



UNIVERSIDAD DE CHILE
FACULTAD DE DERECHO
DEPARTAMENTO DE CIENCIAS PENALES

ANÁLISIS DE LOS ASPECTOS SUSTANTIVOS, ADJETIVOS Y DE EJECUCIÓN DE LAS PENAS SUSTITUTIVAS DE LA LEY N° 21.212 SOBRE EL FEMICIDIO

Memoria para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales de la
Universidad de Chile

Silvana Daniela Bruna Tello

Joaquín Elias Venegas Catalán

Profesor Guía: Eduardo Sepúlveda Crerar

Santiago de Chile

2022

AGRADECIMIENTOS

Silvana Bruna T.:

Esta memoria esta dedicada a mi tata, por su amor y apoyo infinito en este proceso, estaré eternamente agradecida por toda la ayuda entregada que me permitió llegar al lugar en que me encuentro, y que a pesar que no pudimos llegar juntos a la meta, estoy segura que estará muy orgulloso, desde donde esté.

A mis padres, Samuel y Silvia, por ser los artífices de todo lo que soy, gracias por darme lo que he necesitado a lo largo de mi vida y permitir crecer en cada una de mis etapas, sin su amor, comprensión e incondicionalidad nada de esto sería posible.

A mi hermana Sofía, por ayudarme a ser mejor persona todos los días, y entregarme la contención necesaria para seguir adelante.

A mi familia, por la preocupación y seguridad brindada en los momentos que mas los necesitaba.

A mis amigos y compañeros, por hacer de la universidad un lugar no tan frío, por las infinitas risas, y el apoyo brindado en cada paso.

A Joaquín, por ser mi amigo y compañero en la elaboración de esta memoria, estaré eternamente agradecida por ayudarme a comprender y complementarnos en el estudio y proceso que significó esta tesis y nuestro paso por la universidad.

Al profesor Eduardo Sepúlveda, por su disposición, consejos y la ayuda necesaria para poder enfrentar el proceso de esta memoria.

Joaquín Venegas C.:

En primer lugar, quiero agradecer a mis padres, Margarita y Gabriel, por su apoyo durante toda mi vida;

A mi hermana Sofía y mi tía Rosa, que han estado siempre junto a mi viéndome crecer;

A todos mis amigos, que me han acompañado en las risas y llantos;

A mis mascotas, Tristán, Maya, Serena y Gato Malo;

A mi profesor guía Eduardo Sepúlveda, por su constante ayuda y apoyo en este trabajo;

Y a Silvana Bruna, mi compañera de tesis que tengo la dicha de llamar amiga. Gracias por tu apoyo, dedicación y generosidad que has demostrado no solo en este trabajo sino desde que te conozco. Espero que nuestra amistad solo crezca al salir de la universidad.

TABLA DE CONTENIDO	
AGRADECIMIENTOS.....	3
RESUMEN.....	7
INTRODUCCIÓN	8
I. LOS CONCEPTOS DE VIOLENCIA DE GÉNERO, FEMICIDIO Y LA DIFERENCIA DE PENALIDAD ENTRE LOS DELITOS DE FEMICIDIO Y DE HOMICIDIO	11
1. VIOLENCIA DE GÉNERO	11
2. CONCEPTO Y CLASIFICACIÓN DE FEMICIDIO	13
2.1. CONCEPTO DE FEMICIDIO	13
2.2. FEMINICIDIO Y FEMICIDIO	14
2.3. CLASIFICACIÓN DE FEMICIDIO	15
3. JUSTIFICACIÓN DEL AUMENTO DE PENALIDAD EN EL DELITO DE FEMICIDIO EN RELACIÓN AL DELITO DE HOMICIDIO	17
3.1. HOMICIDIO POR ODIO	17
3.2. PLAN DE INJUSTO	20
3.3. LOS ELEMENTOS DE LA ANTIJURICIDAD Y DE LA CULPABILIDAD	20
II. EVOLUCIÓN DE LA REGULACIÓN DEL FEMICIDIO	24
1. PERIODO 1874-2010: EL ANTIGUO CÓDIGO PENAL	24
1.1. AGRAVANTE DEL ARTÍCULO 12 N° 6 DEL CÓDIGO PENAL	26
1.2. AGRAVANTE DEL ARTÍCULO 12 N° 18 DEL CÓDIGO PENAL	26
1.3. DEROGACIÓN DE LA ATENUANTE DEL ARTÍCULO 10 NÚMERO 11 DEL CÓDIGO PENAL	27
2. PERIODO 2010-2020: LA LEY N° 20.480 QUE INCORPORA EL DELITO DE FEMICIDIO.....	28
2.1. FUNDAMENTACIÓN DEL “NUEVO” DELITO DE FEMICIDIO	29
2.2. ANÁLISIS DEL TIPO PENAL DEL ARTÍCULO 390 INCISO SEGUNDO	29
2.2.1. SUJETO ACTIVO Y PASIVO DEL DELITO	29
2.2.1.1. CÓNYUGE Y EX CÓNYUGE.....	31
2.2.1.2. CONVIVIENTE Y EX CONVIVIENTE.....	32
2.2.2. CONDUCTA TÍPICA	34
2.2.3. CULPABILIDAD	35
2.3. CIRCUNSTANCIAS MODIFICATORIAS DE RESPONSABILIDAD EN EL DELITO DE FEMICIDIO: ¿PROCEDE LA APLICACIÓN DE LAS AGRAVANTES DEL ARTÍCULO 12 NÚMEROS 6, 18 Y 23?	35
2.4. RECEPCIÓN DEL DELITO DE FEMICIDIO EN NUESTRO SISTEMA.....	36
2.4.1. AVANCES.....	36
2.4.2. CRÍTICAS	38
III. ANÁLISIS DE LA LEY N° 21.212.....	41
1. HISTORIA DE LA LEY N° 21.212	41
2. ANÁLISIS DE LA LEY N° 21.212, COMÚNMENTE DENOMINADA “LEY GABRIELA”	52

1.1.	MODIFICACIONES AL DERECHO PENAL SUSTANTIVO.....	53
1.1.1.	ARTÍCULO 390 BIS: ANÁLISIS DEL TIPO PENAL DE FEMICIDIO ÍNTIMO	53
1.1.2.	ARTÍCULO 390 TER: ANÁLISIS DEL TIPO PENAL DE FEMICIDIO NO ÍNTIMO O POR RAZÓN DE GÉNERO	58
1.1.3.	ARTÍCULO 372 BIS: ANÁLISIS DEL TIPO PENAL DE VIOLACIÓN CON FEMICIDIO	64
1.1.4.	CIRCUNSTANCIAS MODIFICATORIAS DE RESPONSABILIDAD DE LOS DELITOS DE FEMICIDIO.....	65
1.1.4.1.	Artículo 390 quater: circunstancias agravantes.....	65
1.1.4.2.	Artículo 390 quinquies: exclusión de atenuante del artículo 11 N° 5.....	69
1.2.	MODIFICACIONES AL DERECHO PENAL ADJETIVO.....	69
1.3.	MODIFICACIONES AL DERECHO PENAL EJECUTIVO (LEY N° 18.216)	71
	CONCLUSIÓN	72
	BIBLIOGRAFÍA.....	75

RESUMEN

Esta memoria tiene por objeto proporcionar un análisis de los aspectos sustantivos, adjetivos y de ejecución de las penas sustitutivas introducidos por la Ley N° 21.212, comúnmente conocida como la “Ley Gabriela”, que modifica el Código Penal, el Código Procesal Penal y la Ley N° 18.216 sobre las penas sustitutivas a la privación de libertad, en relación a la tipificación del delito de femicidio y la incorporación de circunstancias modificatorias de responsabilidad penal específicas para ese ilícito penal.

Para ello, se comenzará explicando conceptos básicos sobre el tema como son la violencia de género y el femicidio y, posteriormente, se darán luces respecto a las particularidades que presenta el delito de femicidio en relación con el delito de homicidio.

A continuación, se explicará el tratamiento que la legislación penal daba a los homicidios de mujeres cometidos por hombres hasta el año 2010 y los avances y críticas que suscitó la Ley N° 20.480 en lo que respecta a la introducción del delito de femicidio en Chile.

Por último, se otorgará un breve recuento sobre la historia de la ley que ha dado origen a este trabajo para dar cuenta del proceso de transformación que experimentó la indicada propuesta parlamentaria y las razones que explicaron sus cambios, lo cual nos permitirá, finalmente, efectuar un análisis de los cambios producidos por la legislación en los ámbitos sustantivos adjetivos y de ejecución de las penas.

INTRODUCCIÓN

La asimetría histórica de las relaciones de poder entre hombres y mujeres es un tema que no deja indiferente a nadie y que podemos observar en escenarios tan cotidianos, como lo son la diferencia salarial entre un hombre y una mujer en el mismo puesto de trabajo o la cantidad de oportunidades para conseguir ascensos laborales. Esta, dependiendo de su intensidad, importa distintos tipos de transgresiones a la legalidad, llegando al extremo de la realización de acciones constitutivas de delito, tales como el acoso callejero, el abuso sexual, la violación, las lesiones y el femicidio. Y es que estas conductas reprochables realizadas por el hombre contra la mujer encuentran como punto de “justificación” la figura del patriarcado, el cual inmerso en la sociedad ha permitido que estas situaciones se propaguen, y se intensifiquen cada vez más.

La violencia de género sigue siendo un fenómeno presente en la actualidad. Sin embargo, no se trata de una figura propia de la modernidad, puesto que su origen se remonta al inicio de la historia, ante lo cual pareciera razonable pensar que las manifestaciones de violencia contra la mujer se encuentran sancionadas desde que se presentan dichas conductas. No obstante, esto no siempre fue así, ya que el femicidio, entendido como la manifestación más extrema en términos de violencia de género, solo encuentra reconocimiento en nuestro país a partir del año 2010 en una figura de femicidio muy limitada que por años ha dejado fuera otros tipos de acciones comisivas que dan como resultado la muerte de la mujer.

Así pues, es recién en el año 2020, cuando en Chile se regula la figura del delito de femicidio en los términos recogidos por la doctrina, definición aportada por Russel y Capputi: “El asesinato de mujeres en manos de hombres motivado por odio, desprecio, placer o un sentido de la propiedad de la mujer”¹.

Este cambio se produjo de la mano de la entrada en vigencia de la Ley N° 21.212, la cual ha dado origen a la presente investigación, cuyo objetivo es efectuar un análisis de sus principales aspectos, revelando así el camino trazado por las mujeres, víctimas de violencia de género, quienes en un principio la situaron en un campo de indefensión, caracterizada al principio por una protección menor a la del hombre², a una regulación restringida del delito

¹ V. Jenny Albarán. “Referentes conceptuales sobre femicidio/feminicidio. Su incorporación en la normativa jurídica venezolana”. *Comunidad y Salud* 13, 2 (2015): 75.

² No se trata de que el delito de femicidio no tuviera aparejada antes una sanción, sino solo que no existía una figura delictiva denominada como tal, por lo que la conducta se sancionaba como un delito común sin hacer referencia a la asimetría histórica de las relaciones de poder entre mujeres y hombres.

de femicidio en manos de la Ley N° 20.480, hasta conseguir lo que en la actualidad está vigente, correspondiente a la Ley N° 21.212 o “Ley Gabriela”, la cual introduce no solo cambios tendientes a la tipificación de un nuevo delito de femicidio, sino que modifica aspectos procedimentales y de ejecución de la pena relativos a este ilícito no contemplados con anterioridad.

Así, el principal objetivo de este trabajo es realizar un análisis de la Ley N° 21.212, para clarificar qué tanto de avance y qué tanto de crítica merece la actual legislación que rige la materia, determinar si se consigue de cierto modo dar frente a la violencia de género, y determinar si esta modificación da respuesta a las necesidades de las mujeres en pro de la disminución o eliminación de esta relación asimétrica, materializada en la violencia de género.

Por consiguiente, este trabajo se estructura a partir de tres capítulos que dividen los temas centrales abordados.

El primero de ellos, titulado: “Los conceptos de violencia de género y femicidio y la diferencia de penalidad entre los delitos de femicidio y de homicidio”, nos permitirá abordar conceptos claves para entender el fenómeno, como lo son la violencia de género y la diferencia conceptual entre femicidio y feminicidio; para luego analizar y explicar la justificación de la elevación penológica que trae aparejado el delito de femicidio en relación al delito de homicidio, apareciendo como posibles respuestas los homicidios por odio, el plan de injusto y los elementos de antijuricidad y culpabilidad, según se dirá.

El segundo capítulo se centra en la evolución que ha experimentado la regulación del delito de femicidio y se divide, para ello, en razón de los hitos más relevantes dentro de la historia de dicha figura penal, esto es, la promulgación de la Ley N° 20.480, que marcó un antes y después en el juzgamiento de este delito, toda vez que por primera vez en Chile podemos hablar de un femicidio per se, el cual será analizado destacando tanto sus avances como críticas en la materia, y visualizar si, de alguna manera, estas últimas son abordadas o ignoradas por la Ley N° 21.212.

Posteriormente, en el capítulo tercero abordaremos de lleno el análisis de la Ley N° 21.212, entendida como el nuevo cuerpo normativo del delito femicidio, en el cual realizaremos un estudio de la historia de esta normativa, es decir, de los antecedentes de su dictación, para pasar a analizar cada uno de los elementos de los artículos incorporados por ella, que modifica el Código Penal, el Código Procesal Penal y la Ley N° 18.216 sobre las penas

sustitutivas a la privación de libertad, en relación con la tipificación del delito de femicidio y la incorporación de circunstancias modificatorias de responsabilidad penal específicas para ese ilícito.

Finalmente, se concluirá este trabajo con las críticas y desafíos, aplicables a este nuevo delito de femicidio, ante lo cual anticipamos nuestra opinión de que no es “la cura contra la violencia de género”.

I. LOS CONCEPTOS DE VIOLENCIA DE GÉNERO, FEMICIDIO Y LA DIFERENCIA DE PENALIDAD ENTRE LOS DELITOS DE FEMICIDIO Y DE HOMICIDIO

1. VIOLENCIA DE GÉNERO

La violencia de género tiene su origen en la asimetría social de las relaciones entre mujeres y hombres, estando presente desde el inicio de los tiempos³. Debido a esto, muchas son las definiciones que se han aportado en relación con el contexto socio histórico en el que nos encontramos y no fue sino hasta el año 1995, en que se mancomunó una definición del concepto violencia de género, definido por la ONU, como:

“Todo acto de violencia sexista que tiene como resultado posible o real un daño físico, sexual o psíquico, incluidas las amenazas, la coerción o la privación arbitraria de libertad, ya sea que ocurra en la vida pública o en la privada”⁴.

De esta definición desprenden varios elementos que son necesarios aclarar.

En primer lugar, el concepto “*violencia*”, el cual es entendido por la autora Fernanda Expósito como:

“[L]a coacción física o psíquica ejercida sobre una persona para viciar su voluntad y obligarla a ejecutar un acto determinado”, la cual puede materializarse en diversas formas, como es la física, verbal, psíquica, sexual, social, económica, laboral, etc., dichas formas han cambiado a lo largo de la historia, siendo ejercida, en mayor o menor medida⁵.

Pero lo que diferencia a la violencia de género de otras manifestaciones de violencia es precisamente el elemento “género”, el cual alude a los valores diferenciales que se adscriben socialmente a cada uno de los sexos a la vez que implica pensarlos de manera relacional⁶,

³ Francisca Expósito. “Violencia de género”. *Mente y cerebro* 48 (2011): 20.

⁴ Ibid.

⁵ Ibid., 22.

⁶ Ibid.

es decir, la violencia ejercida contra una persona de sexo distinto al propio, en específico, violencia del hombre ejercida sobre la mujer.

Esto queda demostrado por la autora española Raquel Osborne, quien explica que cuando comparamos la violencia de género con la violencia doméstica, se señala que el concepto de género apunta a las relaciones hombre o mujer, y no a la familia, como objeto de su interés, para así resaltar que el entorno familiar o la pareja no agotan el tipo de violencia que cabe tener en cuenta, por cuanto el rasgo a destacar no sería el lugar de la violencia, sino que cualquier tipo de violencia contra las mujeres; resultado de una estrategia de dominación ejercida por el varón para mantener su posición de poder⁷, por lo que en estos casos se aboga por el término de violencia masculina contra la mujer. Dicha violencia no se agota en el maltrato corporal, sino que incluye las amenazas, la coerción y la privación de libertad tanto en la vida pública, privada, así como la violencia sexual⁸.

Luego de esta clarificación de términos, es necesario aludir a las diferentes manifestaciones de violencia de género, clasificadas por el Ministerio de la Mujer y Equidad de Género de Chile en relación con los siguientes elementos:

En primer lugar, se sitúa la violencia psicológica, la cual ocurre cuando se intenta controlar a una mujer mediante amenazas, humillaciones y presión emocional con el propósito de hacerla sentir insegura y sin control sobre su vida y decisiones⁹, por otro lado, la violencia sexual en el caso de las mujeres que son obligadas mediante la fuerza física o amenazas psicológicas, a tener relaciones sexuales o a realizar actos sexuales que le resultan humillantes o degradantes.¹⁰ Esto último se expresa a través del acoso sexual, que sucede “cuando a una mujer se le exigen favores sexuales a cambio de su permanencia en el trabajo o se condiciona su ascenso o cualquier mejoría laboral.¹¹ También ocurre en los lugares de estudio, cuando se condicionan notas o pasar de curso a cambio de acceder a las peticiones de un profesor o director¹²”, a esto se le suma el hostigamiento o agresión en espacios públicos, donde casi todas las mujeres, de distintas edades y condición social, han sido molestadas y/o agredidas en la calle, en el transporte público e incluso en su trabajo.

⁷ Osborne, Raquel. *Apuntes sobre violencia de género* (Barcelona: Bellaterra Edicions, 2009), 16.

⁸ *Ibid.*, 32.

⁹ Ministerio de la Mujer y la Equidad de Género. “*Violencia de género*”. Ministerio de la Mujer y la Equidad de Género. https://minmujeryeg.gob.cl/?page_id=1359

¹⁰ *Ibid.*

¹¹ *Ibid.*

¹² *Ibid.*

Con el pretexto de un “piropo” o que la mujer sería atractiva se les dicen groserías, o se justifican “agarrones” y manoseos¹³.

En la misma línea se sitúa la violencia económica, que alude al control de la mujer expresado a través de la entrega del dinero necesario para su mantención personal y/o de las hijas o hijos, o de otras personas que integran la familia. También constituye violencia económica cuando se apropian del dinero que obtuvo la mujer con su trabajo¹⁴.

Por último, nos referimos a la violencia física, comprendida como todas las formas de agresión a las mujeres que van desde los empujones y zamarreos, tirones de pelo, pellizcos, apretones, golpes de puño y patadas hasta los golpes con objetos¹⁵. Dicha forma de violencia, cuando alcanza su punto culmine da lugar a la muerte de la mujer, dicho de otra manera, femicidio, la máxima expresión de violencia de género.

2. CONCEPTO Y CLASIFICACIÓN DE FEMICIDIO

2.1. CONCEPTO DE FEMICIDIO

El término femicidio empleado para referir el asesinato de mujeres, por el hecho de serlo, fue utilizado por primera vez por Diana Russell, al testimoniar ante el Tribunal Internacional sobre Crímenes contra las Mujeres, el año 1976 en la ciudad Bruselas¹⁶, lo cual significó un gran avance en la comprensión social y política del problema dando cuenta del continuo de violencia que se ejerce contra las mujeres develando el conjunto de prácticas, órdenes y representaciones simbólicas que sostienen su inferiorización y que constituyen el contexto social que los permite¹⁷, pudiendo comprender estas muertes como resultado de la violencia contra las mujeres, determinando sus características y comenzando a conocer la magnitud y dimensión global de esta brutal violación de sus derechos humanos¹⁸.

¹³ Ibid.

¹⁴ Ibid.

¹⁵ Ibid.

¹⁶ Esta es la primera vez que el término femicidio es utilizado en un sentido político. Una elaboración mayor del concepto es presentada posteriormente en Diana Russell & Jill Radford. *Femicide: The Politics of Woman Killing* (New York: Twayne Publishers, 1992).

¹⁷ Diana Russell & Jill Radford. *Femicide: The Politics of Woman Killing* (New York: Twayne Publishers, 1992), *passim*.

¹⁸ Área de Ciudadanía y Derechos Humanos de la Corporación La Morada. *Femicidio en Chile*. (Santiago: Corporación La Morada, 2004), p. 15.

