

FEMICIDIO COMO UN DELITO POR RAZONES DE GÉNERO EN CHILE

Ivonne Sepúlveda Sánchez¹

Dime Antígona: ¿Qué muerte más atroz nos espera a nosotras dos, solas como hemos quedado, si, forzando la ley, transgredimos el decreto y el poder del tirano? Hemos nacido mujeres, no hechas para luchar contra los hombres y después, nos mandan los que tienen más poder, de suerte que tenemos que obedecer en cosas todavía más dolorosas que estas.

Sófocles, Antígona.

I. Introducción

Con la publicación de la Ley N° 21.212 en el Diario Oficial el 4 de marzo de 2020, que introduce modificaciones en el Código Penal en materia de tipificación del delito de femicidio, se abre un nuevo horizonte sobre la incorporación de normas género-específicas en el Derecho Penal.

De esta manera, “*el legislador*” –en este caso las legisladoras– abandonan las concepciones familistas² de la anterior tipificación del femicidio que hacía de este delito un espejo del parricidio en las hipótesis de convivencia actual o pasada, y avanza

hacia una conceptualización más comprensiva del fenómeno que subyace a las violencias contra las mujeres, señalando expresamente que este delito se comete por razones de género.

Así, esta nueva ley mantiene el nombre del delito “femicidio” y lo amplía a otros casos en que ocurre la muerte de una mujer fuera de una relación afectiva. De esta forma, el delito de femicidio sale del artículo 390 del Código Penal que regula al parricidio y se crea un nuevo párrafo 1 bis que regula el delito de femicidio. Este nuevo párrafo contiene cuatro artículos: el 390 bis y 390 ter que regulan las nuevas figuras de femicidio íntimo y no íntimo respectivamente, el 390 quáter que establece agravantes específicas de este delito y el 390 quíntes que establece la prohibición de aplicar la atenuante contemplada en el artículo 11 N° 5 del Código Penal.

II. El femicidio como construcción teórica

Las investigaciones y elaboraciones doctrinarias, principalmente en las áreas de la sociología y la antropología, han contribuido a comprender el trasfondo que está a la base de la violencia estructural que viven las mujeres. Desde allí, se ha desarrollado un trabajo teórico-político que tiene por objeto problematizar las estructuras de la sociedad, y que recurre, en palabras de la abogada Dora Inés Munévar, a tres verbos para fundamentar las acciones de

¹ Abogada de la Unidad Especializada en Derechos Humanos, Violencia de Género y Delitos Sexuales, Fiscalía Nacional, Ministerio Público.

² Familismo en palabras de Alda Facio, se refiere a una forma de sexismo que parte de que mujer y familia son sinónimos y que por ende sus necesidades e intereses son los mismos (FACIO, Alda. *Cuando el género suena cambios trae*. San José, Costa Rica, ILANUD, 1992, p. 78.)

los movimientos feministas: *nombrar, visibilizar y conceptualizar*³.

Nombrar tiene por objeto hacer un énfasis en las distintas manifestaciones de violencia hacia las mujeres, de manera de poder reconocer las características y alcances. Por su parte, *visibilizar* implica hacer patentes las distintas violencias, mostrarlas para que se conozcan las circunstancias que la originan; y *conceptualizar* ha servido para elaborar nociones sobre la configuración de la violencia femicida/feminicida.

De esta manera, las teóricas feministas han nombrado, visibilizado y conceptualizado tres figuras distintas: el femicidio, el feminicidio, y el femigenocidio.

1. Femicidio/ feminicidio/ femigenocidio

El concepto de **femicidio** es un neologismo anglosajón que proviene de las ciencias sociales. Si bien su historia se remonta a Inglaterra en 1801 en el libro de John Corry en *A Satirical View of London*, donde fue utilizado para denominar el asesinato de una mujer, lo cierto es que recién en 1976 adquirió la relevancia que tiene en la actualidad, cuando la activista y escritora feminista Diana Russell lo utilizó en 1976 ante el Tribunal Internacional sobre Crímenes contra las Mujeres, llevado a cabo en Bruselas. En esa oportunidad, Russell lo definió como “el asesinato de mujeres por hombres, por ser mujeres”.

