



DEPARTAMENTO DE ESTUDIOS

INFORME EN DERECHO
01-2007 /Enero

**“SOBRE LA NOCIÓN DE ‘CONVIVIENTE’ UTILIZADA EN EL ARTÍCULO 390
DEL CÓDIGO PENAL”**

Consulta sobre la versión oficial de este documento a:

estudios@defensoriapenal.cl

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 artículo 390 del *Código Penal* de acuerdo con la redacción que le diera el artículo 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 ‘cónyuge’, la expresión ‘o conviviente’¹, 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 artículo 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 artículos 27 y 28 CC; la voz ‘hijo’ está legalmente precisada en el artículo 33 CC y sus relacionados (v. gr. arts. 180); y la voz ‘cónyuge’ tiene un contenido legalmente definido en los artículos 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

¹ Ley 20.066 (7-X-2005), Artículo 21 “Introdúcense las siguientes modificaciones en el Código Penal: b) En el artículo 390, suprimense 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"”.

cuales el “sentido de la ley” no es claro y, por ende, resulta imposible atenerse a su tenor literal, como prescribe el inciso 1º 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:

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

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

3º. Presencia de una “expresión obscura de la ley”, luego, advienen, en principio, aplicables las reglas contenidas en los artículos 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 artículo 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:

1º. El principio de la “tipicidad”, consagrado constitucionalmente en el artículo 19 número 3º, inciso 8, y en el artículo 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 artículo 5 de la *Constitución Política de la República*.

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

3º. El principio de interpretación favorable al procesado, reconocido en diversos textos 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 artículo 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

I. 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 artículo 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 presuponia 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:

1^a. *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 artículo 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 artículo 18 de la ley 14.908, del 5 de octubre de 1962, derogatoria de la 5.750, cuyo texto es el siguiente:

El citado artículo 18 de la ley 14.908, actualmente vigente, reza: “Serán solidariamente responsables del pago de la obligación alimenticia quien viviere *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 3° al artículo 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 1° que ella y el presunto padre han vivido en concubinato notorio y durante él ha podido producirse legalmente la concepción”². El citado artículo 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 artículo 210 del *Código Civil* prescribe en su inciso 1° 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 2° 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 artículo 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 artículo 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 artículo 5°”. El “Reglamento” de dicha ley, del 7 de noviembre de 1956, en su artículo 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 artículo 99 del “Reglamento”, fue modificada por el artículo 3° 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”.

² 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.

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 artículo 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.

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 artículo 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 artículo 5º recurre a las expresiones “relación de convivencia” y “actual conviviente” para caracterizar los actos constitutivos de “violencia intrafamiliar”.

El artículo 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 artículo 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 artículo 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 artículo 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 artículo 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 2° de su artículo 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 pudiese ejercer los derechos” que el mismo *Código* le reconoce; ha considerado también en el inciso primero de su artículo 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 artículo 108 del *Código Procesal Penal* señala: “En los delitos cuya consecuencia fuere la muerte del ofendido y en los casos en que éste no pudiese 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 2° de su artículo 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 artículo 369 del *Código Penal* en su inciso 4° para dar reglas especiales para los casos en los que un cónyuge o “conviviente” cometiere los delitos previstos en los artículos 361 y 366 número 1 del mismo *Código*.

En lo que interesa, el texto del referido artículo 369 inciso 4° 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 artículo 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 2° agrava las penas si el autor fuere, entre otros casos, “conviviente”.

El referido artículo 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:... 4°. “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 artículo 390 del que se trata en este informe, modificó la cuarta circunstancia atenuante consagrada en el artículo 11 del *Código Penal* para incluir al “conviviente”.

El artículo 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 artículo 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 artículo 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”.

II. 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 artículo 20 del *Código Civil*.

Recuérdese aquí que el citado artículo 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 artículo 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 artículo 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 (artículo 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” (artículo 19 inciso 2º CC).
- b) La “historia fidedigna de su establecimiento” (artículo 19 inciso 2º CC).
- c) El “sentido natural y obvio” según el “uso general” de la misma palabra ‘conviviente’ (artículo 20 CC).