Es de gran importancia establecer la diferencia entre el homicidio femenino y el femicidio, donde el primero se caracteriza por causar la muerte a cualquier mujer o niña, independientemente de las circunstancias; en cambio, el segundo, se refiere al asesinato de mujeres o niñas, por razones de género¹⁹.

En cuanto a la introducción de este concepto en América Latina, al traducirlo al español, pasa por una interesante modificación formal y teórica, cuyo objetivo era una mejor comprensión de la realidad latinoamericana. En estos términos, la activista feminista mexicana Marcela Lagarde decidió utilizar el vocablo “feminicidio”, en lugar de traducirlo literalmente al español como “femicidio”, para añadir un elemento de impunidad, de violencia institucional y falta de diligencia en América Latina respecto a las mujeres²⁰.

2.2. FEMINICIDIO Y FEMICIDIO

Es en vista de lo anterior que surge la necesidad de esclarecer la diferencia de los conceptos femicidio y feminicidio, puesto que si bien han sido utilizados como sinónimos, estos engloban elementos distintos, por un lado el feminicidio, es comprendido como un crimen de Estado, ya que el estado tiene responsabilidad en la prevención, tratamiento y protección de las mujeres ante la violencia de género y debe garantizar la libertad y la vida de ellas²¹, es decir, el feminicidio se vincula con la participación del Estado, ya sea su acción u omisión, derivado de la impunidad existente, de un delito sistematizado y amparado por el Estado.

En cuanto al femicidio, es entendido como un delito mediante el cual un hombre da muerte a una mujer por razones de género, en el cual no consta la presencia del Estado como partícipe de este delito, a diferencia de lo que ocurre en el feminicidio.

En Chile se acoge el termino femicidio, el cual se incorporó a la legislación chilena en 2010 (Ley N° 20.480), limitando su definición al ámbito exclusivo de las relaciones íntimas de pareja: cónyuges o convivientes actuales o pasados, con o sin hijas/os en común. En efecto, la ley no considera como tales, los asesinatos de mujeres y niñas por conocidos o desconocidos que las violan y las matan, ni aquellos perpetrados contra mujeres jóvenes por

¹⁹ Christine Weidenslaufert et al. “Femicidio por razones de género: doctrina, legislación internacional y comparada” (*Asesoría Técnica Parlamentaria*, Santiago, octubre de 2019). https://www.bcn.cl/asesoriasparlamentarias/detalle_documento.html?id=75341.

²⁰ Celeste Saccomano. “El feminicidio en América Latina: ¿vacío legal o déficit del Estado de derecho?”. *Revista CIDOB d’Afers Internacionals* 117 (2017): 54.

²¹ Marcela Lagarde. “Del femicidio al feminicidio”. *Desde el Jardín de Freud: Revista de psicoanálisis* 6 (2006): 216-225.

sus pololos (novios), o por sus clientes en el caso de las trabajadoras sexuales²², este es el principal problema que vino a resolver la Ley N° 21.212, al ampliar el tipo penal de femicidio a las relaciones informales, entendidas comúnmente como “pololeo” y al admitir el femicidio por razones de género, es decir, el dar muerte a una mujer por el solo hecho de serlo.

2.3. CLASIFICACIÓN DE FEMICIDIO

En países latinoamericanos, de acuerdo con sus particulares contextos, se han elaborado distintas tipologías de femicidio, las que han sido compiladas por Celeste Saccomano, quien plantea que en América Latina hay cuatro subcategorías de femicidio: femicidio íntimo, femicidio no íntimo, femicidio por conexión y femicidio sexual. El primero alude a hombres con quien la víctima tenía o tuvo una relación íntima, familiar, de convivencia o afines a estas; el segundo se refiere a aquellos, cometidos por hombres con quienes la víctima no tenía aquellas relaciones. El tercero hace referencia a las mujeres trataron de intervenir o que simplemente fueron atrapadas en la acción femicida. Y finalmente el femicidio son los asesinatos precedidos de tortura y abuso sexual.²³

Si bien esta corresponde a la clasificación clásica de femicidio, de acuerdo con la señalado en el Modelo de Protocolo Latinoamericano de Investigación de las Muertes Violentas de Mujeres por Razones de Género, y que recoge las principales categorizaciones que han realizado las autoras, los femicidios se clasifican según sus modalidades delictivas:

- ❖ Infantil: corresponde a la muerte de una niña menor de 14 años cometido por un hombre, en el contexto de una relación de responsabilidad, confianza o poder que le otorga su situación adulta sobre la minoría de edad de la niña.
- ❖ Familiar, es la muerte de una mujer en el contexto de una relación de parentesco entre la víctima y el agresor, ya sea por consanguinidad o afinidad.
- ❖ Sexual sistémico, es la muerte de mujeres que son previamente secuestradas, torturadas y/o violadas, pudiendo presentarse en dos modalidades:

²² Red Chilena contra la Violencia hacia las Mujeres. *Violencia extrema hacia las mujeres en Chile (2010-2012)*. (Santiago: Red Chilena contra la Violencia hacia las Mujeres, 2014), p.8.

²³ Celeste Saccomano. “El femicidio en América Latina: ¿vacío legal o déficit del Estado de derecho?”. *Revista CIDOB d’Afers Internacionals* 117 (2017): 55-56.

- Sexual sistémico desorganizado, se presenta cuando la muerte de la mujer está acompañada por el secuestro, la tortura y/o violación. Los asesinos, presumiblemente, matan por una sola vez, en un periodo determinado, y pueden ser hombres desconocidos, cercanos o parientes de las víctimas que las asesinan y las depositan en parajes solitarios, en hoteles, o en el interior de sus domicilios.
- Sexual sistémico organizado: cuando los sujetos activos pueden actuar como una red organizada de feminicidas sexuales, con un método consciente y planificado en un largo e indeterminado periodo de tiempo.
- ❖ Por prostitución o por ocupaciones estigmatizadas, es la muerte de una mujer que ejerce la prostitución y/u otra ocupación, cometida por uno o varios hombres. Incluye los casos en los que el victimario asesina a la mujer motivado por el odio y la misoginia que despierta en estos la condición de prostituta de la víctima.
- ❖ Por trata, es la muerte de mujeres producida en una situación de trata de personas.
- ❖ Por tráfico, es la muerte de mujeres producida por una situación de tráfico de migrantes.
- ❖ Transfóbico, es la muerte de una mujer transgénero o transexual y en la que el victimario la mata por su condición o identidad de género transexual, por odio o rechazo de la misma.
- ❖ Lesbofóbico, es la muerte de una mujer lesbiana en la que el victimario la mata por su orientación sexual, por el odio o rechazo de la misma.
- ❖ Racista, es la muerte de una mujer por odio o rechazo hacia su origen étnico, racial, o sus rasgos fenotípicos.
- ❖ Por mutilación genital femenina, es la muerte de una mujer o niña a consecuencia de la práctica de una mutilación genital.

Estas clasificaciones, lejos de abarcar todas las formas en que pueden llevarse a cabo los femicidios, sirven para categorizar y explicar las maneras y las razones por las cuales las mujeres son asesinadas. De esta forma, se facilita la comprensión del fenómeno que subyace a esta manifestación extrema de violencia de género²⁴.

3. JUSTIFICACIÓN DEL AUMENTO DE PENALIDAD EN EL DELITO DE FEMICIDIO EN RELACIÓN CON EL DELITO DE HOMICIDIO

La justificación de la implementación de una penalidad mayor en el delito de femicidio en relación con los homicidios comunes está dada por distintos factores los cuales expondremos a continuación:

3.1. HOMICIDIO POR ODIO

Los homicidios por odio se definen, como aquellos en los que se mata a otro en razón de su constitución individual²⁵, partiendo de esa base ejemplifica de los supuestos de femicidio y homicidio por odio a la orientación sexual. Entendiéndose femicidio, como quien da muerte a una mujer por su condición de mujer y en los casos de homicidio por odio a la orientación sexual, se mata a una persona por su condición de homosexual. Para estos efectos nos centraremos en el femicidio.

Ahora bien, en cuanto a la diferenciación entre los homicidios comunes y homicidios por odio, una intuición compartida señalaría que los homicidios por odio son más graves que los homicidios comunes, y que, por ende, deben ser tratados por el Estado de un modo más severo²⁶. Sin embargo, la mera intuición de que estos delitos deben de ser más graves no permite un incremento de pena. Es necesario evaluar si esa intuición está justificada. Pero la razón de la mayor gravedad de estos hechos no es tan evidente como parece. En todos los homicidios, sean estos cometidos por odio o por cualquier otra razón injustificada, la víctima

²⁴ Ivonne Sepúlveda. "Femicidio como un delito por razones de género en Chile". *Revista Jurídica del Ministerio Público* 78 (2020): 93.

²⁵ José Peralta. "Homicidios por odio como delitos de sometimiento (sobre las razones para agravar el femicidio, el homicidio por odio a la orientación sexual y otros homicidios por odio)" *Indret: Revista para el análisis del derecho* 4 (2013): 17.

²⁶ *Ibid.*, p. 15.

termina muerta y no está claro qué agregaría el odio a esa muerte para permitir un trato penal más severo²⁷.

Una posible fundamentación podría basarse en que los homicidios por odio se cometen con frecuencia de un modo especialmente violento y/o de un modo aberrante, por lo que se podría afirmar que los homicidios por odio merecen una pena más intensa que los comunes porque suelen presentar una fenomenología consistente en el aumento deliberado del sufrimiento de las víctimas²⁸.

Si bien es completamente razonable agravar los delitos cuando esto se cometen de un modo especialmente violento, cabe preguntarse si realmente era necesaria la modificación del Código Penal con estos fines²⁹, puesto que basta un sencillo análisis para dar cuenta de que a los hechos ya descritos se podía imponer una pena agravada aún antes de la reforma, por lo que volver a agravar por lo aberrante de su modalidad comisiva parece una redundancia³⁰.

Los homicidios por odio no tienen que ver tanto con la modalidad de la acción delictiva, como con la razón por la que se comete el hecho. Una modificación del Código Penal (haciendo referencia a la Ley N° 21.212) tiene sentido, porque no vuelve a calificar los homicidios por la misma razón por la que ya estaban calificados (su modalidad comisiva), sino por una distinta: los motivos del agente.³¹

Con todo, si se afina un poco más la argumentación, veremos que la idea de sometimiento puede dar cuenta de la gravedad de estos homicidios.

Estos dan cuenta de algo más que un mero estado subjetivo. Los motivos de odio, cuanto menos en muchos casos, señalan una pretensión de sometimiento de la víctima por parte del autor. Esta pretensión se materializa, además, en el hecho tornándolo más grave incluso desde un punto de vista estrictamente objetivo³².

La tesis central es la siguiente: la manera en que las víctimas pueden evitar la agresión en estos casos es sometiéndose a la voluntad de un autor que quiere imponerles un modo de vida; la contracara es que el autor las mata porque no se han sometido. Esta idea de sometimiento no se presenta en los homicidios comunes en los cuales la víctima, para no ser

²⁷ Ibid., p. 18.

²⁸ Ibid.

²⁹ Ibid.

³⁰ Ibid.

³¹ Ibid.

³² Ibid., p.19.

tal, no necesita someterse a la voluntad de ningún autor concreto. Esto es lo que marca la diferencia entre ambas clases de homicidios y justifica su trato diferenciado³³.

Si la diferencia entre los homicidios comunes y los homicidios por odio es que la víctima ha violado algún derecho, la reforma refleja un cambio cultural y jurídico. En un mundo donde la mujer hasta no hace tanto tiempo se concebía como propiedad del marido y donde hasta hace menos tiempo aún carecía de derecho al voto y su deber de fidelidad era más amplio que el del hombre, perfectamente podía considerarse un ilícito en contra del marido o pareja la falta de obediencia³⁴.

Entonces, el incremento de la pena se fundamenta no solamente en la circunstancia subjetiva de “matar por” (ser mujer) sino en el hecho de que la muerte se realiza en un ámbito específico que es, precisamente, el que marca la diferencia con otros tipos de formas delictivas, que es la relación desigual de poder entre hombre y mujer existente en un contexto de género³⁵.

El derecho penal ha de ser algo más que puro voluntarismo del legislador, cuando se pretende intensificar la respuesta punitiva respecto de determinadas conductas, o bien prever una sanción antes inexistente para aquellas que recién se tipifican, tal producción normativa, por mandato del principio de proporcionalidad, debiese responder siempre al incremento de algún elemento graduable del delito, es decir, que las agravaciones –o atenuaciones, en su caso—, se han de responder a un mayor o menor injusto o reproche subjetivo³⁶.

Con todo, tiene sentido asumir que el legislador tuvo en vista un interés positivo, de todos modos discriminatorio, al sostener que existe un delito especial llamado femicidio, entendiendo que la mujer se encuentra en una situación de desvalimiento en relación con el varón, en términos físicos o sociales. Básicamente, es el género el que condiciona el ilícito.

Junto con esto, es de vital importancia señalar el fundamento de la agravación que se esconde detrás de los delitos de género en comparación con los delitos “comunes”, ya que debemos entender que tanto la tipificación del femicidio, como la modificación del tratamiento que se realiza de este delito, primero de la mano de la Ley N° 20.480 y luego de la ley

³³ Ibid.

³⁴ Ibid., p. 20.

³⁵ Ignacio Ackermann & María Ovalle. “Violencia de género en el Derecho penal. Aproximación al debate sobre su concepto y naturaleza de la agravación”. *Nova Criminis: Visiones criminológicas de la Justicia Penal* 16 (2018): 9.

³⁶ Ibid.

análisis de este trabajo, es decir, la Ley N° 21.212, no se crean en razón del azar ni del capricho del legislador. Es así como el trabajo de los autores Ignacio Ackermann y María Ovalle recoge la temática señalada, abordando las distintas posturas que intentan esclarecer este concepto:

3.2. PLAN DE INJUSTO

En el caso de España, la agravación dice relación con un *plan de injusto*, en el que Ramos Ribas sostiene que los tipos penales referidos a la violencia de género constituyen delitos pluriofensivos que ofenden el bien jurídico principal y, además, la integridad moral, debiendo tal ofensa estar, por tanto, captada por el dolo del autor³⁷. Sin embargo, esto conlleva la dificultad de poder definir y delimitar el concepto de “integridad moral”, por lo que no parece ser una vía esclarecedora.

3.3. LOS ELEMENTOS DE LA ANTIJURICIDAD Y DE LA CULPABILIDAD

Ahora bien, siguiendo con el análisis de estos autores, estos centran su estudio en elementos propios del delito, destacando la figura de la antijuricidad y la culpabilidad.

En cuanto a la antijuricidad, se realiza un símil entre lo que son las circunstancias agravantes, con los delitos de género, donde se señala:

“Podría pensarse que, al igual que ocurre con ciertas circunstancias agravantes, que hacen referencia a la utilización de medios ejecutivos especialmente efectivos o a contextos que determinan que el agente al obrar lo haga abusando de una posición favorable en la que se encuentra (superioridad física, por ejemplo), los delitos de género representan un grado más alto de injusto precisamente porque la posición del hombre frente a la mujer es especialmente asimétrica³⁸”.

En la misma línea Mir Puig explica que:

³⁷ Ibid.

³⁸ Ibid.

“[E]l legislador castigaría más aquellos hechos realizados por medios, sujetos o en ocasiones especialmente peligrosas para disuadir al agente de utilizar tales vías y así proteger al bien jurídico de los ataques más peligrosos en atención a que implicaría un mayor peligro ex ante para el bien”³⁹.

Por consiguiente, estas consecuencias vinculadas con una mayor antijuridicidad podrían también predicarse respecto de los delitos de violencia de género, entendiendo que éstos se desarrollan dentro de una estructura social que es patriarcal⁴⁰.

Este símil entre lo que serían los delitos de género y las circunstancias agravantes, nos deja importantes ideas que nos permitirían justificar la agravación de los delitos de género, motivada principalmente en la estructura social patriarcal, en la que vivimos, donde se ha tratado a la mujer desde una base inferior a la del hombre, lo que permitiría que se lleve a cabo acciones delictivas contra la mujer.

Junto con esto, es importante traer a colación la comparación realizada entre los delitos de género, con la agravante de alevosía:

“[L]a razón por la cual la desprevenición de la víctima es importante para la alevosía es que ésta importa una imposibilidad de defensa que es aprovechada por el agente. Es decir, es el aprovechamiento de ciertas circunstancias de hecho lo que, en última instancia, incrementa la antijuridicidad sin perjuicio de los requisitos subjetivos que puedan o no exigirse para estas hipótesis (por ejemplo, exigirse que se actúe no sólo en conocimiento sino también con la intención el agente de aprovecharse de la situación en la que se encuentra la víctima)”⁴¹.

Las circunstancias de hecho de las que se aprovecha el agente, en este argumento, serían precisamente aquellas estructurales que posicionan al hombre en un escaño jerárquicamente superior respecto de la mujer dentro de la estructura social⁴².

³⁹ Ibid.

⁴⁰ Ibid.

⁴¹ Ibid.

⁴² Ibid.

De este modo, Jorge Mera, al efectuar un paralelo para distinguir a los delitos de parricidio y femicidio, afirma que lo relevante para este último:

“[E]s que se afecta la vulnerabilidad de la víctima, se trata de una cuestión de género, es la condición de mujer de la víctima la que incrementa el injusto de su homicidio. Y el Derecho penal debiera dar cuenta de esta especificidad, de esta mayor vulnerabilidad como elemento determinante de un injusto específico”⁴³.

En cuanto al elemento de la culpabilidad entendido como “*el reproche que se hace al que podía obrar diversamente y optó por la conducta prohibida,*”⁴⁴ es decir, quien sabe lo que está haciendo y desea ese resultado, resulta clave al momento de establecer la naturaleza de la agravante de los delitos de género, toda vez que damos cuenta que

“(…) serían las concepciones previas del agente las que motivarían los actos constitutivos de violencia de género, puesto que el patriarcado, como sistema cultural, influiría en la parte motivadora del juicio. Tomando como ejemplo las agravantes de cometer el delito por motivos discriminatorios, en España, Cerezo Mir explica que la agravación se fundamenta, exclusivamente en consideración a los móviles del que denotan una culpabilidad más intensa.”⁴⁵

En conclusión, podemos señalar que la naturaleza de la agravante de los delitos de género, dentro de los cuales se sitúa el delito de femicidio, se encuadra en dos elementos del delito, como es el caso de la antijuricidad, donde la agravación se fundamenta en un aumento de la antijuricidad, toda vez que esta conducta que va en contra de lo establecido en la ley, se lleva a cabo abusando de una posición favorable en la que se encuentra, la cual es entregada gracias al patriarcado entendido como:

⁴³ Jorge Mera. “Femicidio”. *En Tipificación del femicidio en Chile. Un debate abierto, editado por la Red Chilena contra la Violencia Doméstica y Sexual*, 53-58 (Santiago: Red Chilena contra la Violencia Doméstica y Sexual, 2009), p. 55.

⁴⁴ Jean Pierre Matus & Sergio Politoff. *Lecciones del Derecho Penal chileno. Parte General* (Ciudad de México: Jurídica de las Américas, 2009), p. 210.

⁴⁵ Ignacio Ackermann & María Ovalle. “Violencia de género en el Derecho penal. Aproximación al debate sobre su concepto y naturaleza de la agravación”. *Nova Criminis: Visiones criminológicas de la Justicia Penal* 16 (2018): 11-12.

“(...) un sistema político que institucionaliza la superioridad sexista de los varones sobre las mujeres, constituyendo aquella estructura que opera como mecanismo de dominación ejercido sobre ellas, basándose en una fundamentación biologicista. Esta ideología, por un lado, se construye tomando las diferencias biológicas entre hombres y mujeres como inherentes y naturales. Y por el otro, mantiene y agudiza estas diferencias postulando una estructura dicotómica de la realidad y del pensamiento, el cual ha creado y aportado la posición inferior de la mujer en relación con el hombre”⁴⁶.

En cuanto a este segundo elemento, correspondiente a la culpabilidad, entendemos que serían las motivaciones previas del agente las que condicionarían las acciones que decaen en la consumación de los delitos de género, las cuales se encuentran resguardadas y amparadas nuevamente por el patriarcado.

En consecuencia, podemos entender que la naturaleza de la agravación, independiente de donde se analice, tiene un punto en común correspondiente al patriarcado, en los términos definidos anteriormente.