Diana Russell y Jane Caputi⁴ dieron a conocer el término en el artículo *Speaking the Unspeakable*, publicado originalmente en la revista *Ms* en 1990, y lo definieron como “el asesinato de mujeres realizado por hombres motivado por odio, desprecio, placer o un sentido de propiedad de las mujeres”.

3 MUNÉVAR, Dora Inés. “Delito de femicidio. Muerte violenta de mujeres por razones de género”. En: *Estudios Socio-Jurídicos*, N° 14 (1), Bogotá, Colombia, 2012, p. 143.

4 Docente en la Cátedra de Estudios sobre Mujeres, Género y Sexualidad en la Universidad de Florida, Estados Unidos de Norteamérica.

Luego en 1992, Diana Russell y Jill Radford, también escritora feminista, lo definieron como “el asesinato misógino de mujeres cometido por hombres”. Estas autoras realizan una clasificación de los diferentes tipos de violencia de género que sufren las mujeres y que se presenta con un progresivo terrorismo sexual. Sostienen que el femicidio está en el extremo final del “*continuum*” del terror contra las mujeres, el cual incluye una gran variedad de abusos verbales y físicos, como la violación, la tortura, la esclavitud sexual, el incesto y el abuso sexual infantil extrafamiliar, la agresión psicológica, el hostigamiento sexual, la mutilación genital, las operaciones ginecológicas innecesarias, la heterosexualidad forzada, la esterilización forzada, la maternidad forzada, la psicocirugía, la denegación de alimentos a las mujeres en algunas culturas, la cirugía cosmética y otras mutilaciones en nombre de la belleza. Cuando estas formas de terrorismo resultan en muerte, consideran ellas, que constituyen femicidio⁵.

Como se aprecia, si bien la palabra femicidio proviene del mundo anglo parlante, el desarrollo que ha tenido en América Latina es considerable, puesto que destacadas autoras han realizado diversos estudios y han escrito una prolífera literatura sobre esta temática. De esta manera, podemos contar con otras definiciones y aproximaciones al femicidio mirado desde la realidad de nuestro continente.

Julia Monárrez, doctora, profesora e investigadora mexicana, define el femicidio como “el asesinato masivo de mujeres cometido por hombres desde su superioridad de grupo; tiene que ver con los motivos, con las heridas que se infligen en el cuerpo de la mujer y con circunstancias sociales que imperan en ese momento; para que se dé, tiene que haber una complacencia de autoridades, personas e instituciones que están en el poder, llamémosle poder político, económico y social”⁶.

5 RADFORD, Jill; RUSSELL, Diana (eds.). *Femicide: The Politics of Woman Killing*. Nueva York, Estados Unidos, Twayne, 1992.

6 Citado en BADILLA, Ana Elena. *Femicidio: más allá de la violación al derecho a la vida. Análisis de los derechos violados y las responsabilidades estatales en los casos de femicidio de Ciudad Juárez*. San José, Costa Rica, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 2008, p. 15.

Por su parte la feminista, activista y académica Ana Carcedo hace un interesante análisis sobre la relación existente entre socialización de género, violencia y femicidio. Señala que el proceso de socialización de género cumple muchas funciones de control social, ya que se verifica en estructuras que no son iguales para los géneros, y en donde se valora en mayor medida lo masculino por sobre lo femenino. Este contexto, “[a]demás de ser uno de los elementos fundamentales del proceso de socialización, la violencia contra las mujeres es también un componente estructural del sistema de opresión de género. El uso de la violencia contra las mujeres es no solo uno de los medios con los que se las controla, sino también una de las expresiones más brutales y explícitas de la dominación y la subordinación”⁷.

