959, p. 281; MEZA BARROS, Ramón, *Manual de Derecho de Familia*², I, Santiago de Chile, 1989, p. 426; MARTINIC GALETOVIC, María Dora – WEINSTEIN WEINSTEIN, Graciela, “Nuevas tendencias de las uniones conyugales de hecho”, en SCHMIDT HOTT, Claudia – MARTINIC GALETOVIC, María Dora (Dir.), *Instituciones de Derecho de Familia*, Santiago de Chile, 2004, pp. 23-24; FIGUEROA YÁNEZ, Gonzalo, (n. 85), p. 434.

⁸⁹ CAP. Concepción, 31-VIII-1962, cons. 8º, en *Revista de Derecho y Jurisprudencia* (En adelante RdJ.) XL, Santiago de Chile, 1963, IIª Parte, Sec. Iª, p. 129.

2° se advertía que en el concubinato era imprescindible la concurrencia de: “Ciertos elementos que, en suma, tienden a dar a esta convivencia las apariencias de un verdadero matrimonio, tales como la comunidad de habitación, *la publicidad o notoriedad de la vida común* que, en consecuencia, no ha de ser oculta o clandestina, comportándose como marido y mujer y por tales sean tenidos por el público en general”⁹⁰.

En derechos extranjeros algunas leyes, expresamente, incluyen la publicidad como condición de las uniones de hecho.

Pueden tenerse a la vista, por ejemplo, la ya citada ley foral de Navarra de 2000, cuyo Art. 2.1 reza: “A efectos de la aplicación de esta Ley Foral, se considera pareja estable la unión libre y *pública*...”; la indicada ley de Valencia de 2001 en su Art. 2.1: “...En tot cas, la convivència prèvia lliure, *pública, notòria* i ininterrompuda...”; la ley de Asturias de 2002, cuyo Art. 2.1. declara: “A efectos de lo dispuesto en esta Ley, se considera pareja estable la unión libre y *pública*...”; la ley de Extremadura de 2003 en su Art. 2.1: “A los efectos de la aplicación de la presente Ley, se considera pareja de hecho la unión estable, libre, *pública y notoria*...”.

En resumen, este primer carácter legal de la noción de conviviente, se despliega en las siguientes condiciones que deben concurrir en el autor y la víctima del hecho punible, para que puedan ser considerados en la situación de “convivientes”:

1ª. Que hasta el momento de la comisión del delito hayan mantenido una situación

de hecho consistente en “vivir en compañía” o “bajo el mismo techo”.

2ª. Que tal vida en compañía o bajo el mismo techo implique una “vida en común”.

3ª. Que dicha vida en común implique una convivencia permanente y notoria.

2ª. Situación de vida en común asimilable a la de una familia

Esta segunda condición que debe concurrir en el autor y víctima del delito de parricidio se desprende, en el actual sistema jurídico chileno, de: a) la “historia fidedigna” de la ley que reformó el Art. 390 del *Código Penal*; b) del “espíritu” de la ley, claramente manifestado en ella misma; c) del “contexto de la ley”, en este caso, del *Código Penal* y ley 20.066; d) del recurso a otras leyes, que versan sobre la misma materia y; e) del “espíritu general de la legislación”.

La reforma del Art. 390 del *Código Penal* tuvo su origen en el proyecto de ley dirigido a modificar la ley 19.325 sobre “violencia intrafamiliar” que culminó con la aprobación de la ley 20.066 de 7 de octubre de 2005⁹¹ y, para los efectos de la exigencia de la que aquí se trata, debe destacarse que una de sus líneas matrices e inspiradoras, fue la siguiente:

“El reconocimiento de una noción amplia de familia”.

En efecto, línea central de la reforma fue el reforzar el principio, ya admitido en la, hoy derogada, ley 19.325, de reconocer, para los efectos de la “violencia intrafamiliar”,

⁹⁰ CAP. Valparaíso, 23-VI-1987, cons. 2°, en GJ. 85, Santiago de Chile, 1987, p. 50.

⁹¹ Vide Boletín N° 2.318-18.

unas consecuencias similares a la relación matrimonial y a la situación de "convivencia", como corolario de la asunción de una noción "amplia de familia", y así se declaraba expresamente en la "Moción" de las diputadas autoras del "Proyecto de Ley" que culminó en la citada 20.066: "Consagra un concepto amplio familia, que incorpora las uniones de hecho, reconocido mundialmente"⁹², y esta idea inspiradora se hizo constar durante toda la tramitación legislativa: "Consagra un concepto amplio de familia que incorpora las uniones de hecho"⁹³.

Este sentido asimilador de la ley 20.066, y de su predecesora, es el que explica la delimitación de los actos constitutivos de violencia intrafamiliar que se recoge en el Art. 5° de la referida ley 20.066:

"Violencia intrafamiliar. Será constitutivo de violencia intrafamiliar todo maltrato que afecte la vida o la integridad física o psíquica de quien tenga o haya tenido la calidad de cónyuge del ofensor *o una relación de convivencia con él*; o sea pariente por consanguinidad o por afinidad en toda la línea recta o en la colateral hasta el tercer grado inclusive, del ofensor o de su cónyuge *o de su actual conviviente*".

Precisamente en el "Segundo Informe de la Comisión de Familia" acerca del artículo que se ha transcrito, al discutirse una indicación que reformulaba la referencia

a los parientes de los "convivientes", se destacó, por todos sus miembros, que el "espíritu de la ley" era, precisamente: "hacerse cargo de la configuración informal de las familias en la sociedad chilena actual":

"En relación con la indicación precedente, las representantes del Ejecutivo... Hicieron presente que *está en el espíritu de la ley en proyecto hacerse cargo de la configuración informal de las familias en la sociedad chilena actual*, por lo que no les pareció adecuado volver atrás en esta materia.

Los demás integrantes de la Comisión, que no adhirieron a la indicación, abogaron por *dar igual protección a todos los miembros de cualquier núcleo familiar, sea que esté o no legalmente constituido...*"⁹⁴.

Este "sentido" de la reforma es también coincidente con el de otras leyes que consideran o han considerado, para ciertos efectos, al "conviviente". En efecto, la ya citada ley 17.564, de 22 de noviembre de 1971, que fue el primer texto legal en utilizar la voz 'conviviente', lo hizo precisamente al incluir al "conviviente" dentro de su delimitado concepto de "familia", introducido en el Art. "M" de la ley 16.282, de 28 de julio de 1965:

"Para los efectos del presente artículo, *se entiende por familia* del fallecido su

⁹² Boletín N° 2.318-18, "Moción que introduce modificaciones a la ley N° 19.325 que establece normas sobre procedimiento y sanciones relativas a los actos de violencia intrafamiliar", 7-IV-1999, p. 1.

⁹³ Boletín N° 2.318-18, "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", Senado, 4-I-2005, p. 3.

⁹⁴ Boletín N° 2.318-18, "Segundo Informe de la Comisión de Familia acerca del proyecto de ley que introduce modificaciones en la ley N° 19.325, que establece normas sobre procedimiento y sanciones relativas a los actos de violencia intrafamiliar", 6-VIII-2003, p. 4.

cónyuge sobreviviente, *su conviviente*, sus hijos legítimos, naturales o ilegítimos, los adoptados, los ascendientes legítimos o naturales y las hermanas solteras legítimas o naturales”.

Es esa la misma orientación que ha seguido la jurisprudencia chilena al reconocer que en ciertos supuestos de convivencia se está frente a una familia y que la *Constitución Política de la República* no se refiere, exclusivamente, a la “familia” fundada en el matrimonio.

En efecto, si en las dos décadas siguientes a la promulgación de la *Constitución* de 1980 hubo diversidad de opiniones en la doctrina y jurisprudencia nacionales en cuanto a si la noción constitucional de familia cubría también a las convivencias afectivas heterosexuales, hoy día este tema ha sido zanjado, no sólo por la jurisprudencia, sino también por la nueva “Ley de Matrimonio Civil”⁹⁵.

La jurisprudencia chilena desde finales de la década del noventa del siglo pasado defendió una interpretación amplia de la voz ‘familia’ en el texto constitucional, de manera que, de acuerdo con ella, la convivencia heterosexual no fundada en el matrimonio aparecía cubierta por la noción constitucional de familia, pues ella abrazaba tanto a las “familias matrimoniales” cuanto a las “no matrimoniales”.

La Corte de Apelaciones de Santiago, en el considerando séptimo de su sentencia del 28 de octubre de 1999, confirmado por la Corte Suprema el 8 de noviembre de 2000, declaraba expresamente que: “Nuestra

legislación civil no excluye la existencia de la convivencia, tan es así que en las normas previsionales se le han reconocido derechos a la conviviente. Además, nuestra Constitución Política de la República, en su Art. 1º, reconoce que la familia es el núcleo fundamental de la sociedad. Y un hombre, una mujer y un hijo común que viven juntos en un hogar, constituyen, sin ninguna duda, una familia, la que es necesario proteger cuando el jefe de familia ha fallecido”⁹⁶. De su lado, la Corte de Apelaciones de Antofagasta, en el considerando vigésimo noveno de su sentencia del 17 de abril de 2003, era aún más explícita al afirmar que: “La Constitución Política de la República establece en su artículo primero que la familia es el núcleo fundamental de la sociedad, concepto constitucional que no admite discriminación entre familias matrimoniales y no matrimoniales, estando integrada la familia nuclear por una pareja adulta con o sin hijos, lo que ha llevado al ordenamiento jurídico a no discriminar entre los nacidos tanto dentro como fuera del matrimonio”⁹⁷.

