



**UNIVERSIDAD AUSTRAL DE CHILE**

FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES

ESCUELA DE DERECHO

**Normas legales que reconocen la calidad de conviviente en  
Chile y su posibilidad de aplicación a uniones de hecho  
homosexuales.**

MARÍA ASUNCIÓN DE LA BARRA SUMA DE VILLA

MEMORIA PARA OPTAR AL GRADO DE LICENCIADO EN CIENCIAS JURÍDICAS Y  
SOCIALES

PROFESORA PATROCINANTE: SUSAN TURNER SAELZER.

**VALDIVIA - CHILE**

**Diciembre de 2009**

## **INFORME DE MEMORIA DE PRUEBA**

### **“Normas legales que reconocen la calidad de conviviente en Chile y su posibilidad de aplicación a uniones de hecho homosexuales”**

**María Asunción de la Barra Suma de Villa**

En el marco de la asignatura Seminario de Investigación Jurídica, me corresponde informar la memoria de prueba presentada por doña María Asunción de la Barra Suma de Villa.

El trabajo se divide en tres apartados, cuya comprensión se facilita enormemente a partir de la clara exposición del problema jurídico a tratar y de la hipótesis a seguir que la tesista hace en la Introducción. En el primer capítulo, se elabora un breve pero conciso marco conceptual sobre las uniones de hecho no matrimoniales, abordando aspectos tales como la terminología utilizada para referirse a ellas, las políticas legislativas relativas a las mismas, el tratamiento doctrinal y jurisprudencial de estas parejas en el derecho nacional y, un elemento de relevancia para los siguientes apartados, el requisito de la diferencia de sexo entre los miembros de la unión de hecho.

A continuación, la postulante analiza las normas legales existentes en nuestro ordenamiento jurídico que reconocen la calidad de conviviente, distinguiendo entre aquellas que lo hacen de manera explícita y aquellas en que, por el contrario, el reconocimiento es más bien implícito, con el preciso objeto de verificar si ellas permiten o excluyen su aplicación a uniones de hecho entre personas del mismo sexo. De esta manera, se revisan disposiciones del Código Procesal Penal, del Código Penal, del Código Civil, de la ley de Violencia Intrafamiliar (20.066), de Tribunales de Familia (19.968), de aquella que fija disposiciones para casos de sismos y catástrofes (16.282), de la ley sobre revalorización de fondos de pensiones (15.386), de accidentes del trabajo y enfermedades profesionales (16.744), de seguro obligatorio de accidentes personales causados por circulación de vehículos motorizados (18.490) y del decreto ley 3.500 sobre nuevo sistema de pensiones. De esta enumeración se desprende la amplitud del campo legal estudiado, lo cual refleja la seriedad del trabajo presentado.

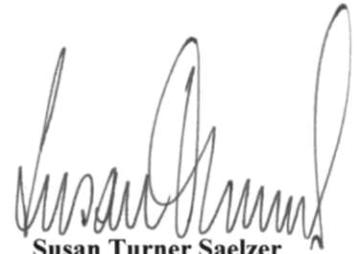
Siguiendo siempre la misma estructura de transcribir en primer término la disposición en estudio –alusiva a la unión de hecho– para luego analizarla con apoyo de la doctrina especializada y finalizar con la conclusión de si es posible o no su aplicación a la pareja homosexual, el lector puede hacerse una idea cabal de la situación legislativa actual. Por otra parte, esta panorámica permite, en mi opinión, concordar con la hipótesis seguida por la tesista en el sentido que en la mayoría de los casos no existe inconveniente de origen legal para hacer extensivas las normas a parejas homosexuales y que, por consiguiente, las objeciones de la jurisprudencia y cierta doctrina a una tal aplicación extensiva son más bien extralegales. La argumentación esgrimida en cada caso por la postulante es coherente y denota un estudio meditado de las diversas normas.

Las conclusiones de la memoria condensan el análisis ordenado y razonado de los distintos capítulos del trabajo. Considero que éste constituye un verdadero aporte al tema del tratamiento legal de las uniones homosexuales en Chile y en ese contexto resulta valioso. Se ve enriquecido por

una redacción fluida y un correctísimo uso del lenguaje técnico. La bibliografía utilizada resulta suficiente y actual y el régimen de citas es correcto.

En definitiva, la presente memoria de prueba permite concluir, en mi opinión, que la postulante es capaz de abordar y trabajar un problema jurídico de manera sistemática y razonada.

Por las consideraciones anteriormente expuestas, autorizo para empaste y califico la presente memoria de prueba con nota siete (7,0).



**Susan Turner Saelzer**

**Profesora de Derecho Civil**

Valdivia, diciembre de 2009.

*A mi sobrina, en quien tengo puesta toda mi fe,  
pues se ha convertido en mi gran orgullo.*

## Índice

I) Introducción.....	pág.2
II) Aspectos generales de las uniones de hecho.	
1. Terminología.....	pág. 3
2. Breve referencia a la historia del tratamiento legal de las uniones extramatrimoniales en Chile.....	pág. 4
3. Jurisprudencia nacional frente a las uniones de hecho.....	pág. 5
4. Políticas legislativas frente a las uniones de hecho.....	pág. 6
5. Estado actual de la discusión en Chile .....	pág. 6
6. Concepto y requisitos de las uniones de hecho.....	pág. 6
7. La diferencia de sexo como requisito constitutivo de las uniones de hecho.....	pág. 9
III) Análisis de las normas que reconocen expresamente la calidad de conviviente en Chile.	
1. Normas legales que reconocen explícitamente la calidad de conviviente en Chile contenidas en el Código Procesal Penal .....	pág. 14
2. Normas legales que reconocen explícitamente la calidad de conviviente en Chile contenidas en el Código Penal.....	pág. 25
3. Normas legales que reconocen la calidad de conviviente en Chile contenidas en diversos cuerpos legales.....	pág. 39
4. Criterio de interpretación aplicable a todas las normas que reconocen la calidad de conviviente en Chile.....	pág. 43
IV) Análisis de las normas legales que reconocen implícitamente la calidad de conviviente en Chile.....	pág. 45
V) Conclusiones.....	pág. 49
VI) Bibliografía.....	pág. 53

## **Introducción**

Según el último censo poblacional practicado por el Instituto Nacional de Estadística en el año 2002, el número de personas que contraen matrimonio disminuyó de 51% a 46,2% en relación con el censo practicado el año 1992. Asimismo, el número de convivientes aumentó de 5,7% al 8,9% y el de hogares monopaterales tuvo un aumento de 25,3% a 31,5%.<sup>1</sup> Como se puede apreciar, las relaciones mantenidas al margen del régimen matrimonial han aumentado. De esta forma, nuestra sociedad tiende a ampliar el concepto tradicional de familia hacia las uniones de hecho y las familias monopaterales, sin que se puedan plantear dudas sobre la legitimidad o aceptación social de estas relaciones. En el plano normativo, esta situación se refleja, primeramente, en la propia Constitución Política de la República que, al consagrar a la familia como núcleo fundamental de la sociedad, no nos entrega un concepto de ésta de modo tal que pueda adaptarse a los diversos cambios sociales. Además, la nueva Ley de Matrimonio Civil, promulgada en mayo de 2004, establece en su artículo 1° que “El matrimonio es la base principal de la familia”, donde se admite – en la expresión principal- la posibilidad que las familias se generen de una forma diversa al matrimonio. Ahora bien, pese a que las uniones de hecho son una realidad social creciente, existe gran controversia en torno a cuál debe ser la postura de la legislación frente al tema. No siendo pertinente en esta sede involucrarnos en el debate valórico que implica esta situación, sólo baste señalar que en la actualidad nuestro derecho no entrega un estatuto uniforme que regule las uniones de hecho, sino que reconoce de forma aislada algunos efectos jurídicos a las relaciones de convivencia a través de normas dispersas en varios ámbitos de nuestra legislación. Sin embargo, carecemos de un concepto legal de convivencia y de los requisitos para que estas relaciones se configuren, quedando entregada al intérprete la labor de delimitar los campos de aplicación de estos preceptos. Así las cosas, estamos autorizados para preguntarnos si la legislación nacional admite a las uniones de hecho homosexuales en la escasa regulación que entrega sobre estas relaciones, pese a admitirse por la generalidad de la doctrina que sólo se generan efectos jurídicos para quienes conforman una relación de convivencia heterosexual. De la respuesta a esta interrogante depende el campo de aplicación de todas las normas que hacen alusión, sea implícita o explícitamente, a las convivencias y los sujetos integrantes de éstas, pues en la medida que entendamos que la legislación nacional permite la inclusión de las uniones de hecho homosexuales, aplicamos los efectos jurídicos previstos por éstas normas a las personas que integran una relación de convivencia homosexual. Como hipótesis inicial a este problema, estimo que, efectivamente, el campo de aplicación de las normas legales que reconocen la calidad de conviviente en Chile se entiende tanto a uniones de hecho heterosexuales como a homosexuales. Es precisamente sobre este punto que versaran las siguientes líneas.

---

<sup>1</sup> Fuente: Censo población y vivienda año 2002, Instituto Nacional de Estadística.

## Aspectos generales de las uniones de hecho

### 1) Terminología

Diversas son las acepciones que se han utilizado a lo largo de la historia para denominar la situación de dos personas que conviven al margen de la relación matrimonial. La noción más arraigada, tanto en la doctrina tradicional como en la jurisprudencia, es la de concubinato, concepto genérico que abarca las diversas especies de uniones extraconyugales que tienen el elemento común de estabilidad en su relación de pareja<sup>2</sup>. Este término ha sido acuñado desde la antigüedad, con una carga peyorativa innegable,<sup>3</sup> que alude a la “relación marital entre un hombre y una mujer sin estar casados”<sup>4</sup>. Sin embargo, existe doctrina que distingue entre “concubinato” y “unión de personas libres”<sup>5</sup>, en donde el primero se distingue por tratarse de relaciones extramatrimoniales en donde las partes tienen algún impedimento legal para contraer matrimonio, en tanto las segundas - uniones de personas libres- se configuran cuando efectivamente la relación se mantiene al margen del régimen matrimonial por libre voluntad de las partes, sin existir impedimentos legales que los obliguen a mantenerse en tal estado.

Otros conceptos que se han utilizado por la doctrina, tanto nacional como comparada, son los de matrimonio de hecho, convivencia *more uxorio*, uniones extramatrimoniales, familia de hecho o pareja paramatrimonial<sup>6</sup>, no siendo necesario aquí delimitar cada uno de ellos, pues todos aluden a la relación de facto que se da entre dos personas que no se encuentran unidas por un vínculo legal formalizado como es el matrimonio.

La variación conceptual también se ha manifestado en la legislación nacional. La primera referencia normativa a este tipo de relaciones se dio en la ley n°9.293 del 19 de febrero de 1949 donde se hacía solidariamente responsable del pago de la obligación alimenticia a quien viviera en concubinato con el alimentario. A partir de esta norma, las siguientes referencias legislativas siempre utilizaron la voz concubina, concubino o concubinato. El cambio lo introdujo la ley n°17.564 de 22 de noviembre de 1971 que fijó disposiciones para casos de sismo o catástrofes en el cual se consideró como beneficiario de un subsidio al conviviente de la persona fallecida. La

---

<sup>2</sup> Cfr. Bossert, G., *Régimen jurídico del concubinato*, Editorial Astrea, Buenos Aires, 2007, p. 30

<sup>3</sup> Concubinato proviene del latín *cum cubare*, cuyo significado es “dormir con”. Se puede apreciar desde el origen del vocablo una carga emotiva que se ha generalizado a través de la historia.

<sup>4</sup> Real Academia Española, *Diccionario de la lengua Española*, vigésimo segunda edición, en [http://buscon.rae.es/draeI/SrvltConsulta?TIPO\\_BUS=3&LEMA=concubinato](http://buscon.rae.es/draeI/SrvltConsulta?TIPO_BUS=3&LEMA=concubinato), consultado el 30 de Septiembre de 2009.

<sup>5</sup> Ver, entre otros, Bossert, G., *Régimen jurídico del concubinato*, Editorial Astrea, Buenos Aires, año 2007. Azpiri, J., *Uniones de hecho*, Editorial Hammurabi, Buenos Aires, 2003.

<sup>6</sup> Mesa, C., *Las uniones de hecho. Análisis de sus relaciones económicas y sus efectos*, 2° edición, Editorial Aranzadi, Navarra, 2000, p.28

utilización de la expresión *conviviente* por parte de nuestra legislación es una tendencia que se manifiesta hasta la actualidad, como se puede evidenciar en el artículo 108 del Código Procesal Penal del año 2000 o en el artículo 5 de la ley n° 20.066 de 7 de octubre de 2005 sobre Violencia Intrafamiliar.<sup>7</sup>

Ahora bien, la doctrina moderna y las diversas legislaciones que han optado por regular las estas relaciones de convivencia al margen del matrimonio utilizan el concepto de “uniones de hecho” o “unión de hecho no matrimonial”<sup>8</sup>, pues entienden que este concepto describe precisamente la naturaleza de esta relación y sus características esenciales. En este sentido, siguiendo lo planteado por Javier Barrientos, la expresión unión de hecho expresa claramente la naturaleza de ésta para efectos jurídicos: se trata de una unión, situación común y unitaria entre dos personas que se vuelve relevante para determinados efectos jurídicos que tiene como causa constitutiva un hecho y no un cierto negocio jurídico como es el caso de la unión matrimonial. En este caso, el hecho constitutivo de la unión es la convivencia.<sup>9</sup> Entendemos que este concepto es el que denota de modo más idóneo la institución que intentamos abordar y es por ello que será el utilizado en esta investigación, sin perjuicio de entender como homólogos cualquier referencia que se haga a los términos tradicionales utilizados como es el de convivencia y concubinato.

## **2) Breve referencia a la historia del tratamiento legal de las uniones extramatrimoniales en Chile.**

Con anterioridad a la vigencia del Código Civil, nuestra legislación sancionaba como ilícitas las relaciones de convivencia entre dos personas que no fueran solteras, en tanto, respecto de aquellas parejas que mantenían una relación de convivencia siendo ambos integrantes solteros,<sup>10</sup> el derecho no las sancionaba, pero tampoco regulaba su situación. En este orden de ideas, podemos sostener que las primeras regulaciones de las uniones de hecho denotaban un carácter sancionatorio por parte del legislador, lo que responde a las concepciones sociales propias de la época en torno a lo pernicioso de estas relaciones y la fuerte valoración positiva asignada a la institución matrimonial.

El Código Civil, vigente a partir del 1 de enero de 1857, no regulaba específicamente la situación de los concubinos, si bien existía un reconocimiento implícito del mismo a través de la existencia de los hijos naturales que se derivan de una relación de concubinato. Sin embargo, aun cuando el Código Civil no sancionaba estas relaciones, la jurisprudencia siguió castigándolas

---

<sup>7</sup> Cfr. Barrientos, J., *De las uniones de hecho: Legislación, doctrina y jurisprudencia*, Editorial LexisNexis, Santiago, 2008, p. 17 y ss.

<sup>8</sup> Azpiri, J., *Uniones de hecho*, Editorial Hammurabi, Buenos Aires, 2003, p. 24.

<sup>9</sup> Cfr. Barrientos, J., *Op. Cit.*, p. 27.

<sup>10</sup> Cfr. Barrientos, J., *Op. Cit.*, pp. 5-6.

cuando causaban un “escándalo público”,<sup>11</sup> en lo que se reflejaba que, pese a la posición abstencionista del legislador en torno al tema, la sociedad continuaba reprochándolas.

A su vez, el Código Penal de 1875, tipificó el delito de amancebamiento respecto del marido que mantenía una cierta relación de convivencia con una persona casada, ya sea dentro de la casa conyugal o fuera de ésta con escándalo. Junto a esto, se contemplaba el delito de adulterio respecto de la “mujer que yacía con hombre” distinto del marido, con una penalidad mas elevada que el delito de amancebamiento.<sup>12</sup> Estos delitos fueron derogados por la ley n°19335 de septiembre de 1994. Además, la jurisprudencia tendía a castigar otros tipos de relaciones de convivencias que no se encontraban contempladas por el tipo penal anterior, aduciendo la infracción al pudor o las buenas costumbres, aplicando el tipo residual del art. 373 del Código Penal, aun en vigor.<sup>13</sup>

Así, se evidencia una reticencia del legislador a regular las uniones de hecho a lo largo del siglo XIX. Esta tendencia se mantiene hasta mediados del siglo XX, cuando distintas leyes comienzan a reconocer algunos efectos aislados a estas relaciones, sin entregar un estatuto uniforme que las regule. De esta forma, podemos encontrar normas que se refieren a ellas en el derecho de familia, en sede procesal penal, en derecho laboral, en materias de seguridad social y en derecho penal.

### **3) Jurisprudencia nacional frente a las uniones de hecho.**

Las uniones de hecho generan ciertos efectos para las partes y para terceros que el derecho no puede desconocer. Sin embargo, ante la carencia de un estatuto legal que regule las relaciones generadas a partir de una unión de hecho, ha sido la jurisprudencia nacional la encargada de resolver los conflictos que se generan en ésta, recurriendo, principalmente, a normas generales de derecho civil o a los principios generales como el enriquecimiento sin causa.<sup>14</sup> La jurisprudencia ha conocido, mayormente, de conflictos patrimoniales que se derivan del término de la relación de convivencia y la necesidad de distribuir los bienes que se han adquirido durante la vigencia de ésta. Ante la ausencia de normativa específica aplicable, han recurrido a las figuras de la sociedad de hecho, de la comunidad de bienes, y el principio general de enriquecimiento sin causa. Además, se han presentado grandes controversias en torno a la legitimación activa para reclamar indemnización por daño moral en caso de ilícito que causa la muerte del conviviente, las que se fundan en la relación afectiva generada en la convivencia.<sup>15</sup>

---

<sup>11</sup> *Ibíd.*, p. 7.

<sup>12</sup> Véase Código Penal 1875, artículo 381.

<sup>13</sup> Cfr. Barrientos, J., *Op. Cit.* p. 8.

<sup>14</sup> Cfr. Ramos, R., *Derecho de familia*, Tomo II, sexta edición, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2007, pp. 646-647.

<sup>15</sup> Para mayor información sobre el tratamiento jurisprudencial a los aspectos patrimoniales de las uniones de hecho ver: Donoso, F. y Rioseco, A., *El concubinato ante la jurisprudencia Chilena*, Santiago, Editorial LexisNexis, 2007.

De esta forma, se puede sostener que la jurisprudencia acepta a las uniones de hecho como una realidad social a la que el derecho debe dar respuesta sin sancionarles. Claro es que esta respuesta viene dada únicamente en el ámbito patrimonial, por lo que no se puede aventurar cuál sería la postura de nuestros tribunales frente a los efectos personales que se generan en estas relaciones, pues son situaciones que aún no han llegado a su conocimiento.

#### **4) Políticas legislativas frente a las uniones de hecho**

Resulta indiscutible que las uniones de hecho son una realidad social creciente, lo que ha llevado a plantear la necesidad de su regulación. Son diversas las posturas que puede adoptar un Estado frente a esta situación: ignorarlas -posición abstencionista- de modo tal que el ordenamiento no las regula y tampoco las considera ilícitas, sino que simplemente no se hace cargo de ellas; condenarlas -posición sancionadora- estableciéndolas como ilícitas para impedir su proliferación; o regularlas, ya sea equiparando los efectos de las uniones de hecho a los del matrimonio o estableciendo un estatuto jurídico diferenciado que impida la falta de equidad en sus relaciones. La opción de sancionar, ha sido abandonada por la legislación comparada<sup>16</sup>. Algunos países han optado por la regulación, como España y Bolivia, en tanto la mayoría, no tiene un estatuto jurídico aplicable a las uniones de hecho, quedándose, por tanto, en una postura abstencionista.

#### **5) Estado actual de la discusión en Chile**

Existen en trámite 3 proyectos de ley que pretenden regular las uniones de hecho y 2 de estos abarcan las uniones homosexuales. En el primero se “Establece una regulación para las uniones de hecho”, su n° es el boletín 4153-18, ingresado el 12 de abril de 2006 y se encuentra en etapa de primer trámite constitucional, sin urgencia. El segundo “Regula la celebración del contrato de unión civil y sus consecuencias patrimoniales”, aplicable a las uniones homosexuales, n° boletín 5623-07, ingresado el 19 de diciembre de 2007 y se encuentra en etapa de primer trámite constitucional, sin urgencia. Por último, existe un proyecto que “Regula la unión civil entre personas del mismo sexo”, n° boletín 5774-18, ingresado el 19 de marzo de 2008 y se encuentra en etapa de primer trámite constitucional, sin urgencia. Todos ellos dan cuenta de la necesidad actual de dar una respuesta a las controversias, sobretudo en el ámbito patrimonial, que se generan a propósito de las uniones de hecho. Sin embargo, como se evidencia en su estado de tramitación en relación a la fecha de ingreso, se denota una falta de interés político-legislativo para abordar concretamente el tema.

#### **6) Concepto y requisitos de las uniones de hecho.**

---

<sup>16</sup> Azpiri, J., *Op. Cit.*, p.50.

