



TESINA

ESCUELA DE DERECHO

UNIVERSIDAD DE VALPARAÍSO DE CHILE

¿PRESCINDE EL DENOMINADO “FEMICIDIO” DEL REQUISITO DE LA OFENSA A ALGÚN BIEN JURÍDICO SUPLEMENTARIO A LA VIDA DEL PACIENTE?

Diego Antonio González Lillo

Profesor Guía: José Luis Guzmán Dalbora

TABLA DE CONTENIDOS

▪ Introducción.....	Pág. 4
Capítulo I: Parricidio y “femicidio”.	
1. Noticia histórica del parricidio.....	Pág. 5
2. Fundamento dogmático del delito.....	Pág. 7
2.1 Argumentos basados en la mayor culpabilidad del agente.....	Pág. 8
2.2 Crítica a las tesis anteriores. El parricidio como delito <i>pluriofensivo</i>	Pág.10
3. Panorama actual del parricidio en los Derechos comparado y chileno.....	Pág.14
4. Violencia “de género”, “femicidio” y figuras afines en la legislación extranjera. Breve estudio de la Ley N° 20.480.....	Pág. 17
Capítulo II: Análisis crítico de la Ley N° 20.480 a la luz del carácter secundario del Derecho penal y la teoría del bien jurídico.	
1. El concubinato como elemento normativo del tipo y su consecuente pugna con la naturaleza garantizadora del Derecho penal.....	Pág.25
1.1 Ausencia de regulación sistemática del concubinato en Chile.....	Pág.26
1.2 La naturaleza garantizadora del Derecho penal y la negación de su autonomía.....	Pág.29
1.3 El carácter secundario del Derecho penal y su transgresión en el artículo 390.....	Pág.37
2. Prescendencia de ofensa a algún bien jurídico suplementario a la vida del paciente en los parricidios y “femicidios” en relaciones fenecidas.....	Pág.40
2.1 Origen, desarrollo e importancia de la noción de bien jurídico.....	Pág.41
2.2 Falta de bien jurídico adicional a la vida en el tipo “el que mate a quien ha sido su cónyuge o conviviente”.....	Pág. 46
2.3 La Ley N° 20.480 y el Derecho penal simbólico.....	Pág. 53
▪ Conclusiones.....	Pág. 56
▪ Bibliografía.....	Pág. 57

RESUMEN

La presente investigación tiene por objeto identificar las disfunciones dogmáticas que actualmente encierran los delitos de parricidio y “femicidio”, tras las enmiendas practicadas por la Ley N° 20.480, y, acto seguido, proceder a su análisis crítico. Desarrollaremos un sumario estudio previo del contexto histórico, ideológico y normativo en que se desenvuelve el problema, centrandó luego el interés en las cuestiones de orden material afectadas, cuales son la naturaleza del Derecho penal y la teoría del bien jurídico. Procuraremos, en cada caso, aportar expedientes legales y constitucionales que permitan plasmar en términos prácticos, las conclusiones teóricas logradas.

PALABRAS CLAVES

Parricidio, “femicidio”, concubinato, naturaleza del Derecho penal, bien jurídico.

INTRODUCCIÓN

A contrapelo de la marcada tendencia que dicta la desaparición del parricidio, actualmente se presenta otra, consistente en extender el instrumento punitivo a hechos que tradicionalmente lindaron en la esfera de lo privado e intensificar su aplicación respecto de otros. El Derecho penal asiste, pues, a un proceso palmario de expansión, al abrigo de una Política criminal orientada decididamente a mitigar la violencia doméstica y “de género”.

Nuestro ordenamiento tomó parte en este ensayo durante los años noventa, al establecer normas especiales sobre procedimiento y sanciones relativas a actos de violencia intrafamiliar. No obstante, las principales reformas al respecto se han orientado a ampliar el tipo de parricidio. Primero, con la Ley N° 20.066, que incluyó al “conviviente” como sujeto pasivo y, pronto, mediante la Ley N° 20.480, que, tras tipificar el “femicidio” cual modalidad impropia de la figura, terminó por incorporar en su esfera subjetiva “a quien ha sido cónyuge o conviviente” del hechor.

Lejos de significar una solución de cara al aciago fenómeno, tales enmiendas engendraron serias irregularidades al interior del artículo 390 de nuestro Código punitivo. En efecto, la inclusión del “conviviente”, en ausencia de un estatuto civil que regule la institución, hizo claro atropello del carácter secundario que reviste la rama penal; en tanto que la extensión del tipo a las relaciones fenecidas, prescindió por entero del fundamento material en que reposa la agravación, esto es, según veremos, la ofensa a un bien jurídico suplementario a la vida del paciente.

La primera parte de este trabajo acompaña una breve reseña histórica del parricidio, examen que permitirá comprender algunas de las teorías sobre su fundamento, así como las razones de por qué el antiguo crimen se bate hoy en retirada. En seguida, abordaremos desde un enfoque histórico, conceptual y normativo la denominada violencia “de género”, para luego descender a la exposición y crítica de las citadas enmiendas al artículo 390.

En la segunda parte nos concentraremos ya de modo exclusivo en el análisis de las dos disfunciones dogmáticas enunciadas. La violación al carácter secundario del Derecho

penal que importa la inclusión del concubinato como elemento normativo en el tipo, nos dejará en la necesidad de, por un lado, negar el pretendido carácter constitutivo atribuido a esta rama y, por otro, identificar la verdadera posición que ocupa el Derecho penal en la enciclopedia jurídica. La introducción de relaciones acabadas, en cambio, nos impondrá insistir respecto del fundamento dogmático de la figura y, en último término, sobre la superlativa importancia que para la atroz materia reviste la noción de bien jurídico. La investigación culminará estableciendo las relaciones existentes entre nuestra normativa actual y el denominado Derecho penal simbólico.

CAPÍTULO I

PARRICIDIO Y “FEMICIDIO”.

1. Noticia histórica del parricidio.

El parricidio, en tanto delito contra la vida humana independiente, hunde sus raíces en los albores de la humanidad, hasta el punto de ser considerado como “el crimen antiguo por antonomasia”¹. Del desprecio que despierta dar muerte al padre se ocupan ya las primeras legislaciones de Babilonia, Egipto, China y Grecia; sin embargo, fue en Roma donde alcanzó una particular trascendencia cultural y más brutal conminación².

Pese a que aún existen opiniones divorciadas respecto del origen etimológico de la voz parricidio³, se ha acreditado que la versión romana más primitiva de la figura reconocía un único sujeto pasivo: el *paterfamilias*. Habida cuenta de su particular significación social, el padre de familia estuvo dotado de un poder sin límites externos, traducido, para estos efectos, en la facultad de matar a sus descendientes o a su mujer, cuando ésta incurría en

¹ Quintano Ripollés, *Tratado de la Parte especial del Derecho penal*. Publicados, 4 tomos. Revista de Derecho Privado, Madrid, 2ª edición actualizada por Gimbernat Ordeig, 1972, t. I, vol. 1, p. 121. En efecto, el parricidio fue el primer delito que tuvo regulación punitiva, pues los cometidos entre miembros de clanes distintos quedaban sujetos al ámbito de la guerra.

² Desde antaño, la imaginación castigadora de los romanos se materializó en la macabra ejecución de los parricidas: el *culleum*, consistente en atar al condenado a un saco de cuero y arrojarlo al mar junto con un perro, un gato o gallo, un mono y una serpiente, vivos. El carácter mágico-religioso atribuido al delito, homologable a un atentado contra los Dioses, explica el marcado corte expiatorio de su pena.

³ Según algunos proviene de *pater*, en tanto que para otros su etimología se encuentra en *parens*. Cfr. Fontán Balestra, *Tratado de Derecho penal*. 7 vols. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2ª edición, 1983, t. IV, p. 86.

adulterio o embriaguez habitual. Dicha potestad sólo la constreñían los *mores maiorum* —costumbres imperativas que prohibían al *paterfamilias* hacer ejercicio abusivo de sus facultades—, y la necesidad de convocar un *consilium* para los casos de mayor gravedad⁴. Posteriormente, con el propósito de poner término a la venganza privada, se creó un órgano especial para el conocimiento de los delitos más graves —los *quaestores parricidii*—, de guisa que el *parricidium* se vio ampliado a la sazón, hasta comprender la muerte de cualquier ciudadano libre⁵. Finalmente, con la *Lex Pompeia de Parricidiis*, se impuso en Roma la acepción moderna del delito. Abarcaría, de este modo, la muerte de ascendientes y descendientes entre sí *ad infinitum*, hermanos, colaterales hasta el cuarto grado inclusive, cónyuges y desposados, suegros, yernos y nueras, padrastros e hijastros, filiación adoptiva y patronato⁶. En razón de exagerada extensión, los prácticos medievales hicieron el distingo entre parricidio propio e impropio, que incluso hoy se mantiene⁷.

Durante el transcurso de la alta Edad media no hubo mayores cambios, conservándose los elementos que de Roma se heredan. Con todo, es preciso registrar que los visigodos dictaron un importante Código recopilatorio de los puntos cardinales del delito: el *Liber Iudiciorum*. Más adelante, en la época de los fueros municipales, la escasez de cuerpos normativos dedicados al parricidio persistió, aunque los pocos textos a él referidos partieron por asimilar los atentados contra la vida de parientes con la infracción de vínculos de lealtad o señorío⁸. En lo que a la aportación canónica se refiere, la más importante fue la de “incluir decididamente en la modalidad parricida la del conyugicidio, en plano de perfecta igualdad y no de privilegio al varón”⁹.

⁴ Cfr. Torres Aguilar, *El parricidio: del pasado al presente de un delito*. Editoriales de Derecho, Madrid, 1991, p. 27-28.

⁵ Cfr. *Ibidem* p. 36-39. Consignemos que para la época no existía el latín *homicidium*, lo que impidió practicar la distinción correspondiente. El parricidio se equiparó incluso a delito de alta traición.

⁶ Cfr. Quintano Ripollés, op., vol. et ed. cits., p. 124-126.

⁷ El parricidio propio designa la muerte del padre o los ascendientes, de parte del hijo o descendiente. El impropio, en cambio, incluye las restantes fórmulas, es decir, el libericidio, conyugicidio y familicidio (cfr. Guallart Viala, voz *Parricidio*, en *Nueva Enciclopedia Jurídica*, Seix, Barcelona, t. XVIII, 1986, p. 929).

⁸ La inapropiada asociación sentó las bases para que se incluyera dentro del parricidio figuras tales como la muerte del señor por el siervo, el homicidio entre socios o compañeros y atentar contra la vida del huésped, entre otras modalidades (cfr. Torres Aguilar, op. cit., p. 119-122).

⁹ Quintano Ripollés, op., vol. et ed. cits., p. 126.

Modernamente, fueron Las Partidas las que informaron sobre este delito a los Derechos de los Reinos Hispánicos, conservando lo medular del concepto romano (incluso la pena) y constituyendo, en definitiva, el elemento normativo con que hubo de trabajar la codificación. Así, el parricidio fue recogido por los Códigos napoleónico, imperial alemán, prusiano y español, entre varios. Otros cuerpos sólo admitieron un homicidio cualificado por el parentesco, ejemplo de lo cual son el italiano, chino, argentino y ecuatoriano. En fin, ordenamientos como el anglosajón y el norteamericano optaron por prescindir de la figura.

En lo que a Chile respecta, el parricidio recibió consagración positiva en la versión original del Código de 1874, en su artículo 390. Los comisionados usaron como modelo el Código penal español de 1848 comentado por Pacheco¹⁰, pese a que en ciertos aspectos se alejaron de su arquetipo normativo¹¹. Pues bien, el artículo 390 se mantuvo inalterado hasta 1970, año en que la Ley N° 17.266 estableció el presidio perpetuo como pena alternativa a la de muerte¹². En el año 2001, la Ley N° 19.734 eliminó toda referencia a la pena capital. Para terminar, en los años 2005 y 2010 se practicó serias modificaciones al precepto citado, tras incluirse al “conviviente” como eventual parricida y tipificarse el “femicidio”. Estas dos últimas reformas motivarán un estudio más acabado al finalizar el presente capítulo.

2. *Fundamento dogmático del delito.*

Tradicionalmente, y hasta hoy en ciertas latitudes, quien derrama la sangre de los suyos se ha hecho acreedor de una pena en extremo severa. Con todo, las razones de la agravación son objeto de profusa discusión en la Dogmática punitiva. Tales argumentos se

¹⁰ Véase, Rivacoba y Rivacoba, *Evolución histórica del Derecho penal chileno*. Edeval, Valparaíso, 1991, p. 45-49.

¹¹ De acuerdo a su redacción original, el artículo 390 rezaba: “*El que, conociendo las relaciones que los ligan, mate a su padre, madre o hijo, sean legítimos o ilegítimos, a cualquier otro de sus ascendientes o descendientes legítimos, o a su cónyuge, será castigado, como parricida, con la pena de muerte*”. Al cotejarse con el artículo 332 del Código penal español, podemos apreciar que nuestro legislador no incluyó la filiación adoptiva. Asimismo, contempló como eximente de responsabilidad penal la circunstancia de que el marido diera muerte a su mujer sorprendida en acto de adulterio, mientras que en el texto que le sirvió de modelo figuraba sólo como atenuante. Se distanció también al exigir del parricida conocimiento de las relaciones que lo ligan con el paciente, requisito no previsto en el Código penal español de 1848.

¹² En 1953, se eliminó la eximente de responsabilidad que favorecía al marido que daba muerte a su mujer sorprendida en acto flagrante de adulterio. Por otro lado, tras modificarse el estatuto de filiación mediante la Ley N° 19.585 de 1998, perdió sentido la distinción entre hijos legítimos e ilegítimos. No obstante ello, la frase no fue suprimida del artículo 390 sino hasta el año 2005, por obra de la Ley N° 20.066.

polarizan en dos vertientes generales; de un lado, aquella que funda la gravedad del delito en una mayor culpabilidad del parricida y, de otro, la que hace gravitar dicha severidad en un *plus* de lo injusto. Entiéndase lo anterior sin perjuicio de que algunos prefieren posturas eclécticas¹³ o, sencillamente, privarle de todo asidero¹⁴.

2.1 Argumentos basados en la mayor culpabilidad del agente.

Desde una primera perspectiva, se propugna que la gravedad del delito reposa en el “*plus* característico de horror y reproche inseparable del tipo legal”¹⁵. El parricida, al desconocer los vínculos de sangre, o jurídicos en su caso, ha desplegado una conducta execrable, por lo que se haría merecedor del más áspero tratamiento punitivo. En efecto, el hechor violaría no sólo la ley escrita, sino también una realidad biológica¹⁶, y es más, según Quintano, la brutalidad de la conducta incluso permitiría levantar serias sospechas sobre la atrofia de sentidos en la mente del parricida, dado que, aun cuando no se declare su inimputabilidad, revelaría total indiferencia ante el dolor¹⁷. En definitiva, se resalta el absoluto carácter irracional de la conducta, lo que inevitablemente trae a la memoria la concepción primitiva del delito.

Otros optan por complementar esta transgresión a la naturaleza con la total ausencia de misericordia, de humanidad, en el malhechor. Así, Muñoz Conde piensa que “desde el punto de vista de la Criminología y de la ética, no cabe la menor duda que no es lo mismo matar a otra persona cualquiera que al propio padre o hijo, desconociendo llamamientos de la naturaleza y sentimientos de piedad de la más ancestral raigambre”¹⁸. El carácter abyecto de la conducta, ha sido notado también por Bacigalupo, para quien “el parricidio resulta ser

¹³ Así, Garrido Montt, quien sostiene que existe un mayor injusto, por cuanto social y políticamente no es lo mismo matar a un extraño que a un pariente próximo o al cónyuge. Pero, además, implicaría una mayor culpabilidad, al infringirse verdaderas normas subjetivas de determinación (cfr. *Derecho penal*. 4 vols. Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2ª edición actualizada, 2002, t. III, p. 69-71).

¹⁴ Así, Ganzenmüller, *Homicidio y asesinato*. Bosch, Barcelona, 1996, p. 151 y Morales Prats, *Del homicidio y sus formas (arts. 138-143)*, en Quintero Olivares, *Comentarios a la Parte especial del Código penal*. Editorial Aranzadi SA, Navarra, 5ª edición actualizada, 2005, p. 49.

¹⁵ Quintano Ripollés, op., vol. et ed. cit., p. 141.

¹⁶ Cfr. Buompadre, *Derecho penal*. Parte especial. 3 vols. Mario A. Viera, Corrientes, 2000, t. I, p.109.

¹⁷ Cfr. Quintano Ripollés op., vol. et ed. cit., p. 141 y 142.

¹⁸ *Derecho penal*. Parte especial. Publicaciones de la Universidad de Sevilla, Sevilla, 1976, p. 34.

una figura muy cercana a la del asesinato por alevosía, y futuras investigaciones deberán esclarecer cuáles son sus verdaderas diferencias, si es que existen”¹⁹.

Bajo el alero de un discurso más extremo, otros autores asocian la acción parricida a una mayor peligrosidad del agente. Puesto que, quien comete el delito de parricidio ha de encontrar menos reparos o trabas morales para la comisión delictiva en los extraños, la defensa social exige una mayor sanción o castigo²⁰. En esta línea, la justificación del delito transitaría más bien por los dominios de la Política criminal.

Se ha propuesto, asimismo, que el fundamento del hecho punible gravitaría en la violación de lazos afectivos que se entretajan en el seno de las relaciones parentales y maritales²¹. Todavía más, se arguye que “la ley presume que los vínculos de parentesco originan naturalmente una comunidad de afectos y sentimientos, lo que hace que el atentado contra la vida del pariente se presente como una acción más reprochable”²².

Finalizando, apresurémonos a registrar que algunos juristas —promotores del mayor reproche en el acto parricida— se han preocupado de enfatizar la coincidencia de injusto entre este crimen y el homicidio. De conformidad a dicho enunciado, “la conducta típica del parricidio consiste en matar a otro, y si bien ese otro ha de pertenecer a determinado círculo parental; el bien jurídico protegido siempre es la vida humana”²³. No deja de llamar la atención que estos autores —reticentes a la diferencia de injusto— sostengan que “las

¹⁹ *Estudios sobre la Parte especial del Derecho penal*. Ediciones Akal S.A., Madrid, 2ª edición actualizada, 1994, p. 53. En sentido análogo, Torres Aguilar opina que los lazos de convivencia, amor y fidelidad, existentes entre parientes y cónyuges, impiden a la víctima creer que algunas de estas personas sean capaces de atentar contra su vida (cfr. op. cit., p. 386).

²⁰ Así, Hernández Blanco, *El delito de parricidio*. Librería Jurídica, Buenos Aires, 1954, p. 11-12. Este razonamiento se aprecia ya en Carrara, véase su *Programa de Derecho criminal*. Traducción de José Ortega Torres. 10 vols. Temis, Bogotá, 2ª edición, 1967, t. III, p. 160.

²¹ Conforme relata Carmignani, antigua doctrina italiana equiparó la tentativa de dar muerte a quienes se debe amar y venerar con un parricidio consumado (cfr. *Elementos de Derecho criminal*. Traducción de Antonio Forero Otero. Temis, Bogotá, 1979, p. 385).

²² Del Rosal, Cobo y Rodríguez Mourullo, *Derecho penal español*. 3 vols. Imprenta Aguirre, Madrid, 1962, t. III, p. 163.

²³ Cobo del Rosal y Carbonell-Mateu, *Derecho penal*. Parte especial. 2 vols. Tirant lo Blanch, Valencia, 2ª edición, 1988, t. II, p. 497. Bajo Fernández, en cambio, pese a considerar que la agravación en razón del parentesco compromete una mayor culpabilidad del agente, dice que “ello no significa que la conducta no pueda revestir en cada caso una mayor o menor gravedad de injusto” (cfr. *El parentesco en el Derecho penal*. Universidad Autónoma de Madrid, Madrid, 1972, p. 31).

relaciones parentales aparejan toda una red de deberes mutuos, y que tales deberes están llamados a operar como normas subjetivas de determinación, cuya infracción se nos muestra como una conducta más reprochable”²⁴, en circunstancias que la violación de dicho estatuto, importaría un *plus* de lo injusto, antes que un mayor reproche.

2.2 Crítica a las tesis anteriores. *El parricidio como delito pluriofensivo.*

El reproche y conmoción general que despierta el parricidio, no aporta elementos jurídicos que justifiquen su existencia, poniendo en claro el carácter irracional del delito. Locuciones tales como “el desoimientamiento [sic] de las voces de la naturaleza y de la sangre”, “el *plus* de horror”, “un desconocimiento de los llamamientos de la naturaleza y sentimientos de piedad” son, en realidad, la sola expresión de actitudes emocionales puras, carentes de operatividad dogmática²⁵. Se trata, a nuestro entender, de propuestas que salen a buscar fundamentos metajurídicos para justificar el parricidio, al enarbolar convicciones éticas, culturales, o religiosas, trastocadas por el delito. Tales respuestas se atrincheran en un sentimiento jurídico, no pudiendo constituir una explicación plausible.

A su turno, esgrimir una supuesta peligrosidad mayor del reo es igualmente desafortunado, toda vez que los contextos que rodean la comisión de estos crímenes se corresponden con relaciones averiadas, por lo que el delito no denotaría, siempre y necesariamente, una predisposición delictiva por parte del hechor. La estadística judicial demuestra que no es más peligroso un parricida que un simple homicida, y que no parece comprobable que para salvaguardar la vida en la esfera familiar, se necesite motivar con una mayor pena²⁶. Dándose por descontado que una explicación de este tenor habla muy mal de un pretendido Derecho penal de acto, en el que las penas deben ser la consecuencia última de los delitos perpetrados, y no de los que, eventualmente, podrían cometerse²⁷.

²⁴ Del Rosal, Cobo y Rodríguez Mourullo, op., vol. et ed. cit., p. 162. Haciendo suya esta idea, Cobo del Rosal y Carbonell-Mateu, op., vol. et ed. cit., p. 498.

²⁵ Cfr. Ganzenmüller, op. cit., p. 150. Véase, también, Espinoza, *¿Se debe suprimir el parricidio del Código penal peruano?*, en *Revista jurídica del Perú*. Lima, n° 61, Marzo-Abril, 2005, p. 80.

²⁶ Cfr. Cobo del Rosal y Carbonell, op., vol. et ed. cit., p. 498; Espinoza, op. cit., p. 78-79.

²⁷ El fundamento jurídico de la pena no es la peligrosidad del malhechor, que ello es mera profilaxis, sino su culpabilidad en los delitos ya ejecutados (cfr. Maurach, *Derecho penal*. Parte general. Traducción de la 7ª edición alemana por Jorge Bofill y Enrique Aimone. 2 vols. Editorial Astrea, Buenos Aires, 1994, t. I, p. 80).

De otra parte, la excesiva penalidad del parricidio impone rechazar, sin ápice de duda, toda voluntad que entrañe fundarlo en conjeturas o ficciones. Por más que las relaciones familiares acostumbren forjar vínculos afectivos, se sabe que ello no es indispensable; hay muchos casos en que dichos lazos jamás existieron, o bien, se extinguieron²⁸. Además —como agudamente advierte Donna— las falencias sobre este punto se notan desde que la figura sólo alcanza a los consanguíneos, dejando de lado la relación de adopción²⁹, en circunstancias que ésta puede generar los mismos o incluso mayores lazos que aquélla, considerando que la paternidad es asumida voluntariamente. En nuestro sentir, el Derecho no puede ni debe entrar a valorar elementos tan etéreos como el afecto; y en último caso, si bien entre parientes, cónyuges y concubinarios existen ciertos deberes, éstos no evocan al amor que debe sentir el uno por el otro, según se dirá.