Así, la violencia que sufren las mujeres es producto de un entramado social que las domina de manera sistemática. De esta forma, “[l]a muerte de mujeres a manos de sus esposos, amantes, padres, novios, pretendientes, conocidos o desconocidos no es el producto de casos inexplicables o de conducta desviada o patológica. Por el contrario, es el producto de un sistema estructural de opresión. Estas muertes son femicidios, la forma más extrema de terrorismo sexista, motivado, mayoritariamente, por un sentido de posesión y control sobre las mujeres”⁸.

Otro concepto que propone la antropóloga mexicana Marcela Lagarde, es el de **feminicidio**, término que explica de la siguiente manera: “transité del femicidio a feminicidio porque en castellano femicidio es una voz homóloga al homicidio y solo significa asesinato de mujeres”⁹.

7 CARCEDO, Ana; SAGOT, Montserrat. *Femicidio en Costa Rica 1990-1999*. San José, Costa Rica, Instituto Nacional de las Mujeres, 2000, págs. 11-12.

8 CARCEDO/SAGOT, ob. cit., p. 12.

9 LAGARDE, Marcela. “Introducción. Por la vida y la libertad de las mujeres. Fin al feminicidio”. En: RUSSELL, Diana y HARMES, Roberta (eds.). *Femicidio: una perspectiva global*. México D.F., México, Centro de Investigaciones Interdisciplinarias en Ciencias y Humanidades Universidad Nacional Autónoma de México, 2006, p. 20.

Señala que la definición dada por Radford y Russell sobre femicidio como “crimen de odio contra las mujeres, como el conjunto de formas de violencia que, en ocasiones, concluyen en asesinatos e incluso en suicidios de mujeres”¹⁰ sería insuficiente.

Es por ello que la autora identifica otro elemento que favorece la extensión de este tipo de crímenes en el tiempo: la inexistencia del Estado de Derecho, bajo la cual se reproducen la violencia sin límite y los asesinatos sin castigo. Es por ello que Lagarde utiliza el término feminicidio para designar al conjunto de delitos de lesa humanidad que contienen los crímenes, los secuestros y las desapariciones de niñas y mujeres en un cuadro de colapso institucional¹¹. Agrega que hay una fractura en el Estado de Derecho que favorece la impunidad. Por lo tanto, lo concibe como un crimen de Estado¹².

Para esta antropóloga, el feminicidio también representa la culminación de la violación sistemática y reiterada de los derechos de las mujeres, advirtiéndose como aquella parte visible. Indica que lo común en ellas es el género, puesto que son las mujeres y las niñas las que padecen esta violencia que puede culminar con la muerte.

La explicación del feminicidio, agrega la autora, se encuentra en el dominio de género, el que está caracterizado tanto por la supremacía masculina como por la opresión, discriminación, explotación y, sobre todo, exclusión social de niñas y mujeres, todo lo cual se encuentra legitimado por una percepción social desvalorizadora, hostil y degradante de ellas. La arbitrariedad e inequidad social se potencian con la impunidad social y judicial en torno a los delitos contra las mujeres, lo cual significa que la violencia está presente de formas diversas a lo largo de su vida antes del homicidio y que, aun después de perpetrado el homicidio, continúa con la violencia institucional y la impunidad¹³.

Otra antropóloga argentina, Rita Segato, y a propósito de los feminicidios ocurridos en Ciudad Juárez, hace un interesante y completo análisis de las ra-

10 Ídem.

11 Ídem,

12 Ídem.

13 LAGARDE, ob. cit., págs. 21-22.

zones por las cuales se producen estos asesinatos de mujeres. Nos propone un análisis criminológico que puede ser aplicable a otros feminicidios. De esta forma, nos señala que existen algunas condiciones que, miradas en su conjunto, permiten la comisión de estos asesinatos. Si bien se refiere a un lugar específico en el que se verifican, lo más destacable es que señala que estas muertes de mujeres, no se producen como consecuencia de la impunidad sino que “se comportan como productores y reproductores de impunidad”¹⁴. Para Segato, estos crímenes se producen como un ritual sacrificial violento, que une a sus perpetradores en una especie de mafia o cofradía a los cuales se impone un pacto de silencio que garantice la lealtad del grupo, lo cual produce y reproduce la impunidad. Y es en este punto en el cual hace una diferencia entre el feminicidio íntimo y aquel ocasionado por extraños, en el primero “el hombre abusa de las mujeres que se encuentran bajo su dependencia porque *puede* hacerlo, es decir, porque éstas ya forman parte del territorio que controla, el agresor que se apropia del cuerpo femenino en un espacio abierto, público, lo hace *para mostrar que puede*. En uno, se trata de una constatación de un dominio ya existente; en el otro, de una exhibición de capacidad de dominio que debe ser reeditada con cierta regularidad y puede ser asociada a los gestos rituales de renovación de los votos de virilidad”¹⁵.

