

INFORME DE LA COMISIÓN MIXTA encargada de proponer la forma y modo de superar las discrepancias entre el Senado y la Cámara de Diputados respecto del proyecto de ley que modifica el Código Penal y la ley de violencia intrafamiliar para sancionar el femicidio, aumenta las penas aplicables a este delito y modifica las normas sobre parricidio.

BOLETINES N^{os} 4.937-18 y 5.308-18, refundidos.

**HONORABLE CÁMARA DE DIPUTADOS,
HONORABLE SENADO:**

Vuestra Comisión Mixta constituida en conformidad a lo dispuesto en el artículo 71, inciso segundo, de la Constitución Política de la República, tiene el honor de proponeros la forma y modo de resolver las divergencias surgidas entre el Senado y la Cámara de Diputados con ocasión de la tramitación del proyecto de ley individualizado en el epígrafe, respecto del cual Su Excelencia el señor Presidente de la República ha hecho presente la urgencia, a contar del 29 de septiembre de 2010, calificándola de “suma”.

A las sesiones en que se discutió la iniciativa asistieron, por el Ministerio de Justicia, el Ministro señor Felipe Bulnes Serrano, y el asesor de la División Jurídica, señor Sebastián Cabezas. Por el Servicio Nacional de la Mujer, la Ministra Directora, señora Carolina Schmidt, la Ministra Directora Subrogante, señora María Paz Lagos Valdivieso; la Jefa del Departamento de Reformas Legales, señora Andrea Barros; la Subdirectora del Departamento de Comunicaciones, señora Macarena Armijo; el Jefe de Gabinete de la Subdirectora, señor Alejandro Fernández; y los abogados asesores de la Ministra Directora, señores Francisco Veloso y Gabriel Zaliasnik. Por el Ministerio Secretaría General de la Presidencia: la analista de la División de Relaciones Políticas, señora Soledad Pardo.

Concurrieron, además, especialmente invitados, los abogados y profesores de derecho penal señores Juan Domingo Acosta y Enrique Cury Urzúa.

- - -

NORMAS DE QUÓRUM

La disposición propuesta en el artículo 3^o del proyecto de ley, para incorporar un inciso cuarto, nuevo, al artículo 90 de la

ley N° 19.968, que creó los Tribunales de Familia, configura una nueva competencia a esa judicatura, materia que es propia de ley orgánica constitucional, requiriendo para su aprobación, en virtud de lo dispuesto en el inciso cuarto del artículo 77, en relación con el inciso segundo del artículo 66, ambos de la Constitución Política de la República, del voto conforme de las cuatro séptimas partes de los Honorables señoras y señores Senadores y Diputados en ejercicio.

Cabe hacer presente que en cumplimiento de lo dispuesto en el inciso segundo del artículo 77 de la Carta Fundamental, en el segundo trámite constitucional el Senado recabó el parecer de la Excelentísima Corte Suprema.

El referido artículo 3° citado no fue objeto de diferencias entre ambas Cámaras.

- - -

El proyecto el informe tuvo su origen en dos mociones, refundidas en el primer trámite constitucional. La primera, de los Honorables Diputadas señoras Carolina Goic Borojevic, Adriana Muñoz D´Albora, Clemira Pacheco Rivas, María Antonieta Saa Díaz, Alejandra Sepúlveda Orbenes y Ximena Vidal Lázaro, y los ex diputados señoras Carolina Tohá Morales y Ximena Valcarce Becerra, y señores Francisco Encina Moriamez y Antonio Leal Labrín y, la segunda, de autoría de los Honorables Diputados señoras María Antonieta Saa Díaz y Alejandra Sepúlveda Orbenes, y señores Jorge Burgos Varela y Guillermo Ceroni Fuentes, y los ex diputados señora Laura Soto González y señores Álvaro Escobar Rufatt y Raúl Sunico Galdames.

La Cámara de Diputados, en sesión de 6 de enero de 2010, al pronunciarse sobre las modificaciones propuestas en el segundo trámite constitucional por el Senado las aprobó, con excepción de las relativas a los N°s 1) y 7), y el N° 6), nuevo, del artículo 1° del proyecto, y designó a los Honorables Diputados señoras María Angélica Cristi Marfil, Adriana Muñoz D´Albora y Lily Pérez San Martín, y señores Jorge Burgos Varela y Marcelo Schilling Rodríguez para que la representen en la Comisión Mixta.

Posteriormente, la Honorable Cámara comunicó, sucesivamente, el reemplazo como miembro de la Comisión Mixta, en representación de esa Corporación, de la ex Diputada señora Lily Pérez San Martín, por el Honorable Diputado señor Cristián Monckeberg Bruner, y de éste último Honorable señor Diputado por la Honorable Diputada señora Karla Rubilar Barahona.

El Senado al tomar conocimiento de la decisión de la Cámara Baja, en sesión de 13 de enero de 2010 designó como integrantes de la Comisión Mixta a los miembros de su Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento.

- - -

Previa citación del señor Presidente del Senado, la Comisión Mixta se constituyó el día miércoles 30 de junio de 2010, con la asistencia de sus miembros, Honorables Senadores señora Soledad Alvear Valenzuela, y señores Alberto Espina Otero, Hernán Larraín Fernández y Patricio Walker Prieto, y Honorables Diputados señoras María Angélica Cristi Marfil, Adriana Muñoz D`Albora y Karla Rubilar Barahona, y señores Jorge Burgos Varela y Marcelo Schilling Rodríguez, eligiendo por unanimidad como Presidente a la Honorable Senadora señora Soledad Alvear Valenzuela y, de inmediato, se abocó al cumplimiento de su contenido.

Cabe hacer presente que, con fecha 2 de agosto de 2010 la Honorable Cámara de Diputados comunicó al Senado que reemplazaba como integrante de la Comisión Mixta a la Honorable Diputada señora María Angélica Cristi Marfil por el Honorable Diputado señor Giovanni Calderón Bassi.

- - -

MATERIA DE LA DIVERGENCIA

El proyecto despachado en el segundo trámite constitucional consta de tres artículos. El primero modifica en siete numerales el Código Penal. El segundo introduce enmiendas en cuatro disposiciones de la ley N° 20.066, sobre violencia intrafamiliar. El tercero, modifica el artículo 90 de la ley N° 19.968, que creo los tribunales de familia.

La controversia se ha originado ante el rechazo de la Honorable Cámara de Diputados, en el tercer trámite constitucional, de algunas de las modificaciones introducidas por el Senado, en el segundo trámite, al proyecto aprobado por aquella en primer trámite, específicamente las relativas a los N°s 1) y 7), y N° 6), nuevo, todos del artículo 1° del proyecto, las que se describen a continuación.

N° 1)

Incide en el artículo 10 del Código Penal, norma que establece las causales de exención de responsabilidad criminal. La novena de ellas expresa: "9° El que obra violentado por una fuerza irresistible o impulsado por un miedo insuperable."

La Cámara de Diputados, en el primer trámite constitucional propuso agregar, al final del numeral noveno, antes transcrito, la siguiente expresión final: "o bajo la amenaza de un mal grave e inminente".

En el segundo trámite constitucional el Senado rechazó la modificación, enmienda que, a su vez, rechazó la Cámara de Diputados en el tercer trámite constitucional.

Nº 7 de la Cámara, Nº 5 del Senado

Recae en el artículo 390 del Código Penal, disposición que tipifica como parricidio, y sanciona con presidio mayor en su grado máximo a presidio perpetuo calificado, al que conociendo las relaciones que los ligan, mate a su padre, madre o hijo, a cualquier otro de sus ascendientes o descendientes o a su cónyuge o conviviente.

En el primer trámite constitucional la Cámara de Diputados reemplazó el artículo por otro, que considera tres incisos.