En la misma línea, jurisprudencia reciente ha declarado expresamente que la unión de un hombre y una mujer y la prole nacida de ella constituyen una “familia y un hogar normal” en la cual se presentan relaciones de parentesco (filiación) y de afección. La Corte de Apelaciones de Concepción en el considerando 9º de su sentencia del 4 de diciembre de 2000, confirmada por vía de casación por la Corte Suprema en sentencia del 5 de marzo de 2002, declaraba:

“Que la relación de convivencia por largos años del actor... con ... (más de diez años

⁹⁵ Vide BARRIENTOS GRANDON, Javier – NOVALES ALQUÉZAR, Aránzazu, *Nuevo Derecho Matrimonial chileno*, Santiago de Chile, 2004.

⁹⁶ CAP. Santiago, 28-X-1999, cons. 7º (Rol 1.367-99).

⁹⁷ CAP. Antofagasta, 17-IV-2003, cons. 29º (Rol 2.706).

señaló el fallo de primer grado, si bien se puede afirmar con cierta seguridad que lo fue por cerca de quince años, según se deduce del certificado de nacimiento de fs. 4 de la hija común sobreviviente), fruto de la cual nacieron dos hijos, todos los cuales conformaban una familia y un hogar normal, y las estrechas relaciones de parentesco y de afección...”⁹⁸.

Por su parte, como se anticipara, al discutirse en la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado, el paso final del primer inciso del Art. 1 de la nueva “Ley de Matrimonio Civil” se dejó expresa constancia de haberse precisado que el matrimonio es la base “principal” de la familia, con la finalidad “de no excluir a las familias que tengan otro origen”⁹⁹.

Así, pues, la precisión de quién pueda ser, *legalmente*, considerado como “conviviente”, necesariamente, ha de estar ligada a la noción de familia, es decir, la situación que existía entre el autor y la víctima, ha de ser tal que constituya jurídicamente una familia, con lo cual resultan excluidas todas aquellas situaciones de hecho en que la vinculación entre las partes no pueda ser tenida como de naturaleza familiar.

Para la determinación de qué situaciones constituyen o no una familia, el criterio rector lo fija la *Constitución Política de la República* cuando caracteriza, en su ya citado Art. 1º, a la familia como “núcleo fundamental de la sociedad”, disposición ésta que constituye una de las “bases de

la institucionalidad”, cuya fuente directa más inmediata es el Art. 2 inciso 3º del *Acta Constitucional* número 2 de 1976, que rezaba: “La familia es el núcleo fundamental de la sociedad. El Estado la protegerá y propenderá a su fortalecimiento”. La citada concepción hallaba su fuente mediata en la parte inicial del Art. 16.3 de la *Declaración universal de los derechos humanos* de 1948, que señala que: “La familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad”.

El constituyente, a propósito de esta disposición dejó constancia de haber tenido presentes como fuentes a las siguientes: *Declaración de Principios de la Honorable Junta de Gobierno*, de 11 de marzo de 1974; el *Acta Constitucional* número 2, de 13 de septiembre de 1976; la Sesión 191 de la Comisión Constituyente celebrada el 18 de marzo de 1976; el *Informe de la Comisión de Estudios de la Nueva Constitución Política*, contenida en Sesión 416 de 5 de octubre de 1978; y la *Declaración Universal de Derechos Humanos* de 1948.

La referida declaración es hoy día, en términos generales, coincidente, no sólo con la citada *Declaración universal de los derechos humanos*, sino también con el *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos*, cuyo Art. 23.1 en su paso inicial reitera sin variación alguna el texto de la referida *Declaración universal*; con la *Declaración americana de los derechos y deberes del hombre*, que en su Art. VI entiende a la familia como “elemento funda-

⁹⁸ CAP. Concepción, 4-XII-2000, cons. 9º, en *Fallos del Mes* (En adelante F.M.) 496, Santiago de Chile, 2000-2002, p. 14.

⁹⁹ “Segundo Informe de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento, recaído en el proyecto de ley, en segundo trámite constitucional, que establece una nueva ley de matrimonio civil”, Valparaíso, 15 de diciembre de 2003, *Boletín* 1.759-18, pp. 36-37.

mental de la sociedad”; y con la *Convención americana sobre derechos humanos*, que en el primer período de su Art. 17.1 reitera a la letra el texto de la *Declaración universal*.

Declaraciones semejantes pueden hallarse en diversos textos constitucionales, por ejemplo, el Art. 51 de la *Constitución* de Costa Rica asume el lenguaje habitual de las declaraciones y pactos internacionales: “La familia, como elemento natural y fundamento de la sociedad,...”; el Art. 226 de la *Constitución* de Brasil: “La familia, base de la sociedad,...”; el Art. 22 de la *Constitución* de Ecuador: “El Estado protege a la familia como célula fundamental de la sociedad...”; el Art. 259 de la *Constitución* de Haití: “L’État protège la Famille base fondamentale de la Société”; el Art. 67 de la *Constitución* de Portugal: “La familia, como elemento fundamental de la sociedad,...”; mientras que el Art. 21.1 de la *Constitución* de Grecia ofrece una variante de interés: “La familia, como fundamento del mantenimiento y del progreso de la Nación...”.

El texto constitucional chileno no carece, entonces, de una cierta definición de familia, pues expresamente la define por lo que “es”, a saber: “el núcleo fundamental de la sociedad”. Es aquí donde aparece una nota singularmente definitoria de la esencia de la familia: sus caracteres de fundante y fundamento de la sociedad.

Que la familia sea el “fundamento” de la sociedad no puede significar más que ella es “el principio y cimiento en que estriba y sobre el que descansa” la sociedad, de manera que se constituye en su “raíz, principio y origen”, sin el cual no puede subsistir, de acuerdo con las definiciones que a tal palabra atribuye la Academia y

como fue entendida por los constituyentes. Supuesto lo anterior, la familia no sólo es el principio de la sociedad, sino también es el núcleo que le garantiza su sostén y mantenimiento, de modo que en ella se ve a un cuerpo que, por sí mismo, está destinado a la conservación de la sociedad. De allí, por ejemplo, la esencial vinculación existente entre la familia y la posibilidad, actual o potencial, de su ampliación mediante la generación o procreación y la educación de esa eventual prole, pues sin éstas es, ontológicamente, imposible que la sociedad pueda tener un cimiento sobre el cual descansa su conservación y permanencia.

Así, sobre la base de las consideraciones anteriores, una situación de convivencia entre un hombre y una mujer, no fundada en el matrimonio, debe reunir unos caracteres tales que permitan calificarla, en su concreta realidad, como “núcleo fundamental de la sociedad” y sólo si es dable tal caracterización es posible considerarla jurídicamente como una familia y, por ende, atribuir a sus miembros la calidad legal de “convivientes”.

Esta misma característica es la que permite excluir de la noción legal de “conviviente” a aquellas personas que mantienen situaciones de hecho en las que existe una vida en compañía, pero no de naturaleza familiar, tales como:

- a) Las que tienen una naturaleza meramente económica o de contenido patrimonial.
- b) Las que tienen una naturaleza tal cuya estabilidad no sea compatible con la entidad familiar, como el noviazgo o “pololeo”, etc.

c) Las que carecen de un cierto contenido sexual, porque si bien la nota "familiar" excluye de la consideración legal como "convivientes" a quienes puedan encontrarse en una serie de otras posibilidades de asociación heterosexual, el necesario contenido sexual de ella la define y delimita de otras múltiples posibilidades de comunidad y convivencia y la dota de su naturaleza familiar, en cuanto de ella es posible predicar, actual o potencialmente, la posibilidad de fundamento, mantenimiento y conservación de la sociedad.

La jurisprudencia chilena implícitamente suele referirse a esta nota mediante expresiones tales como "vida marital" o "vida íntima". Así la Corte de Apelaciones de Antofagasta en el considerando 9º de su sentencia del 10 de julio de 2002, se refiere a la existencia de: "una relación de vida íntima con apariencia de matrimonio -concubinato-"¹⁰⁰. Pero también lo hace de manera expresa, como la Corte de Apelaciones de Valparaíso en fallo del 23 de junio de 1987, cuyo considerando 2º señala que: "Ley no ha definido lo que debe entenderse por concubinato", pero doctrinariamente se han señalado los caracteres que debe reunir la unión fuera de matrimonio para adquirir la calidad de tal, son, además de la presencia de relaciones sexuales, comunidad de vida y ausencia de las formalidades del matrimonio"¹⁰¹; y la misma Corte en su sentencia del 15 de septiembre de 1997, en cuyo considerando octavo se lee: "Que el concubinato se define como la unión de un hombre y

de una mujer que mantienen relaciones sexuales y que comparten una vida en común"¹⁰². La doctrina chilena, igualmente, suele señalar la necesidad de este carácter¹⁰³.

