

“El Delito de Femicidio ” MINUTA N° 01/ 2011/ Febrero Departamento de Estudios Defensoría Nacional

por Alejandra Castillo Ara

1. Introducción

Con fecha 18 de diciembre de 2010, fue publicada en el Diario Oficial la ley N°20.480 que modifica el Código Penal y la ley 20.066 sobre violencia intrafamiliar, estableciendo el delito de femicidio, reformando las disposiciones relativas al parricidio. Introduce modificaciones también a los artículos 10, 368 bis, 369 del Código Penal y al artículo 90 de la ley 19.968.

El delito de femicidio queda entonces regulado en el Título VIII, Libro II, *Crímenes y simples delitos contra las personas*, §1, “Del homicidio”, artículo 390 del Código Penal. El femicidio se enmarca dentro de los delitos contra la vida, en el contexto del parricidio. Por tanto, es un delito especial pues tiene un círculo de destinatarios limitado, ya sea en tanto víctimas o en tanto autores.

2. El femicidio en particular

Según la Ley 20.480, el artículo 390 quedaría de la siguiente manera:

“Art. 390. 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”.

La modificación al inciso segundo no tiene por finalidad agravar las penas, sino sólo crear la figura de femicidio atendiendo a quién es la víctima de este delito. Sólo en caso de que la víctima sea mujer y sea o haya sido la cónyuge o la conviviente del autor del delito, el delito de parricidio se llamará femicidio. La modificación es meramente nominal, las

penas se mantienen igual, no hay nada sustancial que cambie con el delito en términos de estructura típica, sólo su denominación; las penas se mantienen igual.

3. Requisitos del femicidio

Para estar frente a las condiciones necesarias para que tenga lugar el femicidio -que inicialmente era parricidio- debe tratarse de una víctima que sea:

a. Mujer.

b. Que sea o haya sido cónyuge o conviviente del autor del delito.

El primer requisito es un requisito de condición, por el hecho de ser mujer; el segundo requisito, sin embargo, es un requisito de institución por existir una relación duradera socialmente reconocida más o menos formal dependiendo si es matrimonio o convivencia¹.

Nuevamente aquí en tanto la convivencia sea una relación de hecho, no regulada por el derecho, habrá que probar que esta existe y ser estrictos en los requisitos de procedencia. Para ello es necesario acudir a una interpretación de la palabra conviviente. Ahora bien, la interpretación de la palabra conviviente en el contexto penal, debe tener en consideración ciertos principios, a saber:

- a. El principio de tipicidad que se encuentra consagrado en el artículo 19 N°3 inciso 8° de la Constitución Política de la República; artículo 9 del Pacto de San José de Costa Rica; y 15 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.
- b. El principio de reserva legal, consagrado en el artículo 19 N°3 inciso 7 de la Constitución.

¹ La clasificación dice relación con lo que plantea Kindhäuser en razón de los deberes de garante en comisión por omisión. Kindhäuser, Urs. Comisión por omisión, Comentario al §13 del Código Penal alemán, *Strafgesetzbuch. Lehr und Praxiskommentar*. Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden, 2002.

- c. La prohibición de extensión por analogía *in malam partem*, que se desprende el principio *in dubio pro reo*.

Para que haya convivencia entonces deberán cumplirse ciertos requisitos, entre los que podemos mencionar:

- i. Situación de hecho. Tal como señalaba antiguamente el artículo 1º de la ley 19.325, de 19 de agosto de 1994, que hacía expresa referencia al supuesto fáctico de la convivencia mediante la expresión vivir “bajo un mismo techo cuando definía lo que había de entenderse por “acto de violencia intrafamiliar”. Es una situación de hecho, que si bien no está regulada por el derecho, sí reviste cierta importancia en el ámbito del derecho penal. Si la situación fuera de derecho, estaríamos hablando de matrimonio y no de convivencia.
- ii. Que haya vida en común. Para que se dé el supuesto de la convivencia en los términos que señala la ley, es preciso que haya un desarrollo de vida en común, esto es, que no basta con sólo compartir una vivienda.

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

el contenido del verbo “unen” empleado en el artículo 102 del Código Civil. En efecto, la nueva “Ley de Matrimonio Civil” permite que hoy día en el sistema matrimonial chileno se determine de mejor manera la naturaleza de la “unión”, en cuanto objeto esencial del matrimonio, pues en ella se precisa que tal unión, implicada por el matrimonio, es una “comunidad de vida” (art. 5 número 3º), de lo cual, naturalmente se desprende el elemento material².

² Barrientos, J. P. *Sobre la noción de ‘conviviente’ utilizada en el artículo 390 del Código penal*, Informe en Derecho 1/2007/Enero de la Defensoría Penal Pública, p.8.

La vida en común debe ser perceptible para terceros, de modo que debe ser manifiesta y notoria, sólo así el carácter subjetivo de la vida en común revestirá cierta objetividad y el derecho podrá hacerse cargo de su regulación.