Amén de lo expuesto, aparece de suyo que la presunción de tales vínculos afectivos absorbe las críticas anteriores, y se granjea otras por cuenta propia. Una presunción de lazos de afecto pugna de lleno con un “Derecho penal de culpabilidad, pues éste requiere una culpabilidad real”³⁰, verificada a partir de un juicio individualizador. De esta suerte, “si no se quiere caer en la presunción *juris et de jure* de la mayor culpabilidad, es preciso, ante todo, renunciar a cualquier fundamentación que imponga una agravación automática de la pena del homicidio cuando el hecho haya sido cometido contra un ascendiente, descendiente o cónyuge”³¹. Por lo demás, esta culpabilidad presumida, junto con atropellar principios básicos de la Ciencia penal, rehúye la propia realidad criminológica en que se desenvuelve el delito. La evidencia empírica revela que el acto parricida, lejos de venir presidido por una conducta más reprochable, es amargo desenlace de un continuo proceso de degradación familiar. No habría razón, entonces, para estimar *a priori* como objeto de

²⁸ Cfr. Grisolia, Bustos y Politoff, *Derecho penal chileno*. Parte especial. Jurídica Congreso, Santiago, 2ª edición actualizada, 2006, p. 117.

²⁹ Cfr. *Derecho penal*. Parte especial. 6 vols. Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires, 3ª edición, 2008, t. I, p. 29.

³⁰ Ganzenmüller, op. cit., p. 150-151.

³¹ Bacigalupo, op. et ed. cit., p. 53. Véase, también, Díez Ripollés y Gracia Martín, *Delitos contra bienes jurídicos fundamentales: vida humana independiente y libertad*. Tirant lo Blanch, Valencia, 1993, p. 152. En nuestro concepto, esta presunción opera en doble sentido, primero, subentendiendo que entre los sujetos necesariamente existen sentimientos de afecto y, acto seguido, que el agente obra siempre en desprecio de ellos, desconociendo que en ciertos casos el sujeto puede dar muerte a uno de los suyos, guiado, precisamente, por estos vínculos de aprecio, como ocurre en la muerte por piedad.

reproche al hijo que da muerte al padre que ha tiranizado vilmente a toda la familia, o a la mujer que mata al marido que la ha ultrajado y maltratado durante años³².

Así las cosas, la pretensión de fundar el parricidio en una mayor culpabilidad deviene fuertemente resentida y, sin dudas, impedida de seguir en pie. Sin embargo, se vuelve necesario compaginar la demolición radical con la propuesta. En razón de ello, expondremos los puntos cardinales de la tesis que funda la agravación del parricidio en un *plus* de lo injusto, a nuestro juicio, única explicación dogmática para el delito.

Pues bien, conforme a dicho planteamiento, el fundamento del riguroso tratamiento reside en la afectación de bienes jurídicos adicionales a la vida del paciente. Según Ganzenmüller, esta tesis alude a un “doble injusto”, consecuencia de la infracción de la prohibición de matar y de los deberes que existen entre los padres e hijos, y entre los cónyuges³³. En opinión de Morales Prats, en cambio, su postulado se centra en que el incremento de lo injusto no se ubicaría tan sólo en el desvalor de acción sino también en el de resultado³⁴. En fin, asiste la idea de que, junto a la vida del paciente, se ofenden bienes jurídicos suplementarios. Tales bienes representan intereses de orden familiar, y asumen la forma de deberes, cuya regulación nos reconduce al Derecho civil. Dentro de estos deberes se inscriben la protección, ayuda mutua y respeto recíproco que han de guardarse entre sí tanto cónyuges como parientes. La transgresión de este estatuto jurídico contribuirá, en definitiva, a aumentar la antijuridicidad del acto parricida³⁵.

A fin de justificar la tesis del *plus* de lo injusto como fundamento del parricidio, es menester precisar ciertas cuestiones relativas a su contenido. A diferencia de lo que auspicia Garrido Montt, opinamos que este *plus* no reposa en la mayor antijuridicidad que

³² Cfr. Bacigalupo, op. et ed. cit., p. 52; Morales Prats, op. et ed. cit., p. 48.

³³ Cfr. Ganzenmüller, op. cit., p. 150.

³⁴ Cfr. Morales Prats, op. et ed. cit., p. 48.

³⁵ Así, Mir Puig, quien pone de relieve que si puede el parentesco agravar la pena no es porque se afecte la imputación personal; lo que se ve afectado es el grado de injusto penal del delito (cfr. *Derecho penal*. Parte general. Editorial Repertor, Barcelona, 7ª edición, 2005, p. 629). También Cerezo Mir, el cual considera que la existencia de una relación de parentesco entre el sujeto activo y el pasivo determina que la realización de la acción u omisión típica y antijurídica lleve aparejada la infracción de un deber (cfr. *Curso de Derecho penal español*. Parte general. 3 vols. Editorial Tecnos, Madrid, 6ª edición actualizada, 2000, t. II, p. 403).

desencadenaría la muerte de un cercano en relación a la de un extraño³⁶, sino en la afectación de otros bienes jurídicos, distintos de la vida del sujeto pasivo. Por idéntica razón, tampoco comulgamos con las palabras de Bacigalupo³⁷, pues —como se dijo— el Derecho penal no debe centrarse en asuntos tan volátiles como el afecto; ello constreñiría al sentenciador a emprender la aventura quijotesca de dilucidar la presencia de amor en cada caso. En definitiva, estimamos —siguiendo a Donna— que el parricidio es un delito *pluriofensivo*³⁸. A resultados parejos arriba Núñez cuando, respecto del conyugicidio, funda la agravación en la infracción del respeto que se deben mutuamente los esposos³⁹, lo que, interpretado correctamente en clave objetiva, conduce a un *plus* del injusto en el parricidio.

En consecuencia, el reforzamiento de pena en la muerte de un ascendiente o descendiente responde al quebrantamiento de los deberes de ayuda mutua, protección y respeto, que les caben en cuanto tales, y que nos remite a los artículos 222 y siguientes del Código civil. Tratándose de los cónyuges, los artículos 131 y siguientes del mismo cuerpo legal, recogen una serie de deberes personales que la ley regula como efectos del contrato de matrimonio, de guisa que su contravención sustenta el tratamiento punitivo diferenciado. Finalmente, en circunstancias que nuestro ordenamiento aún no regula sistemáticamente el

³⁶ El penalista chileno patrocina la existencia de un mayor injusto en el parricidio, pero no lo califica como *pluriofensivo*, por cuanto —en su opinión— el *plus* del injusto reside en que, desde un punto de vista político-social, la muerte de un pariente o cónyuge, es más grave que la de cualquier otra persona, fundándose en que el artículo 1 de la Constitución, reconoce a la familia como núcleo fundamental de la sociedad (cfr. Garrido Montt, op., vol. et ed. cits., p. 69-71). No coincidimos con dicha apreciación dado que si existe algún fundamento político-social que justifique el delito, precisamente es el quebrantamiento de los deberes comentados. De otro modo, el criterio que promueve el autor nos llevaría a consideraciones éticas, culturales y religiosas, de cuyas falencias ya nos hicimos cargo. Además, la norma constitucional citada es declaración de un principio del que no se sigue una valoración superior de la vida de familiares en desmedro de extraños.

³⁷ Para el jurista bonaerense si bien existe un mayor injusto, ello se debe a que, además de la vida, se protegen reales relaciones parentales generadoras de confianza y afecto entre las persona, y no simples vínculos jurídicos (cfr. Bacigalupo, op. et ed. cits., p. 53).

³⁸ Así, Donna, op., vol. et ed. cits., p. 29 y Gracia Martín, quien sostiene que el fundamento de la pena radica en “la mayor gravedad del injusto que, a la acción de matar, añade el hecho de que la muerte de un pariente supone la infracción de deberes jurídicos específicos que existen entre padres e hijos y entre cónyuges” (Díez Ripollés y Gracia Martín, op. cit., p. 153). Guallart Viala también es de la creencia de que los vínculos parentales fundamentan deberes jurídicos específicos, que implican un mayor contenido de injusto en el delito (cfr. op. cit., p. 928).

³⁹ Núñez, *Tratado de Derecho penal*. Publicados, 6 vols. Lerner, Córdoba, 1978, t. III, p. 31. Así, también, Laje Anaya, en cuya opinión el fundamento reside en el desprecio a la calidad de la persona, pero, además, en la infracción de los deberes que tienen los esposos, provenientes de la propia institución (cfr. *Comentarios al Código penal*. 4 vols. Depalma, Buenos Aires, 1979, t. II, p. 13).

concubinato, la mayor conminación reservada a la muerte entre concubenarios, también se basa en la violación de deberes personales, pero ya no de origen legal sino convencional.

Al tenor de lo dicho, se desprende que el carácter *pluriofensivo* del parricidio, ofrece una razón técnica para justificar su áspero tratamiento penal, sin dejarnos en la amarga necesidad de recurrir a construcciones emocionales, moralistas o emparentadas a un Derecho penal de autor⁴⁰. Pues, como bien dice Peña, si el Derecho represor “no tiene la función de retribuir la mayor reprochabilidad ética, sino la de prevenir la lesión de bienes jurídicos, no importa para la determinación de la pena amenazada el significado ético de la acción; de aquí se deduce que únicamente cabría la agravación del parricidio si su ejecución genera también peligro para otros bienes jurídicos”⁴¹. Queda, con todo, advertir que si el fundamento del parricidio mora en la infracción de deberes especiales, la inexistencia o disolución de las fuentes generadoras de éstos (matrimonio o concubinato) importará, como lógica consecuencia, privar de toda razón de ser a la agravación. Sobre estos extremos insistiremos al constatar la inexistencia de un bien jurídico distinto de la vida en los parricidios y “femicidios” en relaciones fenecidas.

3. Panorama actual del parricidio en los Derechos comparado y chileno.

La tendencia que sigue el parricidio en el escenario comparado es la de su desaparición. Ante paladina dificultad de justificar ríspida punición, las legislaciones han terminado por someter el otrora parricidio, a las reglas generales del homicidio, sea que se conserve o no, una circunstancia modificatoria relativa al parentesco⁴². Se atendieron, de este modo, las voces doctrinales que reclamaron su derogación.

⁴⁰ Esta es, por lo demás, la opinión que sigue buena parte de la doctrina nacional. Cfr., entre otros, Grisolia, Bustos y Politoff, op. et ed. cit., p. 117; Silva Silva, *Manual de Derecho penal. Delitos especiales*. 2 vols. Thomson Reuters Puntolex, Santiago, 2010, t. I, p. 172; Künsemüller, *Los delitos de homicidio en el anteproyecto de Código penal*, en *Revista Escuela de Derecho, Universidad del Mar*, año 2008, p. 16.

⁴¹ Peña Cabrera, *Tratado de Derecho penal*. Parte especial. Ediciones Jurídicas, Lima, 1992, p. 78.

⁴² En Brasil, pese a derogarse el parricidio, el artículo 60 del Código punitivo mantiene como agravante cometer el delito contra ascendientes, descendientes, cónyuges y hermanos. Cosa similar sucede en el Código penal mexicano con su artículo 323. En Argentina, en tanto, sigue vigente la agravación en razón del parentesco o matrimonio, aunque actualmente el inciso final del artículo 80 reserva para “*los casos en que mediaren circunstancias extraordinarias de atenuación*” una importante rebaja de pena.

En primer término, se dirigió la lanza contra el supuesto mayor reproche de que se haría merecedor el parricida; las circunstancias aledañas a estos delitos, antes que revelar una mayor culpabilidad de su autor, dejarían ver profundos conflictos familiares. Se adquirió, pues, la convicción de que “las contrariedades de la vida diaria, en sí pequeñas, alimentan lentamente el fuego que arde bajo las cenizas, hasta que al fin un motivo insignificante las hace explotar con un terrible acto de violencia”⁴³. La verdad sea dicha, el parricida se haría justo acreedor del reproche comentado, en tanto en cuanto perpetrase el delito careciendo de motivación alguna, o sin otra que la sola crueldad o zafiedad. En cambio, como la gran mayoría de los parricidios son cometidos mediando contextos de maltratos, abusos sexuales, arrebatos, etcétera, se relativiza la exigibilidad de otra conducta y, con ello, el reproche al agente. En el fondo, se termina admitiendo un principio de equidad, inspirado en no medir con una misma vara realidades que pueden ser infinitamente dispares; que sea la vida, y no el legislador, quien valore la gravedad del hecho. Además, desde un punto de vista criminológico, ya había perdido sentido la tipificación especial del parricidio, por cuanto su origen —como relata Bustos— proviene de relaciones íntimas y cerradas, propio de sociedades o grupos primitivos, y producto de la tensión de esas mismas formas de relación⁴⁴. Se comprende que su carácter mágico-religioso carece de correlato en la arena actual, evaporándose toda base sociológica de sustentación. Palmario ejemplo de lo anterior constituyen los profundos cambios que ha experimentado la noción de familia, en circunstancias que ni el parentesco ni el matrimonio, son ya factores inequívocos a la hora de definir sus contornos. Desde esta perspectiva, la supresión del parricidio es el reconocimiento jurídico del desarrollo cultural, del desapego de aquel trasfondo irracional y sacro que tiñó históricamente el delito. De otra parte, la idea de considerar el parentesco, de cuyo cual circunstancia agravatoria en los crímenes contra la vida, ha sido puesta en tela de juicio por algunos autores, dudando si acaso se justifica una valoración tan diversa que la aplicable a delitos contra la propiedad. Como se sabe, diversos ordenamientos contemplan en materia de hurtos y defraudaciones una excusa legal absolutoria a favor de los parientes

⁴³ Rodríguez Devesa y Serrano Gómez, *Derecho penal español*. 2 vols. Dykinson, Madrid, 16ª edición actualizada, 1993, t. II, p. 55. Véase, también, Fontán Balestra, op., vol. et ed. cit., p. 83.

⁴⁴ Cfr. Bustos, *Manual de Derecho penal*. Parte especial. Ariel, Barcelona, 2ª edición actualizada, 1991, p. 28.

y cónyuges⁴⁵, razón por la que se han recusado como “anacrónicos e incoherentes el uso de criterios apriorísticos, en la aplicación de la circunstancia de parentesco, para agravar la responsabilidad penal”⁴⁶. Finalmente, el conyugicidio recibió críticas adicionales. Ya Quintano demandaba la supresión de esta modalidad impropia de parricidio, no sólo porque la reprochabilidad social es de menor entidad, sino porque además es absolutamente ajena a la del parricidio propio; el conyugicida reviste características disímiles en lo psíquico y moral respecto del parricida propiamente dicho, por lo que toda asimilación es forzosa y artificiosa⁴⁷. Politoff también era del pensamiento que el mal ocasionado en el conyugicidio no autoriza una penalidad tan elevada⁴⁸. Rodríguez Devesa, por su parte, lo consideró como un claro ejemplo en que la acepción jurídica se aparta ostensiblemente de la gramatical⁴⁹.

Es así como el parricidio asistió a un proceso de supresión masiva durante el siglo pasado. Dentro de los países europeos que se han desprendido de la figura, están Alemania, Francia, Holanda, Suiza, Polonia, Finlandia, Grecia, Noruega y Dinamarca. En América, lo suprimió Brasil, Puerto Rico y México. En lo que a España respecta, el Código de 1995 también optó por prescindir de él, y pese a que se barajó la idea de utilizar el parentesco como circunstancia agravatoria, se prefirió, en definitiva, regularlo en tanto circunstancia mixta. Por cierto, varios autores ibéricos reservan lugar en sus manuales para justipreciar el papel que los tribunales desempeñaron en la supresión del delito⁵⁰.

Como se expuso, el parricidio tiende a desaparecer en el Derecho comparado. En Chile, en cambio, ni el verbo más que autorizado de la doctrina⁵¹, ni propuestas legislativas

⁴⁵ Véanse los artículos 489 del Código penal chileno y 268 del Código penal español.

⁴⁶ Espinoza, op. cit., p. 82. Así también Ganzenmüller, quien se pregunta, ¿qué ocurre en los robos con violencia e intimidación?, ¿se compensa el parentesco en uno y otro sentido? (cfr. op. cit., p. 179-180).

⁴⁷ Cfr. Quintano Ripollés, op., vol. et ed. cits., p. 147-148. De hecho, Italia y Francia prescinden del conyugicidio, agravando el homicidio sólo en razón del parentesco.

⁴⁸ Cfr. Grisolia, Bustos y Politoff, op. et ed. cits., p. 117. Véase, también, Queralt Jiménez, *Derecho penal*. Parte especial. Atelier, Barcelona, 2002, p. 33.

⁴⁹ Rodríguez Devesa y Serrano Gómez, op. et ed. cits., p. 53.

⁵⁰ Véase, por todos, Bajo Fernández, *Compendio de Derecho penal*. Parte especial. 3 vols. Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 2003, t. I, p. 166-167.

⁵¹ Así, Politoff, Matus y Ramírez, *Lecciones de Derecho penal chileno*. Editorial jurídica de Chile, Santiago, 2ª edición actualizada, 2005, p. 72; Bullemore, *Curso de Derecho penal*. 3 vols. LexisNexis, Santiago, 2005, t.III, p. 24; Mera, *El femicidio*, en *Tipificación del femicidio en Chile*, p. 54, disponible en: www.nomasviolenciacontramujeres.cl/files/Tipificar%20el%20femicidio%20un%20debate%20abierto.pdf.

Fecha de la última consulta: 3 de junio de 2011.

sobre el particular⁵², han sido bastantes para desterrar antiguo crimen. Antes bien, las últimas modificaciones al artículo 390 se alinean en la sola dirección de extender su esfera de aplicación. Las razones y el contenido de las reformas que amplían el parricidio en Chile, constituyen un intento por embestir la violencia “de género”, ensayo del que también han sido parte otros ordenamientos. De estos puntos nos haremos cargo a continuación.

4. *Violencia “de género”, “femicidio” y figuras afines en la legislación extranjera. Breve estudio de la Ley N° 20.480.*

Al decir de Zaffaroni, “no es posible comprender cercanamente ningún ejercicio de poder prescindiendo de su gestación”⁵³ y, efectivamente, la inclusión del “conviviente” en el parricidio, cuanto la tipificación del “femicidio” en Chile, se insertan en cierto contexto histórico, ideológico y normativo. Téngase tal reflexión como guía de las que le siguen.

Los orígenes de la violencia doméstica se pierden en el sistema feudal y sus ideas acerca de la impureza y fragilidad de las mujeres. Dicha subordinación se vio reforzada, primero, por su expulsión de los gremios debido a la crisis económica del siglo XIV⁵⁴ y, luego, por la proliferación del paganismo, lo que impuso la necesidad de disciplinar a la sociedad, en especial a las mujeres, por su condición de transmisoras de cultura⁵⁵. En este orden, la separación de la mujer al ámbito doméstico, y su consecuente subyugación material, alimentó en el varón un sentimiento de dominio que se vio traducido en malos tratos, habituales para la época. Dicho panorama persistió principalmente hasta el siglo XX, momento en el que, la guerra y adversidad económica, favorecieron su reinsertión al mundo laboral y, posteriormente, universitario. En la última treintena del siglo pasado, la

⁵² El año 2001, un grupo de diputados presididos por Juan Bustos, presentó ante la Cámara un proyecto de ley tendiente a suprimir el parricidio, Boletín 2661-18, archivado un cuatrienio más tarde. Asimismo, el 2005 se propuso al presidente de la República, Ricardo Lagos Escobar, un anteproyecto de Código penal elaborado por Jean Pierre Matus y Héctor Hernández Basualto, en el que también se prescindía del parricidio como delito especial. El anteproyecto corrió la misma suerte que el Boletín.

⁵³ Zaffaroni, *La mujer y el poder punitivo*, en *Vigiladas y Castigadas*, Comité Latinoamericano para la Defensa de los Derechos de la Mujer, Lima, 1993, p. 4. Disponible en: http://www.pensamientopenal.com.ar/dossier/0201%5B1%5D_Zaffa.pdf. Fecha de última consulta: 9 de Junio de 2011.

⁵⁴ Cfr. Álvarez Prieto, *La violencia de género en España y su repercusión jurídica*, en *Revista general de Derecho canónico y Derecho eclesiástico del Estado*, 2004, n° 4, p. 1 y ss.

⁵⁵ Cfr. Zaffaroni, *El discurso feminista y el poder punitivo*, en AA.VV., *El género en el Derecho. Ensayos críticos*. V&M Gráficas, Quito, 2009, p. 326.

mujer adquirió mayor independencia económica, social y jurídica respecto del marido, lo que sumado a la toma de conciencia respecto de sus derechos propios, determinó, finalmente, su resistencia a sufrir tales abusos en silencio⁵⁶. Dicho discurso se potenció sobremanera por la vasta bibliografía que hubo de producir la Criminología feminista⁵⁷.

Cabe precisar, ahora bajo un prisma conceptual, que violencia doméstica y violencia “de género” no son lo mismo y ninguna es presupuesto de la otra. Pese a que la violencia “de género” tiene sede, usualmente, en el marco de relaciones de familia, lo determinante para calificar de esta manera es que la agresión contra una persona sea ejercitada en razón de su “género”, por el sólo hecho de ser tal⁵⁸. Esto último, complementado por el dato que en la mayoría de los casos el sujeto pasivo es una mujer, ha permitido volcar la arenga feminista desde la violencia doméstica a una parcela más restringida: la violencia “de género”⁵⁹. En esta línea, el motor argumentativo que impulsa la respuesta feminista contra la violencia “de género”, es la desigualdad estructural que mantiene la sociedad, pues se reclama que la mujer sigue confinada a una posición de subordinación. Se apoya, asimismo, en que la violencia contra las mujeres constituye una conducta distinta al resto de los comportamientos violentos de los hombres. En fin, este movimiento atribuye al Derecho penal la función de proteger, igualar y dotar de mayores poderes a la mujer⁶⁰. Al margen de las críticas de que puedan ser objeto las reflexiones anteriores⁶¹, es evidente que esta excesiva confianza en el control punitivo, finalmente, ha sido correspondida por el

⁵⁶ Cfr. Álvarez Prieto, op. cit., p. 2-4. El primer eco que tuvo en la esfera normativa, fue la revisión de los preceptos que reconocían tácitamente dicha violencia, principalmente, el *ius corrigendi* del padre/marido.

⁵⁷ Según Baratta, tres fueron las principales criminólogas feministas que influyeron con particular fuerza en el desarrollo de la victimología; a saber: Sandra Harding, Frances Olsen y Carol Smart (cfr. *El paradigma del género*, en *Las trampas del poder punitivo*. Editorial Biblos, Buenos Aires, 2000. Disponible en: http://www.pensamientopenal.com.ar/dossier/0203%5B1%5D._Baratta.pdf. Fecha última consulta: 10 de Junio del 2011).

⁵⁸ Cfr. Corcoy, *Problemática jurídico-penal y político-criminal de la regulación de la violencia de género y doméstica*, en *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, Valparaíso, XXXIV, 1er. semestre 2010, p. 307-309.

⁵⁹ Cfr. Larrauri, *Criminología crítica y violencia de género*. Editorial Trotta, Madrid, 2007, p. 18.

⁶⁰ Cfr. Ídem, p. 18 y 19.

⁶¹ Se critica que la violencia “de género” sea sólo causa de la desigualdad entre hombres y mujeres, puesto que este fenómeno atraviesa todos los estratos sociales. En forma más incisiva aún, se reprocha que la estrategia de la punición desmedida es equívoca, debiendo dirigirse los esfuerzos en dirección de instrumentos informales, que son también más eficaces (cfr. Maqueda, *La violencia de género. Entre el concepto jurídico y la realidad social*, en *Revista electrónica de Derecho penal y Criminología*, 2006, nº 2, p. 13. Disponible en: <http://criminnet.ugr.es/recpc/08/recpc08-02.pdf>. Fecha de última consulta: 21 de Mayo de 2011).

legislador, a partir del abandono de la neutralidad de género en los tipos penales. El denominado “femicidio” constituye hoy en día su nueva carta de presentación.