La legislación extranjera, por su parte, en muchas ocasiones expresamente hace referencia a este necesario contenido sexual de las uniones de hecho, v. gr. La ley del País Vasco de 2003, señala expresamente que ella considera "pareja de hecho" a las personas "que se encuentren ligadas por una relación afectivo-sexual"; la ley catalana de 1998 lo hace mediante la expresión que: "hayan vivido maritalmente", análogamente la ley aragonesa de 1999 mediante la frase: "convivencia marital", de manera similar a la ley foral navarra de 2000 y a la asturiana de 2002, que utilizan la expresión "hayan convivido maritalmente".

3º. Situación de vida en común asimilable a la de una familia matrimonial

Para que una persona pueda ser situada en la posición legal de "conviviente" no basta con que mantenga una vida en común asimilable a una noción genérica de familia, sino, que ella ha de ser asimilable a la de una familia matrimonial, es decir, a la que se funda en el matrimonio.

Esta exigencia se desprende directamente del "espíritu" de la ley 20.066 que reformó el Art. 390 del *Código Penal*, pues junto a su idea matriz de "reconocer una noción amplia de familia" al asumir la

¹⁰⁰ CAP. Antofagasta, 10-VII-2002, cons. 9º, en GJ. 265, Santiago de Chile, julio 2002, p. 102.

¹⁰¹ CAP. Valparaíso, 23-VI-1987, cons. 2º, en GJ. 85, Santiago de Chile, 1987, p. 50.

¹⁰² CAP. Valparaíso, 15-IX-1997, cons. 8º, en GJ. 206, Santiago de Chile, 1997, p. 91.

¹⁰³ MARTINIĆ GALETIĆ, María Dora – WEINSTEIN WEINSTEIN, Graciela, (n. 88), pp. 23-24; FIGUEROA YÁNEZ, Gonzalo, (n. 85), p. 436: "Relaciones sexuales, característica que permite distinguir esta figura de otras formas de agrupamiento social, como las sociedades, las corporaciones y otras asociaciones".

existencia de “uniones de hecho”, pretendió, expresamente, la igualdad jurídica de trato entre las familias fundadas en el matrimonio y las fundadas en la convivencia, mediante la asimilación de estas últimas a las primeras, naturalmente, para los efectos de las materias que ella regula.

Así, por ejemplo, en el último “Informe”, de la citada Comisión de Familia se insistía en la idea rectora del reconocimiento de la convivencia, sobre la base de su asimilación al matrimonio, para los efectos de la definición de los actos constitutivos de violencia intrafamiliar:

“Sin perjuicio de *compartir la decisión de equiparar las relaciones de convivencia a las conyugales en cuanto a la posibilidad de que en ambas se puedan producir hechos susceptibles de ser calificados como actos de violencia intrafamiliar*, la Comisión considera que la redacción del nuevo inciso primero es confusa y afecta al fondo de la norma, pues la calidad de pariente por consanguinidad o afinidad a que alude aparece referida únicamente al adoptante o adoptado que viva bajo la misma morada que el ofensor, estimando además que el inciso segundo debe ser repuesto en su formulación primitiva, salvo en lo que respecta a la situación de los convivientes”¹⁰⁴.

Por otra parte, sobre la misma redacción del Art. 5 ya citado y su referencia a los parientes del “conviviente”, en la Comisión Mixta se aprobó una redacción fundada en las observaciones de Sernam, que

reiteraba la referida línea matriz de equiparar, en este ámbito, a la convivencia con el matrimonio:

“La abogada del SERNAM, señora Patricia Silva, explicó que la idea de incorporar a los parientes del conviviente *obedece a la necesidad de no hacer diferencias entre un tipo de familia y otra, es decir, entre la familia matrimonial y la que deriva de la convivencia*. Señaló que el inciso primero de este artículo reconoce la violencia intrafamiliar entre parientes por consanguinidad y afinidad en toda la línea recta y en la colateral hasta el tercer grado inclusive, respecto de la familia matrimonial, en cambio en relación con la no matrimonial sólo incluye al conviviente y excluye a los parientes de éste. En consecuencia, la incorporación de estos sujetos a la disposición responde a *la idea de evitar diferencias entre ambos tipos familiares*”¹⁰⁵.

Así, pues, la incorporación de la referencia al “conviviente” en el tipo penal del parricidio se enmarca en el propósito general de la ley de asumir un “concepto amplio de familia” que, para los efectos de los actos de violencia entre sus miembros y de su represión penal, procura equiparar la relación matrimonial a la situación de “convivencia”.

Por lo anterior, la referida situación de vida en común asimilable a una familia, legalmente, es referencial a la relación matrimonial, de guisa que deben encontrarse en ella caracteres similares a los de una familia cuya causa sea el matrimonio, con

¹⁰⁴ *Boletín* N° 2.318-18, “Informe de la Comisión de Familia sobre las enmiendas introducidas por el H. Senado al proyecto de ley que introduce modificaciones en la ley N° 19.325, que establece normas sobre procedimiento y sanciones relativas a los actos de violencia intrafamiliar”, 1-VII-2005, p. 5.

¹⁰⁵ *Boletín* N° 2.318-18, “Informe de la Comisión Mixta, recaído en la proyecto de ley, en segundo trámite onstitucional, que deroga la ley N° 19.325 y establece normas sobre procedimiento y sanciones relativos a los actos de violencia intrafamiliar”, 4 de septiembre de 2005, p. 8.

lo cual resultan excluidas de la noción legal de 'conviviente', para los efectos del delito de parricidio, una serie de personas que, aún manteniendo una situación de vida en común asimilable a la de una familia, no pueden, jurídicamente, ser asimilados a la de aquellas personas que sostienen una vida en común de naturaleza matrimonial, como si una de ellas estuviera unida por vínculo matrimonial no disuelto, o una de ellas no tuviera la edad para contraer matrimonio, o no tuviera la permanencia y estabilidad características de una vida en común de carácter matrimonial.

Este misma exigencia de asimilación de la "convivencia" a una vida en común de naturaleza matrimonial, para reconocerle efectos jurídicos análogos, es la que ha seguido la jurisprudencia chilena del último tiempo. Así la Corte de Apelaciones de Rancagua en sentencia de 10 de febrero de 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 realiza 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*"¹⁰⁶.

Esta asimilación de la situación de convivencia al matrimonio está en la base de la mayoría de la legislación extranjera que reconoce legalmente a las uniones de hecho, bajo la exigencia de tratarse de una unión "análoga" a la matrimonial o *more uxorio*.

Así en España, por ejemplo, la ley de reforma al *Código Civil* de 20 de julio de 1981 recurría a la expresión "vivir maritalmente" en su Art. 101, pero la noción rectora es la de mantener una "relación de análoga afectividad a la conyugal", que fue la utilizada por la Ley Orgánica 8/1983, de 25 de junio, que reformó el artículo 11 del, entonces vigente, *Código Penal*: "Es circunstancia que puede atenuar o agravar la responsabilidad según la naturaleza, los motivos y los efectos del delito, ser el agraviado cónyuge o persona a quien se *halle ligado de forma permanente por análoga relación de afectividad*, ascendiente, descendiente..." y que es la que se mantiene el actual Art. 23 del *Código Penal* español de 1985, con la única variante de haber substituido la expresión "de forma permanente" por la "de forma estable". En Italia, las disposiciones legales que se refieren a las uniones de hecho realizan la asimilación mediante el recurso a la expresión *more uxorio*, v. gr. L. R. 54, de 20 de diciembre de 1984 de la Región de Puglia en su Art. 2.3: "Fanno altresì parte del nucleo familiare il convivente *more uxorio*, gli ascendenti,..."; L. R. 13, de 16 de marzo

¹⁰⁶ CAP. Rancagua, 10-II-2005, cons. 3º (Rol 13-2005).

de 1995, de la Emilia Romagna, en su Art. 2.2: "... Fanno altresì parte del nucleo il convivente *more uxorio*, gli ascendenti, i discendenti,..."; L. R 18, de 2 de julio de 1997 de la Región de Campania, en su Art. 2.3: "...Fanno altresì parte del nucleo familiare il convivente *more uxorio*, gli ascendenti,..."; L. R. 12, de 6 de agosto de 1999, de la Región del Lazio en su Art. 11.5: "...Fanno, altresì, parte del nucleo familiare il convivente *more uxorio*, gli ascendenti, i discendenti, i collaterali fino al terzo grado, purchè la stabile convivenza con il richiedente...".

Del reconocimiento de las "uniones de hecho" o "convivencias" en la legislación chilena, por la vía de su asimilación al matrimonio y, específicamente, según el "espíritu" de la ley 20.066 que reformó el Art. 390 del *Código Penal*, se derivan una serie de consecuencias, pero para los efectos de la precisión de quién sea "conviviente" ella se concreta en la consiguiente asimilación del "conviviente" al "cónyuge", y de tal exigencia se tratará en el punto siguiente.