- d) El “contexto de la ley”, que en este caso “servirá para ilustrar el sentido” de este parte (artículo 390 CP), “de manera que haya entre todas ellas la debida correspondencia y armonía” (artículo 22 inciso 1º CC).
- e) El recurso a otras leyes que versen “sobre el mismo asunto”, para ilustrar este “pasaje obscuro” de la ley (artículo 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 artículo 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 artículo 1° 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 artículo 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 4°, reglas especiales para los casos en los que un cónyuge o “conviviente” cometiere los delitos previstos en los artículos 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 7° 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*”³.

Esta “vida en común” es a la que, en sede matrimonial, se refiere la nueva Ley de Matrimonio Civil cuando en su artículo 5° número 3 se refiere a “formar la comunidad de vida que implica el matrimonio”, determinando así el contenido del verbo “unen” empleado en el artículo 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 3°), de lo cual, naturalmente se desprende el elemento material

³ Corte de Apelaciones (En adelante CAP.) Santiago, 28-X-1999, cons. 7°, en *Gaceta Jurídica* (En adelante GJ.) 232, Santiago de Chile, octubre 1999, pp. 196-197.

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”⁴.

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.

En el decreto supremo 892 de 1958 del Ministerio de Previsión Social, que dio una nueva redacción al artículo 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

⁴ 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 de Chile, LexisNexis, 2006, p. 435.

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 8º se lee: “El concubinato supone pues cierta continuidad, estabilidad y permanencia en las relaciones sexuales y vida en común”⁵.

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”⁶.

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 artículo 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 artículo 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), artículo 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 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 artículo 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 artículo 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*”.

⁵ CAP. Valparaíso, 15-IX-1997, cons. 8º, en GJ. 206, Santiago de Chile, septiembre 1997, p. 91.

⁶ FIGUEROA YÁNEZ, Gonzalo, (n. 4). 434.

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. La 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”⁷. 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”⁸.

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 2º 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”⁹.

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 artículo 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 artículo 2.1: “..En tot cas, la convivència prèvia lliure, *pública, notòria* i ininterrompuda...”; la ley de Asturias de 2002, cuyo artículo 2.1. declara: “A efectos de lo dispuesto en esta Ley, se considera pareja estable la unión libre y

⁷ MAZA, Lorenzo de la – LARRAÍN RÍOS, Hernán, (n. 2), 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, 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. 4), p. 434.

⁸ 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.

⁹ CAP. Valparaíso, 23-VI-1987, cons. 2º, en GJ. 85, Santiago de Chile, 1987, p. 50.

pública...”; la ley de Extremadura de 2003 en su artículo 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 artículo 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 artículo 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 2005¹⁰ 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”, 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”¹¹, y esta idea inspiradora se hizo constar durante toda la tramitación legislativa: “Consagra un concepto amplio de familia que incorpora las uniones de hecho”¹².

¹⁰ Vide Boletín N° 2.318-18.

¹¹ 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.

¹² 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.

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 artículo 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...*”¹³.

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 artículo “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 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

¹³ *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.

afectivas heterosexuales, hoy día este tema ha sido zanjado, no sólo por la jurisprudencia, sino también por la nueva “Ley de Matrimonio Civil”¹⁴.

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 artículo 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”¹⁵. 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”¹⁶.

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 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...”¹⁷.

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 artículo 1 de la nueva “Ley de Matrimonio Civil” se dejó expresa constancia de haberse

¹⁴ Vide BARRIENTOS GRANDON, Javier – NOVALES ALQUÉZAR, Aránzazu, *Nuevo Derecho Matrimonial chileno*, Santiago de Chile, 2004.

¹⁵ CAP. Santiago, 28-X-1999, cons. 7º (Rol 1.367-99).