- iii. La situación de vida en común debe ser homologable o casi homologable a la de una familia, de manera que el conviviente se pueda asimilar a la del cónyuge³.

Se podría sostener entonces que habrá convivencia cuando se trate de “una persona mayor de dieciséis años, soltera, viuda o divorciada que, al momento de cometerse el hecho punible, mantenía, con otra de distinto sexo y también mayor de dieciséis años y soltera o divorciada, una situación de vida en común habitual y pública asimilable a una familia matrimonial, sin que fueren parientes colaterales por consanguinidad en el segundo grado”⁴.

Por ser una situación de hecho, hay que ser estrictos en los requisitos para constatar una situación de convivencia, pues al ser un término jurídico indeterminado, la atribución de características es algo que queda sujeto al intérprete. El fenómeno de atribución de un criterio valorativo podría tener un problema de defecto o un problema de exceso, pero debido a que se trata de un concepto jurídico que implica ya no la imputación a título de

homicidio, sino que de parricidio, la interpretación debe ser restrictiva; es mejor tender a la *infrainclusión* de hipótesis posibles antes que a la *sobreinclusión*⁵.

³ *Ibíd.*, p. 11.

⁴ *Ibíd.* p. 22.

⁵ Silva Sánchez a raíz de los fenómenos de interpretación señala al respecto que: “Ello dará lugar a los conocidos fenómenos de la *sobreinclusión* (el sentido literal posible de los términos del enunciado jurídico va más allá de su fin regulativo) y de *infrainclusión* (el sentido literal posible de los términos del enunciado jurídico no alcanza a abarcar todo el conjunto de supuestos de hecho pretendidamente comprendidos en su fin regulativo)”, Silva, J. “Sobre la interpretación ‘teleológica’ en Derecho Penal” en *Estudios de Filosofía del Derecho Penal*, (Colombia: Universidad Externado de Colombia, 2006), pp. 377-378. Hasta acá, se han analizados los requisitos necesarios para que exista una relación de convivencia en términos positivos, cuándo se configura la convivencia, pero no hemos limitado la existencia de la misma en cuanto a su extinción. ¿Sigue habiendo convivencia si es que una de las dos personas se va del hogar común?, ¿hay convivencia si es que sólo se pasan algunas noches en la casa de la pareja, pero no se contribuye con los gastos del lugar? Si, por el contrario, se contribuye en los gastos del lugar en que vive la pareja, pero no pernocta ni pasa demasiado tiempo en lugar, ¿se puede hablar de convivencia?

La respuesta a todas estas preguntas debe partir de la premisa de que la convivencia es una situación de hecho, que tiene consecuencias en el derecho, pero que no está regulada por éste. Siendo así y, considerando que de tener lugar la situación de convivencia existe una situación jurídica más gravosa: *in dubio pro reo*. Para que haya convivencia deben darse todos los requisitos fácticos, no basta con la concurrencia de algunos para configurar dicha situación. Asimismo, si falta uno de los requisitos o se suprime uno de ellos aun cuando haya sólo intención temporal de supresión, no tiene lugar la convivencia.

Por otra parte, la ley hoy contempla a quien “es o ha sido su cónyuge o conviviente”. Debido a que la convivencia es una relación fáctica, no jurídica también se debieran establecer criterios temporales que limiten esta situación. Sería un absurdo, por ejemplo,

considerar que quienes fueron convivientes por dos meses hace 20 años y luego el hombre mata a la mujer, él sería autor de femicidio por ese solo hecho. A diferencia de lo que ocurre con los otros destinatarios del parricidio quienes detentan un estatuto jurídico que no termina sino con la muerte de alguno -excepto el caso de los cónyuges, por supuesto-: padre, madre, hijo, ascendientes y descendientes.

Una opción de limitación temporal, sería considerar que debido a que el femicidio tiene pena de crimen, y prescribe como tal; la relación de convivientes debiera dejar de tener relevancia luego del mismo período de tiempo. Ahora bien, este tiempo sigue siendo un período excesivo. Razonable sería considerar la conexión de la que fue una relación de

convivencia, con lo el femicidio que tiene lugar. Debe haber un contexto situacional en que la convivencia haya sido determinante para llegar a ese resultado espacio temporalmente.

4. El estado de necesidad

La Ley 20.480 introduce modificaciones también al artículo 10 sobre eximentes de responsabilidad, agregando un numeral 11, quedando la disposición de la siguiente manera:

Art. 10. Están exentos de responsabilidad criminal:

11. El que obra para evitar un mal grave para su persona o derecho o los de un tercero, siempre que concurren las circunstancias siguientes:

1ª. Actualidad o inminencia del mal que se trata de evitar.

2ª. Que no exista otro medio practicable y menos perjudicial para evitarlo.

3ª. Que el mal causado no sea sustancialmente superior al que se evita.