⁴⁶ Florencia Coppolecchia & Lucrecia Vacca. “Una crítica feminista al derecho a partir de la noción de biopoder de Foucault”. *Páginas de filosofía* 13, 16 (2012): 60.

II. EVOLUCIÓN DE LA REGULACIÓN DEL FEMICIDIO

Una vez desarrollado el capítulo dedicado a esclarecer conceptos básicos de lo que es la violencia de género y el femicidio como máxima expresión de esta, es menester iniciar con el análisis de la protección jurídica que se busca a través de la tipificación del femicidio y como esta ha evolucionado con el paso del tiempo. Para ello, resulta fundamental realizar una clasificación acerca de los periodos de tiempo en que se regula esto.

En primer lugar, nos situamos en el periodo comprendido entre el año 1874, año en que se dicta el Código Penal, y el año 2010, en el cual se promulga la Ley N° 20.480, que trata por primera vez en Chile el concepto de femicidio.

1. PERIODO 1874-2010: EL ANTIGUO CÓDIGO PENAL

En esta etapa, damos cuenta de la inexistencia del delito especial del femicidio, lo que no significa que la conducta conocida como dar muerte a una mujer, según los términos referidos en el capítulo 1, quede impune, sino que se subsumía dentro de otros delitos que protegen la vida, y siguiendo las palabras de los profesores Matus y Ramírez, quienes exponen que:

“El bien jurídico será la vida, lo cual se fundamenta en lo siguiente: “El art. 19 N.º 1 CPR garantiza el derecho a la vida de todas las personas. Según el voto de mayoría de la STC 28.8.2017, Rol 3729, este derecho no es predicable de toda vida humana, en el sentido biológico, sino únicamente del ser humano nacido, con vida independiente de los sistemas vitales de su madre.

El Código penal contempla diversas formas de ataque a este bien jurídico (homicidios, parricidio, femicidio, etc.), donde el bien jurídico se confunde con su objeto material: la persona.”⁴⁷

⁴⁷ Jean Pierre Matus & María Ramírez. *Manual de derecho penal parte general* (Santiago: Tirant lo Blanch, 2021), p. 36.

Así las cosas, dependiendo de su comisión, podría tratarse de homicidio simple, homicidio calificado, infanticidio o parricidio.

Es aquí donde nace la pregunta, planteada por el autor Jorge Mera, ¿son insuficientes los tipos legales y las penas actuales que tutelan la vida de todas las personas, para proteger la vida de las mujeres en relación con las agresiones de que son objeto por parte de sus parejas?⁴⁸. Pregunta que es del todo válida, ya que, si analizamos el tratamiento de la muerte dolosa de la cónyuge y de la conviviente estas se encuentran incluidas en el tipo legal del parricidio, y sancionada con las tres penas más altas que contempla nuestro ordenamiento penal: presidio mayor en su grado máximo, presidio perpetuo simple y presidio perpetuo calificado⁴⁹.

Lo dicho anteriormente permitiría respaldar la idea de que la mujer no se encuentra desprotegida frente a la violencia de género. Sin embargo, eso corresponde a una conclusión apresurada, ya que soslaya un elemento de gran importancia que tratamos en el Capítulo I, relacionada con la vulnerabilidad de la víctima, ya que se trata de una cuestión de género, es la condición de mujer de la víctima la que incrementa el injusto de su homicidio. Y el derecho penal debiera dar cuenta de esta especificidad, de esta mayor vulnerabilidad como elemento determinante de un injusto específico.

Ahora bien, una vez analizando los posibles tipos penales que pueden contener la acción entendida como “dar muerte a una mujer”, resulta importante para el desarrollo de este trabajo el análisis de las agravantes en nuestro sistema penal, las cuales se dan en el contexto de que cuando una persona comete un delito, su responsabilidad penal puede aumentar por una serie de conductas y circunstancias señaladas en el Código Penal, este trae como consecuencia un aumento la pena. Para fines de este trabajo, analizaremos cómo el legislador ha establecido agravantes que podemos relacionar de forma directa con la vulnerabilidad de la mujer explicada anteriormente. Particularmente, esto se visualiza en las agravantes contenidas en el artículo 12 del Código Penal, en específico el número 6 y 18, si bien en la actualidad se encuentra vigente la agravante del número 21, esta será analizada posteriormente.

⁴⁸ Jorge Mera. “Femicidio”. *En Tipificación del femicidio en Chile. Un debate abierto, editado por la Red Chilena contra la Violencia Doméstica y Sexual*, 53-58 (Santiago: Red Chilena contra la Violencia Doméstica y Sexual, 2009), p. 54.

⁴⁹ Ibid.

1.1. AGRAVANTE DEL ARTÍCULO 12 N° 6 DEL CÓDIGO PENAL

En cuanto a la agravante correspondiente al artículo 12 N° 6° del Código Penal, esta trata:

“6a. Abusar el delincuente de la superioridad de su sexo o de sus fuerzas, en términos que el ofendido no pudiera defenderse con probabilidades de repeler la ofensa.”

Esta agravante, se incorpora al código penal a través de la Ley N° 19.975, que lo modifica en materia en uso y porte de armas.

En este sentido, los profesores Matus y Ramírez señalan que, respecto a la agravante del número 6, la opinión dominante es que carece de justificación por ser redundante con las de alevosía y ensañamiento, además de inherente a los delitos comunes de violación y robo. La jurisprudencia ha entendido que solo puede referirse a *“la circunstancia de que un delincuente, teniendo ya controlada la situación o habiendo dominado a su víctima, sigue ejerciendo sobre ella una violencia física o manteniendo un grado de agresión adicional”* (SCS 13.8.1997, GJ 206, 102). Para diferenciarla objetivamente de la circunstancia 11.^a, donde se establece la superioridad con el auxilio de otros, la superioridad en esta 6.^a debe ser la del delincuente aislado⁵⁰.

1.2. AGRAVANTE DEL ARTÍCULO 12 N° 18 DEL CÓDIGO PENAL

Por otro lado, encontramos la agravante contenida en el artículo 12 N° 18 del Código Penal:

“Ejecutar el hecho con ofensa o desprecio del respeto que por la dignidad, autoridad, edad o sexo mereciere el ofendido, o en su morada, cuando él no haya provocado el suceso.”

Esta circunstancia, se trataría de ofensa o desprecio en relación con la mujer, por el hecho de serlo. Sin embargo, en palabras de los profesores Matus y Ramírez es difícil conciliar esta

⁵⁰ Jean Pierre Matus & María Ramírez. *Manual de derecho penal parte general* (Santiago: Tirant lo Blanch, 2021), p. 641.

agravación con la garantía constitucional de igualdad ante la ley y la protección del honor que, constitucionalmente, se dispensa a todas las personas, puesto que toda víctima de un delito se sentirá, por igual, ofendida con su comisión.

Si se trata de alguna ofensa adicional al delito, su distinción se hace difícil frente a las agravantes de ensañamiento o ignominia (artículos 12, 4.^a y 9.^a)⁵¹, Por ello, es más apropiado, en el caso de quien comete un delito animado del propósito de dejar en claro la inferioridad que atribuye a la víctima, llegando incluso a rebajarla a la categoría de objeto, recurrir a la nueva agravante de discriminación del artículo 12 N° 21 del Código Penal⁵².

En este sentido, el sistema realiza una generalización del bien jurídico protegido, reduciendo a la vida de la persona, sin hacer una diferenciación, propia y necesaria de la prevención y sanción del femicidio.

1.3. DEROGACIÓN DE LA EXENCIÓN DE RESPONSABILIDAD DEL ARTÍCULO 10 NÚMERO 11 DEL CÓDIGO PENAL

Si hacemos un análisis del tratamiento del femicidio dentro del periodo de tiempo anterior a la dictación de la Ley N° 20.480, podemos observar una nula preocupación del “fenómeno del femicidio”, que denota una realidad vivida por miles de chilenas, propia del machismo de la época, lo cual se ve reflejado en la atenuante contenida en el artículo 10 N.º 11 del Código Penal, que prescribía:

“El marido que en el acto de sorprender a su mujer infraganti en delito de adulterio, da muerte, hiere o maltrata a ella i a su cómplice; con tal que la mala conducta de aquél no haga excusable [sic] la falta de ésta.

Si solo diere muerte, hiriere o maltratare a uno de ellos, sin causar daño al otro u ocasionándole uno menor, subsistirá no obstante la exención [sic] de responsabilidad criminal respecto del marido, a menos de constar que intencionalmente obró así o que las circunstancias del hecho lo revelen.”⁵³

⁵¹ Ibid., p. 637.

⁵² Jean Pierre Matus & María Ramírez. *Manual de derecho penal parte general* (Santiago: Tirant lo Blanch, 2021), p. 638.

⁵³ Código Penal. 12 de noviembre de 1874 (Chile).

Esta eximente, que solo beneficiaba al hombre, fue derogada por el artículo 4 de la Ley N° 11.183, publicada en el Diario Oficial de 11 de junio de 1953, siendo este el primer paso para otorgar una efectiva protección a la mujer, dentro del ámbito penal.

Sin embargo, este avance no resultaría ser suficiente para combatir dicha problemática. Es por esto que años más tarde se desarrollaría la moción para introducir y sancionar el delito femicidio en nuestro sistema, lo cual trae como resultado la promulgación de la Ley N° 20.480.

2. PERIODO 2010-2020: LA LEY 20.480 QUE INCORPORA EL DELITO DE FEMICIDIO

Tras años de espera, el 10 de diciembre del año 2010 se promulgó la tan ansiada Ley N° 20.480 que, en lo concerniente a este trabajo, introdujo el nuevo delito de femicidio en nuestro ordenamiento jurídico en el inciso segundo del artículo 390 del Código Penal, el cual señala:

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

A su turno, delito precedente era el de parricidio, que prescribe en el artículo 390 inciso primero del Código Penal:

“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.”

Por consiguiente, en base a la lectura conjunta de las normas previamente citadas, se puede definir el femicidio como *“el hombre que, conociendo las relaciones que los ligan, mate a una mujer que es o ha sido su cónyuge o su conviviente (...)”*,⁵⁴ sin perjuicio de que se harán precisiones respecto al sujeto activo del delito más adelante.

⁵⁴ Nicolás Ried. “Un delito propio. Análisis crítico de los fundamentos de la ley de femicidio”. *Revista de Estudios de la Justicia* 16 (2012): 173.

2.1.FUNDAMENTACIÓN DEL “NUEVO” DELITO DE FEMICIDIO

El fundamento de este nuevo delito no es algo unánime para la doctrina. Así, vemos que Matus y Ramírez sostienen que su justificación no sería el castigo de la violencia intrafamiliar sino que “(...) la necesidad de prevenir y sancionar el ejercicio de la llamada *violencia de género*, es decir, la ejercida contra la mujer por el solo hecho de ser tal.”⁵⁵, lo cual se explica según Escobar y Jarpa, teniendo a la vista la restricción a que la víctima solo puede tratarse de una mujer, y la inclusión de los ex cónyuges y ex convivientes dentro del tipo, puede significar la nula existencia de un vínculo de confianza entre el autor y la víctima, lo que implicaría que la conducta del autor solo es una muestra de la violencia de género que se busca penalizar.⁵⁶

Por su parte, para Corn, su fundamento radicaría en la protección de la familia o ex familia, pues si bien el delito de femicidio es un delito autónomo, comparte los elementos y, por ende, la historia del delito de parricidio, que se fundamentaría por la obligación de protección que se deben los miembros de una respectiva familia entre sí⁵⁷, familia que subsistiría en materia penal -según la nueva configuración del delito parricidio al incluir a los ex cónyuges y ex convivientes- incluso si está ya ha terminado según las normas de derecho de familia, como es la regulación del divorcio.⁵⁸

2.2.ANÁLISIS DEL TIPO PENAL DEL ARTÍCULO 390 INCISO SEGUNDO

2.2.1. SUJETO ACTIVO Y PASIVO DEL DELITO

⁵⁵ Jean Pierre Matus & María Ramírez. *Manual de derecho penal parte general* (Santiago: Tirant lo Blanch, 2021), p. 55. En el mismo sentido, María Santibáñez & Tatiana Vargas. “Reflexiones en torno a las modificaciones para sancionar el femicidio y otras reformas relacionadas (Ley N° 20.480)”. *Revista Chilena de Derecho* 38, 1, (2011): 196.

⁵⁶ Consuelo Escobar & Valeska Jarpa. “El nuevo delito de femicidio en Chile” (Memoria de pregrado), Universidad de Chile, 2013, p. 94. Misma postura sostienen María Santibáñez & Tatiana Vargas. “Reflexiones en torno a las modificaciones para sancionar el femicidio y otras reformas relacionadas (Ley N° 20.480)”. *Revista Chilena de Derecho* 38, 1, (2011): 196.

⁵⁷ Emanuele Corn. “Un nuevo tipo penal de femicidio en un nuevo Código Penal para Chile”. *Revista de Derecho (Valdivia)* 28, 1 (2015): 197. El análisis sobre la justificación del delito de parricidio es un tema que sobrepasa los objetivos planteados por esta memoria. Al respecto, véase Diego González. “El delito de parricidio: consideraciones críticas sobre sus últimas reformas”. *Política criminal* 10, 19 (2015): *passim*.

⁵⁸ Emanuele Corn. “Un nuevo tipo penal de femicidio en un nuevo Código Penal para Chile”. *Revista de Derecho (Valdivia)* 28, 1 (2015): 198. Tesis similar a la sostenida por Nicolás Ried. “Un delito propio. Análisis crítico de los fundamentos de la ley de femicidio”. *Revista de Estudios de la Justicia* 16 (2012): *passim*.

La figura de femicidio adoptada por nuestro ordenamiento, tal como afirma Toledo

“(...) abandona la neutralidad formal del derecho penal, para dar paso a normas en que el sexo de las víctimas resultan un elemento relevante para la configuración del tipo penal.”⁵⁹

En este caso, tal como prescribe la norma, la víctima solo puede ser la mujer, y en caso de no serlo, nos encontraremos ya no frente a un femicidio, sino que ante un parricidio (si se satisfacen cada uno de sus elementos). Pero es aquí donde nace la duda si es que también se abandonó la neutralidad de la ley penal respecto al autor del femicidio para que solo sea un hombre, esto es, si es posible para una mujer lesbiana ser condenada como femicida de su pareja.

Al respecto, Taladriz y Rodríguez responden a esta interrogante, señalando que solo puede ser autor del femicidio un hombre, puesto que:

“[e]l concepto de femicidio parte de una definición de violencia contra las mujeres que se basa en considerar como su causa la existencia de relaciones desiguales de poder entre mujeres y hombres...”, y en cuanto a la muerte de una mujer por parte de su conviviente mujer dicen que “se trata de violencia intrafamiliar (...) dicha violencia no es equivalente a la violencia de género, inherente al concepto de femicidio.”⁶⁰

En cambio, Corn argumenta que

“(...) el autor puede ser tanto hombre como mujer, porque en todas aquellas partes en que el Código emplea la voz “autor”, incluso en contextos de violencia sexual, se refiere, indistintamente, a ambos géneros. De no haber querido este resultado, el legislador habría tenido que explicitarlo y dar una

⁵⁹ Patsilí Toledo. “Leyes sobre femicidio y violencia contra las mujeres. Análisis comparado y problemáticas pendientes.” En *Tipificación del femicidio en Chile. Un debate abierto*, editado por la Red Chilena contra la Violencia Doméstica y Sexual, 41-54 (Santiago: Red Chilena contra la Violencia Doméstica y Sexual, 2009): 45.

⁶⁰ María Taladriz & Roberto Rodríguez. “El delito de femicidio en Chile”. *Revista Jurídica del Ministerio Público* 46 (2011): 220.

justificación adecuada a la evidente discriminación que ello hubiese supuesto".⁶¹

Postura que concuerda con lo señalado por Santibáñez y Vargas, quienes sostienen que

"[l]a palabra cónyuge restringe a los varones, no así el término conviviente. (...) La relación de convivencia no supone por esencia, como lo hace el matrimonio, una relación entre un hombre y una mujer. De modo que puede ser sancionada como femicida una mujer que mate a su conviviente mujer actual o pasada".⁶²

Ahora, referido a los vínculos que deben tener el autor de la muerte de una mujer para que cometa femicidio según el artículo 390 inciso final del Código Penal son: los cónyuges o ex cónyuges y los convivientes o ex convivientes, según se dirá.

2.2.1.1. CÓNYUGE Y EX CÓNYUGE

El estado de cónyuge solo puede adquirirse por la celebración del matrimonio, que se encuentra definido en el artículo 102 del Código Civil como:

"un contrato solemne por el cual un hombre y una mujer se unen actual e indisolublemente, y por toda la vida, con el fin de vivir juntos, de procrear y de auxiliarse mutuamente".

Este matrimonio, para que genere los efectos civiles (como es la calidad de cónyuges) que le son propios, debe satisfacer tanto los requisitos de existencia como de validez que contemplados en el Código Civil como en la Ley de Matrimonio Civil. Dentro de los primeros encontramos la diversidad de sexo entre los contrayentes (como reza el artículo 102 del Código Civil que acabamos de ver), el consentimiento y la presencia de un oficial del registro civil. En los segundos están el consentimiento libre de los vicios que se señalan en el artículo 8 de la Ley de matrimonio Civil; la capacidad de los contrayentes y la ausencia de los

⁶¹ Emanuele Corn. "Un nuevo tipo penal de femicidio en un nuevo Código Penal para Chile". *Revista de Derecho (Valdivia)* 28, 1 (2015): 199.

⁶² María Santibáñez & Tatiana Vargas. "Reflexiones en torno a las modificaciones para sancionar el femicidio y otras reformas relacionadas (Ley N° 20.480)". *Revista Chilena de Derecho* 38, 1, (2011): 205.

impedimentos dirimentes prescritos en el artículo 5 de la Ley N°19.947, más conocida como la Ley de Matrimonio Civil; y por último las demás formalidades que dispone la Ley. Solo si se cumple lo anterior el hombre y la mujer tendrán el carácter de Cónyuge.

Respecto al ex cónyuge o quien ha sido cónyuge de la víctima de femicidio, cabe destacar que solo se refiere a los casos en que el vínculo matrimonial ha sido disuelto en vida de los contrayentes, como es el caso del divorcio, sea el divorcio “por culpa” previsto en el artículo 54 de la ley, sea el divorcio “por cese de la convivencia” contemplado en el artículo 55 de la ley. Cabe agregar que según el artículo 59, inciso 1º de la Ley de Matrimonio Civil “el divorcio producirá efectos entre los cónyuges desde que quede ejecutoriada la sentencia que lo declare” y el inciso 2º agrega que “sin perjuicio de ello, la sentencia ejecutoriada en que se declare el divorcio deberá subinscribirse al margen de la respectiva inscripción matrimonial. Efectuada la subinscripción, la sentencia será oponible a terceros y los cónyuges adquirirán el estado civil de divorciados, con lo que podrán volver a contraer matrimonio”, y que, a efectos penales, tendrán el vínculo de ex cónyuges que exige el tipo penal del femicidio.

En relación con el matrimonio declarado nulo, en conformidad a lo dispuesto en el artículo 50 de la Ley de Matrimonio Civil, las partes vuelven al estado anterior a la celebración del matrimonio, lo que significará que habrán vivido en concubinato (o convivencia) durante todo ese tiempo, por lo cual respecto al delito en comento tendrán con la mujer víctima de femicidio la calidad de conviviente o ex conviviente.

Y sobre la separación judicial, debe tenerse presente el artículo 33 de la Ley de Matrimonio Civil, que dispone que:

“La separación judicial deja subsistentes todos los derechos y obligaciones personales que existen entre los cónyuges, con excepción de aquellos cuyo ejercicio sea incompatible con la vida separada de ambos, tales como los deberes de cohabitación y de fidelidad, que se suspenden.”

En definitiva, debemos concluir que estos serán tratados como cónyuges y no ex cónyuges, para efectos del delito de femicidio.

2.2.1.2. CONVIVIENTE Y EX CONVIVIENTE

Si bien el término conviviente había sido empleado por el legislador en otras materias, como por ejemplo el Decreto Supremo N° 892 del Ministerio de Previsión Social de 1958 relativo al derecho de pago de la cuota mortuoria, o el Código Procesal Penal en lo que se refiere a las víctimas (artículo 108), antes de constituirse como uno de los vínculos que exige el delito de parricidio tras su reforma por la ley de violencia intrafamiliar, no tenía definición legal. Y si acudíamos a la Real Academia Española, que define a la convivencia escuetamente como “Cada una de las personas con quienes comúnmente se vive.”