Continúa la autora señalando que los feminicidios son actos comunicativos que se dirigen a otros hombres, y en definitiva a toda la sociedad, incluyendo al Estado: “Les dice que su control sobre el territorio es total, que su red de alianzas es cohesiva y confiable, y que sus recursos y contactos son ilimitados”¹⁶.

Para Segato, “[e]n la lengua del feminicidio cuerpo femenino también significa territorio”¹⁷. Desde siempre el cuerpo como territorio ha sido utilizado

en las guerras, donde el cuerpo de la mujer se usa como parte del país conquistado. “La sexualidad vertida sobre el mismo expresa el acto domesticador, apropiador, cuando insemína el territorio-cuerpo de la mujer. Por esto, la marca del control territorial de los señores de Ciudad Juárez puede ser inscrita en el cuerpo de sus mujeres como parte o extensión del dominio afirmado como propio”¹⁸.

Rita Segato, avanza en la conceptualización y caracterización del feminicidio e incorpora un nuevo término: **femigenicidio**.

Por femigenicidio, se entenderán a “los crímenes que, por su cualidad de sistemáticos e impersonales, tienen por objetivo específico la destrucción de las mujeres (y los hombres feminizados) solamente por ser mujeres y sin posibilidad de personalizar o individualizar ni el móvil de la autoría ni la relación entre perpetrador y víctima. De esta forma, destinaríamos la categoría feminicidio a todos los crímenes misóginos que victiman a las mujeres, tanto en el contexto de las relaciones de género de tipo interpersonal como de tipo impersonal, e introduciríamos la partícula “geno” para denominar aquellos feminicidios que se dirigen, con su letalidad, a la mujer como *genus*, es decir, como género, en condiciones de impersonalidad”¹⁹.

Como se aprecia, en esta breve reseña en torno a los conceptos de femicidio, feminicidio y femigenicidio, es posible comprobar que tanto en los aspectos teóricos como políticos, existen diferencias de contenido entre estos términos. La dificultad se presenta cuando estos conceptos que nacen en el campo de la sociología o antropología, son traspasados al ámbito jurídico, y especialmente cuando se incorporan al Derecho Penal, pues como veremos, no resulta fácil el proceso de adaptación de la teoría que estudia el fenómeno a la norma jurídica penal.

14 SEGATO, Rita. *Territorio, soberanía y crímenes de segundo Estado: la escritura en el cuerpo de las mujeres asesinadas en Ciudad Juárez*. México D.F., México, Universidad del Claustro de Sor Juana, 2006, p. 9.

15 Ídem.

16 SEGATO, ob. cit., p. 11.

17 SEGATO, ob. cit., p. 12.

18 Ídem.

19 SEGATO, Rita. *Femigenicidio y feminicidio: una propuesta de tipificación* [en línea]. Disponible en: <http://www.larevuelta.com.ar/pdf/Femigenicidio-femicidio-Segato.pdf> [fecha de consulta: 8 de mayo de 2020].