El “femicidio” es un neologismo que carece de reconocimiento en la lengua castellana⁶². Proveniente de la voz inglesa “femicide” —acuñada por la psicóloga social Diana Russel— designa, fundamentalmente, el homicidio de mujeres por el sólo hecho de ser tales⁶³. Con esta vaga expresión, repetida en el ideario feminista, se pretende aludir a la muerte de la mujer producida como consecuencia de la violencia “de género” ejercida en su contra⁶⁴. Las autoras que han tratado la materia, suelen incluir la misoginia y la impunidad como elementos característicos de todo “femicidio”⁶⁵. No obstante, el término también ha servido para significar actos de agresión sexual, psicológica y otro tipo de hostigamientos contra las mujeres⁶⁶. Al mismo tiempo, se suele practicar el distingo entre “femicidio” íntimo y no íntimo, atendiendo al tipo de relación que mantenía el agente con su víctima⁶⁷. Cabe concluir, por tanto, que tratase de un concepto cuyo marco aún no se ha terminado de perfilar. Esto último probablemente se explica porque sus elaboraciones principales provienen de las ciencias sociales, exentas de los requerimientos de precisión y taxatividad que se imponen a la Ciencia jurídica.

Tras la revisión del contexto histórico y teórico en que se desenvuelve el problema, resulta oportuno y necesario pasar revista a las soluciones legislativas que diversos ordenamientos han propuesto a fin de aplacar la violencia al interior de la familia, o derechamente, contra las mujeres. Lo anterior debe leerse sin perjuicio de la superlativa influencia ejercida por instrumentos internacionales dedicados a la protección de la mujer⁶⁸.

⁶² Sobre las críticas al concepto, véase, Toledo, *Feminicidio*. Coordinación editorial: OACNUDH México, México D.F., 2009, p. 28, (nota 14).

⁶³ Cfr. *Ibidem*, p. 23.

⁶⁴ Salinero, *El femicidio. Una revisión crítica*. Disponible en: www.microjuris.cl. Fecha última consulta: 28 de mayo de 2011.

⁶⁵ Cfr. Toledo, *op. cit.*, p. 27.

⁶⁶ Cfr. Salinero, *op. cit.*, p. 3.

⁶⁷ “Femicidio” íntimo es el homicidio cometido por un hombre contra una mujer que es o ha sido su cónyuge o concubina. “Femicidio” no íntimo, en cambio, refiere el homicidio perpetrado por un hombre contra una mujer con la que no mantenía dicha clase de relaciones, por ejemplo, quien infructuosamente quiso establecer una relación sentimental con la mujer que mató.

⁶⁸ Destacan sobre el particular, la Convención para la eliminación de todas las formas de discriminación contra las mujeres de 18 de diciembre de 1979; la Convención Interamericana para prevenir, sancionar y

En este orden, uno de los países pioneros ha sido España. Desde 1989, conjugando la expansión típica con la severidad punitiva, se ha comprometido a poner término a la violencia doméstica y “de género”. Después de reiteradas enmiendas al Código penal, la normativa actual revela una punición mayor cuando la ofendida es la esposa, o mujer ligada con el sujeto activo por una análoga relación de afectividad aun sin convivencia⁶⁹. La doctrina española, sin embargo, ha dejado caer férreas críticas sobre la constitucionalidad de tales normas, alegando que éstas introducen una afectación no razonable al principio de igualdad⁷⁰, y que la alarma social despertada por el problema, tampoco permite castigar más allá de lo que impone el principio de proporcionalidad⁷¹. Suiza ha hecho suya una normativa similar. Luego de una reforma practicada el año 2003, el Código penal helvético amplió el ámbito de aplicación subjetivo de varios delitos, pasando a comprender los cometidos “contra el cónyuge durante el matrimonio, o en el año siguiente al divorcio; o contra el concubinario registrado o ex concubinario registrado, durante la unión doméstica registrada o en el año siguiente a su disolución”⁷². No siendo ajeno a este escenario, el Código penal sueco también creó un tipo penal especial para emprender el tratamiento de la violencia “de género”. En este caso, los hechos deben ser cometidos “por un hombre contra una mujer con quien está, o ha estado casado, o con quien está o ha estado cohabitando bajo circunstancias comparables con el matrimonio”⁷³. En América, en tanto, destacan los ordenamientos de Brasil, República Dominicana, Honduras, Bolivia y Venezuela, cuyas legislaciones hacen gala de un amplio catálogo de delitos contra la violencia intrafamiliar,

erradicar la violencia contra la mujer aprobada por la OEA en 1994 y La Declaración de Naciones Unidas sobre eliminación de la violencia contra la mujer del 20 de diciembre de 1999.

⁶⁹ Así, en los delitos de lesiones agravadas (artículo 148); malos tratos físicos y psíquicos (artículo 153); amenazas de un mal no constitutivo de delito (artículo 171); coacciones (artículo 172) y tortura (artículo 173).

⁷⁰ Cfr. Tamarit Sumalla, *De las lesiones*, en Quintero Olivares, *Comentarios a la Parte especial del Derecho penal*. Editorial Aranzadi SA, Navarra, 6ª edición actualizada, 2007, p. 120.

⁷¹ Cfr. Carbonell-Mateu y González Cussac, *Lección VI. Lesiones*, en Vives Antón, *Derecho penal*. Parte especial. Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, p. 155.

⁷² Traducción del autor. Dicha fórmula se repite en las lesiones simples (artículo 123), vías de hecho (artículo 126) y en las amenazas (artículo 180). Versión en italiano del Código penal suizo, disponible en: <http://www.admin.ch/ch/i/rs/3/311.0.it.pdf>. Fecha de última consulta: 28 de Mayo de 2011.

⁷³ Traducción del autor. Véase el Capítulo 4, relativo a los delitos contra la libertad y la paz, sección 4a del Código penal sueco. Versión en inglés disponible en: <http://legislationline.org/documents/section/criminal-codes/country/1>. Fecha de última consulta: 28 de Mayo de 2011.

incluyendo a quienes están o han estado ligados por vínculo matrimonial o concubinato⁷⁴. Por fin, en lo que atañe al “femicidio” propiamente dicho, excluyéndose Chile, sólo son dos los países que lo han tipificado hasta la fecha: Costa Rica y Guatemala⁷⁵. El primero aprobó el año 2007 la Ley para la penalización de la violencia contra las mujeres, merced la cual se creó el delito de “femicidio”, pese a que, con anterioridad a la reforma, su Código punitivo ya contemplaba un tipo similar⁷⁶. El segundo, por su parte, sancionó el año 2008 la Ley contra el femicidio y otras formas de violencia contra la mujer, incorporando un tipo de “femicidio” aparatosamente amplio⁷⁷.

Solamente resta analizar cómo los conceptos de violencia doméstica, “de género”, y “femicidio” han repercutido en la normativa nacional, especialmente el artículo 390 del Código penal. En tal sentido, se hace necesario practicar una revisión —rápida siquiera— de la Ley N° 20.066. Dicho cuerpo, denominado “Nueva Ley de Violencia Intrafamiliar”, junto con derogar la antigua Ley N° 19.325, introdujo una importante modificación al artículo 390 del Código penal, tras incorporar al “conviviente” como eventual sujeto pasivo. Por otro lado, dispuso aplicar la agravante del artículo 400 del Código penal a todos los casos en que la víctima sea una de las personas enumeradas en el artículo 5 de la Ley de Violencia Intrafamiliar. Contiene, además, una “tipificación expresa, aunque compleja, de las denominadas vías de hecho”⁷⁸. En fin, un estudio pormenorizado de tal ley excede con

⁷⁴ Así los artículos: 129 del Código penal de Brasil; 179-A del Código penal de Honduras; 303-4 N° 7 del Código penal de República Dominicana; 5 de la Ley contra la violencia en la familia o doméstica de Bolivia; y 4 de la Ley sobre la Violencia contra la mujer y la familia de Venezuela.

⁷⁵ En México, Paraguay y Argentina sólo se han presentado proyectos de ley a fin de tipificar el “femicidio”.

⁷⁶ El artículo 112 del Código penal costarricense sanciona como autor de homicidio calificado, con pena de veinte a treinta y cinco años, a quien mate a su ascendiente, descendiente o cónyuge, hermanos consanguíneos, a su manceba o concubinario si han procreado uno o más hijos en común y han llevado vida marital por lo menos durante los dos años anteriores a la perpetración del hecho. Por su lado, la Ley N° 8.589, consagra el “femicidio” en su artículo 21, castigando con la misma pena que el homicidio calificado, a quien de muerte a una mujer con la que mantuvo una relación de matrimonio, en unión de hecho declarada o no. Registremos que el año 2008, el Tribunal Constitucional costarricense declaró la inconstitucionalidad de las figuras de maltrato y violencia emocional, incorporadas por esta misma ley, debido a su excesiva amplitud.

⁷⁷ Conforme al artículo 6 de la citada ley, se sanciona como autor de “femicidio”, entre varios casos más, a quien da muerte a mujer con la que pretendió infructuosamente establecer una relación de pareja; con la que mantenía relaciones de intimidad, noviazgo, amistad, o de carácter laboral; o cuando comete el delito por misoginia o mediante mutilación de la víctima.

⁷⁸ Van Weezel, *Lesiones y violencia intrafamiliar*, en *Revista chilena de Derecho*, vol. 35, n° 2, 2008, p. 20.

mucho los objetivos de este trabajo, no obstante ha de tenerse presente que en su seno se engendró uno de los principales vicios de que hoy adolece el artículo 390.

Sin espacio a dudas, la reforma chilena más trascendente a la par que controvertida para estos efectos, es la impulsada el año 2010 por la Ley N° 20.480, que remata en la tipificación del “femicidio”, a cuyo análisis dedicamos las siguientes líneas.

En abril de 2007, diputados presentan al Congreso Nacional un proyecto de ley con miras a modificar el Código penal y el Decreto Ley N° 321 de 1925 sobre “Libertad condicional de los penados”⁷⁹. Dentro de las consideraciones que motivaron el proyecto, se indicó los hechos de excesiva violencia dentro de la pareja que han venido a conmocionar a la opinión pública, sumado a que los agresores generalmente se ven favorecidos por atenuantes o beneficios que les permiten rebajar sus penas o minimizar su cumplimiento efectivo⁸⁰. Bajo este predicamento, se proyectó reformas legales en torno a tres ejes; incorporar el tipo de “femicidio”, comprensivo de todo homicidio en el que la víctima sea la cónyuge, “conviviente” o cualquier mujer con la que el agresor está o haya estado ligado por alguna relación análoga afectiva; disminuir las posibilidades de aplicar la atenuante expresada en la circunstancia 5ª del artículo 11 del Código penal; y eliminar la posibilidad de que los condenados por delitos especialmente graves de connotación familiar accedan a la libertad condicional.

Las dos últimas indicaciones no se contemplan en la ley de reforma, luego de ser intensamente criticadas, principalmente, por los expertos invitados a comentar el proyecto. En lo tocante al “femicidio”, en cambio, cabe hacer notar que la propuesta hubo de transitar por una serie de variantes previo a cristalizar en la versión definitiva incorporada al Código⁸¹. Superadas las desavenencias entre parlamentarios, el 14 de Diciembre de 2010,

⁷⁹ Moción de los diputados, Francisco Encina, Carolina Goic, Antonio Leal, Adriana Muñoz, Clemira Pacheco, María Antonieta Saa, Alejandra Sepúlveda, Carolina Tohá, Ximena Valcarce y Ximena Vidal. Fecha 3 de abril, 2007, mediante el Boletín 4937-18. Sesión 08, Legislatura 355.

⁸⁰ Cfr. *Historia de la Ley N° 20.480. Modifica el Código Penal y la Ley N° 20.066 sobre Violencia Intrafamiliar, estableciendo el “femicidio”, aumentando las penas aplicables a este delito y reforma de las normas sobre parricidio*, Biblioteca del Congreso Nacional de Chile, Valparaíso, 2010, p. 4-5.

⁸¹ Así, por ejemplo, conforme a la redacción original, el “femicidio” comprendía la muerte de la mujer con la que el “femicida” esté o haya estado ligado como cónyuge, “conviviente” o a través de cualquier otra relación

se promulgó la Ley N° 20.480, que incorporó el “femicidio” a nuestro ordenamiento mediante modificación del artículo 390. Tras la reforma, la referida norma reza:

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

Si la víctima del delito descrito en el inciso precedente es o ha sido la cónyuge o la conviviente de su autor, el delito tendrá el nombre de femicidio”.

En términos de estructura típica, podemos comentar que el “femicidio” comprende hipótesis que al socaire de la normativa anterior ya constituían parricidio, esto es, dar muerte a la cónyuge o “conviviente”. Así, la novedad que ostenta la Ley N° 20.480, consiste en extender la cobertura del parricidio a la muerte de quienes han sido cónyuges o “convivientes” del hechor. De otra parte, el inciso segundo al establecer una mera declaración simbólica nos presenta la aporía de que conductas con resultado y elementos normativos comunes, reciban denominaciones distintas únicamente en razón del sexo del paciente⁸². Pese a lo dicho, es menester destacar que la reforma no alteró la penalidad del parricidio, ni tampoco reservó un tratamiento más riguroso para los casos de “femicidio”. La única mudanza sobre este punto afecta a quien da muerte a su ex cónyuge o ex “conviviente”, toda vez que, de homicida, pasa a castigarse como parricida o “femicida”. Parécenos importante poner en claro la notoria ampliación que desde el ámbito subjetivo de aplicación ha tenido el artículo 390. Una ilustrativa forma de desnudar la real extensión típica que comporta la reforma, resulta de su cotejo con las hipótesis que antes podían excluirse del parricidio, ora por ser discutidas, ora porque la propia ley no les daba cabida.

afectiva. Con todo, la Comisión de familia consideró —acertadamente— que la expresión “relación afectiva” tiene un alcance demasiado amplio, por lo que fue suprimida. En su momento también operó una alteración por indicación sustitutiva del Ejecutivo, mediante la que se agregó como sujeto activo “al que mate a persona con la que tiene un hijo en común”. Presentado el informe de la primera comisión de Constitución, se excluyó la aplicación del tipo respecto de quienes han cesado efectivamente su vida en común con, a lo menos, tres años de anterioridad a la ejecución del delito, salvo que existan hijos comunes. En fin, sólo después de crearse una Comisión mixta, se aprobó por unanimidad la enmienda al artículo 390.

⁸² Véase al respecto, Salinero, op. cit., p. 9.

En el primer conjunto de casos situamos los homicidios cometidos entre cónyuges separados judicialmente, o en que el matrimonio tenía carácter putativo o anulable; frente a tales supuestos las soluciones doctrinarias y jurisprudenciales no gozaron de uniformidad⁸³. Dentro del segundo grupo ubicamos los homicidios perpetrados entre divorciados; personas cuyo matrimonio era inexistente o declarado nulo; o en que uno de los cónyuges habíase declarado muerto presunto⁸⁴. En estas últimas hipótesis, por lo general, no se vaciló en aplicar el tipo base. Tras la reforma, sin embargo, la totalidad de supuestos indicados podrán encuadrarse, bien en el tipo “quien ha sido su cónyuge”, bien en la fórmula “quien ha sido su conviviente”, cual cláusula residual de la primera.

Amén de lo expuesto, la Ley N° 20.480 nos deja una serie de interrogantes. Así, entre varias: ¿se consideró que cualquier enmienda introducida a las hipótesis de homicidio repercute en figuras como las lesiones o los delitos de peligro contra la vida?; ¿no resulta acaso preocupante que nuestro país siga ampliando un delito que hace décadas se bate en retirada en el Derecho comparado?; ¿cómo se compagina la voz “conviviente” del artículo 390 con la ausencia de regulación sistemática del concubinato en Chile?; ¿se lesiona un bien jurídico diverso a la vida en los parricidios y “femicidios” en relaciones terminadas?

Recapitulando, el parricidio es el primer delito del que tiene noticia la humanidad. Su fundamento dogmático reposa en el *plus* del injusto que genera la violación de deberes especiales emanados del parentesco, matrimonio o concubinato, no obstante lo cual, tiende a derogarse en el Derecho comparado, pues se ha comprendido su trasfondo irracional. A contrapelo, nuestro ordenamiento y otros más, preocupados por mitigar la violencia intrafamiliar y “de género”, han extendido el instrumento punitivo, cuestión que en el caso chileno se materializó en una ampliación del tipo de parricidio tras la Ley N° 20.480. Siendo varios los vicios de ésta, nosotros centraremos el análisis sólo en dos. El primer defecto es perseverar en la expresión “conviviente” sin aprender que nuestro ordenamiento

⁸³ Sobre dicha controversia doctrinaria véase Fontán Balestra, op., vol. et ed. cit., p. 89 y ss.; Muñoz Conde, op. cit., p. 35; Hernández Blanco, op. cit., p. 44 y ss.; Grisolia, Bustos y Politoff, op. et ed. cit., p. 121 y ss.; y Soler, *Derecho penal argentino*. 5 tomos. Tipográfica Editora, Buenos Aires, 1956, t. III., p. 24-25.

⁸⁴ Al respecto, véase Núñez, op., vol. et ed. cit., p. 31-32; Garrido Montt, op., vol. et ed. cit., 75-76; y Etcheberry, *Derecho penal*. 4 vols. Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 3ª edición, 1997, t. III, p. 71.

carece de un estatuto normativo que regule el concubinato, lo cual —según se verá *infra*— pugna con la índole secundaria del Derecho penal⁸⁵. El segundo desacierto es incluir, tanto en el parricidio cuanto en el “femicidio”, la muerte de personas con quienes el hechor estuvo vinculado por vía de matrimonio o concubinato, prescindiendo de la ofensa a un bien jurídico suplementario a la vida del paciente. Las disfunciones dogmáticas acusadas concentrarán de modo exclusivo y separado el estudio del capítulo subsecuente.

CAPÍTULO II

ANÁLISIS CRÍTICO DE LA LEY N° 20.480 A LA LUZ DEL CARÁCTER SECUNDARIO DEL DERECHO PENAL Y LA TEORÍA DEL BIEN JURÍDICO.

1. El concubinato como elemento normativo del tipo y su consecuente pugna con la naturaleza garantizadora del Derecho penal.

La inclusión del denominado “conviviente” en el artículo 390 de nuestro Código ha motivado una serie de cuestionamientos. A las claras, se desprende que la propia expresión resulta defectuosa, pues, entendida en su sentido natural y obvio, podría llevar al absurdo de incluir en el tipo, por ejemplo, a otros familiares o amigos que se han allegado en el hogar común⁸⁶. Desde luego, el legislador ha querido referirse con paladino desacierto a los concubenarios, pese a que, para evitar términos con carga peyorativa, pudo recurrir a fórmulas más certeras, como las empleadas en otros ordenamientos⁸⁷. En cualquier caso, no es la imprecisión semántica el principal problema que subyace tras la inserción del “conviviente” en el tipo de parricidio, sino la carencia de una normativa nacional que regule sistemáticamente las uniones de hecho.

Antes de enquistarse el “conviviente” como sujeto pasivo de parricidio, toda eventual víctima de este delito aparecía definida en el Código civil, o se contaba a lo menos con una preceptiva que permitía dotar de contenido a cada uno de los elementos del tipo.

⁸⁵ Lo inexacto y vaporoso que resulta la voz “conviviente”, será objeto de inmediata crítica.

⁸⁶ En efecto, conviviente es “cada una de las personas con quienes comúnmente se vive”. Diccionario de la Lengua Española, Real Academia Española, 22ª edición, año 2001.

⁸⁷ Así, a vía ejemplar, el artículo 1 de la Ley N° 54 de Colombia: “Hombre y mujer, que sin estar casados, hacen una comunidad de vida permanente y singular”.

Así, el sentido de las expresiones “padre”, “madre”, “ascendiente” y “descendiente”, se puede asir del artículo 28 de dicho cuerpo legal, portador del concepto de parentesco por consanguinidad. Lo propio sucede con las voces “hijo” y “cónyuge”; la primera es definida expresamente por el artículo 33, al tiempo que la segunda se extrae límpida de los artículos 132 y siguientes, también del Código civil. Luego, en cada caso de los mencionados, se compagina el refuerzo de la sanción penal con un reconocimiento y tutela civil previos de tales relaciones. Panorama distinto, en cambio, es el que nos presenta la fórmula “quien es o ha sido su conviviente”, en circunstancias que las uniones *more uxorio* aún no son acogidas por nuestro Derecho de familia.

En lo sucesivo, insistiremos en la orfandad legislativa de que adolece el concubinato en el ordenamiento jurídico chileno, con el propósito de poner en claro cómo su calidad de elemento normativo del tipo de parricidio contraviene la naturaleza garantizadora del Derecho penal. Lo anterior, de paso, nos llevará a negar el carácter autónomo atribuido a esta rama, tesitura lamentablemente reinante en la Dogmática punitiva contemporánea.

1.1 Ausencia de regulación sistemática del concubinato en Chile.

Durante el siglo XIX nada dispuso la legislación civil chilena sobre las denominadas uniones de hecho, mientras que en sede penal sólo se vincularon de modo indirecto con una figura delictiva⁸⁸. El escenario descrito se alteró levemente cuando, desde mediados de siglo pasado, las voces concubinato y “conviviente” comenzaron a emplearse en ciertos cuerpos legales, aunque siempre en forma aislada y para efectos diametralmente diversos⁸⁹. Sin más demora, revisemos nuestra escasa normativa extrapenal al respecto.

Una primera mención la encontramos en la Ley N° 9.293 de 1949, que hizo solidariamente responsable del pago de la obligación alimenticia a quien viviera en concubinato con el padre, madre o cónyuge del alimentario. Le siguió la Ley N° 10.271 de

⁸⁸ Así, el Código penal dio por ilícitas ciertas uniones no susceptibles de ser tenidas como concubinato. En concreto, por medio del antiguo delito de amancebamiento —derogado artículo 381—, el cual castigó al marido que tuviere manceba dentro de la casa conyugal, o fuera de ella con escándalo.

⁸⁹ Cfr. Turner, *La unión de hecho como institución del Derecho de familia y su régimen de efectos personales*, en *Revista Ius et Praxis*, 2010, n° 1, p. 89, disponible en: <http://www.scielo.cl/pdf/iusetp/v16n1/art04.pdf>. Fecha de última consulta: 4 de julio de 2011.

1952 que modificó el Código civil al establecer una presunción de paternidad respecto del hombre que mantuviere concubinato con la madre del alimentario. El decreto supremo 892 del Ministerio de Previsión Social de 1958 reconoció el derecho al pago de la cuota mortuoria a quien acreditase que había mantenido “una convivencia habitual” con la persona fallecida. Más tarde, la Ley N° 17.564 de 1971, en materia de sismos o catástrofes, consideró como beneficiario de un subsidio al “conviviente” de la persona fallecida. La Ley N° 19.325 de 1994 —antigua ley de violencia intrafamiliar— ocupó la voz comentada al definir acto de violencia intrafamiliar. Luego, el Código procesal penal del año 2000, recurrió a la palabra “conviviente” al enunciar las víctimas por asimilación y las personas que no están obligadas a declarar como testigos en el juicio oral. Finalmente, la Ley N° 19.968 de 2004, que creó los Tribunales de Familia, estableció el derecho del testigo a no contestar preguntas que puedan incriminar a su “conviviente”.