Es por eso por lo que se debía acudir a la doctrina y jurisprudencia de la época. Así, en el primer caso encontrábamos a autores como Sepúlveda, que, abogando por una concepción amplia del concepto, cita entre sus elementos característicos a

*“[l]a existencia de una relación monogámica no matrimonial basada en la afectividad (...) que crea una comunidad de vida, lo que implica la voluntad mutua de ambas partes de formar una pareja y compartir un mismo proyecto de vida, con cierta estabilidad o permanencia en el tiempo, que sea notoria y dotada de un componente sexual que la diferencie de otros tipos de relaciones como las amistosas (...)”*⁶³

Por parte de la jurisprudencia, esta ha declarado que la ausencia de relaciones sexuales entre la víctima y el imputado no descartan la existencia de este vínculo, que debe ser comprendido “(...) como una comunidad de vida, definida por fines específicos, como el de vivir juntos en un mismo inmueble, guardarse fe y el deber de auxiliarse mutuamente en todas las etapas de la vida”⁶⁴. En tanto, la noción de convivencia comprendería a las parejas heterosexuales como homosexuales⁶⁵.

⁶³ Ivonne Sepúlveda. “¿De qué hablamos cuando hablamos de convivencia en el artículo 390 del código penal?”. *Revista Jurídica del Ministerio Público* 61 (2014): 198.

⁶⁴ Cuarto Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Santiago. RIT 73-2006, RUC 0600000093-9. Sentencia definitiva de 14 de noviembre del año 2006. Considerando 10°.

⁶⁵ Ilustrísima Corte de Apelaciones de La Serena. Rol Reforma procesal penal 373-2006. Sentencia de 8 de enero del año 2007 que rechaza el recurso de nulidad interpuesto en contra de la sentencia definitiva dictada por el Juzgado de Garantía de Combarbalá en autos RIT 99-2006, RUC 0600284381-k dictada el 14 de noviembre de 2005. Considerando sexto: “(...) que 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 interprete desatender el tenor literal de la norma so pretexto de consultar su espíritu.”

Posteriormente, con la entrada en vigor de la Ley N° 20.830 que creó el Acuerdo de Unión Civil, el legislador por fin se hizo cargo de este concepto y permitió construir una definición de convivencia (en base al artículo primero) como la situación de hecho entre dos personas que tienen una vida afectiva en común, de carácter estable y permanente, y que comparten un hogar, sin discriminar por el sexo de los sujetos⁶⁶.

Ahora, sobre el término ex conviviente, debemos entender a aquel que ya no cumple con los requisitos estipulados para la convivencia, circunstancia que se deberá apreciar solo con los hechos sin necesidad de formalidad alguna⁶⁷, salvo que se haya celebrado el acuerdo de unión civil, donde se entenderá finalizada la convivencia civil según el artículo 26 de la Ley N° 20.830.

2.2.2. CONDUCTA TÍPICA

La conducta penalizada por la norma es “dar muerte a la mujer”, lo cual no presentaría mayores problemas ya que el autor debe realizar una conducta que dé como resultado la muerte de la mujer, mas surge la duda sobre la comisión por omisión en el caso del femicidio, puesto que las relaciones o vínculos que exige el tipo constituyen, a su vez, posiciones de garante. La respuesta a esto, tratándose del delito de parricidio, ha sido que el parricidio por omisión no es posible según Bustos, Grisolía y Politoff, pues “si el parentesco es la fuente de posición de garante y, por ende, la fuente de la atribución del resultado no puede operar a la vez como fuente de agravación, puesto que ello quebrantaría el principio *non bis in idem*”⁶⁸. Este *non bis in idem* también regiría para los otros vínculos que dispone el artículo 390 y que recoge el delito de femicidio, como es el matrimonio e incluso aplicaría para el caso de los convivientes y ex convivientes, pues “la doctrina ha extendido las fuentes de la posición de garante a vínculos sociales o de vida, que no constituyen lazos formales matrimoniales o de sangre (...)”⁶⁹.

⁶⁶ Jean Pierre Matus & María Ramírez. *Manual de derecho penal parte general* (Santiago: Tirant lo Blanch, 2021), p. 36.

⁶⁷ Consuelo Escobar & Valeska Jarpa. “El nuevo delito de femicidio en Chile” (Memoria de pregrado), Universidad de Chile, 2013, p. 113.

⁶⁸ Juan Bustos; Francisco Grisolía & Sergio Politoff. *Derecho penal chileno: Parte especial. Tomo I: Delitos contra el individuo en sus condiciones físicas*. 2ª edición (Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 1993), p. 83. En contra, Leiva, A. (2012) Revista Actualidad Jurídica. *Parricidio por omisión: inoperancia del principio non bis in idem en la construcción del tipo*. 26, pp. 307-322.

⁶⁹ Consuelo Escobar & Valeska Jarpa. “El nuevo delito de femicidio en Chile” (Memoria de pregrado), Universidad de Chile, 2013, p. 106.

2.2.3. CULPABILIDAD

En esta sede se presenta el problema sobre qué se refiere el legislador con la frase “El que, conociendo las relaciones que los ligan”. Las posturas frente a su significado, tal como resumen Bustos, Grisolía y Politoff (1993) serían cuatro:

- i) Dolo específico;
- ii) Derogación de la presunción de dolo contenida en el artículo 1 del código penal;
- iii) Elemento subjetivo del tipo; e
- iv) Imputación solo a título de dolo directo, excluyéndose el dolo eventual y la culpa.⁷⁰

De estas cuatro alternativas, goza de más respaldo por parte de la doctrina y la jurisprudencia la última que, conforme a Ossandón, presentaría dos corrientes doctrinarias: una más moderada que exigiría el dolo directo solo respecto al vínculo, permitiéndose el dolo eventual respecto a los demás elementos del parricidio; y la extrema que excluye el dolo eventual y la culpa en todos los casos de parricidio⁷¹.

2.3. CIRCUNSTANCIAS MODIFICATORIAS DE RESPONSABILIDAD EN EL DELITO DE FEMICIDIO: ¿PROCEDE LA APLICACIÓN DE LAS AGRAVANTES DEL ARTÍCULO 12 NÚMEROS 6, 18 Y 23?

Como vimos anteriormente, ante la ausencia de un delito de femicidio que tipificara explícitamente la muerte de una mujer por razones de género, la muerte de una mujer por el hecho de ser mujer debía ser condenada como un parricidio, homicidio simple o calificado que se agravaba, dependiendo de las circunstancias del caso, por las atenuantes del artículo 12 número 6 -abusar de la superioridad del sexo o fuerzas-, número 18 -con ofensa o desprecio del respeto que merece el ofendido por su dignidad, autoridad, edad o sexo-, o número 23 -motivado por su sexo, orientación sexual, identidad de género- del código penal.

⁷⁰ Juan Bustos; Francisco Grisolía & Sergio Politoff. *Derecho penal chileno: Parte especial. Tomo I: Delitos contra el individuo en sus condiciones físicas*. 2ª edición (Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 1993), p. 65.

⁷¹ María Ossandón. “La faz subjetiva del tipo de parricidio”. *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso* 34 (2010): 415-457.

Con la introducción del delito de femicidio en nuestro ordenamiento surge la interrogante sobre si esas agravantes, vinculadas a la existencia de una razón de género que motivo la muerte de la mujer, forman o no parte del tipo de femicidio, puesto que de ser afirmativa la respuesta, implicara una infracción al principio de *non bis in idem* contenido en el artículo 63 del Código Penal.

Ante esto, la solución a la cuestión planteada solo puede encontrarse y/o fundarse en el objeto de protección que implica el delito de femicidio recogido en nuestro ordenamiento.

Así pues, si se considera que el delito de femicidio tiene como fundamento el castigar la violencia de género, no procederá la aplicación de las agravantes anteriormente señaladas, puesto que estas ya están incluidas en el tipo penal. Por el contrario, si se estima que el objeto protegido por la norma resulta ser la familia o ex familia, se llega a la conclusión de que la configuración de estas agravantes no significaría una doble valoración de los mismos hechos.

2.4.RECEPCIÓN DEL DELITO DE FEMICIDIO EN NUESTRO SISTEMA

La inserción en el ordenamiento jurídico del delito de femicidio tras la promulgación de la Ley N° 20.480 conllevó una serie de consecuencias tanto positivas como negativas, las cuales son importantes traer a colación, para poder dar cuenta de cómo la legislación chilena, responde a la necesidad de entregar herramientas que ayuden al tratamiento y/o solución del fenómeno comprendido como violencia de género, junto con esto permitir hacer un paralelo, con los que se hará el análisis de la Ley N° 21.212, objeto de nuestra investigación, de modo de determinar si las críticas han sido superadas, o se han creado nuevas necesidades respecto de la forma en que ha de abordarse el problema.

2.4.1. AVANCES

En cuanto a los aspectos favorables que produjo la tipificación del femicidio, debemos dar cuenta que esto significó un gran avance en la legislación chilena, gracias a la influencia que significó la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer (“Convención de Belém do Pará”) permitiendo a nuestro país introducir al

femicidio como un delito autónomo, al igual que los países de: Argentina, Bolivia, Brasil, Colombia, Costa Rica, Ecuador, El Salvador, Guatemala, Honduras, México, Nicaragua, Panamá, Paraguay, Perú, República Dominicana, Venezuela y Uruguay⁷², lo que posicionó a Chile, como un país que condena la violencia de género en su expresión más extrema. De este modo, se permitió atraer la atención de la ciudadanía sobre el fenómeno conocido como la violencia contra la mujer,⁷³ posibilitando mesurar el fenómeno de la violencia de género en el país⁷⁴.

Un punto esencial dentro de los avances registrados, por esta normativa está relacionado de forma directa con la ruptura que se hace el concepto tradicional de parricidio y de familia, adicionando sujetos activos y pasivos en la tipificación de este. Resulta esencial, el hecho que se incluya a los ex cónyuges y ex convivientes, para esta ruptura, puesto que se aleja en gran medida de las relaciones afectivas o la familia como bien jurídico protegido, incorporando un nuevo bien jurídico relevante para el legislador, ya no basado en la confianza ni en la relación de intimidad propia del parricidio, sino en la violencia que se puede ejercer sobre una persona, principalmente por su género⁷⁵. Estamos claramente frente a un progreso, que trata una muestra de la realidad chilena, la que difiere completamente de la realidad de hace 147 años atrás, correspondiente a la cantidad de años desde que se dicta el Código Penal, ya que el concepto de familia marcada por el vínculo del matrimonio poco a poco ha sido reemplazado por la convivencia y relaciones de hecho, como veremos más adelante.

Además, el hecho de reconocer independencia conceptual en el término “femicidio”, resulta relevante por varias razones. La principal, es su reconocimiento en la legislación como un vocablo técnico jurídico, independiente de su existencia reconocida en nuestro idioma, implica un razonamiento vanguardista de nuestro legislador, tanto en su tipificación como en comparación con otros ordenamientos similares al nuestro donde no existe manifestación o reconocimiento alguno, lo cual nos habla de la real intención del legislador, que será regular

⁷² Ivonne Sepúlveda. “Femicidio como un delito por razones de género en Chile”. *Revista Jurídica del Ministerio Público* 78 (2020): 98.

⁷³ María Santibáñez & Tatiana Vargas. “Reflexiones en torno a las modificaciones para sancionar el femicidio y otras reformas relacionadas (Ley N° 20.480)”. *Revista Chilena de Derecho* 38, 1, (2011): 196.

⁷⁴ Emanuele Corn. “Un nuevo tipo penal de femicidio en un nuevo Código Penal para Chile”. *Revista de Derecho (Valdivia)* 28, 1 (2015): 197.

⁷⁵ Consuelo Escobar & Valeska Jarpa. “El nuevo delito de femicidio en Chile” (Memoria de pregrado), Universidad de Chile, 2013, p. 113.

de manera específica los casos de violencia de género y ampliar su aplicación a cuestiones que incluso pueden ir más allá del derecho penal⁷⁶.

Junto con esto debemos tener presente que el hecho de conceptualizar este tipo de violencia trae aparejada la generación de conciencia en la sociedad sobre las consecuencias de las relaciones desiguales entre hombres y mujeres. Ello permite además su registro y análisis estadístico y corporativo⁷⁷, facilitando la realización de estudios sobre el tema, con el fin de generar políticas públicas para enfrentar el asunto⁷⁸.

2.4.2. CRÍTICAS

A pesar de todo lo señalado anteriormente, la introducción de este delito, a través de la Ley N° 20.480, presenta déficits que terminaron requiriendo importantes enmiendas.

En primer lugar, podemos observar que el delito de femicidio, adoptado por nuestra legislación mediante la Ley N° 20.480 del año 2010, difiere del concepto que la doctrina adopta en relación al femicidio, toda vez que el artículo 390 inciso 2°, lo que hace es sancionar la muerte de la mujer que es o ha sido cónyuge o conviviente del autor, lo que no condice la definición de femicidio adoptada en este trabajo, entendido como “matar a una mujer por el hecho de ser tal”, ya que la importancia del femicidio para la doctrina no centra su estudio en quién lo realiza, sino sobre el sujeto pasivo y las motivaciones que se tuvieron para realizarlo. Por el contrario, en nuestro ordenamiento, la importancia radicaría principalmente en el vínculo de afectividad que existe o existió al momento de cometer este delito, tomando en especial consideración el sujeto activo que realiza la conducta para determinar si se trata de femicidio o no⁷⁹. En segundo lugar, tal como informa el Comité CEDAW, al ser tan restrictivo este nuevo delito, implica que “(...) el Estado parte no haya adoptado medidas para hacer frente a otras formas de violencia, como el feminicidio fuera

⁷⁶ Consuelo Escobar & Valeska Jarpa. “El nuevo delito de femicidio en Chile” (Memoria de pregrado), Universidad de Chile, 2013, p. 112.

⁷⁷ Mecanismo de Seguimiento de la Convención de Belém do Pará (MESECVI). *Ley modelo interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la muerte violenta de mujeres (Femicidio/Feminicidio)*: [Aprobada en la XV Reunión del Comité de Expertas del MESECVI, celebrada el 3, 4 y 5 de diciembre de 2018 en Washington, D.C.] (Washington: Organización de Estados Americanos, 2018), p.14.

⁷⁸ Por ejemplo, la investigación efectuada por Sebastián Aguilera et al. “Femicidio íntimo en Chile: Diez años de la Ley 20.480”. *Revista Jurídica del Ministerio Público*, no 79 (2020): *passim*.

⁷⁹ Consuelo Escobar & Valeska Jarpa. “El nuevo delito de femicidio en Chile” (Memoria de pregrado), Universidad de Chile, 2013, p. 112.

del entorno familiar y la violencia sexual”⁸⁰, limitando a lo que conocemos como femicidio íntimo en sentido amplio, es decir, incorporando las relaciones pasadas, en donde si bien no existe actualmente un vínculo de confianza, en algún momento existió, y por lo tanto las motivaciones para cometer el delito se basarían en la presencia de este vínculo a lo largo del tiempo.

Con esto, se deja fuera a delitos que podrían considerarse como una manifestación de violencia de género o femicidio en un sentido teórico, y se le restringe su aplicación, restringiendo la posibilidad de considerarlo como una problemática social que va mucho más allá de las relaciones de afectividad⁸¹.

En tercer lugar, teniendo en consideración las críticas anteriores, se constata que no se podrá conocer en todos sus aspectos la violencia contra la mujer⁸², lo cual significaría que dicha violencia quedaría oculta para el resto de la ciudadanía, dificultando la elaboración de políticas públicas al respecto. En cuarto lugar, no es óptimo dogmáticamente la dependencia de este nuevo delito con el de parricidio, ya que este último es un delito que viene en retirada en el resto de los países⁸³ pasando a ser “una especie en extinción de los ordenamientos modernos, atendida su difícil justificación más allá del reproche moral por el atentado contra la propia sangre o los lazos de confianza mutua supuestamente derivados del matrimonio”⁸⁴; desnaturaliza el sentido mismo de este delito, puesto que está destinado a la protección de las relaciones íntimas y se base en los vínculos de confianza que en esta situación particular ya no existen.

Aunque esta distinción ya haya estado tratada en nuestra legislación a propósito de la Ley de Violencia Intrafamiliar del año 2005, se mantiene el problema de establecer un concepto unitario de familia, así como la prueba de la convivencia actual o pasada, puesto que no

⁸⁰ Comité CEDAW. Observaciones finales sobre los informes periódicos quinto y sexto de Chile, adoptadas por el Comité en su 53º período de sesiones (1º a 19 de octubre de 2012). 12 de noviembre de 2012. CEDAW/C/CHL/CO/5-6. <http://acnudh.org/wp-content/uploads/2013/01/CEDAW-Chile-2012-ESP.pdf>

⁸¹ Consuelo Escobar & Valeska Jarpa. “El nuevo delito de femicidio en Chile” (Memoria de pregrado), Universidad de Chile, 2013, p. 112.

⁸² Emanuele Corn. “Un nuevo tipo penal de femicidio en un nuevo Código Penal para Chile”. *Revista de Derecho (Valdivia)* 28, 1 (2015): 197.

⁸³ Ibid. El análisis de los problemas que presenta el delito de parricidio en la actualidad es un tema que sobrepasa los objetivos planteados por esta memoria. Al respecto, véase Diego González. “El delito de parricidio: consideraciones críticas sobre sus últimas reformas”. *Política criminal* 10, 19 (2015): *passim*.

⁸⁴ Sergio Politoff; Jean Pierre Matus & María Ramírez. *Lecciones de Derecho Penal Chileno, Parte Especial*. (Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2005), p. 73.

existe un concepto legal, lo que generaría diversos problemas de inseguridad jurídica al momento de determinar los sujetos de este delito⁸⁵.

En quinto lugar, una crítica importante viene a ser la forma en que está regulado este delito, como parte de una modificación aislada del Código Penal y la Ley de Violencia Intrafamiliar, es decir sólo se trata de sancionar penalmente delitos o incorporar conceptos más amplios a ciertos tipos penales, sin establecer alguna solución sistémica de la violencia de género. A este respecto podemos decir que las principales deficiencias de esta ley se basan en dos elementos:

- i) La utilización del Derecho Penal como forma de solución de problemáticas sociales, dejando de lado su carácter de última ratio⁸⁶, es decir, el legislador en este caso realiza una mala política criminal, en los términos de ser “aquella que contempla el problema social del delito en términos de mera disuasión, desentendiéndose del imprescindible análisis etiológico de aquel y de genuinos programas de prevención”⁸⁷; y
- ii) La falta de una regulación integral sobre la violencia de género, tal como se hace en los países de España o Argentina, puesto que en ellos se ha entendido como una problemática social que trasciende a las soluciones que podría entregar solamente el Derecho Penal⁸⁸.

Ya en último lugar, debemos poner énfasis en la penalidad asignada a este delito, cuestión que ha sido criticada por Patsilí Toledo en relación con la falta de protección especial, puesto que del delito de femicidio no contiene una pena distinta si es que el sujeto pasivo se trata de un hombre o una mujer⁸⁹. Si bien existe una importancia en esta modificación en cuanto se establece una figura distinta incorporando a las relaciones finalizadas, a propósito de diferenciarla de lo que podría ser un delito de homicidio calificado, la neutralidad de género

⁸⁵ Consuelo Escobar & Valeska Jarpa. “El nuevo delito de femicidio en Chile” (Memoria de pregrado), Universidad de Chile, 2013, p. 112.

⁸⁶ Marta González. “El Derecho Penal desde una evaluación crítica”. *Revista electrónica de derecho penal y criminología* 10-11 (2008): 11:1-11:23. <http://criminet.ugr.es/recpc>.

⁸⁷ Antonio García-Pablos de Molina. *Criminología. Una introducción a sus fundamentos teóricos para juristas*. (Valencia: Tirant lo Blanch, 1994), p. 246.

⁸⁸ Consuelo Escobar & Valeska Jarpa. “El nuevo delito de femicidio en Chile” (Memoria de pregrado), Universidad de Chile, 2013, p. 113.

⁸⁹ Patsilí Toledo. “Leyes sobre femicidio y violencia contra las mujeres. Análisis comparado y problemáticas pendientes.” En *Tipificación del femicidio en Chile. Un debate abierto*, editado por la Red Chilena contra la Violencia Doméstica y Sexual, 41-54 (Santiago: Red Chilena contra la Violencia Doméstica y Sexual, 2009): 45.

se ve alterada sólo desde un aspecto conceptual mas no desde el punto de vista de gravedad de la conducta⁹⁰.