Debemos recordar, como ya mencioné con anterioridad, que la legislación nacional no nos entrega un concepto legal de conviviente ni los requisitos necesarios para que estas relaciones se configuren o para que se apliquen los efectos que la ley prevé para los convivientes. Ante este vacío, la jurisprudencia ha entregado un concepto en los diversos casos que le ha correspondido conocer. A modo de ejemplo, podemos citar un fallo de la Corte de Apelaciones de Valparaíso, donde se sostuvo que se trata de “la unión de un hombre y una mujer que mantienen relaciones sexuales y que comparten una vida en común”.<sup>17</sup> Por su parte la doctrina nacional señala que “la unión de hecho no matrimonial entre personas de distinto sexo puede ser entendida como una unión lícita entre un hombre y una mujer, fundada en un hecho que consiste en la convivencia afectiva y a la que el derecho reconoce ciertos efectos.”<sup>18</sup> Otros señalan que “se entiende por pareja de hecho la situación de aquellas personas que conviven en forma libre y pública, y se encuentren vinculadas en forma estable por un periodo de tiempo determinado.”<sup>19</sup> A su vez, René Ramos indica, a propósito del concubinato, que éste se caracteriza por “el hecho que la pareja mantenga relaciones sexuales fuera del matrimonio, con cierto grado de estabilidad y duración, realizando un género de vida semejante a las unidas por vínculo matrimonial”.<sup>20</sup> Al margen de las definiciones doctrinales, es importante mencionar que la convivencia en Chile, con o sin reconocimiento legal, ha obtenido ya una amplia legitimación social y se ha convertido en una vía sumamente atractiva para ciertas parejas que no pueden o no quieren contraer matrimonio, pero desean llevar una vida afectiva común.<sup>21</sup>

Ahora, si revisamos doctrina comparada<sup>22</sup>, en Argentina, por ejemplo, se sostiene que la unión marital de hecho es la “constituida por un hombre y una mujer que conviven en aparente matrimonio”<sup>23</sup>. En España, país que posee diversos estatutos regulatorios para las uniones de hecho, se las ha definido como “la relación afectiva de una pareja, con independencia de su sexualidad, que comparte un proyecto de vida común, con intención de permanencia y que, si ningún tipo de formalidad en su constitución, desarrollan la convivencia en el mismo hogar de forma semejante a la conyugal”<sup>24</sup>

De los conceptos anteriores, se pueden extraer los requisitos que configuran una unión de hecho, los que examinaremos, brevemente, a continuación:

---

<sup>17</sup> Corte de Apelaciones de Valparaíso. “Bejarano y otros con Araya”, Causa Rol 3410-2006, 15 de Septiembre de 1997, en *Gaceta Jurídica*, N°206, p.90.

<sup>18</sup> Barrientos, J., *Op. Cit.* p.28.

<sup>19</sup> Arancibia, K., *Parejas de hecho y matrimonios homosexuales. Legislación comparada*, Unidad de análisis jurídicos Congreso Nacional, Valparaíso, 2006, p.1, en [http://www.bcn.cl/carpeta\\_temas/temas\\_portada.2006-11-29.9047758692/documentos\\_pdf.2006-11-29.5455861918](http://www.bcn.cl/carpeta_temas/temas_portada.2006-11-29.9047758692/documentos_pdf.2006-11-29.5455861918). (Consultado el 30 de Septiembre de 2009)

<sup>20</sup> Ramos, R., *Derecho de familia*, Tomo II, sexta edición, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2007, p. 627.

<sup>21</sup> Cfr. Figueroa, G. “El pacto de convivencia: una alternativa al pacto de matrimonio” en *Estudios de Derecho civil. Jornadas nacionales de Derecho Civil, Valdivia*, Editorial LexisNexis, Santiago, 2005, pp. 444-445.

<sup>22</sup> Las legislaciones mencionadas han sido escogidas como referencia dada la similitud cultural con nuestro país y la semejanza en la evolución legislativa.

<sup>23</sup> Azpiri, J., *Op. Cit.*, p. 25.

<sup>24</sup> Mesa, C., *Op. Cit.*, p. 46.

1.- *Vivir juntos y cohabitar*: La convivencia se genera a partir de un hecho concreto cual es vivir juntos. Solo en la medida que la pareja compare un hogar común, durante cierto tiempo, se puede entender que conviven. Además, a partir de la convivencia, viene dado otro rasgo esencial: la mantención de relaciones sexuales. Estos rasgos, sin duda, distinguen a las uniones de hecho de meras relaciones circunstanciales. Es más, se sostiene que sin el domicilio común el derecho no puede atribuir efectos jurídicos a la relación, pues a partir de este elemento es que éste puede reconocer este tipo de uniones.<sup>25</sup>

2.- *Estabilidad y permanencia en el tiempo*: Para que la cohabitación genere una relación de convivencia se requiere que ésta se mantenga por cierto tiempo y con algún grado de estabilidad. No podemos sostener que nos enfrentamos a una relación de hecho si dos personas viven juntas durante algunos días o lo hacen sólo de forma accidental. Su relación debe ser duradera, solo de esta forma se generan los efectos propios del hecho de la convivencia.

3.- *Publicidad o notoriedad*: El hecho de la convivencia debe ser manifestado externamente. El derecho solo puede atribuir efectos en la medida que ésta relación se conoce. Si se mantiene en la clandestinidad el derecho no puede, ni debe, ocuparse de ella.<sup>26</sup>

4.- *Relación entre un hombre y una mujer*: Gran parte de la doctrina estima que las uniones de hecho sólo pueden generarse cuando la relación se da con personas de diferente sexo.<sup>27</sup> En Chile, esto se sustenta por analogía con el estatuto matrimonial. Es decir, como no se permite matrimonio entre personas del mismo sexo, y las uniones de hecho son relaciones que tienen una apariencia de matrimonio, entonces las uniones de hecho deben respetar ese requisito. Sobre este punto volveré, someramente, más adelante.

5.- *Comunidad de vida*: A mi juicio el elemento fundamental de las uniones de hecho, que nos permite diferenciarlo de otro tipo de relaciones, viene dado por la comunidad de vida. Entenderemos, siguiendo a Barrientos, que la convivencia no se trata solo de vivir juntos bajo un mismo techo, sino que implica “hacer una vida en común con el otro”.<sup>28</sup> Esta comunidad de vida nace a raíz de las relaciones de afectividad que se generan y que se encaminan, como su nombre lo indica, a tener una vida en común, planes de vida que convergen para alcanzar los fines que la pareja se proponga diversos a los queridos por cada uno de sus integrantes. En este sentido, existe un ánimo de mantenerse en una relación de convivencia, que implica la “voluntad mutua de ambas partes de formar una pareja y compartir el mismo proyecto de

---

<sup>25</sup> Bossert, G., *Op. Cit.*, p. 35.

<sup>26</sup> Barrientos, J., *Op. Cit.* p.44.

<sup>27</sup> Ver, entre otros, Azpiri, J., *Uniones de hecho*, Editorial Hammurabi, Buenos Aires, 2003; Barrientos, J., *De las uniones de hecho: Legislación, doctrina y jurisprudencia*, Editorial LexisNexis, Santiago, 2008.; Bossert, G., *Régimen jurídico del concubinato*, Editorial Astrea, Buenos Aires, 2007.

<sup>28</sup> Barrientos, J., *Op. Cit.* p. 40.

vida”.<sup>29</sup> Pareciera que el legislador también entiende este elemento como necesario para la configuración de las uniones de hecho, pues el artículo 369 del Código Penal establece que “En caso de que un cónyuge o conviviente cometiere alguno de los delitos previstos en los artículos 361 y 366 n°1 en contra de aquel con quien hace vida en común, se aplicaran las siguientes reglas...”<sup>30</sup> (La cursiva es propia). Asimismo, encontramos jurisprudencia en este sentido. Por ejemplo, la Iltma. Corte de Apelaciones de Santiago, en el considerando 7° de su sentencia del 28 de Octubre de 1999, sostiene que “La relación de pareja o convivencia, si bien no esta unida por el vínculo matrimonial, significa una vida en común”<sup>31</sup> (La cursiva es propia). De esta forma, como ya mencioné, estimo que éste es el requisito fundamental en toda unión de hecho, que nos permite diferenciarlo de otro tipo de relaciones.

### **7) La diferencia de sexo como requisito constitutivo de las uniones de hecho.**

Como se evidencia del punto anterior, la doctrina y jurisprudencia exigen diferencia de sexo para la configuración de las uniones de hecho pues el punto de referencia sigue siendo el estatuto matrimonial, pese a que ya no se discute la licitud de las relaciones sexuales entre adultos libremente consentidas. De esta forma, las convivencias homosexuales estables, permanentes, notorias y con ánimo de formar una comunidad de vida no serían uniones de hecho a las que el derecho chileno reconoce ciertos efectos jurídicos. Así, se genera una controversia, que ha cobrado importancia en los últimos tiempos,<sup>32</sup> pues se discute sobre cuál sería el estatuto legal aplicable a las uniones de hecho homosexuales –todo esto conjuntamente con la discusión en torno a la regulación de las parejas de hecho heterosexuales. Así, algunas teorías se oponen a la protección de las relaciones afectivo sexuales entre personas del mismo sexo de manera absoluta,<sup>33</sup> y otras la propician, pero en menor medida que respecto de uniones entre un hombre y una mujer<sup>34</sup>. Por su parte, otras teorías argumentan a favor de una protección máxima de las

---

<sup>29</sup> Figueroa, G. *Op. Cit.*, p. 435.

<sup>30</sup> Ver artículo 369 Código Penal Chileno.

<sup>31</sup> Corte de Apelaciones de Santiago en *Gaceta Jurídica*, n° 232, Santiago, octubre de 1999, pp. 196-197

<sup>32</sup> La relevancia de este asunto se ha trasladado al ámbito político, ya que la regulación de las uniones homosexuales forma parte de la llamada “agenda valórica” de los debates presidenciales, siendo bastante diversas las posturas de los candidatos presidenciales en torno al tema. Además, existen en trámite 3 proyectos de ley que pretenden regular las uniones de hecho y 2 de estos abarcan las uniones homosexuales. El primero se “Establece una regulación para las uniones de hecho”, n° boletín 4153-18, ingresado el 12 de abril de 2006 y se encuentra en etapa de primer trámite constitucional, sin urgencia. El segundo “Regula la celebración del contrato de unión civil y sus consecuencias patrimoniales”, aplicable a las uniones homosexuales, n° boletín 5623-07, ingresado el 19 de diciembre de 2007 y se encuentra en etapa de primer trámite constitucional, sin urgencia. Por último, existe un proyecto que “Regula la unión civil entre personas del mismo sexo”, n° boletín 5774-18, ingresado el 19 de marzo de 2008 y se encuentra en etapa de primer trámite constitucional, sin urgencia.

<sup>33</sup> Véase Ratzinger, J. “Consideraciones acerca de los proyectos de reconocimiento legal de las uniones entre personas homosexuales”, en *Ius Publicum Revista de la Escuela de Derecho Universidad Santo Tomás*, número 13, 2004, pp. 235-241.

<sup>34</sup> Véase Figueroa, G. “El pacto de convivencia: una alternativa al pacto de matrimonio” en *Estudios de Derecho civil. Jornadas nacionales de Derecho Civil, Valdivia*, Editorial LexisNexis, Santiago, 2005, p. 445

parejas formadas por personas del mismo sexo.<sup>35</sup> En Chile hay quienes sostienen que las uniones afectivas formadas por personas del mismo sexo no son legítimas ni moral ni socialmente. En el primer sentido –moral- las relaciones homosexuales estarían en contradicción con la vocación de complementariedad de los sexos masculino y femenino (que se encuentra radicada en la misma ontología de la persona humana) en tanto en el sentido social ellas impiden el desarrollo normal de las sociedades a través del tiempo, al frustrar la procreación.<sup>36</sup> Por su parte, otros abogan porque la diversidad de sexo no debe ser exigida a los efectos de proteger las uniones entre personas del mismo sexo, por cuanto tal exigencia atentaría contra varios principios constitucionales, básicamente, la igualdad, la libertad de intimidad, el libre desarrollo de la personalidad y el respeto a la diversidad.<sup>37</sup>

La intención de esta exposición no es analizar los diversos argumentos que apoyan o se oponen a la regulación de las uniones de hecho homosexuales. Considero que ese es un tema valórico que, como tal, no tiene mayor sentido discutir en esta sede ya que depende de las concepciones propias que cada persona tiene respecto al matrimonio, el concepto de familia y la función de ambos en la sociedad. Sin embargo, hay un punto que merece especial atención y que dice relación con los requisitos para configurar las uniones de hecho. Como mencioné, existe doctrina que exige diferencia de sexo para la formación de las uniones de hecho. Podemos separar sus argumentos en dos grupos: Primero, los que dicen relación con la equiparación al régimen matrimonial, pues si el matrimonio exige diferencia de sexo, y las uniones de hecho son una institución que tiene, de facto, una apariencia de matrimonio, entonces también deben cumplir con este requisito. Este grupo, además, encuentra sustento en la jurisprudencia nacional que exige diferencia de sexos al definir el concepto de conviviente, partiendo del mismo supuesto mencionado. Finalmente, un segundo grupo cuyo argumento que se apoya en la letra de la ley, pues existirían normas legales que hacen referencia expresa a este requisito.<sup>38</sup> Analicemos separadamente estos argumentos:

1.- *El matrimonio exige diferencia de sexo, por tanto, las uniones de hecho también lo requieren.*<sup>39</sup> Este argumento sólo tiene sentido en la medida que entendemos que las relaciones de hecho deben ser medidas con los mismos requisitos del matrimonio. A primera vista esto tiene mucho sentido, pues las uniones de hecho son una situación que se genera por exclusión del matrimonio, o sea, cada vez que las parejas mantienen una relación de

---

<sup>35</sup> Véase Hernández, G. “Uniones afectivo-sexuales y matrimoniales entre personas del mismo sexo en el estado democrático de derecho”, en *Estudios de derecho civil III: Jornadas nacionales de derecho civil*, Editorial LexisNexis, Valparaíso, 2007, p. 183.

<sup>36</sup> Cfr. Corral, H. “Uniones homosexuales y matrimonio”, en *Diario El Mercurio*, edición 24 de octubre de 2005, Santiago, pp. A-2.

<sup>37</sup> Hernández, G. *Op. Cit.*, p. 191

<sup>38</sup> Cfr. Barrientos, J. *Op. Cit.* p. 29

<sup>39</sup> Véase, entre otros, López, C. *Manual de Derecho de Familia y Tribunales de Familia*, Tomo I, Librotecnia, Santiago, 2005, p. 87; Ramos, R. “Derecho de familia”, Tomo II, sexta edición, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2007, p. 627.

convivencia sin estar casados. Si a esto agregamos que muchos autores entienden y definen a las uniones de hecho como matrimonios de facto, entonces llegar a la conclusión que deben cumplir con los mismos requisitos no parece ser algo irrazonable. A mi parecer, llegar a esa conclusión es algo apresurado. Primero, hay que considerar la diferencia jurídica existente entre el matrimonio y las uniones de hecho, esto es que el primero es un negocio jurídico en tanto el segundo es un hecho al que el derecho atribuye ciertos efectos. Si bien ambos se fundamentan en el hecho de la convivencia, el matrimonio se ha formalizado, el derecho se ha encargado de regularlo, lo que hace que tome su “identidad” como régimen matrimonial. Es en este paso de formalización donde el legislador adopta la política que estime pertinente en torno a quiénes pueden ampararse en su regulación, no antes. Es decir, al momento de regular el matrimonio es que se opta por exigir la diferencia de sexo en la convivencia, pero esto no es algo que sea inherente al hecho de la convivencia en cuanto tal, por lo que mal podemos predicar a este respecto igualdad de requisitos para el matrimonio y las uniones de hecho. Distinta sería la situación si el legislador optara por entregar un estatuto específico a las uniones de hecho, donde debería realizar el mismo ejercicio que con el régimen matrimonial, es decir, adoptar una política determinada en cuanto a la regulación de parejas heterosexuales u homosexuales. Una objeción recurrente a la idea de que las uniones de hecho no requieren diferencia de sexo es que éstas se consideran dentro del concepto de familia como “núcleo fundamental de la sociedad”<sup>40</sup> y las uniones de hecho homosexuales no pueden contribuir al fin que la Constitución Política encarga a la familia, pues no pueden preservar la sociedad al estarles impedida la procreación.<sup>41</sup> Si bien, nadie puede desconocer que naturalmente les está impedida la procreación, esta es una finalidad que no se puede predicar, ni siquiera, respecto de parejas heterosexuales, pues perfectamente pueden existir parejas que estén impedidas de concebir naturalmente o que no quieran tener descendencia y respecto de éstas no se les puede desconocer el carácter de uniones de hecho e, incluso, si han contraído matrimonio, no se puede desconocer tal vínculo.

Retomando el tema que nos ocupa, solo queda decir que existe doctrina nacional que sostiene que carece de sentido replicar legislativamente el estatuto matrimonial para las uniones de hecho, pues sería consagrar una duplicidad de regímenes a dos situaciones de presupuestos idénticos. En cambio, la creación de un estatuto regulador de las uniones de hecho debería utilizarse para aquellas parejas que, por ser del mismo sexo no pueden contraer matrimonio.<sup>42</sup> Sin duda, esta postura cobra especial relevancia a la hora de determinar cuál será la opción de nuestro legislador en torno a regulación de las uniones de hecho.

---

<sup>40</sup> Artículo 1º, Constitución Política de la República

<sup>41</sup> Corral, H. *Op. Cit.* p. A-2

<sup>42</sup> Cfr. Turner, S. “Uniones de hecho y su regulación legal”, en *Estudios de derecho civil III: Jornadas nacionales de derecho civil*, Editorial LexisNexis, Valparaíso, 2007, pp. 172 y ss.

La idea de exigir los mismos requisitos del matrimonio a las uniones de hecho parece ser acogida igualmente por la jurisprudencia nacional. Así, diversos fallos, al definir uniones de hecho, parten de la premisa que debe tratarse de la unión entre un hombre y una mujer.<sup>43</sup> El problema radica en que no se evidencia en las sentencias una fundamentación para esta tesis, es decir, la premisa sobre la que trabajan se asume exenta de cuestionamientos. Efectivamente, hubo una época en nuestra sociedad en la que todos concordaban que lo natural eran las relaciones entre un hombre y una mujer, de modo tal que se asumía, con bastante propiedad, que la mención de la diferencia de sexos como un requisito en la configuración de las uniones de hecho no era más que una constatación fiel de la realidad social y las creencias que ésta arraigaba. Pues bien, definitivamente la situación ha cambiado. No podemos asumir en la sociedad actual que lo natural y obvio es que las relaciones afectivas sean heterosexuales ni menos predicar esto como una constatación de la realidad. De modo tal que si se exige diferencia de sexos en las convivencias debe, al menos, justificarse este requerimiento mientras no exista una legislación que respalde el planteamiento.

2.- *Existencia de argumentos de texto para exigir diferencia de sexo:* Existe doctrina que sostiene que nuestra legislación contempla la exigencia de diferencia de sexos como requisito de las uniones de hecho. Esto se desprende de dos normas, a saber, el artículo 210 del Código Civil y el artículo 24 de la ley n° 15.386.<sup>44</sup> Analicemos estas normas.

El artículo 210 del Código Civil dispone que “El concubinato de la madre con el supuesto padre, durante la época en que ha podido producirse legalmente la concepción, servirá de base para una presunción judicial de paternidad. Si el supuesto padre probare que la madre cohabita con otro durante el período legal de la concepción, esta sola circunstancia no bastará para desechar la demanda, pero no podrá dictarse sentencia en el juicio sin emplazamiento de aquél.”

El artículo 24 de la ley n° 15.386 sobre revalorización de fondos de pensiones dispone: “La madre de los hijos naturales del imponente, soltera o viuda, que estuviere viviendo a las expensas de éste (...), tendrá derecho a una pensión de montepío equivalente al 60% de la que le habría correspondido si hubiera tenido la calidad de cónyuge sobreviviente. Este derecho se extinguirá por matrimonio o fallecimiento de la beneficiaria (...)”

De la lectura de los artículos anteriores se desprende que el requisito de la diferencia de sexo viene dado por la referencia explícita que se hace a la calidad de madre de uno de los integrantes de la relación de convivencia. Evidentemente, no se puede desconocer que la única

---

<sup>43</sup> Por ejemplo: Iltma. Corte de Apelaciones de Valparaíso, en el considerando 8° de una sentencia de 15 de septiembre de 1997 sostiene “El concubinato se define como la unión de un hombre y una mujer que mantienen relaciones sexuales y que mantienen una vida en común (...)”