Como es dable apreciar, ninguno de estos cuerpos aportó una definición legal o, como mínimo, los elementos que debe reunir una relación de hecho para ser calificada jurídicamente de concubinato⁹⁰. Lo anterior parece del todo lógico; no escapa, aun al menos observador, que las leyes referidas sólo otorgan efectos concretos a estas uniones. Sirven, pues, al casi exclusivo designio de igualar, en ciertos y acotados ámbitos, la situación jurídica del concubinario con la del cónyuge⁹¹. Con todo, la voluntad del legislador chileno no ha sido, hasta ahora, la de proteger decididamente al concubinato en cuanto “pareja que mantiene relaciones sexuales fuera del matrimonio, con cierto grado de estabilidad y duración, realizando un género de vida semejante a las unidas por vínculo matrimonial”⁹², esto es, como relación de familia. Prueba de lo dicho es su actitud silente en materias que revisten mayor interés. Así, entre tantas: los deberes personales que rigen las relaciones entre concubina y concubinario; los derechos sucesorios de éstos; los efectos patrimoniales

⁹⁰ Cfr. Barrientos, *De las “uniones de hecho”: legislación, doctrina y jurisprudencia*. LexisNexis, Santiago, 2008, p. 24-25 y Vargas, *Derecho de familia*. 3 vols. Metropolitana, Santiago, 2010, t. I, p. 447. Ramos Pazos, a su turno, sitúa la legislación chilena dentro de aquellas que mantienen una posición “abstencionista” con respecto al concubinato (cfr. *Derecho de familia*. 2 vols. Editorial Jurídica, Santiago, 7ª edición actualizada, 2010, t. II, p. 646).

⁹¹ Resulta interesante observar que en algunos casos —como en la investigación de paternidad— los efectos atribuidos a tales uniones ni siquiera benefician directamente a los concubinarios, sino más bien a terceros. Cfr. Somarriva, *Derecho de familia*. 2 vols. Ediar, Santiago, 2ª edición, 1983, t. I, p. 170.

⁹² Ramos Pazos, op., vol. et ed. cit., p. 627.

derivados del cese de concubinato o la legitimación activa en causas de indemnización de perjuicios en que fallece alguno de los miembros de la pareja. Como natural consecuencia del cuadro esbozado, los civilistas han debido enfrascarse en un encendido y perenne debate a fin de determinar los elementos constitutivos del concubinato⁹³.

A despecho de la ausencia de un estatuto positivo que autorice identificar en el concubinato una relación de familia protegida en Chile, y cual si esto fuere un detalle menor, en poco más de una década, diversos delitos han ampliado su ámbito subjetivo de aplicación, para incluir al mal llamado “conviviente” como sujeto pasivo⁹⁴.

Centrando la mirada en lo que a nosotros interesa, consignemos que la tipificación del parricidio entre “convivientes” —como era de esperarse— despertó severas críticas en la doctrina nacional. Los reparos se orientan a denunciar la ostensible violación al principio de legalidad que contiene el artículo 390⁹⁵. Mediante fallos opuestos, la *praxis* judicial ha dejado ver también las inconsecuencias que acompañan a la reforma⁹⁶.

Así y todo, por constituir el concubinato una institución abiertamente ignorada en nuestra legislación civil, entendemos que la tipificación del parricidio entre concubenarios no sólo envuelve una contravención formal del mandato de determinación, sino también un

⁹³ Los principales puntos de encuentro los representan el supuesto carácter heterosexual que ha de tener la unión de hecho para ser tal, la “aptitud matrimonial” de los concubenarios, la notoriedad y publicidad de la relación y su pretendido carácter afectivo. Cfr. Barrientos, op. cit., p. 28 y ss.; López Díaz, *Manual de Derecho de familia y tribunales de familia*. 2 vols. Librotecnia, Santiago, 2005, t. I, p. 87 y ss.

⁹⁴ La primera en tal sentido fue la Ley N° 19.617 de 1999, que agregó un inciso segundo al artículo 259 del Código punitivo, conforme al cual se agrava la pena si la persona solicitada es, entre otras, “conviviente” de quien estuviere bajo la guarda del solicitante. Además, modificó el artículo 369, estableciendo reglas especiales para los delitos de violación o abuso sexual perpetrados por el cónyuge o “conviviente” en contra de “aquél con quien hace vida común”. El año 2004, la Ley 19.927 modificó el derogado artículo 367 bis, instituyendo un tratamiento especial en la trata de personas cuando el autor era, entre otros, el “conviviente” de la víctima. La ya analizada Ley N° 20.066 de 2005, incorporó al “conviviente” como sujeto pasivo de parricidio, aunque también lo hizo en la atenuante contemplada en la circunstancia 4ª del artículo 11. Finalmente, la Ley N° 20.480 de 2010 —igualmente estudiada—, incluyó a “quien ha sido conviviente” del hechor como paciente de los delitos de parricidio y “femicidio”. El criterio asistemático, por no decir antojadizo, que ha seguido el legislador, se revela luego de constatar que ni en la legítima defensa de parientes ni en la circunstancia mixta del parentesco se ha incluido al “conviviente”.

⁹⁵ Véase, especialmente, Barrientos, *Sobre la noción de “conviviente” utilizada en el artículo 390 del Código penal*, en *Revista Chilena de Derecho Privado*. N° 7, diciembre, 2006, p. 228-231.

⁹⁶ Así, en ocasiones se ha exigido acreditar vínculos afectivos entre los miembros, para tener a dicha relación como concubinato. En otros casos, el dato se estima irrelevante. Véase, Vargas, op. cit., t. III, p. 293 y ss.

problema de fondo ligado íntimamente con la naturaleza del Derecho penal⁹⁷. En efecto, el artículo 390 ha creado *ex nihilo* un bien jurídico cuya protección carece de un correlato en nuestro Derecho extrapenal; forma de proceder que, sin embargo, suponemos aceptada por quienes creen que el Derecho penal es constitutivo y que, por ende, “fija por sí mismo y con facultad soberana las acciones que en su propio ámbito quiere someter a un tratamiento penal”⁹⁸. Quienes pensamos de modo contrario, esto es, que el Derecho punitivo no crea bienes jurídicos, y que la pena sólo se limita a reforzar la tutela que a éstos brindan las demás ramas⁹⁹, no podremos, evidentemente, consentir una palmaria transgresión a su naturaleza sancionatoria.

1.2 La naturaleza garantizadora del Derecho penal y la negación de su autonomía.

Separando a la Dogmática punitiva en dos vertientes tan marcadas como inconciliables, la cuestión sobre la naturaleza del Derecho penal inquiriere si acaso éste crea sus propias ilicitudes o, si por el contrario, sólo castiga aquellas prohibiciones definidas expresa o implícitamente en las demás parcelas del firmamento jurídico¹⁰⁰.

Pese a ser objeto de profuso debate durante la primera mitad del siglo XX, este asunto no ha preocupado mayormente al jurista de nuestros días; las conjeturas en torno a la existencia de supuestas ilicitudes exclusivamente penales y la autonomía del Derecho penal en la acuñación de los tipos, se impusieron con valor de verdad entre los penalistas, hasta el punto de culminar en un reconocimiento prácticamente unánime de su naturaleza

⁹⁷ No toda violación a la legalidad estricta encierra una pugna material con el carácter accesorio del Derecho punitivo, ya que tales infracciones se deben, generalmente, al empleo nebuloso de las palabras, es decir, a una irresponsabilidad del legislador (cfr. Zaffaroni, *Manual de Derecho penal*. Con la colaboración de Alejandro Alagia y Alejandro Slokar. Ediar, Buenos Aires, 2ª edición, 2006, p. 106). En el caso que nos ocupa, en cambio, una definición precisa de la conducta prohibida, no habría compensado la carencia de regulación civil al respecto ni, con ello, la ofensa al carácter secundario del Derecho penal que comporta.

⁹⁸ Mezger, *Tratado de Derecho penal*. Traducción de la 2ª edición alemana por José Rodríguez Muñoz. 2 tomos. Revista de Derecho privado, Madrid, 1935, t. I, p. 298.

⁹⁹ Cfr. Jiménez de Asúa, *Tratado de Derecho penal*. Publicados, 7 vols. Losada, Buenos Aires, 4ª edición actualizada, 1963, t. I, p. 41.

¹⁰⁰ Es común que su análisis, además, venga acompañado por el estudio de otra polémica, a saber, el problema de los destinatarios de las leyes penales (cfr. Silva Sánchez, *Aproximación al Derecho penal contemporáneo*. B de F, Montevideo, 2ª edición ampliada y actualizada, 2010, p. 512).

constitutiva¹⁰¹. En nuestro sentir, la supremacía de esta tesis no se debe a la consistencia de sus argumentos, sino al abandono pleno que se ha instalado en la discusión. Dicha desatención se descubre especialmente en la renuencia del penalista en orden a trabajar con conceptos propios de Filosofía jurídica —específicamente, la unidad de lo injusto—, cuya consulta, sin embargo, resulta obligatoria. Aquella comprensión sesgada y egoísta que asocia el adjetivo secundario con una inferioridad jerárquica, e incluso científica del Derecho penal, explica también, y casi en igual medida que lo anterior, por qué hoy se proclama sin censura alguna su carácter autónomo.

En lo sucesivo, centraremos nuestro análisis en la índole sancionadora del Derecho penal, teoría que, junto con ser “harto más antigua, limitadora y garantista que la que le asigna funciones constitutivas”¹⁰², nos informa sobre la verdadera posición que ocupa el Derecho penal en la enciclopedia jurídica, dejando a salvo la unidad de la ésta¹⁰³.

Pues bien, gozando de un reconocido abolengo filosófico como prenda¹⁰⁴, esta idea recibió tratamiento dogmático por vez primera con Karl Binding en su teoría de las normas. Según ésta, “la ley que el delincuente trasgrede precede conceptual y regularmente, pero no necesaria y temporalmente, a la ley que dispone la forma de su condena”¹⁰⁵. De este modo, el hechor no viola la ley penal, sino una norma que, generalmente, está situada en el

¹⁰¹ Adscriben a esta teoría, entre varios; Carrara, op. cit., t. VI, p. 23; Bettiol, *Derecho penal*. Traducción por José León Pagano. Temis, Bogotá, 4ª edición, 1965, p. 70 y ss.; Rodríguez Devesa y Serrano Gómez, *Derecho penal español*. Parte general. Dykinson, Madrid, 17ª edición, 1994, p. 24 y ss.; Fontán Balestra, *Derecho penal*. Parte general. Actualizado por Guillermo Ledesma. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1998, p. 26.

¹⁰² Guzmán Dalbora, en su Estudio preliminar a la obra de Birnbaum: *Sobre la necesidad de una lesión de derechos para el concepto de delito*. B de F, Montevideo-Buenos Aires, 2010, p. 24.

¹⁰³ Defienden esta tesis, junto con quienes más adelante se indica; von Liszt, *Tratado de Derecho penal*. Traducción por Luis Jiménez de Asúa. Publicados, 3 tomos. Editorial Reus, Madrid, 1926, t. II, p. 10-11; Antón Oneca, *Derecho penal*. Abeal, Madrid, 2ª edición actualizada y corregida por José Hernández Guijarro, 1986, p. 18; Núñez, en su posición original, op. cit., t. I, p. 40-41.

¹⁰⁴ Así, Hobbes, sosteniendo que “donde no existe ley civil, no puede haber delito, porque no existiendo otra ley sino la de naturaleza, no existe lugar para la acusación” (*Leviatán*. Traducción de Manuel Sánchez Sarto. Fondo de Cultura Económica, México, 16ª edición, 2010, p. 239). Más claro aun, Rousseau, tras postular la existencia de cuatro tipos de leyes distintas, entre ellas, las criminales que, “en el fondo, más bien que una clase particular de leyes, son la sanción de todas las demás” (*El contrato social*. Alba, Madrid, 2002, p. 79).

¹⁰⁵ Kaufmann, *Teoría de las normas*. Versión castellana por Enrique Bacigalupo y Ernesto Garzón Valdés. Depalma, Buenos Aires, 1977, p. 4.

Derecho público¹⁰⁶. No siendo bien recibida por considerable sector doctrinal, la teoría de las normas se transformó en blanco de severas críticas, obligando a replantear los postulados en que se basa el carácter secundario del Derecho penal¹⁰⁷. Así, con Grispligni la postura que seguimos comenzó a fundarse en una prelación de carácter lógico, en el sentido que toda conducta reprimida como delito, además de estar prohibida por el precepto penal, lo estaría también por otra norma extrapenal, la cual se antepone a la primera desde la perspectiva de un *prius* lógico¹⁰⁸. Más tarde, Maurach defendió la naturaleza garantizadora del Derecho penal, formulando que éste es, con relación a las demás ramas, “básicamente independiente en cuanto a sus consecuencias y, por el contrario, condicionalmente dependiente en sus presupuestos”¹⁰⁹. Finalmente, destaquemos a Zaffaroni, quien vincula esta doctrina con el carácter fragmentario del Derecho punitivo, ya que reconocer una función constitutiva a la ley penal importa abrir la vía a una aspiración completiva¹¹⁰.

No obstante las variadas formas de fundar la índole secundaria del Derecho penal, se aprecia en cada una la convicción de que éste no crea bienes jurídicos. Al contrario, tales bienes los recoge del Derecho constitucional (garantías fundamentales), del Derecho civil (relaciones de familia), del Derecho administrativo (probidad administrativa), etcétera, de guisa que el Derecho punitivo sólo anuncia el castigo de particulares y aisladas formas de lesión a ellos, aunque, si no lo hiciere, tampoco dejarían de ser bienes jurídicos¹¹¹. De esta

¹⁰⁶ Cfr. *Ibidem* p. 13 y 317. Beling modela lo anterior, situando las normas no sólo en el Derecho público sino también en el privado (cfr. *Esquema de Derecho penal*. Traducción de la 11ª edición alemana por Sebastián Soler. Depalma, Buenos Aires, 1944, p. 44).

¹⁰⁷ Se le condenó, en este aspecto, por “desconocer que ‘precepto jurídico’ y ‘sanción jurídica’ son elementos esenciales e indisolubles de la ley penal” (Rocco. *El objeto del delito y de la tutela jurídica penal*. Traducción, prólogo y notas de Gerónimo Seminara. Editorial B de F, Montevideo, 2005, p. 71-72).

¹⁰⁸ Cfr. *Derecho penal italiano*. Traducción de la 2ª edición italiana por Isidoro de Benedetti. 2 Vols. Depalma, Buenos Aires, 1949, t. I, p. 177-182.

¹⁰⁹ Maurach, op., vol. et ed. cit., p. 36. Sainz Cantero hace suyo tal razonamiento (cfr. *Lecciones de Derecho penal*. Parte general. 3 vols. Bosch, Barcelona, 1982, t. I, p. 34).

¹¹⁰ Cfr. Zaffaroni, *Derecho penal*. Con la colaboración de Alejandro Alagia y Alejandro Slokar. Ediar, Buenos Aires, 2ª edición, 2003, p. 487.

¹¹¹ Cfr. Grispligni, *El objeto jurídico del delito*. Revista de Ciencias Penales, Santiago, 1959, p. 76.

suerte, lo propio del Derecho penal no reposa en la prohibición que porta su precepto, sino en la sanción particular de que se sirve¹¹².

En opinión de algunos, la intervención punitiva se subordina a criterios propios, especialmente rigurosos, que incluso permitirían trazar una distinción entre bien jurídico *in genere* y “bien jurídico-penal”¹¹³. Es preciso matizar que esta labor de selección penal estricta no se identifica con un reconocimiento *ex novo* de bienes jurídicos. Los criterios a que se supedita la reacción punitiva constituyen más bien garantías para el ciudadano en cuanto fijan los límites a la respuesta de mayor contundencia del ordenamiento. En consecuencia, el concepto de bien jurídico no se duplica; “una caja de seguridad custodiada por dos agentes, sigue siendo sólo una caja de seguridad”¹¹⁴.

De otra parte, en nada afecta a la naturaleza sancionatoria del Derecho penal que su intervención sea en algunos casos previa a la cobertura que brindan otros sectores del ordenamiento¹¹⁵. A falta de norma expresa que prohíba la conducta en el Derecho extrapenal, casi siempre existe cuando menos un principio positivo, lógicamente anterior a la ley penal, que funda su antijuridicidad¹¹⁶. Esto resulta del todo factible si consideramos que el orden de conexión lógica de las ideas no suele coincidir con el orden de su aparición en la conciencia, y, así, es frecuente que el hombre no discurra sobre ciertos derechos hasta el momento en que se ha pretendido arrebatarlos, sin que ello invalide en modo alguno la

¹¹² Cfr. Jiménez de Asúa, op., vol. et ed. cits., p. 41; Blasco Fernández, *Notas en torno a la esencia de lo antijurídico y, en especial, de lo penalmente tipificado*, en *Problemas actuales de las Ciencias penales y la Filosofía del Derecho*. Pannedille, Buenos Aires, 1970, p. 380.

¹¹³ Concepto acuñado por Mir Puig (cfr. *Bien jurídico y Bien jurídico-penal como límites del Ius Puniendi*, en *Estudios penales y criminológicos*, XIV, 1991, p. 205 y ss.). Díez Ripollés, por su lado, sostiene que dichos parámetros valorativos son, entre otros, los principios de subsidiariedad, lesividad y esencialidad (cfr. *Derecho penal español*. Parte general en esquemas. Tirant lo Blanch, Valencia, 2007, p. 45).

¹¹⁴ Zaffaroni, *Tratado de Derecho penal*. Parte general. 5 vols. Ediar, Buenos Aires, 1981, t. I, p. 59.

¹¹⁵ Así, sin embargo, Jescheck, al mantener que el Derecho penal es la forma histórica más antigua de manifestación del Derecho y, todavía hoy, regula ciertos ámbitos de forma autónoma, sin necesidad de recurrir a otras ramas (cfr. *Tratado de Derecho penal*. Parte general. Traducción de la 5ª edición alemana por Miguel Olmedo Cardenete. Editorial Comares, Granada, 2002, p. 57).

¹¹⁶ Cfr. Grisogni, op., vol. et ed. cits., p. 182 y Jiménez de Asúa op., vol. et ed. cits., p. 41. Así, también, Del Vecchio, cuando bien señala que “la noción elemental de justicia, está implícita en la fenomenología jurídica primitiva, y sobreentendida en las mismas formulaciones penales, aun cuando éstas parezcan subsistir por sí o extrínsecamente se presenten como *prius*” (*Filosofía del Derecho*. Traducción por Luis Legaz y Lacambra. Bosch, Barcelona, 9ª edición corregida y aumentada, 1974, p. 87). Adquieren importancia, en este sentido, las normas de clausura —como nuestro artículo 2314 del Código civil— a las que en su momento aludió Binding.

prioridad lógica que detenta la norma¹¹⁷. A lo anterior debe añadirse que, no pocas veces, la norma reviste directamente la forma del pensamiento¹¹⁸, con lo cual se termina de explicar por qué el Derecho penal en ocasiones se anticipa a los Derechos constitutivos, y, sin embargo, sigue conservando su carácter secundario.

Basta analizar cualquier figura delictiva, para concluir que contiene elípticamente un principio que no es formulado por ella, sino por otra rama del Derecho, o bien por éste en su conjunto, aun cuando verse sobre alguna conducta aparentemente prohibida sólo ante la esfera criminal¹¹⁹. El solo ejercicio de suprimir mentalmente la normativa extrapenal, nos traslada a un páramo en que el Derecho punitivo se presenta vacío en contenido.

En el terreno práctico, las cuestiones prejudiciales civiles en el proceso penal ofrecen buena prueba en abono de la tesis aquí defendida. No obstante su apariencia de estricto asunto procesal, las referidas cuestiones envuelven aspectos sustantivos de fondo. Creadas especialmente para dilucidar casos en que la existencia de un delito depende de la constatación de una relación jurídica perteneciente a otra rama del ordenamiento, denotan la patente dependencia del Derecho represor a la hora de configurar sus presupuestos¹²⁰.

Con todo, el argumento capital a favor de la naturaleza garantizadora del Derecho penal lo constituye el carácter unitario que viste la antijuridicidad, idea que se infiere a partir de la unidad del ordenamiento jurídico¹²¹. Como se explicará, atribuir una función

¹¹⁷ Sobre el “*a priori* lógico” y “*a posteriori* psicológico” en el Derecho, véase, Recaséns Sichés, *Tratado general de Filosofía del Derecho*. Porrúa S. A., México, 4ª edición, 1970, p. 238-239.

¹¹⁸ Cfr. Vanni, *Filosofía del Derecho*. Traducción por Rafael Urbano. Francisco Beltrán, Madrid, 1941, p. 68.

¹¹⁹ Clásicas son las citas a la omisión de socorro, la falsificación de documentos privados que no causan perjuicios a terceros, la tentativa y el maltrato de animales, como paradigma de ilícitos exclusivamente penales (véase, por muchos, Cerezo Mir, op., et ed. cit., t. I., p. 69). Es de apreciar, sin embargo, que el supuesto deber de solidaridad subyacente en la omisión de socorro también se manifiesta en otros ámbitos, así, en el salvamento marítimo o en responsabilidad civil médica. En la falsificación de instrumento privado, se omite que, junto con la indemnización de perjuicios, existen otras sanciones civiles, por ejemplo, la nulidad del acto jurídico. En la tentativa, si bien tampoco procede la sanción civil del resarcimiento, sí existe en cambio facultad para impedir el daño, por ejemplo, a través de medidas prejudiciales. En fin, en el maltrato de animales —como dice Zaffaroni—, es notorio que el sentimiento público de piedad tampoco es un bien jurídico creado por el Derecho penal (cfr. *Tratado de Derecho penal*, vol. et ed. cit., p. 58).

¹²⁰ Véase, especialmente, Rodríguez Ramos, *Reflexiones sobre la naturaleza del Derecho penal en relación con las cuestiones prejudiciales*, en *Estudios penales y criminológicos*, n° 11, 1986-1987, p. 380-389.

¹²¹ Así, Puig Peña, *Derecho penal*. 4 tomos. Desco, Barcelona, 5ª edición, 1959, t. I, p. 35 y Terán Lomas, *Derecho penal*. Publicados 3 tomos. Astrea, Buenos Aires, 1980, t. I, p. 18.

constitutiva a la ley penal —por acotado que sea el ámbito— importa afirmar la existencia de ilicitudes penales especiales, conclusión que resulta inaceptable desde que la antijuridicidad es una categoría común a cada parte del Derecho.

El universo normativo es unitario ya que sus preceptos reconocen un fundamento de validez común. Por tal razón, además, debe existir una correcta armonía entre sus enunciados cuando presentan puntos de contacto. La Ciencia del Derecho —como cualquier otra— ha de pensar su objeto como un todo dotado de sentido, porque de lo contrario éste perdería coherencia y, difícilmente, podría obligar a sus respectivos sujetos normativos¹²². Siguiendo esta línea, levantar concepciones diferenciadas sobre lo injusto según el sector a que se aplicará, quebranta dicha unidad; por un lado, supone la idea que cada mandato se inspira en valoraciones y fundamentos propios, mientras que, por otro, conspira contra la lógica del ordenamiento al favorecer la gestación de antinomias normativas.

Que eminentes penalistas y filósofos del Derecho ensayaran contrastes conceptuales entre lo injusto civil y lo injusto penal, y, sin embargo, hayan fracasado en cada uno de sus intentos, es prueba reveladora del carácter unitario que reviste la antijuridicidad¹²³. Maggiore lleva razón al decir que las tentativas por elaborar una diferencia sustantiva a partir de la sanción que a cada ilícito se aplica, es confesión de dicha imposibilidad¹²⁴. Y resulta lógico; después de afirmar la unidad del ordenamiento jurídico, no puede predicarse

¹²² Cfr. Kelsen, *Teoría pura del Derecho*. Traducción de la 2ª edición alemana por Roberto J. Vernengo. UNAM, México D. F., 2ª edición, 1982, p. 214-217. Millas, desde una perspectiva similar, enseña que existe una cuádruple conexión que enlaza las distintas normas de un orden jurídico, dentro de las cuales destaca la unidad de validación, en cuya virtud se remiten las partes integrantes del sistema a un fundamento general (cfr. *Filosofía del Derecho*. Editorial Universitaria, Santiago, 1961, p. 157-161).