III. ANÁLISIS DE LA LEY N° 21.212

1. HISTORIA DE LA LEY N° 21.212

A pesar de que durante los años posteriores a la entrada en vigor del delito de femicidio anteriormente analizado continuaron produciéndose femicidios en Chile,⁹¹ en el año 2018 se produjeron tres muertes de mujeres que estremecieron al país y que no fueron calificadas como femicidio debido a que las víctimas no tenían los vínculos que exigía tipo penal incorporado por la Ley N° 20.480.

Estas tres muertes son la de Margarita Ancacoy, Carolina Donoso y Gabriela Alcaino.

Margarita Ancacoy (40 años), se dirigía en horas de la madrugada a su trabajo cuando un grupo de cuatro hombres intentó asaltarla, y ante la defensa de la víctima, la golpearon con un palo hasta quitarle la vida⁹².

⁹⁰ Consuelo Escobar & Valeska Jarpa. “El nuevo delito de femicidio en Chile” (Memoria de pregrado), Universidad de Chile, 2013, p. 114.

⁹¹ De hecho, no se observan mayores variaciones al respecto, habiendo 40 (2011), 34 (2013), 40 (2014), 40 (2014), 45 (2015), 34 (2016), 44 (2017), según consignan los informes preparados por el Ministerio de la mujer y Equidad de Género.

⁹² María José Villarroel. “La historia del brutal homicidio de Margarita Ancacoy y cómo se hizo justicia contra sus 4 autores”. *Biobío Chile*. 17 de diciembre del año 2019.

Por otra parte, Carolina Donoso (53 años) y Gabriela Alcaino (17 años) eran madre e hija que fueron asesinadas por la ex pareja de Gabriela. En este caso el autor, Fabian Cáceres, se dirigió al domicilio de las víctimas con una mochila en cuyo interior portaba un cuchillo de quince centímetros. Él intentó entrar al hogar armando un alboroto, y debido al ruido que generó el sujeto, Carolina abrió la puerta, recibiendo más de treinta puñaladas; le fue cercenado un dedo de su mano y su rostro quedó tan dañado que no pudo mostrarse durante su funeral. Luego, Gabriela bajó las escaleras al primer piso y fue violada delante del cuerpo de su madre, recibiendo al menos seis puñaladas que le rompieron las costillas y sus tendones⁹³.

Estos hechos impulsaron la moción parlamentaria presentada el 2 de agosto del año 2018 por las diputadas Camila Vallejo Dowling, Karol Cariola Oliva, Marcela Sabat Fernández, Cristina Girardi Lavín, Gael Yeomans Araya, Daniella Cicardini Milla y Maya Fernández Allende, junto a los diputados Gabriel Silber Romo, Víctor Torres Jeldes y Jaime Tohá González, en la comisión de Mujeres y Equidad de Género a través del boletín N° 11970-34, con el objetivo de reformar el código penal para: aumentar el ámbito de aplicación del femicidio; establecer nuevas agravantes especiales para el delito de femicidio; suprimir la aplicación de atenuantes del artículo 11 número 5 para el delito de femicidio, parricidio, homicidio (simple y calificado) si hubieron episodios de violencia cometidos por el autor contra la víctima, ascendientes o descendientes de esta última; y sancionar la incitación o auxilio al suicidio de una mujer en el marco de una relación desigual entre un hombre y una mujer⁹⁴.

Dicho en otras palabras, la moción propone: a) Eliminar el actual delito de femicidio suprimiendo el inciso segundo del artículo 390 del Código Penal; b) Crear un nuevo delito de femicidio que sancione a el que mate una mujer con motivos de odio, menosprecio o abuso por causa de género, sin importar la relación o cercanía del asesino con su víctima; c) Establecer agravantes especiales al delito de femicidio; d) Excluir a los delitos de femicidio,

⁹³ Sebastián Mora. "Ex pololo de joven confiesa y da detalles del crimen de madre e hija en Maipú". *24 Horas*. 13 de junio del año 2018.

⁹⁴ Frente a esto es imposible no recordar el dramático suicidio de Antonia Garros Hermosilla (23 años), ocurrido en 7 de febrero de 2017, quien se lanzó desde el departamento de su pareja Andrés Larraín. Los familiares de Antonia culpan a Larraín de haberla inducido a suicidarse después de diversos episodios de violencia durante su relación, sin perjuicio que éste fue formalizado por lesiones leves debido a que le pegó una patada en el abdomen a la joven. Sobre este caso V. Ivonne Toro. "El salto de Antonia". *La Tercera*. 11 de agosto del año 2018.

de parricidio y de homicidio simple y calificado de la aplicación de las atenuantes de irreprochable conducta anterior o de haber obrado producto de arrebatos u obcecación, en los casos en que haya precedido incidente de violencia cometido por el autor contra la víctima, sus ascendientes o descendientes; y e) Sancionar al que induce a una mujer al suicidio o le presta auxilio para cometerlo, teniendo como resultado su muerte.⁹⁵

Con este proyecto, según los parlamentarios, se estaría cumpliendo con el deber estatal de “...crear mecanismos idóneos para prevenir actos de violencia contra la mujer...”⁹⁶ al enmendar el reducido alcance del anterior delito de femicidio que, a pesar de que ha permitido a la ciudadanía conocer la preocupante cantidad de asesinatos de mujeres de mano de sujetos con los que tenían una relación íntima, no posibilita conocer con exactitud las muertes de mujeres fuera de esa esfera. Es por eso por lo que gracias a esta nueva regulación se podrá descubrir el fenómeno de la violencia de mujeres de una forma más exacta, con la finalidad de que el estado adopte medidas para poder erradicarla⁹⁷.

Esta moción fue discutida por la Comisión de Mujeres y Equidad de Género de la Cámara de Diputados y Diputadas, instancia en la que se invitó a especialistas en materia penal y de género, para que compartieran sus observaciones respecto al tema que trata la propuesta efectuada por los parlamentarios.

Sin perjuicio de que la mayoría consideró la moción parlamentaria como un avance en la materia⁹⁸, esta fue objeto de múltiples críticas que vale la pena mencionar.

Así pues, en lo concerniente al nuevo delito de femicidio, si bien “tiene el mérito de incorporar el femicidio por motivos de género, en un contexto distinto del familiar”⁹⁹, el incluir el odio como un elemento adicional conlleva dificultades y discusiones¹⁰⁰.

Más fuertes aun fueron los comentarios respecto a la exclusión de atenuantes, como la desproporción de que el maltrato, que es valorado por tribunales de familia que no deben

⁹⁵ Biblioteca del Congreso Nacional. Historia de la Ley N° 21.212. *Modifica el código penal, el código procesal penal y la Ley n° 18.216 en materia de tipificación del femicidio* (Santiago: Biblioteca del Congreso Nacional, 2021), p.9.

⁹⁶ *Ibid.*, p. 3.

⁹⁷ *Ibid.*, p. 5.

⁹⁸ *Ibid.*, p. 21-22 y p. 26.

⁹⁹ *Ibid.*, p. 21.

¹⁰⁰ *Ibid.*, p. 27.

cumplir con el estándar de más allá de toda duda razonable, posteriormente pueda fundamentar la responsabilidad penal¹⁰¹.

Sobre la propuesta de tipificar un auxilio o inducción al suicidio de una mujer, se hizo ver que además de ser desproporcionada¹⁰², parecía ser que lo que buscaba era penalizar la coacción ejercida sobre la mujer para que esta se suicide, esto es, un femicidio en autoría mediata, la cual ya puede ser castigada conforme a las reglas de la parte general del Código Penal¹⁰³.

Una vez finalizado el debate, la Comisión resolvió aprobar por unanimidad de sus integrantes la idea de legislar el proyecto de ley, tras lo cual, se inició la discusión y votación en particular de cada uno de los numerales del artículo único del proyecto, donde las parlamentarias presentaron indicaciones con miras a perfeccionar el proyecto. Así, vemos que:

En primer lugar, respecto del numeral uno del proyecto, que elimina el inciso segundo del artículo 390 del Código Penal, no se presentaron mociones y este se aprobó por unanimidad¹⁰⁴.

En segundo lugar, sobre el numeral 2°, el cual incorporaba el artículo 390 bis al Código Penal, que en su inciso 1° tipificaba un nuevo delito de femicidio al que, con motivos de odio, menosprecio o abuso por causa de género mate a una mujer, mientras que en su inciso segundo establece 7 agravantes especiales, se presentaron seis indicaciones, donde resulto aprobada por unanimidad de aquellas diputadas, la que tipificaba el delito de femicidio al que mate a una mujer por razón de género, entendiendo que concurre esta razón si concurren las circunstancias agravantes del artículo 12 números 1, 2, 3, 4, 5, 6, 9, 11, 12, 16, 18 o 21 del Código Penal¹⁰⁵.

En tercer lugar, se formuló una moción para incorporar el artículo 390 ter para crear el femicidio agravado, la cual fue aprobada por unanimidad de las presentes¹⁰⁶.

¹⁰¹ Ibid., p. 18.

¹⁰² Ibid., p. 19.

¹⁰³ Ibid., p.24.

¹⁰⁴ Ibid., p. 28.

¹⁰⁵ Ibid., p. 28-31.

¹⁰⁶ Ibid., p. 31.

En cuarto lugar, al discutir sobre el numeral 3° del proyecto, que creaba el artículo 393 bis tipificando la inducción o auxilio al suicidio de una mujer, considerando las opiniones de los académicos ya señalados, las legisladoras optaron por suprimirla¹⁰⁷.

En quinto lugar, refiriéndose al numeral 4° del proyecto, que incorporaba el artículo 393 ter estableciendo que cuando en los delitos de parricidio, femicidio y homicidio simple y calificado haya precedido violencia del autor hacía la víctima, sus ascendientes o descendientes, no se podría configurar la atenuante de irreprochable conducta anterior o de haber obrado por arrebató y obcecación, independiente de si el hecho ha sido denunciado o no, se acordó modificarlo por un artículo 393 bis que disponía que, tratándose del femicidio o femicidio agravado, no podrían considerarse las atenuantes de las circunstancias previstas en los números 3°, 4° y 5° del artículo 11; y que tampoco procedería la atenuante del artículo 11 N° 6 cuando existiesen indicios suficientes de que, con anterioridad al femicidio, el autor incurrió en conductas que pudiesen estimarse como ejercicio reiterado de violencia física o psíquica a la víctima, sobre otras mujeres, o sobre los descendientes menores de edad de una mujer. Por último, la norma prescribe que tratándose del delito de femicidio se deberá considerar especialmente la aplicación de las agravantes previstas en los números 1°, 2°, 4°, 6°, 7°, 9°, 18 y 21° del artículo 12°¹⁰⁸.

Finalmente, se presentó una indicación para agregar un nuevo artículo al proyecto de ley, que modificaba normas del Código Civil, lo cual fue declarado inadmisibile por la Presidenta de la Comisión al no guardar relación con las ideas matrices del proyecto de ley.¹⁰⁹

Es así como, tras las discusiones y modificaciones ya expuestas, la Comisión de Mujeres y Equidad de Género modificó lo inicialmente propuesto por las diputadas que respaldaron la moción parlamentaria, y presentó a la Cámara de Diputados y Diputadas el siguiente proyecto de ley:

“Artículo único. - Introdúcese las siguientes modificaciones en el Código Penal:

- 1. Suprímese el inciso segundo del artículo 390.*
- 2. Incorporánse los siguientes artículos 390 bis y 390 ter:*

¹⁰⁷ Ibid., p. 32-34.

¹⁰⁸ Ibid., p. 34.

¹⁰⁹ Ibid.

ART. 390 BIS. Será castigado como autor de femicidio, con la pena de presidio mayor en su grado máximo a presidio perpetuo, el que mate a una mujer por razón de su género.

Siempre se tendrá por concurrente la razón de género cuando el femicidio fuere perpetrado en cualquiera de las circunstancias señaladas en los números 1°, 2°, 3°, 4°, 5°, 6°, 7°, 9°, 11°, 12°, 16°, 18° o 21° del artículo 12.

ART. 390 TER. Será castigado como autor de femicidio agravado, con la pena de presidio mayor en su grado máximo a presidio perpetuo calificado, el que mate a una mujer, concurriendo alguna de las circunstancias siguientes:

1° Que la víctima hubiere sido cónyuge, conviviente o hubiere tenido una relación de pareja con el autor, habiendo existido o no convivencia.

2° Que la víctima estuviere en estado de embarazo.

3° Que la víctima sea una menor de edad o mayor de 60 años.

4° Que la víctima tenga relación de parentesco consanguíneo hasta el cuarto grado colateral con el autor.

5° Que el hecho se cometa en presencia de descendientes menores de edad de la víctima.

3. Incorpórase el siguiente artículo 393 Bis:

ART. 393 BIS. Tratándose del femicidio o femicidio agravado, no podrán considerarse las atenuantes de las circunstancias previstas en los números 3°, 4° y 5° del artículo 11.

Tampoco podrá atenuarse la pena en virtud de la circunstancia contemplada en el artículo 11 N° 6 cuando existan indicios suficientes que, con anterioridad al femicidio, el autor incurrió en conductas que pueden estimarse como ejercicio reiterado de violencia física o psíquica a la víctima, sobre otras mujeres, o sobre los descendientes menores de edad de una mujer.

Tratándose del delito de femicidio se deberá considerar especialmente la aplicación de las agravantes previstas en los números 1°, 2°, 4°, 6°, 7°, 9°, 18 y 21° del artículo 12°.

Una vez presentado el Informe de la Comisión de Mujeres y Equidad de Género, se procedió a la discusión y posterior votación del proyecto en la sesión del 29 de noviembre del año 2018.

En esta votación hubo 121 votos a favor, sin haber votos negativos ni abstenciones por parte de los diputados. Y, al no haberse presentado indicaciones, también se entiende aprobado el proyecto en particular, lo que significa que este avanza hasta la cámara alta.

En el Senado, por su parte, el proyecto fue revisado por la Comisión Especial de la Mujer y Equidad de Género, que inició su estudio de la propuesta emanada por la cámara baja en el mes de abril del año 2019, y celebró sucesivas de audiencias con académicos y expertos para analizar el proyecto.

En esta oportunidad, los académicos también fueron críticos con el proyecto que llegó al Senado y presentaron propuestas para mejorarlo. Así, se señalan las deficiencias del artículo 390 bis en torno a que la mayoría de las circunstancias señaladas por el tipo no dicen relación con la violencia de género¹¹⁰.

Ahora, en relación con las agravantes que dispone el artículo 390 ter, estas supondrían una infracción al principio de igualdad, como son los casos en que la víctima es menor de edad o mayor a 60 años¹¹¹.

Respecto al inciso final del artículo 393 bis –“*Tratándose del delito de femicidio se deberá considerar especialmente la aplicación de las agravantes previstas en los números 1°, 2°, 4°, 6°, 7°, 9°, 18 y 21° del artículo 12°*”– se estimó que una derogación del principio de *non bis in idem* sería difícilmente justificable si solo procediera respecto al delito de femicidio¹¹².

Con todas esas críticas presentes, la Comisión Especial aprueba en general el proyecto, pero se abocó a introducir modificaciones con la finalidad de subsanar los defectos ya expuestos en el proyecto emanado de la Cámara.

En este punto, resulta relevante mencionar que, en la configuración final de la ley, incidieron en mayor medida las propuestas ofrecidas por el Ministerio, las indicaciones presentadas por el Ejecutivo y las indicaciones emanadas de la Comisión en lo que respecta a la modificación del Código Procesal Penal y la Ley N° 18.216, ya que son aquellas que finalmente

¹¹⁰ Ibid., p. 60-62 y, especialmente, p. 66.

¹¹¹ Ibid., p. 66.

¹¹² Ibid., p. 64.

conformaran el proyecto de ley emanado de la Comisión Especial de la Mujer y Equidad de Género del Senado.

El Presidente de la República presentó indicaciones secundarias como lo fueron el reemplazo, en el Título Octavo del Libro Segundo del Código Penal, la denominación del Párrafo I, “Del homicidio”, por el del: “Del parricidio”, y la intercalación, en el Título Octavo del Libro Segundo del Código Penal, a continuación de su artículo 390, el siguiente epígrafe nuevo, correspondiente a un párrafo 2: “Del femicidio”. Estas fueron sus únicas indicaciones aprobadas, pues si bien presentaron propuestas que decían relación con la tipificación del delito de femicidio, estas no lograron ser adoptadas por la Comisión, ya que las senadoras prefirieron la propuesta efectuada por el Ministerio Público.

En efecto, el Ministerio Público, teniendo “(...) a la vista las recomendaciones del 7° Informe periódico de Chile ante la CEDAW y el documento “Ley Modelo Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Muerte Violenta de Mujeres y Niñas (Femicidio/Feminicidio)”, elaborado por el Mecanismo de Seguimiento de la Convención de Belem do Pará, la Organización de Estados Americanos y ONU Mujeres”¹¹³ propuso dos propuestas para poder tipificar el femicidio

La primera consistía en la figura de un femicidio simple junto a unas agravantes, mientras que la segunda consistía en una figura simple y calificada de femicidio, junto a algunas agravantes específicas¹¹⁴, siendo esta última la adoptada por la comisión.

Al entrar en más detalle, vemos que la segunda propuesta consistía en:

- i) Crear un nuevo delito de femicidio para los casos en que un hombre mata a una mujer en razón de su género. Y para comprobar la existencia de esa razón género, la misma norma contemplaría una serie de circunstancias de hecho que darían cuenta de ella, como son: cuando la muerte se produzca por haberse negado la víctima a establecer con el autor una relación de carácter sentimental o sexual; cuando el delito se cometa tras haber ejercido contra la víctima cualquier forma de violencia sexual; cuando la víctima haya ejercido la prostitución, u otra ocupación u oficio de carácter sexual; cuando la víctima haya querido evitar la muerte o agresión de otra mujer, ya sea interponiéndose entre ella y el agresor, protegiéndola, pidiendo auxilio u de otra forma; cuando se haya realizado con motivo de la orientación sexual, identidad de

¹¹³ Ibid., p. 80.

¹¹⁴ Ibid.

género o expresión de género de la víctima; cuando la muerte ocurra en cualquier tipo de situación en la que se den circunstancias de subordinación por las relaciones desiguales de poder entre el agresor y la víctima, o cualquier forma de discriminación;

- ii) Crear un femicidio agravado cuando la víctima es o ha sido la cónyuge o conviviente del autor, tiene o ha tenido una relación de pareja de carácter sentimental o sexual sin convivencia con éste, o tienen o han tenido un hijo en común;
- iii) Establecer circunstancias agravantes especiales para los delitos mencionados anteriormente, consistentes en aquellos casos en que la víctima tenga menos de 18 años o sea adulta mayor, cuando el autor tenga vínculo de parentesco en línea recta o colateral por consanguinidad hasta el tercer grado con la víctima, cuando la mujer se encuentre en una situación de vulnerabilidad en razón de su raza, condición étnica, perteneciente a un pueblo originario, migrante, refugiada, en desplazamiento forzado, se encuentre embarazada, en situación de discapacidad o esté en situación socio económica desfavorable, o cuando se hubiere ejercido previamente uno o más actos de violencia en contra de la víctima, aunque no hubieran sido denunciados con anterioridad; y
- iv) En lo relativo a circunstancias atenuantes, considera que sobre los delitos de femicidio no procederá la atenuante consistente en obrar por estímulos tan poderosos que naturalmente hayan producido arrebató y obcecación¹¹⁵.

Por último, la Comisión Especial, tomando en cuenta las consideraciones de la Unidad Especializada en Derechos Humanos, Violencia de Género y Delitos Sexuales de la Fiscalía Nacional¹¹⁶ presentó indicaciones para modificar el artículo 132 bis y 149 del Código Procesal Penal y los artículos 1 y 15 bis de la Ley N° 18.216, para incluir en estos los nuevos delitos de femicidio contemplados en los nuevos artículos 390 bis y 390 ter.

Así con esas nuevas modificaciones, la Comisión especial aprueba en particular el proyecto, y junto con el informe efectuado al respecto, lo despacha al Senado, quien aprueba en general por 30 votos versus dos abstenciones.

¹¹⁵ Ibid., p. 81-82.

¹¹⁶ Ibid., p. 107.

Llegados a este punto, cabe mencionar que, durante la etapa de discusión en el Senado, se cuestionó por primera vez el proyecto sobre la posible vulneración al principio de igualdad por el mayor valor que tendría la vida de una mujer sobre la de un hombre, dada la diferencia que habría en la penalidad contemplada por ejemplo a la muerte de un hombre de su ex pareja mujer respecto al femicidio de una mujer a manos de su ex pareja hombre, ya que el primero solo podría ser sancionado por homicidio simple o calificado (no parricidio).