En el inciso primero se repite el texto del artículo 390 vigente, excepto en cuanto se elimina la referencia a cónyuge o conviviente que la actual norma contiene.

El inciso segundo expresa que se aplicará la misma pena que contempla el inciso primero a quien conociendo las relaciones que los ligan, mate a quien es o ha sido su cónyuge o conviviente o con la que tiene un hijo en común, y establece que la sanción podrá no ser aplicada a quienes cesaron efectivamente su vida en común con tres años de antelación al delito, salvo que existan hijos comunes.

Finalmente el inciso tercero dispone que cuando la víctima del delito del inciso segundo fuere una mujer el delito se llamará femicidio.

El tenor literal de la norma propuesta por la Honorable Cámara es el siguiente:

“Artículo 390.- El que conociendo las relaciones que los ligan, mate a su padre, madre o hijo, a cualquier otro de sus ascendientes o descendientes, será castigado como autor de parricidio, con la pena de presidio mayor en su grado máximo a presidio perpetuo calificado.

La pena señalada en el inciso anterior se aplicará también al que, conociendo las relaciones que los ligan, mate a la persona de la que es o ha sido cónyuge o conviviente o con la que tiene un hijo en común. Lo dispuesto precedentemente podrá no ser aplicado 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.

Si la víctima del delito descrito en el inciso precedente fuere una mujer, el responsable será castigado como autor de femicidio.”.

El Senado, en el segundo trámite constitucional, reemplazo la modificación aprobada por la Cámara de Diputados, y propuso incorporar como inciso segundo al artículo 390 una norma similar a la contenida en el inciso tercero aprobado en el primer trámite por la Cámara de Diputados, con la salvedad que restringe el uso de la voz “femicidio” sólo al caso en que la víctima del delito sea la cónyuge o conviviente del autor.

El inciso propuesto por el Senado como inciso segundo del artículo 390, es el siguiente:

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

Nº 6, nuevo

En el segundo trámite constitucional el Senado propuso modificar el artículo 391 del Código Penal. Esta disposición tipifica, en dos numerales, los delitos de homicidio calificado y simple, respectivamente.

El tipo de homicidio calificado, considerado en su número 1º, sanciona al que mate a otro -y no esté comprendido en el artículo anterior correspondiente al parricidio- con alevosía, por premio o promesa remuneratoria, mediante veneno, con ensañamiento o con premeditación, con presidio mayor en su grado medio a presidio perpetuo. En su numeral 2º este artículo sanciona el homicidio simple con presidio mayor en su grado mínimo a medio.

En el segundo trámite constitucional el Senado propuso incorporar un número 2º, nuevo, para sancionar con presidio mayor en sus grados medio a máximo el homicidio cuando la víctima ha sido cónyuge o conviviente del autor, salvo que el delito se cometa con alguna de las circunstancias del homicidio calificado que, como se ha señalado, se contemplan en el primer numeral del artículo 391 del Código Penal.

El nuevo número 2º que el Senado propuso intercalar en el artículo 391 del Código Penal señala:

“2º Con presidio mayor en sus grados medio a máximo si la víctima ha sido cónyuge o conviviente del hechor, salvo que el delito se cometa con alguna de las circunstancias previstas en el número 1º.”.

En el tercer trámite constitucional la Cámara de Diputados rechazó esta propuesta del Senado.

- - -

En la sesión constitutiva de vuestra Comisión Mixta el Ejecutivo presentó una proposición para resolver las diferencias entre ambas Corporaciones, contenida en el Mensaje N° 181-358, suscrito por Su Excelencia el señor Presidente de la República, el señor Ministro de Justicia y la señora Ministra Directora del Servicio Nacional de la Mujer.

La referida propuesta es del siguiente tenor:

“AL ARTÍCULO 1º

1) Suprímase el número 1) del texto aprobado por la H. Cámara.

2) Suprímase el número 7) del texto aprobado por la H. Cámara.

3) Reemplázase el numeral 2º nuevo del artículo 391 que el número 6) nuevo, agregado por el H. Senado, intercala, por el siguiente:

“2º Con presidio mayor en su grado medio a presidio perpetuo cuando la víctima hubiese sido su cónyuge o conviviente.”.

4) Agrégase el siguiente número, nuevo, a continuación del actual número 6) nuevo agregado por el H. Senado:

“Agrégase el siguiente artículo 391 bis, nuevo:

“Art. 391 bis. Si la víctima de los delitos descritos en los artículo 390 y 391 N° 2 fuere o hubiese sido la cónyuge o conviviente, el responsable será castigado como autor de femicidio.”.

5) Agrégase el siguiente número nuevo, a continuación del número agregado por la propuesta 4) anterior:

“Agrégase el siguiente artículo 391 ter, nuevo:

“Art. 391 ter. En los casos en que una mujer cometa alguno de los delitos previstos en los artículo 390 y 391 N° 2 contra la persona que es o ha sido su cónyuge o con la que mantiene o ha mantenido una relación de convivencia, cuando la víctima hubiese sido condenada por sentencia ejecutoriada como autora del maltrato constitutivo de violencia intrafamiliar o como autora del delito de maltrato habitual, ambos contemplados en la ley N° 20.066, por hechos en que la mujer hubiese sido la ofendida, el tribunal podrá rebajar la pena en uno, dos o tres grados.

Lo dispuesto en el inciso anterior no podrá ser aplicado respecto de quienes hayan cesado efectivamente su vida en común con, a lo menos, tres años de anterioridad a la ejecución del delito.”.

- - -

En el seno de Vuestra Comisión se concordó en la conveniencia de analizar tal propuesta en conjunto con las normas aprobadas por las respectivas Cámaras, teniendo es especial consideración que ella contiene una fórmula alterna a ellas.

Además, se acordó escuchar a los Secretarios de Estado que la suscriben, y a los profesores señores Enrique Cury y Juan Domingo Acosta que brindaron su asesoría a las respectivas Comisiones, en el primer y segundo trámite constitucional.

En la siguiente sesión la Ministra Directora (S) del Servicio Nacional de la Mujer, señora María Paz Lagos, explicó que la propuesta del Ejecutivo es mantener la actual penalización del parricidio cometido contra cónyuges y convivientes y aumentar la sanción que actualmente corresponde al que mata a su ex cónyuge o a su ex conviviente, para lo cual proponen incorporar una segunda modalidad del homicidio calificado consistente en haber sido la víctima cónyuge o conviviente del autor, asignándole una pena de presidio mayor en su grado medio a presidio perpetuo.

Expresó que en Chile muere una mujer a la semana en manos de su pareja, agregando que las estadísticas sobre el punto son confusas debido a que, hasta hoy, no existe una norma que califique de femicidio a los parricidios cometidos contra las mujeres de los agresores, lo que dificulta la contabilización de las muertes de esas cónyuges o convivientes que se confunden entre el total de víctimas de parricidio.

Sin perjuicio de lo anterior, señaló, al estudiar la relación víctima victimario en los parricidios, cometidos en el período 2007 a 2009, es posible determinar que un 52% corresponden a cónyuges o convivientes, de los cuales 23,9% eran cónyuges y 28,4% convivientes. Además, en un 14% de los casos estaba presente la relación de ex cónyuge o ex conviviente.

Indicó que para distinguir estos crímenes de los demás parricidios se les denomina femicidios íntimos, y que durante los años 2007, 2008 y 2009 se han producido 54, 57 y 53 casos, respectivamente.

Señaló que otro propósito perseguido por la propuesta que presenta el Ejecutivo es visibilizar el delito ante la opinión pública, lo que estima una condición necesaria para lograr cambiar la actual situación social en que se valida, o encubre, el abuso de poder del sexo masculino sobre el femenino.