4ª. Asimilación del "conviviente" al "cónyuge"

En el contexto de procurar la equiparación entre las familias fundadas en el matrimonio y las basadas en la convivencia, sólo en el último trámite constitucional del proyecto de reforma que culminó en la ley 20.066 se incluyó la modificación del Art. 390 del *Código Penal* para introducir en él la referencia al "conviviente" por estimarse que sólo se habían agravado los delitos de lesiones y que resultaba coherente agravar

a parricidio la muerte del conviviente ocasionada por el otro, de manera que "matar al conviviente fuera lo mismo que matar al cónyuge":

"El SERNAM propuso modificar el artículo 390 del Código Penal, para incorporar al conviviente entre las personas contra las cuales se puede cometer el delito de parricidio y para eliminar la distinción que allí se hace, entre parientes legítimos o ilegítimos, que ha quedado obsoleta.

El abogado asesor señor Marco Rendón explicó que esta proposición tiene por finalidad aplicar la misma lógica seguida en el proyecto, en cuanto se agrava la estructura del delito de lesiones corporales, respecto de los delitos contra la vida. La modificación sugerida salva la coherencia interna de la iniciativa y la de su relación con el ordenamiento penal general.

El Honorable Senador Chadwick indicó que con ello, entonces, *matar al conviviente será lo mismo que matar al cónyuge*, con lo cual esta norma del parricidio queda acorde con las disposiciones de este proyecto...

Los miembros de la Comisión Mixta compartieron el fundamento y aceptaron la modificación propuesta para el artículo 390 del Código Penal, la que quedó incluida como artículo 21 en el acuerdo que se propone al final"¹⁰⁷.

Los pasajes que se han citado son los únicos de la historia legislativa de la reforma que se refieren a la modificación del tipo penal del parricidio y, por lo que toca a

¹⁰⁷ *Boletín* N° 2.318-18, "Informe de la Comisión Mixta, recaído en la 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", 4 de septiembre de 2005, p. 49.

este Informe, la principal conclusión que se desprende de esta historia fidedigna de la ley y de su espíritu es que, legalmente, la situación de "conviviente" se precisa por su asimilación al estado de "cónyuge".

Esta cierta homologación del "conviviente" al "cónyuge" es coincidente con la generalidad de las leyes que han reconocido, para determinados efectos, a la "convivencia" y así lo es también con el "espíritu general de la legislación", porque todas ellas lo han hecho mediante su equiparación, para esos solos efectos, a la calidad de "cónyuge", lo que se advierte de la simple lectura de los preceptos legales en los que la referencia es siempre al "cónyuge o conviviente" o a "su cónyuge, o su conviviente".

La utilización de la expresión alternativa "cónyuge o conviviente" se explica porque en la inspiración de todas las leyes que quedan citadas, la razón de la inclusión del "conviviente" se basa en la, ya explicada, finalidad de reconocer ciertos efectos a las uniones estables no fundadas en el matrimonio y de allí derivan una serie de caracteres que precisan el significado de la voz 'conviviente' utilizada en el Art. 390 del *Código Penal*, y que podrían describirse, genéricamente, como la ausencia de incapacidades para contraer matrimonio.

Es coincidente también, con jurisprudencia reciente, como la defendida por la Corte de Apelaciones de Santiago en su sentencia del 28 de octubre de 1999, cuyo considerando 7° señala:

"La relación de pareja o convivencia, si bien no está unida por un vínculo matri-

monial, significa una vida en común y la actora, como conviviente por más de cinco años y madre de su único hijo, *enfrenta la pérdida de su conviviente con el mismo dolor y consecuencias económicas que si el occiso hubiera sido su cónyuge*, ya que habían formado un hogar que era sostenido económicamente por él. Por ello, en opinión de los jueces sentenciadores, la actora tiene un interés directo en este juicio, pues ha perdido su compañero de vida, lo que le produjo un perjuicio directo en lo económico al quedar ella y su hijo sin apoyo, por lo cual la demanda de autos parece legítima y además, ella, como mujer y su hijo como tal, han sufrido un daño moral con la pérdida de su pareja y padre"¹⁰⁸.

En la misma línea la doctrina sentada por la Corte de Apelaciones de Rancagua en sentencia de 10 de febrero de 2005 que ha declarado, precisamente en sede penal, en su considerando 3°:

"Que, sólo a mayor abundamiento, se razona que aun en el evento que se realizase una interpretación extensiva de la voz "cónyuge" del citado Art. 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

¹⁰⁸ CAP. Santiago, 28-X-1999, cons. 7°, en GJ. 232, Santiago de Chile, octubre 1999, pp. 196-197.

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*¹⁰⁹.

Resulta aquí de interés anotar que, sin perjuicio de no aceptarse la interpretación analógica de la eximente del Art. 17 al “conviviente”, ha existido una jurisprudencia de minoría, defendida por el ministro de apelaciones Carlos Cerda Fernández, que sostiene la extensión de la referida eximente a quienes se hallaban unidos de hecho, precisamente por reconocer que este género de uniones importan la constitución de “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”, ante lo cual la interpretación del señalado Art. 17 del *Código Penal* necesariamente debe cubrir al “conviviente”, porque: “prácticamente imposible resulta evadir los efectos propios del discurso legislativo de la señalada norma”.

La opinión del ministro señor Cerda Fernández se contiene en su voto de minoría de la sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago del 7 de marzo de 2001. El texto de su voto es el siguiente: “Acordada la confirmatoria respecto de la sentencia ... con el voto en contra del Ministro señor Cerda, quien estuvo por revocar el fallo en lo que con ella se relaciona y absolverla del auto de cargos, porque el inciso final del artículo 17 del Código Penal exime de las penas impuestas a los encubridores a aquellas personas que lo

sean de su cónyuge. En la especie todos los datos procesales coinciden en cuanto a que ... vive junto con ... , en la misma casa donde fueron sorprendidos en el ilícito que ha sido materia de la investigación. Evidente resulta que cuando la ley utiliza la palabra cónyuge se refiere a aquel que ha celebrado un contrato de matrimonio civil con otra persona, realidad que el disidente no pretende ignorar. No obstante, entiende este juez que ante la circunstancia hoy generalizada de la configuración de grupos familiares no constituidos en torno a un matrimonio propiamente tal, sino de 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, prácticamente imposible resulta evadir los efectos propios del discurso legislativo de la señalada norma, inteligencia que obliga al discrepante a aplicarla a la ..., absolviéndola”¹¹⁰.

En derechos extranjeros, es regla general, sin excepciones, la que consagra la citada exigencia para que se pueda estar jurídicamente en presencia de una “unión de hecho” o para celebrar un “pacto civil de solidaridad” o constituir una “relación de pareja” o mantener una “cohabitación legal”, bien por la vía de exigir que se trate de una “unión lícita” entre quienes no estén impedidos de contraer matrimonio, bien por la vía de señalar cuáles son las circunstancias que la impiden.

Aquellos estados o comunidades autónomas que han regulado las “uniones de hecho” suelen incluir expresa o implícitamente esta exigencia de la “licitud” de la unión, y lo hacen por vías diversas, entre

¹⁰⁹ CAP. Rancagua, 10-II-2005, cons. 3º (Rol 13-2005).

¹¹⁰ CAP. Santiago, 7-III-2001, voto de minoría, en GJ. 249, Santiago de Chile, marzo 2001, pp. 139-141.

ellas la de una *cierta homologación genérica a las exigencias legales del matrimonio*: v. gr. ley catalana de uniones estables de pareja (10/1998 de 15 de julio), Art. 1: “Las disposiciones de este capítulo se aplican a la unión estable de un hombre y una mujer, ambos mayores de edad que, sin impedimentos para contraer matrimonio entre sí...”.

Sobre la base de lo anterior, de la actual legislación chilena se deriva que para que dos personas puedan ser calificadas, recíprocamente, como “convivientes”, para los efectos del Art. 390 del *Código Penal*, deben reunir las siguientes condiciones:

1^a. *Ser personas de distinto sexo*: Sólo pueden ser, jurídicamente, considerados “convivientes”, aquellas personas de distinto sexo que mantenían entre sí, al tiempo de la comisión del delito, una vida en común de naturaleza familiar, porque la noción de ‘cónyuge’ es relacional e implica, legalmente, la diversidad de sexo.

Este carácter que, para los efectos del delito de parricidio, excluye de la noción de ‘conviviente’ a aquellas personas que mantenían una unión no heterosexual, se fundamenta en la naturaleza heterosexual que la actual legislación chilena atribuye al matrimonio, de acuerdo con el artículo 102 del *Código Civil*, Art. 18 inciso 2^o y 80 inciso 1^o, de la ley 19.947 de Matrimonio Civil, entre muchos otros.

Esta condición es admitida, de manera uniforme, por la doctrina chilena¹¹¹ al igual que por la jurisprudencia de los tribunales superiores de justicia. Así la Corte Suprema en sentencia de casación del 25 de julio de 1989, cuyo considerando 3^o hacía suya la antigua definición del civilista español Federico Puig Peña: “El concubinato ha sido considerado como ‘la unión duradera y estable de personas de sexo opuesto, que hacen vida marital con todas las apariencias de un matrimonio legítimo’¹¹²; la Corte de Apelaciones de Valparaíso, en su sentencia del 15 de septiembre de 1997, cuyo considerando 8^o reza: “El concubinato se define como la unión de un hombre y una mujer que mantienen relaciones sexuales y que comparten una vida en común. De lo expuesto los autores extraen los siguientes ingredientes (sic) característicos: a) unión entre un hombre y una mujer; b) relaciones sexuales; y c) vida en común”¹¹³.