Sin embargo, tal como se mencionó en el primer capítulo de este trabajo, debemos tener presente la justificación que tienen los homicidios de odio (femicidio), por sobre los homicidios comunes, como sería el caso de la muerte de hombre por parte de su pareja, en relación al incremento pena de los homicidios por odio, toda vez que los homicidios de odio conllevan un modo violento en su realización. Ahora bien, a pesar de ser un argumento importante, no posee un carácter definitorio, puesto que lo que realmente justifica este aumento de pena deviene de los motivos del autor, los cuales responden a la relación desigual de poder entre hombre y mujer existente en un contexto de género.

Una vez que la Comisión de Constitución del Senado aprobara en general y particular el proyecto, lo remitió al Pleno, quien también lo aprobó en particular.

En vista de que en la tramitación efectuada en el Senado se le introdujeron modificaciones al proyecto, este es reenviado a la Cámara Baja, que realizó la votación respecto a las modificaciones ya mencionadas, obteniéndose como resultado un total de 131 votos a favor, sin ningún voto negativo u abstención.

Con eso, quedó aprobada la Ley N° 21.212, que reza:

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

1. Agrégase en el artículo 372 bis el siguiente inciso segundo:

"Si el autor del delito descrito en el inciso anterior es un hombre y la víctima una mujer, el delito tendrá el nombre de violación con femicidio."

2. Reemplázase en el Título VIII del Libro II la denominación del Párrafo 1 "Del homicidio", por la siguiente: "Del parricidio".

3. Suprímese el inciso segundo del artículo 390.

4. Intercálase a continuación del artículo 390, el siguiente párrafo y los artículos 390 bis a 390 quinquies que lo componen:

"§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.*"

5. *Intercálase a continuación del artículo 390 quinquies, el siguiente epígrafe "§1 ter. Del homicidio".*

6. *Reemplázase en el artículo 391 la frase "en el artículo anterior," por la siguiente: "en los artículos 390, 390 bis y 390 ter,".*

7. *Sustitúyese en el Título VIII del Libro II la denominación del Párrafo 5 "Disposiciones comunes a los párrafos I, III y IV de este Título" por la siguiente: "Disposiciones comunes a los párrafos 1, 1 bis, 1 ter, 3 y 4 de este Título".*

8. *Reemplázase en el inciso primero del artículo 410 la locución "párrafos I, III y IV", por la siguiente: "párrafos 1, 1 bis, 1 ter, 3 y 4".*

Artículo 2.- *Modifícase el Código Procesal Penal de la siguiente manera:*

1. *Intercálase en el artículo 132 bis, a continuación de la expresión "390,", la locución "390 bis, 390 ter,".*

2. *Intercálase en el inciso segundo del artículo 149, a continuación de la expresión "390,", la locución "390 bis, 390 ter,".*

Artículo 3.- *Modifícase la ley N° 18.216, que establece penas que indica como substitutivas a las penas privativas o restrictivas de libertad, de la siguiente manera:*

1. *Intercálase en el inciso segundo del artículo 1, a continuación de la expresión "390", la locución ", 390 bis, 390 ter".*

2. *Intercálase en la letra b) del artículo 15 bis, a continuación de la expresión "390,", la locución "390 bis, 390 ter".*"

Esta ley fue publicada en el diario oficial el día 2 de marzo del año 2020.

2. ANÁLISIS DE LA LEY N° 21.212, COMÚNMENTE DENOMINADA "LEY GABRIELA"

Es así como, luego de una serie de discusiones y acuerdos -tal como se dio cuenta de ello en el recuento histórico del apartado anterior -, se obtuvo como resultado la dictación de la Ley N° 21.212, normativa que popularmente se conoce como “Ley Gabriela”.

Dicha regulación se sitúa como el centro y la motivación de nuestra investigación, es por esto por lo que a continuación, realizaremos un análisis acerca de las modificaciones realizadas tanto en el derecho penal sustantivo, como en el adjetivo y de ejecución de la pena, para poder determinar si se han superado al críticas apuntadas a la Ley N.º 20.480, y los nuevos desafíos que se presentan en cuanto a la violencia de género.

1.1.MODIFICACIONES AL DERECHO PENAL SUSTANTIVO

En cuanto a las modificaciones realizadas al derecho penal sustantivo, esta se realiza mediante la inclusión de los artículos 390 bis, 390 ter, 390 quater y 390 quinquies, además del artículo 372 bis, y con la supresión del inciso 2° del artículo 390.

1.1.1. ARTÍCULO 390 BIS: ANÁLISIS DEL TIPO PENAL DE FEMICIDIO ÍNTIMO

El artículo 390 bis regula el delito definido por la doctrina como Femicidio íntimo, ya que se da dentro de la relación de confianza entre el sujeto activo y pasivo. Si bien esta clase de femicidio se encontraba regulado anteriormente por la Ley N° 20.480 en el artículo 390 inciso 2°, la nueva Ley N° 21.212 transforma su fisonomía, quedando el nuevo delito de femicidio íntimo en los siguientes términos:

“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”.

Una vez descritos los artículos que regulan la figura del femicidio íntimo, analizaremos los elementos de este tipo penal:

En cuanto a los sujetos, se mantiene la misma estructura de lo regulado en la Ley N° 20.480, siguiendo la ley modelo del MESECVI (Mecanismo de Seguimiento de la Convención de Belém do Pará), nuestra legislación opta por sexualizar la norma en dos sentidos¹¹⁷, este delito solamente puede ser cometido por hombres y por otra parte que solamente puede ser víctima una mujer, de este modo la doctrina es categórica es señalar que no comete femicidio la mujer que mata a su pareja del mismo sexo, puesto que el sentido de la norma es sancionar expresamente la violencia ejercida por los hombres en contra de las mujeres¹¹⁸.

Es por eso por lo que partimos de la base que el sujeto activo será un hombre y el sujeto pasivo una mujer. Sin embargo, es necesario esclarecer, en que términos nos encontramos frente a un “hombre”, o frente a una “mujer”.

En cuanto al término mujer presenta en el tipo penal del femicidio, este instrumento indica que será cualquier persona auto percibida como mujer¹¹⁹, por lo que se considerará mujer, no sólo a quien biológicamente tenga una genitalidad y características genéticas y físicas asociadas al sexo femenino, sino también a quien se considere como tal de acuerdo con su identidad de género¹²⁰. En efecto, el artículo 21 de la Ley N° 21.120 -que reconoce y da protección al derecho a la identidad de género- estableció que toda persona deberá ser reconocida e identificada conforme a su identidad de género, que se resolverá dependiendo de la edad de la persona. En otras palabras, para determinar la calidad de hombre o mujer, en individuos que posean hasta 14 años, debemos recurrir a su acta de nacimiento, otorgada por el registro civil; pero a partir de esa edad, dicha calidad se determinará obedeciendo a la identidad de género del sujeto. Esta identidad de género es, según lo establecido en el artículo 1 inciso 2 de la Ley N° 21.210, “*la convicción personal e interna de ser hombre o mujer, tal como la persona se percibe así mismo, la cual puede corresponder o no con el sexo y nombres verificados en el acta de inscripción de nacimiento*”¹²¹.

¹¹⁷ Ivonne Sepúlveda. “Femicidio como un delito por razones de género en Chile”. *Revista Jurídica del Ministerio Público* 78 (2020): 101.

¹¹⁸ Ibid.

¹¹⁹ Mecanismo de Seguimiento de la Convención de Belém do Pará (MESECVI). *Ley modelo interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la muerte violenta de mujeres (Femicidio/Feminicidio)*: [Aprobada en la XV Reunión del Comité de Expertas del MESECVI, celebrada el 3, 4 y 5 de diciembre de 2018 en Washington, D.C.] (Washington: Organización de Estados Americanos, 2018), p. 26.

¹²⁰ Ivonne Sepúlveda. “Femicidio como un delito por razones de género en Chile”. *Revista Jurídica del Ministerio Público* 78 (2020): 102.

¹²¹ Jean Pierre Matus & María Ramírez. *Manual de derecho penal parte general* (Santiago: Tirant lo Blanch, 2021), p. 83.

Continuando con el examen de la nueva figura, vemos que la doctrina reconoce una diferenciación dentro del femicidio íntimo, entendiendo las figuras del femicidio intimo limitado, contenido en el art 390 bis, inciso 1, y el femicidio intimo ampliado, inserto en el art 390 bis, inciso 2°.

En cuanto al femicidio intimo limitado, agrega como requisito adicional a los sujetos del tipo (autor hombre, victima mujer), la existencia de una relación ya sea bajo el título de cónyuges o de convivientes, agregando el hecho que tengan o hayan tenido un hijo en común, en cuanto a esta última, incorporando una situación reconocida como constitutiva de violencia intrafamiliar en el artículo quinto inciso segundo de la Ley N° 20.066¹²², lo que demuestra una sistematización de las leyes penales en contra de la violencia de género.

En lo relativo al femicidio intimo ampliado, es la figura que da origen a la modificación general de los delitos definitivos y que aleja este delito del delito de parricidio, ya que comprende un caso no incluido en el femicidio íntimo antes regulado en el artículo 390 inciso 2°, correspondiente a la muerte de una pareja o ex pareja mujer con la que no sea tenido vida en común, que no se encontraba contemplado en la anterior legislación¹²³. Con esta incorporación se sanciona una situación de hecho conocida coloquialmente como de “pololeo”¹²⁴, escapando de la lógica de la familia, incorporando una situación de hecho no comprendida en la Ley de Violencia intrafamiliar¹²⁵.

Este concepto, entendido como “relación de pareja”, corresponde a

“(…) un elemento normativo del tipo de carácter dinámico, puesto que lo que hoy entendemos por relación de pareja no es, necesariamente, lo mismo que hace 50 años atrás o que entenderemos en 50 años más. Sin embargo, al tratarse de un concepto “nuevo” dentro de la doctrina y la jurisprudencia, resulta un tanto difícil esclarecer dicha noción, ante lo cual debemos entender que la expresión “de pareja”, supone una calificación de la relación íntima

¹²² Ivonne Sepúlveda. “Femicidio como un delito por razones de género en Chile”. *Revista Jurídica del Ministerio Público* 78 (2020): 102.

¹²³ Jean Pierre Matus & María Ramírez. *Manual de derecho penal parte general* (Santiago: Tirant lo Blanch, 2021), p. 83.

¹²⁴ Ivonne Sepúlveda. “Femicidio como un delito por razones de género en Chile”. *Revista Jurídica del Ministerio Público* 78 (2020): 102.

¹²⁵ Ibid.

entre dos personas, en el sentido de que no toda relación sexual o sentimental constituirá una relación de pareja, de este modo se excluye una relación sexual ocasional o una relación de afecto entre amigos o compañero trabajo.”¹²⁶

Otra forma de entender la relación de pareja se corresponde al sentido negativo de la convivencia, quedando comprendidas todas aquellas relaciones sexuales o afectivas que no alcanzan a constituir una convivencia propiamente tal, por no poder acreditar completamente algún elemento constitutivo de esta, como es el caso de la notoriedad, estabilidad o proyecto de vida en común¹²⁷.

Por consiguiente, podemos establecer dos tipos de vínculos, sin perjuicio de la posibilidad que se verifiquen ambas hipótesis conjuntamente.

- i) Relación de pareja de carácter sentimental. La ley no contempla un concepto análogo de relación sentimental. Pero por la historia de su establecimiento sabemos que el legislador se ha referido al trato amoroso e informal entre jóvenes y no tanto, que se denomina coloquialmente “pololeo”, e incluye manifestaciones físicas que no constituyen actos de significación sexual como abrazos y caricias, aunque también besos y, eventualmente comunicaciones de carácter amoroso¹²⁸, como sería el caso de una pareja de pololos, en que no se haya iniciado la actividad sexual, parejas asexuales o parejas virtuales¹²⁹.
- ii) Relación de pareja de carácter sexual. Este tipo de relación debe ser entendida como un símil de las manifestaciones de sexualidad a que hace referencia el código penal en los delitos de este carácter (artículos 361 a 366 ter), aquellas que comprenden la realización de alguna forma de interacción sexual consentida, genital, anal o bucal o tocamientos libidinosos en los genitales, ano o boca, sin que sea necesario probar la existencia de algún sentimiento recíproco entre los participantes, siquiera

¹²⁶ Ibid., p. 102 – 103.

¹²⁷ Ibid., p. 103.

¹²⁸ Jean Pierre Matus & María Ramírez. Manual de derecho penal parte general (Santiago: Tirant lo Blanch, 2021), p. 85.

¹²⁹ Ivonne Sepúlveda. “Femicidio como un delito por razones de género en Chile”. *Revista Jurídica del Ministerio Público* 78 (2020): 103.

ocasional¹³⁰, por ejemplo, las parejas que acuerdan mantener únicamente un vínculo sexual o los amantes¹³¹.

Siguiendo con el análisis del femicidio íntimo, luego de hacer la diferencia entre femicidio íntimo limitado y ampliado, es de gran importancia poner énfasis en la conducta que, en un primer momento, sigue siendo la misma que antes, vale decir, “dar muerte a una mujer”. En cuanto al tipo subjetivo, se exige un dolo de matar, que de acuerdo con la clasificación doctrinaria puede ser directo o eventual.¹³²

Si bien es cierto que en el inciso 2° se incorporó la frase “por razón” (de tener o haber tenido una relación de pareja sin convivencia), la que pareciera sugerir la existencia de una motivación específica, no es menos cierto que una lectura armónica de este cuerpo normativo y de su historia, nos lleva a concluir que esta debe ser entendida como una mera referencia al vínculo que la norma describe, es decir, la relación de pareja actual o pasada, puesto que sólo de esta manera se atiende al sentido que motivó la dictación de esta ley, que era ampliar el femicidio a otras relaciones íntimas sin convivencia¹³³.

Por lo tanto, basta comprobar la existencia de una relación de pareja de carácter sentimental o sexual, sin convivencia, para castigar a título de femicidio¹³⁴. Sin embargo, la doctrina no ha sido unánime al interpretar este elemento subjetivo en “razón de”, ya que, para los autores Matus y Ramírez, el elemento subjetivo adicional implica también que, en cuanto a la participación, para imputar a cada interviniente el delito de femicidio, habrá que comprobarse en cada uno de ellos la concurrencia no sólo del conocimiento de sus circunstancias objetivas, sino también de su actuación en razón de ellas, lo que, será difícil en este caso¹³⁵.

Ante estas dos interpretaciones que se dan del elemento subjetivo “en razón de una relación de pareja”, a nuestro parecer, la interpretación que más se condice con el espíritu de la ley, corresponde a la primera, puesto que no se trata de una motivación especial por parte del

¹³⁰ Jean Pierre Matus & María Ramírez. *Manual de derecho penal parte general* (Santiago: Tirant lo Blanch, 2021), p. 84.

¹³¹ Ivonne Sepúlveda. “Femicidio como un delito por razones de género en Chile”. *Revista Jurídica del Ministerio Público* 78 (2020): 103.

¹³² Ibid.

¹³³ Ibid.

¹³⁴ Ibid.

¹³⁵ Jean Pierre Matus & María Ramírez. *Manual de derecho penal parte general* (Santiago: Tirant lo Blanch, 2021), p. 83.

autor del delito, sino que bastaría con la exigencia de demostrar la existencia de este vínculo sentimental o sexual que difiere de la convivencia, ya que como se señaló en el párrafo anterior, esto traería dificultades en cuanto al cómo probar dicha motivación.

Finalmente, en relación con la sanción que conlleva este delito, la pena asignada es de presidio mayor en su grado máximo a presidio perpetuo calificado, conservando la pena de parricidio y antiguo femicidio. El mayor injusto de la conducta que justifica la penalidad, está dado por la violencia de género que se basa en relaciones desiguales de poder entre hombres y mujeres, y que además se verifica en un contexto de relaciones de confianza y/o intimidad entre el agresor y la víctima.

1.1.2. ARTÍCULO 390 TER: ANÁLISIS DEL TIPO PENAL DE FEMICIDIO NO ÍNTIMO O POR RAZÓN DE GÉNERO

Dispone el 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.”

El artículo 390 ter recoge la figura del delito definido por la doctrina como femicidio no íntimo o por razones de género, el cual escapa del vínculo entre el sujeto y la víctima, atacando a la mujer por el solo hecho de serlo.

El análisis de este tipo penal parte con los sujetos, ya que el delito de femicidio por razón de género no presenta variaciones respecto a los del femicidio íntimo anteriormente analizado (vale decir, solo puede ser sujeto activo el hombre y sujeto pasivo la mujer), sin perjuicio que posteriormente se hagan precisiones respecto a la circunstancia número 4 (*Haberse realizado con motivo de la orientación sexual, identidad de género o expresión de género de la víctima*).

En relación con la conducta, esta puede ser por acción u omisión del hombre que dé como resultado la muerte de la mujer, sin presentarse los problemas ya anteriormente señalados en el Capítulo anterior, respecto a la comisión por omisión, debido a que, en este delito no existe una vinculación interpersonal entre la víctima y el autor¹³⁶ que sirvan de sustento a la posición de garante.

En el elemento subjetivo, lo más innovador respecto a este tipo es la introducción de un elemento subjetivo adicional, correspondiente a que el hecho se lleve a cabo en razón del género de la mujer¹³⁷. Este nuevo requisito, al cual algunos le atribuyen que el delito solo pueda ser cometido por dolo directo¹³⁸ (lo cual, si bien es discutible, tiene razón en que se excluya la imputación a título de culpa), que a primera vista puede parecer vago o difícil de acreditar no lo es en realidad, ya que nuestro legislador, tal como afirma Sepúlveda:

*“(...) optó por establecer circunstancias de hecho objetivas que permiten presumir la existencia de razones de género que tendrán que ser consideradas (...) sin requerir probar el estado mental o una motivación especial (mens rea) del agresor”.*¹³⁹

¹³⁶ Jaime Salas. “Algunos comentarios a la Ley N° 21.212 en materia de tipificación del femicidio”. *El Mercurio Legal*. 16 de marzo del año 2020.

¹³⁷ Ivonne Sepúlveda. “Femicidio como un delito por razones de género en Chile”. *Revista Jurídica del Ministerio Público* 78 (2020): 104. O también “evidente intención de discriminación” como deducen Matus y Ramírez teniendo a la vista el numeral quinto de la disposición. Jean Pierre Matus & María Ramírez. *Manual de derecho penal parte general* (Santiago: Tirant lo Blanch, 2021), p. 85.

¹³⁸ Jaime Salas. “Algunos comentarios a la Ley N° 21.212 en materia de tipificación del femicidio”. *El Mercurio Legal*. 16 de marzo del año 2020.

¹³⁹ Ivonne Sepúlveda. “Femicidio como un delito por razones de género en Chile”. *Revista Jurídica del Ministerio Público* 78 (2020): 104.

Estas son las circunstancias que nos permitirán distinguir si la muerte de una mujer a manos de un hombre constituirá un femicidio por razones de género o un homicidio simple o calificado.

Cabe precisar que la existencia de dichas circunstancias comisivas no implica una vulneración a la presunción de inocencia del imputado recogida en el artículo 4 del Código Procesal Penal, pues a pesar de que dichas circunstancias sean una presunción de ese elemento subjetivo que exige el tipo, no liberan al ente persecutor (Ministerio Público, en este caso) de cumplir su obligación de entregar prueba de cargo respecto a los hechos mismos que configuran las circunstancias números uno, dos, tres, cuatro y cinco del artículo 390 ter. Sin embargo, esta opinión no es unánime en la doctrina, así Pablo Catillo razona que:

“[e]stablecer hipótesis objetivas que den cuenta de la razón de género tampoco soluciona el problema, pues no deja de configurar una presunción de la razón de género, que se traduciría, en la práctica, en una presunción de derecho de la responsabilidad penal contraria a la Constitución (art. 19 n.º3 inc. 7º), toda vez que no sería posible para el imputado probar que no actuó motivado por el género de la víctima”¹⁴⁰.

Asimismo, debe mencionarse que, si bien el listado de circunstancias comisivas es taxativo, como se desprende de la discusión de la comisión especial del Senado,¹⁴¹ la circunstancia número 5 es lo suficientemente amplia como abarcar otras situaciones de violencia de género.