4ª. Que el sacrificio del bien amenazado por el mal no pueda ser razonablemente exigido al que lo aparta de sí o, en su caso, a aquel de quien se lo aparta siempre que ello estuviese o pudiese estar en conocimiento del que actúa⁶.

6 “§ 35. Estado de necesidad disculpante

(1) Quien en un peligro actual para la vida, el cuerpo o la libertad no evitable de otra manera, cometa un hecho antijurídico con el fin de evitar el peligro para él para un pariente o para otra persona allegada, actúa sin culpabilidad. Esto no rige en tanto que al autor se le pueda exigir tolerar el peligro, de acuerdo con las circunstancias particulares, porque el mismo ha causado el peligro o porque él estaba en una especial relación jurídica. Sin embargo, se puede disminuir la pena conforme al § 49 inciso 1, cuando el autor no debería tolerar el peligro en consideración a una especial relación jurídica.

(2) Si el autor en la comisión del hecho supone erróneamente circunstancias que a él lo puedan exculpar conforme al inciso primero, entonces sólo será castigado cuando el error hubiese podido evitarse.

La pena ha de atenuarse conforme al § 49, inciso 1.” Código Penal Alemán. Traducción de Claudia López Díaz a la versión del 31 de enero de 1998. http://www.unifr.ch/ddp1/derechopenal/obrasjuridicas/oj_20080609_13.pdf

Esta modificación introduce una nueva causal de justificación, que es un de estado de necesidad defensivo. Que haya una causa de justificación implica que haya un deber de tolerancia por parte de quien sufre el mal,

...las causas de justificación conceden también derechos de intromisión; es decir, que el afectado no sólo ha de renunciar a una legítima defensa contra la actuación del legitimado, sino que también tiene que soportarla de modo general (...), sin poder invocar otras causas de justificación para efectuar una defensa lesiva de bienes jurídicos⁷.

Hay que tener presente que en el tratamiento generalizado que se da a nivel doctrinario y legislativo contempla varias clasificaciones de estado de necesidad, los cuales tienen requisitos diversos para lograr operar como causa de justificación o exculpación dependiendo del caso.

En primer lugar, se habla de estado de necesidad *agresivo*, cuando el sujeto que obra en estado de necesidad, para salvarse o salvar a otro, ataca al bien jurídico de un sujeto no implicado. Mientras que habrá estado de necesidad *defensivo* en el caso que quien obra en estado de necesidad lo hace para defenderse de un mal que sí proviene de la víctima de esta acción de estado de necesidad⁸. A su vez, el estado de necesidad puede ser *exculpante* o *justificante*. Será *exculpante* si es que lo que excluye es la culpabilidad, pero

sí existe un hecho típico y antijurídico; será *justificante* si lo que excluye es la antijuridicidad.

La modificación que introduce la nueva ley es un estado de necesidad defensivo y que admite la defensa propia o de terceros. En el caso chileno quien es fuente de peligro, es quien es afectado en sus intereses por esa reacción defensiva; hay identidad entre la fuente generadora del mal que amenaza y quien es afectado por la repulsión de ese mal. Se trata entonces de un estado de necesidad defensivo y exculpante, así se señaló también en la Comisión de Constitución, Legislación y Justicia,

⁷ Roxin, C: *Derecho Penal. Parte general* (Madrid: Civitas, 1997), t.i, §15. III-6 p. 602.

⁸ *Ibíd.*, p. 705.

El profesor señor Acosta señaló que la proposición del profesor señor Cury parte de la base que no se está en presencia de una agresión ilegítima, que en la teoría penal tiene un efecto radical, cual es eliminar la calidad de ilícita de la reacción ante esa agresión, si es que además se cumplen las otras condiciones establecidas en la ley. Explicó que, por su parte, cuando se configura un estado de necesidad lo que realmente sucede es que la conducta, que sigue siendo ilícita, deja de ser culpable, lo que determina un efecto mucho más restringido⁹.

Para entender bien cuál es el alcance de este estado de necesidad, es preciso hacernos cargo de sus requisitos.

1ª. Respecto a la actualidad o inminencia del mal que se trata de evitar.

Hay que tener en consideración, que tratándose de un estado de necesidad no existe el restablecimiento del derecho, sino que simplemente la repulsión de un ataque. Es decir, en el estado de necesidad, a diferencia de lo que ocurre con la legítima defensa, no se busca restablecer el imperio del derecho por un ataque que proviene de otro, sino que simplemente se busca repeler un ataque o un peligro creado ya sea por la naturaleza o por las personas. De ahí que en materia de estado de necesidad no se haga referencia a un ataque, sino que a un “mal” que se trata de evitar. Luego, si bien este “mal” puede

provenir de otro o de la naturaleza, sí debe cumplir con los mismos requisitos de la legítima defensa en términos de que éste debe revestir el carácter de actual o inminente. Ahora bien, lo complejo del estado de necesidad como se encuentra regulado es ¿qué es un mal?, ¿cuándo existe un mal tal que para el legislador está justificado el actuar de quien repele ese mal provocando tal vez otro mal?¹⁰

⁹ Informe Comisión Mixta, Boletines Nos. 4.937-18 y 5.308-18, p. 452.

