

JUAN CASTRO
SENADOR

ASESORÍA TÉCNICA PARLAMENTARIA

EL CONCEPTO JURÍDICO DE FEMICIDIO EN CHILE
Antecedentes, evolución legislativa y aspectos críticos vigentes

Informe preparado por
Juan José Valdés

Talca, marzo de 2024

A handwritten signature in blue ink, appearing to be 'Juan José Valdés', is written over a large, stylized blue circular scribble.

1. Contenido

(2) Problema social y discusión legislativa de la figura jurídica; (2.1.) Gatillante e historia de la tipificación; (2.2.) Tipificación del femicidio en Chile; (3) Principales controversias en torno la actual normativa; (3.1.) Aplicabilidad procedimental de las nuevas disposiciones; (3.2.) Exclusión de modalidades de omisión como causal; (3.3.) Ambigüedad de definición de figuras de sexo y género en la norma; (4) Observaciones finales.

2. Problema social y discusión legislativa de la figura jurídica

2.1. Gatillantes, historia de la tipificación.

La violencia en contra de las mujeres es un hecho de larga data en nuestras sociedades, y ha sido un problema político central para las sociedades democráticas desde el fin de la guerra fría, que trajo consigo la proliferación de reflexiones de género que cuestionaban el paradigma biologicista.

Dicho paradigma, establecía forma específica de comprensión de las relaciones sociales establecía un orden jerárquico entre los sexos, que remitía dicha violencia al ámbito privado, sobre el cual se montaban justificaciones culturales (que persisten) y legales para el ejercicio coercitivo del poder por parte de hombres sobre, no solo, mujeres, sino también sobre menores y otros grupos sociales en desventaja.

En efecto, a pesar de que el asunto de la violencia contra la mujer no es nuevo en nuestra historia, su reconocimiento es más bien reciente. Normalmente, suele designarse el origen de la violencia contra la mujer en las antiguas sociedades que han servido de base para las nuestras, sin embargo, esto no es totalmente preciso.

El referente originario en este sentido es con frecuencia el Imperio Romano, que establecía, entre otras cosas, que la mujer, los esclavos, la tierra y las bestias agrícolas eran propiedad del pater familia, del hombre que regía un núcleo familiar y económico.

Pero según coinciden los investigadores del periodo, aquello es bien distinto a lo que ocurría en el antiguo Egipto, donde las mujeres de las clases acomodadas y la aristocracia disfrutaban de iguales derechos económicos y legales que los hombres.

Sin embargo, mientras en Europa se consolidan las sociedades de tradición greco-romana, que desarrollaron sistemas normativos fuertemente influenciados por la iglesia católica, que establecía la existencia de un solo dios, masculino y todopoderoso, cuestión que refuerza definitivamente el sistema jurídico patriarcal.

Recién entre los siglos XVII y XVIII, en torno al advenimiento de ideas liberales que luego convergen en movimiento intelectual de la Ilustración, Europa comienza a cuestionar la concepción de la mujer como propiedad y surgen movimientos que planteaban la igualdad entre los sexos.

Pero no es hasta avanzada la segunda mitad del siglo XX que las sociedades de origen e influencia occidental, lideradas por las Naciones Unidas, establecen reformas en sus sistemas normativos en orden a buscar la igualdad de derechos y penalizar la violencia doméstica contra la mujer. Al respecto, algunos de los hitos más significativos son:

.- 1967: la Asamblea General de las Naciones Unidas publica la Declaración sobre la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer.

.- 1993: Las Naciones Unidas, en asamblea General, dando un paso más adelante, aprueba la Declaración sobre la Eliminación de la Violencia Contra la Mujer. 6 años más tarde se declara el 25 de noviembre como el día internacional de la mujer.

- 2008: Las Naciones Unidas despliega la campaña denominada “Unidos para poner fin a la violencia contra las mujeres”, cuyo objetivo programático fue comprometer a las naciones del mundo para incorporar reformas judiciales para prevenir y castigar la violencia contra las mujeres.

2.2. Tipificación del femicidio en Chile.

En nuestro país, la tipificación del delito de femicidio ocurre en 2010 por medio de la promulgación de la ley 20.480, la cual modificó el Código Penal y la ley 20.066 sobre violencia intrafamiliar para asimilar el concepto de femicidio a la figura existente de “parricidio” y aplicar las penas más asociadas a esta última figura. De esta forma se disponía que si la víctima de parricidio era o había sido la cónyuge o la conviviente de su autor el delito tendría el nombre de femicidio. Sin embargo, la pena era la misma en ambos casos.