En tal sentido, agregó, se propone un nuevo artículo 391 bis que indica que si la víctima del parricidio o del homicidio calificado fuere o hubiese sido la cónyuge o conviviente el responsable comete femicidio, pues si tales atentados no son semánticamente

distinguibles en la información pública sobre su investigación y sanción, no se cumple la función de impugnar una regla social, ya que sólo cuando a todo el público le quede claro que se persigue y castiga a los hombres que matan mujeres será posible erosionar la vigencia de una actitud social que banaliza esa muerte.

Observó que la tipificación y sanción del femicidio no terminará con el problema, pero ello ayudará a visualizar el tema, y que el Servicio Nacional de la Mujer se abocará a todos los temas de violencia intrafamiliar, especialmente la que se ejerce sobre los niños que resultan ser las víctimas más desvalidas, pues sólo con niños libres de violencia será posible en el futuro contar con adulto respetuosos.

En cuanto al artículo 391 ter, señaló que se propone que cuando la mujer cometa parricidio u homicidio calificado contra quien es o ha sido su cónyuge o conviviente, el tribunal podrá rebajar la pena en 1, 2 o 3 grados, si éste hubiese sido condenado como autor de maltrato habitual o maltrato constitutivo de violencia intrafamiliar y la mujer fuere su víctima, regla que no se aplicará cuando haya cesado efectivamente la vida en común con tres años de antelación al delito.

El fundamento de la propuesta, manifestó, es la conexión que existe entre el maltrato previo y un probable maltrato futuro, ante el cual se produce una reacción preventiva de la mujer que no satisface las exigencias que para la legítima defensa consideran los números 4 a 6 del artículo 10 del Código Penal, pero que torna menos reprochable su conducta al existir una legítima defensa incompleta o insuficiente derivada de un natural sentido defensivo.

Sobre este punto, terminó expresando, es necesario tener presente que un 53,2% de los parricidios y un 8,8% de los homicidios tienen antecedentes previos de violencia intrafamiliar considerando a la mujer como autor, y que un 61,2% de los parricidios y un 14,7% de los homicidios cometidos por mujeres tienen como víctima a su pareja.

- - -

Enseguida, vuestra Comisión se abocó al estudio de la primera de las discrepancias suscitadas entre la Cámara de Diputados y el Senado.

Artículo 1º
Nº 1), de la Cámara

En el proyecto aprobado por la Cámara de Diputados, el artículo 1º modificaba, en diez numerales, el Código Penal. El primer numeral incide en el artículo 10 del Código punitivo, que establece las causales de exención de responsabilidad penal. La novena causal de ese

artículo señala: “9° El que obra violentado por una fuerza irresistible o impulsado por un miedo insuperable.”.

Como se ha indicado, la modificación aprobada en el primer trámite constitucional consiste en agregar en el N° 9° antes transcrito, la expresión final: “o bajo la amenaza de un mal grave e inminente”, enmienda que fue eliminada por el Senado en el segundo trámite constitucional, supresión que la Cámara de Diputados rechazó en el tercer trámite constitucional.

En el seno de vuestra Comisión Mixta se recordó que en el segundo trámite en la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento se rechazó la modificación por estimarse que la lógica de la actual eximente es considerar un factor externo que actúa sobre la voluntad del sujeto al punto que otra forma de proceder no le es exigible, o al punto de influenciarlo en forma insuperable o irresistible, elementos de que carece la “amenaza de un mal grave o inminente”, que no tiene la entidad suficiente para exculpar de responsabilidad al sujeto de la misma forma que cuando obra violentado por una fuerza irresistible o impulsado por un miedo insuperable.

Además, porque ella estimó que la modificación generaría un problema interpretativo respecto de las causales de atenuación de responsabilidad criminal contenidas en el artículo 11 del Código Penal, particularmente con la tercera de ellas, que considera como tal “La de haber precedido inmediatamente de parte del ofendido, provocación o amenaza proporcionada al delito”, lo que determinaría la coexistencia de la amenaza como eximente y como atenuante, sin elementos diferenciadores.

Por último, rechazó la modificación aprobada en primer trámite al considerar que ella supone establecer como dos conceptos distintos el miedo insuperable y la amenaza de un mal grave e inminente, que naturalmente produce tal miedo, y porque la amenaza de un mal grave e inminente estaría comprendida en el concepto de fuerza, que parte de la doctrina considera que comprende tanto la fuerza física como la fuerza moral.

Sobre el particular, el profesor señor Enrique Cury en primer término señaló que comprendía la posición adoptada por el Senado debido a que, en su opinión, la norma propuesta por la Cámara de Diputados no se encuentra técnicamente bien construida en términos que permita cubrir la situación de no exigibilidad de otra conducta por parte de las mujeres maltratadas que, posteriormente, son victimarias.

Señaló que la idea que se intentó plasmar por la Cámara proviene de una norma contenida en el Código Penal alemán, cuyo parágrafo 35 establece lo siguiente:

“§ 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 el 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.”¹

Señaló que una disposición similar se encuentra contenida en el artículo 54 del Código Penal Italiano, que señala que “no es punible aquél que ha cometido el hecho por haber sido coaccionado a él por la necesidad de salvarse a sí o a otro de un peligro actual, de un daño grave a su persona, peligro que no ha causado voluntariamente ni era de otra manera evitable, siempre que el hecho sea proporcionado al peligro.”

Indicó que entiende que el propósito o idea que originó la propuesta de la Honorable Cámara de Diputados es el de ampliar el concepto de estado de necesidad exculpante, que establece, con muchas limitaciones, la causal séptima del artículo 10 del Código Penal², objetivo que, estimó, no está adecuadamente plasmado en el texto que dicha Cámara aprobó, y propuso, en su reemplazo, introducir una nueva causal undécima en el citado artículo décimo del Código Penal, del siguiente tenor:

“11º El que obra para evitar un mal grave a su persona o derechos o los de otro u otros, 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.

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

² Art. 10. Están exentos de responsabilidad criminal:

...

7º El que para evitar un mal ejecuta un hecho que produzca daño en la propiedad ajena, siempre que concurren las circunstancias siguientes:

1a. Realidad o peligro inminente del mal que se trata de evitar.

2a. Que sea mayor que el causado para evitarlo.

3a. Que no haya otro medio practicable y menos perjudicial para impedirlo.

3ª. 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 aquél de quien se lo aparta siempre que ello estuviese o pudiese estar en conocimiento del que actúa.”.

Concluyó expresando su opinión en el sentido que la disposición antes propuesta es mucho más precisa y permite recoger el propósito tenido en vista por la Cámara de Diputados en el primer trámite constitucional, de acuerdo a un criterio generalizado en el Derecho comparado.

El profesor señor Juan Domingo Acosta señaló compartir con el profesor Cury en lo relativo a la actual estrechez del concepto de estado de necesidad exculpante que contiene la causal séptima del artículo 10 del Código Penal. Sin embargo, observó que la proposición antes planteada incorpora, parece comprender, y abarca más de lo indicado en la referida causal séptima lo que, estimó, puede tornar superflua una norma sobre la cual existe amplia jurisprudencia y doctrina.

Sobre el particular, el Honorable Diputado señor Giovanni Calderón observó que la propuesta del profesor Cury excluye la culpabilidad del hecho cuando se configura la causal, lo que puede ser entendido como una forma de establecer en la ley penal positiva una teoría particular del delito. Expresó que su incorporación necesariamente generaría muchas otras consecuencias de índole interpretativo respecto de numerosas disposiciones del Código Penal, las que, estimó, debieran previamente ser analizadas y consideradas antes de aprobar la proposición formulada, pues la fórmula planteada puede tener alcances y efectos no previstos de importancia tal que, por sí sola, requiere de un estudio profundo e independiente del proyecto en que se ha formulado.