¹⁰En el Segundo Informe de la Comisión de Constitución, Legislación y Justicia, el profesor señor Acosta, señaló que “parte de la doctrina ha considerado que el concepto de fuerza que usa el artículo 10, circunstancia 9º, comprende tanto a la fuerza física como a la fuerza moral, y que el concepto de fuerza moral es muy similar a la idea de ‘amenaza de un mal grave e inminente’ que plantea la modificación, por lo que ella puede ser doblemente innecesaria”, Boletines Nos 4.937-18 y 5.308-18. Si entendemos al mal como peligro, luego hay que analizar las circunstancias en concreto del sujeto que repele ese peligro, de manera *ex ante* y según lo haría un observador imparcial. Por eso es relevante establecer criterios que permitan determinar cuándo hay un mal, en términos de objetivar al máximo posible los criterios que determinen su procedencia.

En lo sustancial hay acuerdo en cuanto a que se debe enjuiciar *ex ante* (o sea, desde una perspectiva de **antes** del hecho) si concurre un peligro; pues es durante el hecho y no después cuando hay que verificar si una acción está justificada o no. Y también se acepta de modo general que la tesis de que la concurrencia de peligro no se puede enjuiciar de modo puramente subjetivo, desde la perspectiva de quien actúa en estado de necesidad; pues el tenor de la ley vincula la justificación a la concurrencia de un peligro; y no a la mera imaginación del mismo¹¹.

Si bien la apreciación de procedencia se debe hacer *ex ante* hay que tener en consideración que los requisitos -al igual que en materia de legítima defensa- son requisitos alternativos y no copulativos. Es decir, la ley no exige que el ataque sea actual **e** inminente; si no que debe ser actual **o** inminente. Una agresión actual es la “que se está ejecutando y mientras la lesión del bien jurídico no se haya agotado totalmente (...) La

agresión subsiste siempre, naturalmente, en los delitos permanentes, como el secuestro, y en la repetición de los actos constitutivos de delitos habituales y continuados”¹². Claro que la acción defensiva debe ser necesaria para impedir o repeler una agresión: impedir en caso de que una agresión sea inminente; repeler, en el caso que la agresión sea actual.

Esto implica que tiene que haber o bien una agresión inminente o una agresión en curso, pero aún no consumada. En otras palabras, debe haber un *peligro* actual y serio de lesión de ciertos bienes. Qué grado de peligro justifica el recurso a una

¹¹ Roxin, *Op. Cit.* en n.7, p. 677.

¹² Politoff, S; Matus, J.P.; y Ramírez, M.C., *Lecciones de Derecho Penal chileno, parte general*, Santiago, Chile, Editorial Jurídica de Chile, 2003, pp. 218-219.

acción defensiva es una cuestión que, precisamente, se decide determinando si hubo necesidad de la acción defensiva para contener una agresión¹³.

Lo dicho respecto a una agresión, se aplica también al llamado mal o peligro, pues tanto una agresión, un mal o un peligro, todos ponen en riesgo la integridad de un determinado bien jurídico y, por tanto, todos son suficientes para justificar la repulsión de algo que implique una lesión al bien jurídico. Para Roxin, la actualidad, va más allá de la proximidad a la tentativa, que es algo que sí se requeriría en legítima defensa. El peligro será actual cuando no es inminente la producción de un daño, pero al que no se podría hacer frente con posterioridad o, bien que de hacerlo, sería corriendo riesgos mucho más graves para el sujeto¹⁴.

Por otra parte, respecto al ataque inminente, se podría decir que

[i]nminente es la lógicamente previsible’. Puede, en efecto ejercerse la defensa sin esperar el daño previsible, ya que si hay indicios evidentes de su proximidad, una mayor espera podría frustrar las posibilidades de la defensa y no sería razonable, por otra parte, exigir del agredido que ‘pruebe’ la fuerza del agresor antes de defenderse. No se exige tampoco que la agresión se encuentre técnicamente en grado de *tentativa* (art 7° Cp.), pues ya hemos señalado que no es requisito de ésta su carácter delictivo, sino solamente el ser ilícita¹⁵.

Es importante poder situar a la inminencia en términos del *iter criminis*, pues la admisibilidad de un estado de necesidad defensivo irrestricto respecto a sus tiempos de procedencia es inviable. En materia de legítima defensa, algunos autores han sostenido que no es necesario esperar siquiera a que el delito se encuentre en grado de tentativa para

¹³ Santiago, C. *La legítima defensa, fundamentación y régimen jurídico*, (Buenos Aires: Editorial Astrea, 2000), p. 112

¹⁴ Roxin, *Op. Cit* en n.7, p. 680.