<sup>44</sup> Barrientos, J. *Op. Cit.* p. 29

forma para que estas normas tengan efecto es que la pareja involucrada sea heterosexual, pues solo así pueden procrear y haber una madre – consiguientemente un hijo- respecto de la cual se apliquen los efectos previstos. Sin embargo, creo que esta afirmación merece dos consideraciones. Primero, estas normas reconocen la calidad de conviviente para un fin específico, cual es la protección de los hijos que se derivan de esta relación o del núcleo familiar. Así, en el caso de la presunción de paternidad se busca facilitar el proceso de determinación de la filiación a partir de un hecho conocido, cual es la cohabitación. Obviamente, esta norma sólo cobra sentido cuando existe un hijo derivado de la relación y no por la existencia de la relación propiamente tal. En el caso de la pensión, los fundamentos son similares, pues se entrega ayuda económica sólo en la medida que exista un hijo, no bastando la mera existencia de la convivencia. De este modo, estas normas atienden más a la protección de los hijos que a la existencia de la convivencia propiamente tal. Ahora, bien se puede decir que si el legislador regula esta situación es porque supone que de las relaciones de convivencias nacen hijos, lo que supone, a su vez, la relación heterosexual. Esta es la segunda consideración: no se puede negar que el legislador supone la existencia de una relación heterosexual para el caso de las dos normas mencionadas, pero ello no se puede generalizar. Sobre todo si consideramos el objeto de protección de la norma, como se explicó anteriormente, la época de dictación de las mismas y la aplicación de otras normas que reconocen la calidad de conviviente que no aluden a la existencia de hijos. A mi parecer, estas normas sólo reflejan una respuesta a una situación fáctica que requiere atención por parte del derecho, pero no indican un espíritu del legislador en el sentido de cerrar el campo de aplicación de estas normas a las parejas homosexuales. Al menos si ello es así, no ocurre por la extracción de una regla general a partir de estos artículos.

Habiendo analizado los argumentos planteados para exigir la diferencia de sexo como requisito en las uniones de hecho queda, a lo menos, planteada la duda acerca de la razonabilidad de esta exigencia dada la configuración de la legislación actual y los cambios sociales. Pues bien, si descartamos la exigencia de heterosexualidad en las relaciones de hecho, podemos sostener que las parejas homosexuales pueden configurar una unión de hecho en la medida que cumplan con los demás requisitos, es decir, que mantengan una relación de convivencia con cierta estabilidad, permanencia en el tiempo, publicidad y formando una comunidad de vida. Algunas precisiones respecto a este último requisito. Como mencioné en su oportunidad, considero que se trata del núcleo fundamental de la unión de hecho, pues sólo en la medida que la pareja esté dispuesta a hacer vida en común, que exista un ánimo determinado que se fundamenta en los lazos de afectividad, podemos establecer con claridad que nos encontramos ante una unión de hecho. Esta visión refuerza aún más la idea que las uniones homosexuales configuran uniones de hecho, pues

dos personas del mismo sexo no tienen impedimento alguno para vivir una vida en común basada en una relación afectiva.

Ahora, asumiendo la existencia de las uniones de hecho homosexuales, debemos determinar si estas relaciones generan efectos a los que el derecho debe atender. En este sentido, existen sentencias aisladas que aplican la noción de conviviente a parejas homosexuales, particularmente en relación a la aplicación de la Ley de Violencia Intrafamiliar.<sup>45</sup> Pues bien, si existen diversas normas que otorgan ciertos efectos jurídicos a la calidad de conviviente, pero dicho concepto y los requisitos no se encuentran definidos legalmente planteo que es posible realizar una interpretación de dichas normas que abarque también a los convivientes homosexuales. Propongo para ello, que intentemos el ejercicio de analizar las normas que reconocen explícitamente un efecto jurídico a la calidad de conviviente para determinar si se puede aplicar a parejas homosexuales. De este cometido me encargaré en el apartado siguiente.

## **Análisis de las normas legales que reconocen expresamente**

### **la calidad de conviviente en Chile.**

#### **1) Normas legales que reconocen explícitamente la calidad de conviviente en Chile contenidas en el Código Procesal Penal.<sup>46</sup>**

En el Código Procesal Penal (en adelante CPP), vigente desde el año 2000, existen cuatro normas que reconocen explícitamente ciertos efectos jurídicos a los convivientes. Dichas normas serán analizadas a continuación.

##### **a) Artículo 108 Código Procesal Penal**

Artículo 108.- Concepto. Para los efectos de este Código, se considera víctima al ofendido por el delito.

En los delitos cuya consecuencia fuere la muerte del ofendido y en los casos en que éste no pudiere ejercer los derechos que en este Código se le otorgan, se considerará víctima: a) al cónyuge y a los hijos; b) a los ascendientes; c) al conviviente; d) a los hermanos, y e) al adoptado o adoptante.

Para los efectos de su intervención en el procedimiento, la enumeración precedente constituye un orden de prelación, de manera que la intervención de una o más personas pertenecientes a una categoría excluye a las comprendidas en las categorías siguientes.

---

<sup>45</sup> Viera, C. "El concepto de familia y la unión civil de personas del mismo sexo: comentarios de jurisprudencia a la aplicación de la ley de violencia intrafamiliar", en *Nomos revista de Derecho Universidad de Viña del Mar*, número 1, primer semestre 2008, pp. 199-200

<sup>46</sup> Para el desarrollo de este acápite se han tenido como referencia los siguientes textos: Núñez, C. *Tratado del proceso penal y del juicio oral*, Tomo I, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2003; Tavorari, R. *Instituciones del nuevo proceso penal*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2005.

Esta norma reconoce al conviviente como “víctima por repercusión”<sup>47 48</sup>, pues se le considera víctima cuando el ofendido falleciere o no pudiese ejercer sus derechos. Además, la norma contempla una regla de prelación, ya que el conviviente solo adquiere la calidad de víctima ante la inexistencia del cónyuge, hijos y ascendientes del ofendido.

De la lectura del artículo 108 del CPP podemos hacer una afirmación preliminar: el artículo no contempla una definición de conviviente ni hace alusión al sexo de los convivientes como requisito para considerarlos víctima del delito. Entonces, ¿las convivencias homosexuales son consideradas en la voz conviviente que utiliza este artículo? Si la respuesta es afirmativa, todas las normas que hacen alusión a la víctima del delito en el CPP les serán aplicables en la medida que el ofendido por el delito fallezca o no pueda ejercer sus derechos.<sup>49</sup>

En este caso, una primera aproximación a la respuesta que nos ocupa es atender al tenor literal del precepto, pues si el legislador no ha hecho una distinción entre convivencias heterosexuales y homosexuales, entonces el intérprete no está autorizado para realizarla. Si a ello le sumamos que en la redacción de la misma no existe ningún elemento que nos de indicios del cuál debe ser el sexo o la orientación sexual de los involucrados, debemos entender que la norma contempla tanto uniones de hecho heterosexuales como homosexuales en la medida, por supuesto, que cumplan con todos los requisitos para su configuración, mencionadas en el capítulo I de esta exposición. Además, en la historia legislativa del establecimiento del CPP, la única referencia existente al concepto de conviviente en la enumeración que realiza el artículo en comento, dice relación con una indicación orientada a suprimir su inclusión dada la dificultad probatoria de estas relaciones, indicación que fue rechazada en el segundo trámite constitucional. Al margen de ello, no se hace referencia al concepto de conviviente propiamente tal.<sup>50</sup>

Junto a lo anterior, estimo que existen dos fundamentos adicionales para entender como víctima por repercusión al conviviente homosexual. Primero, si interpretamos la norma en armonía con los derechos fundamentales que consagra la Constitución Política de la República, así, el principio de igualdad ante la ley nos impide hacer diferencias entre personas que se encuentran en idéntica situación, a no ser que existan fundamentos racionales que justifiquen tal distinción. Estimo que no existe tal fundamento, por lo que los convivientes homosexuales están autorizados para recibir el mismo trato que los convivientes heterosexuales, lo que en este ámbito

---

<sup>47</sup> Barrientos, J. *Op. Cit.* p.103

<sup>48</sup> Para los efectos de este acápite, cada vez que utilice la expresión ofendido se referirá a la víctima original, es decir, quien ha fallecido o no puede ejercer sus derechos. Aclaro, desde ya, que dicha distinción es sólo para efectos de redacción, pues el CPP entiende como sinónimos las expresiones víctima y ofendido por el delito.

<sup>49</sup> Las normas aplicables a las víctimas por repercusión en el CPP son: art. 6, art. 12, art. 47, art. 53, art. 55, art.56, art.59, art. 61, art. 64, art. 68, art. 78, art. 83, art. 92, art. 108, art.109, art.110, art. 111, art. 130, art. 137, art. 155, art. 157, art. 167, art. 169, art. 170, art. 171, art. 178, art. 237, art. 238, art. 239, art. 240, art.241, art. 242, art. 244, art. 246, art. 247, art. 273 y art. 394.

<sup>50</sup> Historia de la ley n° 19.696 que establece el Código Procesal Penal, Segundo informe Comisión Constitución, p. 1.306, disponible en <http://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=176595&buscar=codigo+procesal+penal>. (Consultado el 26 de Noviembre de 2009).

se concreta con el ejercicio de los derechos que se le conceden a la víctima. Este tema cobra especial relevancia a la hora de la aplicación de las medidas de protección que se pueden adoptar para proteger a la víctima frente a amenazas o vulneraciones a la integridad física o síquica, pues de estimar que los homosexuales quedan fuera del concepto de conviviente, estamos negando abiertamente la protección que la ley consagra para estas instancias. Sobre este punto volveré mas adelante.

Finalmente, un criterio que nos sirve para reforzar la tesis planteada anteriormente dice relación con la interpretación según los efectos prácticos de las normas. Así, del análisis de los diversos derechos que el CPP consagra a las víctimas, podemos establecer criterios de facto que apoyen la inclusión de las uniones de hecho homosexuales en la calidad de víctima del delito.

Pues bien, pese a que el principio rector del Código Procesal Penal es el de oficialidad<sup>51</sup> <sup>52</sup>, el Código Procesal Penal reconoce un rol importante a la víctima que se traduce en diversos derechos que consagran los artículos 109 y 110 <sup>53</sup> del mismo cuerpo legal. Estos derechos pueden resumirse en los siguientes: 1) Derecho a la protección; 2) Derecho al trato digno; 3) Derecho a ejercer acciones y pretensiones penales; 4) Derecho a ejercer funciones de contrapeso y control sobre el aparato de justicia y 5) Derecho a la reparación del daño causado por el delito.<sup>54</sup> A continuación revisaré brevemente cada uno de ellos.

1) *Derecho a la protección*<sup>55</sup>: El artículo 109 del CPP consagra el derecho de la víctima para solicitar “medidas de protección frente a probables hostigamientos, amenazas o atentados en contra suya o de su familia”. Este derecho, además, se refleja en el especial deber de protección que la CPR le encarga al MP en el artículo 80 A<sup>56</sup> y el deber de las policías de

---

<sup>51</sup> Horvitz, M.; López, J. *Derecho Procesal Penal Chileno*, Tomo I, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2002, p. 36.

<sup>52</sup> Este comprende la idea de persecución penal pública de los delitos, es decir, estos deben ser perseguidos por el Estado sin consideración a la voluntad del ofendido ni de ninguna otra persona.

<sup>53</sup> Artículo 109.- Derechos de la víctima. La víctima podrá intervenir en el procedimiento penal conforme a lo establecido en este Código, y tendrá, entre otros, los siguientes derechos: a) Solicitar medidas de protección frente a probables hostigamientos, amenazas o atentados en contra suya o de su familia; b) Presentar querrela; c) Ejercer contra el imputado acciones tendientes a perseguir las responsabilidades civiles provenientes del hecho punible; d) Ser oída, si lo solicitare, por el fiscal antes de que éste pidiere o se resolviera la suspensión del procedimiento o su terminación anticipada; e) Ser oída, si lo solicitare, por el tribunal antes de pronunciarse acerca del sobreseimiento temporal o definitivo u otra resolución que pusiere término a la causa, y f) Impugnar el sobreseimiento temporal o definitivo o la sentencia absolutoria, aun cuando no hubiere intervenido en el procedimiento. Los derechos precedentemente señalados no podrán ser ejercidos por quien fuere imputado del delito respectivo, sin perjuicio de los derechos que le correspondieren en esa calidad.

Artículo 110.- Información a personas que no hubieren intervenido en el procedimiento. En los casos a que se refiere el inciso segundo del artículo 108, si ninguna de las personas enunciadas en ese precepto hubiere intervenido en el procedimiento, el ministerio público informará sus resultados al cónyuge del ofendido por el delito o, en su defecto, a alguno de los hijos u otra de esas personas

<sup>54</sup> División de Atención a las Víctimas y Testigos. “La víctima en el nuevo proceso penal”, en *La víctima y el testigo en la reforma procesal penal*, Editorial Fallos del Mes, Santiago, 2003, pp.56-77.

<sup>55</sup> Para una explicación detallada de las medidas de protección que puede adoptar el fiscal en caso de riesgo para la víctima ver: Ministerio Público, Fiscalía Nacional. *Reforma procesal penal. Oficios del fiscal nacional en materias procesales penales, 2001-2004*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2004, pp. 75-76.

<sup>56</sup> El artículo 80 A de la CPR, en lo pertinente, dispone: Artículo 80 A. Un organismo autónomo, jerarquizado, con el nombre de Ministerio Público, dirigirá en forma exclusiva la investigación de los hechos constitutivos de delitos, los que determinen la participación punible y los que acrediten la inocencia del imputado y, en su caso, ejercerá la

prestar primeramente auxilio a la víctima, establecido en el artículo 83 del CPP. Sin embargo, es importante destacar que el objeto de protección no es la víctima, sino que lo “protegido es el derecho de la víctima y su familia a la vida, la integridad, seguridad, intimidad, seguridad y honor”<sup>57</sup>. Pues bien, para la aplicación de este precepto es necesario que la víctima sea objeto de alguna de las actividades que el artículo 109 CPP consagra y, además, que se vean vulnerados los derechos que la misma pretende proteger. En el primer supuesto – las actividades de las que es objeto la víctima- no encontramos en la orientación sexual de los sujetos un fundamento para impedir la ejecución de las mismas. Los hostigamientos, amenazas o atentados pueden ser realizados con independencia de la orientación sexual de la víctima. Es más, este es un elemento que ni siquiera podría conocer quien realiza tales actividades y si lo conoce, puede ser, incluso, un factor que las incremente.<sup>58</sup> En tanto, respecto a los derechos resguardados por las medidas de protección que pueden ser solicitadas por las víctimas, cabe el mismo análisis realizado anteriormente, ya que es inviable sostener que el conviviente homosexual de un ofendido que ha muerto producto del delito o que está impedido de ejercer sus derechos, no puede verse envuelto en una situación que afecte su vida, su honor, su integridad física o síquica. Ahora, de esto se deriva un efecto práctico importante: si entendemos que el conviviente homosexual no es víctima y, por tanto, no puede solicitar medidas de protección, cuando se vea amenazado con posterioridad a la perpetración del delito, sólo le queda denunciar el hecho si es que éste reviste de los caracteres, mucho más exigentes, que el código penal establece para el delito de amenazas. Si no presenta denuncia, porque no puede o no quiere, y efectivamente sufre algún menoscabo físico o síquico la única alternativa que le queda es denunciar el hecho, por el delito que corresponda, e iniciar un nuevo procedimiento, con todos los costos emocionales que implica para la víctima, ahora ya no por repercusión sino directa, y costos pecuniarios y administrativos que significa para el Estado. Todo esto se puede evitar, si se otorgan las medidas de protección sin distinción entre convivientes homosexuales y heterosexuales.

2) *Derecho al trato digno*: Este derecho es una concreción del artículo 1 de la CPR, en el sentido de considerar a la víctima como un fin en sí mismo, y no un objeto de prueba como ocurría en el antiguo proceso penal.<sup>59</sup> Un ejemplo de este derecho es el deber de los fiscales de disminuir al mínimo “cualquier perturbación que debieren soportar las víctimas con ocasión de

---

acción penal pública en la forma prevista por la ley. De igual manera, le corresponderá la adopción de medidas para proteger a las víctimas y a los testigos. En caso alguno podrá ejercer funciones jurisdiccionales. (...)

<sup>57</sup> División de Atención a las Víctimas y Testigos, *Op. Cit.* p. 57.

<sup>58</sup> Las personas homosexuales se ven enfrentadas a una gran cantidad de conductas vejatorias por tener tal orientación sexual, por lo que, perfectamente, ésta puede ser una condición que aumente el riesgo de sufrir la afección física o síquica cuando se es víctima de un delito. Para mayor información sobre los atentados en contra de la vida o salud física o síquica de personas homosexuales por la condición de tal en Chile: Movimiento de integración y liberación homosexual, *VII Informe anual de derechos humanos de las minorías sexuales chilena*, Santiago, 2009, pp. 30-33, disponible en [http://www.movilh.cl/documentacion/informe\\_ddhh\\_2008.pdf](http://www.movilh.cl/documentacion/informe_ddhh_2008.pdf). (Consultado el 30 de Noviembre de 2009).

<sup>59</sup> Cfr. División de Atención a las Víctimas y Testigos, *Op. Cit.*, p. 64.

los trámites en que debieren intervenir”<sup>60</sup>. Como la misma CPR señala, todos los seres humanos somos iguales en dignidad y derechos, por lo que no se puede argumentar que un conviviente, por ser homosexual, no tiene derecho a un trato digno. Dicho de otra forma, la dignidad humana no tiene como supuesto de aplicación el sexo u orientación sexual de quien la detenta. Es más, si este especial deber no existiera consagrado en las diversas normas del CPP, igualmente todos los operadores jurídicos tienen el deber de tratar dignamente a los usuarios del sistema. En este derecho, por tanto, tampoco encontramos un supuesto de aplicación que nos impida considerar víctima al conviviente homosexual.

3) *Derecho a ejercer acciones y pretensiones penales*: La víctima esta facultada para iniciar el proceso penal, poniendo en conocimiento del Ministerio Público, Carabineros o Policía de Investigaciones, o cualquier tribunal con competencia criminal, un hecho que reviste caracteres de delito.<sup>61</sup> La regla general es que la persecución penal de los delitos le corresponde al Estado, pero existen delitos que requieren de la denuncia previa del ofendido, delitos de acción pública previa instancia particular, y delitos respecto de los cuales sólo se reconoce la acción privada. Respecto de éstos últimos –previa instancia particular y de acción privada- la víctima por repercusión tiene poca relevancia práctica, pues difícilmente por la comisión de estos delitos el ofendido fallece y o se puede encontrar impedido de ejercer sus derechos.<sup>62</sup> Por tanto, la interrogante que nos ocupa cobra relevancia en los delitos de acción pública, respecto de los cuales debemos determinar si las acciones y pretensiones penales que el código reconoce a la víctima son susceptibles de ejercer por el conviviente homosexual del ofendido que no puede ejercer sus derechos. Los fundamentos para que el legislador permita la intervención de la víctima en el proceso se resumen en dos: la víctima representa el conflicto social generado con el delito y que el sistema procesal penal pretende reparar, de modo tal que la reconstrucción del conflicto durante el procedimiento sólo puede ser facilitado por la víctima del mismo y, segundo, la víctima cumple una función de contrapeso y control sobre los aparatos de justicia<sup>63</sup>. El segundo punto será revisado en el apartado siguiente. Respecto al primer fundamento, que no es otra cosa que disponibilidad de información sobre el delito propiamente tal o sobre datos relevantes del ofendido que permitan esclarecer los hechos, estimo que no es relevante si la relación de convivencia entre el ofendido y la víctima por repercusión es heterosexual u homosexual. Si la ley reconoce como víctima por repercusión al conviviente es porque a partir de la relación de convivencia se genera un especial vínculo de

---

<sup>60</sup> Véase artículo 78 Código Procesal Penal.

<sup>61</sup> Cfr. División de atención a víctimas y testigos. *Op. Cit.*, p. 68

<sup>62</sup> Los delitos de acción pública previa instancia particular y de acción privada, son delitos de poca entidad: los del primer grupo se encuentran enumerados en el artículo 54 del CPP, dentro de los que encontramos la violación de domicilio, lesiones menos graves, violación de secretos. Los del segundo grupo se encuentran enumerados en el artículo 56 del CPP, de los cuales podemos mencionar la provocación al duelo, las injurias y las calumnias.

<sup>63</sup> Cfr. Maier, J. “La víctima y el sistema penal” en *De los delitos y de las víctimas*, Editorial AD-HOC, Buenos Aires, 1992, pp.220-221

confianza y entendimiento respecto de la vida del otro. Así, los convivientes conocen de su pareja aspectos que otras personas no y pueden aportar datos muy relevantes para el desarrollo de la investigación y el esclarecimiento de los hechos. Ahora, estos datos y conocimiento respecto a la pareja están presentes sea la relación homosexual o heterosexual, pues se generan a partir del hecho de vivir juntos y compartir una comunidad de vida, elementos presentes en toda unión de hecho sin distinción de la orientación sexual de la misma. Así, el conviviente homosexual tiene el mismo valor e importancia en el desarrollo de la investigación que el conviviente heterosexual, por lo que desde esta perspectiva no parece razonable excluirlo del concepto de víctima por repercusión que contempla el artículo en comento.