También se observa en algunos derechos extranjeros, incluso con carácter constitucional, como ocurre en las constituciones de Bolivia (Art. 194), Brasil (Art. 226), Ecuador (Art. 23), Nicaragua (Art. 72), Panamá (Art. 54), Paraguay (Art. 51), Perú (Art. 5).

2^a. *Tener la edad legal para ejercitar el ius connubii*: Sólo pueden ser, jurídicamente, considerados “convivientes”, quienes tengan la edad legal para contraer matrimo-

¹¹¹ FUEYO LANERI, Fernando, (n. 88), II, p. 281; SOMARRIVA UNDURRAGA, Manuel, *Derecho de Familia*, I, Santiago de Chile, 1983, I, p. 169; MEZA BARRROS, Ramón, (n. 88), I, pp. 425-426; GAZMURI RIVEROS, Consuelo, “Uniones de hecho: algunos antecedentes y problemática de la regulación jurídica de sus efectos”, en *Homenaje al profesor Fernando Fueyo Laneri. Instituciones modernas de derecho civil*, Santiago de Chile, 1996, pp. 112-113; FIGUEROA YAÑEZ, Gonzalo, “Estatuto jurídico de la pareja informal”, en *Homenaje al profesor Fernando Fueyo Laneri. Instituciones modernas de derecho civil*, Santiago de Chile, 1996, pp. 122-127; RAMOS PAZOS, René, *Derecho de familia*³, II, Santiago de Chile, 2000, p. 594; MARTINIC GALETOVIC, María Dora – WEINSTEIN WEINSTEIN, Graciela, (n. 88), pp. 21-23.

¹¹³ Corte Suprema (En adelante Cs.) Cas. civ. 25-VII-1989, cons. 3^o, en Fm. 368, Santiago de Chile, julio 1989, p. 24.

¹¹⁴ CAP. Valparaíso, 15-IX-1997, cons. 8^o, en GJ. 206, Santiago de Chile, 1997, p. 91.

nio, es decir, no ser menores de 16 años, de acuerdo con lo prescrito en el Art. 5 número 2º de la ley 19.947, concordante con su propia definición de *ius connubi* contenida en el inciso primero del Art. 2 de la misma ley¹¹⁴.

Entonces, si para poder situarse en el estado de “cónyuge” se requiere la edad de 16 años, para la situación de “conviviente” ha de exigirse, al menos, la misma edad, y exigencia es ésta que no es extraña en la legislación comparada.

En Francia, el Art. 515-1 del *Código Civil*, introducido por la ley 99-944, de 15 de noviembre de 1999, declara que el pacto civil de solidaridad sólo es posible entre personas mayores: “Un pacte civil de solidarité est un contrat conclu par deux personnes physiques majeures...”. En Alemania, su ley de 16 de febrero de 2001 prescribe, en su Art. 2.1, que una relación de convivencia no puede establecerse entre personas menores: “Eine Lebenspartnerschaft kann nicht wirksam begründet werden. 1. mit einer Person, die minderjährig oder verheiratet ist oder bereits mit einer anderen erson eine Lebenspartnerschaft führt”. En Portugal, la ley 7/2001, de 11 de mayo, de protección a las uniones de hecho, declara, en su Art. 2, letra a), que impiden los efectos reconocidos por ella la edad inferior a 16 años: “São impeditivos dos efeitos jurídicos decorrentes da presente lei: a) Idade inferior a 16 anos”. En España, por ejemplo, la ley catalana de uniones estables de pareja (10/1998 de 15 de julio), Art. 1: “Las disposiciones de este capítulo se aplican a la unión estable de un hombre y una mujer, ambos mayores de edad...”.

3ª. *Ser solteras o divorciadas*: Sólo pueden considerarse, legalmente, “convivientes” las personas solteras o divorciadas, porque la existencia de un vínculo matrimonial no disuelto impide la celebración de un matrimonio y, por ende, imposibilita la asimilación jurídica de la situación de convivencia a un matrimonio y, por lo mismo, impide que una persona casada pueda ser tenida, legalmente, como “conviviente” de otra que sea soltera, divorciada o casada, pues no es posible, jurídicamente, que ella pueda situarse como su “cónyuge”.

Esta exigencia para reconocer, jurídicamente, la situación de “conviviente” es requerida, sin excepción, en el derecho comparado, en el cual debe destacarse que también la existencia y mantenimiento de una “unión de hecho” impide que se pueda constituir jurídicamente otra.

a) ESPAÑA: la ley aragonesa de parejas estables no casadas (6/1999 de 26 de marzo), Art. 1: “La presente Ley será de aplicación a las personas mayores de edad que, cumpliendo los requisitos y formalidades que en la misma se establecen, formen parte de una pareja estable no casada en la que exista relación de afectividad análoga a la conyugal”, en cuyo Art. 4 se declara nominativamente quienes no pueden constituir una pareja estable no casada: “No podrán constituir una pareja estable no casada de las reguladas en la presente Ley: a) *Los que estén ligados con vínculo matrimonial*; b) Los parientes en línea recta por consanguinidad o adopción; c) Los colaterales por consanguinidad o adopción hasta el segundo grado; d) *Los que formen pareja estable con otra persona*”; la ley foral de Navarra para la “Igualdad de las parejas

¹¹⁴ Vide BARRIENTOS GRANDON, Javier, “Ley 19.947 sobre Matrimonio Civil, publicada en el Diario Oficial de 17 de Mayo de 2004”, en *Revista Chilena de Derecho Privado*, 2, Santiago de Chile, 2004, pp. 233 – 241.

estables" (6/2000, de 3 de julio) en su Art. 2.1: "A efectos de la aplicación de esta Ley Foral, se considera pareja estable la unión libre y pública, en una relación de afectividad análoga a la conyugal, con independencia de su orientación sexual, de dos personas mayores de edad o menores emancipadas sin vínculo de parentesco por consanguinidad o adopción en línea recta o colateral hasta el segundo grado, siempre que ninguna de ellas esté unida por un vínculo matrimonial o forme pareja estable con otra persona"; la ley de uniones de hecho de Valencia (1/2001 de 6 de abril), Art. 2.1: "1. No poden constituir una unió de fet d'acord amb la normativa d'aquesta llei: a) Els menors d'edat, no emancipats. b) *Les persones lligades pel vincle del matrimoni.* c) *Les persones que formen una unió estable amb una altra persona o que tinguen constituïda una unió de fet inscrita amb una altra persona.* d) Els parents en línia recta per consanguinitat o adopció. e) Els parents col·laterals per consanguinitat o adopció dins del tercer grau"; la ley de parejas estables de las Islas Baleares (18/2001 de 19 de diciembre) Art. 2.1: "Pueden constituir pareja estable a los efectos de esta ley los mayores de edad y los menores emancipados. No obstante, *no pueden constituir pareja estable: a) los que estén ligados por vínculos matrimoniales, b) los parientes en línea recta por consanguinidad o adopción, c) los colaterales por consanguinidad o adopción hasta el tercer grado, d) los que formen pareja estable con otra persona, inscrita y formalizada debidamente*"; la ley asturiana de parejas estables (4/2002 de 23 de mayo), Art. 3.1: "A efectos de lo dispuesto en esta Ley, se considera pareja

estable la unión libre y pública, en una relación de afectividad análoga a la conyugal, con independencia de su sexo, de dos personas mayores de edad o menores emancipadas sin vínculo de parentesco por consanguinidad o adopción en línea recta o colateral hasta el segundo grado, siempre que ninguna de ellas esté unida por un vínculo matrimonial o forme pareja estable con otra persona"; la ley de Andalucía (5/2002 de 16 de diciembre) Art. 2.1: "A efectos de la aplicación de la presente Ley se considera pareja de hecho la unión estable, libre, pública y no matrimonial de dos personas mayores de edad o menores emancipados, sin vínculos de parentesco por consanguinidad en una relación de afectividad análoga a la conyugal, con independencia de su orientación sexual, siempre que ninguna de ellas esté unida por un vínculo matrimonial o forme pareja estable con otra persona"; vide también ley de Canarias (5/2003 de 6 de marzo), ley de Extremadura (5/2003 de 20 de marzo).

b) FRANCIA : la *Loi relative au pacte civil de solidarité* de 1999 incluyó en el *Code Civil* un Art. 515-2 que señala los requisitos legales para este género de acto, cuyo texto es el siguiente: "A peine de nullité, il ne peut y avoir de pacte civil de solidarité: 1° Entre ascendant et descendant en ligne directe, entre allié en ligne directe et entre collatéraux jusqu'au troisième degré inclus; 2° Entre deux personnes dont l'une au moins est engagée dans les liens du mariage; 3 Entre deux personnes dont l'une au moins est déjà liée par un pacte civil de solidarité"¹¹⁵.