¹⁵ Politoff, *Op. Cit.* en n. 8, p. 219.

ejercerla, sin embargo, esto puede cambiar en materia de estado de necesidad, pues éste es un derecho subsidiario y no principal como lo es la legítima defensa¹⁶.

2°. Que no exista otro medio practicable y menos perjudicial para evitarlo.

Este requisito comprende dos características propias del estado de necesidad; la primera, es que el estado de necesidad es un derecho subsidiario y no principal como sería el caso de la legítima defensa, donde no es necesario agotar todos los medios al alcance para que se pueda hacer uso legítimo de ésta¹⁷. “De existir varios medios de impedir el mal que se trata de evitar, la ley sólo acepta que se escoja el menos perjudicial, a la vez que practicable (que se puede practicar o poner en práctica), en las circunstancias concretas”¹⁸.

La segunda característica, es que el medio empleado para repeler el peligro debe ser adecuado y debe ser el menos lesivo entre los medios que se tengan al alcance para hacerle frente. “[...] A diferencia de la legítima defensa, aquí sí que ha de buscarse toda ayuda que se pueda conseguir para hacer frente al peligro antes de poder atacar bienes jurídicos ajenos: pues en el estado de necesidad sólo está en juego la eliminación de peligros y no el prevailecimiento del Derecho”¹⁹. El requisito de adecuación supone que el medio elegido por quien repele el ataque sea un medio que permita repeler el mal y que no exceda ese hecho.

3ª. Que el mal causado no sea sustancialmente superior al que se evita.

Este requisito es un requisito de ponderación donde no se exige que haya superioridad del bien que se salva en relación al bien que se sacrifica. En general, la proporción

¹⁶ Al respecto Politoff, *Op. Cit.* en n.8, p. 219. “[...]puede, en efecto, ejercerse la defensa sin esperar el daño previsible, ya que si hay indicios evidentes de su proximidad, una mayor espera podría frustrar las posibilidades de la defensa y no sería razonable exigir al agredido que ‘pruebe’ la fuerza del agresor antes de defenderse. No se exige tampoco que la agresión se encuentre técnicamente en grado de tentativa (art. 7°Cp)”.

¹⁷ La jurisprudencia no siempre ha considerado a la legítima defensa como un derecho principal, por toda *Contra M.Q.* de 20 de enero de 2007, RIT 258-200.

¹⁸ Cury, E: *Derecho Penal*, parte general, (Santiago: Salesianos Impresores S.A., 2009), p. 233.

¹⁹ Roxin, *Op. Cit.* en n. 7, p. 681.

valorativa de los bienes jurídicos, que se pueden formular en tres proposiciones: los preceptos sobre el orden general ceden ante la protección frente a daños concretos; los valores de la personalidad tienen preferencia frente a daños concretos; los valores de la personalidad tienen preferencia frente a los bienes patrimoniales; y la protección de la vida y la integridad fundamenta un interés superior incluso frente a la preservación de otros valores de la personalidad o de bienes jurídicos supraindividuales²⁰. “Y en un caso puede estar incluso justificado por el §34 el hecho de matar dolosamente a una persona: en el estado de necesidad defensivo (nm. 62 ss.). Pero en todos esos supuestos no se trata de una diferente valoración de la vida humana en sí misma (según su duración o su valor), sino de factores adicionales, que inclinan la balanza del lado de la justificación”²¹. En este caso, sin embargo, debido a que la ley permite que haya superioridad del bien no sea sustancialmente superior al mal que se evitó, es que se habla de estado de necesidad exculpante. “Si el bien sacrificado es de igual o mayor valor que el salvado, no operará la causal de justificación, cabe entonces hablar de una *estado de necesidad exculpante*”.

En nuestra legislación, el estado de necesidad se encuentra regulado en el artículo 10 del Código Penal, y no se establece diferenciación explícita respecto a si se trata de una causa de justificación o de exculpación. La diferencia es relevante a nivel dogmático, pero a nivel procesal la consecuencia debería ser la misma: quien actúa en estado de

necesidad, actúa autorizado por el derecho y, por tanto, la respuesta del ordenamiento jurídico debería ser de impunidad.

Respecto al bien en cuestión, es evidente que a lo que se refiere esta causal es a la eventualidad de un choque de vida *versus* vida. Bajo una premisa de estado de necesidad justificante, esto no sería plausible; bajo una premisa de estado de necesidad exculpante, esto sí lo sería.

²⁰ *Ibíd.*, p. 684.

²¹ *Ibíd.*, p. 690

Lo que hay que tener en consideración es que no se exige preponderancia, no se exige tampoco equivalencia, el mal causado puede incluso ser superior al mal que se evita, lo importante es que no sea *sustancialmente* superior. Ahora bien qué es *sustancial* es algo que debiera quedar al criterio del intérprete, particularmente, del órgano adjudicador. Por ejemplo, en el caso que se quite la vida a alguien pues se vio la vida en peligro, lo relevante no será la ponderación de bienes jurídicos, lo relevante será la inminencia o actualidad del mal.