Por su parte, la Honorable Senadora señora Alvear destacó que la propuesta del profesor señor Cury resulta muy interesante, sin perjuicio de lo cual manifestó sus dudas respecto de la oportunidad apropiada para su estudio, pues estimó discutible la conveniencia de abordar el tema con ocasión de la discusión de una diferencia específica entre ambas Cámaras en un proyecto de ley con un fin muy determinado, como es el caso. En tal sentido, solicitó considerar su preocupación y evaluar la pertinencia de adoptar cambios al sistema general de atenuaciones y eximentes de responsabilidad del Código Penal en esta instancia, ya que ello podría exceder el sentido del acuerdo que entre ambas Cámaras se busca alcanzar, haciendo presente incluso la posibilidad de, si se quiere acoger la proposición, estudiarla y discutirla en un proyecto de ley propio e independiente.

Desde otro punto de vista, agregó, lo propuesto, de aprobarse, resultará aplicable a la conducta tanto a hombres como de mujeres, y a todo tipo de delitos, incluyendo, por ejemplo, a los que afectan la propiedad o las conductas funcionarias. En tal sentido, expresó, la proposición no fue planteada en el primer ni en el segundo trámite

constitucional y no ha sido directamente motivo de estudio ni de la discrepancia entre ambas Cámaras.

En sentido opuesto, la Honorable Diputada señora Muñoz señaló no compartir las inquietudes planteadas, estimando que siempre resulta oportuno que al momento de legislar se resalte por todos los medios posibles que no resulta tolerable la comisión de crímenes contra las mujeres. Preciso que la realidad social muestra que muchas mujeres llegan al asesinato de sus parejas, luego de experimentar y sufrir un largo calvario de abusos. Agregó que, en su opinión, la proposición del profesor Cury está en la línea de lo que la Cámara propuso en el primer trámite constitucional al plantear la modificación de las eximentes de responsabilidad criminal, que el Senado rechazó, y estimó que la discusión sobre su conveniencia no debe centrarse en el problema general teórico que pueda suponer la inclusión de una disposición como esta para el Derecho Penal, sino que en el fenómeno grave y concreto que representa el hecho que en el país se cometa el asesinato de una mujer cada semana.

En similar sentido, la Honorable Diputada señora Goic expresó que estimaba que era la oportunidad legislativa de zanjar el tema, la que no debiera dejar de aprovecharse fundado sólo en consideraciones de orden técnico, ya que le parece evidente el que la agenda legislativa del futuro inmediato dificultará que una propuesta como la planteada prospere, determinando que los problema que genera la autodefensa de las mujeres víctimas que pasan a ser victimarias quede sin adecuada regulación.

Por su parte, el Honorable Senador señor Larraín manifestó su opinión en el sentido que la propuesta del profesor señor Cury recoge de mejor forma la idea no expresada que contiene la posición de la Honorable Cámara de Diputados, en cuanto propuso modificar el número nueve del artículo 10 del Código Penal, y que ella amplía, de manera justificada, el estado de necesidad exculpante específico que contiene actualmente la disposición séptima del artículo 10 del Código Penal.

Coincidentemente, el Honorable Senador señor Walker, don Patricio, puntualizó que el actual catálogo de circunstancias eximentes establecido en el Código Penal chileno es muy restrictivo, particularmente en lo que dice relación con la causal novena del artículo 10, objeto de la diferencia entre ambas Cámaras, que por apelar al concepto de “miedo insuperable” contiene un cariz psicológico muy difícil de probar en un juicio y que, en tal consideración, la proposición del profesor Cury, que mejora la postura de la Cámara Baja, llena el vacío actual de la legislación y, por tanto, es partidario de su aprobación.

La Honorable Diputada señora Rubilar manifestó que el tema fue ampliamente debatido en la Cámara de Diputados, y que los Diputados miembros de esta Comisión Mixta se consideraban mandatados por ella para defender su postura.

Señaló que la proposición del profesor Cury plantea una eximente de responsabilidad criminal que se aplicaría, por ejemplo, respecto de aquellas mujeres que llegan a cometer hechos de sangre en contra sus parejas, después de sufrir y soportar por años el flagelo de la violencia intrafamiliar. Observó que, en la práctica de los tribunales, cuando se dan estas circunstancias de hecho, muchas veces los jueces se ven en la necesidad de elaborar razonamientos jurídicos para hacer procedente, de forma un tanto forzada, la causal exculpatoria de legítima defensa, todo lo cual la lleva a concluir que resulta apropiado que el tema se sincere y se incorpore en la legislación penal una regulación específica sobre la materia.

Los Honorables Senadores señora Alvear y señor Espina solicitaron al profesor señor Cury que precise y explique cuál es la diferencia entre su propuesta y las hipótesis de legítima defensa propia, de parientes y de terceros que establecen las causales cuarta, quinta y sexta del artículo 10 del Código Penal, respectivamente, y la norma actual de estado de necesidad, contenida en la causal séptima del artículo citado.

El profesor señor Enrique Cury explicó que el elemento central de la legítima defensa es una agresión ilegítima, actual o inminente, y señaló que en los casos que supone su propuesta no se presenta en el momento una agresión propiamente tal, sino que se configura ante un hecho o estado que pone a la persona en una situación en la que no le es exigible otra conducta.

Agregó que la actual causal séptima es más limitada que la proposición, porque ella limita la posibilidad de ofensa exenta de responsabilidad en caso de estado de necesidad sólo al supuesto de daños a la propiedad.

Además, y en respuesta a lo señalado por el Honorable Diputado señor Calderón, expresó que la unanimidad de la doctrina nacional y el Derecho comparado consideran que la exigibilidad de otra conducta es parte del elemento "culpabilidad" de los ilícitos penales, por lo que la inclusión de esta disposición en la legislación positiva no implica, de forma alguna, zanjar por la vía legislativa una discusión doctrinaria.

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 restringido.

La Ministra Directora del Servicio Nacional de la Mujer, señora Carolina Schmidt, asignó gran importancia y se manifestó partidaria de eliminar las causales legales que impiden exculpar a la mujer

que actúa de mala forma cuando se ha visto sujeta, por largo tiempo, a abusos y violencia intrafamiliar pero, puntualizó, es necesario no perder de vista que el proyecto asume un problema grave y urgente de abordar, como es el femicidio, que la iniciativa ha tenido una larga discusión en el Parlamento y que, es de esperar, una diferencia doctrinaria como la que supone la proposición en discusión no debe prolongar más la tramitación del proyecto en discusión.

Ante la inquietud planteada por el Honorable Senador señor Chadwick, en el sentido que no se ve con claridad, en la proposición del profesor Cury, que se requiera que exista alguna proporcionalidad justificatoria entre la situación de necesidad y el mal que se hace para evitarlo, el Honorable Senador señor Larraín manifestó que ya ello está acogido en la norma sugerida, al exigir que no exista otro medio practicable y menos perjudicial para evitar el mal grave o inminente que motivó el actuar de él o la victimaria. Sin perjuicio de ello, puntualizó que esperaríamos que en la redacción se especifique que la motivación para actuar que justifica al victimario en este caso se funde en un mal grave para su persona o la afectación a uno de sus derechos fundamentales, y no a cualquier derecho, como se podría colegir de una primera lectura de la norma presentada.

El Honorable Senador señor Espina destacó la importancia de la discusión, que permite precisar el sentido de la modificación propuesta, haciendo presente que ella no atrasa la tramitación regular del proyecto. Además, indicó, que en su análisis y discusión participen dos connotados penalistas, como lo son los profesores Acosta y Cury, avalan la seriedad de la propuesta y da tranquilidad a los integrantes de la Comisión Mixta.

Recordó que una situación similar se vivió en el Parlamento cuando se discutió la reforma que ampliaba la legítima defensa, oportunidad en que muchos auguraron que su aprobación generaría importantes niveles de absoluciones y, en definitiva, de impunidad en los juicios penales, lo que en la práctica nunca ocurrió.