¹²³ Así, Hegel identificó en su construcción dialéctica a la síntesis con la pena, instrumento por el cual se anula la voluntad criminosa por él denominada “oposición consciente contra el Derecho”; lo injusto civil, en cambio, evoca al daño generado sin malicia, por mera negligencia (cfr. *Filosofía del Derecho*. Traducción de Angélica Mendoza. Claridad, Buenos Aires, 4ª edición, 1955, p. 100-108). Se critica, por un lado, la existencia de delitos culposos a los que falta oposición consciente al Derecho y, por otro, que a ciertas infracciones dolosas no se impone siquiera la menor pena, así, al incumplimiento doloso de obligaciones civiles. Carrara, desde una perspectiva objetiva, prefiere asociar el ilícito civil a un daño personal y reparable; la sanción penal, en tanto, la vincula a conductas que generan un daño social, irreparable mediante acción directa (cfr. op. et ed. cit., t. VI, p. 39). Por ser indiscutible que en ciertos delitos el daño es claramente reparable —como se aprecia en los atentados contra la propiedad—, se rechaza esta teoría. Sobre otros criterios divisores de lo injusto civil y lo injusto penal, con sus respectivas críticas, véase, Castejón y Martínez de Arizala, *Teoría de la continuidad de los Derechos penal y civil*. Bosch, Barcelona, 1949, p. 20-39; Gómez, *Tratado de Derecho penal*. 6 tomos. Compañía Argentina de Editores, Buenos Aires, 1939, t. I, p. 99-102.

¹²⁴ Cfr. Maggiore, *Derecho penal*. Traducción de José Ortega Torres. 5 vols. Temis, Bogotá, 1954, t. I, p. 262.

algo distinto respecto de la antijuridicidad, que, al final del día, no es otra cosa que su negación. Otra nítida expresión del carácter unitario de la antijuridicidad, título de coherencia y racionalidad del ordenamiento, lo constituyen las causas de justificación —especialmente la de obrar en ejercicio legítimo de un derecho—, por cuanto demuestran que el juicio decisivo acerca de la licitud o ilicitud de una conducta depende, finalmente, de la valoración que efectúa el Derecho en su conjunto¹²⁵.

Así pues, como corolario consignamos que “todo Derecho es, según su ser íntimo, idéntico, y todo injusto es unitario”¹²⁶, hasta el punto de resultar pleonástico hablar de lo injusto penal, lo injusto civil, etcétera, como si cada uno fuere un mundo distinto¹²⁷.

Salvo voces minoritarias, el carácter unitario de la antijuridicidad es ampliamente aceptado por la doctrina penalista¹²⁸. En razón de lo anterior, varios defensores de la tesis constitutiva se han empeñado en precisar que su teoría no compromete la unidad de lo injusto¹²⁹. No obstante, tales esfuerzos se frustran en el intento, pues una vez afirmada la potencia del Derecho penal para crear sus propias prohibiciones, no existe razón para negar que, así como una acción puede no producir consecuencias penales aun cuando sea ilícita en lo civil o administrativo, podría darse lo contrario, esto es, que una acción fuera ilícita

¹²⁵ Así, Merkel; uno de los principales exponentes de la unidad de lo injusto (cfr. *Derecho penal*. Parte general. Traducción del alemán por P. Dorado Montero. B de F, Montevideo, 2004, p. 159). En aplicación a la índole secundaria del Derecho penal, véase, Soler, op. cit., t. I, p. 24 y Argibay Molina, *Derecho penal*. 2 vols. Ediar, Buenos Aires, 1972, t. I, p. 30.

¹²⁶ Jellinek, *Injustos absoluto y relativo*. Traducción directa del alemán por José Luis Guzmán Dalbora, p. 7. Disponible en: <http://criminet.ugr.es/recpc/10/recpc10-r1.pdf>. En concepto de otros, la propia naturaleza de las cosas impide fijar una línea divisoria (cfr. Castejón y Martínez de Arizala, op. cit., p. 39).

¹²⁷ Nuestro sistema procesal amadruga una expresión clara de ello. El artículo 178 del Código de procedimiento civil dispone que las sentencias condenatorias penales producen siempre cosa juzgada en materia civil. A su turno, el artículo 179 N° 1 del mismo cuerpo prescribe que las sentencias absolutorias fundadas en la no existencia del delito producen cosa juzgada en el proceso civil. Así, al no poder el juez de letras discurrir sobre la licitud o ilicitud de una conducta cuando ello viene establecido previamente por una sentencia penal, se evitan valoraciones contradictorias respecto de la antijuridicidad de un mismo hecho.

¹²⁸ Véase al respecto, Carnelutti, *Teoría general del Delito*. Traducción del italiano por Víctor Conde. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1941, p. 27 y ss.; Jiménez de Asúa, op. et ed. cits., t. III, p. 970 y ss.; Welzel, *Derecho penal alemán*. Traducción del alemán por Juan Bustos y Sergio Yáñez. Editorial jurídica de Chile, Santiago, 2ª edición, 1976, p. 75 y ss.; Núñez, op. cit., t. I, p. 292.

¹²⁹ Así, Cury, *Derecho penal*. Parte general. Ediciones UC, Santiago, 7ª edición, 2005, p. 87 y García-Pablos, *Introducción al Derecho penal*. Editorial universitaria Ramón Areces, Madrid, 4ª edición, 2006, p. 92.

penal pero no civilmente¹³⁰. Si el Derecho penal fuere constitutivo, nada interesaría la influencia de las restantes ramas, y, finalmente, habría de aceptarse que “al penalista no le importan más que las normas que se desprenden de las leyes penales”¹³¹. Naturalmente, esto no es así; que para fines científicos y prácticos se acostumbre parcelar el ordenamiento jurídico en sectores diversos, no significa que éstos pasen a configurar compartimientos estancos, independientes unos de otros, ni mucho menos a crear sus propias ilicitudes. El proceso de definición del Derecho tiende a la división del trabajo y al pulimento de sus instituciones jurídicas, no así a una emancipación hasta el extremo que una parte del Derecho pudiere calificar de ilícito lo que para otra está permitido¹³².

Para finalizar sobre este punto, sólo resta insistir en que su naturaleza sancionatoria no resta ni categoría científica ni jerarquía jurídica al Derecho penal¹³³. Dado que la amenaza de pena posee caracteres de los que carecen otro tipo de coerciones, la Ciencia penal puede elaborar conceptos propios y, a su tiempo, hacer gala de un sello inconfundible. Por otro lado, ha de comprenderse que sin el refuerzo de la sanción penal, muchas instituciones del Derecho privado, y aun del público, no pasarían de ser una simple quimera, por todo lo cual resulta estéril sostener que su índole secundaria vicia el prestigio que como rama autónoma del Derecho éste se ha ganado¹³⁴.

Actualizando las disquisiciones preliminares relativas a la orfandad legislativa del concubinato en nuestro ordenamiento y su inserción como elemento normativo del artículo

¹³⁰ Contra lo expuesto se ha replicado que admitir la tesis secundaria no destierra la eventualidad de que entre los demás Derechos constitutivos se susciten conflictos normativos. A nuestro juicio, la índole secundaria del Derecho penal pese a no poder evitar regulaciones contrapuestas entre los demás sectores del ordenamiento —aspiración que excede su órbita—, se justifica plenamente al prever posibles contradicciones de carácter axiológico, que son, con todo, las de auténtica gravedad. Sobre las contradicciones lógicas y axiológicas en el Derecho penal, véase, Rivacoba y Rivacoba, *Nueva crónica del crimen*. Edeval, Valparaíso, 1981, p. 190-197.

¹³¹ Mir Puig, *Introducción a las bases del Derecho penal*. Bosch, Barcelona, 1976, p. 33.

¹³² Cfr. Maurach, op., vol. et ed. cits., p. 39; Maggiore, op. et vol. cits., p. 38-39.

¹³³ Crítica tan fecunda como infundada que se reitera, sin embargo, en penalistas de fuste. Así, Bettiol, para quien un Derecho penal con carácter secundario “es un Derecho renco que debe solicitar de otros las muletas para marchar en su ruta dura y fatigosa” (op. et ed. cits., p. 70). Rocco denuncia que “admitir el carácter secundario del Derecho penal conduce lógicamente a la destrucción de la disciplina” (op. cit. p. 66). Y Quintano Ripollés reclama que “la teoría sancionatoria atribuye al Derecho penal un papel ancillar [*sic*] y vicariante (...) mero apéndice de tal o cual ordenamiento” (*Compendio de Derecho penal*. 2 vols. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1958, t. I, p.7).

¹³⁴ Cfr. Zaffaroni, *Tratado de Derecho penal*, vol. et ed. cits., p. 58-59; Novoa Monreal, *Curso de Derecho penal chileno*. 2 vols. Ediar, Santiago, 2ª edición, 1985, t. I, p. 20.

390 del Código penal, las siguientes líneas sirven al objeto de ilustrar cómo dicha norma desatiende la antes defendida naturaleza garantizadora del Derecho penal.

1.3 El carácter secundario del Derecho penal y su transgresión en el artículo 390.

Tras un examen normativo, verificamos que el concubinato no constituye aún relación de familia protegida por nuestro Derecho privado, conclusión, por lo demás, ampliamente aceptada por la doctrina civilista. Por otro lado, sostuvimos que, habida cuenta de su carácter secundario, el Derecho penal sólo se reduce a fulminar una pena contra aquellas conductas lesivas de bienes jurídicos ya tutelados en otros sectores. Puestas así las cosas, aparece de suyo la pugna existente entre la inclusión del concubinato como elemento normativo del parricidio y la naturaleza sancionatoria del Derecho penal.

Sin embargo, resulta justo advertir que, en la autorizada opinión de algunos juristas, casos excepcionales como éste no vician la naturaleza garantizadora del Derecho penal, explicándose sencillamente porque hay veces en que “lo injusto y el tipo nacen juntos”¹³⁵. No comulgamos con dicha opinión. Asociar a la norma penal una función integradora respecto de las demás ramas puede alimentar la negativa pretensión de querer proporcionar un bien jurídico a figuras en las que tal bien, en estricto rigor, no existe. Si se acepta que la antijuridicidad surge a veces de modo simultáneo a la descripción conceptual del tipo legal, la muerte entre concubenarios, y cualquier otra conducta que repentinamente vista ropajes de gravedad, podría prohibirse bajo amenaza de pena, abriendo paso a creaciones incluso

¹³⁵ Así, Jiménez de Asúa, en cuyo pensamiento la tipicidad cumple, generalmente, la función de concretar lo injusto, mientras que, excepcionalmente, lo señala. Lo concreta, en efecto, cuando la antijuridicidad precede cronológicamente a la descripción típica de lo que, por ser injusto, ha de ser punible. Lo señala, en cambio, cuando hasta aquel momento la acción no era injusta, pero su gravedad circunstancial determinó que nacieran juntos lo injusto y el tipo (cfr. op. cit., t. III, p. 780). En sentido análogo, Grispigni, quien, representándose casos en que la prohibición penal ni siquiera encuentra correlato implícito en las demás ramas, hace reserva diciendo: “Una vez que ha intervenido la norma penal, se integran y completan inmediata y automáticamente otras parcelas del Derecho, cuyas normas extraen su *praeceptum* de la nueva norma penal” (op., vol. et ed. cits., p. 186). Desde esta perspectiva, las enmiendas que incorporaron al “conviviente” como víctima en algunos delitos de nuestro Código, habrían implicado a la par una modificación tácita al Derecho de familia.

arbitrarias por parte del Estado¹³⁶. Así concebida, esta teoría perdería su propiedad limitadora y garantista, cual “exigencia político-jurídica dirigida al legislador”¹³⁷.

De esta suerte, se reafirma la imposibilidad de compaginar nuestro artículo 390 con la naturaleza sancionatoria del Derecho punitivo, aunque, para ilustrar, y en cierto modo complementar lo expuesto, juzgamos oportuno finalizar este apartado apuntando algunas notas en torno a la disfunción comentada.

En primer término, el artículo 390, tras equiparar la situación del concubinario con la del cónyuge, ha introducido en nuestro Derecho una valoración que no se reproduce en sus demás niveles. Si bien el concubinato ya no es considerado concurso inmoral de voluntades¹³⁸, hemos dicho que la postura del Derecho de familia chileno al respecto no ha mudado sustancialmente, pues sigue siendo de corte “abstencionista”. Esto último equivale a sostener que las uniones de hecho, al socaire de nuestra legislación civil actual, tienen una significación neutral; no constituyen evidentemente un hecho ilícito, pero tampoco le son atribuidos mayores efectos jurídicos. Se genera, entonces, un desequilibrio valorativo entre la legislación penal y nuestro Derecho de familia. Analizar los efectos de tales desajustes es tarea que rebasa las pretensiones de este trabajo. No obstante, cabe advertir que ellos no se afincan en el plano teórico; producen, asimismo, dificultades en la aplicación del Derecho, cuestión proyectada en la cambiante jurisprudencia nacional relativa al concubinato.

De otra parte, estimamos que la tipificación del parricidio entre “convivientes” da cuenta de una forma de legislar precipitada en Chile¹³⁹. En efecto, un ejercicio racional del poder supone tener presente que sólo puede conservarse y restaurarse aquello cuya existencia previamente se ha afirmado y consentido. Este criterio fue el seguido por los ordenamientos

¹³⁶ Cfr. Guzmán Dalbora, *Bien jurídico y norma de cultura: revisión de la teoría de Max Ernst Mayer*, separata de la *Revista de Derecho penal y Criminología*, Madrid, nº3, 1993, p. 239.

¹³⁷ Maurach, op., vol. et ed. cit., p. 34.

¹³⁸ Una visión como ésta inspiró a la Ley N° 9.293, que hizo solidariamente responsable del pago de alimentos a quien viviere en concubinato con el padre, madre o cónyuge del alimentario.

¹³⁹ Recordemos que la modificación al artículo 390 sólo se incluyó en el último trámite constitucional del proyecto de reforma que culminó en la Ley N° 20.066.

que, antes de incluir al concubinario como paciente de parricidio o de sus respectivos tipos de violencia doméstica, ya tenían un estatuto civil regulador de las uniones de hecho¹⁴⁰.

La falta endémica de un estatuto que regule el concubinato en Chile, repercute, como es lógico, en el fundamento material del parricidio entre concubinarios. Ciertamente, pierde sentido reforzar el cumplimiento de deberes personales emanados de una institución que, por sí sola, no encuentra acogida en nuestro Derecho de familia. Cuestión que entraña una irregularidad desde que el parricidio se inserta, precisamente, dentro de aquellos delitos en que la “razón misma de la incriminación es la protección de una relación jurídica privada”¹⁴¹, con lo que, de paso, se rompe la conexión de carácter lógico que ha de existir siempre entre el Derecho punitivo y el civil¹⁴². Así y todo, el principal problema es que, al no reconocer nuestro Derecho extrapenal bien jurídico alguno en el concubinato, se impide concretar el *plus* de lo injusto que justifica la agravación del parricidio. Como se expondrá más adelante, la cláusula de Estado de Derecho constituye un recurso adecuado a fin de conducir las disposiciones que prescinden de bien jurídico a su destino natural, esto es, el destierro por vía de inconstitucionalidad.

Al cabo de un examen centrado en cuestiones de orden material, resulta apropiado recordar que la inexistencia de un estatuto civil sobre uniones de hecho, compromete asimismo la constitucionalidad del artículo 390, en razón de su pugna con el principio de taxatividad. Dado que, para considerar a una relación de concubinato como tal, primero debe discernirse sobre la concurrencia de ciertos requisitos, éste no refiere a una base pura fáctica o natural, comprobable sólo auxiliado por los sentidos; antes bien, trátase de un

¹⁴⁰ Así, en España existe una normativa estatal, y en algunos casos autonómica, que data de los años ochenta. Suecia reguló el concubinato mediante la Ley N° 232 de 1987 sobre “el hogar común de cohabitantes extramatrimoniales”. Suiza, a partir de 2004, trata en su Código civil las denominadas “uniones de hecho registradas”. En Sudamérica, Bolivia reconoció el concubinato en su Código de familia de 1977; Brasil hizo lo propio en su nuevo Código civil de 2002; y en el Perú, el Código civil las define en su artículo 326. Por fin, Costa Rica y Guatemala -únicos ordenamientos que junto al chileno tipifican el “femicidio”- también cuentan con un tratamiento civil de la materia; el Código de familia costarricense regula latamente el concubinato a partir del Título VII, mientras el Código civil guatemalteco se hace cargo en los artículos 173 y siguientes.

¹⁴¹ Muñoz Conde, *Introducción al Derecho penal*. Bosch, Barcelona, 1975, p. 69.

¹⁴² Conexión según la cual, los fines perseguidos por el legislador penal, sólo pueden comprenderse mediante el conocimiento de los principios inspiradores de los preceptos civiles en que descansan tales figuras (cfr. Rodríguez Devesa, op. et ed. cit., p. 23. Véase, también, Silva Melero, *Relaciones entre el Derecho civil y el Derecho penal*, en *Anuario de Derecho penal y Ciencias penales*. Madrid, fascículo II, 1948, p. 250-251)

elemento normativo del tipo, pues su verificación precisa de un juicio de valor. La naturaleza y características propias de la institución estudiada, aconsejan que su definición sea aportada directamente por la ley¹⁴³. Con todo, al no existir dicha regulación, parece ser que su constatación finalmente ha quedado entregada a una valuación empírico-cultural¹⁴⁴, terreno erizado de dudas. Efectivamente, en los juicios generales de valor —máxime si éstos son extrajurídicos— la sujeción a la ley suele disiparse a favor de una determinada actitud interna del juez, dificultando la simetría y previsibilidad de la aplicación del Derecho penal, con claro riesgo de hacer elástico el tipo delictivo y concluir en la apertura de éste a una integración analógica¹⁴⁵. Razones serias que, sin embargo, no impiden que nuestro Tribunal Constitucional rechace las acciones de inaplicabilidad incoadas respecto de este precepto¹⁴⁶.

2. Prescendencia de ofensa a algún bien jurídico suplementario a la vida del paciente en los parricidios y “femicidios” en relaciones fenecidas.

Tras la tipificación del “femicidio” en Chile, la lectura que se extrae del artículo 390 nos presenta una figura asaz ajena a la comprensión que, tanto en la Historia como en la Dogmática punitiva, se había tenido del parricidio. El contraste, con todo, no se revela tanto en el neologismo empleado, como sí en la ampliación del tipo, el que, en su nueva redacción, incluye cual sujeto pasivo a “quien ha sido cónyuge o conviviente” del hechor.

Pese a que la mentada reforma contribuye a incrementar las imperfecciones de que padece nuestro sistema punitivo¹⁴⁷, y que su extraordinaria amplitud represente, acaso, un

¹⁴³ El estudio normativo que inauguró el presente título, junto con las diversas interpretaciones doctrinales acerca de sus requisitos, revelan la conveniencia de que el concubinato sea objeto de tratamiento legal.

¹⁴⁴ Sobre esta clase de elementos normativos del tipo, véase, Jiménez de Asúa, op. cit., t. III, p. 900 y ss.

¹⁴⁵ Cfr. Grünhut, *Formación de conceptos y aplicación del derecho en el Derecho penal*. Traducción del alemán por José Luis Guzmán Dalbora. Separata del *Anuario de Filosofía jurídica y social*, n° 22, 2004, p. 310 y 324; Zaffaroni, *Tratado de Derecho penal*, vol. et ed. cits., p. 285.

¹⁴⁶ Así, mediante sentencia de 5 de agosto de 2010, causa Rol 1432-10, dicha magistratura negó una violación al principio de tipicidad, argumentando, curiosamente, que “la presencia de elementos lingüísticos, y una precedente interpretación judicial y doctrinaria, entregan suficiente contenido al concepto como para ser aplicado por el tribunal del fondo”.

¹⁴⁷ A partir de una visión de conjunto, sin duda las enmiendas practicadas a alguna de las hipótesis del homicidio influyen en la comprensión de otras figuras, como las lesiones, el aborto o los delitos de peligro contra la vida. Asimismo, el desajuste entre esta norma y el criterio general expuesto en el artículo 13 —que, a pesar de su exagerada amplitud, no abarca relaciones terminadas—, es otro ejemplo de lo dicho.

nuevo incumplimiento al mandato de certeza¹⁴⁸, estimamos que las principales interrogantes han de plantearse con respecto al bien jurídico supuestamente ofendido. Pues, que nuestro legislador haya enquistado el “femicidio” en el artículo 390, en circunstancias que pudo optar por un tipo penal autónomo —tal cual hizo su homónimo guatemalteco—, determina que el fundamento material de esta figura, necesariamente, deba examinarse a la luz de los mismos planteamientos dogmáticos que explican el refuerzo de pena en las restantes hipótesis —tradicionales— de parricidio. Por ende, será la lesión de un bien jurídico adicional a la vida, el elemento que permita dilucidar la justificación, o nula excusa, que existe tras la extensión del ámbito subjetivo del tipo a las relaciones acabadas.

A fin de abordar cabalmente las dificultades que desde la óptica del objeto material de tutela plantean los parricidios y “femicidios” en relaciones fenecidas, es preciso realizar sumaria referencia a la noción de bien jurídico, sus funciones esenciales e importancia, así como la suerte que han de correr los tipos legales que de él se desentienden.

2.1. Origen, desarrollo e importancia de la noción de bien jurídico.

Determinar la misión del Derecho penal con ayuda del concepto de bien jurídico, es un ensayo que hinca sus raíces en la filosofía Iluminista. Con Feuerbach como conspicuo portavoz, ella buscó garantizar al individuo una posición de preeminencia con relación a la sociedad, significando el delito como lesión de derechos subjetivos¹⁴⁹. Planteo de neto cuño liberal que, pese a suponer un límite parcial al *ius puniendi*, dejó sin explicación ciertos hechos que no ofenden derechos subjetivos¹⁵⁰. Con ocasión de dicha crítica, surgió en 1834 la tesis de Birnbaum, que identifica por vez primera el objeto de la tutela en

¹⁴⁸ Este vicio luce manifiesto en el tipo “quien ha sido su conviviente”, donde falta un elemento objetivo que permita acreditar, en primer lugar, el hecho mismo de la convivencia y, acto seguido, el de su terminación. A más de esto, la ausencia de límite temporal —tanto en la vigencia del vínculo como en el tiempo hasta el cual se retrotraen sus efectos—, importa captar una constelación de hipótesis de dudosa justificación, por ejemplo, dar muerte a una novia con la que se vivió tres meses hace veinte años, habiendo contraído matrimonio con persona distinta, y sin que la relación pasada tuviere conexión alguna con el homicidio perpetrado.

¹⁴⁹ Cfr. Feuerbach, *Tratado de Derecho penal*. Traducción de la 14ª edición alemana por Eugenio Raúl Zaffaroni e Irma Hagemeyer. Hammurabi, Buenos Aires, 1989, p. 64. Así y todo, esta idea fue considerada de antiguo ya por amplia mayoría de los jurisconsultos (cfr. Birnbaum, op. cit., p. 40).