Según el académico de la Escuela de Derecho de la Pontificia Universidad Católica, Jaime Salas, *“la incorporación del femicidio como una modalidad parricida obedeció a la existencia de alarmantes e inaceptables índices de violencia contra de la mujer. Con todo, en la práctica, conforme esa regulación inicial el femicidio perseguía una finalidad puramente estadística, ya que no llevaba asociado, por sí mismo, una pena mayor al parricidio ni un tratamiento típico diferenciado”*¹.

Las modificaciones consideradas más significativas de esta reforma por parte del mundo político y académico son²:

- La ratificación de los compromisos adquiridos por el Estado con la Convención Iberoamericana para desarrollar un marco normativo que pueda prevenir y sancionar la violencia contra la mujer.

¹ <https://derecho.uc.cl/en/noticias/derecho-uc-en-los-medios/24865-profesor-jaime-salas-algunos-comentarios-a-la-ley-n-21-212-en-materia-de-tipificacion-del-femicidio>

² <http://2010-2014.gob.cl/especiales/ley-de-femicidio/>

- .- la inclusión y descripción de una tipología jurídico-penal específica para sancionar los crímenes ahí tipificados.
- .- La inclusión de ex cónyuges y ex convivientes en la tipificación del sujeto activo del delito parricida, de forma tal que puedan aplicarse las mismas penas a las parejas actuales y pasadas que cometan dicho delito.
- .- Incorpora la figura de “violación conyugal” en la tipificación de los delitos sexuales.
- .- Dispone la implementación de medidas cautelares por parte de los Tribunales de Familia para proteger a las víctimas de violencia intrafamiliar.

Por otro lado, la reforma del 2010 dejó cuestiones pendientes que fueron ajustadas en 2020. A saber, se criticó tras su promulgación que solo se considerara como sujeto activo del delito solo a los que son o han sido cónyuges o convivientes de la víctima, remitiendo así la aplicación de las penas solo a los crímenes ocurridos en un estricto contexto intrafamiliar. Esta crítica se sostiene en la constatación de dichos hechos de violencia considerados como femicidio, que la sociología especializada denomina femicidio no íntimo, para diferenciarlo de aquellos ocurridos durante o posteriormente a una relación.

El femicidio no íntimo es incorporado en la reforma de 2020. Se trata de un tipo de femicidio que en su comisión no requiere de una vinculación entre sujeto activo y pasivo, sino solo que sea consecuencia de la violencia de género y que se remite a los casos señalados en la ley. Lo anterior se explica no por una mera omisión del legislador, sino porque, la primera tipificación de femicidio estaba asimilada en la ley como un tipo de parricidio, debiendo por ello guardar coherencia jerárquica.

En efecto, la ley 21.212, vigente desde 2020, viene a derogar integralmente el texto añadido como apartado segundo al art. 390 CP por la Ley N° 20.480, de modo que dicha disposición, dedicada al parricidio, ha vuelto a su formulación original. El nuevo texto, formula de forma independiente la tipificación al introducir en el título octavo un nuevo párrafo, cuyo rótulo es: “del Femicidio”, compuesto por cuatro artículos:

"§1 bis. Del femicidio

"Artículo 390 bis.- El hombre que matare a una mujer que es o ha sido su cónyuge o conviviente, o con quien tiene o ha tenido un hijo en común, será sancionado con la pena de presidio mayor en su grado máximo a presidio perpetuo calificado.

La misma pena se impondrá al hombre que matare a una mujer en razón de tener o haber tenido con ella una relación de pareja de carácter sentimental o sexual sin convivencia.

Artículo 390 ter.- El hombre que matare a una mujer en razón de su género será sancionado con la pena de presidio mayor en su grado máximo a presidio perpetuo.

Se considerará que existe razón de género cuando la muerte se produzca en alguna de las siguientes circunstancias:

- 1.- Ser consecuencia de la negativa a establecer con el autor una relación de carácter sentimental o sexual.
- 2.- Ser consecuencia de que la víctima ejerza o haya ejercido la prostitución, u otra ocupación u oficio de carácter sexual.
- 3.- Haberse cometido el delito tras haber ejercido contra la víctima cualquier forma de violencia sexual, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 372 bis.
- 4.- Haberse realizado con motivo de la orientación sexual, identidad de género o expresión de género de la víctima.
- 5.- Haberse cometido en cualquier tipo de situación en la que se den circunstancias de manifiesta subordinación por las relaciones desiguales de poder entre el agresor y la víctima, o motivada por una evidente intención de discriminación.