Como una forma de agilizar el despacho de la iniciativa y, al mismo tiempo, aprobar una norma técnicamente adecuada, la Presidente de la Comisión Mixta, Honorable Senadora señora Alvear, propuso someter a votación la propuesta del profesor señor Cury, permitiendo que se presente su redacción definitiva en la próxima sesión, la que quedaría aprobada con igual votación si ningún integrante de la Comisión Mixta formula observaciones, lo que así acuerda vuestra Comisión.

- Sometido a votación el número 11° del artículo 10 propuesto, en la forma antes indicada, es aprobado por ocho votos a favor y un voto en contra.

Votaron por su aprobación los Honorables Senadores señoras Alvear y Pérez y señores Chadwick, Larraín y Walker, don Patricio, y las Honorables Diputadas señoras Goic, Muñoz y Rubilar. Vota por su rechazo el Honorable Diputado señor Calderón.

En la sesión siguiente se da cuenta de la redacción definitiva de la norma, que es del siguiente tenor:

“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 actúa.”.

No habiendo observaciones, y en virtud del acuerdo antes indicado, la norma queda aprobada con la votación antes indicada.

- - -

Artículo 1º
Nº 7) de la Cámara, 5) del Senado

Como antes se ha señalado, el Nº 7) del artículo 1º del proyecto, aprobado en el primer trámite constitucional por la Honorable Cámara de Diputados, reemplaza el actual artículo 390 del Código Penal por el siguiente:

“Artículo 390.- El que conociendo las relaciones que los ligan, mate a su padre, madre o hijo, a cualquier otro de sus ascendientes o descendientes, será castigado como autor de parricidio, con la pena de presidio mayor en su grado máximo a presidio perpetuo calificado.

La pena señalada en el inciso anterior se aplicará también al que, conociendo las relaciones que los ligan, mate a la persona de la que es o ha sido cónyuge o conviviente o con la que tiene un hijo en común. Lo dispuesto precedentemente podrá no ser aplicado 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.

Si la víctima del delito descrito en el inciso precedente fuere una mujer, el responsable será castigado como autor de femicidio.”.

En el segundo trámite constitucional el Senado reemplazó el N° 7) propuesto por la Cámara de origen por otra disposición, que agregaba al actual artículo 390 del Código Penal un inciso final nuevo, del siguiente tenor:

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

En el tercer trámite constitucional la Cámara rechazó la modificación propuesta.

Artículo 1°
Número 6), nuevo, del Senado

Como se indicó en su oportunidad, en el segundo trámite constitucional el Senado propuso agregar un nuevo número 6) al artículo 1° del proyecto, que intercalaba un numeral 2°, nuevo, al artículo 391 del Código Penal, pasando el actual número 2° a ser número 3°.

El artículo 391 señala lo siguiente:

“Art. 391. El que mate a otro y no esté comprendido en el artículo anterior, será penado:

1° Con presidio mayor en su grado medio a presidio perpetuo, si ejecutare el homicidio con alguna de las circunstancias siguientes:

Primera. Con alevosía.

Segunda. Por premio o promesa remuneratoria.

Tercera. Por medio de veneno.

Cuarta. Con ensañamiento, aumentando deliberada e inhumanamente el dolor al ofendido.

Quinta. Con premeditación conocida.

2° Con presidio mayor en sus grados mínimo a medio en cualquier otro caso.”.

El nuevo numeral 2°, propuesto en el segundo trámite constitucional, es del siguiente tenor:

“2º Con presidio mayor en sus grados medio a máximo si la víctima ha sido cónyuge o conviviente del hechor, salvo que el delito se cometa con alguna de las circunstancias previstas en el número 1º.”.

En el tercer trámite constitucional la Cámara de Diputados rechazó la inclusión propuesta por el Senado.

- - -

Los miembros de vuestra Comisión Mixta acordaron discutir conjuntamente la segunda y tercera diferencia suscitadas entre las Cámaras, porque ambas proponen dos modalidades distintas para aumentar la penalización de los homicidios cometidos contra mujeres por quienes son o han sido sus cónyuges o convivientes.

El primer asunto que los miembros de la Comisión sometieron a discusión fue el ámbito de aplicación que tendrá la voz femicidio.

Sobre el particular, el Ministro de Justicia, señor Felipe Bulnes, explicó que el Ejecutivo constata que existe consenso entre ambas Cámaras sobre la necesidad de incluir, en la legislación penal, el uso de la voz femicidio, y que el punto en discusión dice relación con la extensión que se dará a la misma.

Indicó que, por un lado, el Senado postula emplear esa voz sólo para el parricidio cometido contra la cónyuge o conviviente del agresor, excluyéndola de los homicidios contra ex cónyuges, ex convivientes o contra la mujer con la cuál el victimario tuvo hijos y, en sentido diverso, la Cámara de Diputados pretende un concepto más amplio que incluya a todas estas hipótesis.

Señaló que la propuesta que el Gobierno ha planteado considera un punto medio, que se traduce en establecer en un artículo 391 bis, nuevo, que será considerado como femicidio el parricidio cometido contra la cónyuge o conviviente del agresor así como el homicidio perpetrado contra la ex cónyuge o ex conviviente del victimario. Esta formulación, agregó, excluye de la denominación al homicidio cometido contra la mujer con la que el agresor tuvo hijos en común, sin haber mantenido convivencia o haber celebrado matrimonio, proposición que fue respaldada por la Honorable Diputada señora Muñoz y los Honorables Senadores señores Chadwick, Espina y Walker, don Patricio, quienes concordaron en que tal ha de ser el ámbito de aplicación del término femicidio.

Requerida su opinión, el profesor señor Acosta manifestó que el delito de parricidio es un tipo penal que se encuentra en proceso de extinción en el mundo moderno, en atención a que la doctrina no encuentra razones que justifiquen adecuadamente el establecer una especie

de homicidio súper agravado que merezca una pena mayor que el homicidio calificado, que se le denomina como calificado justamente por presentar la conducta punible circunstancias particulares que le hacen merecedor de un especial reproche penal.

Señaló que desde la dictación de la ley N° 20.066, nuestro país avanza en sentido contrario al del resto de las naciones y la doctrina, porque en vez de eliminar el tipo penal del parricidio se le ha ampliado a figuras que no son las propias de su ámbito tradicional.

Indicó que no se plantean buenas razones para ampliar de nuevo la figura del parricidio a los casos de homicidio de personas que ni siquiera estuvieron alguna vez casadas o fueron convivientes, como pretende la Cámara de Diputados al hacer aplicable esa penalidad a los que tuvieron un hijo en común, fruto de una relación única, esporádica o pasajera.

Puntualizó que la propuesta del Senado consistió en recalificar el homicidio simple cometido entre ex convivientes o ex cónyuges, que en la actualidad tiene una pena muy baja, incorporándolo como una circunstancia adicional al homicidio agravado.

El Honorable Senador señor Espina observó que la Cámara de Diputados propuso un sistema, para sancionar con una pena mayor a los homicidas que son ex cónyuges o ex convivientes de sus víctimas, que es de enorme complejidad, difícil determinación y dudosa aplicación, al exigir que la pena proceda sólo si han transcurrido menos de tres años entre el delito y el término efectivo del matrimonio o de la convivencia.

Difícil, agregó, porque es muy complejo determinar judicialmente y probar el momento preciso en que terminó una convivencia, lo que determinará que la aplicación práctica, en los tribunales, de una norma como la propuesta por la Cámara Baja, sea más bien teórica. Recalcó que, en su opinión, dictar leyes que establecen largos listados de condiciones o circunstancias difíciles de probar, fehacientemente, para imponer una pena, resultara en una invitación abierta para que el juez riguroso en la aplicación estricta de la ley nunca la aplique.