5) *Derecho a ejercer funciones de contrapeso y control sobre el aparato de justicia*: Como se mencionó en el punto anterior, una de los fundamentos de la inclusión y reconocimiento de la víctima como sujeto procesal en el CPP es que ejerce un control y contrapeso en los aparatos de justicia.<sup>64</sup> ¿Por qué se le entrega esta función? Porque los órganos encargados de la persecución penal, como órganos del Estado, tienden a la burocratización, sin atender a los intereses individuales o del caso concreto. La intervención de la víctima permite corregir este defecto, sacar al caso de la rutina impuesta y volverlo a las necesidades de su individualidad.<sup>65</sup> Esto se concreta, por ejemplo, con la facultad que tiene la víctima de reclamar administrativamente por la decisión del fiscal de archivar provisionalmente la causa o la facultad de solicitar la reapertura del procedimiento en este mismo supuesto<sup>66</sup>, pues el interés personal de la víctima evita que el Ministerio Público, en función de dar celeridad al sistema y respuestas estandarizadas, cometa errores en la calificación de los supuestos para proceder de una u otra forma. Ahora bien, el núcleo central de esta facultad de la víctima radica en el interés que puede tener en el esclarecimiento de los hechos y la obtención de justicia. En el caso del conviviente, éste interés se deriva de los lazos de afectividad con el ofendido y, generalmente, la necesidad de reparar la perturbación a la que se ve expuesta la relación misma con ocasión del delito, por ejemplo, en los casos en que el ofendido fallece, la víctima pierde a su pareja, y por ende, pierde también la comunidad de vida. Así las cosas, un conviviente homosexual también tiene este interés en el esclarecimiento de los hechos y la obtención de justicia, por lo que perfectamente puede ejercer un control y contrapeso en el procedimiento. Si es esta la labor que se le reconoce a la víctima y el conviviente homosexual tiene los mismos intereses al ejercerla, entonces existen fuertes razones para considerarlo dentro del concepto de víctima que define el artículo 108 del CPP.

---

<sup>64</sup> Para una comprensión detallada sobre cuáles son los controles que ejerce la víctima, véase: División de Atención a las Víctimas y Testigos. “La víctima en el nuevo proceso penal”, en *La víctima y el testigo en la reforma procesal penal*, Editorial Fallos del Mes, Santiago, 2003, pp. 70-72.

<sup>65</sup> Cfr. Meier, J. *Op. Cit.*, p. 221

<sup>66</sup> Véase artículo 167 Código Procesal Penal.

6) *Derecho a la reparación del daño causado por el delito*: Con el nuevo sistema procesal penal la víctima recupera protagonismo en el sistema de enjuiciamiento criminal<sup>67</sup>, así la inclusión de diversos mecanismos para reparar, en un sentido amplio, el daño sufrido por el delito es una expresión clara de este nuevo escenario, por ejemplo, la instauración de los acuerdos reparatorios<sup>68</sup> en cierto tipo de delitos o el forzamiento de la acusación realizado por el querellante<sup>69</sup>. Si el fundamento de la instauración de estas instituciones es la existencia de un daño, entonces la víctima por repercusión que intente valerse de ellas debe haber sufrido un daño con ocasión del delito. En el caso del conviviente, si el ofendido ha fallecido, el daño se genera por la pérdida de la persona con quién mantenía una vida en común, de manera estable y con cierta prolongación en el tiempo. En este caso la afección moral y psicológica es suficiente para considerarlo dañado por el delito. En la otra situación, cuando el ofendido no puede ejercer sus derechos, el daño se manifiesta dados los lazos de afectividad que se generan en la convivencia y la comunidad de vida de la que forman parte, pues si se ve afectado cualquier ámbito de la vida de uno de ellos, necesariamente dicha afección se traslada a la relación en cuanto tal ya sea en un ámbito psicológico o material. Por ejemplo, si el ofendido ha sido objeto de un robo o estafa y no puede ejercer sus derechos, el conviviente tiene derecho a la reparación del daño causado por el delito, pues esa pérdida patrimonial afecta también a su relación de convivencia. En ambos casos la generación del daño es independiente del sexo de los integrantes de la unión de hecho, por lo que a este respecto el concepto de víctima del artículo en comento es plenamente aplicable a las convivencias homosexuales.

#### **b) Artículo 177 del Código Procesal Penal.**

Artículo 177.- Incumplimiento de la obligación de denunciar. Las personas indicadas en el artículo 175 que omitieren hacer la denuncia que en él se prescribe incurrirán en la pena prevista en el artículo 494 del Código Penal, o en la señalada en disposiciones especiales, en lo que correspondiere.

La pena por el delito en cuestión no será aplicable cuando apareciere que quien hubiere omitido formular la denuncia arriesgaba la persecución penal propia, del cónyuge, de su conviviente o de ascendientes, descendientes o hermanos.

Este artículo establece la sanción correspondiente a quienes, estando obligados a denunciar hechos que revisten caracteres de delito, incumplen su obligación de hacerlo<sup>70</sup>. Sin embargo, la misma norma dispone una excepción, pues la pena no se aplica cuando la persona que incumple con su deber arriesgase persecución penal propia o de las personas que allí se

---

<sup>67</sup> Horvitz, M.I, López, J. *Op. Cit.*, pp. 281-282

<sup>68</sup> Véase artículo 241 y ss. Código Procesal Penal.

<sup>69</sup> Véase artículo 258 Código Procesal Penal.

<sup>70</sup> Véase artículo 175 del Código Procesal Penal.

mencionan. Dentro de éstas se encuentra al conviviente del obligado, de modo tal que si los hechos que debieron ser denunciados implicaban la persecución penal de él, la pena no es aplicable.

Esta excepción al deber de denuncia es una consecuencia del principio de no autoincriminación, fundamentada en el derecho del imputado a guardar silencio frente a una imputación jurídico penal y en el derecho a ciertos parientes a no declarar por motivos personales<sup>71</sup>. El principio de no autoincriminación otorga a todas las personas el derecho a “no ser obligada a declarar contra sí misma ni declararse culpable”<sup>72</sup>. La Constitución Política de la República, consagra este derecho como garantía fundamental en el artículo 19 n° 7 f) al establecer que “La Constitución asegura a todas las personas (...) n°7 El derecho a la libertad personal y la seguridad individual, en consecuencia: (...) f) En las causas criminales no se podrá obligar al inculcado a que declare bajo juramento sobre hecho propio; tampoco podrán ser obligados a declarar en contra de éste sus ascendientes, descendientes, cónyuge y demás personas que, según los casos y circunstancias, señale la ley;” Así, manifestaciones de este principio en el CPP, son los artículos 302, 305 y la norma en comento. Ahora, en el caso que nos encontramos analizando, ¿Por qué se establece una excepción al deber de denuncia cuando los hechos a denunciar pueden acarrear una persecución penal del conviviente? En la discusión legislativa de este precepto no se menciona ningún fundamento a la inclusión del conviviente en esta norma, ni los requisitos que deben cumplir estas relaciones para que el sujeto en cuestión pueda ampararse por esta excepción<sup>73</sup>. Estimo, sin embargo que existe un elemento en la relación de convivencia que el legislador quiere privilegiar por sobre el especial deber de garante en la sociedad que tienen todas las personas que se encuentran en la obligación de denunciar. Los convivientes se encuentran en una posición privilegiada para obtener información acerca de cualquier hecho delictivo en el que se pudiera ver envuelto su conviviente, sin embargo, cuando uno de ellos tiene un deber legal de denunciar, no está en posición de hacerlo, primero, porque la relación de confianza y afectividad que mantienen se vería seriamente afectada con una denuncia de este tipo y, segundo, porque el acceso a la información sobre los hechos que pudiesen revestir carácter de delito pertenecen al ámbito privado del sujeto en cuestión. Así, todas las personas enumeradas en el artículo 175 del CPP tienen un especial deber de garante dada la función que desempeñan: profesores, policías, carabineros, funcionarios públicos, etc. Todas estas personas tienen un común denominador: su posición le permite acceder al conocimiento de hechos que revisten carácter de delito y que el Estado tiene el interés de perseguir. Así, existen más posibilidades que

---

<sup>71</sup> Cfr. Horvitz, M.; López, J. *Op. Cit.*, p. 476 y 477.

<sup>72</sup> Artículo 8 n°2 g) Convención Americana de Derechos Humanos. En el mismo sentido, artículo 14, n°3 g) Pacto Interamericano de Derechos Civiles y Políticos.

<sup>73</sup> Véase Historia de la ley n° 19.696 que establece el Código Procesal Penal, Informe Comisión Constitución, p. 480 e Informe Comisión Mixta, p. 1995; disponible en <http://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=176595&buscar=codigo+procesal+penal>. (Consultado el 26 de Noviembre de 2009).

un profesor se entere de una situación de maltrato infantil del que está siendo víctima un menor, que una persona que se desempeñe en cualquier otro ámbito, por lo que el Estado tiene gran interés en imponer la obligación a los profesores que denuncien estos hechos. Pues bien, cuando las personas enumeradas en el artículo 175 del CPP toman conocimiento de hechos que revisten caracteres de delito en el que sus parientes, cónyuge o conviviente está involucrado, ese conocimiento escapa al ámbito público de la función que desempeñan, y se traslada a la esfera privada del individuo, donde se pierde el deber de garante que consagra el Estado. Esto queda de manifiesto en el propio artículo 175 que, por ejemplo, respecto al deber de denuncia de los fiscales consagra que tienen tal deber respecto de los delitos que tomaren conocimiento en el ejercicio de sus funciones. De esta forma, se hace una distinción entre el rol público y privado de estos individuos, donde sólo existe el deber de denuncia respecto al primero. Respecto al tema que nos ocupa, si hacemos la distinción entre el ámbito público y privado del sujeto para imponerle un deber de denuncia, en el ámbito privado quedan comprendido cualquier relación de convivencia que éste tenga, sea heterosexual u homosexual, por lo que si el sujeto en cuestión toma conocimiento de un delito en el que está implicado su conviviente homosexual, queda amparado bajo la excepción que establece el artículo en comento. Si a ello le sumamos que se intenta proteger los lazos de afectividad y confianza generados al interior de una relación de convivencia y, como ya he mencionado reiteradamente, estas características son inherentes tanto a uniones de hecho homosexuales como heterosexuales, entonces la referencia que hace esta norma a los convivientes incluye tanto a parejas homosexuales como heterosexuales.

### **c) Artículo 302 del Código Procesal Penal.**

Artículo 302.- Facultad de no declarar por motivos personales. No estarán obligados a declarar el cónyuge o el conviviente del imputado, sus ascendientes o descendientes, sus parientes colaterales hasta el segundo grado de consanguinidad o afinidad, su pupilo o su guardador, su adoptante o adoptado.

Si se tratare de personas que, por su inmadurez o por insuficiencia o alteración de sus facultades mentales, no comprendieren el significado de la facultad de abstenerse, se requerirá la decisión del representante legal o, en su caso, de un curador designado al efecto. Si el representante interviniera en el procedimiento, se designará un curador, quien deberá resguardar los intereses del testigo. La sola circunstancia de que el testigo fuere menor de edad no configurará necesariamente alguna de las situaciones previstas en la primera parte de este inciso.

Las personas comprendidas en este artículo deberán ser informadas acerca de su facultad de abstenerse antes de comenzar cada declaración. El testigo podrá retractar en cualquier momento el consentimiento que hubiere dado para prestar su declaración. Tratándose de las

personas mencionadas en el inciso segundo de este artículo, la declaración se llevará siempre a cabo en presencia del representante legal o curador.

La norma transcrita consagra una excepción al deber que todos los ciudadanos tenemos de prestar declaración en juicio cuando somos llamados a ello. Al igual que la norma analizada anteriormente, este artículo es una manifestación del principio de no autoincriminación que rige en el proceso penal, extendiéndose, además, a ciertas personas cercanas al imputado, dentro de las que se encuentran los convivientes, quienes tienen la facultad de abstenerse a declarar en un juicio llevado en contra de aquel con quien mantiene una unión de hecho. Como en los casos anteriores, el precepto no consagra un concepto de conviviente ni se hace alusión a la orientación sexual de la relación de convivencia para quedar amparado bajo este artículo. De esta forma, ¿si el imputado mantiene una relación homosexual, su conviviente tiene derecho a no declarar en su juicio? Primero, si revisamos las personas a quienes esta norma concede la facultad de no declarar, encontramos que todas ellas tienen una relación de confianza con el imputado, pues, a diferencia del caso anterior, acá se incluye al guardador y pupilo, con quienes no necesariamente existen lazos de afectividad. La intención de privilegiar las relaciones de confianza entre el imputado y quienes enumera el artículo dice relación con el principio de no autoincriminación, pues pese a que éste se manifiesta directamente en el imputado, también tiene su expresión en las personas cercanas a él, ya que una verdadera concreción de este principio requiere que las personas cercanas al imputado, quienes pueden tener conocimiento relevante sobre los hechos o circunstancia de la causa, tengan la posibilidad de no romper la confianza que se deposita en ellos. El principio de no autoincriminación pierde sentido si, por ejemplo, el imputado guardara silencio sobre sus actividades el día de comisión del delito y luego, por obligación de declarar, su conviviente diera detalles sobre tales actividades<sup>74</sup>. Ahora, considerando esta perspectiva, la relación de confianza se genera en cualquier relación de convivencia, por lo que la respuesta a la interrogante inicial es afirmativa: el conviviente homosexual tiene derecho a no prestar declaración en juicio. Un argumento para reforzar esta afirmación se relaciona con la eventual condena del imputado. El Estado sanciona conductas mediante la imposición de una pena y sólo a través de ella. Si no se permite al conviviente, sea heterosexual u homosexual, ejercer su facultad de abstenerse a declarar, se estaría imponiendo una sanción adicional al imputado, pues se afectaría, o incluso rompería, la relación de afectividad y confianza que mantiene con su pareja. Ciertamente ello es algo que el legislador quiere evitar, ya que “se entiende que el interés público en el establecimiento de la verdad en el proceso penal cede ante el interés, considerado superior, de la conservación de los vínculos familiares y afectivos mas cercanos del imputado, que se verían afectados si tales personas se sienten conminadas, bajo amenaza penal a declarar en contra

---

<sup>74</sup> El derecho a guardar silencio es una expresión del principio de no autoincriminación. Cfr. Horvitz, M.; López, J. *Derecho Procesal Penal Chileno*, Tomo II, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2002, pp. 82 y ss.

de éste”<sup>75</sup>. Así, incluir sólo a las convivencias heterosexuales en esta norma es una interpretación contraria a este espíritu. Finalmente, es necesario mencionar que desde el punto de vista del desarrollo del juicio penal no existe ningún impedimento para considerar dentro de la voz conviviente utilizada por esta norma tanto a uniones de hecho homosexuales como heterosexuales, pues el mismo artículo consagra que antes de comenzar la declaración, las personas mencionadas deben manifestar el vínculo con el imputado, momento en el cual el conviviente debe expresar que mantiene una unión de hecho con él. Se podría argumentar que es difícil probar la existencia de esta relación, por lo que esta excepción se podría prestar para mal utilizaciones. Sin embargo, la dificultad probatoria es una característica que se refleja en toda unión de hecho en Chile, con independencia de la orientación sexual de la misma, por lo que este argumento no puede ser utilizado para excluir a las convivencias homosexuales del alcance de la norma en comento.

#### **d) Artículo 305 del Código Procesal Penal.**

Artículo 305.- Principio de no autoincriminación. Todo testigo tendrá el derecho de negarse a responder aquellas preguntas cuya respuesta pudiere acarrearle peligro de persecución penal por un delito.

El testigo tendrá el mismo derecho cuando, por su declaración, pudiere incriminar a alguno de los parientes mencionados en el artículo 302, inciso primero.

La última norma que reconoce la calidad de conviviente en el CPP es una manifestación expresa del principio de no autoincriminación definido anteriormente a propósito del análisis del artículo 177 de este cuerpo legal. Este precepto entrega el derecho a los testigos en un juicio de abstenerse a responder preguntas que pudiesen acarrear peligro de persecución penal a sí mismos, a su cónyuge, conviviente, ascendientes, descendientes, parientes colaterales hasta el segundo grado de consanguinidad o afinidad, a su pupilo o su guardador, o a su adoptante o adoptado. Al igual que los casos analizados anteriormente, la norma no hace alusión alguna al sexo de los integrantes de la relación de convivencia para hacerles aplicable este artículo ni encontramos una mención de ello en la historia legislativa de este cuerpo legal.<sup>76</sup> Entonces, respecto al tema que nos ocupa, para determinar si el testigo que declara en juicio tiene derecho de abstenerse a contestar aquellas preguntas que pudiesen acarrear persecución penal para su conviviente, cuando la relación que éstos mantienen es homosexual, estimo necesario establecer los fundamentos de la declaración testimonial y los alcances que ésta tiene respecto a la vida privada del testigo. Respecto a lo primero, todas las personas que pudiesen aportar datos para el esclarecimiento de

---

<sup>75</sup> Horvitz, M.; López, J. *Op. Cit.*, p. 278.

<sup>76</sup> Véase Historia de la ley n° 19.696 que establece el Código Procesal Penal, Segundo Informe Comisión Constitución, p. 1362. Disponible en <http://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=176595&buscar=codigo+procesal+penal> (Consultado el 27 de noviembre de 2009).

los hechos que constituyen objeto del procedimiento tienen la obligación legal de comparecer y declarar, cuando estén llamadas a ello, en virtud de un “deber genérico que pesa sobre toda persona consistente en prestar colaboración a las autoridades públicas comprometidas en el esclarecimiento y sanción de los delitos”<sup>77</sup>. Sin embargo, este deber no es irrestricto, pues toda actividad de los órganos persecutores en materia penal tiene como límite los derechos fundamentales de los ciudadanos<sup>78</sup>. Así, en el caso de los testigos, esta limitación se refleja de dos formas: primero, se le encarga al Ministerio Público el deber de otorgarles protección cuando pudiesen ver afectados sus derechos fundamentales producto de sus declaraciones durante el proceso penal y, segundo, se establecen una serie de garantías legales, dentro de las cuales encontramos el principio de no autoincriminación que establece la norma en comento. Ahora, estimo que la consagración del principio de no autoincriminación en los términos expresados por el artículo en análisis, en el sentido de incluir no sólo los hechos que pudiesen acarrear persecución penal propia, sino también los de otras personas con quien el testigo tiene un vínculo, responde a la necesidad de proteger los lazos familiares y afectivos que mantienen los sujetos, al igual que en la excepción a no prestar declaración contemplada en el artículo 302 CPP, por sobre el interés público que pudiese tener el Estado en perseguir conductas delictuales. Aún más, como mencioné en su oportunidad<sup>79</sup>, el principio de no autoincriminación solo tiene sentido si quedan amparadas bajo él las personas que tengan una relación cercana de confianza con el individuo, pues este principio es relacional, es decir, si en este caso sólo se concede la facultad de no autoincriminarse al testigo, pero sí debe declarar respecto de hechos que pudiesen acarrear la persecución penal de su conviviente, el primero verá respetado su derecho a la no autoincriminación, no así este último respecto del cual el ejercicio posterior de su derecho no tendrá la eficacia práctica esperada. Esta forma de entender el principio de no autoincriminación conduce a amparar bajo la voz conviviente tanto a uniones de hecho heterosexuales como homosexuales, pues una efectiva garantía al testigo en este respecto sólo es posible si entendemos que se protegerán la relación afectiva y de confianza que se genera en el marco de una unión de hecho sea cual sea la orientación sexual de la misma. En el caso contrario, dejaríamos sin un derecho efectivo a la no incriminación a todos los convivientes homosexuales cuyas parejas tuvieran el deber de concurrir a declarar en juicio.

## **2) Normas legales que reconocen explícitamente la calidad de conviviente en Chile contenidas en el Código Penal.**

---

<sup>77</sup> Horvitz, M.; López, J. *Derecho Procesal Penal Chileno*, Tomo II, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2002, p. 274.

<sup>78</sup> Cfr. Rojas, S; Rojas, L. “La protección de los testigos en la reforma procesal penal”, en *La víctima y el testigo en la reforma procesal penal*, Editorial Fallos del Mes, Santiago, 2003, p. 134

<sup>79</sup> Véase Capítulo II 1) c).