¹⁶ CAP. Antofagasta, 17-IV-2003, cons. 29º (Rol 2.706).

¹⁷ CAP. Concepción, 4-XII-2000, cons. 9º, en *Fallos del Mes* (En adelante FM.) 496, Santiago de Chile, 2000-2002, p. 14.

precisado que el matrimonio es la base “principal” de la familia, con la finalidad “de no excluir a las familias que tengan otro origen”¹⁸.

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 artículo 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 artículo 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 artículo 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 artículo 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 artículo VI entiende a la familia como “elemento fundamental de la sociedad”; y con la *Convención americana sobre derechos humanos*, que en el primer período de su artículo 17.1 reitera a la letra el texto de la *Declaración universal*.

Declaraciones semejantes pueden hallarse en diversos textos constitucionales, por ejemplo, el artículo 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 artículo 226 de la *Constitución* de Brasil: “La familia, base de la sociedad,...”; el artículo 22 de la *Constitución* de Ecuador: “El Estado protege a la familia como célula fundamental de la sociedad...”; el artículo 259 de la *Constitución* de Haití: “L’État protège la Famille base fondamentale de la Société”; el artículo 67 de la *Constitución* de Portugal: “La familia, como elemento fundamental de la sociedad,...”; mientras que el artículo 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,

¹⁸ “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.

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-”¹⁹. 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”²⁰; 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

¹⁹ CAP. Antofagasta, 10-VII-2002, cons. 9º, en GJ. 265, Santiago de Chile, julio 2002, p. 102.

²⁰ CAP. Valparaíso, 23-VI-1987, cons. 2º, en GJ. 85, Santiago de Chile, 1987, p. 50.

sexuales y que comparten una vida en común”²¹. La doctrina chilena, igualmente, suele señalar la necesidad de este carácter²².

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”.

3ª. 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 artículo 390 del *Código Penal*, pues junto a su idea matriz de “reconocer una noción amplia de familia” al asumir la 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”*²³.

Por otra parte, sobre la misma redacción del artículo 5 ya citado y su referencia a los parientes del “conviviente”, en la Comisión Mixta se aprobó una redacción fundada

²¹ CAP. Valparaíso, 15-IX-1997, cons. 8º, en GJ. 206, Santiago de Chile, 1997, p. 91.

²² MARTINIC GALETOVIC, María Dora – WEINSTEIN WEINSTEIN, Graciela, (n. 7), pp. 23-24; FIGUEROA YÁNEZ, Gonzalo, (n.4), p. 436: “Relaciones sexuales, característica que permite distinguir esta figura de otras formas de agrupamiento social, como las sociedades, las corporaciones y otras asociaciones”.

²³ *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.

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*”²⁴.

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 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 realizase una interpretación extensiva de la voz “cónyuge” del citado artículo 17, no se concluiría que en el caso en cuestión se aplicase a la imputada, puesto que la expresión “cónyuge” dice relación, evidentemente, con una vinculación afectiva íntima que se prolonga en el tiempo y que otorga carácter de permanencia y estabilidad a la unión entre hombre y mujer, que hace las mismas veces que el de cónyuge. En la especie si bien aparece que el padre y el hermano de la imputada, todos habitantes de un mismo hogar, dieron cuenta de una convivencia entre ella y Roberto Muñoz en dicho hogar, coincidieron en que ésta no tenía más de una semana al 30 de marzo del 2004, por lo que considerando

²⁴ *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. 8.

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*”²⁵.

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 artículo 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 en el actual artículo 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 artículo 2.3: “Fanno altresì parte del nucleo familiare il convivente *more uxorio*, gli ascendenti,...”; L. R. 13, de 16 de marzo de 1995, de la Emilia Romagna, en su artículo 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 artículo 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 artículo 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 artículo 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 artículo 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.

²⁵ CAP. Rancagua, 10-II-2005, cons. 3º (Rol 13-2005).

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 final²⁶.

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 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 artículo 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 7º señala:

“La relación de pareja o convivencia, si bien no está unida por un vínculo matrimonial, 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 padre²⁷”.