¹⁵⁰ Por ejemplo, aquellos que atentan contra la religión o la comunidad (cfr. Fernández, *Bien jurídico y sistema del delito*. B de F, Montevideo, 2004, p. 12-13).

bienes¹⁵¹. Notable acierto, sin embargo, no mereció mayor atención sino hasta fines de siglo, cuando Binding —tras ensamblarle el adjetivo con que hasta hoy se conoce— retomó la noción de bien jurídico, aunque mediante un normativismo extremo¹⁵². Como réplica inmediata surgió el positivismo naturalista de von Liszt, quien, anudando el bien jurídico con la idea de fin, se sirvió calificarlo como “interés jurídicamente protegido”¹⁵³. La imprecisión de esta fórmula, alimentó un palpable escepticismo frente a la posibilidad de fijar el núcleo material del delito a través de la noción de bien jurídico, sospecha que fue antesala de la progresiva «espiritualización» que éste sufrió por los años treinta¹⁵⁴. El absoluto vaciamiento del concepto terminó, además, preparando un terreno fértil para que el nacionalsocialismo —a través de la Escuela de Kiel— proyectara una política penal al servicio exclusivo de sus intereses; el delito cual infracción de deberes¹⁵⁵. Durante la posguerra, el desastre permitió comprender la necesidad de reanudar los intentos por otorgar al bien jurídico un contenido material que impidiese nuevos atropellos a la razón. En circunstancias tales, apareció la concepción ontológica de Welzel, que entiende el bien jurídico como “todo estado social deseable que el Derecho quiere resguardar de lesiones”¹⁵⁶. Por los años setenta, la revisión del Derecho penal sexual de Alemania sirvió para agitar aún más la discusión, surgiendo de ello, básicamente, dos tendencias que hasta hoy se mantienen; de un lado, aquella que perfila el bien jurídico en clave constitucional y, de otro, la que lo explica sobre la base de teorías sociológicas¹⁵⁷.

¹⁵¹ Sólo estos pueden ser lesionados o puestos en peligro, ya que si se sustraen o disminuyen, el derecho permanece incólume. Véase la explicación del autor al analizar las injurias, op. cit., p. 63.

¹⁵² Lo definió, en efecto, como todo “aquello que a los ojos del legislador sea condición para una vida sana de la comunidad jurídica” (Kaufmann, op. cit., p. 14). La completa exclusión del individuo y el sometimiento total frente al Estado bajo el ineluctable riesgo de la arbitrariedad, son críticas comunes a su teoría.

¹⁵³ Von Liszt, op., vol. et ed. cit., p. 2.

¹⁵⁴ Esta etapa en la evolución histórica del bien jurídico, estuvo determinada por el exacerbado énfasis puesto en su rendimiento metodológico, en desmedro de la función crítica o garantista, postergada a la sazón.

¹⁵⁵ Doctrina que acabó por renegar todo concepto trascendente de bien jurídico, acotándolo simplemente a la “sana conciencia popular” y a los “valores del pueblo y de la raza” (cfr. Octavio de Toledo, *Sobre el concepto del Derecho penal*. Sección de publicaciones de la Universidad de Madrid, Madrid, 1981, p. 338).

¹⁵⁶ Sin embargo, la misión primordial del Derecho penal sería la vigencia de valores de acto ético-sociales, y sólo por inclusión, habría de asumir la protección de bienes jurídicos (cfr. Welzel, op. et ed. cit., p. 15).

¹⁵⁷ En todo caso, destacan también otras elaboraciones. Así, la de Zaffaroni, autor que sigue la estela de Sina y lo define en tanto “relación de disponibilidad de un sujeto con un objeto” (*Tratado de Derecho penal*, vol. et ed. cit., p. 248); o la de Hormazábal, quien lo vincula con una relación social concreta de carácter sintético,

La primera opción plantea que la Constitución contiene en sí misma un modelo de criminalización o, cuando menos, las pautas de referencia para la selección de bienes jurídicos¹⁵⁸. No obstante figurar como potencial límite al *ius puniendi*, esta doctrina sigue sin respuesta frente a ciertos reparos¹⁵⁹. La segunda, en tanto, ancla el bien jurídico a planteamientos sociológicos, aunque desde variadas perspectivas. Resaltan, entre ellas, la teoría personalista del bien jurídico de Hassemer¹⁶⁰; la teoría del daño social propuesta por Amelung¹⁶¹; y el funcionalismo sistémico radical auspiciado por Jakobs¹⁶².

Últimamente, el resguardo de intereses difusos, la irrupción de nuevas figuras delictivas y la anticipación de la reacción penal, dan forma a una progresiva expansión punitiva. Este fenómeno, junto con la reprochada imprecisión del concepto y las renovadas opciones científicas sobre la materia¹⁶³, ponen —según algunos— en seria duda la efectividad del principio de exclusiva protección de bienes jurídicos.

Con todo, cabe preguntarse qué puede resultar del bien jurídico en un contexto político criminal que de ningún modo apunta hacia la vinculación del legislador a un

dentro de un Estado democrático (cfr. *Bien jurídico y Estado social y democrático de Derecho*. LexisNexis, Santiago, 2ª edición, 2006, p. 133).

¹⁵⁸ Nace en Alemania, donde la desarrollaron, entre otros, Sax y Rudolphi. Fue en Italia, sin embargo, donde tuvo mayor eco, siendo cultivada por Bricola, Angioni, Moccia y Mantovani, por nombrar algunos.

¹⁵⁹ Así, el excesivo formalismo al que se sumerge tras identificar derechos fundamentales y bienes jurídicos; la controvertida idea de que la Carta fundamental obligue al legislador a incriminar ciertas conductas; y la imagen ilusa de una Constitución como obra perfecta, autosuficiente para determinar la tutela penal.

¹⁶⁰ Consistente en “funcionalizar los intereses generales desde el punto de vista de las personas, deduciendo los bienes sociales y estatales de los del individuo” (cfr. Hassemer y Muñoz Conde, *Introducción a la criminología y al Derecho penal*. Tirant lo Blanch, Valencia, 1989, p. 109).

¹⁶¹ Quien dibuja el delito como “un fenómeno disfuncional que ataca las condiciones de organización de la convivencia humana” (cfr. Amelung, *El concepto de «bien jurídico» en la teoría de la protección penal de bienes jurídicos*. Traducción de Íñigo Ortiz de Urbina Gimeno, en el volumen colectivo *La teoría del bien jurídico ¿Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático?*, editado por Roland Hefendehl. Pons, Madrid, 2007, p. 262). El punto débil de su tesis es que abandona el eje liberal de la teoría del bien jurídico, ya que no se protege a la persona en sí misma, sino sólo en interés de la sociedad.

¹⁶² En su opinión, la misión del Derecho penal no es amparar bienes jurídicos, sino la vigencia de la norma, la que, a su turno, garantiza la expectativa de que las personas actuarán conforme a su rol (cfr. Jakobs, *Derecho penal*. Parte general. Traducción de Joaquín Cuello Contreras y José Luis Serrano González. Pons, Madrid, 2ª edición, 1997, p. 44). Este planteamiento, sin embargo, no ha podido esconder las profundas inconsistencias que encierra, tras presentarse desprovisto de todo sentido crítico frente al Estado y prescindir por entero del individuo como sujeto de fines, en pos del correcto funcionamiento de las instituciones sociales.

¹⁶³ A las voces que pretenden defenestrar la noción de bien jurídico, deben sumarse aquellas que lo estiman insuficiente y, por tanto, requirente del apoyo externo de otras herramientas. Así, Hirsch, *El concepto de bien jurídico y el «principio del daño»*. Traducción de Rafael Alcácer, en *La teoría del bien jurídico*, cit., p. 46.

sustrato material. Parécenos que la ineficacia del instrumento no se debe a una deficiencia endógena suya, sino a su mala inteligencia en el ámbito operativo. Además, las diferencias estructurales entre las teorías actuales han sido exageradas, cuestión que llevó a olvidar los razonamientos comunes que éstas encarnan¹⁶⁴. Existen, pues, ciertas notas fundamentales en torno al bien jurídico que, buenamente, podrían constituir un punto de partida general. Así, asiste relativo consenso en orden a que los bienes jurídicos son entidades objetivas¹⁶⁵, referidas a valores fundamentales¹⁶⁶, cuyo soporte puede ser tanto material como ideal, pero siempre capaz de lesión¹⁶⁷, y que, para merecer protección jurídica, necesariamente deben comprometer un interés social¹⁶⁸. Notas básicas que, sin embargo, son eficaces, toda vez que permiten, sin mayor apuro, descartar como objeto de tutela las meras convicciones morales o finalidades ideológicas, junto con recusar tipos abstractos e inaprensibles, como aquellos que pretenden bastarse enarbolando la sola protección de la dignidad humana, las buenas costumbres o los sentimientos del pueblo¹⁶⁹.

La necesidad real de contar con un objeto material de tutela para cada delito se aprecia en su calidad —si bien asiduamente inadvertida— de concepto jurídico *a priori*¹⁷⁰, pero más nítidamente, a partir de las conocidas funciones que desempeña en la Dogmática punitiva general y, con especial significación, en la Política criminal.

¹⁶⁴ Fernández sostiene que el principal mal de que adolece esta teoría es que esté plagada de falsas antinomias y controversias puramente discursivas (cfr. *Bien jurídico y sistema del delito*, en AA.VV., *Teorías actuales en el Derecho penal*. Ad-Hoc, Buenos Aires, 1998, p. 422). Lleva razón también Zaffaroni al decir que la existencia del bien jurídico es, ante todo, una necesidad lógica, independiente del nombre con que quiera bautizársele (cfr. *Tratado de Derecho penal*, vol. et ed. cits., p. 248).

¹⁶⁵ En consecuencia, no se trata de un simple paradigma general y abstracto, libre de la realidad existencial o de un puro sustrato ajeno al mundo del ser (cfr. Polaino Navarrete, *El bien jurídico en el Derecho penal*. Publicaciones de la Universidad de Sevilla, Sevilla, 1974, p. 271).

¹⁶⁶ Cfr. Guzmán Dalbora, en su Estudio preliminar de la obra *Sobre la necesidad de una lesión*, cit., p. 23 (nota 29).

¹⁶⁷ Cfr. García-Pablos, op. et ed. cits., p. 176.

¹⁶⁸ Así, evita que el Derecho penal devenga en instrumento al servicio de grupos hegemónicos. Esta exigencia se aprecia ya en Beccaria, véase su *Tratado de los delitos y de las penas*. Heliasta, Buenos Aires, 1993, p. 71.

¹⁶⁹ Cfr. Tavares, *Bien jurídico y función en Derecho penal*. Hammurabi, Buenos Aires, 2004, p. 74.

¹⁷⁰ Se entienden por categorías jurídicas *a priori*, conceptos que permiten atribuir valor científico al Derecho y que preceden lógicamente a toda experiencia jurídica, hasta el punto de no poder concebirse ordenamiento que no las suponga (cfr. Radbruch, *Filosofía del Derecho*. Revista de Derecho Privado, Madrid, 4ª edición, 1959, p. 50; Austin, *Sobre la utilidad del estudio de la Jurisprudencia*. Traducción de Felipe González Vicén. Editora Nacional, México D.F., 1974, p. 31).

En tanto modalidad de la categoría jurídica fundamental de objeto de Derecho, el bien jurídico se obtiene deductivamente del concepto lógico-abstracto de éste¹⁷¹. Que el objeto de Derecho sea una categoría pura, implica que no puede existir pretensión u obligación legal ninguna sin fundamento previo, como tampoco subsistir si éste se ha extinguido¹⁷². Dicho objeto jurídico refiere a un “valor objetivo general” que, en el caso del Derecho penal, lo constituye el bien jurídico que ha de ser preservado de su destrucción¹⁷³, siendo éste el que vivifica la noción de objeto o tutela jurídica de la norma penal¹⁷⁴. La importancia de lo dicho no es menos que si el Derecho positivo describiera algún tipo delictivo en contradicción con una de sus formas apriorísticas, la figura resultante no merecería un valor propiamente jurídico¹⁷⁵.

El bien jurídico es asimismo pieza fundamental en la teoría del delito, entrando en contacto con cada uno de sus elementos¹⁷⁶. De igual modo, la mayor o menor gravedad de su lesión, sirve como criterio de medición de la pena¹⁷⁷ y, más importante aún, para

¹⁷¹ Cfr. Guzmán Dalbora, en su Estudio preliminar a la obra *Sobre la necesidad de una lesión*, cit., p. 11, 23 y 29. Existen, en todo caso, otros conceptos jurídicos fundamentales a través de los cuales podría también deducirse la noción de bien jurídico, v. gr., la antijuridicidad (véase, Kaufmann, *Filosofía del Derecho*. Traducción por Luis Villar Borda y Ana María Montoya. Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2ª edición, 1999, p. 212). Puede obtenerse igualmente a partir de la categoría fundamental de norma jurídica, si conjugamos que la estructura de la norma jurídico-penal la componen una norma de conducta y otra de sanción, y que la primera, contiene “no sólo la pauta de conducta que el ordenamiento jurídico espera de todos nosotros, sino también el bien jurídico protegido” (Gomes, *Norma penal, bien jurídico, principio de ofensividad y lineamientos de la teoría constitucional del delito*. Traducción de José Luis Guzmán Dalbora, en *El penalista liberal*. Hammurabi, Buenos Aires, 2004, p. 301).

¹⁷² Cfr. Villoro, *Teoría General del Derecho*. Porrúa, México, 1989, p. 100.

¹⁷³ Cfr. Nawiasky, *Teoría General del Derecho*. Traducción por José Zafra. Rialp, Madrid, 1962, p. 277.

¹⁷⁴ Cfr. Grisóla, op. cit., p. 42.

¹⁷⁵ Así, Stammler, *Tratado de Filosofía del Derecho*. Traducción de la 2ª edición alemana por W. Roces. Reus, Madrid, 1930, p. 290 y Villoro, op. cit., p. 101. Este razonamiento técnico, sin embargo, requiere de alguna forma superar su validez puramente teórica, y hacer presencia en el dominio práctico. Según diremos, la declaración de inconstitucionalidad de los preceptos penales, en aplicación de las causales por comentar, puede erigirse en eficaz recurso jurídico para tales efectos.

¹⁷⁶ Constituye un componente primario en la estructura del tipo ya que contra éste debe dirigirse la acción típica, con lo que permite dotar de contenido a la antijuridicidad, e incluso, incidir en sede de culpabilidad, donde la mayor o menor disponibilidad del bien jurídico, puede repercutir en el juicio de exigibilidad de otra conducta (cfr. Fernández, op. cit., 419).

¹⁷⁷ Cfr. Luzón Peña. *Curso de Derecho penal*. Parte general. Editorial Universitas, Madrid, 1996, t. I., p. 328.

justificarla¹⁷⁸. En fin, despliega también una función sistemática esencial en la Parte especial, junto con ser un criterio indispensable en la interpretación de la ley penal¹⁷⁹.

Por último, la teoría del bien jurídico informa a uno de los principios políticos centrales de la atroz materia, cual es el de ofensividad. Según éste, el Derecho penal no puede obrar, ni siquiera cabe imaginarlo, sin que medie significativa afectación de algún bien jurídico de notable entidad¹⁸⁰. A través suyo, además, cobra eficacia operativa aquel difundido modelo de intervención penal entendida como *ultima ratio* de los mecanismos de control social, levantándose cual barrera indispensable frente a la irracionalidad; genuina garantía para la libertad de los ciudadanos¹⁸¹. Y como es posible que el legislador, a fin de cumplir un programa político determinado, se vea seducido a incriminar conductas incluso faltando bien jurídico, la función crítica de esta teoría y su carácter dinámico —revisión permanente a que debe someterse todo sistema penal—, generan, asimismo, la exigencia de expulsar del firmamento jurídico toda figura que prescindiera de él¹⁸². Proscribir las se yergue en imperativo, pues un delito sin bien jurídico, no alcanza siquiera a ser tal, retrata más bien la mera infracción de un deber de conducta; una pura entelequia a la que, en la historia y en la lógica, se ha opuesto todo Derecho penal que se proclame liberal¹⁸³.

¹⁷⁸ Efectivamente, sin detrimento de bien jurídico, no hay antijuridicidad, por lo que tales actos no pueden ser objeto de retribución alguna. Cfr. Rivacoba y Rivacoba, *La retribución penal*. Conosur, Santiago, 1995, p. 49.

¹⁷⁹ Influye en la valoración del consentimiento del ofendido; coadyuva a delimitar los momentos del *iter criminis*; permite determinar si un delito es de lesión o peligro, etcétera.

¹⁸⁰ Cfr. Rivacoba y Rivacoba. *Introducción al estudio de los principios cardinales del Derecho penal en Direito e Cidadania*, año 2, n° 6, 1999, p. 67.

¹⁸¹ Así, Hirsch, *Derecho penal. Obras completas*. 4 vols. Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires, 2005, t. III, p. 68.

¹⁸² No es necesario adscribir a una tesis constitucionalista del bien jurídico, para afirmar que el legislador se halla sometido a una prohibición de exceso, que le impide privar de libertad personal a un sujeto, mientras éste no haya afectado o puesto en peligro con su conducta otros bienes jurídicos relevantes. Como bien dice Terradillos, lo que late tras esta exigencia, es la idea de Estado de Derecho (cfr. *Función simbólica y objeto de protección del Derecho penal*, en *Pena y Estado*, dirigido por Juan Bustos. Conosur, Santiago, 1995, p. 16). Con relación a la cláusula de Estado de Derecho y su vinculación con la teoría del bien jurídico, véanse, Rudolphi, *Los diferentes aspectos del concepto de bien jurídico*. Traducción de Enrique Bacigalupo, en *Nuevo pensamiento penal*, Depalma, Buenos Aires, año 4, n° 7, julio-septiembre de 1975, p. 338-341; Roxin, *Derecho penal*. Parte general. Traducción de la 2ª edición alemana por Diego-Manuel Luzón Peña. Civitas, Madrid, 1997, p. 55-56; Mir Puig, *Estado, pena y delito*. B de F, Montevideo-Buenos Aires, 2006, p. 104-105.

¹⁸³ En éste, el respeto a la ley es externo y no íntimo, de lo contrario, sería un absurdo consagrar el libre desarrollo de la personalidad. Por igual motivo, el injusto se define a partir de la exterioridad que representa la lesión de un bien jurídico; no desde la voluntad subjetiva del agente (cfr. Gomes, op. cit., p. 309).

Habida consideración de sus propiedades, los problemas que atosigan a la teoría del bien jurídico sólo han de constituir un aliciente a fin de intensificar su estudio, que no un motivo para justificar su renuncia. Sigue, pues, representando un postulado con eminente arraigo en la Ciencia penal, de guisa que bajo éste como parámetro, se examinará en lo sucesivo la extensión subjetiva de nuestro tipo de parricidio, ya varias veces citada.

2.2 Falta de bien jurídico adicional a la vida en el tipo “el que mate a quien ha sido su cónyuge o conviviente”.

Conforme se sostuvo al inicio del presente trabajo, el parricidio vincula un mayor injusto y no necesariamente un problema de culpabilidad. Se enunció, además, que el *plus* de lo injusto gravita en la infracción de ciertos deberes específicos que rigen las relaciones personales entre el hechor y la víctima. En seguida, pasaremos revista al contenido, fuente y vigencia de tales deberes, por entender que su repaso resulta necesario a la hora de examinar el bien jurídico ofendido en los parricidios y “femicidios” en relaciones pasadas.

Los efectos personales del matrimonio y del concubinato designan un conjunto de derechos y deberes especiales, de contenido eminentemente moral, cuyo cumplimiento queda entregado fundamentalmente a la conciencia de cada cónyuge o compañero¹⁸⁴. Entre tales se comprenden la fidelidad; el socorro; la cohabitación; las expensas para la litis; la ayuda mutua; la protección; y el respeto recíproco que deben guardarse entre sí cónyuges y concubinarios. Por lo que atañe a su origen, la propia ley les atribuye la calidad de efectos personales del contrato de matrimonio. Tratándose del concubinato, en cambio, a falta de mención legal explícita, se razona que en virtud de los elementos constitutivos de éste y la costumbre, los compañeros igualmente adquieren obligaciones personales derivadas de esa vida en común. Sin embargo, cabe hacer notar que dichos deberes se imponen al servicio de un objetivo superior, esto es, la realización de los fines propios de la unión marital o de hecho que motiva su existencia¹⁸⁵. Efectivamente, la conservación y el resguardo de las relaciones de familia así constituidas es cuestión que interesa sobremedida al Derecho,

¹⁸⁴ Cfr. Turner, op. cit., p. 92.

¹⁸⁵ Cfr. Troncoso, *Derecho de familia*. LexisNexis, Santiago, 9ª edición, 2006, p. 113. Ello explica que la inobservancia de alguno de estos deberes personales genere múltiples consecuencias jurídicas, figurando como causal de divorcio, nulidad, separación judicial, o separación de bienes.

desde que éstas procuran una serie de prestaciones a favor del colectivo, como la formación moral y sustentación material de las futuras generaciones¹⁸⁶. El legislador penal toma nota de ello al tipificar el parricidio, de suerte que dar muerte a un ascendiente, descendiente, cónyuge o concubinario, no sólo representa una vulneración del bien jurídico supremo, sino también la infracción de una red de deberes personales, obligaciones que evocan valores que yacen en la cultura, constitutivos de una realidad objetiva, cuya afectación produce un patente daño social; en otras palabras, ofende un bien jurídico adicional. El incumplimiento de tales deberes, en tanto intereses de orden familiar, funda, pues, el carácter *pluriofensivo* del parricidio, explicando, de paso, la redoblada pena con que se conmina.

Como es de apreciar, la vigencia de tales deberes constituye un dato determinante en lo que al fundamento de la figura se refiere, especialmente en los casos del matrimonio y del concubinato, ya que en las restantes hipótesis el estatuto jurídico mencionado no se extingue sino con la muerte de alguno de sus miembros. En razón de lo anterior, cobra importancia superlativa para el objeto de nuestro trabajo identificar tanto las modalidades resolutorias del matrimonio y del concubinato, cuanto los efectos que de ellas se derivan.

El matrimonio puede terminarse por la muerte de alguno de los cónyuges, o bien, mediante sentencia firme y ejecutoriada declarativa de nulidad o de divorcio. En este análisis sólo interesa la última hipótesis. La nulidad retrotrae a los ex presuntos cónyuges al estado en que se encontraban al momento de contraer el vínculo marital, extinguiendo cada una de las consecuencias que éste generó, como si jamás hubiere existido¹⁸⁷. El divorcio, por su lado, también apareja la disolución del yugo matrimonial y, por ende, de la comunidad de vida que él implica y todos los efectos determinados por sus fines¹⁸⁸. En ambos casos, entonces, expiran los deberes personales entre cónyuges, ora porque nunca existió su fuente generadora, ora porque ésta se extinguió; conclusión que bien límpida se

¹⁸⁶ Respecto del concubinato y su calidad de bien jurídico en el Derecho penal chileno, téngase presente lo advertido en el título anterior.

¹⁸⁷ Cfr. Orrego, *Temas de Derecho de familia*. Metropolitana, Santiago, 2007, p. 296.

¹⁸⁸ Así, el derecho a solicitar la desafección de los bienes declarados familiares y la pérdida del derecho de alimentos, dan fe de la extinción del deber personal de socorro. Lo mismo ocurre con el derecho a contraer nuevas nupcias, tratándose del deber de fidelidad (cfr. Ramos Pazos, op., vol. et ed. cit., p.114).

extrae del texto legal¹⁸⁹, aun cuando, por la dignidad de la propia lógica, no podrían ser otros los resultados seguidos del quiebre¹⁹⁰. Por lo que hace al concubinato, sus causales de término son: la muerte de uno de los compañeros, el matrimonio o la ruptura. Esta última presupone que uno o más de sus elementos constitutivos han dejado de concurrir¹⁹¹, en tanto que la sola voluntad de algún compañero en orden a ponerle término, presume una renuncia de los derechos y deberes personales que ellos mismos se dictaron con motivo de una sana convivencia en común¹⁹². En definitiva, la extinción de los deberes personales entre quienes fueron cónyuges o concubenarios, no es sino consecuencia natural del prístino adagio merced el cual lo accesorio sigue la suerte de lo principal.