En el Código Penal, existen cinco normas que aluden expresamente a la calidad de conviviente. Todas ellas son producto de recientes modificaciones introducidas a este cuerpo normativo.<sup>80</sup>

Antes de comenzar el análisis de las normas mencionadas, estimo pertinente hacerme cargo de dos cuestiones que inciden directamente en la interpretación de los preceptos penales, que pueden permitir, o rechazar, la inclusión de las uniones de hecho homosexuales en la voz conviviente que contemplan todas estas disposiciones penales. La primera de ellas dice relación con la posibilidad de realizar una interpretación extensiva de los tipos penales o si, por el contrario, éstos deben ser siempre interpretados aplicando un criterio restrictivo. Se ha argumentado en este último sentido, es decir, dando un sentido más restringido a la ley que el que le correspondería conforme a su letra, por el rigor contenido en ellos y por la limitación o la restricción a la libertad individual que imponen, de manera que si hay dos o más interpretaciones posibles, debe elegirse aquella que resulte más benigna al reo. Sin embargo, hoy la doctrina entiende, aplicando el artículo 23 del Código Civil<sup>81</sup>, que este criterio es incorrecto, pues decidirse de antemano por el sentido más favorable al reo es forzar arbitrariamente la función interpretativa.<sup>82</sup> Así, respecto a la ley penal se aplica el criterio general de interpretación de la ley, por el cual se permite tanto una interpretación extensiva como restrictiva de la norma, mientras se ajuste a las reglas legales de hermenéutica<sup>83</sup>. De esta forma, la realización de una interpretación extensiva de la voz conviviente, que incluya tanto a parejas heterosexuales como homosexuales, no está impedida por los criterios de interpretación de la norma penal, por lo que, a priori, es un fundamento que nos sirve para sostener la inclusión de ambas en los tipos penales en cuestión. Por otra parte, es necesario hacer una referencia a la prohibición de analogía de los tipos penales. El artículo 19 n° 3 inciso 8° impide la aplicación de la analogía en materia penal, pues “Ninguna ley podrá establecer penas sin que la conducta que se sanciona esté expresamente descrita en ella”<sup>84</sup>. Si sólo una ley puede describir la conducta típica materia penal, el juez queda vedado para crear tipos penales so pretexto de asimilar una situación tipificada con otra que no lo

---

<sup>80</sup> El artículo 11 circunstancia 4ª del Código Penal, fue modificado por el artículo 21 letra a de la ley 20.066, publicada en el Diario Oficial el 7 de Octubre de 2005; El artículo 259 del Código Penal fue modificado por el artículo 1, n° 3, letra b, de la ley 19.617, publicada en el Diario Oficial el 12 de Julio de 1999; El artículo 367 bis del Código Penal fue modificado por el artículo 1, n°1, letras a y b, de la ley 19927, publicada en el Diario Oficial el 14 de Enero de 2004; El artículo 369 del Código Penal fue modificado por el artículo 2 de la ley 19.874, publicada en el Diario Oficial el 13 de Mayo de 2003; y el artículo 390 del Código Penal fue modificado por el artículo 21, letra b, de la ley 20.066, publicada en el Diario Oficial el 7 de Octubre de 2005.

<sup>81</sup> El artículo 23 del Código Civil dispone: Art. 23. Lo favorable u odioso de una disposición no se tomará en cuenta para ampliar o restringir su interpretación. La extensión que deba darse a toda ley, se determinará por su genuino sentido y según las reglas de interpretación precedentes.

<sup>82</sup> Cfr. Novoa, E. *Curso de derecho penal chileno parte general*, Tomo I, tercera edición, Editorial Jurídica de Chile, 2005, p. 137. En el mismo sentido: Cury, E. *Derecho Penal parte general*, Ediciones Universidad Católica de Chile, 2005, p.197.

<sup>83</sup> Cfr. Novoa, E. *Op. Cit.*, p. 138

<sup>84</sup> Véase artículo 19 n° 3 Constitución Política de la República.

está, por tener ambas idénticos fundamentos<sup>85</sup>. Así las cosas, pareciera que en la aplicación de las normas que reconocen la calidad de conviviente en Chile al caso concreto, el juez no podría entender como típicas las conductas que atenten contra convivientes homosexuales, ya que estaría realizando una interpretación analógica del tipo penal. Estimo que este razonamiento no es correcto, pues la analogía se define como la “aplicación de la norma que establece la ley para un hecho determinado, a otro hecho que la ley no contempló, pero que guarda semejanza con el primero”<sup>86</sup>. Para que exista analogía debe existir un supuesto regulado y uno, semejante con el primero, que no lo está. La situación de los convivientes se encuentra contemplada por el Código Penal, sin hacer distinción o alusión al sexo de los integrantes de la relación de convivencia, por lo que no se puede hacer interpretación analógica de un supuesto que ya está regulado, o al menos, que podría quedar comprendido al aplicar diversos criterios interpretativos. Para que se aplique la analogía en este caso deberíamos afirmar que el código contempla sólo las uniones de hecho entre un hombre y una mujer y, luego, por semejanza entre unas y otras, intentar aplicar analógicamente el mismo estatuto a las uniones homosexuales. Aún así, y consistente con mis planteamientos a lo largo de esta exposición, creo que la solución mencionada tampoco es la más adecuada, pues hablar de una relación de semejanza pierde completo sentido si entendemos que en Chile no existen argumentos para exigir diferencia de sexo en la configuración de las uniones de hecho, por lo que no se puede predicar semejanza entre situaciones que, en realidad, son idénticas.<sup>87</sup>

Habiendo despejado los puntos anteriores, revisaré las cinco normas contenidas en el Código Penal que aluden expresamente al conviviente, a saber:

#### **a) Artículo 11 Código Penal**

Art. 11. Son circunstancias atenuantes:

4a. La de haberse ejecutado el hecho en vindicación próxima de una ofensa grave causada al autor, a su cónyuge, o su conviviente, a sus parientes legítimos por consanguinidad o afinidad en toda la línea recta y en la colateral hasta el segundo grado inclusive, a sus padres o hijos naturales o ilegítimos reconocidos.

Este artículo consagra una circunstancia que modifica la responsabilidad penal, atenuándola en razón de los móviles del agente a la hora de cometer el delito, pues se presenta una situación de exigibilidad disminuida a causa de imperfecciones en el proceso de formación de la voluntad. Así, la ley consagra una atenuación de la pena a quien ha obrado en circunstancias que

---

<sup>85</sup> Cfr. Etcheberry, A. *Derecho Penal parte general*, tomo I, tercera edición revisada y actualizada, Editorial Jurídica de Chile, 1998, p. 113.

<sup>86</sup> Novoa, E. *Curso de Derecho Penal chileno parte general*, Tomo I, tercera edición, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2005, p. 141

<sup>87</sup> Véase Capítulo I, n° 7.

normalmente provocan una perturbación anímica más o menos profunda y debido a ello, una formación de la voluntad anómala.<sup>88</sup>

Esta circunstancia atenuante de la responsabilidad penal se encuentra, junto con la circunstancia 3° y 5° del artículo 11 del Código Penal, en la categoría de atenuante pasional o emocional, pues se fundamenta en el estado anímico del sujeto a la hora de delinquir, el que ha sido por estímulos externos, a los que la ley, sin defenderlos, debe realizar cierta consideración.<sup>89</sup>

Como señala la doctrina<sup>90</sup>, esta circunstancia atenuante se basa en un estado psicológico del autor que actúa como móvil del delito, al que el derecho no puede desconocer. Esto mismo se refleja en los sujetos que la norma contempla para considerar la conducta atenuada, pues respecto de todos ellos la ley presume que los vínculos existentes entre ellos, ya sea de parentesco o meramente afectivos, pueden llevar al autor a una situación de descontrol anímico cuando se ven envueltos en una situación ofensiva. Hay quienes ven en la inclusión del cónyuge en el precepto un error legislativo, pues se está legalizando una presunción de afecto que muchas veces puede ser infundada<sup>91</sup>. De esto se sigue, que la afectividad existente entre el autor del delito y quien ha sido víctima de la ofensa es uno de los motivos por los cuales la ley entiende que una persona puede ver afectada su voluntad, lo que lo ha llevado a cometer el delito que se le imputa. Creo que esta idea es plenamente aplicable al caso de los convivientes, pues el único vínculo reconocible es la afectividad que mantiene su relación. Así, esta afectividad puede llevar a una situación pasional descontrolada cuando el conviviente es víctima de una ofensa. De esta forma, el vínculo exigido no depende del sexo de los integrantes de la relación de convivencia, pues la psiquis del autor puede verse igualmente afectada ante la ofensa sea homosexual o heterosexual. Siguiendo este razonamiento, la noción de conviviente utilizada por la norma en comento es plenamente aplicable a las parejas homosexuales. Como bien señala la doctrina, esta es una atenuante con una raíz emocional, por lo que su aplicación depende de un factor subjetivo el que no puede restringirse a convivencias heterosexuales, pues para que ello ocurra, debemos sostener que las parejas homosexuales no son capaces de generar vínculos que lleven a sus integrantes a estados emocionales exacerbados en pro de defender a su pareja.

Finalmente, quiero mencionar que la primera impresión que genera este artículo a la luz de la tesis que intento sostener –la aplicación a parejas homosexuales– es entender que utilizando el

---

<sup>88</sup> Cfr. Cury, E. *Derecho penal, parte general*, Ediciones Universidad Católica de Chile, Santiago, 2005, pp. 479-480.

<sup>89</sup> Cfr. Matus, J.P.; Politoff, S; Ramírez, M. C. *Lecciones de derecho penal chileno, parte general*, Segunda edición actualizada, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2004, p. 507

<sup>90</sup> Véase Cury, E. *Op. Cit.*, p. 483 y ss.; Etcheberry, A. *Derecho Penal, parte general*, Tomo II, Tercera edición revisada y actualizada, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1998, p. 20; Garrido Montt, M., *Derecho Penal, Parte general*, Tomo I, Segunda edición actualizada, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2005, pp. 190-191.; Novoa, E. *Curso de Derecho Penal Chileno, parte general*, Tomo II, Tercera edición, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2005, p. 30.

<sup>91</sup> Cfr. Cury, E. *Op. Cit.*, p.485

principio pro reo podemos llegar rápidamente a la solución buscada. Pues bien, a primera vista parece ser certero intentar aplicar el precepto de la forma más favorable al reo, pues si entendemos que el concepto de conviviente incluye a las parejas homosexuales, entonces existen más supuestos en donde se puede aplicar esta atenuante. Lamentablemente este argumento es objeto de un gran reparo: el principio pro reo es un principio procesal, que no constituye un criterio de interpretación de la ley penal. Este principio se aplica cuando durante el juicio penal la prueba no logra demostrar con absoluta certeza que el sujeto ha incurrido en un hecho punible y es ahí cuando el juez, aduciendo el principio pro reo, debe absolverlo.<sup>92</sup> Este argumento es una concreción de la regla de interpretación contenida en el artículo 23 del Código Civil, pues lo favorable u odioso de una disposición no puede ser utilizado para ampliar o restringir su aplicación.

#### **b) Artículo 259 Código Penal**

Art. 259. El empleado que solicitare a persona sujeta a su guarda por razón de su cargo, sufrirá la pena de reclusión menor en cualquiera de sus grados e inhabilitación especial temporal para el cargo u oficio en su grado medio.

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

Este delito se encuentra ubicado en el Título V del Código Penal que establece los Crímenes y simples delitos cometidos por Funcionarios públicos en el desempeño de sus cargos, bajo en número 12 que dispone los delitos de abusos contra particulares.

La conducta típica de este delito es la solicitación, expresión que la tradición jurídica española e iberoamericana circunscribe al ámbito de lo sexual. Solicitar alude al hecho de que el autor directamente proponga a la víctima alguna forma de intercambio sexual, sin exigirse la materialización del trato carnal.<sup>93</sup> De esta forma, el empleado público que proponga alguna actividad sexual a quien tiene bajo su guarda o al cónyuge, conviviente, descendiente, ascendiente o colateral hasta el segundo grado de éste, comete el delito tipificado en este artículo.

Ahora bien, en la propia descripción de la conducta típica no encontramos ningún elemento que nos indique que requisitos deben reunir los convivientes para quedar amparados por este delito. Es mas, no existe ningún indicio respecto al sexo del sujeto pasivo ni del sujeto activo del mismo. Sin embargo, en historia legislativa de la modificación que introduce la voz conviviente a este precepto se encuentra una referencia explícita en el sentido de diferenciar las uniones de

---

<sup>92</sup> Cury, E. *Op. Cit.*, p. 120

<sup>93</sup> Cfr. Rodríguez, L; Ossandón, M. *Delitos contra la función pública*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2005, p. 223.

hecho del matrimonio, pues en vez de la voz conviviente se intentó añadir la frase “quien tuviere una relación análoga a la del matrimonio con quien estuviere sujeto a guarda”, moción que fue rechazada por estimarse que “induce a pensar en una equivalencia entre el matrimonio y una situación de hecho que no se precisa con claridad.” Por este motivo, se prefirió reemplazarla por la noción de “conviviente”.<sup>94</sup> De ello se sigue que el legislador entiende que las uniones de hecho no son una situación asimilable al matrimonio y, apoyando la teoría planteada en el capítulo I de esta exposición respecto a la no exigencia de diferencia de sexo en las uniones de hecho, se puede sostener que los requisitos para su configuración tampoco lo son. Así, es posible entender que la voz conviviente comprende tanto uniones heterosexuales como homosexuales, pues no existe precepto que la restrinja.

Existe en la historia legislativa otro argumento, aunque más implícito, en sentido de incluir como sujeto pasivo de este delito al conviviente homosexual. Con anterioridad a la modificación introducida por la ley 19.617 en el año 1999 este delito se tipificaba exclusivamente para víctimas mujeres y victimarios hombres, quedando excluido del tipo la solicitud de una empleada pública a un hombre y de un empleado público a un hombre.<sup>95</sup> Luego, la reforma cambia el sujeto pasivo introduciendo un vocablo genérico, persona, con lo que no se restringe el sexo del sujeto pasivo ni del sujeto activo. “La modificación tiene por finalidad cambiar el núcleo de la conducta típica, consistente en solicitar sexualmente a una ‘mujer’, por otro, en el cual el requerido es una ‘persona’, por estimarse que debe abarcar tanto al hombre como a la mujer que fuere objeto del abuso.”<sup>96</sup> De esta forma el legislador reconoce la existencia de variadas formas de relacionarse íntimamente que quedarían comprendidas por este delito. Ahora, si el legislador reconoce la posibilidad de que el autor solicite a quien tiene bajo su guarda siendo éste del mismo sexo, entonces la misma regla debe aplicarse respecto del conviviente, pues si la norma está reconociendo las relaciones homosexuales para tipificar un delito, también debe reconocerlas en un ámbito completamente lícito, cuales son las relaciones de pareja. Dicho de otra forma, la norma tipifica la solicitud con orientación homosexual a quien tiene bajo su guarda, y si dicha solicitud va dirigida al conviviente de la persona sujeta a guarda, quien mantiene una unión de hecho homosexual completamente lícita, también queda comprendido en la conducta tipificada por este delito.

A mayor abundamiento, este delito protege distintos bienes jurídicos. “Por una parte intenta preservar la recta administración pública, y por otra la libertad sexual y el interés del Estado de

---

<sup>94</sup> Historia de la ley n° 19.617, Informe Comisión Constitución, p. 510, disponible en <http://recursoslegales.bcn.cl/jspui-rl/bitstream/10221.3/3848/1/HL19617.pdf>. (Consultado el 20 de Noviembre de 2009).

<sup>95</sup> Cfr. Etcheberry, A. *Derecho penal, parte especial*, tomo IV, tercera edición revisada y actualizada, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1998, p. 234

<sup>96</sup> Historia de la ley n° 19.617, Primer Informe Comisión Constitución, p. 27, disponible en <http://recursoslegales.bcn.cl/jspui-rl/bitstream/10221.3/3848/1/HL19617.pdf>. (Consultado el 20 de Noviembre de 2009).

preservar de injerencias extrañas la intimidad personal”<sup>97</sup>. Ahora, específicamente, en este tipo el desvalor que esta presente en la generalidad de los casos es el peligro que la conducta representa para la libertad de la víctima, en cuanto podría verse compelida a aceptar los requerimientos del autor, motivada por el temor a experimentar los males en que consiste la amenaza.<sup>98</sup> Pues bien, ¿Se afecta el bien jurídico protegido por esta norma cuando un empleado público propone un intercambio sexual al conviviente de quien tiene bajo su guarda cuando la relación de convivencia de aquel es homosexual? Estimo que sí. El desvalor de la acción tipificada en este delito viene dado hecho que el empleado utilice su cargo y la vinculación legal con la víctima para intentar obtener favores sexuales. La víctima ve vulnerada su libertad, pues la superioridad que viene aparejada con la investidura pública sumado al cargo legal de guardador, puede afectar la capacidad decisoria de ésta. Ahora, respecto a la persona que es conviviente de quien está sujeto a guarda, el primer elemento sigue estando presente –la autoridad que reviste la investidura pública- pero, además la relación de afectividad generada con su pareja hace que su libertad se vea constreñida, pues en temor a cualquier represalia sobre ella dada la relación legal con el autor, se puede ver forzada a aceptar los requerimientos sexuales del victimario. En este punto, nuevamente, podemos incluir tanto a convivientes heterosexuales como homosexuales, pues la relación de afectividad está presente en ambos casos y, por tanto, la vulneración de la libertad. Respecto a la protección de la recta administración de justicia, el desvalor del tipo nace del hecho de la solicitud misma, pues no se requiere la concreción de los favores sexuales propuestos. Los ciudadanos entendemos que un funcionario público no se puede valer de su condición de tal para obtener favores personales, menos de carácter sexual, pues ello escapa con creces la labor que se le encomienda y transgrede la confianza depositada en su cargo. Creo que es precisamente debido a esto que el delito se comete con la sola solicitud, pues la confianza en el funcionario público se rompe con el sólo hecho de que solicite favores de tipo sexual. Ahora bien, siendo este el punto relevante, no existe diferencia si el funcionario hace una solicitud a un conviviente heterosexual u homosexual, pues el bien jurídico se encuentra vulnerado en ambos casos.

### c) **Artículo 367 bis Código Penal**

Art. 367 bis.- El que promoviere o facilitare la entrada o salida de personas del país para que éstas ejerzan la prostitución en el territorio nacional o en el extranjero, será castigado con la pena de presidio menor en su grado máximo y multa de veinte a treinta unidades tributarias mensuales.

Sin embargo, se impondrán las penas señaladas en el inciso segundo del artículo anterior en los siguientes casos:

---

<sup>97</sup> Historia de la ley n° 19.617, Primer Informe Comisión Constitución, p. 27, disponible en <http://recursoslegales.bcn.cl/jspui-rl/bitstream/10221.3/3848/1/HL19617.pdf>. (Consultado el 20 de Noviembre de 2009).

<sup>98</sup> Cfr. Rodríguez, L; Ossandón, M. *Op. Cit.*, p. 221

- 1.- Si la víctima es menor de edad.
- 2.- Si se ejerce violencia o intimidación.
- 3.- Si el agente actúa mediante engaño o con abuso de autoridad o confianza.
- 4.- Si el autor fuere ascendiente, descendiente, cónyuge, conviviente, hermano, tutor, curador o encargado del cuidado personal de la víctima.
- 5.- Si el agente se vale del estado de desamparo económico de la víctima.
- 6.- Si existe habitualidad en la conducta del agente.

Este artículo consagra el delito de trata de blancas<sup>99</sup>, forma específica del delito de favorecimiento a la prostitución, que se concreta con el tráfico de personas de un país a otro para el ejercicio de la misma.<sup>100</sup> La norma contempla dos modalidades: una simple y la otra agravada. En este último caso la pena es mayor cuando la comisión del hecho cumple, además, con alguno de los supuestos señalados entre los números 1 al 6 del artículo en comentario.<sup>101</sup> Así, el tema que nos ocupa en esta exposición cobra relevancia en este punto, pues dentro de las conductas o situaciones que agravan la pena se contempla el vínculo de convivencia entre el autor y la víctima. Ahora bien, para determinar si los convivientes homosexuales quedan comprendidos en esta norma estimo pertinente responder dos preguntas. Primero ¿el integrante de una relación de convivencia homosexual puede cometer este ilícito? Si la respuesta es afirmativa, ¿queda comprendido dentro de la agravante del artículo 367 bis n° 4?

A lo primero, los verbos rectores de la conducta típica son promover o facilitar. Para estos efectos, promover significa inducir o inclinar a otro hacia la realización de un comportamiento, implica formar en otro individuo una resolución para desarrollar una actividad, en este caso la entrada o salida del país para un fin específico, cual es la prostitución. A su vez, facilitar implica cualquier acto que haga posible o más expedita la actividad deseada.<sup>102</sup> De esta forma, los verbos rectores admiten una amplia gama de conductas como publicitar la referida actividad, obtener los pasajes del viaje, tramitar los pasaportes, etc. Además, se exige dolo directo por parte del agente, pues los actos deben estar anímicamente encaminados a un fin determinado: que las personas salgan o entren al país para ejercer la prostitución.<sup>103</sup> Respecto a la conducta típica, se requiere desplegar no se ve condicionada por ninguna característica especial del autor, pues sólo se requiere el despliegue de ciertas actividades que pueden ser comúnmente realizadas por cualquier

---

<sup>99</sup> Comúnmente se le conoce con el nombre de trata de blancas, dado un origen histórico del concepto. Hoy en día esta figura es más amplia, pues no distingue el sexo de la víctima, por lo que la doctrina moderna lo denomina delito de tráfico de personas para el ejercicio de la prostitución. Ver: Garrido Montt, M. *Derecho Penal parte especial*, Tomo III, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2005, p. 325.

<sup>100</sup> Cfr. Collao, L. *Delitos sexuales*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2000, p. 236.

<sup>101</sup> Se agrava la pena al hacer referencia al inciso segundo del artículo anterior, artículo 367 del Código Penal, que establece una pena de presidio mayor en cualquiera de sus grados y multa de treinta y una a treinta y cinco unidades tributarias mensuales.

<sup>102</sup> Cfr. Collao, L. *Op. Cit.*, p. 228

<sup>103</sup> Cfr. Garrido Montt, M. *Derecho Penal parte especial*, Tomo III, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2005, p. 325.

persona, por lo que la actividad es independiente de la orientación sexual del sujeto. En lo que se refiere al dolo directo exigido por la norma, este ánimo concreto encaminado a formar en otro la resolución de salir o entrar al país con el objetivo de que ejerza la prostitución o realizar cualquier conducta necesaria para que ello se produzca, tampoco dice relación con la orientación sexual del autor, pues para que el dolo esté presente solo se requiere la resolución interna del sujeto de conocer y querer la conducta desplegada. Sin duda, tanto un heterosexual como un homosexual pueden querer promover o facilitar la entrada o salida de personas del país para que éstas ejerzan la prostitución, a sabiendas que están cometiendo un ilícito y con la esperanza de obtener algún beneficio de ello.