¹¹⁵ Vide REVET, Thierry, "La loi n° 99-944 du 15 nov. 1999, relative au pacte civil de solidarité", en *Revue Trimestrielle de Droit Civil*, 1, Paris, 2000, pp. 173-178.

c) ALEMANIA: expresamente se señala en el Art. 2.1 de la ley de 16 de febrero de 2001 que prescribe que una relación de pareja (*Lebenspartnerschaft*) no puede establecerse válidamente entre una persona casada o que ya mantenga una relación de pareja: “Eine Lebenspartnerschaft kann nicht wirksam begründet werden. 1. mit einer Person, die minderjährig oder verheiratet ist oder bereits mit einer anderen Person eine Lebenspartnerschaft führt”.

d) BÉLGICA: en su ley de 23 de noviembre de 1998, que introdujo en el libro III de su *Código Civil* un título V bis titulado “De la cohabitación legal”, el nuevo Art. 1475 en su § 2. declara: “Pour pouvoir faire une déclaration de cohabitation légale, les deux parties doivent satisfaire aux conditions suivantes: 1° ne pas être liées par un mariage ou par une autre cohabitation légale”.

e) NORUEGA: de acuerdo con su ley 40, de 30 de abril de 1993, en su Art. 2, no se podrá contraer una relación de pareja si se está ligado o subsiste otra relación de pareja o un matrimonio: “Chapter 1 of the Marriage Act, concerning the conditions for contracting a marriage, shall apply correspondingly to the registration of partnerships. No person may contract a partnership if a previously registered partnership or marriage subsists”.

4ª. *Ausencia de incapacidad por parentesco*: de acuerdo con la Ley de Matrimonio Civil, actualmente en vigor, es también incapacidad para contraer matrimonio el parentesco por consanguinidad o afinidad en toda la línea recta, ascendente o descendente, y el parentesco por consanguinidad en la colateral en el segundo grado (Art. 6), la que, por la descripción típica del Art. 390 del *Código Penal*, sólo

cobraría importancia cuando se tratase de personas que, siendo parientes colaterales por consanguinidad en el segundo grado, mantuvieran una situación de vida en común, pues ellos no podrían ser asimilados a la calidad de “cónyuges”, exigencia ésta que también se presenta en la legislación comparada, como puede apreciarse en algunas de las disposiciones que quedan transcritas, extendiéndose, en ciertos casos, hasta el tercer grado de consanguinidad en la línea colateral (v. gr. ley de las Islas Baleares).

3. Conclusión

Sobre la base del examen precedente y, salvo mejor opinión, jurídicamente, la voz ‘conviviente’ utilizada en el Art. 390 del *Código Penal* debe ser entendida con el siguiente contenido normativo:

El de una persona mayor de dieciséis años, soltera o divorciada que, al momento de cometerse el hecho punible, mantenía, con otra de distinto sexo y también mayor de dieciséis años y soltera o divorciada, una situación de vida en común habitual y pública asimilable a una familia matrimonial, sin que fueren parientes colaterales por consanguinidad en el segundo grado.

4. Caso concreto

En el contexto del análisis anterior, los principios expuestos han de ser los que deben ser considerados y aplicados para resolver el siguiente caso concreto, que es el que ha originado la consulta a que se ha dado respuesta en los acápites anteriores.

A. Partes

Mujer - Imputada: chilena, de 21 años y cuatro meses de edad en el momento de la

comisión del hecho punible, soltera y sin hijos, con adicciones a drogas y que vivió en distintos hogares y junto a diversas personas desde su niñez.

Varón - Víctima: chileno, de 37 años en el momento de la comisión del hecho punible, casado y con un hijo.

B. Situación de hecho

La mujer, después de una larga época de haber vivido en casa de distintos parientes y amigos, con quienes mantuvo relaciones marcadas por la conflictividad, el consumo de alcohol y de drogas y agresiones, conoce al varón y, básicamente, por la necesidad de contar con un lugar en el cual vivir comienza a residir con él en el mes de diciembre de 2006, sin que tuviera mayor conocimiento que quién era, pues ni siquiera tenía claridad respecto al oficio que desempeñaba.

La situación de hecho de la convivencia, en la que inicialmente no hubo relaciones sexuales, se mantuvo hasta el día 30 de marzo de 2006 cuando en el curso de una discusión, producida después que el varón hubiera conminado a la imputada a abandonar la residencia junto a sus cosas, la mujer hirió mortalmente con un cuchillo al varón.

Durante los tres meses y días en los que la imputada y la víctima compartieron una residencia común, la relación entre ellos estuvo caracterizada por discusiones permanentes y agresiones físicas entre ambos, además del consumo de drogas y alcohol. La imputada no realizó actuaciones judiciales en contra de la víctima por las agresiones ni abandonó la residencia que compartían por no tener un lugar donde vivir.

C. Examen jurídico de la situación de hecho

Es preciso examinar si concurren en la situación de hecho descrita los caracteres que permitiría caracterizar a la imputada y a la víctima como "convivientes", para los efectos del Art. 390 del *Código Penal* y, de acuerdo con la opinión expuesta en los tres apartados precedentes, para que ello fuera así deberían cumplirse las siguientes condiciones:

- 1ª. Una situación de hecho que implicara 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.
- 4ª. Que de esa situación de hecho resulte posible la asimilación de la imputada y la víctima a la noción de cónyuge.

El análisis de cada una de estas condiciones permite concluir que, en el caso concreto que aquí se examina, ninguna de ellas está presente:

- 1ª. Ausencia de situación de hecho que implique "vida en común"

La exigencia de mantener una situación de hecho que implique una vida en común, como exigencia básica para que se esté en presencia de una persona que pueda ser calificada jurídicamente (y no sólo socialmente) como "conviviente" de otra está constituida por:

- a) *Un elemento material*: consistente en el hecho de "vivir bajo un mismo techo", que en el caso analizado sí

se presentaba, pues la imputada y la víctima compartieron un mismo techo durante poco más de tres meses.

- b) *Un elemento de intencionalidad*: que consiste en el compartir una “vida en común”, es decir, en la intención de desarrollar un proyecto de vida unitario que, superando en los ámbitos posibles las individualidades de uno y otro, se manifieste en una cierta entidad que actúe unitariamente para conseguir una vida más plena.

Este elemento, asimilable a la “intención” matrimonial “de vivir juntos” aparece totalmente ausente en la situación de hecho que se analiza, porque la residencia común de la imputada y la víctima se muestran más como una simple necesidad material de procurarse vivienda sin que, por los antecedentes conocidos, pueda comprobarse que hubiera un proyecto común de realización personal y, por lo conocido, pareciera todo lo contrario: violencia cotidiana, ausencia de sociabilidad conjunta, ausencia de afectividad recíproca, etc.

- c) *Un elemento de permanencia*: consistente en la “estabilidad” de los elementos material e intencional, es decir, que la residencia física común, como presupuesto de un proyecto unitario de vida, se prolongue en el tiempo, pues esta permanencia es imprescindible para la búsqueda del mayor desarrollo espiritual y material posible de una vida que se comparte y que se desea compartir.

La breve duración de tres meses y días del hecho material de la residencia compartida, carente de proyección unitaria, corrobora la misma ausencia del elemento de intención de compartir un proyecto de vida

común y denota la ausencia de estabilidad y permanencia en la situación examinada, permanencia que, como se ha explicado, es exigida uniformemente por la jurisprudencia y doctrina chilenas y por el derecho comparado con lapsos siempre superiores a un año.

En consecuencia, en el caso analizado sólo se está frente al hecho material de haber compartido la imputada y la víctima una residencia común, pero ese supuesto material no está acompañado de los elementos que puedan caracterizarla como una situación de hecho consistente en compartir una “vida en común”, por lo tanto, desde este punto de partida no resulta que, jurídicamente, puedan estimárselas como “convivientes” para los efectos del Art. 390 del *Código Penal*.

2ª. Ausencia de una situación de vida en común asimilable a una “familia”

La situación de vida en común debe resultar asimilable a la de una “familia” y en el caso analizado esta asimilación jurídica resulta, desde todo ángulo imposible, entre otras, por las razones siguientes:

- a) *Ausencia de unidad – “núcleo”*: por lo expuesto en la exigencia anterior, la situación de hecho que mantuvieron la imputada y la víctima careció de un proyecto unitario de vida y de un modo de realización personal que superara mínimamente las individualidades de ambas, frente a lo cual no es posible que a esa simple realidad física de residencia compartida se la pueda considerar asimilable a la de una vida en común de naturaleza familiar, pues constitucionalmente se caracteriza a una familia como un “núcleo”, es decir, como una realidad unitaria y, más

bien, en el caso examinado aparecen dos personas que mantienen sus individualidades y que no actúan en la esfera social ni jurídica como un ente nuclear o unitario.