Artículo 390 quáter.- Son circunstancias agravantes de responsabilidad penal para el delito de femicidio, las siguientes:

1. Encontrarse la víctima embarazada.
2. Ser la víctima una niña o una adolescente menor de dieciocho años de edad, una mujer adulta mayor o una mujer en situación de discapacidad en los términos de la ley N° 20.422.
3. Ejecutarlo en presencia de ascendientes o descendientes de la víctima.
4. Ejecutarlo en el contexto de violencia física o psicológica habitual del hechor contra la víctima.

Artículo 390 quinquies.- Tratándose del delito de femicidio, el juez no podrá aplicar la circunstancia atenuante de responsabilidad penal prevista en el N° 5 del artículo 11."

Unos de los aspectos más destacados de la ley 21.212 es que *"reformula la estructura típica de los delitos que implican manifestaciones extremas de violencia en contra de las mujeres, que ya había sido incorporado en algunas de sus formas a nuestra legislación, por medio de la Ley N° 20.480, pasando con esta nueva ley de un contexto intrafamiliar estricto, pues consideraba solo a los que son o han sido cónyuges o convivientes, a reconocer otros espacios en que esta puede acontecer"*³.

De esta manera, siguiendo lo establecido arriba, se agrega como sujeto activo al hombre que es o ha sido pareja sentimental o sexual de la víctima sin que haya convivencia, como

³ María Rmírez Guzman. Política criminal y dogmática penal del femicidio en Chile después de la Ley Gabriela. 2021. Pontificia Universidad Católica.

también a aquel que no necesariamente se encuentre vinculado a ella, sino que actúa en los casos que la ley señala y que entiende constitutivos de violencia de género.

Si bien la nueva ley elabora y detalla la figura del femicidio íntimo e incorpora la figura del femicidio no íntimo (por razones de género), no incluye otras figuras presentes en otras legislaciones, como el femicidio por conexión, entendido como el asesinato de cualquier mujer que trató de intervenir o quedó atrapada en una acción de femicidio, ni tampoco el femicidio vinculado, entendido como homicidios cometidos contra una o varias personas (niñas, niños, adolescentes, mujeres, varones, trans, travesti), a fin de causarle sufrimiento, cuestión que sí contempla la normativa argentina.

Estas omisiones, probablemente, se deben a la necesidad de los legisladores de simplificar la discusión en orden a facilitar la tramitación del proyecto.

3. Principales controversias en torno la actual normativa

3.1 Aplicabilidad procedimental de las nuevas disposiciones.

Según algunos analistas del proceso legislativo⁴, no se tomó debidamente en consideración las consecuencias de “transformar” la norma que rigió entre 2010 y 2020, respecto al femicidio consignada, primero, en el art. 390 inc. 2º CP, y luego, en el actual art. 390 bis CP.

Mientras que el artículo del 2010 no modificaba en nada el espacio de ilicitud penal establecido por el inc. 1º11 del Código Penal que regía con anterioridad, la reforma de 2020 produjo un cambio relevante en la dirección que llevaba el marco regulatorio, sin que por ello se previera de medidas transitivas complementarias. Al respecto se constatan brechas en lo conceptual y lo práctico respecto a la comprensión de la premisa de igualdad ante la ley, entendida como el rigor técnico que se espera de la regulación.

⁴ Entre los que destaca Emanuele Corn, de la Universidad de Antofagasta.

Lo anterior puede contemplarse de forma ilustrativa con ejemplos, que, si bien son estadísticamente poco significativos, dan cuenta de una inclinación en el espíritu de la norma que podría considerarse polémica en cuanto a la premisa de “igualdad ante la ley”. Así, el caso de la mujer que termina una relación con su pareja, hombre, tras descubrir la infidelidad de éste, y que, debido a esto, decide quitar la vida a su ex pareja y a la amante.

También es ilustrativo el caso de la mujer que queda embarazada en medio de una relación de pareja, en la que el padre, luego de mentiras y dilaciones, la abandona antes del nacimiento sin asumir ninguna sus responsabilidades y como consecuencia de esto la mujer le da muerte.

En ambas situaciones, antes y después de las reformas de 2010 y 2020, el castigo que sufrirán las autoras es el establecido por el art. 391, considerándose parricidios. Pero si invertimos los roles hombre-mujer se nota una importante diferencia: tras la reforma de 2010 los dos casos ilustrativos, esta vez cometidos hipotéticamente por hombres, siguieron considerándose homicidios comunes, mientras que con la reforma de 2020 entraron derechamente en el texto del art. 390 bis, como femicidios.