Pues bien, si el fundamento del parricidio reposa en una característica propia del injusto, cual es la conveniencia social de dispensar a la familia una tutela más enérgica, en este caso, mediante la protección del matrimonio y del concubinato¹⁹³, se percibe bien a las claras que una vez fenecidas dichas relaciones, la agravación de la figura queda desnuda de sentido. En efecto, el bien jurídico adicional a la vida del paciente, revisado antes, sencillamente desaparece, por lo que el parricidio —o “femicidio” según corresponda— pierde en este supuesto el carácter *pluriofensivo* que, sin embargo, sigue ostentando en sus demás hipótesis¹⁹⁴. A su turno, la pretensión de fraguar un bien jurídico en la sola

¹⁸⁹ Véanse, respectivamente, los artículos 50 y 53 de la Ley N° 19.947.

¹⁹⁰ Mantener a los ex cónyuges atados a exigencias éticas —entre ellas, la fidelidad, el socorro o la mutua ayuda— constituiría una auténtica cortapisa para su libre realización personal, tornando ineficaz el *ius conubii* recuperado tras el término. Además, algunos deberes, especialmente el de respeto recíproco, sirven al exclusivo objeto de proyectar una convivencia armoniosa al interior de la familia, por lo que resulta injustificado exigir su cumplimiento en circunstancias que ha desaparecido la realidad material que los inspiraba (cfr. Barrientos, *Nuevo Derecho matrimonial chileno*. LexisNexis, Santiago, 2004, p. 181).

¹⁹¹ Tal quiebre puede materializarse en el acuerdo previo de sus miembros, o bien, en el acto unilateral de alguno de ellos, ya que la misma condición de hecho los faculta para adoptar libremente la decisión (cfr. Donoso, *El concubinato ante la jurisprudencia chilena*. LexisNexis, Santiago, 2004, p. 21).

¹⁹² Así ocurre también en otras latitudes. Véase, respecto del ordenamiento mexicano, González, *Concubinato*. Disponible en: <http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/revdpriv/cont/28/jur/jur12.pdf>. Fecha de última consulta: 14 de septiembre de 2011. Con relación a la legislación española, véase, Marín, *La violencia doméstica: análisis sociológico, dogmático y de Derecho comparado*. Comares, Granada, 2001, p. 258.

¹⁹³ Cfr. Grisolia, Bustos y Politoff, op. et ed. cit., p. 117.

¹⁹⁴ Así, Künsenmüller, op. cit., p. 17. Salinero, por su parte, confiesa que en este supuesto, “encontrar un bien jurídico adicional a la vida, es tanto o más difícil que hallar una aguja en un pajar” (cfr. op. cit., p.13). En España, Campos reprocha la inclusión de ex cónyuges y ex concubenarios en los tipos de violencia doméstica, ya que el fundamento material del delito, esto es, la convivencia y los deberes en común, han desaparecido (cfr. *Problemas que plantea la nueva regulación de los malos tratos en el ámbito familiar: valoración y crítica desde la perspectiva del bien jurídico*, en *Revista penal*, Valencia, año 2000, n° 6, p. 26.)

existencia de una relación pasada —por ejemplo, omitiendo la extinción de tales deberes para efectos penales— hace atropello del carácter secundario que reviste el Derecho punitivo, habida cuenta que la protección civil de tales vínculos también cesó. De toda forma, lo abstracto y evanescente que resulta el objeto de tutela pretendido en este caso, tampoco se compadece con la noción de bien jurídico arriba ensayada¹⁹⁵.

Las disfunciones dogmáticas larvadas en la ampliación subjetiva del parricidio a quienes han sido cónyuges o “convivientes”, fueron ya advertidas por penalistas invitados a comentar la propuesta de reforma¹⁹⁶. Pese a lo cual, el proyecto continuó su tramitación atrincherándose en un verdadero desfile de argumentos, si bien todos ayunos de explicación satisfactoria. Así, por ejemplo, se señaló que la inclusión de las relaciones terminadas tiene por objeto reforzar la protección de la dignidad humana¹⁹⁷, en circunstancias que la doctrina mayoritaria juzga difícil que ésta, en cuanto concepto axiológico de referencia o principio regulativo en base al cual se configuran los demás bienes jurídicos, pueda constituir por sí sola un objeto de tutela penal¹⁹⁸. Otros abordaron el discurso de legitimación, aludiendo a una “discriminación positiva a favor de la mujer”¹⁹⁹ y, todavía más, a su vulnerabilidad física²⁰⁰, olvidando en ambos casos que el tipo no la excluye y que, por ende, comete también parricidio la mujer que —fuera del ámbito de la legítima defensa— da muerte al

¹⁹⁵ Junto con sus contornos muchas veces inaprensible, las relaciones ya fenecidas, no representan, por sí mismas, ningún tipo de valor u objeto de interés social en particular, máxime cuando no se exige de ellas la existencia de hijos comunes. Lo que francamente se ha pretendido a través de su inclusión es proteger, a todo evento, la vida de quienes fueron sus integrantes, especialmente de la mujer. El problema gravita en que la vida es un bien jurídico completamente autónomo, de cuya ofensa se hace ya cargo el tipo base de homicidio.

¹⁹⁶ En tal sentido se manifestaron los profesores José Luis Guzmán Dalbora, Raúl Carnevali Rodríguez, Juan Domingo Acosta, y Jaime Vera Vega.

¹⁹⁷ Cfr. *Historia de la Ley N° 20.480*, cit., p. 247. Argumento empleado por varios penalistas ibéricos, al tratar los tipos de violencia doméstica que amadriga su legislación. Así, por muchos, Álvarez Prieto, op. cit., p. 8-9.

¹⁹⁸ Representa, pues, un error de bulto sostener que los actos de violencia doméstica, entre otros, configuran una ofensa a la dignidad humana —y de contrabando pasarla como bien jurídico— toda vez que se confunde un atributo de la persona con aquellos elementos que posibilitan su conservación en el disfrute de dicha prerrogativa (cfr. Huerta Tocildo, *Los límites del Derecho penal en la prevención de la violencia doméstica*, en *Estudios penales en recuerdo del profesor Ruiz Antón*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, p. 512; Guzmán Dalbora y Squella, en su Estudio preliminar a la obra de Maihofer: *Estado de Derecho y dignidad humana*. Traducción de José Luis Guzmán Dalbora. B de F, Montevideo-Buenos Aires, 2008, p. XIX).

¹⁹⁹ *Historia de la Ley N° 20.480*, cit., p. 289. Así, también, Toledo, op. cit., 72.

²⁰⁰ Cfr. *Historia de la Ley N° 20.480*, cit., p. 248.

varón que ha sido su cónyuge o concubinario²⁰¹. Hubo quienes vincularon la muerte entre anteriores cónyuges o concubinarios con una transgresión al principio de confianza por parte de “quien conoce costumbres, horarios y lugares de trabajo del otro”²⁰². El intento de asilarse en esta reflexión fracasa por cuanto la confianza y el afecto —según se dijo en otra parte— no son elementos consustanciales a una relación de familia, resultando, además, un contrasentido sostener esta presunción de confianza, cuando existen registros anteriores de violencia intrafamiliar. Tal vez, la propuesta más atinada en procura de proveer un fundamento sustantivo a los parricidios y “femicidios” en relaciones fenecidas, fue aquella que exigía hijos en común²⁰³. Guardaba mayor sensatez dado que el quiebre de la unión matrimonial o de hecho, en nada altera los efectos derivados de la relación filial²⁰⁴.

En este estado de cosas, la inclusión de vínculos fenecidos, se aparta abiertamente de la orientación histórica de la norma, que es la protección de una relación de familia que liga en forma actual a los sujetos²⁰⁵. En tanto que al desdibujarse el bien jurídico tradicional ofendido en el delito, la pena termina perdiendo todo norte de proporcionalidad²⁰⁶.

²⁰¹ Contra la segunda tesis, se opone igualmente que nuestro catálogo general de circunstancias agravantes, ya abarcaba la de “abusar el delincuente de su superioridad de sexo, fuerza y armas”. De toda forma, no hace falta probar que quien toma la vida de su pareja, sea actual o pasada, puede prevalerse de una infinidad de medios, sin que sea necesario hacer uso de una supuesta superioridad física.

²⁰² *Historia de la Ley N° 20.480*, cit., p. 55. Al comentar la propuesta, Acosta descartó este argumento, replicando que, de darse así las cosas, bastaría en muchos casos aplicar el artículo 391, por causal de alevosía.

²⁰³ Así aparece en el informe entregado por la Comisión de familia. La Comisión mixta, en cambio, concluyó que establecer largos listados de condiciones, es una invitación para que el juez riguroso en la aplicación de la ley estricta nunca la aplique (cfr. *Historia de la Ley N° 20.480*, cit., p. 457).

²⁰⁴ Cfr. Troncoso, op. cit., p. 104. En tal sentido, debemos reparar en que al padre no sólo le cabe un deber de protección con respecto a su hijo, sino también la obligación de velar por su mayor realización material y espiritual posible —interés superior del niño—, esfera claramente afectada si aquél da muerte a la madre de éste. Recordemos asimismo que esta exigencia aparece en el artículo 112 del Código penal costarricense.

²⁰⁵ A esta conclusión se llega no sólo por lo dicho respecto a la vigencia del estatuto personal, sino también porque así fluye de la frase inaugural del artículo 390, formulada, ya en su versión original, en modo indicativo de tiempo presente. De hecho, la redacción actual sigue aludiendo a “relaciones que los ligan”.

²⁰⁶ En términos de antijuridicidad, los parricidios y “femicidios” en relaciones pasadas no se distinguen de la figura básica del homicidio, ya que, en puridad, es la vida el único bien jurídico ofendido. Visto desde la perspectiva de la culpabilidad, y aun cuando ésta por sí misma no aporta seguridad teórica al fundamento del parricidio, también se hace patente la desproporción de igualar el reproche que merece quien da muerte a su actual cónyuge o “conviviente”, con el que ha de recaer sobre el que mata a persona con quien tuvo una relación pasada, eventualmente fugaz, intrascendente o por completo remota en el tiempo. Finalmente, tanto el abuso de confianza como el de superioridad física, constituyen circunstancias que no pueden presuponerse alegremente sin más, por lo que tampoco autorizan un incremento automático de la pena.

A despecho de la evidente carencia de ofensa contra un bien jurídico suplementario a la vida del paciente, la introducción de “quienes han sido cónyuges o convivientes” en el tipo de parricidio no fue objeto de tacha de constitucionalidad alguna durante su gestación²⁰⁷. En cualquier caso, nuestro Tribunal Constitucional, al igual que el de otros países, tiende a desplegar un razonamiento que se cifra en el principio de legalidad, examen formal que elude en buena medida consideraciones relativas a la necesidad, idoneidad y justificación material de la norma penal que se está sancionando²⁰⁸. Así y todo, visto desde la óptica de un hipotético control represivo, existen serias razones para controvertir la constitucionalidad de un precepto penal que prescinde por entero de la noción de bien jurídico. En consonancia con lo antedicho, la Constitución no configura *per se* un patrón de criminalización, mas la cláusula de Estado de Derecho, por vincular a los poderes públicos con las bases de la institucionalidad y los derechos fundamentales, sí representa una cortapisa importante ante eventuales abusos del legislador penal²⁰⁹. Otra solución —más aventurada, pero consecuente con nuestra exposición— es apelar al inciso 7° del artículo 19 número 3 que emplea la expresión “delito”, y comprenderlo en su sentido técnico, esto es, como categoría dogmática basada en la noción de bien jurídico en tanto concepto fundamental del Derecho²¹⁰.

²⁰⁷ Efectivamente, sólo respecto del artículo 3 del proyecto de ley —precepto referido a las facultades del juez de familia para adoptar medidas cautelares— se ejerció un control de constitucionalidad.

²⁰⁸ Así, Díez Ripollés, *El control de constitucionalidad de las leyes penales*, en *Revista española de Derecho constitucional*, n° 75, septiembre-diciembre, 2005, p. 100. Con relación al caso alemán, Schünemann reclama que esta situación es consecuencia del tratamiento pusilánime y negligente con que el Tribunal Constitucional ha abordado los límites del *ius puniendi*, lo que ha conducido a que la intensidad del control en el ámbito de las más destructivas intervenciones estatales, sea muy inferior al que existe, por ejemplo, en el Derecho impositivo o de familia (cfr. *Sistema del Derecho penal y Victimodogmática*, en AA.VV., *La Ciencia del Derecho penal ante el nuevo siglo*. Tecnos, Madrid, 2002, p. 162).

²⁰⁹ El concepto de Estado de Derecho permite recortar la intervención penal, garantizando que el recurso a la pena sea un mínimo indispensable y progresivamente decreciente, aunque alejado, en todo caso, de las ilusas tendencias abolicionistas hodiernas (cfr. Terradillos, op. cit., p. 17). Así, también, Schünemann, quien insiste en que poco importa que el concepto de bien jurídico no aparezca en el tenor literal de la Constitución, porque si la idea de Estado de Derecho exige implícitamente un sistema penal eficiente, sería extraño que no regulara también de modo tácito el fin legítimo de tal instrumento y, con ello, sus límites (Cfr. *El principio de protección de bienes jurídicos como punto de fuga de los límites constitucionales de los tipos penales y de su interpretación*. Traducción de María Martín Lorenzo, en *La teoría del bien jurídico*, cit., p. 209).

²¹⁰ Más allá de que se le conceda o no el carácter de categoría *a priori*, la doctrina chilena prácticamente unánime reconoce en la noción de bien jurídico una pieza fundamental en la estructura del delito. Estimamos importante esto último por cuanto “las palabras técnicas de toda ciencia o arte se toman en el sentido que les den los que profesan la misma ciencia o arte”, según el artículo 21 del Código civil. Matus, sin embargo,

2.3 La Ley Nº 20.480 y el Derecho penal simbólico.

Que las leyes penales presenten un marcado tinte simbólico es una idea que se degrada hasta la evidencia. Dada la importancia de los signos y los símbolos en las comunidades humanas, resulta innegable que todo precepto penal —tanto por su contenido como por el lenguaje utilizado— genera efectos elocuentes en la conciencia de los individuos y en sus respectivos comportamientos²¹¹. Aclarado lo cual, consignemos que los problemas asoman cuando, deliberadamente, se utiliza el Derecho penal como mero instrumento de comunicación social, dirigido sólo a producir impacto en la opinión pública o bajo el exclusivo propósito de tranquilizar al ciudadano, postergando el castigo de conductas lesivas de bienes jurídicos, que es, con todo, su función principal²¹². En sentido crítico, pues, las leyes penales con efectos meramente simbólicos, se conforman con transmitir a la sociedad ciertos contenidos o mensajes valorativos, con una capacidad de influencia que queda confinada a la mente o conciencia de los sujetos normativos, en las que producirían emociones, cuando más, representaciones mentales, amén de proyectar una imagen atenta y decidida del legislador²¹³. No es de extrañar, en consecuencia, que estas leyes se empleen en momentos de crisis política, económica o social, ni que su especial ámbito de aplicación sean delitos que conmueven la conciencia colectiva. Así es, precisamente, el caso de las leyes tendientes a mitigar la violencia “de género”, las que, siendo fruto de decisiones político criminales motivadas únicamente por la intensa presión

entiende que para el caso chileno, basta recurrir a los artículos 5, 6 y 19 número 26, de los cuales se deriva una “vinculación negativa” del legislador penal respecto a la Constitución (cfr. *Sobre la necesidad constitucional de la existencia de un bien jurídico a proteger por los tipos penales*, en *Revista Universum*, n° 11, 1996, p. 131). Rodríguez Collao concibe que el fundamento constitucional de la exigencia de ofensa contra un bien jurídico en cada delito, arranca del principio de autonomía del individuo consagrado en el artículo 1, pues la pena sólo puede considerarse legítima a condición de que apunte a salvaguardar la dignidad del ser humano (cfr. *Delitos sexuales*. Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2001, p. 103).

²¹¹ Véase al respecto, Rivacoba y Rivacoba, *La retribución penal*, cit., p. 63 y 64.

²¹² Cfr. Silva Sanchez, op. et ed. cit., p. 482; Hassemer, *Derecho penal simbólico y protección de bienes jurídicos*, en *Penas y Estado*, cit., p. 28; García-Pablos, op. et ed. cit., p. 192.

²¹³ Cfr. Diez Ripollés, *El Derecho penal simbólico y los efectos de la pena*, en *Boletín mexicano de Derecho comparado*. N° 103, enero-abril, vol. XXXV, p. 64 y ss. Este último, señala que existen dos notas características de la Política criminal actual que potencian la formación de un Derecho penal meramente simbólico; a saber: el creciente protagonismo de los medios de comunicación social, auténticos agentes de control en las sociedades modernas, y el desplazamiento de la sede resolutoria de ciertos dilemas valorativos sociales al plano jurídico, especialmente, al orden jurídico-penal y constitucional. Por cierto, ambas cuestiones se encuadran en el discurso jurídico que sirvió de base a la tipificación del “femicidio” en Chile.

social, pueden acabar dando vida jurídica a figuras penales o mecanismos de agravación enteramente innecesarios²¹⁴.

A juicio nuestro, la Ley N° 20.480 envuelve una plétora de elementos a partir de los cuales se descubre el notorio carácter puramente simbólico de que adolecen las enmiendas aplicadas al artículo 390. Comenzando con la propia exposición de motivos de la moción parlamentaria que propuso crear el tipo de “femicidio”, en la que se criticó la legislación de ese entonces, por delatar insuficiencia respecto “de hechos que conmueven a la opinión pública, generando sensación de inseguridad”, y por su “incapacidad para expresar conceptualmente en forma adecuada el tema”²¹⁵. A su turno, el empleo de la expresión “femicidio”, terminología con mayor raigambre en la ciudadanía y en los medios de comunicación, expresa asimismo la manifiesta carga simbólica que acompaña a la reforma, ya que, en puridad, configura una cuestión semántica que no genera efectos en cuanto a la pena aplicable. Sin embargo, la extensión del ámbito subjetivo del tipo a las relaciones fenecidas constituye, acaso, la manifestación más importante a la par que nociva de su carácter meramente simbólico; prescinde absolutamente de la noción de bien jurídico —la vida de la mujer siempre estuvo a salvo y no fue con esta figura que se vino a llenar un vacío o laguna de impunidad—, centrando el enfoque, única y exclusivamente, en la necesidad de erosionar la conciencia social sobre un fenómeno que es menester erradicar²¹⁶. Por último, otro rasgo propio del denominado Derecho penal simbólico que se hace patente en la ley de reforma examinada, es la falta de correspondencia entre los objetivos

²¹⁴ Efectivamente, en diversas monografías sobre la materia, estas leyes son expuestas como paradigma de alguna de las diversas formas puramente simbólicas que puede asumir el Derecho penal. Así, Diez Ripollés, las matricula dentro de la categoría de “leyes promotoras” —incardinadas en la supuesta función ético-social que desempeñaría el Derecho penal—, cuyo único objeto es modificar ciertas actitudes o conductas ante problemas determinados. En la clasificación propuesta por Hassemer, las leyes sobre violencia “de género” se encuadran en lo que él denomina “respuestas sustitutorias del legislador”, esto es, cuerpos legales que sólo sirven de coartada o pretexto ante la queja general.

²¹⁵ Cfr. *Historia de la Ley N° 20.480*, cit., p. 4. En la Comisión de familia, por ejemplo, se “concluyó que era urgente enviar una señal clara a la sociedad”, mientras la Comisión mixta confesó que “la tipificación y sanción del femicidio no terminará con el problema, pero ayudará a visualizar el tema”.

²¹⁶ Cfr. Salinero, op. cit., p. 13; Fuenzalida, *Femicidio en Chile: proyectos de reforma legislativa*, en *Revista jurídica del Ministerio Público*. Santiago, n° 34, abril, 2008, p. 315. Así también, Marín de Espinosa, quien, comentando los tipos de violencia doméstica de la legislación española, señala que la inclusión de ex cónyuges y ex “convivientes” no es posible de explicar desde la perspectiva del bien jurídico, ya que obedece más bien a razones de prevención general (cfr. op. cit., p. 254).

declarados y lo que el sistema efectivamente permite²¹⁷. El apriorismo de este juicio se justifica toda vez que existe consenso científico en orden que, dentro de los mecanismos de reacción contra la violencia “de género”, el instrumento punitivo representa un minúsculo tornillo del cual no siempre se sabe en qué dirección gira, mientras que las correctas soluciones de cara al funesto fenómeno, atraviesan por políticas públicas ciertamente más costosas para las arcas fiscales²¹⁸. Sabido es que el aumento de pena carece de todo efecto preventivo²¹⁹, pero más aun en esta clase de delitos, en que el hechor sencillamente desconoce tal agravación, o enterado de ella, poco probable resulta que sirva para refrenar las maquinaciones criminales de quien alcanzó el paroxismo²²⁰.

Un plexo de consecuencias adversas hace del Derecho penal simbólico un fenómeno indeseable. La primera y más clara es el apartamiento del principio de exclusiva protección de bienes jurídicos, cuestión ya advertida para el caso de los parricidios y “femicidios” en relaciones fenecidas, y que impide hablar de Política criminal, en sentido estricto. Presenta la peligrosa imagen de un Derecho punitivo que asume funciones de pedagogía social que no le corresponden²²¹. A lo que suma, finalmente, el serio riesgo de generar en la ciudadanía un sentimiento de desaprobación con respecto a la administración de justicia,

²¹⁷ Así, Zaffaroni, en cuyo sentir, la principal interrogante que plantea el Derecho penal simbólico es si debe o no tolerarse que un falso prestigio del Estado, en tanto proveedor de soluciones sociales, pueda erigirse como bien jurídico (cfr. *Derecho penal*, cit., p. 490). Según Baratta, tales extremos nos aproximan a una «política como espectáculo» (*Funciones instrumentales y simbólicas del Derecho penal*, en *Pena y Estado*, cit., p. 53).

²¹⁸ Véase, por todos, Carbonell-Mateu y González Cussac, op. cit., p. 155-156.

²¹⁹ Por lo demás, sostener lo contrario, y aceptar la finalidad preventiva de la pena, conduce al razonamiento que “cuanto mayor gravedad revistan las penas, más eficaces efectos preventivos surtirán”, idea que llevada a sus últimas consecuencias deviene en terrorismo penal, al paso que aniquila la dignidad del individuo, quien pasa a servir de instrumento para la consecución de fines ajenos a sí mismo (cfr. Rivacoba y Rivacoba, *Hacia una nueva concepción de la pena*. Grijley, Lima, 1995, p. 79-81). Véase, también, Durán Migliardi, *La prevención general positiva y el Derecho penal simbólico*, en *Corpus iuris regionis*, Universidad Arturo Prat, Iquique, n° 8, año 2008, p. 67 y ss.

²²⁰ La alta tasa de suicidios de quienes atentan contra la vida de sus parejas, la entrega voluntaria de éstos a la justicia y la confesión de sus delitos, demuestran la plena conciencia que a menudo tienen los parricidas sobre la ilicitud de su conducta, junto con la irrelevancia que comporta la cuantía de la pena para los objetivos de prevenir tales hechos (cfr. Stangeland, *Malos tratos y homicidios en la pareja: una visión intercultural*, en *Revista de Derecho penal y Criminología*, n° 15, 2005, p. 255). Véanse, además, las interesantes reflexiones de Jimenez de Asúa en torno al delincuente pasional, en *Psicoanálisis criminal*. Depalma, Buenos Aires, 6ª edición, 1982, p. 80.