Pues bien, si la respuesta a la primera interrogante es afirmativa, es decir el integrante de una relación de convivencia homosexual puede desplegar la conducta típica contemplada en este ilícito, queda preguntarnos si se le puede aplicar la agravante contemplada en el n°4 del artículo en análisis en lo referido a la relación de convivencia con la víctima. Los bienes jurídicos protegidos por esta norma son libertad ambulatoria, la seguridad personal y la libertad sexual de la víctima. Así, las conductas agravadas de este ilícito presuponen la existencia de factores que posibilitan el abuso o el engaño por parte del hechor, de modo tal de facilitar la lesión a estos bienes protegidos <sup>104</sup>. En el caso específico de la agravante contemplada en el n° 4 del artículo 397 bis, se agrava la pena dada la relación de parentesco, convivencia o guarda con la víctima. En estos supuestos podemos afirmar que el común denominador de los tres casos es la relación de confianza que existe entre la víctima y las personas mencionadas. De esta relación de confianza se genera un acceso especial a la información sobre aspectos personales de la víctima que difícilmente puede obtener un tercero extraño. Además, la confianza generada posibilita una mayor facilidad en la realización del tipo, pues si el autor conoce a la víctima, sobretodo en aspectos personales de los que un tercero no tiene conocimiento, le es más fácil formar la resolución en ella para que salga del país o entre para prostituirse o los medios que debe emplear para ello no son tan sofisticados como lo serían con una víctima extraña. Así las cosas, estimo que no cabe hacer distinción entre una relación de convivencia heterosexual y una homosexual, pues el acceso al conocimiento y la confianza se generan a partir de la comunidad de vida inherente en toda relación de convivencia, con independencia de la orientación sexual de sus integrantes. De esta forma, uno de los integrantes de una unión de hecho homosexual puede utilizar sus conocimientos sobre su pareja y la influencia que tiene sobre ella dada la relación de confianza y afectividad para inducirla a que abandone el país o ingrese a él y se prostituya. Asimismo, puede realizar conductas tendientes a facilitar esta situación, como la organización de su viaje, tramitación de sus pasaportes, información sobre la actividad, etc.

---

<sup>104</sup> Cfr. Politoff, S; Matus, J.P.; Ramírez, M. C. *Lecciones de derecho penal chileno, parte especial*, Segunda edición, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2005, p. 216.

#### **d) Artículo 369 Código Penal**

Artículo 369.- No se puede proceder por causa de los delitos previstos en los artículos 361 a 366 quáter, sin que, a lo menos, se haya denunciado el hecho a la justicia, al Ministerio Público o a la policía por la persona ofendida o por su representante legal. (...)

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

1ª Si sólo concurriere alguna de las circunstancias de los numerandos 2º ó 3º del artículo 361, no se dará curso al procedimiento o se dictará sobreseimiento definitivo, a menos que la imposición o ejecución de la pena fuere necesaria en atención a la gravedad de la ofensa infligida.

2ª Cualquiera sea la circunstancia bajo la cual se perpetre el delito, a requerimiento del ofendido se pondrá término al procedimiento, a menos que el juez no lo acepte por motivos fundados.

Este artículo dispone dos tipos de reglas<sup>105</sup>: primero, reglas relativas a la naturaleza de la acción penal respecto a los delitos 361 a 366 quáter del Código Penal y, segundo, reglas relativas al ejercicio de la acción penal entre cónyuges y convivientes aplicables a los artículos 361 y 366 n°1 del Código Penal. Es sobre estas últimas que versará este análisis, pues son las atinentes al tema en comento.

De esta forma, si el autor del delito de violación comete tal ilícito en contra de su cónyuge o conviviente cuando éste se halla privado de sentido, se aprovecha de su incapacidad para oponer resistencia, o abusa de una enajenación o trastorno mental<sup>106</sup>, no se dará curso al procedimiento o se dictará sobreseimiento definitivo, a menos que la imposición o ejecución de la pena fuere necesaria en atención a la gravedad de la ofensa infligida. Asimismo, si se comete el delito de violación, en cualquiera de sus modalidades, o el delito de abusos sexuales entre cónyuges o convivientes, a requerimiento del ofendido se pone término al procedimiento, a menos que el juez no lo acepte por motivos fundados. El fundamento de estas reglas lo encontramos en el campo de la política-criminal, pues el legislador prefiere resguardar la convivencia familiar que hacer efectiva la responsabilidad penal.<sup>107</sup>

Pues bien, referente al tema que nos ocupa, ¿se pueden aplicar estas reglas a las relaciones de convivencia homosexuales? La primera consideración al respecto es que estas reglas no son aplicables cuando los integrantes de la relación de convivencia son dos mujeres y el delito que se pretende imputar es el de violación, pues éste solo puede ser perpetrado por un hombre al

<sup>105</sup> Siguiendo la clasificación planteada en Politoff, S; Matus, J.P.; Ramírez, M. C. *Lecciones de derecho penal chileno, parte especial*, Segunda edición, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2005, p. 291

<sup>106</sup> Véase artículo 361 Código Penal.

<sup>107</sup> Cfr. Rodríguez, L. *Op. Cit.*, p. 294

concretarse únicamente con el acceso carnal<sup>108</sup>. Esta misma solución es aplicable cuando el victimario es una mujer, sea la víctima del mismo sexo o diverso. De esto se sigue que la regla 1° del inc. 4° del artículo en comento sólo puede ser aplicada a los cónyuges, a convivientes heterosexuales y a relaciones de convivencia masculinas, en la medida que entendamos quedan comprendidos en el concepto de conviviente utilizado por este artículo. Respecto a ello, si la finalidad de estas reglas es la mantención y resguardo de la armonía familiar dentro de la relación de convivencia, perfectamente podemos aplicar la misma finalidad dentro de una relación de convivencia homosexual, pues la imposición de la pena implica, primero, la ruptura de la relación de convivencia y, segundo, una contribución significativa al quiebre de la armonía al interior de la misma que ya ha sido iniciada por la comisión del delito mismo. Además, es la propia norma la que exige un elemento adicional a la relación conyugal y de convivencia propiamente tal, cual es que los involucrados hagan vida en común. Como se explicó en el primer capítulo de esta exposición, a propósito de los requisitos de las uniones de hecho, el hacer vida en común implica formar una comunidad de vida que nace a raíz de las relaciones de afectividad que se generan y que se encaminan, como su nombre lo indica, a tener una vida en común, planes de vida que convergen para alcanzar los fines que la pareja se proponga diversos a los queridos por cada uno de sus integrantes. Este elemento está presente en toda clase de uniones de hecho, pues la orientación sexual de la misma no es un impedimento para constituirla.

Por otra parte, la regla 2° del inc. 4° del artículo 369 del Código Penal, aplicable tanto al delito de abusos sexuales, que no tiene limitación fáctica de ejecución referente al sexo del victimario, como al delito de violación en cualquiera de sus modalidades de ejecución, establece una excepción al perdón del ofendido como causal de extinción de la responsabilidad penal en delitos de persecución pública<sup>109</sup>. Al igual que en la regla anterior, el fundamento general de esta excepción es la prevalencia de la armonía conyugal y de la relación de convivencia, por sobre el interés público en la imposición de la pena. Además, encontramos en la historia legislativa un fundamento específico, pues se entiende que “se puede producir una efectiva y espontánea reconciliación de la pareja y en tal caso sería contraproducente que la ley obligara a continuar el procedimiento”<sup>110</sup>. En atención a ambos fundamentos, nuevamente, estimo que los convivientes homosexuales quedan incluidos dentro de la voz conviviente que establece este artículo, sobretodo considerando que, como toda relación de pareja, pueden sufrir quiebres que son susceptibles de reconciliación y si ello se produce no tiene sentido el actuar del derecho penal cuando la víctima ya entiende reparado el daño y superada la situación de conflicto.

---

<sup>108</sup> Véase artículo 361 Código Penal.

<sup>109</sup> Rodríguez, L. *Op. Cit.*, p. 296

<sup>110</sup> Historia de la Ley N° 19.617, Informe Comisión mixta, p. 663. Disponible en <http://recursoslegales.bcn.cl/jspui-rl/bitstream/10221.3/3848/1/HL19617.pdf> (consultado el 29 de Noviembre de 2009)

Finalmente, estimo que existen dos argumentos adicionales, pero no menos importantes, para aplicar estas reglas a las convivencias homosexuales. El primero de ellos dice relación con las convivencias homosexuales masculinas. El delito de violación se materializa con el que accede carnalmente a otra persona, por lo que quedan comprendida en esta figura el acceso carnal perpetrado por un hombre a otro, en cualquiera de las circunstancias que el artículo 361 del Código Penal enumera. Si el delito de violación admite, en su configuración, la comisión homosexual, entonces éste perfectamente puede configurarse en el marco de una relación de convivencia homosexual, por lo que las reglas procesales contenidas en el artículo 369 del código penal cobran pleno sentido en esta situación.

El último argumento, ya repetido en el análisis de normas anteriores, dice relación con la letra de la ley, pues si el legislador no hace distinción ni alusión alguna a la orientación sexual de los implicados, mal podemos hacer tal distinción al momento de interpretar la norma. En este sentido Rodríguez Collao estima que tanto la excusa legal absolutoria establecida en la regla 1° del artículo 369, como el perdón del ofendido consagrado en la regla 2° del mismo artículo, “la indeterminación en cuanto al sexo trae consigo que sea aplicable tanto respecto de relaciones de convivencia heterosexual, como de convivencia homosexual: masculina y femenina en el caso del delito de abusos sexuales; solo masculina en el caso del delito de violación”<sup>111</sup>.

#### **e) Artículo 390 Código Penal**

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 su cónyuge o conviviente, será castigado, como parricida, con la pena de presidio mayor en su grado máximo a presidio perpetuo calificado.

El delito de parricidio es una figura agravada de homicidio por la relación personal que existe entre la víctima y el autor,<sup>112</sup> relación que queda delimitada legalmente al establecerse un catálogo taxativo de víctimas que quedan amparadas en este precepto. Dentro de éste catálogo de ofendidos encontramos al conviviente del victimario, inclusión que es producto una modificación introducida por el artículo 21 b) de la ley 20.066 el 7 de octubre del año 2005.

Al igual que en las normas analizadas anteriormente, nos encontramos con una noción de conviviente que no ha sido definida a los efectos de este artículo, ni se mencionan los requisitos que deben cumplir las relaciones de convivencia para quedar amparadas por este tipo penal. Además, en la descripción típica no se hace referencia al sexo de los integrantes de la relación de convivencia como supuesto de aplicación de éste. Asimismo, en la historia legislativa de la ley 20.066, la única referencia a la inclusión del conviviente en el artículo en comento es la finalidad de esta iniciativa, por cuanto se sostuvo que la “proposición tiene por finalidad aplicar la misma

---

<sup>111</sup> Rodríguez, L. *Op. Cit.*, p. 296

<sup>112</sup> Cfr. Politoff, S; Matus, J.P.; Ramírez, M. C, *Op. Cit.*, p. 73.

lógica seguida en el proyecto, en cuanto se agrava la estructura del delito de lesiones corporales, respecto de los delitos contra la vida. La modificación sugerida salva la coherencia interna de la iniciativa y la de su relación con el ordenamiento penal general.”<sup>113</sup>, pero no se menciona el concepto de convivencia, ni los requisitos necesarios para configurarla. Ahora, si revisamos los requisitos de aplicación de este tipo penal no encontramos ninguna característica que nos permita delimitar el concepto de conviviente, pues se requiere, primero, que una persona de muerte a la otra; segundo, que entre el autor y la víctima exista alguna de las relaciones personales que exige el artículo y, tercero, que el autor conozca la relación que lo liga con la víctima.<sup>114</sup> El primer requisito comprende una acción que es posible de ser ejecutada por cualquier persona, sin relación a sus características personales o sociales. El segundo, es precisamente el tema controvertido, pues de todas las relaciones expresadas en el artículo, la única que no recibe definición o delimitación legal es la del conviviente. Finalmente, con referencia al tercer requisito, solo baste decir que difícilmente una persona puede matar a su conviviente, sin saber las relación que tiene con éste, pues la comunidad de vida, y los demás requisitos de las uniones de hecho, presuponen una disposición de los involucrados y un consentimiento libre en la relación, por lo no podrían ignorar el hecho que mantienen una convivencia y quien es su conviviente.

Así las cosas, para poder establecer si un integrante de una unión de hecho homosexual mata a su conviviente, será castigado en virtud del delito de parricidio o del delito de homicidio, simple o calificado, según sea el caso, debemos analizar, primero, el bien jurídico protegido por el delito de parricidio y, segundo, si este bien jurídico se ve afectado con la conducta descrita.

Junto con la discusión sobre la mantención de este tipo penal en la legislación actual<sup>115</sup>, cuestión que no es pertinente analizar en esta sede, se ha discutido sobre cuál o cuáles son los bienes jurídicos protegidos por esta norma. Todos están contestes que el primer bien jurídico protegido es la vida humana<sup>116</sup>, pero además, debe existir un factor adicional que justifique la agravación de la pena en relación con el homicidio simple y calificado. Hay quienes sostienen que este elemento adicional es la familia como núcleo fundamental de la sociedad, la que esta asociada a los vínculos que la norma establece, “sin tomar en cuenta aspectos subjetivos o sentimentales, sino la relación objetiva de sangre o legal del matrimonio”<sup>117</sup>. De esta forma, tradicionalmente se ha sostenido que es inadmisibles fundamentar la existencia de este tipo penal,

---

<sup>113</sup> Historia de la ley n° 20.066 que establece Ley de Violencia Intrafamiliar, Informe comisión mixta, p. 470, disponible en <http://recursoslegales.bcn.cl/jspui-rl/bitstream/10221.3/561/1/HL20066.pdf>. (Consultado el 17 de Noviembre de 2009).

<sup>114</sup> Cfr. Garrido Montt, M. *El homicidio y sus figuras penales*, Editorial Jurídica ConoSur Ltda., Santiago, 1994, p. 189.

<sup>115</sup> Véase: Politoff, S; Matus, J.P.; Ramírez, M. C. *Lecciones de derecho penal chileno, parte especial*, Segunda edición, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2005, p. 72.

<sup>116</sup> Véase: Garrido Montt, M. *Op. Cit.*, p. 186; Politoff, S., Grisolia, F., Bustos, J.. *Derecho Penal Chileno parte especial, delitos contra el individuo en sus condiciones físicas*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1993, p. 83.

<sup>117</sup> Garrido Montt, M. *Derecho penal parte especial*, Tomo III, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2005, p. 71

y por ende considerar como bien jurídico protegido por la norma, en las relaciones de afectividad que pudiesen existir entre la víctima y el autor.<sup>118</sup> Sin embargo, con la inclusión del conviviente como sujeto pasivo de este delito en el año 2005 pareciera que la argumentación tradicional debe, al menos, matizarse. Las relaciones de convivencia no se encuentran formalizadas en el ordenamiento jurídico nacional, sino que responden únicamente a una realidad fáctica. De esta forma, la figura del conviviente no se condice con la lógica de protección objetiva, sin elementos psicológicos o sentimentales, que si tienen las demás relaciones abarcadas en el precepto normativo. En este punto, estimo que nace un nuevo bien jurídico protegido, relacionado con el anterior, pero con un fundamento diverso, ya que el delito de parricidio afecta a las “convicciones y sentimientos inherentes a la sociedad sobre formas de convivencia y vinculación familiar”<sup>119</sup>, entonces la protección de este delito se traslada conforme la sociedad va experimentando cambios en sus instituciones<sup>120</sup>. Así, la esta figura continúa protegiendo, primeramente la vida, y luego, la familia como núcleo fundamental de la sociedad, pero ya no basada en criterios objetivados por la propia ley, relación de parentesco o conyugal, sino que descansando en la protección de las relaciones afectivas que se generan entre los convivientes. Pues, la inclusión de esta nueva figura viene dada por la ley de violencia intrafamiliar donde, como se revisará detalladamente más adelante, el concepto de familia se amplía a las convivencias, pues lo que se protege es la armonía familiar y los vínculos relacionales de confianza y afectividad que al interior de ésta se generan, reconociendo que el matrimonio deja de ser la única fuente generadora de familia a los ojos del derecho.

Ahora bien, despejado el punto respecto al bien jurídico protegido con la inclusión del conviviente como sujeto pasivo del delito de parricidio, nos queda analizar si se vulnera dicho bien cuando la relación que liga a los convivientes es de orientación homosexual. En este respecto estimo que la respuesta es afirmativa, pues si el objeto de protección son las relaciones de afectividad generadas entre los sujetos, elemento eminentemente subjetivo, quedan comprendidas en este supuesto todas las relaciones de hecho, con tal que tal elemento esté presente, con independencia si la unión de hecho esta compuesta por dos personas de diverso sexo o del mismo<sup>121</sup>. Es importante dejar claro que la relación de afectividad protegida por la norma se entiende siempre en el marco de una unión de hecho, por lo que se requiere, para la aplicación de este tipo penal, que el autor y la víctima hayan mantenido, por un lapso más o

---

<sup>118</sup> Cfr. Politoff, S; Grisolia, F; Bustos, J. *Derecho Penal Chileno, parte especial, delitos contra el individuo en sus condiciones físicas*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1993, p. 82.

<sup>119</sup> Garrido Montt, M. *Derecho penal parte especial*, Tomo III, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2005, p. 69.

<sup>120</sup> En este sentido Van Weezel, A. “Lesiones y violencia intrafamiliar” en *Revista Chilena de Derecho*, vol. 35 N° 2, 2008, p. 223.

<sup>121</sup> En contra a esta postura: Barrientos, J. “Sobre la noción de ‘conviviente’ utilizada en el artículo 390 del Código Penal”, en *Revista Chilena de Derecho Privado*, N°7, Diciembre de 2006, pp. 191-233. Al respecto, la postura del autor parte del supuesto que en Chile la diferencia de sexo es un requisito de existencia de las uniones de hecho, situación que ya fue analizada y descartada en el capítulo I n°7 de esta exposición, por lo que necesariamente la noción de conviviente que utiliza el artículo 390 del Código Penal debe comprender sólo a uniones de hecho heterosexuales.

menos prolongado, una comunidad de vida, donde vivan juntos, cohabiten, públicamente y de forma permanente.

### **3) Normas legales que reconocen la calidad de conviviente en Chile contenidas en diversos cuerpos legales.**

#### **a) Artículo 5 Ley n ° 20.066 sobre Violencia Intrafamiliar**

Artículo 5°.- Violencia intrafamiliar. Será constitutivo de violencia intrafamiliar todo maltrato que afecte la vida o la integridad física o psíquica de quien tenga o haya tenido la calidad de cónyuge del ofensor o una relación de convivencia con él; o sea pariente por consanguinidad o por afinidad en toda la línea recta o en la colateral hasta el tercer grado inclusive, del ofensor o de su cónyuge o de su actual conviviente. También habrá violencia intrafamiliar cuando la conducta referida en el inciso precedente ocurra entre los padres de un hijo común, o recaiga sobre persona menor de edad o discapacitada que se encuentre bajo el cuidado o dependencia de cualquiera de los integrantes del grupo familiar.

La definición de la violencia intrafamiliar en el art. 5° de la Ley N° 20.066 se compone de un elemento objetivo y de uno subjetivo. Objetivamente, debe tratarse de un maltrato que afecte la vida o la integridad física o psíquica de la víctima. Subjetivamente, debe existir entre el autor y la víctima alguna de las relaciones que el mismo art. 5° establece. Ambos elementos son constitutivos de la violencia intrafamiliar, pero, es el último de ellos –la relación entre autor y víctima– lo que le da a la violencia su carácter específicamente intrafamiliar. Desde el punto de vista objetivo, la definición adoptada por el legislador es tan amplia que comprende en la práctica la “totalidad de las posibles formas de maltrato a otra persona.”<sup>122</sup>

A la luz de la distinción entre la faz objetiva y la faz subjetiva de la violencia intrafamiliar cabe preguntarse si una persona integrante de una unión de hecho homosexual puede satisfacer ambos elementos, es decir, ¿puede ser víctima de una conducta que implique un maltrato físico o síquico de su pareja? De ser así, ¿es este maltrato constitutivo de violencia intrafamiliar?

A lo primero. La norma exige una conducta que implica una actividad por parte del sujeto activo,<sup>123</sup> que se puede desplegar de modo físico o psicológico. A su vez, esta actividad debe ocasionar un efecto determinado cual es la afeción de la vida o la integridad física o síquica del otro. En este sentido, la conducta exigida no dice relación con alguna calidad especial de los implicados sino con un resultado determinado. Así, esta conducta no deja de ser tal por el sexo de la persona que la comete o la sufre. Puede cometer este tipo de violencia tanto un hombre como una mujer, así como pueden ser víctimas de la misma un hombre o una mujer. Ahora, si la

---

<sup>122</sup> Van Weezel, A. “Lesiones y violencia intrafamiliar” en *Revista Chilena de Derecho*, vol. 35 N° 2, 2008, pp. 233.