²⁶ *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.

²⁷ CAP. Santiago, 28-X-1999, cons. 7º, en GJ. 232, Santiago de Chile, octubre 1999, pp. 196-197.

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 artículo 17, no se concluiría que en el caso en cuestión se aplicase a la imputada, puesto que la expresión "cónyuge" dice relación, evidentemente, con *una vinculación afectiva íntima que se prolonga en el tiempo y que otorga carácter de permanencia y estabilidad a la unión entre hombre y mujer, que hace las mismas veces que el de cónyuge*. En la especie si bien aparece que el padre y el hermano de la imputada, todos habitantes de un mismo hogar, dieron cuenta de una convivencia entre ella y Roberto Muñoz en dicho hogar, coincidieron en que ésta no tenía más de una semana al 30 de marzo del 2004, por lo que considerando que los ilícitos en cuestión se perpetraron el día 23 y 24 del mismo mes y año, *malamente podría equipararse esta eventual convivencia, a la matrimonial antes referida*”²⁸.

Resulta aquí de interés anotar que, sin perjuicio de no aceptarse la interpretación analógica de la eximente del artículo 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 artículo 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 sentenciada ... 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”²⁹.

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

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

²⁹ CAP. Santiago, 7-III-2001, voto de minoría, en GJ. 249, Santiago de Chile, marzo 2001, pp. 139-141.

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 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 artículo 390 del *Código Penal*, deben reunir las siguientes condiciones:

1ª. *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*, artículo 18 inciso 2º y 80 inciso 1º, de la ley 19.947 de Matrimonio Civil, entre muchos otros.

Esta condición es admitida, de manera uniforme, por la doctrina chilena³⁰ 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 3º 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’”³¹; la Corte de Apelaciones de Valparaíso, en su sentencia del 15 de septiembre de 1997, cuyo considerando 8º 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”³².

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).

³⁰ FUEYO LANERI, Fernando, (n. 7), II, p. 281; SOMARRIVA UNDURRAGA, Manuel, *Derecho de Familia*, I, Santiago de Chile, 1983, I, p. 169; MEZA BARROS, Ramón, (n. 7), 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 YÁÑEZ, 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. 7), pp. 21-23.

³¹ Corte Suprema (En adelante CS.) Cas. civ. 25-VII-1989, cons. 3º, en FM. 368, Santiago de Chile, julio 1989, p. 24.

³² CAP. Valparaíso, 15-IX-1997, cons. 8º, en GJ. 206, Santiago de Chile, 1997, p. 91.

2ª. *Tener la edad legal para ejercitar el ius connubii*: Sólo pueden ser, jurídicamente, considerados “convivientes”, quienes tengan la edad legal para contraer matrimonio, es decir, no ser menores de 16 años, de acuerdo con lo prescrito en el artículo 5 número 2º de la ley 19.947, concordante con su propia definición de *ius connubi* contenida en el inciso primero del artículo 2 de la misma ley³³.

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 artículo 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 artículo 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 Person eine Lebenspartnerschaft führt”. En Portugal, la ley 7/2001, de 11 de mayo, de protección a las uniones de hecho, declara, en su artículo 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 artículo 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 estables” (6/2000, de 3 de julio) en su artículo 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), artículo 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*

³³ 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.

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 alliés 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*”³⁴.

c) ALEMANIA: expresamente se señala en el artículo 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 erson eine Lebenspartnerschaft führt”.

d) BELGICA: 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 artículo 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 artículo 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 (artículo 6), la que, por la descripción típica del artículo 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).

³⁴ 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.

III. CONCLUSIÓN

Sobre la base del examen precedente y, salvo mejor opinión, jurídicamente, la voz ‘conviviente’ utilizada en el artículo 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 consaguinidad en el segundo grado.

IV. 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 acápite 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 artículo 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 artículo 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, confirmados 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”³⁵.