Lo anterior se refuerza, porque la víctima, por su estado civil de casado y de padre, ya pertenecía aun núcleo familiar el que, no obstante su situación de separación de hecho, jurídicamente se mantenía, como ha declarado una reciente jurisprudencia de nuestros tribunales superiores de justicia, que ha sentado que la separación de hecho no implica la desaparición jurídica de la familia. Así lo ha mantenido la Corte de Apelaciones de Arica en su sentencia del 4 de junio de 2003, confirmada en casación por la Corte Suprema en fallo del 31 de mayo de 2004. Allí se diferencia entre “el concepto legal de familia” y el “punto de vista material” de ella, pues se estima que, subsistiendo el matrimonio, aunque los cónyuges se hayan separado de hecho legalmente se mantiene la familia: “En el evento que los cónyuges se separen de hecho, el concepto legal de familia sigue vigente, aun cuando desde el punto de vista material no constituyan un grupo, pues en este sentido hay que estimar que el legislador se ha apartado de lo material y le ha dado vida legal”¹¹⁶.

Así, pues, la víctima sí pertenecía jurídicamente a un núcleo familiar, que no era el que eventualmente hubiera podido configurar con la imputada, lo que jurídicamente dificulta el que, pudiera estimársela como integrante de otro núcleo familiar (en la misma calidad).

b) *Ausencia de carácter “fundamental”*: si bien la sola razón anterior justificaría excluir la naturaleza familiar del hecho de la residencia material que compartían la imputada y la víctima, a ello se agrega el que no resulta jurídicamente sostenible el caracterizar a aquella situación de hecho como un “núcleo fundamental de la sociedad”, de acuerdo con el Art. 1 de la *Constitución Política de la República*, debido, entre otras razones, a su falta de permanencia, ausencia de proyecto de vida unitario y a la cotidianeidad de la violencia entre sus miembros.

c) *Ausencia de naturaleza familiar*: por los antecedentes conocidos de la imputada la finalidad perseguida con la residencia en común con la víctima no tuvo naturaleza familiar, sino que naturaleza económica y de subsistencia, pues si accedió a compartir materialmente un techo con la víctima fue porque carecía de un lugar donde vivir y si se mantuvo por más de tres meses en dicha situación, sufriendo constantes agresiones, fue, precisamente, porque no tenía posibilidades de procurarse otra vivienda, sobre todo, después de haber pasado desde su infancia por innumerables viviendas de todo género de personas.

Así pues, la situación de convivencia material entre la imputada y la víctima, no fundada en el matrimonio, no reúne unos caracteres mínimos que permitan calificarla, en su concreta realidad, como “núcleo fundamental de la sociedad” y por ello, esta misma característica es la que permite excluirlos de la noción legal de “convivientes” para los efectos del Art. 390 del

¹¹⁶ CAP. Arica, 4-VI-2003, cons. 3º, confirmada Cs. Cas. civ. 31-V-2004 (Rol 2800-2003).

Código Penal, pues simplemente se trataba de dos personas que mantenían una situación de hecho en la que existía una materialidad de compartir una vivienda, pero no una “convivencia” de naturaleza familiar, sino determinada por finalidades económicas y de supervivencia en la concreta realidad socio económica en la que se desenvolvían.

3ª. Ausencia de situación de vida en común asimilable a una familia matrimonial

Las ya señaladas ausencias, de “vida en común” y de la naturaleza “familiar” de la situación de hecho que mantuvieron por algo más de tres meses la imputada y la víctima, bastarían para excluir la posibilidad jurídica de asimilación a una realidad matrimonial, pero hay también algunas razones específicas que excluyen esta tercer exigencia para la calificación jurídica de la imputada y la víctima como “convivientes” para los efectos del Art. 390 del *Código Penal*.

En efecto, el Art. 102 del *Código Civil*, en su expresión “por el cual se unen”, asume que el objeto esencial del matrimonio es la “unión” de los cónyuges que, por ende, hace parte de la esencia misma del matrimonio, pues sobre él ha de recaer el consentimiento matrimonial libre y espontáneo y la nueva “Ley de Matrimonio Civil” permite que hoy día en el sistema matrimonial chileno se determine de mejor manera la naturaleza de la “unión”, en cuanto objeto esencial del matrimonio, pues en ella se precisa que tal unión, implicada por el matrimonio, es una “comunidad de vida” (Art. 5 número 3º), de la cual, naturalmente se desprende la “vida en común” (Art. 3 inciso 2º), que supone

una serie de “exigencias” que asumen los cónyuges (Art. 11 inc. 1º).

Esta unión, que constituye una comunidad de vida (*consortium vitae*), se produce, y es el objeto mismo del consentimiento matrimonial libre y espontáneo, cuando los contrayentes, al tenor del Art. 18 inciso segundo de la LMC, se ofrecen y “reciben” mutuamente “como marido y mujer”, porque hay aquí mucho más que simples prestaciones patrimoniales o externas a las que se obligan recíprocamente los contrayentes, supuesto que son ellos mismos, con la plenitud de sus personas, las que se ofrecen y reciben mutuamente para formar una comunidad de vida¹¹⁷.

La situación de hecho que se mantuvo durante tres meses y días entre la imputada y la víctima, por los antecedentes con los que se cuenta, no implicó una comunidad de vida capaz de ser asimilada a la característica de aquella “que implica el matrimonio”, de acuerdo con la Ley de Matrimonio Civil y, por ende, jurídicamente no resulta posible asimilarla a la institución matrimonial, por lo cual, al no presentarse este carácter es, jurídicamente, improcedente calificar a la imputada y a la víctima como “convivientes” para los efectos del Art. 390 del *Código Penal*.

4ª. Ausencia de asimilación de la imputada y la víctima a la noción de “cónyuge”

Finalmente, para que la imputada y la víctima pudieran ser, jurídicamente, tenidas como cónyuges y así cumplir las exigencias típicas del Art. 390 del *Código Penal*, debería resultar posible la asimilación de la relación que mantenían a la relación conyugal, concretamente poder situarlas

¹¹⁷ Vide BARRIENTOS GRANDON, Javier – NOVALES ALQUÉZAR, Mª Aránzazu, (n. 95).

en una posición jurídica asimilable a la categoría jurídica de cónyuges y, como se ha descrito, para ello, resultaría necesario que: a) fueran de distinto sexo, condición cumplida en este caso; b) que tuvieran la edad legal para ejercer el *ius conubii*, condición también cumplida en la especie de que se trata; c) que no fueran parientes en los grados excluidos legalmente, condición también cumplida en la situación de hecho examinada; y d) que ambas fueran solteras o divorciadas, condición ésta que no se presenta.

En efecto, la víctima no era soltera ni divorciada, pues, de los antecedentes tenidos a la vista, consta que se hallaba ligada por vínculo matrimonial no disuelto, circunstancia esta que, por sí misma, le excluye de toda posibilidad de formar una "unión de hecho" en opinión de la doctrina y jurisprudencia (como se ha explicado) y también en todo el derecho comparado, a lo que puede agregarse que en el proyecto de regulación de "Pacto de Unión Civil" en Chile (elaborado por los profesores D. Carlos Pizarro Wilson, de la Universidad Diego Portales, y D. Mauricio Tapia Rodríguez, de la Universidad de Chile) que comienza a difundirse, se excluye expresamente, a las personas casadas o que ya mantuvieran un "Pacto de unión civil", pues, de aprobarse este "Proyecto", el *Código Civil* contendría el siguiente nuevo Art.:

"Art. 1792-29. No podrán celebrar el pacto de unión civil:

1° Los menores de dieciséis años;

2° *Los que se hallaren ligados entre sí por vínculo matrimonial o por pacto de unión civil no disuelto*; y,

3° Entre sí los ascendientes y descendientes por consanguinidad o por afinidad, ni los colaterales por consanguinidad en el segundo grado"¹¹⁸.

Así, pues, en el estado actual de la legislación chilena, una persona casada no puede ser jurídicamente considerada como "conviviente" para los efectos del Art. 390 del *Código Penal* y, como en este caso, la víctima estaba unida por vínculo matrimonial no disuelto a una tercera persona, es imposible que su situación de hecho diera pie legal para que pudiera ser considerado "conviviente" de la imputada.

5. Observaciones finales

El examen de la ley 20.066, desde la perspectiva de la reforma introducida al Art. 390 del *Código Penal* suscita una serie de cuestiones de interés, algunas de ellas ligadas a la determinación legal del contenido de la voz 'conviviente' y otras más alejadas, que se esbozarán brevemente en este apartado de observaciones.

1ª. *El delito de parricidio en alguna legislación extranjera*: la ley 20.066 tuvo entre sus fuentes inspiradoras, a la legislación española relativa a la violencia intrafamiliar, según expresamente se desprende de la historia fidedigna de su establecimiento y cuyo modelo siguió en muchas de sus disposiciones, pero se apartó de ella, precisamente, en sede de parricidio¹¹⁹.

¹¹⁸ Ha de agregarse en esta misma orientación que, el "Proyecto de ley de fomento de la no discriminación y contrato de unión civil entre personas del mismo sexo", en actual trámite legislativo, contiene el siguiente Art. 3: "No podrán contraer el vínculo señalado en el Art. primero: 1.° Los menores de edad; 2.° Los que se hallaren ligados entre sí por vínculo de parentesco en la línea recta en todos sus grados, y en la colateral hasta el tercer grado. Se incluirá en esta disposición al adoptado; y 3.° *Los que se hallaren ligados por vínculo matrimonial no disuelto, o por otro contrato de unión civil que no haya sido disuelto*", en *Boletín* N° 3283-18.