²²¹ Cfr. Carnevali, *Derecho penal como ultima ratio. Hacia una Política criminal racional*, en *Revista Ius et Praxis*. N° 1, vol. XIV, p. 15.

luego de observar en el largo plazo el incumplimiento de los fines perseguidos —o acaso prometidos—, esto es, la reducción de mujeres muertas por sus parejas actuales o pasadas.

CONCLUSIONES

1. La inexistencia de un estatuto civil que regule sistemáticamente las uniones de hecho, determina que la inserción del “conviviente” como sujeto pasivo de parricidio, constituya una violación al carácter secundario del Derecho penal. Desde una perspectiva material, la principal consecuencia que se sigue es la imposibilidad de fundar el *plus* de lo injusto que justifica la agravación del parricidio. En tanto que, desde una óptica formal, el silencio de la ley importa que la verificación de concubinato en el caso concreto, dependa de una valoración empírico-cultural, propia de elementos normativos reñidos con el principio de taxatividad y, por ende, inconstitucionales.

2. La inclusión de relaciones fenecidas en los delitos de parricidio y “femicidio” carece de fundamento material, toda vez que prescinde de la ofensa contra un bien jurídico suplementario a la vida del paciente. Tras extinguirse el estatuto personal de deberes que vinculó a quienes fueron cónyuges o concubinarios, desaparece el *plus* de lo injusto, de guisa que la pena asignada deviene desproporcionada. Aun así, y pese a que la noción de bien jurídico no está expresamente reconocida en nuestra Carta fundamental, dicho concepto puede reconducirse a través de diversos principios generales, lo que autoriza, en último término, declarar la inconstitucionalidad de preceptos penales que prescinden de un objeto material de tutela.

3. La Ley N° 20.480 es clara manifestación de Derecho penal simbólico, por cuanto mezquina atención presta a las posibilidades del sistema primario social y extrapenal, como a las propias expectativas de la mujer, a quien importa más la solución de rehabilitación que la pena. Resulta negativo, pues, que la tendencia a delegar problemas sociales en el Derecho punitivo —técnica que, por lo demás, bien aprovecha el clamor general y el hervor que éste desperdicia reclamando severidad punitiva—, se haya ofrecido gustosa a solucionar los altos índices de mujeres muertas por sus parejas actuales o pasadas, en circunstancias que la solución atraviesa por otra clase de medidas.

BIBLIOGRAFÍA

A

Antón Oneca, *Derecho penal*. Abeal, Madrid, 2ª edición actualizada y corregida por José Hernández Guijarro, 1986.

Argibay Molina, *Derecho penal*. 2 vols. Ediar, Buenos Aires, 1972.

Austin, *Sobre la utilidad del estudio de la Jurisprudencia*. Traducción de Felipe González Vicén. Editora Nacional, México D.F., 1974.

B

Bacigalupo, *Estudios sobre la Parte especial del Derecho penal*. Ediciones Akal S.A., Madrid, 2ª edición actualizada, 1994.

Bajo Fernández, *El parentesco en el Derecho penal*. Universidad Autónoma de Madrid, Madrid, 1972.

- *Compendio de Derecho penal*. Parte especial. 3 vols. Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 2003.

Baratta, *El paradigma del género*, en *Las trampas del poder punitivo*. Editorial Biblos, Buenos Aires, 2000. Disponible en: http://www.pensamientopenal.com.ar/dossier/0203%5B1%5D._Baratta.pdf. Fecha de última consulta: 10 de Junio del 2011.

Barrientos, *De las “uniones de hecho”: legislación, doctrina y jurisprudencia*. LexisNexis, Santiago, 2008.

- *Sobre la noción de “conviviente” utilizada en el artículo 390 del Código penal*, en *Revista Chilena de Derecho Privado*, n° 7, diciembre, 2006.
- *Nuevo Derecho matrimonial chileno*. LexisNexis, Santiago, 2004.

Blasco Fernández, *Notas en torno a la esencia de lo antijurídico y, en especial, de lo penalmente tipificado*, en *Problemas actuales de las Ciencias penales y la Filosofía del Derecho*. Pannedille, Buenos Aires, 1970.

Beccaria, *Tratado de los delitos y de las penas*. Heliasta, Buenos Aires, 1993.

v. Beling, *Esquema de Derecho penal*. Traducción de la 11ª edición alemana por Sebastián Soler. Depalma, Buenos Aires, 1944

Bettioli, *Derecho penal*. Traducción por José León Pagano. Temis, Bogotá, 4ª edición, 1965.

Birnbaum, *Sobre la necesidad de una lesión de derechos para el concepto de delito*. Traducción directa del alemán y Estudio preliminar por José Luis Guzmán Dalbora. B de F, Montevideo-Buenos Aires, 2010.

Bullemore, *Curso de Derecho penal*. 3 vols. LexisNexis, Santiago, 2005.

Buompadre, *Derecho penal*. Parte especial. 3 vols. Mario A. Viera, Corrientes, 2000.

Bustos, *Manual de Derecho penal*. Parte especial. Ariel, Barcelona, 2ª edición actualizada, 1991.

- *Pena y Estado*. Conosur, Santiago, 1995.

C

Campos, *Problemas que plantea la nueva regulación de los malos tratos en el ámbito familiar: valoración y crítica desde la perspectiva del bien jurídico*, en *Revista penal*, Valencia, nº 6, 2000.

Carbonell-Mateu y González Cussac, *Lección VI. Lesiones*, en Vives Antón, *Derecho penal*. Parte especial. Tirant lo Blanch, Valencia, 2004.

Carmignani, *Elementos de Derecho criminal*. Traducción de Antonio Forero Otero. Temis, Bogotá, 1979.

Carnelutti, *Teoría general del Delito*. Traducción del italiano por Víctor Conde. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1941.

Carnevali, *Derecho penal como ultima ratio. Hacia una Política criminal racional*, en *Revista Ius et Praxis*, nº 1, vol. XIV, 2008.

Carrara, *Programa de Derecho criminal*. Traducción de José Ortega Torres. 10 vols. Temis, Bogotá, 2ª edición, 1967.

Castejón y Martínez de Arizala, *Teoría de la continuidad de los Derechos penal y civil*. Bosch, Barcelona, 1949.

Cerezo Mir, *Curso de Derecho penal español*. Parte general. 3 vols. Editorial Tecnos, Madrid, 6ª edición actualizada, 2000.

Cobo del Rosal y Carbonell-Mateu, *Derecho penal*. Parte especial. 2 vols. Tirant lo Blanch, Valencia, 2ª edición, 1988.

Corcoy, *Problemática jurídico-penal y político-criminal de la regulación de la violencia de género y doméstica*, en *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, Valparaíso, XXXIV, 1er. semestre 2010.

Cury, *Derecho penal*. Parte general. Ediciones UC, Santiago, 7ª edición, 2005.

D

De Rivacoba y Rivacoba, *Evolución histórica del Derecho penal chileno*. Edeval, Valparaíso, 1991.

- *Nueva crónica del crimen*. Edeval, Valparaíso, 1981.
- *La retribución penal*. Conosur, Santiago, 1995.
- *Introducción al estudio de los principios cardinales del Derecho penal en Direito e Cidadania*, Praia, año 2, nº 6, 1999.
- *Hacia una nueva concepción de la pena*. Grijley, Lima, 1995.

Del Rosal, Cobo y Rodríguez Mourullo, *Derecho penal español*. 3 vols. Imprenta Aguirre, Madrid, 1962.

Del Vecchio, *Filosofía del Derecho*. Traducción por Luis Legaz y Lacambra. Bosch, Barcelona, 9ª edición corregida y aumentada, 1974.

Díez Ripollés y Gracia Martín, *Delitos contra bienes jurídicos fundamentales: vida humana independiente y libertad*. Tirant lo Blanch, Valencia, 1993.

- *Derecho penal español*. Parte general en esquemas. Tirant lo Blanch, Valencia, 2007.
- *El control de constitucionalidad de las leyes penales*, en *Revista española de Derecho constitucional*, nº 75, septiembre-diciembre, 2005.
- *El Derecho penal simbólico y los efectos de la pena*, en *Boletín mexicano de Derecho comparado*, nº 103, vol. XXXV, enero-abril, 2002.

Donna, *Derecho penal*. Parte especial. 6 vols. Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires, 3ª edición, 2008.

Donoso, *El concubinato ante la jurisprudencia chilena*. LexisNexis, Santiago, 2004.

Durán Migliardi, *La prevención general positiva y el Derecho penal simbólico*, en *Corpus iuris regionis*, Universidad Arturo Prat, Iquique, nº 8, año 2008.

E

Espinoza, *¿Se debe suprimir el parricidio del Código penal peruano?*, en *Revista jurídica del Perú*, Lima, nº 61, Marzo-Abril, 2005.

Etcheberry, *Derecho penal*. 4 vols. Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 3ª edición actualizada.

F

Fernández, *Bien jurídico y sistema del delito*. B de F, Montevideo, 2004.

- *Bien jurídico y sistema del delito*, en AA.VV., *Teorías actuales en el Derecho penal*. Ad-Hoc, Buenos Aires, 1998.

Feuerbach, *Tratado de Derecho penal*. Traducción de la 14ª edición alemana por Eugenio Raúl Zaffaroni e Irma Hagemeyer. Hammurabi, Buenos Aires, 1989.

Fontán Balestra, *Tratado de Derecho penal*. 7 vols. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2ª edición, 1983.

- *Derecho penal*. Parte general. Actualizado por Guillermo Ledesma. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1998

Fuenzalida, *Femicidio en Chile: proyectos de reforma legislativa*, en *Revista jurídico del Ministerio Público*, Santiago, nº 34, abril, 2008.

G

Ganzenmüller, *Homicidio y asesinato*. Bosch, Barcelona, 1996.

García-Pablos, *Introducción al Derecho penal*. Editorial universitaria Ramón Areces, Madrid, 4ª edición, 2006.

Garrido Montt, *Derecho penal*. 4 vols. Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2ª edición actualizada, 2002.

Gomes, *Norma penal, bien jurídico, principio de ofensividad y lineamientos de la teoría constitucional del delito*. Traducción de José Luis Guzmán Dalbora, en *El penalista liberal*. Hammurabi, Buenos Aires, 2004.

Gómez, *Tratado de Derecho penal*. 6 tomos. Compañía Argentina de Editores, Buenos Aires, 1939.

Grispigni, *Derecho penal italiano*. Traducción de la 2ª edición italiana por Isidoro de Benedetti. 2 Vols. Depalma, Buenos Aires, 1949.

Grisolía, Bustos y Politoff, *Derecho penal chileno*. Parte especial. Jurídica Congreso, Santiago, 2ª edición actualizada, 2006.

- *El objeto jurídico del delito*. Revista de Ciencias Penales, Santiago, 1959.

Grünhut, *Formación de conceptos y aplicación del Derecho en el Derecho penal*. Traducción del alemán por José Luis Guzmán Dalbora. Separata del *Anuario de Filosofía jurídica y social*, Nº 22, 2004.

Guallart Viala, voz *Parricidio*, en *Nueva Enciclopedia Jurídica*, Seix, Barcelona, t. XVIII, 1986.

Guzmán Dalbora, *Bien jurídico y norma de cultura: revisión de la teoría de Max Ernst Mayer*, separata de la *Revista de Derecho penal y Criminología*, Madrid, nº3, 1993.

H

Hassemer y Muñoz Conde, *Introducción a la criminología y al Derecho penal*. Tirant lo Blanch, Valencia, 1989.

Hefendehl, *La teoría del bien jurídico ¿Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático?* Pons, Madrid, 2007.

Hegel, *Filosofía del Derecho*. Traducción de Angélica Mendoza. Claridad, Buenos Aires, 4ª edición, 1955.

Hernández Blanco, *El delito de parricidio*. Librería Jurídica, Buenos Aires, 1954.

Hirsch, *Derecho penal. Obras completas*. 4 vols. Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires, 2005.

Hobbes, *Leviatán*. Traducción de Manuel Sánchez Sarto. Fondo de Cultura Económica, México, 16ª edición, 2010.

Hormazábal, *Bien jurídico y Estado social y democrático de Derecho*. LexisNexis, Santiago, 2ª edición, 2006.

Huerta Tocildo, *Los límites del Derecho penal en la prevención de la violencia doméstica, en Estudios penales en recuerdo del profesor Ruiz Antón*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2004.

J

Jakobs, *Derecho penal*. Parte general. Traducción de Joaquín Cuello Contreras y José Luis Serrano González. Pons, Madrid, 2ª edición, 1997.

Jellinek, *Injustos absoluto y relativo*. Traducción directa del alemán por José Luis Guzmán Dalbora. Disponible en: <http://criminet.ugr.es/recpc/10/recpc10-r1.pdf>.

Jescheck, *Tratado de Derecho penal*. Parte general. Traducción de la 5ª edición alemana por Miguel Olmedo Cardenete. Editorial Comares, Granada, 2002.

Jiménez de Asúa, *Tratado de Derecho penal*. Publicados, 7 vols. Losada, Buenos Aires, 4ª edición actualizada, 1963.

- *Psicoanálisis criminal*. Depalma, Buenos Aires, 6ª edición, 1982.

K

Kaufmann, *Teoría de las normas*. Versión castellana por Enrique Bacigalupo y Ernesto Garzón Valdés. Depalma, Buenos Aires, 1977.

Kaufmann, *Filosofía del Derecho*. Traducción por Luis Villar Borda y Ana María Montoya. Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2ª edición, 1999.

Kelsen, *Teoría pura del Derecho*. Traducción de la 2ª edición alemana por Roberto J. Vernengo. UNAM, México D. F., 2ª edición, 1982.

Künsemüller, *Los delitos de homicidio en el anteproyecto de Código penal*, en *Revista Escuela de Derecho, Universidad del Mar*, año 2008.

L

Laje Anaya, *Comentarios al Código penal*. 4 vols. Depalma, Buenos Aires, 1979.

Larrauri, *Criminología crítica y violencia de género*. Editorial Trotta, Madrid, 2007.

v. Liszt, *Tratado de Derecho penal*. Traducción por Luis Jiménez de Asúa. Publicados, 3 tomos. Editorial Reus, Madrid, 1926.

López Díaz, *Manual de Derecho de familia y tribunales de familia*. 2 vols. Librotecnia, Santiago, 2005.

Luzón Peña. *Curso de Derecho penal*. Parte general. Editorial Universitas, Madrid, 1996.

M

Maggiore, *Derecho penal*. Traducción de José Ortega Torres. 5 vols. Temis, Bogotá, 1954.

Maihofer, *Estado de Derecho y dignidad humana*. Traducción de José Luis Guzmán Dalbora. B de F, Montevideo-Buenos Aires, 2008.

Maqueda, *La violencia de género. Entre el concepto jurídico y la realidad social*, en *Revista electrónica de Derecho penal y Criminología*, nº 2, 2006. Disponible en: <http://criminet.ugr.es/recpc/08/recpc08-02.pdf>. Fecha última consulta: 21 de Mayo de 2011.

Marín, *La violencia doméstica: análisis sociológico, dogmático y de Derecho comparado*. Comares, Granada, 2001.

Matus, *Sobre la necesidad constitucional de la existencia de un bien jurídico a proteger por los tipos penales*, en *Revista Universum*, nº 11, 1996.a

Maurach, *Derecho penal*. Parte general. Traducción de la 7ª edición alemana por Jorge Bofill y Enrique Aimone. 2 vols. Editorial Astrea, Buenos Aires, 1994.

Mera, *El femicidio*, en *Tipificación del femicidio en Chile*, p. 54, disponible en: www.nomasviolenciacontramujeres.cl/files/Tipificar%20el%20femicidio%20un%20debate%20abierto.pdf. Fecha de la última consulta: 3 de junio de 2011.

Merkel, *Derecho penal*. Parte general. Traducción del alemán por P. Dorado Montero. B de F, Montevideo, 2004.

Mezger, *Tratado de Derecho penal*. Traducción de la 2ª edición alemana por José Rodríguez Muñoz. 2 tomos. Revista de Derecho privado, Madrid, 1935.

Millas, *Filosofía del Derecho*. Editorial Universitaria, Santiago, 1961.

Mir Puig, *Derecho penal*. Parte general. Editorial Repertor, Barcelona, 7ª edición, 2005.

- *Bien jurídico y Bien jurídico-penal como límites del Ius Puniendi*, en *Estudios penales y criminológicos*, XIV, 1991.
- *Introducción a las bases del Derecho penal*. Bosch, Barcelona, 1976.
- *Estado, pena y delito*. B de F, Montevideo-Buenos Aires, 2006.

Morales Prats, *Del homicidio y sus formas (arts. 138-143)*, en Quintero Olivares, *Comentarios a la Parte especial del Código penal*. Editorial Aranzadi SA, Navarra, 5ª edición actualizada, 2005.

Muñoz Conde, *Derecho penal*. Parte especial. Publicaciones de la Universidad de Sevilla, Sevilla, 1976.

- *Introducción al Derecho penal*. Bosch, Barcelona, 1975.

N

Nawiasky, *Teoría General del Derecho*. Traducción por José Zafra. Rialp, Madrid, 1962.

Novoa Monreal, *Curso de Derecho penal chileno*. 2 vols. Ediar, Santiago, 2ª edición, 1985.

Núñez, *Tratado de Derecho penal*. Publicados, 6 vols. Lerner, Córdoba, 1978.

O

Octavio de Toledo, *Sobre el concepto del Derecho penal*. Sección de publicaciones de la Universidad de Madrid, Madrid, 1981.

Orrego, *Temas de Derecho de familia*. Metropolitana, Santiago, 2007.

P

Peña Cabrera, *Tratado de Derecho penal*. Parte especial. Ediciones Jurídicas, Lima, 1992.

Polaino Navarrete, *El bien jurídico en el Derecho penal*. Publicaciones de la Universidad de Sevilla, Sevilla, 1974.

Politoff, Matus y Ramírez, *Lecciones de Derecho penal chileno*. Editorial jurídica de Chile, Santiago, 2ª edición actualizada, 2005.

Puig Peña, *Derecho penal*. 4 tomos. Desco, Barcelona, 5ª edición, 1959.

Q

Queralt Jiménez, *Derecho penal*. Parte especial. Atelier, Barcelona, 2002.

Quintano Ripollés, *Tratado de la Parte especial del Derecho penal*. Publicados, 4 tomos. Revista de Derecho Privado, Madrid, 2ª edición actualizada por Gimbernat Ordeig, 1972.

- *Compendio de Derecho penal*. 2 vols. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1958.

R

Radbruch, *Filosofía del Derecho*. Revista de Derecho Privado, Madrid, 4ª edición, 1959.

Ramos Pazos, *Derecho de familia*. 2 vols. Editorial Jurídica, Santiago, 7ª edición actualizada, 2010.

Recaséns Sichés, *Tratado general de Filosofía del Derecho*. Porrúa S. A., México, 4ª edición, 1970.

Rocco. *El objeto del delito y de la tutela jurídica penal*. Traducción, prólogo y notas de Gerónimo Seminara. Editorial B de F, Montevideo, 2005.

Rodríguez Collao, *Delitos sexuales*. Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2001.

Rodríguez Devesa y Serrano Gómez, *Derecho penal español*. 2 vols. Dykinson, Madrid, 16ª edición actualizada, 1993.

- *Derecho penal español*. Parte general. Dykinson, Madrid, 17ª edición, 1994.

Rodríguez Ramos, *Reflexiones sobre la naturaleza del Derecho penal en relación con las cuestiones prejudiciales*, en *Estudios penales y criminológicos*, Nº 11, 1986-1987.

Rousseau, *El contrato social*. Alba, Madrid, 2002.

Roxin, *Derecho penal*. Parte general. Traducción de la 2ª edición alemana por Diego-Manuel Luzón Peña. Civitas, Madrid, 1997.

Rudolphi, *Los diferentes aspectos del concepto de bien jurídico*. Traducción de Enrique Bacigalupo, en *Nuevo pensamiento penal*, Depalma, Buenos Aires, año 4, nº 7, julio-septiembre de 1975.

S

Salinero, *El femicidio. Una revisión crítica*. Disponible en: www.microjuris.cl. Fecha última consulta: 28 de mayo de 2011.

Schünemann, *Sistema del Derecho penal y Victimodogmática*, en AA. VV., *La Ciencia del Derecho penal ante el nuevo siglo*. Tecnos, Madrid, 2002.

Silva Melero, *Relaciones entre el Derecho civil y el Derecho penal*, en *Anuario de Derecho penal y Ciencias penales*. Madrid, fascículo II, 1948.

Silva Sánchez, *Aproximación al Derecho penal contemporáneo*. B de F, Montevideo, 2ª edición ampliada y actualizada, 2010.

Silva Silva, *Manual de Derecho penal. Delitos especiales*. 2 vols. Thomson Reuters Puntotext, Santiago, 2010.

Soler, *Derecho penal argentino*. 5 tomos. Tipográfica Editora, Buenos Aires, 1956.

Somarriva, *Derecho de familia*. 2 vols. Ediar, Santiago, 2ª edición, 1983.

Stammler, *Tratado de Filosofía del Derecho*. Traducción de la 2ª edición alemana por W. Roces. Reus, Madrid, 1930.

Stangeland, *Malos tratos y homicidios en la pareja: una visión intercultural*, en *Revista de Derecho penal y Criminología*, nº 15, 2005.

T

Tamarit Sumalla, *De las lesiones*, en Quintero Olivares, *Comentarios a la Parte especial del Derecho penal*. Editorial Aranzadi SA, Navarra, 6ª edición actualizada, 2007.

Tavares, *Bien jurídico y función en Derecho penal*. Hammurabi, Buenos Aires, 2004.

Terán Lomas, *Derecho penal*. Publicados 3 tomos. Astrea, Buenos Aires, 1980.

Toledo, *Feminicidio*. Coordinación editorial: OACNUDH México, México D.F., 2009.

Torres Aguilar, *El parricidio: del pasado al presente de un delito*. Editoriales de Derecho, Madrid, 1991.

Troncoso, *Derecho de familia*. LexisNexis, Santiago, 9ª edición, 2006.

Turner, *La unión de hecho como institución del Derecho de familia y su régimen de efectos personales*, en *Revista Ius et Praxis*, nº 1, 2010.

V

Van Weezel, *Lesiones y violencia intrafamiliar*, en *Revista chilena de Derecho*, vol. 35, nº 2, 2008.

Vanni, *Filosofía del Derecho*. Traducción por Rafael Urbano. Francisco Beltrán, Madrid, 1941.

Vargas, *Derecho de familia*. 3 vols. Metropolitana, Santiago, 2010.

Villoro, *Teoría General del Derecho*. Porrúa, México, 1989.

W

Welzel, *Derecho penal alemán*. Traducción del alemán por Juan Bustos y Sergio Yáñez. Editorial jurídica de Chile, Santiago, 2ª edición, 1976.

Z

Zaffaroni, *El discurso feminista y el poder punitivo*, en AA.VV., *El género en el Derecho. Ensayos críticos*. V&M Gráficas, Quito, 2009.

- *La mujer y el poder punitivo*, en *Vigiladas y Castigadas*, Comité Latinoamericano para la Defensa de los Derechos de la Mujer, Lima, 1993, p. 4. Disponible en: http://www.pensamientopenal.com.ar/dossier/0201%5B1%5D._Zaffa.pdf. Fecha de última consulta: 9 de Junio de 2011.
- *Manual de Derecho penal*. Con la colaboración de Alejandro Alagia y Alejandro Slokar. Ediar, Buenos Aires, 2ª edición, 2006.
- *Derecho penal*. Con la colaboración de Alejandro Alagia y Alejandro Slokar. Ediar, Buenos Aires, 2ª edición, 2003.
- *Tratado de Derecho penal*. Parte general. 5 vols. Ediar, Buenos Aires, 1981.