Sobre el punto, el Honorable Senador señor Larraín agregó que la proposición de la Cámara también faculta al juez para que, si lo estima, aplique o no la agravación de pena contra los ex cónyuges o ex convivientes victimarios, latitud que se traduce en una inadecuada técnica legislativa porque es muy posible, con independencia del propósito perseguido por el legislador, que al permitir que la agravación pueda no ser aplicada según si había cesado la vida en común con tres años de antelación al homicidio, los magistrados por aplicación del principio pro reo tiendan a no dar por acreditada la convivencia en los tres años precedentes al delito.

El profesor señor Enrique Cury coincidió con este último planteamiento, e indicó que no estima apropiado insistir en la incorporación de nuevas hipótesis al delito de parricidio, cuando lo efectivo es que esa figura está en retroceso en la legislación penal comparada, y compartió la idea de establecer una suerte de homicidio agravado para penar los femicidios contra ex cónyuges o ex convivientes.

Respecto de la penalidad, el Honorable Senador señor Larraín indicó que la propuesta del Ejecutivo y la aprobada por el Senado imponen una pena a los victimarios de sus ex cónyuges o ex convivientes que parte del mismo piso, esto es, presidio mayor en grado medio; la diferencia, acotó, estriba en que el Senado establece un techo más bajo, presidio mayor en su grado máximo, a diferencia del Ejecutivo que propone que ese límite máximo se extienda hasta el presidio perpetuo simple.

A continuación la Honorable Diputada señora Muñoz expresó que deseaba plantear una opinión discrepante sobre la materia. Señaló que, en su opinión, el Estado en su conjunto ha sido tolerante con el asesinato de mujeres, lo que se traduce, por ejemplo, en la existencia de algunas interpretaciones, que le parecen lamentable, por parte de los tribunales, respecto de lo que ha de entenderse por convivencia, cuyo efecto más significativo, para no hablar de propósito, es que los culpables de homicidios contra mujeres no sean calificados como parricidas sino que simples homicidas, exceptuándolos por esa vía de la aplicación de la penalidad que, según la ley, les correspondería.

Agregó que no está de acuerdo y es contraria a la diferenciación que se ha planteado realizar entre la pena que llevaría aparejado el homicidio de convivientes y cónyuges, y el homicidio de ex convivientes o ex cónyuges, ya que las circunstancias de mayor reproche social que justifican un especial castigo son semejantes y no le parece posible atribuir mayor o menor gravedad al crimen cometido según la víctima sea la pareja o ex pareja del autor que, precisamente por tal circunstancia, debiera ser el encargado de protegerla o, al menos, de no dañarla.

Observó que también se debe avanzar en el cuestionamiento, y llegar a la eliminación, de las atenuaciones de responsabilidad criminal a que los culpables de estos delitos recurren en virtud de lo dispuesto en la causal quinta del artículo 11 del Código Penal³, para rebajar aún más su penalidad.

El Honorable Senador señor Walker, don Patricio, indicó que coincide en que la propuesta de la Cámara propone una serie de distinciones y pruebas que hacen que la disposición resulte de difícil aplicación práctica y, por otra parte, en relación con la diferenciación de

³ Artículo 11: "Son circunstancias atenuantes:

...

5ª. La de obrar por estímulos tan poderosos que naturalmente hayan producido arrebatos y obcecación."

penas que establece la proposición del Ejecutivo y la del Senado, estimó que es preferible establecer una sanción única que se aplique a los asesinatos de mujeres cometidos por sus cónyuges, convivientes, ex cónyuges o ex convivientes, porque concuerda en que todos esos casos son igualmente graves y reprochables y vulneran esencialmente los mínimos deberes entre personas que, en un momento, han creado vínculos tan fuertes de confianza que han compartido una vida en común.

La Honorable Senadora señora Pérez coincidió en el sentido de que las distinciones que hace la Cámara son de difícil configuración práctica y que en este caso no corresponde diferenciar la penalidad entre los distintos victimarios. Además, señaló su opinión en el sentido de que si la Comisión Mixta alcanza un acuerdo adecuado en este punto el Congreso generará una ley con fuerza moral propia, que será la mayor garantía y respaldo para su aplicación por parte de los jueces.

El señor Ministro de Justicia puntualizó que la proposición del Ejecutivo considera una pena mayor que la indicada en la posición del Senado, pero haciendo algún tipo de distinción en el caso de los ex cónyuges o ex convivientes, debido a que, aunque comparte que los delitos cometidos contra esas víctimas son atroces, el disvalor comprometido es mayor para el caso de las víctimas que mantienen un relación actual con el victimario con quien su deber de protección está plenamente vigente.

En atención al debate suscitado, los Honorables Senadores señores Chadwick y Larraín propusieron mantener para todos los casos el techo de la pena que hoy se contempla para el parricidio, es decir, presidio perpetuo calificado, y analizar la posibilidad de establecer una pena mínima menor respecto de los ex convivientes y ex cónyuges, como una forma de permitir que el juez de la causa cuente con una mayor flexibilidad en su determinación, lo que puede resultar útil para aquellos casos en que hubiere transcurrido un largo período de tiempo desde que la convivencia cesó.

Las Honorables Diputadas señoras Goic y Muñoz señalaron su posición contraria, haciendo presente que en estos casos no cabe hacer distinciones de penas, porque lo característico del femicidio es que es la culminación de un prolongado proceso de abuso de poder durante la convivencia, y que aunque ésta después haya cesado es precisamente tal vínculo el que crea las condiciones para que tal violencia llegue a transformarse en un homicidio, criterio que compartió la Honorable Senadora señora Pérez, quién argumentó, además, que el establecer una distinción de penas para estos casos podría incluso transformarse en un incentivo perverso consistente en que el hombre que quiere matar a su mujer se separa antes de ella, y espere hasta el momento en que estime que su homicidio tendrá una pena menor.

La Honorable Senadora señora Alvear manifestó ser partidaria de establecer una pena amplia, que permita al juez de la causa recorrerla aquilatando la gravedad de lo sucedido en el caso de que se trata,

en atención a la determinación judicial del momento en que ha cesado efectivamente la convivencia resulta muy difícil, siendo posible, por ejemplo, que ella no sea ininterrumpida, o que parte de ella sea atribuible a otro motivo.

Finalmente el Honorable Senador señor Espina se declaró partidario de igualar las penas para todos los casos de femicidio, en atención a que, de acuerdo a las distintas posiciones expuestas, concuerda en la enorme dificultad que conlleva el pretender diferencia la reprochabilidad de esas conducta, pues no parece existir un deslinde claro que permita diferenciar entre el homicidio cometido por un conviviente o ex conviviente o un cónyuge o ex cónyuge.

En la sesión siguiente la señora Ministro Directora del Servicio Nacional de la Mujer expresó que, para resolver las divergencias en estudio, el Ejecutivo propuso mantener sin enmiendas el artículo 390 del Código Penal, que tipifica y sanciona el parricidio, incorporar el homicidio de los ex cónyuges y ex convivientes en el artículo 391 del mismo cuerpo legal, como una nueva figura con la pena del homicidio calificado, y agregar un artículo 391 bis, nuevo, que establece que en esos dos casos, si la víctima es o había sido cónyuge o conviviente del homicida, el delito de uxoricidio se denominaría legalmente femicidio.

Agregó que, en atención a la discusión sostenida durante la anterior sesión, el Ejecutivo acogía los planteamientos expresados en el sentido que debía ser objeto de la misma pena el homicidio del cónyuge o conviviente que el del ex cónyuge o ex conviviente, aplicando en todos estos casos las actuales penas que contempla el parricidio. Para facilitar el acuerdo en la Comisión Mixta, señaló, el Ejecutivo desiste de los puntos 2), 3) y 4), de su propuesta.