3.2. Exclusión de modalidades de omisión como causal.

Para la Convención de Belem do para, el femicidio corresponde a la *“muerte violenta de mujeres por razones de género, ya sea que tenga lugar dentro de la familia, unidad doméstica o en cualquier otra relación interpersonal; en la comunidad, en su lugar de trabajo, en espacios públicos, por parte de cualquier persona o grupo de personas sean conocidas o no por la víctima, o que sea perpetrada o tolerada por el Estado y sus agentes, por acción u omisión”*, ya sea como delito autónomo o como agravante de homicidio”

Llama la atención, que la figura de omisión con resultante de muerte sí se recoge en la tipificación del suicidio femicida, en su descripción de la violencia de género. Esto podría producir brechas e incoherencias en la práctica procedimental.

3.3. Ambigüedad de definición de figuras de sexo y género en la norma.

Si bien la poca claridad en la definición de los conceptos consignados en el numeral 4 del artículo 390 ter, puede responder a nuestras subjetividades culturales y su consecuente imposibilidad para consolidar conceptos e ideas sobre los cuales no hay consenso definitivo, vale la pena constatar los vacíos interpretativos que se identifican al análisis. En el numeral, transcrito a continuación, se formulan tres conceptos cuya función es determinar la existencia de razón de género en la muerte de la víctima de homicidio y establecer si se trata o no de femicidio. Orientación sexual, identidad de género y expresión de género, que se intenta definir tras la cita.

Artículo 390 ter, numeral 4.- Haberse realizado con motivo de la orientación sexual, identidad de género o expresión de género de la víctima.

La orientación sexual: está referida a los patrones de comportamiento sexual y afectivo de la persona en cuanto a la atracción que se siente hacia otras personas ya sea de carácter homosexual, heterosexual o bisexual.

Identidad de género: se trata de la convicción personal e interna de ser hombre o mujer, tal como la persona se percibe a sí misma, lo cual puede corresponder o no con el sexo y nombre verificados en el acta de inscripción del nacimiento.

En cuanto a la **expresión de género**, se recogen las manifestaciones externas de este tales como la vestimenta, modos, etcétera.

Se constata que las motivaciones que consignan el numeral 4 del artículo 390 ter son de orden subjetivo. De ahí que surjan por lo menos dos aprensiones o inconsistencias importantes.

La primera y más obvia es la complejidad para obtener medios probatorios que permitan aplicar las penas dispuestas, a pesar de que en la esfera de la intersubjetividad todos los involucrados, Tribunal incluido, estén seguros de que se trata de un crimen de odio.

La segunda, posiblemente más compleja, se refiere la posibilidad abierta para considerar como femicidio el asesinato a una persona perteneciente a cualquiera de las categorías de divergencia sexual por parte de un hombre.

Sin embargo, no es posible consignar bajo esta categoría el homicidio por parte de una mujer a un divergente sexual. Lo mismo ocurre en el caso de un homicidio, cuya víctima sea mujer, cometido por una persona de sexo masculino que detente una orientación sexual, identidad o expresión de género distinta a su sexo, aun cuando dicho homicidio corresponda a los casos que establecen motivaciones de género.

El problema podría radicar en el hecho de que la norma en particular confunde la violencia motivada por razones de género, con la violencia estructural ejercida por hombres, con lo cual podría estar socavando el principio de igualdad ante la ley.

Al respecto, el Tribunal Supremo español ha dicho a propósito de la agravante por razón de sexo que “es generalmente admitido que hace referencia a las características biológicas y fisiológicas que diferencian los hombres de las mujeres, mientras que el género se refiere a aspectos culturales relacionados con los papeles, comportamientos, actividades y atributos construidos socialmente que una sociedad concreta considera propios de mujeres o de hombres (Convenio de Estambul, art. 3. c). Es claro que la agravación por discriminación por razón del sexo de la víctima puede ser apreciada fuera del ámbito de las relaciones de pareja. Y, aun cuando en ocasiones pudieran ser

coincidentes las bases de ambas agravaciones, será posible distinguir la base de una y otra”⁵.

4. Observaciones finales

Por último, se ha considerado relevante incluir brevemente la observación que se ha desplegado con persistencia por organizaciones locales dedicadas al estudio y prevención de la violencia contra la mujer, que plantean que los cambios normativos deben ser acompañados de programas comunicacionales y pedagógicos integrales, resultado del consenso amplio a nivel político y ciudadano.

Dicha observación, es consecuencia de la ineffectividad de los esfuerzos legislativos, visible tanto en las estadísticas nacionales, que no arrojan cambios en la comisión de estos crímenes descritos, como en las prácticas culturales que sirven de plataforma para la ejecución de violencia contra la mujer.

⁵ María Rmírez Guzman. Política criminal y dogmática penal del femicidio en Chile después de la Ley Gabriela. 2021. Pontificia Universidad Católica.