En lo que atañe a las circunstancias comisivas del femicidio no íntimo o por razón de género, se tiene lo que sigue a continuación:

1) Ser consecuencia de la negativa a establecer con el autor una relación de carácter sentimental o sexual:

¹⁴⁰ Pablo Castillo. “Problemas dogmáticos y político-criminales del tratamiento penal del femicidio en Chile”. *Revista Actualidad Jurídica* 41 (2020): 183.

¹⁴¹ Biblioteca del Congreso Nacional. *Historia de la Ley N° 21.212. Modifica el código penal, el código procesal penal y la Ley n° 18.216 en materia de tipificación del femicidio* (Santiago: Biblioteca del Congreso Nacional, 2021), p. 99.

Por “consecuencia”, entendemos, según el Diccionario de la Real Academia Española en su primera acepción, el “hecho o acontecimiento que se sigue o resulta de otro.” Esto implica una relación causa a efecto, que en el presente caso significa que la negativa a establecer una relación de carácter sentimental o sexual motiva al autor a ejecutar la conducta que da como resultado la muerte de la víctima¹⁴².

Por otra parte, la circunstancia menciona, al igual que el femicidio íntimo ampliado, el vínculo de una “relación de carácter sentimental o sexual”¹⁴³, que ya fue definido en su oportunidad.

Sin embargo, lo que diferenciará a esta circunstancia que permite la configuración del femicidio por razón de género respecto del femicidio íntimo ampliado será el hecho que deberá ser acreditado, de que la víctima y el autor nunca iniciaron dicha relación.

2) Ser consecuencia de que la víctima ejerza o haya ejercido la prostitución, u otra ocupación u oficio de carácter sexual

La ley no define ni los conceptos de prostitución ni de ocupación u oficio de carácter sexual. Sobre el primero, el Diccionario de la Real Academia Española, en su segunda acepción, lo define como “actividad de quien mantiene relaciones sexuales con otras personas a cambio de dinero.”

En cambio, con la expresión ocupación u oficio de carácter sexual se enuncia ya no al mantenimiento de relaciones sexuales, sino que a otras actividades de carácter sexual que pueden ser realizadas por distintos modos y que no implican necesariamente un contacto entre la mujer y el cliente, como es la venta de material pornográfico¹⁴⁴. Tal como expresa Sepúlveda, el tipo penal no exige que haya habido una relación comercial entre la víctima y el autor que diga relación con la prostitución, ocupación u oficio de carácter sexual de la mujer¹⁴⁵.

¹⁴² Ivonne Sepúlveda. “Femicidio como un delito por razones de género en Chile”. *Revista Jurídica del Ministerio Público* 78 (2020): 105.

¹⁴³ Ibid.

¹⁴⁴ Ivonne Sepúlveda. “Femicidio como un delito por razones de género en Chile”. *Revista Jurídica del Ministerio Público* 78 (2020): 102.

¹⁴⁵ Ibid.

En este caso se exige, como dicen Matus y Ramírez, “la conjunción entre el aspecto objetivo del motivo (la ocupación de la víctima), la prueba de que el autor conocía ese hecho y la de que esa ocupación motiva la agresión.”¹⁴⁶

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.

La frase “tras haber” nos indica que la conducta homicida debe realizarse después que tuvo lugar la violencia sexual¹⁴⁷.

Por “violencia sexual”, Sepúlveda entiende “toda vulneración, perturbación o amenaza al derecho de las mujeres a la libertad e integridad, indemnidad y autonomía sexual y reproductiva o al derecho de las niñas a la indemnidad sexual”¹⁴⁸ y siempre tendrá como límite el acceso carnal por vía anal, vaginal o bucal (ya que en esos casos nos encontramos frente al delito de violación con femicidio contemplado en el nuevo 372 bis).

Por otra parte, si bien Matus y Ramírez dejan a entrever que esa violencia sexual consiste solamente en los delitos que van del artículo 361 a 366 ter del Código Penal¹⁴⁹, concordamos con Sepúlveda en el sentido que no es necesario que sean constitutivos de delitos¹⁵⁰, pues de haberlo querido, el legislador lo habría mencionado.

4) Haberse realizado con motivo de la orientación sexual, identidad de género o expresión de género de la víctima

En este caso el hombre debe cometer la conducta homicida motivado por la orientación sexual, identidad de género o expresión de género de la mujer. Sobre esto, “el motivo sería la razón de ser del comportamiento, o conjunto de consideraciones racionales que lo

¹⁴⁶ Jean Pierre Matus & María Ramírez. *Manual de derecho penal parte general* (Santiago: Tirant lo Blanch, 2021), p. 86.

¹⁴⁷ Ivonne Sepúlveda. “Femicidio como un delito por razones de género en Chile”. *Revista Jurídica del Ministerio Público* 78 (2020): 106.

¹⁴⁸ Ibid.

¹⁴⁹ Jean Pierre Matus & María Ramírez. *Manual de derecho penal parte general* (Santiago: Tirant lo Blanch, 2021), p. 74.

¹⁵⁰ Ivonne Sepúlveda. “Femicidio como un delito por razones de género en Chile”. *Revista Jurídica del Ministerio Público* 78 (2020): 106.

justifican,” lo que se traduce en “una acción exteriorizada, penalmente relevante y no un mero sentimiento o ideas que forman parte del fuero interno del sujeto”¹⁵¹.

Respecto a los motivos que menciona la circunstancia, la orientación sexual “se refiere a la capacidad de cada persona de sentir una profunda atracción emocional, afectiva y sexual por personas de un género diferente al suyo, o de su mismo género, o de más de un género, así como a la capacidad mantener relaciones íntimas y sexuales con estas personas”¹⁵². Este se refiere, por ejemplo, cuando un hombre mata a una mujer por ser esta lesbiana o bisexual.

En cuanto a la identidad de género y la expresión de género, estos se encuentran definidos en la Ley N° 21.120. En efecto, esta ley define la identidad de género en su artículo 1 como “la convicción personal e interna de ser hombre o mujer, tal como la persona se percibe a sí misma, la cual puede corresponder o no con el sexo y nombre verificados en el acta de inscripción del nacimiento”, mientras que la definición de la expresión de género se encuentra en el artículo 4, entendiéndose por esta “la manifestación externa del género de la persona, la cual puede incluir modos de hablar o vestir, modificaciones corporales, o formas de comportamiento e interacción social, entre otros aspectos.”

Empero, tal como lo señalan Matus y Ramírez, “puesto que la ley exige que la víctima sea objetivamente una mujer, en el sentido registral, no habrá femicidio del hombre travestido de mujer ni del transexual que no ha realizado el cambio registral”¹⁵³, por lo cual, esos delitos serán homicidios simples o calificados, y solo respecto al de la persona transexual se configurará la circunstancia agravante contemplada en el artículo 12 N° 21 del Código Penal, puesto que la expresión de género no es mencionada en dicho artículo (solo se menciona apariencia en la norma, por lo que podría quedar comprendida una persona que manifiesta su género de acuerdo a su vestimenta o su cuerpo, pero no a alguien que se expresa o tiene un comportamiento de una determinada forma).

5) Haberse cometido en cualquier tipo de situación en la que se den circunstancias de manifiesta subordinación por las relaciones desiguales de

¹⁵¹ Sebastián Salinero. “La nueva agravante penal de discriminación. “Los delitos de odio””. *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso* 61 (2013): 289.

¹⁵² Unidad de género, Ministerio de Educación. (2017) *Comuniquemos con Igualdad: orientaciones para un uso del lenguaje inclusivo no sexista*, p. 21.

¹⁵³ Jean Pierre Matus & María Ramírez. *Manual de derecho penal parte general* (Santiago: Tirant lo Blanch, 2021), p.86.

poder entre el agresor y la víctima, o motivada por una evidente intención de discriminación

Esta circunstancia contempla dos situaciones:

- i) Cuando se comete (la conducta homicida) 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;
- ii) Cuando se comete (la conducta homicida) motivada por una evidente intención de discriminación.

Sobre la primera hipótesis, esta subordinación “puede ser multicausal puesto que se cruza con diversas variables y dimensiones sociales que exponen a las mujeres a un riesgo mayor” la cual está enmarcada en una relación desigual de poder que “implica la existencia de un vínculo entre dos o más personas, en la que una de estas le impone a la otra una determinada actitud o comportamiento, la que debe acatarla debido a que se encuentra en una situación de inferioridad con respecto a la otra”¹⁵⁴.

Sobre la segunda hipótesis, se puede expresar que esta es la más amplia y podría incluir situaciones no abarcadas por las circunstancias anteriormente analizadas¹⁵⁵.

1.1.3. ARTÍCULO 372 BIS: ANÁLISIS DEL TIPO PENAL DE VIOLACIÓN CON FEMICIDIO

Otro delito incorporado por la dictación de la Ley N° 21.212, corresponde al delito de violación con femicidio, contenido en el artículo 372 bis, inciso segundo, del código penal:

“El que, con ocasión de violación, cometiere además homicidio en la persona de la víctima, será castigado con presidio perpetuo a presidio perpetuo calificado.

Si el autor del delito descrito en el inciso anterior es un hombre y la víctima una mujer, el delito tendrá el nombre de violación con femicidio.”

¹⁵⁴ Ivonne Sepúlveda. “Femicidio como un delito por razones de género en Chile”. *Revista Jurídica del Ministerio Público* 78 (2020): 107.

¹⁵⁵ Ibid.

La introducción de esta figura delictiva tiene como punto de partida la incorporación del femicidio en razón de género cuando este se haya cometido: “tras haber ejercido contra la víctima cualquier forma de violencia sexual” (artículo 390 ter N°3), la Comisión de Mujer y Equidad de Género del Senado consideró pertinente incorporar un segundo inciso en el artículo 372 bis, de acuerdo con el cual se entenderá como violación con femicidio si un hombre mata a una mujer con ocasión de la violación, puesto que es una situación que se comete en razón de género de la víctima, lo que permite dar coherencia al conjunto de normas que sanciona la muerte de una mujer y principalmente en aquellos casos donde precede a la muerte algún tipo de violencia sexual¹⁵⁶.

Con relación a los requisitos del tipo, basta con que la acción sea cometida por un hombre, siendo la víctima una mujer, en base a los conceptos analizados anteriormente.

Ahora bien, en cuanto a la penalidad, la conducta al hacer remisión expresa al inciso anterior, es castigado con la pena de presidio perpetuo a presidio perpetuo calificado la más alta de nuestro ordenamiento jurídico¹⁵⁷.

1.1.4. CIRCUNSTANCIAS MODIFICATORIAS DE RESPONSABILIDAD DE LOS DELITOS DE FEMICIDIO

En este punto corresponde dar estudio a las circunstancias modificatorias de responsabilidad, incorporadas por los artículos 390 quater y 390 quinquies.

1.1.4.1. Artículo 390 quater: circunstancias agravantes

En primer lugar, art 390 quater establece:

Son circunstancias agravantes de responsabilidad penal para el delito de femicidio, las siguientes:

1. Encontrarse la víctima embarazada.

¹⁵⁶ Ivonne Sepúlveda. “Femicidio como un delito por razones de género en Chile”. Revista Jurídica del Ministerio Público 78 (2020): 108.

¹⁵⁷ Ibid.

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.

Aquí observamos que el legislador establece un catálogo de circunstancias agravantes de responsabilidad penal aplicables tanto a los delitos de violación con femicidio -artículo 372 bis, femicidio íntimo -artículo 390 bis- y femicidio por razón de género -artículo 390 ter- que reconocen un enfoque interseccional, en que las mujeres se pueden encontrar en especiales situaciones de vulnerabilidad¹⁵⁸.

Al tratarse de agravantes especiales, estas circunstancias no excluyen la aplicación de las agravantes generales la responsabilidad penal comprendidas en el artículo 12 del código penal¹⁵⁹.

A continuación, realizaremos un estudio de cada una de estas agravantes especiales:

1) Que la víctima se encuentre embarazada

Primero que todo, acreditarse que el hecho de que la víctima se encontraba embarazada al momento de cometerse el delito era notorio o le constaba al autor de alguna u otra forma¹⁶⁰, al igual que ocurre con el delito de aborto involuntario.

Ahora bien, si la víctima del delito de femicidio se encuentra embarazada, pueden surgir dos hipótesis: que junto con el femicidio concorra además un aborto, o que al contrario sólo se verifique el femicidio y que el feto sobreviva¹⁶¹.

En el primero de los casos, según Sepúlveda,

¹⁵⁸ Ibid.

¹⁵⁹ Ibid.

¹⁶⁰ Jean Pierre Matus & María Ramírez. *Manual de derecho penal parte general* (Santiago: Tirant lo Blanch, 2021), p. 87.

¹⁶¹ Ivonne Sepúlveda. "Femicidio como un delito por razones de género en Chile". *Revista Jurídica del Ministerio Público* 78 (2020): 108.

“existe un concurso ideal por el delito de aborto del artículo 343, por lo que conforme el artículo 75 se debe estar a la pena mayor asignada al delito femicida, no pudiendo aplicarse el grado mínimo asignado al femicidio correspondiente. En este sentido, en virtud del principio non bis in ídem, no sería posible volver a considerar el embarazo para agravar la responsabilidad del agresor.

En cambio, si producto de la conducta homicida en contra de la mujer embarazada no se produce un aborto, se podría aplicar la agravante sin vulnerar el principio non bis in ídem”¹⁶².

2) La víctima fuera una niña o un adolescente menor de 18 años de edad, una mujer adulta mayor o una mujer en situación de discapacidad de los términos de la Ley N° 20.422

Del mismo modo se requiere que el autor tenga conocimiento de la calidad de la víctima, sin necesidad que se trate de un conocimiento cierto de la edad o la situación de discapacidad de la mujer, sino que basta que, conforme a un estándar de una persona media, razonablemente se pueda reconocer tal edad o situación¹⁶³.

Para estos efectos, se señala como niña, a aquella mujer menor de 18 años, y adulta mayor a las mujeres que cumplen los 60 años, según lo dispuesto en el artículo 1º de la Ley N° 19.828.

Por su parte son mujeres en situación de discapacidad aquellas que, de conformidad con el artículo 5º de la Ley N° 20.422 posean una o más deficiencias físicas, mentales, sea por causa psíquica o intelectual, o sensoriales, de carácter temporal o permanente, interactuar con diversas barreras presentes en el entorno ven pedida o restringida su participación plena y efectiva la sociedad en igualdad de condiciones con los demás¹⁶⁴.

3) Cuando se haya dado muerte a la víctima en presencia de sus ascendientes o descendientes

¹⁶² Ibid.

¹⁶³ Ibid., p. 109.

¹⁶⁴ Ibid.

En lo que atañe a la interpretación de esta agravante especial, debemos señalar que la expresión “en presencia”, debe entenderse, con que estar en el mismo sitio o lugar donde el agresor da muerte a la mujer sin ser necesario que el ascendiente o descendiente perciba con alguno de sus sentidos la conducta. Tampoco es necesario que víctima y ascendiente o descendiente se encuentra en la misma habitación, pues lo relevante es que se encuentran en el mismo espacio físico en que se desarrolla la acción, por lo tanto, estas personas pueden encontrarse en habitaciones distintas de un mismo domicilio para configurar la agravante en concreto¹⁶⁵.

4) Cuando fuere perpetrado en el contexto de violencia física o psicológica habitual del hechor contra la víctima

Esta corresponde a la última agravante especial, considerada por el legislador, cuyo sentido fue considerar aquellos casos en que la muerte de la mujer es el acto final y definitivo de un ciclo de violencia en su contra por parte del agresor, donde no será necesario acreditar la existencia de un delito de maltrato habitual, ni contar con una sentencia condenatoria previa¹⁶⁶, sino que se verifique la existencia de más de una conducta violenta del hombre contra la mujer.

En cuanto al fundamento de la incorporación se debe principalmente a que en la práctica era muy complejo poder acreditar la agravante general de reincidencia en el artículo 12 N° 16 del Código Penal, ya que los hechos previos de violencia no habían sido siquiera denunciados por la víctima o porque habiendo sido objeto de denuncia, no habían culminado una sentencia en sede penal o bien, porque a pesar de haberse sancionado por delitos como las lesiones, amenazas, maltrato habitual, cometidos en contexto de violencia familiar, la jurisprudencia consideraba que se trataba de delitos una especie distinta al femicidio¹⁶⁷.

En lo referente al objeto, la agravante tiene aplicación cuando existe un contexto creíble ya sea de violencia física o psíquica entre víctima y victimario, entendiendo a la violencia física como cualquier agresión dirigida contra el cuerpo de una mujer, que vulnere, perturbe o amenace su integridad física, su libertad personal o su derecho a la vida y la violencia

¹⁶⁵ Ibid.

¹⁶⁶ Jean Pierre Matus & María Ramírez. Manual de derecho penal parte general (Santiago: Tirant lo Blanch, 2021), p. 87.

¹⁶⁷ Ibid.

psicológica como cualquier acción u omisión que vulneren perturbe o amenace la integridad psíquica o estabilidad emocional de una mujer, tales como tratos humillantes, vejatorios o degradantes, control o vigilancia de sus conductas, intimidación, coacción, exigencia de su herencia, aislamiento, explotación o limitación de su libertad de acción, opinión o pensamiento¹⁶⁸.

1.1.4.2. Artículo 390 quinquies: exclusión de atenuante del artículo 11 N° 5

Por su parte, el artículo 390 quinquies dispone que:

“Tratándose del delito de femicidio, el juez no podrá aplicar la circunstancia atenuante de responsabilidad penal prevista en el N° 5 del artículo 11.”

Debemos tener presente la circunstancia atenuante de responsabilidad penal prevista en el numeral quinto del artículo 11 del Código Penal, el cual consiste en obrar por estímulos tan poderosos que, naturalmente, provoquen arrebatos u obcecación. Dicha atenuante, no aplica para los delitos de femicidio toda vez que se busca, por parte del legislador,

“(…) excluir los celos y las expresiones de machismo y otros atavismos culturales de las atenuaciones posibles que, sin ser motivos nobles que puedan constituir fuerza moral, no obstante, habían sido admitidos por la jurisprudencia anterior para atenuar la pena, por ejemplo, del marido ofendido por el adulterio de su mujer o del que la maltrata por ebriedad, insolencia y despreocupación por sus hijos”¹⁶⁹.

1.2. MODIFICACIONES AL DERECHO PENAL ADJETIVO

En lo que atañe a las reformas efectuadas al Código Procesal Penal, la ley agrega los artículos 390 bis (femicidio íntimo) y 390 ter (femicidio no íntimo) al catálogo de delitos que contemplan los artículos 132 bis y 149 del Código Procesal Penal.

¹⁶⁸ Ivonne Sepúlveda. “Femicidio como un delito por razones de género en Chile”. *Revista Jurídica del Ministerio Público* 78 (2020): 109.

¹⁶⁹ Jean Pierre Matus & María Ramírez. *Manual de derecho penal parte general* (Santiago: Tirant lo Blanch, 2021), p. 87.

El artículo 132 bis regula la facultad que se le otorga al fiscal o el abogado asistente del fiscal para apelar en el solo efecto devolutivo la resolución que declara la ilegalidad de la detención. Esta potestad es excepcionalísima en nuestro sistema y se permite solo para los delitos señalados en la norma -dentro de la cual se incluyen los nuevos delitos de femicidio íntimo y no íntimo-, ya que sobre los no mencionados no será apelable aquella resolución.

En esta misma línea, el artículo 149 hace referencia a los recursos aplicables a la medida cautelar, correspondiente a la prisión preventiva. Junto con esto, lo que nos interesa en cuanto al análisis de la Ley N°.21.212, se sitúa en el inciso segundo del artículo en cuestión, donde se incluye los delitos previstos en los artículos 390 bis y 390 ter (femicidio íntimo y no íntimo), a la enumeración de casos donde si aquellos imputados a los delitos señalados han sido puestos a disposición del tribunal en calidad de detenido o se encuentren en prisión preventiva, no podrán ser puestos en libertad mientras no se encontrare ejecutoriada la resolución que negare, sustituyere o revocare la prisión preventiva.

Ambas disposiciones importan un mayor reconocimiento al interés de la víctima del femicidio¹⁷⁰, sea para actuar en el proceso impugnando resoluciones contrarias a derecho que la afectan personalmente (como es que se declare ilegal la detención del imputado), sea para sentirse protegida de que el imputado no será puesto en libertad si es que aún subsisten recursos en contra de la resolución que negare, sustituyere o revocare la prisión preventiva.