Expresó que resulta convincente el argumento expresado en el sentido que en tales homicidios es precisamente la relación afectiva mantenida la que explica el delito, lo que la diferencia del homicidio de cualquier otra mujer y que también determina la especial gravedad del ilícito y la procedencia de mantener la actual pena del parricidio e incorporar en tal figura al homicidio de ex cónyuges o convivientes.

Las Honorables Senadora señora Pérez y la Honorable Diputada señora Goic manifestaron su total coincidencia con esta última propuesta del Ejecutivo, estimando que ella acoge las observaciones que hicieran presente sobre la materia, y el criterio original tenido en vista por la Cámara de Diputados.

Desde otra perspectiva, el Honorable Senador señor Espina se refirió a las penas que se propone fijar para el homicidio de ex cónyuges o ex convivientes. En tal sentido, indicó, es necesario tener presente la naturaleza y entidad de la actual pena del delito de parricidio, figura que, como se ha insistido, se encuentra en desaparición en el derecho

comparado, y que en nuestra legislación tiene asignada la más altas de las penas existentes.

Destacó que los homicidios cometidos con alevosía, por premio o recompensa remuneratoria, por envenenamiento, aumentando deliberada e inhumanamente el dolor de la víctima, o con premeditación, es decir, los más horrorosos crímenes, tienen asignada en nuestra ley la pena máxima de presidio perpetuo.

Es por ello, agregó, que fue partidario de incorporar el homicidio de ex cónyuges o ex convivientes con una pena tope de presidio mayor en su grado máximo y no de incorporarlo entre las figuras del parricidio, cuya penalidad actual es semejante a la del robo con homicidio, secuestro con homicidio o violación con homicidio, figuras que tienen la mayor sanción que permite la ley.

Estimó que llevar las penas de esta figura al máximo posible no resulta adecuado, y que ya en el pasado el Parlamento había rebajado penas previamente establecidas al quedar posteriormente de manifiesto su excesivo rigor o falta de proporcionalidad.

En relación a las penas asignadas al femicidio, el abogado asesor señor Zaliasnik manifestó que, en su opinión, al adoptar la decisión, como parte de la política criminal, de hacer más visible la figura del uxoricidio denominando como femicidio al parricidio de la cónyuge o conviviente, y de incorporar en la misma el homicidio de la ex cónyuge o ex conviviente cometido por quien ha sido su pareja, debe quedar clara la sanción por tal conducta para la generalidad de la población.

En este punto, acotó, se ha generado debate respecto de la posibilidad de asignar sanciones penales distintas según la víctima sea en el momento del crimen la cónyuge o conviviente del victimario, o lo haya sido en el pasado, más próximo o remoto.

Sobre la materia, agregó, después de analizar las opciones que se han barajado, así como las opiniones planteadas por los señores parlamentarios, se ha concluido que no existen razones que justifiquen la diferenciación de las penas, pues en los delitos de que se trata es precisamente el vínculo que ha existido el elemento distintivo, el detonante o el móvil de la conducta del victimario. Aun más, señaló, las estadísticas indican que en estos delitos se presenta una prolongada convivencia previa con la mujer a quien se asesina.

Incluso, indicó, es posible sugerir que resulta más perturbadora y grave la agresión del ex cónyuge o ex conviviente, pues se trata de alguien que previamente se alejó del domicilio, que no puede justificar actuales tensiones, que probablemente hostilizó a la mujer durante el período de la separación, y que regresa al domicilio precisamente a matar a la mujer.

En cuanto a la pena del delito, señaló que efectivamente la sanción actual del parricidio puede llegar a presidio perpetuo calificado, y que no se trata que en el actual proyecto se fije tal pena para el femicidio, sino que se da tal nombre a una de las actuales figuras del parricidio, el que además se amplía al homicidio de los ex cónyuges y ex convivientes. Entonces resulta, expresó, que no se trata de discutir si la pena es muy alta para este caso, sino que de analizar la actual penalidad del parricidio, lo que resulta ajeno al proyecto en estudio.

Finalmente señaló que Europa, donde la tipificación del parricidio paulatinamente desaparece, presenta una realidad social distinta, y que en el concierto latinoamericano se ha incorporado el femicidio como una política criminal destinada a proteger a las mujeres, que en nuestra cultura no gozan de la misma situación que tienen en Europa, por ejemplo.

La Honorable Diputada señora Muñoz reiteró su oposición a diferenciar las penas entre cónyuges y convivientes actuales o pasados. Agregó que las distintas penalidades han llevado a que los acusados de parricidio aleguen no tener vida en común para rebajar su pena, lo que en algunas oportunidades acogen los tribunales, configurándose una burla a la ley.

Señaló que el proyecto se funda en un hecho social real, cual es que la seguridad de las personas dentro de sus propias casas no se encuentra garantizada, pues es en ellas donde se cometen actualmente los asesinatos, las violaciones, los abusos y maltratos, lo cual ha motivado a los entes legisladores a establecer leyes especiales sobre violencia intrafamiliar, por ejemplo, como parte de una política criminal que aspira a cambiar las actuales conductas sociales sobre la materia.

En similar sentido, la Honorable Senadora señora Pérez compartió la necesidad de sancionar nítidamente el asesinato de mujeres por parte de sus actuales o pasadas parejas, y de sancionar tal conducta drásticamente.

Agregó que para las mujeres que ha escuchado opinar sobre la materia, de diversos grupos sociales y con distintos niveles culturales, tal conducta es de la mayor gravedad, pues no se trata sólo de un hombre desconocido que con su superioridad física ataca y mata a una mujer, sino que del hombre con el cual ella compartió su vida, convivió, con el cual pudo haber generado hijos, el que le ofreció su protección y respeto que, sea cual sea la causa, después de eso, y precisamente como consecuencia de ese poderoso vínculo afectivo, termina asesinandola.

El Honorable Senador señor Espina manifestó que, de acuerdo a lo expuesto, se ha formado el convencimiento de no existir razones valederas para diferencias las penas. Indicó que en la actual figura del parricidio se encuentra establecida la sanción por el homicidio del cónyuge o conviviente, es decir, la pena ya existe, y no parece razonable que

el homicidio de la ex cónyuge o ex conviviente sea sancionado en forma distinta. Señaló que, sin perjuicio de estimar debatible la entidad de la penalidad vigente, la discusión sobre la pena del parricidio escapa al sentido del presente proyecto que, coincide, debe ser despachado a la brevedad.

Además, solicitó dejar constancia, para la historia fidedigna del establecimiento de la ley, que la norma también operaría cuando sea la mujer la autora del asesinato de quien es o ha sido su marido o conviviente, discusión que, de ser abordada, prolongará el trámite del proyecto.

Finalmente la Honorable Diputada señora Rubilar coincidió en la necesidad de unificar la sanción, señalando que la acción del ex cónyuge o conviviente homicida es absolutamente reprochable, pues se trata de una persona que ya no está sujeta a algún evento grave dentro de la convivencia, sino que de aquella a quien la previa existencia de un vínculo afectivo le hace posible acercarse a su ex pareja para asesinarla. Por otra parte, agregó, si bien coincide en que la pena superior del parricidio es muy elevada, confía en el criterio de los tribunales que, analizados los hechos del caso concreto, aplicarán la sanción que corresponda, recorriendo toda su extensión.

Enseguida, la Presidente de la Comisión Mixta, Honorable Senadora señora Alvear, señaló que, de acuerdo a lo antes expuesto, existiría acuerdo en sancionar de igual forma los homicidios de los cónyuges y convivientes y de los ex cónyuges o convivientes

Con tal propósito, propuso incorporar a estos últimos entre las personas con una relación especial con el victimario a que se refiere el inciso primero del artículo 390 del Código Penal.