4ª. Que el sacrificio del bien amenazado por el mal no pueda ser razonablemente exigido al que lo aparta de sí o, en su caso, a aquel de quien se lo aparta siempre que ello estuviese o pudiese estar en conocimiento del que actúa.

Este requisito apunta a un deber de tolerancia. Es decir, habrá estado de necesidad siempre que no le sea exigible a aquél que repele ese mal, tolerarlo; o bien, que el que repele el mal que se le pretende provocar a un tercero desconozca el deber de tolerancia²². Este es el caso evidente de ciertas ocupaciones o profesiones que establecen legítimamente, por su naturaleza, situaciones de riesgo. De esta manera, el médico, el bombero, el policía, etc., generan situaciones riesgosas, pero en las cuales -

dadas las circunstancias- hay un deber de tolerancia. Uno no podría actuar en estado de necesidad justificante defensivo, en el caso que el médico realice una operación consentida por el paciente²³.

²² En este caso, quien actúa desconociendo este deber de tolerancia está actuando en error de prohibición. *"Incorre en error de prohibición quien cree que su conducta es lícita, sea porque ignora que, en general, está sancionada por el ordenamiento jurídico, sea porque supone que en el caso dado está cubierta por una causal de justificación que no existe o a la que atribuye efectos más extensos de los que realmente produce, sea, en fin, porque supone la presencia de circunstancias que en el hecho no se dan, pero que, de concurrir, fundamentarían una causa de justificación"*. Cury, E: *Derecho Penal*, parte general, (Santiago: Salesianos Impresores S.A., 2009), p. 439.

²³ El caso del médico es un buen caso, pero además hay aspectos relacionados con la *lex artis* que se deben tener en consideración.

5. Las modificaciones a la Ley de Violencia Intrafamiliar

El artículo 2° de la ley 20.480 introduce también modificaciones a la ley N°20.066 y señala:

1) Agrégase en el inciso segundo del artículo 7°, a continuación del punto aparte (.) que pasa a ser seguido, el siguiente párrafo:

"Asimismo, se presumirá que hay una situación de riesgo inminente, cuando el denunciado oponga, de manera violenta, su negativa a aceptar el término de una relación afectiva que ha mantenido recientemente con la víctima."

2) Modifícase el artículo 9° en la forma que se indica:

a) Agrégase en el inciso primero el siguiente literal:

"e) Obligación de presentarse regularmente ante la unidad policial que determine el juez."

b) Reemplázanse en el inciso segundo las palabras "un año" por "dos años".

3) Intercálase el siguiente artículo 14 bis:

"Artículo 14 bis.- En los delitos constitutivos de violencia intrafamiliar, el juez, para efectos de evaluar la irreprochable conducta anterior del imputado, deberá considerar las anotaciones que consten en el registro a que se refiere el artículo 12 de esta ley."

4) Sustitúyese en el inciso segundo del artículo 16, la expresión "un año" por "dos años".

La modificación que se introduce al artículo 7° de la ley 20.066 respecto a la presunción del riesgo, es una presunción que guarda importancia precisamente para efectos de configurar la situación de estado de necesidad que se regula en el artículo 1° de la ley 20.480. Si es que tuviera lugar la situación que describe este artículo, es decir, que el denunciado oponga resistencia violenta a terminar la relación con la víctima. La premisa entonces es: habrá situación de riesgo inminente, siempre que la persona respecto de la cual se reacciona se haya opuesto con violencia al término de la relación afectiva. Ahora bien, para que se configure resistencia violenta, habrá que entender que se requiere de la

conurrencia de, a lo menos, coacción violenta. Lo determinante aquí es la demarcación entre violencia y amenaza. Al parecer, la amenaza en este caso estaría descartada -pues la ley es clara al restringir la procedencia del tipo a la violencia, no obstante, pueda configurar un delito de amenazas por separado- y se restringiría a la coacción violenta, entendida como "Impedir con violencia a otro hacer lo que la ley no prohíbe o compelerlo con violencia a efectuar lo que no quiera. Es un delito de acción y de lesión"²⁴.

Sin embargo, ese uso de violencia no es suficiente, pues debe estar asociado además a evitar el término de la relación. No es suficiente para que tenga lugar esta presunción el que se use de violencia, pero esto impide que a raíz del uso de dicha violencia se genere un estado de peligro actual que pueda dar lugar a legítima defensa o estado de necesidad. La consecuencia será que en ese caso no operaría la presunción y esto trae un efecto procesal importante que es el deber de probar esta situación de mal inminente.

Respecto a la modificación que se introduce al inciso segundo del artículo 7 de la ley 20.066, específicamente, al aumento del tiempo máximo de aplicación de las medidas accesorias a dos años, se puede decir que no existe sustento político criminal que avale dicho aumento. La razón en la discusión parlamentaria se puede resumir en la siguiente afirmación: "La Comisión estuvo de acuerdo con extender el tiempo máximo a dos años por los temores que sufren las víctimas cuando el sujeto maltratador recupera antes su

libertad por obtención de algún beneficio legal o reglamentario, de modo permanente o transitorio»²⁵.