¹¹⁹ Véase para este tema CEREZO DOMÍNGUEZ, Ana Isabel, *El homicidio en la pareja: tratamiento criminológico*, Valencia, 2000.

En efecto, el *Código Penal* español de 1995 eliminó el delito de parricidio, siguiendo así la opinión de un sector de la doctrina que estimaba que no existía una mayor culpabilidad en las conductas parricidas, especialmente, en los conyugicidios¹²⁰, de modo que las conductas que hasta dicho momento quedaban comprendidas en el tipo desaparecido ahora se castigan como homicidios simples, concurriendo, en su caso, la circunstancia mixta de parentesco que, en función de la naturaleza, los motivos y efectos del delito, puede ser aplicada como agravante, como atenuante e, incluso, puede no ser aplicada si la relación de parentesco no ha influido en la gravedad del delito¹²¹. Supresión del parricidio que, en opinión de Jiménez-Villarejo, se explica por “considerarlo fruto de una época periclitada y de entender en baja el valor del parentesco en sí”¹²².

En países como Gran Bretaña, Alemania, Austria, Suiza, Dinamarca, Finlandia y Noruega no existe el tipo de parricidio, en otros como Francia, Italia, Portugal y Argentina sólo es considerado el parentesco como una agravante específica del homicidio¹²³.

Así, la inclusión del “conviviente” en el tipo penal de parricidio, como parte de la política legislativa de incrementar el reproche penal respecto de los actos de violencia intrafamiliar, no encuentra sus precedentes en la legislación española, ni en otras similares y una inclusión tal, no

parece que esté necesariamente vinculada con el bien jurídico que se pretende tutelar al proscribir la violencia intrafamiliar.

2ª. *El parentesco o calidad de cónyuge como agravante o atenuante*: la citada ley 20.066 incluyó al “conviviente” en la descripción de la cuarta circunstancia atenuante del Art. 11 del *Código Penal*.

El Art. 11 del *Código Penal* prevé lo siguiente: “Son circunstancias atenuantes: ... 4ª. La de haberse ejecutado el hecho en vindicación próxima de una ofensa grave causada al autor, a su cónyuge, o *su conviviente*, a sus parientes legítimos por consanguinidad o afinidad en toda la línea recta y en la colateral hasta el segundo grado inclusive, a sus padres o hijos naturales o ilegítimos reconocidos”.

No hizo lo mismo respecto de la eximente del número 5º del Art. 10 del *Código Penal*, ni respecto de la circunstancia mixta de parentesco definida en el Art. 13 del mismo *Código*, con lo cual también se aparta en esta sede del derecho penal español, pues el Art. 23 de su *Código Penal* de 1995 dispone que:

“Es circunstancia que puede atenuar o agravar la responsabilidad según la naturaleza, los motivos y los efectos del delito, ser el agraviado cónyuge o persona a quien *se halle ligado de forma estable por análoga relación de afectividad*, ascendiente, descendiente...”.

¹²⁰ En este sentido BUSTOS RAMÍREZ, Juan, *Manual de Derecho Penal Español. Parte Especial*, Barcelona, 1991, p. 28.

¹²¹ Así GRACIA MARTÍN, Luis, en *Comentarios al Código Penal. Parte Especial*, I (Diez Ripollés y Gracia Martín coord.), Valencia, 1997, pp. 80-81.

¹²² JIMÉNEZ-VILLAREJO FERNÁNDEZ, Francisco, “La familia en el Código Penal Español (1973-2005)”, en *Revista de Derecho Penal*, 17, Valladolid, enero, 2006, p. 32.

¹²³ RODRÍGUEZ NÚÑEZ, Alicia, “El parricidio en el derecho comparado”, en *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 3, Madrid, 1993, pp. 641-665.

En líneas generales, la propia circunstancia del parentesco ha decaído en la legislación y jurisprudencia penal española, decadencia que se advierte, por ejemplo, en la derogación de instituciones específicamente parentales, como la legítima defensa de parientes y la vindicación de ofensas a los parientes¹²⁴.

3ª. *Garantía de taxatividad y reforma del Art. 390*: la técnica legislativa utilizada para incluir al “conviviente” en el tipo penal del parricidio puede dar pie para sostener que en dicha parte el Art. 390 del *Código Penal* se encontraría herido de inconstitucionalidad por una eventual vulneración de la garantía de la “determinación típica” o de “taxatividad” en materia penal, reconocida en el Art. 19 número 3º inciso 8 de la *Constitución Política de la República*, Art. 9 del *Pacto de San José de Costa Rica* y Art. 15 del *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos*.

En efecto, desde la perspectiva de la descripción típica, tiene muy diferentes efectos el incluir y describir un sujeto activo o pasivo, en este caso el “conviviente”, o incorporar un elemento consistente en una situación de hecho, que debe ser acreditada ante el tribunal, como sería el haber utilizado la expresión “convivencia”, como ocurre, por ejemplo, en la técnica legislativa española que se refiere a una “persona” que “se halle ligada de forma estable por análoga relación de afectividad (a la

conyugal)”, de modo que en este caso el juez debería apreciar si concurre o no una situación de hecho legalmente prevista¹²⁵.

En este punto, como advierte Vero, el principio de taxatividad: “Toca, a la vez, a la estructura y a la técnica de formulación de la norma penal: lo que impone que los ilícitos y las sanciones penales, respectivamente asumidos y aplicados por el juez, encuentren expresa y puntual correspondencia en la previsión de la norma incriminatoria, de modo de excluir márgenes de apreciación discrecional por parte del órgano judicial”¹²⁶ o, como apunta Ferreres Comella, lo que la garantía de tipicidad o “principio de taxatividad trata de evitar es la *incertidumbre*, más que las *sorpresas*”¹²⁷, y así “en el ámbito de las sanciones, se trata de asegurar que los individuos, tras consultar los textos jurídicos relevantes (por sí mismos o a través de un abogado), puedan anticipar cuáles serán las consecuencias de sus posibles acciones u omisiones”¹²⁸, precisándose que: “El principio de taxatividad trata de asegurar la posibilidad de predecir *cómo debe el juez resolver un caso, y no cómo lo va a resolver efectivamente*. Si la ley es precisa, es posible predecir cómo debe resolver el juez un determinado caso. Pero puede ocurrir que el juez no aplique correctamente la ley, con lo que frustrará las expectativas generadas. La ley, sin embargo, cumplirá con el deber de dar certeza”¹²⁹.

¹²⁴ Vide JIMÉNEZ-VILLAREJO FERNÁNDEZ, FRANCISCO, (n. 122), p. 30.

¹²⁵ Vide PUENTE SEGURA, LEOPOLDO, *Circunstancias eximentes, atenuantes y agravantes de la responsabilidad criminal*, Madrid, 1997, cap. XXV.

¹²⁶ VERO, Giancarlo de, *Introduzione al Diritto Penale*, Torino, 2002, p. 126, la traducción es nuestra.

¹²⁷ FERRERES COMELLA, VÍCTOR, *El principio de taxatividad en materia penal y el valor normativo de la jurisprudencia (Una perspectiva constitucional)*, Madrid, 2002, p. 43.

¹²⁸ *Ibidem*.

¹²⁹ *Ídem*, p. 47.

Sobre tales presupuestos, ¿Podría afirmarse, sin dudas razonables, que la inclusión de la voz 'conviviente' permitiría predecir cómo *debe resolver* el juez un caso determinado, con la certeza de que el ciudadano a quien juzga podría haber anticipado que se encontraba en la situación típica de "conviviente" y, luego, anticipar también las sanciones a que podía hacerse merecedor por la conducta de dar muerte a su "conviviente"?

4ª. *Necesidad de precisar legalmente el contenido de la voz 'conviviente'*: la cuestión planteada en este informe pone en claro no sólo las deficiencias del proceso legislativo y de la técnica con la cual se ha reformado el *Código Penal*, en este caso, sino también la necesidad de determinar legalmente los caracteres definitorios mínimos de la persona del 'conviviente' al que se refieren, en una tendencia en aumento, diferentes leyes.

La necesidad anterior se cubriría, no sólo con la promulgación de una ley que regulara, en cualquier sentido, las situaciones de convivencia, sino también caracterizando a la convivencia, con elementos definitorios básicos, cada vez que ella sea reconocida para ciertos efectos legales.

Javier Barrientos Grandon
Doctor en Derecho
Investigador Fundación
Fernando Fueyo Laneri

Santiago, agosto de 2006.

La Defensoría Penal Pública solicitó a destacados profesionales del Derecho informar sobre materias de notable importancia dogmática y práctica, y habida cuenta de que ellos no han circulado en el foro y que por su calidad debieran estar al alcance del mayor número de abogados posible, decidió publicarlos en estricto orden de antigüedad, para permitir, así, una adecuada difusión y discusión entre los profesionales del Derecho: abogados, jueces, defensores, fiscales, académicos, estudiantes, y todos aquellos que, de alguna u otra forma, se sienten ligados a la Reforma Procesal Penal.



Centro de Documentación Defensoría Penal Pública

www.defensoriapenal.cl