<sup>123</sup> Actividad en sentido amplio, pues también constituye violencia intrafamiliar ciertas omisiones por parte de la pareja, tales como la indiferencia.

cuestión no se determina por la conducta que debe desplegarse para causar el daño previsto por la norma, entonces dependerá del segundo factor, es decir, si la relación existente entre el sujeto activo y pasivo se contempla en la misma. Aquí cobra relevancia en análisis realizado anteriormente respecto al concepto y los requisitos para configurar una unión de hecho. Dado que esta norma no hace mención alguna al sexo de los integrantes de la convivencia, no existe impedimento legal para aplicarla a parejas homosexuales. Aun más, si consideramos la especial relevancia de la comunidad de vida para configurar las uniones de hecho, encontramos en las normas de violencia familiar un instrumento de protección a este elemento. La ley de violencia intrafamiliar busca mantener los deberes de respeto que se generan en las relaciones de afectividad al interior del núcleo familiar. En este sentido no existen razones para dejar fuera del ámbito de protección de esta norma a las parejas homosexuales, pese a las objeciones planteadas en torno a considerar que esta norma está destinada a la mantención de las relaciones de familia y que las parejas de hecho homosexuales no caben en el concepto de familia. Ahora, dejando de lado las concepciones que sostienen que la familia se constituye únicamente por el matrimonio,<sup>124</sup> adhiero a la idea que la familia se constituye por los lazos de afectividad de sus componentes. Así, la ley de violencia intrafamiliar, en sentido amplio, pretende proteger la sana convivencia que se genera a partir de los lazos de afectividad que surgen en la familia, del que se sigue un especial deber de respeto. Desde esta perspectiva, en la medida que estemos en presencia de una relación de afecto entre los miembros de la unión de hecho, podemos afirmar que nos encontramos ante una familia, con independencia del sexo de éstos, pues para excluirlos tendríamos que afirmar que no son capaces de formar lazos afectivos entre sí, lo que claramente está fuera de discusión.

Aún más, si atendemos al tenor literal de la norma, ésta se refiere a la relación de convivencia, sin restringir el sexo de las personas involucradas en esta relación. Además, la propia norma menciona separadamente dos situaciones, pues utiliza la conjunción disyuntiva “o” para distinguir entre la relación conyugal, donde solo es posible admitir la violencia intrafamiliar entre un hombre y una mujer, y la situación de los convivientes, donde no existe restricción respecto al sexo de sus integrantes. En este sentido, atendiendo a la máxima de que si el legislador no distingue no le cabe al intérprete distinguir, no tiene fundamento restringir la aplicación a parejas heterosexuales. Lo que la norma exige es una relación de convivencia, es decir, una situación de hecho entre dos personas –para que se de la relación- cual es mantener una comunidad de vida con cierta permanencia y estabilidad en el tiempo. Esta posición ha sido apoyada por un fallo de la Corte de Apelaciones de La Serena que e su considerando segundo consagra “El concepto de conviviente incluye en forma extensiva, a aquel unido a otro en una

---

<sup>124</sup> En las sociedades actuales ya no es posible sostener esto, desde el momento en que el colectivo social admite como familias, por ejemplo, a las conformadas por un solo padre y sus hijos, o, incluso, a las convivencias heterosexuales. Esto se refleja también en la propia legislación, en el art. 1 de la nueva ley de matrimonio civil.

relación de convivencia homosexual, a quien se considera además como integrante del grupo familiar. La ley no distingue si quien tenga o haya tenido la calidad de conviviente con el autor del maltrato familiar ha de ser una persona de distinto sexo del ofendido, o puede ser del mismo sexo, por lo que no corresponde al intérprete desatender el tenor literal de la norma so pretexto de consultar su espíritu.”<sup>125</sup>

Sumado a lo anterior, si el legislador no hace la distinción entre convivientes heterosexuales y homosexuales, entonces para interpretar se debe recurrir al sentido natural y obvio de las palabras<sup>126</sup>. Como ya mencioné, hoy en día ha dejado ser natural y obvio entender que cuando hablamos de relaciones de convivencias estamos aludiendo exclusivamente a relaciones estables, notorias, que mantienen una comunidad de vida entre un hombre y una mujer, sino mas bien la tendencia es comprender que en este concepto caben, a diferencia que en el matrimonio, relaciones tanto heterosexuales como homosexuales. Además, en las relaciones homosexuales pueden darse las mismas dinámicas típicas que caracterizan a la violencia intrafamiliar en parejas heterosexuales: relación de poder, control y manipulación por uno de los integrantes, por lo que dejar fuera a las convivencias homosexuales es una decisión arbitraria y desajustada a la realidad<sup>127</sup>.

Finalmente, siempre es necesario hacer un análisis consistente con los derechos fundamentales que nuestra Constitución consagra. Así, en respeto al principio de igualdad, de autodeterminación y de no discriminación no podemos dejar fuera del ámbito de protección de esta ley a las parejas homosexuales ¿porqué el derecho entregaría un estatuto especial de protección a una mujer si es golpeada por su pareja sólo cuando ésta es hombre y no cuando es mujer? ¿Acaso no se valida de la misma forma la estabilidad, permanencia y afectividad que generan una relación de convivencia entre ellas? A mi parecer no existen respuestas muy convincentes para sostener que se deben dejar fuera del ámbito de protección de la ley de Violencia Intrafamiliar.

#### **b) Artículo 37 Ley 19.968 que Crea los Tribunales de Familia**

Artículo 37.- Principio de no autoincriminación. Todo testigo tendrá el derecho de negarse a responder aquellas preguntas cuya respuesta pudiere acarrearle peligro de persecución penal por un delito. Asimismo, el testigo podrá ejercer el mismo derecho cuando, por su declaración, pudiere incriminar a su cónyuge, a su conviviente, a sus ascendientes o descendientes, a sus parientes colaterales hasta el segundo grado de consanguinidad o afinidad, a su pupilo o a su guardador, a su adoptante o su adoptado.

---

<sup>125</sup> Corte de Apelaciones de la Serena, Sentencia recurso de nulidad, causa Rol n° 373-2006, 8 de enero de 2007.

<sup>126</sup> Cfr. Politoff, S.; Matus, J. P.; Ramírez, M. C.. *Lecciones de derecho penal Chileno, parte general*, Segunda edición actualizada, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2006, pp. 110-111.

<sup>127</sup> Cfr. Taladriz, M.J. “Decisiones judiciales acerca del concepto de convivencia”, en *Revista Jurídica del Ministerio Público*, n° 38, Marzo de 2009, p. 273.

Este artículo contiene una regla procesal idéntica a la contenida en el artículo 305 del Código Procesal Penal, por lo que nos remitimos al análisis de la posibilidad de incluir al conviviente homosexual en el alcance de este artículo, al ya realizado a propósito de la norma mencionada anteriormente.

**c) Artículo M Ley 16.282 que Fija disposiciones para casos de sismos y catástrofes.<sup>128</sup>**

Artículo M.- El Presidente de la República podrá otorgar, con cargo a los recursos que se concedan con ocasión de un sismo o catástrofe, un subsidio mensual hasta por el monto de un sueldo vital mensual escala del departamento de Santiago, a la familia de las personas fallecidas a causa del sismo o catástrofe.

Para percibir este subsidio, el beneficiario deberá acreditar que carece de los recursos necesarios para su subsistencia y que no tiene derecho a impetrar beneficios de monto igual o superior de alguna Caja de Previsión. En caso alguno estos beneficios y el subsidio podrán exceder, en conjunto, de un sueldo vital mensual escala del departamento de Santiago, si ello ocurriese se rebajará éste hasta que ambos sumen la cantidad máxima indicada.

Para los efectos del presente artículo, se entiende por familia del fallecido su cónyuge sobreviviente, su conviviente, sus hijos legítimos, naturales o ilegítimos, los adoptados, los ascendientes legítimos o naturales y las hermanas solteras legítimas o naturales.

Sólo podrá otorgarse un subsidio por familia y tendrá preferencia para gozar de él aquel miembro de la familia a cuyo cargo han quedado los familiares del fallecido. (...)

La Constitución Política de la República establece que “Es deber del Estado resguardar la seguridad nacional, dar protección a la población y a la familia (...)”<sup>129</sup>. Así, la ley que establece medidas a adoptar en caso de sismos o catástrofes no es más que una concreción de este mandato constitucional. En el caso específico de la norma transcrita anteriormente, quien tiene a su cargo el mandato constitucional es el Presidente de la República, al que se le concede la facultad de entregar subsidios a las familias afectadas por un sismo o catástrofe cuando ha fallecido quien era el sustento económico del hogar. Pues bien, pese a que la norma contempla una definición legal de familia, considerando dentro de ésta al conviviente del fallecido, no hace ninguna referencia al concepto de convivencia ni los requisitos para que a ésta le sean aplicables los beneficios que esta norma establece. De esta forma, ¿puede acceder a este subsidio el conviviente sobreviviente, cuando la unión de hecho que mantenía con el fallecido era homosexual? En un principio estimo que sí. A la luz de la aplicación del principio constitucional de igualdad ante la ley, no existen razones para hacer una distinción entre convivencias homosexuales y heterosexuales. Si a ello le sumamos que el mandato constitucional de protección es genérico ya que establece que se debe

---

<sup>128</sup> Este artículo fue introducido por el artículo 1 n°2 de la ley n° 17.564, publicada en el Diario Oficial el 22 de noviembre de 1971.

<sup>129</sup> Artículo 1, inciso 5, Constitución Política de la República.

proteger a la población en general sin hacer distinción entre una clase de ciudadanos y otra. Sin embargo, estimo que, en la práctica, esta solución sería aplicable sólo a aquellos casos en que la familia esta compuesta sólo por los convivientes, o por los convivientes y algún ascendiente o descendiente del conviviente fallecido. Dado que en Chile no esta permitida la adopción para parejas homosexuales y la reproducción natural les está impedida, si la familia se compone por los convivientes y un hijo de alguno de ellos, cuando uno de los convivientes fallece sólo será aplicable esta norma si el hijo que integra la familia es descendiente de él, pues expresamente el artículo menciona que se entiende por familia, en lo pertinente, al conviviente y a los hijos del fallecido. De esta forma, si el hijo que integra la familia es descendiente del conviviente sobreviviente, no podrá percibir el subsidio, pues no es parte de la familia que expresa este artículo. Esta puede ser una imposibilidad práctica considerable a la hora de evaluar la correspondencia del subsidio mencionado. Pero en todo caso, la diferencia viene dada no porque la relación de convivencia sea homosexual, sino porque no se cumplirían con los requisitos legales para percibir el subsidio. Es más, en la misma situación se podría encontrar una relación de convivencia heterosexual, pues si los hijos integrantes de la familia son únicamente descendientes del conviviente sobreviviente, tampoco podemos aplicar el artículo en comento respecto de éstos, ya que no cumplen con el criterio normativo.

#### **4) Criterios de interpretación aplicables a todas las normas que reconocen explícitamente la calidad de conviviente en Chile.**

Como he mencionado ya en alguna oportunidad, el punto de partida para el análisis de las normas que reconocen explícitamente la calidad de conviviente en Chile es atender al tenor literal de las palabras. Si el legislador no ha distinguido entre convivientes heterosexuales y homosexuales al consagrar las diversas normas en comento, entonces no se nos está permitido hacer tal distinción. Por supuesto que éste es sólo uno de los criterios de interpretación, que debe complementarse con los desarrollados específicamente a propósito del análisis de cada norma.

Finalmente, creo pertinente volver y reforzar un punto que ha sido mencionado en alguno de los análisis particulares realizados anteriormente, cual es la interpretación de las norma a la luz de los Derechos Fundamentales que la Constitución Política de la República consagra. De esta forma, estimo que la consideración de las uniones de hecho homosexuales como comprendidas dentro de la voz conviviente que utilizan todas las normas mencionadas es un reflejo del respeto al derecho de igualdad ante la ley y su correlato, la no discriminación arbitraria.

La igualdad ante la ley es el “sometimiento de todas las personas a un mismo estatuto jurídico fundamental para el ejercicio de sus derecho y el cumplimiento de sus deberes, sin que sea procedente efectuar entre ellas distinciones favorables o adversas en razón de la raza, la nacionalidad, el sexo, la profesión, actividad u oficio y del grupo o sector social o categoría

económica a que se pertenezca”<sup>130</sup>. Este derecho se traduce en la facultad del ciudadano para exigir que se le trate en los mismos términos que aquel que se encuentra en su misma situación y a ser tratado de manera diversa respecto de aquel con quien tiene diferencias sustanciales.<sup>131</sup> De este modo, cada vez que un órgano del Estado, más frecuentemente el legislador, quiere establecer diferencias entre una persona o grupo, esta diferenciación debe ser justificada, pues en el núcleo de este derecho está la protección contra la discriminación arbitraria. Así, una diferencia arbitraria se caracteriza por la falta de fundamentación racional o razonable.<sup>132</sup> Pues bien, ¿existe un fundamento racional para aplicar un tratamiento diverso a las uniones de hecho homosexuales y a las uniones de hecho heterosexuales? En este caso, se debe encontrar un fundamento para justificar la discriminación en base a la orientación sexual de los sujetos, pues las uniones de hecho homosexuales y heterosexuales comparten las demás características: una relación estable y con cierta duración, basada en la comunidad de vida, públicas, donde los sujetos viven juntos y cohabitan. Creo, y es aquí donde cobra peso el argumento, que no existe un fundamento racional que justifique una discriminación entre parejas homosexuales y heterosexuales, por lo que cualquier diferencia de trato entre ellos implica una vulneración a la garantía constitucional de igualdad ante la ley. Estimo que la realidad social ha evolucionado en el sentido de reconocer e incluso legitimar la existencia de uniones de hecho homosexuales. Es más, el concepto de familia se amplía en el mismo sentido, por lo que ningún organismo del estado está legitimado para establecer un trato diferenciado argumentando que la orientación sexual es determinante para reconocer los derechos que las leyes le consagran a los convivientes. Al parecer, quienes abogan por la diferencia de sexo en las uniones de hecho, finalmente basan sus razonamientos en la imposibilidad de considerar a las convivencias homosexuales incluidas en el concepto de familia, pero, como ya mencioné en el capítulo anterior, tal argumento cobra sentido en la medida que entendamos que los homosexuales no son capaces de formar lazos de afectividad y permanencia, que son las características de las familias actuales. Y aún si consideráramos válido este argumento, estimo que no es de suficiente peso para justificar la vulneración del derecho de todos los ciudadanos homosexuales a ser tratados como iguales ante la ley.

---

<sup>130</sup> Evans, E. *Los Derechos Constitucionales*, Tomo II, Tercera Edición actualizada por Eugenio Evans Espiñeira, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2004, p.125.

<sup>131</sup> Cfr. Fernández, M.A., *Principio Constitucional de Igualdad ante la Ley*, Editorial Jurídica ConoSur Ltda., Santiago, 2001, p. 40.

<sup>132</sup> Cfr. Evans, E. *Op. Cit.*, p. 125

### **Capítulo III: Análisis de las normas legales que reconocen implícitamente la calidad de conviviente en Chile.**

Actualmente, existen seis normas legales que reconocen implícitamente las relaciones de convivencia en Chile, la mayor parte de ellas se encuentran en el campo de la seguridad social, a saber:

#### **1) Artículo 210 Código Civil**

Art. 210. El concubinato de la madre con el supuesto padre, durante la época en que ha podido producirse legalmente la concepción, servirá de base para una presunción judicial de paternidad.

Si el supuesto padre probare que la madre cohabitó con otro durante el período legal de la concepción, esta sola circunstancia no bastará para desechar la demanda, pero no podrá dictarse sentencia en el juicio sin emplazamiento de aquél.

Como se mencionó en el capítulo I de esta exposición, a propósito de la diferencia de sexo como requisito constitutivo de las uniones de hecho, este artículo es utilizado por doctrina para argumentar que en Chile existen argumentos de texto para exigir diferencia de sexo en las uniones de hecho.<sup>133</sup> Dichos argumentos fueron analizados anteriormente por lo que, a lo que ellos respecta, nos remitimos al apartado pertinente.<sup>134</sup> Ahora bien, respecto al análisis que nos ocupa, esta norma reconoce implícitamente la calidad de conviviente al establecer la eventualidad de una relación de convivencia, concubinato en sus términos, durante la época en que ha podido producirse la concepción a efectos de establecer una base de presunción judicial de paternidad. Pues bien, esta norma tiene como presupuesto de aplicación la existencia de una relación de convivencia entre un hombre y una mujer, pues estas convivencias son las únicas capaces de procrear y, por tanto, verse en la situación prevista por ésta. Así las cosas, este precepto es aplicable únicamente a uniones de hecho heterosexuales.

#### **2) Artículo 24 ley n° 15.386 sobre revalorización de fondos de pensiones**

Artículo 24° La madre de los hijos naturales del imponente, soltera o viuda, que estuviere viviendo a las expensas de éste, y siempre que aquéllos hubieren sido reconocidos por el causante con tres años de anterioridad a su muerte o en la inscripción del nacimiento, tendrá derecho a una pensión de montepío equivalente al 60% de la que le habría correspondido si hubiera tenido la calidad de cónyuge sobreviviente.

Este derecho se extinguirá por matrimonio o fallecimiento de la beneficiaria y se ejercerá de acuerdo a las normas que rijan las pensiones de viudez en los respectivos regímenes orgánicos.

---

<sup>133</sup> Véase nota 46.

<sup>134</sup> Véase Capítulo I, N°7.

El beneficio que concede este artículo se entenderá sin perjuicio de los que correspondan a otros derechos habientes.

Este artículo reconoce la existencia de una relación de convivencia a fines de otorgar a la madre de los hijos de un imponente en los fondos de pensiones que vive a expensas de éste, una pensión de montepío. De la lectura del artículo se pueden hacer dos afirmaciones: primero, la pensión se concede exclusivamente a la mujer, y se le concede en calidad de madre, no en calidad de conviviente, ya que si mantenían una relación de convivencia sin tener hijos, aún cuando viva a expensas de él, no tiene derecho a este beneficio, pues no cumple con los requisitos establecidos y, segundo, como consecuencia de lo anterior y dado que la norma presupone la existencia de hijos entre el fallecido y la beneficiaria, esta norma sólo puede ser aplicada a convivencia heterosexuales, pues las convivencias homosexuales no pueden procrear y se les está impedida la adopción. Por tanto la referencia implícita que hace esta norma a las uniones de hecho no contempla las relaciones homosexuales.

### **3) Artículo 45 Ley 16.744 que Establece normas sobre accidentes del trabajo y enfermedades profesionales**

Artículo 45°.- La madre de los hijos naturales del causante, soltera o viuda, que hubiere estado viviendo a expensas de éste hasta el momento de su muerte, tendrá también derecho a una pensión equivalente al 30% de la pensión básica que habría correspondido a la víctima si se hubiere invalidado totalmente o de la pensión básica que perciba en el momento de la muerte, sin perjuicio de las pensiones que correspondan a los demás derecho-habientes. (...)

Esta norma establece una pensión a la madre de los hijos del trabajador que ha fallecido a causa de un accidente del trabajo o enfermedad profesional. Similar al artículo analizado anteriormente, el precepto presupone la existencia de una relación de convivencia entre la beneficiaria y el fallecido para otorgar los beneficios establecidos en ella. Además, se requiere la existencia de hijos comunes pues, en los mismos términos que la norma anterior, la pensión se concede a la mujer en calidad de madre y no en calidad de conviviente. De ello se sigue que la norma es aplicable exclusivamente a quienes hayan mantenido una relación de convivencia heterosexual, pues la existencia de hijos se reduce a estas parejas. Por tanto, el reconocimiento implícito a las uniones de hecho contenidas en este artículo tampoco es aplicable a parejas homosexuales.

### **4) Artículo 31 Ley 18.490 que Establece el seguro obligatorio de accidentes personales causados por circulación de vehículos motorizados.**

Artículo 31.- En caso de muerte, serán beneficiarias del seguro las personas que a continuación se señalan, en el siguiente orden de precedencia:

1.- El cónyuge sobreviviente;

2.- Los hijos menores de edad, legítimos, naturales o adoptivos;

- 3.- Los hijos mayores de edad, legítimos, naturales o adoptivos;
- 4.- Los padres legítimos o naturales;
- 5.- La madre de los hijos naturales de la víctima, y
- 6.- A falta de las personas indicadas en el inciso precedente, la indemnización corresponderá a quien acredite la calidad de heredero.

La norma transcrita establece un seguro por muerte en caso de accidentes de tránsito otorgado a las personas que allí se indican, en orden de prelación. Dentro de éstas encontramos a la madre de los hijos naturales de la víctima<sup>135</sup>, donde queda comprendido implícitamente la posibilidad que éstos hayan mantenido una relación de convivencia. A diferencia de las normas analizadas anteriormente, en este caso no se exige que la mujer viva a expensas del fallecido, por lo que no necesariamente se exige la existencia de convivencia, pues es concebible la posibilidad de que el fallecido tenga hijos sin mantener una relación de convivencia. Ahora, en el supuesto que efectivamente haya existido una unión de hecho, la mujer sólo obtiene el beneficio en defecto de sus hijos y, al igual que en los casos anteriores, se le entrega en virtud de su calidad de madre y no de conviviente. Así las cosas, nuevamente, nos encontramos con una unión de hecho reconocida implícitamente que sólo es aplicable a relaciones compuestas por un hombre y una mujer, que tengan o hayan tenido hijos. De esta forma, dados los supuestos legales de aplicación del precepto, quedan excluidas las uniones de hecho homosexuales.