De esta forma, señaló, se superaría el rechazo de la Honorable Cámara a las enmiendas introducidas por el Senado al número 7) aprobado en el primer trámite. Además, indicó, de aprobarse esta proposición por la Comisión Mixta, al mismo tiempo correspondería suprimir el número 6), nuevo, que incorporó el Senado en el segundo trámite, y que la Cámara de Diputados rechazó en el tercer trámite, porque es contradictorio con el criterio de igualar la pena para el asesinato de los cónyuges y convivientes y de los ex cónyuges y ex convivientes.

Sometida a votación la propuesta antes indicada, es aprobada por la unanimidad de los miembros presentes de vuestra Comisión Mixta, Honorables Senadores señoras Alvear, Pérez y Rincón y señores Chadwick y Espina y Honorables Diputados señoras Goic, Muñoz y Rubilar.

- - -

A continuación la Presidente de la Comisión, Honorable Senadora señora Alvear, sometió a discusión la última propuesta

por el Ejecutivo a vuestra Comisión Mixta, que es la incorporación de un artículo 391 ter, nuevo, al Código Penal, antes transcrito.

Sobre la materia, el profesor señor Acosta expresó sus reparos sobre la disposición en comentario. Indicó que la norma no parece tener fundamentos jurídicos, resultando contraria a los principios básicos que rigen en materia de legítima defensa.

En primer lugar, señaló, no es claro su sentido ya que parece confundir la víctima del homicidio con la víctima de la violencia intrafamiliar, y la referencia a la autora de maltrato constitutivo de violencia intrafamiliar resulta equívoca, pues tal ley reserva la expresión maltrato para el delito de su artículo 14 (maltrato habitual), siendo los demás casos actos de violencia intrafamiliar de conocimiento de los juzgados de familia.

Continuó expresando que la situación que se plantea no es un caso de legítima defensa incompleta, que existe cuando frente a una agresión ilegítima real y actual o inminente no concurren todos los requisitos exigidos por el artículo 10 N^{os} 4, 5 y 6 del Código Penal para aceptar una legítima defensa completa que justifica la conducta.

Manifestó que lo que nunca puede faltar en una legítima defensa es la agresión ilegítima, incluso en la legítima defensa privilegiada, y que no es posible presumir una agresión porque el ahora agredido ha sufrido una condena en el pasado, sin limitación en el tiempo, la que incluso puede provenir de un Juzgado de Familia.

Indicó que el hecho que exista una condena firme anterior precisamente hace desaparecer esa agresión ilegítima, y que si la agresión no es actual la reacción no es para impedir la o repelerla sino que sólo venganza. La norma parece descansar sobre la idea de que por el solo hecho que la víctima del parricidio u homicidio haya sido previamente condenada por un Juzgado de Familia por violencia intrafamiliar, o por un tribunal con competencia penal por el delito de maltrato habitual, su sola presencia constituye una agresión ilegítima y actual, lo que se desvirtúa con la existencia de la condena previa ejecutoriada, esto es, por la sentencia dictada por un hecho previo, no actual.

Enseguida la Ministra Directora de Servicio Nacional de la Mujer manifestó que, de acuerdo a las normas ya aprobadas por la Comisión Mixta, que ha considerado la situación de la mujer que previamente ha sido víctima de violencia intrafamiliar, y a los reparos expresados, el Ejecutivo, en pro de un rápido despacho del proyecto, retira esta última proposición.

- - -

En consideración al debate y acuerdos antes reseñados, vuestra Comisión Mixta tiene el honor de proponeros la siguiente

forma y modo de superar las discrepancias entre el Senado y la Cámara de Diputados:

Artículo 1°

1) N° 1 de la Cámara

-- Reemplazarlo por el que sigue:

“1) Sustitúyese el número 11 del artículo 10, por el siguiente:

“**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 actúa.”.

(Ocho votos a favor, un voto en contra).

2) N° 7 de la Cámara, que pasa a ser N° 6

-- Sustituirlo por el siguiente:

“6) En el artículo 390:

a) Reemplázase la expresión “a su cónyuge o conviviente” por la siguiente: “a quien es o ha sido su cónyuge o su conviviente”, y

b) Incorpórase como inciso segundo, nuevo, el que sigue:

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

(Unanimidad, 9x0).

3) N° 6, nuevo, del Senado.

-- Suprimirlo.

(Unanimidad, 9x0).

- - -

De aprobarse las proposiciones de vuestra Comisión Mixta, el texto del proyecto queda como sigue:

“PROYECTO DE LEY

Artículo 1º.- Introdúcense las siguientes modificaciones en el Código Penal:

1) Sustitúyese el número 11 del artículo 10, por el siguiente:

“**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 actúa.”.

2) Reemplázase, en el numeral 2º del artículo 361, la locución “para oponer resistencia” por “para oponerse”.

3) Intercálase el siguiente artículo 368 bis, pasando el actual a ser artículo 368 ter:

“Artículo 368 bis.- Sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 63, en los delitos señalados en los párrafos 5 y 6 de este Título, serán circunstancias agravantes las siguientes:

1º La 1ª del artículo 12.

2º Ser dos o más los autores del delito.”.

4) Reemplázase en el artículo 369, su inciso cuarto por el siguiente:

“En caso de que un cónyuge o conviviente cometa alguno de los delitos establecidos en los párrafos 5 y 6 de este Título en contra de aquél con quien hace vida común, se podrá poner término al proceso a requerimiento del ofendido, a menos que el juez, por motivos fundados, no acepte.”.

5) Agréguese, en el inciso primero del artículo 370 bis, la siguiente oración final: “Además, si el condenado es una de las personas llamadas por ley a dar su autorización para que la víctima salga del país, se prescindirá en lo sucesivo de aquella.”.

6) En el artículo 390:

a) Reemplázase la expresión “a su cónyuge o conviviente” por la siguiente: “a quien es o ha sido su cónyuge o su conviviente”, e

b) Incorpórase como inciso segundo, nuevo, el que sigue:

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

7) Intercálase, en el inciso segundo del artículo 489, a continuación de la palabra “delito”, la siguiente frase: “ni tampoco entre cónyuges cuando se trate de los delitos de daños indicados en el párrafo anterior”.

Artículo 2°.- Introdúcense las siguientes modificaciones en la ley N° 20.066, sobre Violencia Intrafamiliar:

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) Sustitúyanse en el inciso segundo del artículo 16, los términos “un año” por “dos años”.

Artículo 3º.- Agréganse, en el artículo 90 de la ley Nº 19.968, que creó los Tribunales de Familia, como incisos tercero y cuarto, nuevos, los siguientes:

“Previo a remitir una causa al Ministerio Público, el juez de familia adoptará las medidas cautelares que correspondan, las que se mantendrán vigentes en tanto el fiscal no decrete o solicite su modificación o cese.

Si se plantea una contienda de competencia relacionada a un asunto de violencia intrafamiliar entre un juez de familia y el Ministerio Público o un juez de garantía, el juez de familia involucrado podrá adoptar las medidas cautelares que sean procedentes, las que se mantendrán vigentes hasta que la contienda de competencia sea resuelta.”.

- - -

Acordado en sesiones realizadas los días 30 de junio, 14 de julio, 10 y 17 de agosto de 2010, con la asistencia de los Honorables Senadores señora Soledad Alvear Valenzuela (Presidente), señores Alberto Espina Otero (Lily Pérez San Martín), Andrés Chadwick Piñera, Hernán Larraín Fernández (Alberto Espina Otero) y Patricio Walker Prieto (Ximena Rincón González), y de los Honorables Diputados señoras María Angélica Cristi Marfil, Adriana Muñoz D`Albora y Karla Rubilar Barahona (Mario Bertolino Rendic), y señores Jorge Burgos Varela (Carolina Goic Borojevic), Giovanni Calderón Bassi y Marcelo Schilling Rodríguez.

Valparaíso, 4 de octubre de 2010.

JUAN PABLO DURÁN GONZÁLEZ
Secretario