La consideración a la víctima es razonable, pero lo que no es razonable es que la reflexión de la Comisión no se base en cifra estadísticas o en estudios que den cuenta de este hecho. A su vez, el legislador sólo ha incorporado modificaciones que apuntan a la

²⁴ Politoff, *Op. Cit.* en n.8, p.189.

²⁵ Informe Comisión Familia, p. 145.

restricción de libertad del imputado, pero no al establecimiento de programas que permitan un trabajo integral que apunten a una mejora en sus conductas agresivas.

La introducción de un nuevo artículo, el 14 bis, es algo que no representa demasiada novedad, pues es algo que viene a constatar una práctica que ya -lamentablemente- se implementaba por los tribunales de justicia: la consideración de dichos antecedentes para efectos de conceder o no la atenuante del artículo 11 circunstancia 6ª del Código Penal; la irreprochable conducta anterior. Uno de los problemas que esto genera, es que el juez va a tomar en consideración hechos, por ejemplo, que constituyen maltrato habitual -que no es constitutivo de delito- al igual que hechos que sí son delictivos y los podría ponderar de igual manera. Parecería entonces que basta con que un sujeto haya tenido un comportamiento errado, pero no delictivo, para que no tenga posibilidad de acceder a una atenuante. Eso lleva al absurdo la existencia del Registro Especial, y la clasificación entre hechos constitutivos de delito y hechos no constitutivos de delito.

Ahora bien, el artículo señala que el juez “deberá considerar las anotaciones”, que es un mandato del legislador al juez. Pero que puede ser entendido como un mandato de valoración, el contenido positivo o negativo de esta valoración es algo que determina el

juez. La obligatoriedad que le impone la disposición es a la valoración, no al contenido de ésta.

El problema con este artículo además de lo anterior es que los antecedentes a que se hace alusión quedan en un Registro Especial que no se rige por las reglas del registro genérico o, al menos, no se encuentra regulado de igual manera. El principal problema que presenta este tipo de registro, es que no existen reglas claras para la eliminación de antecedentes. Hay que tener en consideración, además, que muchos de los casos son hechos no constitutivos de delito. Por consiguiente, no se pueden hacer aplicables las reglas de eliminación de antecedentes del Decreto Ley N°409 de 18 de agosto de 1932, ni

tampoco será útil el Decreto Supremo N°64 de 21 de enero de 1960. A su vez, la ley 20.066 ni la ley 19.968 contemplan procedimientos que permitan borrar antecedentes.

Al respecto la única salida plausible sería solicitar el secreto de estos datos, conforme a la Ley 19. 628 sobre protección de la Vida Privada o protección de Datos de carácter personal. El art. 21 de dicha ley señala:

Artículo 21.- Los organismos públicos que sometan a tratamiento datos personales relativos a condenas por delitos, infracciones administrativas o faltas disciplinarias, no podrán comunicarlos una vez prescrita la acción penal o administrativa, o cumplida o prescrita la sanción o la pena.

Exceptuase los casos en que esa información les sea solicitada por los tribunales de Justicia u otros organismos públicos dentro del ámbito de su competencia, quienes deberán guardar respecto de ella la debida reserva o secreto y, en todo caso, les será aplicable lo dispuesto en los artículos 5º, 7º, 11 y 18.

A falta de regulación expresa y consultado el Servicio de Registro Civil, ha señalado que no existe la posibilidad de eliminación de datos, por lo ya señalado, porque la ley no lo contempla. Sin embargo, y cumpliendo con lo dispuesto en la Ley sobre protección de

datos personales, han dictado el Pronunciamiento Jurídico N°1043 de 4 de agosto de 2008 de acuerdo al art. 21 recién citado de la L.19628 que otorga el beneficio de omisión. La idea del mandato de omisión respecto a los datos personales, ya se encontraba recogida en la citada ley y, ciertamente, era suficiente con ésta. Sin embargo, y en virtud de la particular consideración que se debe tener con las personas que tienen este tipo de antecedentes, en vista de los problemas para encontrar trabajo, para reconstituir una familia, acceder a visas, etc., es que se optó por especificar este mandato del legislador en un pronunciamiento interno.

Ahora bien, esta omisión -según informó el Servicio referido- no opera de pleno derecho. Es decir, para que tenga lugar la omisión, debe ser solicitada. Esto es sumamente

irregular, por cuanto no obstante los instructivos, pronunciamientos o reglamentos internos que tengan en el Servicio, la Ley 19.968 es vinculante para todos y el art. 21 recién citado, tiene como destinatarios exclusivos a los organismos públicos, siendo norma especial respecto de ellos.