**5) Artículo 5 Decreto Ley n°3500, año 1980, que Establece un nuevo sistema de pensiones.**

Artículo 5°.- Serán beneficiarios de pensión de sobrevivencia, los componentes del grupo familiar causante, entendiéndose por tal, el o la cónyuge sobreviviente, los hijos de filiación matrimonial, de filiación no matrimonial o adoptivos, los padres y la madre o el padre de los hijos de filiación no matrimonial del causante.

Cada afiliado deberá acreditar ante la respectiva Administradora, la existencia de sus eventuales beneficiarios, por los medios legales pertinentes.

Este artículo define quienes serán beneficiarios de la pensión de sobrevivencia que establece el Decreto Ley n° 3500. Primero, circunscribe el beneficio al grupo familiar, dentro de los que considera a la madre o padre de los hijos de filiación no matrimonial del causante. En este supuesto el legislador reconoce la posible existencia de una relación de convivencia entre el fallecido y la madre o el padre de los hijos de éste. Nuevamente, el vínculo relevante para la obtención de este beneficio es el de los hijos comunes, no así la existencia de una relación de convivencia. De hecho, tal relación podría no existir puesto que no se requiere algún elemento típico de la convivencia, como la permanencia en el tiempo, notoriedad, cohabitación, etc. que

---

<sup>135</sup> La expresión “hijos naturales” no se ha adecuando a la legislación vigente, pues la ley n° 19.585 publicada en el Diario Oficial el 26 de octubre de 1998 elimina la distinción entre hijos legítimos, naturales e ilegítimos.

nos de indicios de requerir la convivencia como supuesto de aplicación de la norma. Aún así, de existir relación de convivencia, para la aplicación de este precepto se requiere que la unión de hecho sea heterosexual ya que, al igual que las normas analizadas anteriormente, supone la existencia de hijos comunes, los que sólo pueden existir en una relación integrada por un hombre y una mujer.

**6) Artículo 88 Decreto Ley n°3500, año 1980, que Establece un nuevo sistema de pensiones**

Artículo 88.- Tendrá derecho al beneficio de cuota mortuoria consistente en el retiro del equivalente a 15 Unidades de Fomento de la respectiva cuenta individual, quien, unido o no por vínculo de matrimonio o parentesco con el afiliado fallecido, acredite haberse hecho cargo de los gastos del funeral.

Sin embargo, si quien hubiere hecho los gastos fuere persona distinta del cónyuge, hijos o padre del afiliado fallecido, sólo tendrá derecho a tal retiro hasta la concurrencia del monto efectivo de su gasto, con el límite de 15 Unidades de Fomento, quedando el saldo hasta completar dicha cifra a disposición del o la cónyuge sobreviviente, y a falta de éste, de los hijos o los padres del afiliado. (...)

Finalmente, la última norma que reconoce implícitamente a los convivientes a fin de otorgarles algún efecto jurídico, lo hace en razón de otorgar un beneficio de cuota mortuoria a “quien acredite haberse hecho cargos de los gastos del funeral”, sea que haya tenido vínculo matrimonial o no con el fallecido. Es en este supuesto donde queda comprendido el conviviente del fallecido quien, de hacerse cargo de los gastos del funeral de su conviviente, tiene derecho al reembolso del gasto efectivo realizado en los funerales de éste, con el máximo que la ley establece. Ahora, respecto a las características de la convivencia, el artículo nada dice, pues su redacción es bastante genérica. Tanto así, que quedan comprendidas todas las personas con el único requisito que acrediten haberse hecho cargo de los gastos del funeral, por tanto, así como quedan comprendidos los parientes y el cónyuge, quedan también comprendidos cualquier tercero que haya abordado dicha labor. De esta forma, si podemos incluir a terceros sin ningún vínculo con el fallecido, también quedan amados en este supuesto, con mayor razón, el conviviente del difunto, sea que esta relación haya sido heterosexual u homosexual, pues, como mencioné, esta norma sólo contempla como requisito la acreditación de los gastos incurridos para obtener el reembolso de los mismos, no importando, a estos efectos, los requisitos que deba cumplir la relación de convivencia.

## Conclusiones

Luego de haber revisado los aspectos generales en torno a las uniones de hecho y analizado las normas que reconocen explícita e implícitamente a los convivientes para otorgar algún efecto jurídico, se pueden extraer las siguientes conclusiones:

1.- Las uniones de hecho son una realidad social que hoy cobran especial relevancia, pues se puede constatar su aumento progresivo y su aceptación – y validación- social. Este fenómeno produce efectos a los que el derecho no puede desatender. Sin embargo, en la legislación chilena no se establece un estatuto regulatorio para las uniones de hecho, ni se nos entrega un concepto legal de éstas ni los requisitos para configurarla, pese a existir diversas normas que atribuyen efectos jurídicos determinados a la calidad de conviviente. En la doctrina nacional no existe consenso en torno a un concepto para estas uniones, pero sí la generalidad de los autores está conteste en que los requisitos que deben concurrir para la configuración de una unión de hecho son: Cohabitación, comunidad de vida, estabilidad, permanencia, publicidad y diversidad de sexos. De estos requisitos, la comunidad de vida que se genera a partir de la relación afectiva se transforma en el carácter distintivo de las uniones de hecho respecto de otro tipo de relaciones, pues en el marco de ella se generan los vínculos que unen a los integrantes de la relación de convivencia.

2.- La exigencia doctrinal de diversidad de sexo en las uniones de hecho no se encuentra justificada en la legislación nacional, pues no existen normas que establezcan específicamente este requisito. Los argumentos esgrimidos por la doctrina para exigir tal diferencia carecen de fundamento, pues tienen como punto de referencia el estatuto matrimonial, situación que no se condice con la regulación actual, donde el legislador aún no ha decidido expresamente si las uniones de hecho deben ser homosexuales o heterosexuales, como sí lo ha hecho respecto al matrimonio. Además, la jurisprudencia nacional, al exigir este requisito, parte de la premisa del sentido natural y obvio de las palabras, lo que no se adecúa con la realidad social, pues las convivencias han sido aceptadas, aunque gradualmente, con independencia de la orientación sexual de la misma.

3.- Las normas que reconocen explícitamente la calidad de convivencia contenidas en el Código Procesal Penal son aplicables tanto a uniones de hecho heterosexuales como a uniones homosexuales. En el caso del artículo 108 que define el concepto de víctima, si atendemos al tenor literal de la norma, la historia legislativa de su establecimiento y los efectos prácticos de su aplicación, podemos afirmar que el concepto de conviviente contempla relaciones heterosexuales y homosexuales. En el caso de los artículos 177, 302 y 305 del CPP, todas manifestaciones del principio de no autoincriminación que rige en el sistema procesal penal, el fundamento de la inclusión de los convivientes, y todas las demás personas que esos artículos

mencionan, es la protección de las relaciones de confianza y afectividad que se generan en estas relaciones, interés que se considera superior al interés del Estado por perseguir delitos e imponer penas. De esta forma, el fundamento se mantiene sólo si se entienden incluidas en el concepto de conviviente a uniones de hecho heterosexuales y homosexuales, pues de esta forma el principio de no autoincriminación cobra plena eficacia.

4.- La prohibición de analogía en contra del reo no es un criterio que nos impida comprender en el concepto de conviviente a las parejas homosexuales, pues para que esta se pueda aplicar debe existir una situación regulada por el legislador y otra, similar a la primera, que no lo está. En el caso de los convivientes, el legislador sí los ha regulado, pues los ha incluido, sin distinción alguna, en diversas normas penales. Por tanto, en este caso no nos encontramos frente a una situación de analogía, sino de interpretación de la letra de la ley propiamente tal.

5.- Las normas legales que hacen referencia explícita a la calidad de conviviente contenidas en el Código Penal, comprenden tanto a uniones de hecho heterosexuales como a uniones homosexuales. En el caso del artículo 11 N°4, esto se explica porque lo que el legislador considera para atenuar la responsabilidad es un estado psicológico que lleva al sujeto a una situación de descontrol, que se genera por la especial vinculación que existe entre los integrantes de la relación de convivencia, principalmente los lazos afectivos, los que están presentes en ambos tipos de relaciones. Asimismo, en caso del delito de solicitación contemplado en el artículo 259, la justificación viene dada porque el bien jurídico protegido sufre igual afcción si el empleado público solicita al conviviente de quien tiene bajo su guarda, sea ésta relación heterosexual u homosexual, pues el desvalor de la conducta se concreta cuando éste, en ejercicio de su cargo y abusando de la posición que se le otorga, hace propuestas de índole sexual a quien, dada la relación que mantiene con la persona bajo a guarda del empleado, puede ver vulnerada su libertad sexual y la capacidad para decidir sobre el asunto. Por otra parte, la figura agravada de trata de blancas por la relación de convivencia entre el autor y la víctima que contempla el artículo 367 bis, castiga al autor tanto si éste mantiene una relación heterosexual con la víctima como si esta relación es homosexual, debido a que en ambos casos existe una relación de confianza que posibilita el abuso o engaño por parte del victimario, que le facilitan la comisión del delito y la afcción de los bienes jurídicos protegidos. Ahora, respecto a las reglas relativas al ejercicio de la acción penal entre cónyuges y convivientes aplicables a los artículos 361 y 366 n° 1 del Código Penal, contempladas en el artículo 369 del mismo cuerpo legal, el fundamento de la aplicación tanto a relaciones heterosexuales como homosexuales, con las limitaciones propias del delito de violación que no puede ser perpetrado por una mujer, se encuentra en la mantención de la armonía familiar que prevalece por sobre los intereses del Estado en la persecución del delito, sobretodo considerando que la propia norma tiene como punto de referencia la consideración a

la vida en común entre el ofendido y el autor. Finalmente, la inclusión del conviviente como sujeto pasivo del delito de parricidio contemplado en el artículo 390 del Código Penal responde a la protección de un nuevo bien jurídico amparado por dicho tipo penal: las relaciones de afectividad que se generan a partir de la comunidad de vida inherente a toda unión de hecho, por lo que éste es el fundamento para entender comprendidos en este ilícito tanto convivientes heterosexuales como homosexuales, pues en ambos casos existen relaciones de afectividad que se ven vulneradas por la ejecución de la conducta típica.

6.- El concepto de violencia intrafamiliar expresado en el artículo 5 de la ley 20.066 comprende todos los maltratos, sean físicos o psicológicos, perpetrados al interior de una relación de convivencia homosexual, pues tanto desde la faz objetiva como subjetiva de la violencia intrafamiliar, quedan comprendidos los convivientes homosexuales. En el primer sentido, porque la conducta a desplegar no dice relación con alguna característica especial del sujeto; y desde el segundo, porque la norma busca mantener los deberes de respeto que se generan en las relaciones de afectividad al interior del núcleo familiar, situación en la que quedan comprendidos los convivientes homosexuales, por lo que existe el vínculo requerido para la configuración de la violencia intrafamiliar.

7.- El subsidio consagrado en el artículo M de la ley n° 16.282 que se otorga al conviviente de quien falleciere a causa de un sismo o catástrofe, se aplica al conviviente homosexual, dado que el deber constitucional de protección de los ciudadanos que tiene el Estado es genérico, sin hacer distinción a las condiciones particulares de los sujetos, con la siguiente salvedad: el beneficio no se otorga cuando la familia esté compuesta por los convivientes y algún ascendiente o descendiente del conviviente sobreviviente, pues la norma, al definir el concepto de familia, sólo incluye a los parientes del fallecido.

8.- La no distinción entre uniones de hecho heterosexuales y homosexuales en las normas que reconocen implícitamente la calidad de conviviente en Chile respeta, por una parte, el tenor literal de la disposición, que no distingue entre unos y otros y, por otra, la garantía de igualdad ante la ley y su correlato, la no discriminación arbitraria establecida en la Constitución Política de la República.

9.- El artículo 210 del Código Civil, el artículo 24 ley n° 15.386 sobre revalorización de fondos de pensiones, el artículo 45 Ley 16.744 que establece normas sobre accidentes del trabajo y enfermedades profesionales, el artículo 31 Ley 18.490 que establece el seguro obligatorio de accidentes personales causados por circulación de vehículos motorizados y el artículo 5 Decreto Ley n°3500, año 1980, que establece un nuevo sistema de pensiones, no son aplicables a las uniones de hecho homosexuales, pues todos ellos, al reconocer implícitamente la calidad de conviviente, presuponen la existencia de una relación entre hombre y mujer al

exigir la existencia de hijos derivados de la relación de convivencia. En tanto, en el caso del beneficio de cuota mortuoria establecido en el artículo 88 del Decreto Ley n°3500 del año 1980, se aplica indistintamente al integrante de una relación de convivencia heterosexual u homosexual, mientras éste acredite haberse hecho cargo de los gastos del funeral de su conviviente, en razón que la norma contempla un catálogo ilimitado de beneficiarios.

## Bibliografía

- ARANCIBIA, Karina. *Parejas de hecho y matrimonios homosexuales. Legislación comparada*, Unidad de análisis jurídicos Congreso Nacional, Valparaíso, 2006, p. 1-15. Disponible en: [http://www.bcn.cl/carpeta\\_temas/temas\\_portada.2006-11-29.9047758692/documentos\\_pdf.2006-11-29.5455861918](http://www.bcn.cl/carpeta_temas/temas_portada.2006-11-29.9047758692/documentos_pdf.2006-11-29.5455861918)
- AZPIRI, Jorge. *Uniones de hecho*, Editorial Hammurabi, Buenos Aires, 2003.
- BARRIENTOS, Javier. “Sobre la noción de conviviente utilizada en el artículo 390 del Código Penal”, en *Revista Chilena de Derecho Privado*, n° 7, Diciembre de 2006, pp. 191-233.
- BARRIENTOS, Javier. *De las uniones de hecho: Legislación, doctrina y jurisprudencia*, Editorial LexisNexis, Santiago, 2008.
- BOSSERT, Gustavo. *Régimen jurídico del concubinato*, Editorial Astrea, Buenos Aires, 2007.
- COLLAO, Luis. *Delitos sexuales*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2000
- CORRAL, Hernán. “Uniones homosexuales y matrimonio”, en *Diario El Mercurio*, edición 24 de octubre de 2005, Santiago, pp. A-2.
- CURY, Eduardo. *Derecho Penal parte general*, Ediciones Universidad Católica de Chile, 2005.
- División de Atención a las Víctimas y Testigos. “La víctima en el nuevo proceso penal”, en *La víctima y el testigo en la reforma procesal penal*, Editorial Fallos del Mes, Santiago, 2003, pp. 49-65.
- DONOSO, Florencia y RIOSECO, Andrés. *El concubinato ante la jurisprudencia Chilena*, Editorial LexisNexis, Santiago, 2007.
- ETCHEBERRY, Alfredo. *Derecho Penal parte general*, tomo I, tercera edición revisada y actualizada, Editorial Jurídica de Chile, 1998.
- ETCHEBERRY, Alfredo. *Derecho Penal parte general*, tomo II, tercera edición revisada y actualizada, Editorial Jurídica de Chile, 1998.
- ETCHEBERRY, Alfredo. *Derecho penal, parte especial*, tomo IV, tercera edición revisada y actualizada, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1998.

- EVANS, Enrique. *Los Derechos Constitucionales*, Tomo II, Tercera Edición actualizada por Eugenio Evans Espiñeira, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2004.
- FERNÁNDEZ, Miguel Ángel, *Principio Constitucional de Igualdad ante la Ley*, Editorial Jurídica ConoSur Ltda., Santiago, 2001.
- FIGUEROA, Gonzalo. “El pacto de convivencia: una alternativa al pacto de matrimonio” en *Estudios de Derecho Civil. Jornadas Nacionales de Derecho Civil, Valdivia*, Santiago, Editorial LexisNexis, 2005, pp. 423-446.
- GARRIDO MONTT, Mario. *El homicidio y sus figuras penales*, Editorial Jurídica ConoSur Ltda., Santiago, 1994
- GARRIDO MONTT, Mario, *Derecho Penal, Parte general*, Tomo I, Segunda edición actualizada, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2005.
- GARRIDO MONTT, Mario. *Derecho Penal parte especial*, Tomo III, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2005.
- HERNÁNDEZ, Gabriel. “Uniones afectivo-sexuales y matrimoniales entre personas del mismo sexo en el estado democrático de derecho”, en *Estudios de derecho civil III: Jornadas Nacionales de Derecho Civil*, Valparaíso, Editorial LexisNexis, 2007, pp. 177-211.
- HORVITZ, María Inés; López, Julián. *Derecho Procesal Penal Chileno*, Tomo I, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2002.
- HORVITZ, María Inés; López, Julián. *Derecho Procesal Penal Chileno*, Tomo II, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2002
- LÓPEZ, Carlos. *Manual de Derecho de Familia y Tribunales de Familia*, Tomo I, Librotecnia, Santiago, 2005.
- MAIER, Julio. “La víctima y el sistema penal” en *De los delitos y de las víctimas*, Editorial AD-HOC, Buenos Aires, 1992, pp. 185-249.
- MESA, Carolina. *Las uniones de hecho. Análisis de sus relaciones económicas y sus efectos*, 2º edición, Editorial Aranzadi, Navarra, 2000.
- MINISTERIO PÚBLICO, Fiscalía Nacional. *Reforma procesal penal. Oficios del fiscal nacional en materias procesales penales, 2001-2004*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2004.

- MOVILH, Movimiento De Integración Y Liberación Homosexual, *VII Informe anual de derechos humanos de las minorías sexuales chilena*, Santiago, 2009, disponible en [http://www.movilh.cl/documentacion/informe\\_ddhh\\_2008.pdf](http://www.movilh.cl/documentacion/informe_ddhh_2008.pdf)
- NOVOA, Eduardo. *Curso de derecho penal chileno parte general*, Tomo I, tercera edición, Editorial Jurídica de Chile, 2005.
- NOVOA, Eduardo. *Curso de derecho penal chileno parte general*, Tomo II, tercera edición, Editorial Jurídica de Chile, 2005.
- NÚÑEZ, Cristóbal. *Tratado del proceso penal y del juicio oral*, Tomo I, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2003.
- POLITOFF, Sergio; MATUS, Jean Piere y RAMÍREZ, María Cecilia. *Lecciones de derecho penal Chileno, parte general*, Segunda edición actualizada, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2006.
- POLITOFF, Sergio; MATUS, Jean Piere; RAMÍREZ, María Cecilia. *Lecciones de derecho penal chileno, parte especial*, Segunda edición, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2005
- RAMOS, René. *Derecho de familia*, Tomo II, sexta edición, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2007.
- RATZINGER, Joseph. “Consideraciones acerca de los proyectos de reconocimiento legal de las uniones entre personas homosexuales”, en *Ius Publicum Revista de la Escuela de Derecho Universidad Santo Tomás*, número 13, 2004, pp. 235-241.
- RODRIGUEZ, Luis; OSSANDÓN, Magdalena. *Delitos contra la función pública*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2005.
- ROJAS, Sonia; ROJAS, Luis. “La protección de los testigos en la reforma procesal penal”, en *La víctima y el testigo en la reforma procesal penal*, Editorial Fallos del Mes, Santiago, 2003
- TALADRIZ, María José. “Decisiones judiciales acerca del concepto de convivencia”, en *Revista Jurídica del Ministerio Público*, n° 38, Marzo de 2009, pp. 268-288.
- TAVOLARI, Raúl. *Instituciones del nuevo proceso penal*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2005

- TURNER, Susan. “Uniones de hecho y su regulación legal”, en *Estudios de Derecho Civil III: Jornadas Nacionales de Derecho Civil*, Editorial LexisNexis, Santiago, 2007, pp. 167-176
- VAN WEEZEL, Alex. “Lesiones y violencia intrafamiliar” en *Revista Chilena de Derecho*, vol. 35 N° 2, 2008, pp. 223 – 259.
- VIERA, Christian. “El concepto de familia y la unión civil de personas del mismo sexo: comentarios de jurisprudencia a la aplicación de la ley de violencia intrafamiliar”, en *Nomos revista de Derecho Universidad de Viña del Mar*, número 1, primer semestre 2008, pp. 199-205.

### **Otras fuentes consultadas**

- Instituto Nacional de Estadística, Censo población y vivienda año 2002.
- Historia de la ley n° 19.696 que establece el Código Procesal Penal, disponible en <http://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=176595&buscar=codigo+procesal+penal>
- Historia de la ley n° 19.617, que Modifica el Código Penal, el Código de Procedimiento Penal y otros cuerpos legales, en materias relativas al delito de violación, disponible en <http://recursoslegales.bcn.cl/jspui-rl/bitstream/10221.3/3848/1/HL19617.pdf>
- Historia de la ley n° 20.066 que establece Ley de Violencia Intrafamiliar, disponible en <http://recursoslegales.bcn.cl/jspui-rl/bitstream/10221.3/561/1/HL20066.pdf>