³⁵ CAP. Arica, 4-VI-2003, cons. 3º, confirmada CS. Cas. civ. 31-V-2004 (Rol 2800-2003).

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 artículo 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 artículo 390 del *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 artículo 390 del *Código Penal*.

En efecto, el artículo 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 lo 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 artículo 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 vida³⁶.

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 artículo 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 artículo 390 del *Código Penal*, debería resultar posible la asimilación de la relación que mantenían a la relación conyugal, concretamente poder situarlas 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 artículo:

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

1º Los menores de dieciséis años;

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

³⁶ Vide BARRIENTOS GRANDON, Javier – NOVALES ALQUÉZAR, Mª Aránzazu, (n. 14).

3° Entre sí los ascendientes y descendientes por consanguinidad o por afinidad, ni los colaterales por consanguinidad en el segundo grado”³⁷.

Así, pues, en el estado actual de la legislación chilena, una persona casada no puede ser jurídicamente considerada como “conviviente” para los efectos del artículo 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.

V. OBSERVACIONES FINALES

El examen de la ley 20.066, desde la perspectiva de la reforma introducida al artículo 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 parricidio³⁸.

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 conyugicidios³⁹, 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 delito⁴⁰. 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”⁴¹.

³⁷ 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 artículo 3: “No podrán contraer el vínculo señalado en el artículo primero: 1.º Los menores de edad; 2.º 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.º *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.

³⁸ Vide para este tema CEREZO DOMÍNGUEZ, Ana Isabel, *El homicidio en la pareja: tratamiento criminológico*, Valencia, 2000.

³⁹ En este sentido BUSTOS RAMÍREZ, Juan, *Manual de Derecho Penal Español. Parte Especial*, Barcelona, 1991, p. 28.

⁴⁰ Así GRACIA MARTÍN, Luis, en *Comentarios al Código Penal. Parte Especial*, I (Diez Ripollés y Gracia Martín coord.), Valencia, 1997, pp. 80-81.

⁴¹ JIMÉNEZ-VILLAREJO FERNÁNDEZ, Francisco, “La familia en el Código Penal Español (1973-2005)”, en *Revista de Derecho Penal*, 17, Lex Nova, Valladolid, enero, 2006, p. 32.

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 homicidio⁴².

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 artículo 11 del *Código Penal*.

El artículo 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 artículo 10 del *Código Penal*, ni respecto de la circunstancia mixta de parentesco definida en el artículo 13 del mismo *Código*, con lo cual también se aparta en esta sede del derecho penal español, pues el artículo 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...”

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 parientes⁴³.

3ª. *Garantía de taxatividad y reforma del artículo 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 artículo 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 artículo 19 número 3º inciso 8 de la *Constitución Política de la República*, artículo 9 del *Pacto de San José de Costa Rica* y artículo 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

⁴² RODRÍGUEZ NÚÑEZ, Alicia, “El parricidio en el derecho comparado”, en *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 3, Madrid, 1993, pp. 641-665.

⁴³ Vide JIMÉNEZ-VILLAREJO FERNÁNDEZ, Francisco, (n. 36), p. 30.

modo que en este caso el juez debería apreciar si concurre o no una situación de hecho legalmente prevista⁴⁴.

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”⁴⁵ 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*”⁴⁶, 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”⁴⁷, 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”⁴⁸.

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

⁴⁴ Vide PUENTE SEGURA, Leopoldo, *Circunstancias eximentes, atenuantes y agravantes de la responsabilidad criminal*, Madrid, 1997, cap. XXV.

⁴⁵ VERO, Giancarlo de, *Introduzione al Diritto Penale*, Torino, 2002, p. 126, la traducción es nuestra.

⁴⁶ FERRERES COMELLA, Víctor, *El principio de taxatividad en materia penal y el valor normativo de la jurisprudencia (Una perspectiva constitucional)*, Madrid, 2002, p. 43.

⁴⁷ *Ibidem*.

⁴⁸ *Ídem*, p. 47.