Sin embargo, esta modificación no implica una novedad o una mejora para la mujer, puesto que con anterioridad a la Ley N° 21.212 las conductas que ahora constituyen femicidio íntimo o no íntimo pero que en ese tiempo podían ser un parricidio, femicidio, homicidio simple o calificado, también recibían este tratamiento excepcional que describimos recientemente, por lo cual el motivo del legislador al incluir los artículos 390 bis y 390 ter en el listado de delitos de los artículos 132 bis y 149 del código procesal penal se debe exclusivamente al -ahora- carácter autónomo del delito de femicidio respecto del parricidio.

¹⁷⁰ Artículo 108 del Código Procesal Penal: 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 pudiese ejercer los derechos que en este Código se le otorgan, se considerará víctima:

- a) al cónyuge o al conviviente civil y a los hijos;
- b) a los ascendientes;
- c) al conviviente;
- d) a los hermanos, y
- e) al adoptado o adoptante.

1.3. MODIFICACIONES AL DERECHO PENAL EJECUTIVO (LEY 18.216)

En lo referente a los cambios producidos a la Ley N.º 18.216, modificada por la Ley N.º 20.603, que establece penas que indica como sustitutivas a las penas privativas o restrictivas de libertad, la ley incorpora los artículos 390 bis (femicidio íntimo) y 390 ter (femicidio no íntimo) al listado de delitos que mencionan los artículos 1 y 15 bis de la Ley N.º 18.216.

El artículo 1º señala las penas sustitutivas a las que puede acceder el condenado a una pena privativa o restrictiva de libertad. Estas incluyen: a) Remisión condicional¹⁷¹; b) Reclusión parcial¹⁷²; c) Libertad vigilada¹⁷³; d) Libertad vigilada intensiva¹⁷⁴; e) Expulsión; y f) Prestación de servicios en beneficio de la comunidad¹⁷⁵.

Sin embargo, no todos los autores de delitos pueden acceder a los beneficios de esta ley, y una de las grandes excepciones a esto constituyen los delitos graves enumerados en el inciso segundo del artículo 1, si es que se trata del autor de ellos y que el delito haya sido en grado consumado. La contra excepción a esto, vale decir, que un hombre condenado por el delito (en el caso que nos importa para este trabajo, de femicidio) en grado consumado pueda acceder a las penas sustitutivas que dispone la ley en su primer artículo, es que en su condena se haya considerado la existencia de una eximente incompleta (por ejemplo, una legítima defensa que no cumple todos sus requisitos).

Por otra parte, el artículo 15 bis de la Ley N.º 18.216 detalla los casos de procedencia de la libertad vigilada intensiva. El que nos importa a efectos de este trabajo es el de la letra b, ya que con esta reforma incluye a los nuevos delitos de femicidio, si es que: (1) la pena a la que se castiga a un femicida fuere mayor a quinientos cuarenta días y que no superase los cinco

¹⁷¹ Artículo 3 de la Ley N.º 18.216: La remisión condicional consiste en la sustitución del cumplimiento de la pena privativa de libertad por la discreta observación y asistencia del condenado ante la autoridad administrativa durante cierto tiempo.

¹⁷² Artículo 7 de la Ley N.º 18.216: La pena de reclusión parcial consiste en el encierro en el domicilio del condenado o en establecimientos especiales, durante cincuenta y seis horas semanales. La reclusión parcial podrá ser diurna, nocturna o de fin de semana (...)

¹⁷³ Artículo 14 inciso 1º de la Ley N.º 18.216: La libertad vigilada consiste en someter al penado a un régimen de libertad a prueba que tenderá a su reinserción social a través de una intervención individualizada, bajo la vigilancia y orientación permanentes de un delegado.

¹⁷⁴ Artículo 14 inciso 2º de la Ley N.º 18.216: La libertad vigilada intensiva consiste en la sujeción del condenado al cumplimiento de un programa de actividades orientado a su reinserción social en el ámbito personal, comunitario y laboral, a través de una intervención individualizada y bajo la aplicación de ciertas condiciones especiales.

¹⁷⁵ Artículo 11 de la Ley N.º 18.216: La pena de prestación de servicios en beneficio de la comunidad consiste en la realización de actividades no remuneradas a favor de la colectividad o en beneficio de personas en situación de precariedad, coordinadas por un delegado de Gendarmería de Chile.

años; (2) el condenado no hubiese sido anteriormente condenado por un crimen o simple delito; y si los antecedentes sociales y características de personalidad del condenado, su conducta anterior y posterior al hecho punible y la naturaleza, modalidades y móviles determinantes del delito permitieren concluir que una intervención individualizada de conformidad al artículo 16 de la ley en comento, parece eficaz en el caso específico, en pro de su efectiva reinserción social.

Cabe mencionar que para el femicidio íntimo y no íntimo la posibilidad de solicitar la libertad vigilada intensiva solo procederá si, además de cumplir con los tres requisitos anteriormente señalados, el femicidio resulta ser ejecutado en grado de tentado o frustrado (de conformidad al artículo 7 del Código Penal), pues, como se explicó recientemente, el artículo primero de la ley en su inciso segundo excluye de la posibilidad de acceder a penas sustitutivas a los delitos de los artículos 390 bis y 390 ter del código penal si fue consumado y no procedió en la determinación de su pena alguna eximente incompleta.

Al igual que en el caso del Código Procesal Penal, las modificaciones a la Ley N° 18.126 se deben a la independencia del delito de femicidio respecto del parricidio en esta nueva ley, lo cual significa que no hay un avance o progreso en esta materia, puesto que las conductas que hoy en día, siendo vigente la Ley N° 21.212, constituirían femicidios íntimos del artículo 390 bis como femicidio no íntimo del artículo 390 ter, se hubieran visto expuestas a estas restricciones de los artículo 1 inciso 2° y del artículo 15 bis de la Ley N° 18.126, ya que dentro del catálogo de delitos que mencionan dichos articulados se encuentran el parricidio, homicidio simple y calificado.

CONCLUSIÓN

El delito de femicidio es una problemática actual, que a pesar de todos los avances que este ha tenido mediante diversas reformas legislativas, pasando de ser reconocido como un delito dentro del tipo parricidio, a lograr la autonomía del tipo con la inclusión de la Ley N° 21.212, no deja de ser una realidad que ataca a las mujeres de nuestro país (y del mundo en general).

En esta misma línea es que se justifica este “tratamiento especial” recibido por el femicidio, en relación a los homicidios comunes, reflejado en una penalidad mayor.

Dicha justificación abarca diversos factores, entendiendo al femicidio como un homicidio de odio, dando muerte a una persona por su constitución individual, el porqué de esta justificación corresponde a que los homicidios por odio suelen presentar una fenomenología aberrante consistente a aumentar deliberada e intensamente el sufrimiento de las víctimas, junto con esto el punto clave que diferencia dichos “homicidios”, corresponde a la idea de sometimiento entre la víctima y el autor, propia del femicidio. Sin embargo, lo que termina de justificar esta aplicación de una pena mayor por parte del homicidio de odio, está dada por los motivos del agente, en cuanto a la relación de desigualdad entre el hombre y la mujer. Sufrida por la mujer.

Dentro de este ámbito, en el que el femicidio es una realidad, que requiere de una penalidad mayor respecto de los homicidios comunes, es que nace la necesidad jurídica de reformar el tratamiento dado al femicidio, dando vida a la Ley N° 21.212, conocida como “Ley Gabriela”, ley que redefine el concepto de femicidio, generando su separación respecto al delito de parricidio, incluyendo el femicidio por razones de género, esencialmente.

Esta normativa, análisis de este trabajo significó un avance en la lucha contra la violencia de género, siendo su principal aporte los aspectos sustantivos de la reforma, esquematizados a continuación:

- La autonomía del tipo de femicidio respecto al parricidio, esto permite al femicidio escapar de las críticas acerca de la legitimidad y justificación que posee el delito de parricidio, las cuales lo han llevado a su derogación en los ordenamientos modernos, en base a su difícil fundamentación fuera del reproche moral de atentar dentro de las relaciones de sangre y confianza propias del matrimonio.
- La equivalencia entre el concepto penal de femicidio y el concepto doctrinario del mismo, ya que el anterior tipo penal, entendía que el femicidio solo se produciría en las relaciones íntimas bajo el título de cónyuges, ex cónyuges, convivientes y ex convivientes, lo cual conlleva a la discusión sobre la calidad que debía tener el autor del delito, puesto que un sector de la doctrina aceptaba que este podía ser cometido por una mujer contra otra. Ahora, tanto en la doctrina como en la ley se entiende como autor de femicidio al hombre que da muerte a una mujer por el hecho de serlo.

- La ampliación de los sujetos activos del delito, con la introducción de la figura del “pololeo” en el femicidio íntimo del artículo 390 bis.
- La protección especial del femicidio frente a los homicidios cuyas víctimas sean hombres, una diferencia que se explica por la violencia estructural que sufren las mujeres.
- La protección a la mujer contra la violencia que no proviene de su seno familiar, sino por el hecho de ser tal, a través del artículo 390 ter.
- Una mejor comprensión de la violencia contra la mujer a partir de la ampliación de circunstancias del delito de femicidio nos permite conocer los diversos aspectos de la violencia contra la mujer, lo que se traduce en una base de datos, que será de mucha ayuda en la elaboración de políticas públicas al respecto.
- La exclusión de la atenuante de arrebató u obcecación en los delitos de femicidio, que era una circunstancia modificatoria de responsabilidad que se aplicaba de forma machista por la jurisprudencia, para atenuar los femicidios ocasionados por celos o del hombre, no aplicando la misma circunstancia si es que el autor era una mujer y la víctima era un hombre.

Lo anteriormente expuesto da cuenta de que el legislador tomó en consideración las principales críticas que recibió la Ley N° 20.480 ley que introduce el delito de femicidio en nuestro ordenamiento. Sin embargo, la reforma no queda exenta de críticas en relación con la redacción de los elementos del tipo que pueden llegar a ser problemáticos, así como el nulo avance que implican las reformas al código procesal penal y a la Ley N° 18.216 que establece penas que indica como sustitutivas a la penas privativas o restrictivas de libertad.

El tipo penal que presenta una problemática de carácter gravoso sería el del femicidio no íntimo, en relación con las circunstancias que dan cuenta que el hombre da muerte a la mujer en razón de su género. Pues esta razón de género constituye un elemento subjetivo del tipo el cual posee una gran dificultad al momento de acreditar por el ente persecutor, razón por la cual el legislador optó por describir conductas que una vez probadas por el ministerio público dan cuenta de que el imputado mató a la mujer en razón de su género, por lo cual no se vulneraría la presunción de inocencia del sujeto, pero cabe la duda de si constituirá una presunción de derecho de la culpabilidad del imputado, puesto que en caso

de que el caso de que el ministerio público acredite la circunstancia, no podrá el imputado acreditar que su actuar no fue motivado por el género de la víctima.

Por otra parte, las reformas efectuadas al código procesal penal y a la Ley N° 18.216 no significan un avance respecto a la protección de la mujer, puesto que el motivo que llevó a la modificación de esas normativas por parte del legislador, tal y como lo vimos cuando analizamos dichos aspectos de la Ley N° 21.212, fue la independencia o autonomía de los nuevos delitos de femicidio respecto al parricidio, la cual si bien es un avance en aspectos sustantivos como mencionamos recientemente, implicó que estos tratamientos preferentes que presentan los delitos de parricidio y el anterior delito de femicidio, no pudieran ser aprovechados por los nuevos femicidios íntimos y no íntimos, ya que estos se encuentran en los nuevos artículos 390 bis y 390 ter.

Es por esto por lo que esta “Ley Gabriela” no escapa de uno de los cuestionamientos más críticos que expusimos acerca de la Ley N° 20.480 que introdujo el femicidio, cual es que estas reformas se centren en crear delitos o ampliar los ya existentes, sin que se ofrezca una solución global a la violencia sistémica que sufren las mujeres. Porque los cambios efectuados por esta ley sólo revelan por parte del Estado una mirada sancionadora de las conductas de los hombres que matan a las mujeres por el solo hecho de serlo, dejando de lado otro aspecto aún más relevante como es la prevención de dichos delitos, con el fin de entregar una protección integral a la mujer.

BIBLIOGRAFÍA

Ackermann, Ignacio & Ovalle, María. “Violencia de género en el Derecho penal. Aproximación al debate sobre su concepto y naturaleza de la agravación”. *Nova Criminis: Visiones criminológicas de la Justicia Penal* 16 (2018): 1-16.

Aguilera, Sebastián; Robledo, Nadia; Rodríguez, Roberto & Sepúlveda, Ivonne. "Femicidio íntimo en Chile: Diez años de la Ley 20.480". *Revista Jurídica del Ministerio Público*, no 79 (2020): 145-170.

Biblioteca del Congreso Nacional. *Historia de la Ley N° 21.212. Modifica el código penal, el código procesal penal y la Ley n° 18.216 en materia de tipificación del femicidio*. Santiago: Biblioteca del Congreso Nacional, 2021.

Bustos, Juan; Grisolia, Francisco & Politoff, Sergio. *Derecho penal chileno: Parte especial. Tomo I: Delitos contra el individuo en sus condiciones físicas*. 2ª edición. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 1993.

Castillo, Pablo. "Problemas dogmáticos y político-criminales del tratamiento penal del femicidio en Chile". *Revista Actualidad Jurídica* 41 (2020): 167-188.

Comité CEDAW. Observaciones finales sobre los informes periódicos quinto y sexto de Chile, adoptadas por el Comité en su 53º período de sesiones (1º a 19 de octubre de 2012). 12 de noviembre de 2012. CEDAW/C/CHL/CO/5-6. [en línea] <http://acnudh.org/wp-content/uploads/2013/01/CEDAW-Chile-2012-ESP.pdf> [consulta: 20 mayo 2021].

Coppolecchia, Florencia & Vacca, Lucrecia. "Una crítica feminista al derecho a partir de la noción de biopoder de Foucault". *Páginas de filosofía* 13, 16 (2012): 60-75.

Corn, Emanuele. "Un nuevo tipo penal de femicidio en un nuevo Código Penal para Chile". *Revista de Derecho (Valdivia)* 28, 1 (2015): 193-216.

Área de Ciudadanía y Derechos Humanos de la Corporación La Morada. *Femicidio en Chile*. Santiago: Corporación La Morada, 2004.

Escobar, Consuelo & Jarpa, Valeska. "El nuevo delito de femicidio en Chile" (Memoria de pregrado), Universidad de Chile, 2013.

Expósito, Francisca. "Violencia de género". *Mente y cerebro* 48 (2011): 20-25.

García-Pablos de Molina, Antonio. *Criminología. Una introducción a sus fundamentos teóricos para juristas*. Valencia: Tirant lo Blanch, 1994.

González, Diego. "El delito de parricidio: consideraciones críticas sobre sus últimas reformas". *Política criminal* 10, 19 (2015): 192-233.

González, Marta. "El Derecho Penal desde una evaluación crítica". *Revista electrónica de derecho penal y criminología* 10-11 (2008): 11:1-11:23. <http://criminet.ugr.es/recpc>

Lagarde, Marcela. "Del femicidio al feminicidio". *Desde el Jardín de Freud: Revista de psicoanálisis* 6 (2006): 216-225.

Leiva, Alejandro. "Parricidio por omisión: inoperancia del principio non bis in ídem en la construcción del tipo". *Revista Actualidad Jurídica* 26 (2012): 307-322.

Matus, Jean Pierre & Politoff, Sergio. *Lecciones del Derecho Penal chileno. Parte General*. Ciudad de México: Jurídica de las Américas, 2009.

Matus, Jean Pierre & Ramírez, María. *Manual de derecho penal parte general*. Santiago: Tirant lo Blanch, 2021.

Mera, Jorge. "Femicidio". *En Tipificación del femicidio en Chile. Un debate abierto, editado por la Red Chilena contra la Violencia Doméstica y Sexual*, 53-58. Santiago: Red Chilena contra la Violencia Doméstica y Sexual, 2009.

Mecanismo de Seguimiento de la Convención de Belém do Pará (MESECVI). *Ley modelo interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la muerte violenta de mujeres (Femicidio/Feminicidio)*: [Aprobada en la XV Reunión del Comité de Expertas del MESECVI, celebrada el 3, 4 y 5 de diciembre de 2018 en Washington, D.C.]. Washington: Organización de Estados Americanos, 2018.

Ministerio de la Mujer y la Equidad de Género. "Violencia de género". Ministerio de la Mujer y la Equidad de Género. https://minmujeryeg.gob.cl/?page_id=1359

Mora, Sebastián. "Ex pololo de joven confiesa y da detalles del crimen de madre e hija en Maipú". TVN, *24 Horas*. 13 de junio del año 2018.

Osborne, Raquel. *Apuntes sobre violencia de género*. Barcelona: Bellaterra Edicions, 2009.

Ossandón, María. "La faz subjetiva del tipo de parricidio". *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso* 34 (2010): 415-457.

Peralta, José. "Homicidios por odio como delitos de sometimiento (sobre las razones para agravar el femicidio, el homicidio por odio a la orientación sexual y otros homicidios por odio)" *Indret: Revista para el análisis del derecho* 4 (2013): 15-28.

Politoff, Sergio; Matus, Jean Pierre & Ramírez, María. *Lecciones de Derecho Penal Chileno, Parte Especial*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2005.

Red Chilena contra la Violencia hacia las Mujeres. *Violencia extrema hacia las mujeres en Chile (2010-2012)*. Santiago: Red Chilena contra la Violencia hacia las Mujeres, 2014.

Ried, Nicolás. "Un delito propio. Análisis crítico de los fundamentos de la ley de femicidio". *Revista de Estudios de la Justicia* 16 (2012): 171-193.

Rusell, Diana & Radford, Jill. *Femicide: The Politics of Woman Killing*. New York: Twayne Publishers, 1992.

Saccomano, Celeste. "El feminicidio en América Latina: ¿vacío legal o déficit del Estado de derecho?". *Revista CIDOB d'Afers Internacionals* 117 (2017): 51-78.

Salas, Jaime. "Algunos comentarios a la Ley N° 21.212 en materia de tipificación del femicidio". *El Mercurio Legal*. 16 de marzo del año 2020.

Salinero, Sebastián. "La nueva agravante penal de discriminación. "Los delitos de odio"". *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso* 61 (2013): 263-308.

Santibáñez, María & Vargas, Tatiana. "Reflexiones en torno a las modificaciones para sancionar el femicidio y otras reformas relacionadas (Ley N° 20.480)". *Revista Chilena de Derecho* 38, 1, (2011): 193-207.

Sepúlveda, Ivonne. "¿De qué hablamos cuando hablamos de convivencia en el artículo 390 del código penal?". *Revista Jurídica del Ministerio Público* 61 (2014): 179-201.

Sepúlveda, Ivonne. "Femicidio como un delito por razones de género en Chile". *Revista Jurídica del Ministerio Público* 78 (2020): 88-113.

Taladriz, María & Rodríguez, Roberto. “El delito de femicidio en Chile”. *Revista Jurídica del Ministerio Público* 46 (2011): 213-229.

Toledo, Patsilí. “Leyes sobre femicidio y violencia contra las mujeres. Análisis comparado y problemáticas pendientes.” En *Tipificación del femicidio en Chile. Un debate abierto*, editado por la Red Chilena contra la Violencia Doméstica y Sexual, 41-52. Santiago: Red Chilena contra la Violencia Doméstica y Sexual, 2009.

Toro, Ivonne. “El salto de Antonia”. *La Tercera*. 11 de agosto del año 2018.

Villarroel, María José. “La historia del brutal homicidio de Margarita Ancacoy y cómo se hizo justicia contra sus 4 autores”. *Biobío Chile*. 17 de diciembre del año 2019.

Weidenslaufer, Christine; Lampert, María; Cifuentes, Pamela. & Trufello, Paola. “Femicidio por razones de género: doctrina, legislación internacional y comparada”. Asesoría Técnica Parlamentaria, Santiago, octubre de 2019
https://www.bcn.cl/asesoriasparlamentarias/detalle_documento.html?id=75341.

Cuarto Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Santiago. RIT 73-2006, RUC 0600000093-9. Sentencia definitiva de 14 de noviembre del año 2006.

Ilustrísima Corte de Apelaciones de La Serena. Rol Reforma procesal penal 373-2006. Sentencia de 8 de enero del año 2007 que rechaza el recurso de nulidad interpuesto en contra de la sentencia definitiva dictada por el Juzgado de Garantía de Combarbalá en autos RIT 99-2006, RUC 0600284381-k dictada el 14 de noviembre de 2005.