En la práctica para que se proceda al proceso que permite la omisión, es necesario que la persona que requiere dicho trámite presente un certificado que acredite el cumplimiento de penas y medidas accesorias, certificado emitido por el tribunal de familia que corresponda. Con dicho certificado, la persona podrá requerir que la información respecto a sus antecedentes de violencia intrafamiliar sean secretos y que no aparezcan en su certificado de antecedentes. La excepción al secreto, tiene lugar sólo en los casos en que un tribunal de justicia requiere dicha información, caso en el cual la entrega de la misma igualmente se hará bajo estricta reserva entre ambos servicios públicos, no extendiendo esto a terceros.

Si bien es cierto que no hay posibilidad expresa de eliminación de datos, la verdad es que es contra intuitivo que se permita la eliminación de antecedentes respecto de hechos que han sido constitutivos de delitos y no de aquellos que no lo han sido. En este caso, pareciera ser que lo único que hay es un olvido del legislador, cosa que no impediría

integrar por analogía el procedimiento que se utiliza para la eliminación de antecedentes penales. Por supuesto que la admisión de eliminación de datos es una posibilidad que beneficia a la persona y utilizando un argumento *a fortiori* habría que decir que si se pueden eliminar antecedentes penales, con mayor razón se pueden eliminar antecedentes que no revistan este carácter. Esa sería la única manera de dejar fuera estos antecedentes de los tribunales de justicia, por cuanto aun con el procedimiento de omisión, no se permite omitir los antecedentes respecto de los tribunales. La pregunta es ¿para qué necesitan dichos antecedentes?, y aquí hay varias alternativas:

a. Si dichos antecedentes se requieren para efectos de determinar un caso de maltrato habitual, por ejemplo, es razonable que se requieran. La razón es que conforme al art. 14 inciso 2° de la Ley 20.066, no se considerarán los hechos respecto de los cuales haya recaído sentencia **penal** absolutoria o condenatoria anterior. La razón, obviamente, es que esos hechos ya son constitutivos de delito y que respecto de ellos ya ha operado la cosa juzgada. Esto no ocurre con los antecedentes sobre VIF del párrafo 2° de la Ley, pues esos hechos no son delito.

b. Si dichos antecedentes se requieren para efectos de imponer una condena penal y establecer reincidencia respecto de la persona, eso es insostenible. La razón es la misma, no hay un delito previo, hay sólo ciertos hechos que constituyen un ilícito en el contexto de familia, pero que no son competencia de los tribunales penales. Por lo mismo, no serían suficientes para efectos de establecer la reincidencia.

Es lamentable que no exista un procedimiento específico, tal como se señaló más arriba las opciones son: solicitar la omisión, pues ésta no opera de oficio por parte del Servicio

de Registro Civil; por otra parte, bueno sería solicitar también el procedimiento de eliminación de antecedentes conforme a los decretos ya citados, tratando de que se otorgue por integración analógica.

6. Conclusión

La ley N°20.480 introduce varias modificaciones a nuestro ordenamiento jurídico, según ya se revisó más arriba. El fundamento que subyace a la creación de esta ley es un fundamento de igualdad, en términos de igualdad relativa. Uno podría afirmar que se trata de una acción positiva que viene a beneficiar a las mujeres, pues finalmente se tendrán cifras reales respecto a la totalidad de los casos en que son víctimas de la violencia doméstica y de muerte a consecuencia de ello.

Sin embargo, más allá del mero cambio nominal del (antes) delito de parricidio, es importante mirar los cambios que introduce la ley con cautela. No es razonable que se produzca demasiada laxitud por parte del órgano adjudicador pues, tal como ya se explicitó más arriba, la ley ya contiene demasiados términos jurídicos indeterminados cuyo contenido se limitará a través de la creación jurisprudencial.

Bibliografía

1. Barrientos, J. P. *Sobre la noción de 'conviviente' utilizada en el artículo 390 del Código penal*, Informe en Derecho 1/2007/Enero de la Defensoría Penal Pública, p.8.
2. Código Penal Alemán. Traducción de Claudia López Díaz a la versión del 31 de enero de 1998.
3. Cury, E: *Derecho Penal*, parte general, (Santiago: Salesianos Impresores S.A., 2009).

4. Kindhäuser, Urs. Comisión por omisión, Comentario al §13 del Código Penal alemán, *Strafgesetzbuch. Lehr und Praxiskommentar*. Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden, 2002.
5. Politoff, S; Matus, J.P.; y Ramírez, M.C., *Lecciones de Derecho Penal chileno, parte general*, Santiago, Chile, Editorial Jurídica de Chile.
6. Roxin, C: *Derecho Penal. Parte general* (Madrid: Civitas, 1997).
7. Santiago, C. *La legítima defensa, fundamentación y régimen jurídico*, (Buenos Aires: Editorial Astrea, 2000).
8. Silva, J. "Sobre la interpretación 'teleológica' en Derecho Penal" en *Estudios de Filosofía del Derecho Penal*, (Colombia: Universidad Externado de Colombia, 2006).