2. Tipos o clasificaciones de femicidio / feminicidio

De acuerdo a lo señalado en el Modelo de Protocolo Latinoamericano de Investigación de las Muertes Violentas de Mujeres por Razones de Género (Femicidio/Feminicidio)²⁰, y que recoge las principales categorizaciones que han realizado las autoras, los femicidios o feminicidios²¹ se clasifican según sus modalidades delictivas en:

a) Íntimo: es la muerte de una mujer cometida por un hombre con quien la víctima tenía o había tenido una relación o vínculo íntimo, como el cónyuge (actual o pasado), conviviente (actual o pasado), “pololo”, amante, o con quien se procreó un niño o una niña. Se incluye el supuesto del amigo que asesina a una mujer -amiga o conocida- que rechazó entablar una relación íntima (sentimental o sexual) con éste.

b) No íntimo: es la muerte de una mujer cometida por un hombre desconocido con quien la víctima no tenía ningún tipo de relación. Por ejemplo, una agresión sexual que culmina en el asesinato de una mujer a manos de un extraño. También se considera el caso del vecino que mata a su vecina sin que existiera entre ambos algún tipo de relación o vínculo.

c) Infantil: es la muerte de una niña menor de 14 años de edad 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.

d) 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.

²⁰ Documento elaborado por Oficina Regional para América Central del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos (OACNUDH) con el apoyo de la Oficina Regional para las Américas y el Caribe de la Entidad de las Naciones Unidas para la Igualdad de Género y el Empoderamiento de las Mujeres (ONU Mujeres), que tiene por objeto orientaciones y líneas de actuación al investigar casos de femicidios/feminicidios.

²¹ Para efectos de este artículo, se usarán indistintamente.

e) Por conexión: es aquella muerte de una mujer “en la línea de fuego” por parte de un hombre en el mismo lugar en el que mata o intenta matar a otra mujer. Puede tratarse de una amiga, una pariente de la víctima, madre, hija, o de una mujer extraña que se encontraba en el mismo escenario donde el victimario atacó a la víctima.

f) Sexual sistémico: es la muerte de mujeres que son previamente secuestradas, torturadas y/o violadas. Puede presentarse en dos modalidades:

- **Sexual sistémico desorganizado:** se presenta cuando la muerte de las mujeres está acompañada por el secuestro, la tortura y/o la violación. Los asesinos, presumiblemente, matan por una sola vez, en un período 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 período de tiempo.

g) Por prostitución o por ocupaciones estigmatizadas: es la muerte de una mujer que ejerce la prostitución y/u otra ocupación (como strippers, camareras, masajistas o bailarinas en locales nocturnos) cometida por uno o varios hombres. Incluye los casos en los que el victimario (o los victimarios) asesina a la mujer motivado por el odio y la misoginia que despierta en éstos la condición de prostituta de la víctima.

h) Por trata: es la muerte de mujeres producida en una situación de trata de personas.

i) Por tráfico: es la muerte de mujeres producida por una situación de tráfico de migrantes.

j) Transfóbico: es la muerte de una mujer transgénero o transexual y en la que el victimario (o los victimarios) la mata por su condición o identidad de género transexual, por odio o rechazo de la misma.

k) Lesbofóbico: es la muerte de una mujer lesbiana en la que el victimario (o los victimarios) la mata por su orientación sexual, por el odio o rechazo de la misma.

l) Racista: es la muerte de una mujer por odio o rechazo hacia su origen étnico, racial, o sus rasgos fenotípicos.

m) Por mutilación genital femenina: es la muerte de una niña o mujer 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/feminicidios, 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 género.

III. Deberes del Estado en materia de violencia contra las mujeres

Sin duda alguna que para los movimientos feministas, el Derecho Internacional de los Derechos Humanos ha sido un aliado relevante para visibilizar la situación de desigualdad en que se encuentran las mujeres y de esta manera, ir progresivamente logrando la plenitud del reconocimiento y goce de sus derechos. En este ámbito del Derecho, se ha experimentado un desarrollo fundamental a partir de la adopción de instrumentos internacionales específicos, los cuales reconocen la desigualdad y discriminación estructural que experimentan las mujeres, lo que conlleva a una profunda revisión con respecto a la manera en la que son entendidos y ejercidos estos derechos.

El principio de igualdad se encuentra reconocido en todos los instrumentos internacionales. Por mencionar algunos, podemos señalar que está consagrado en la Carta de las Naciones Unidas, la Carta de la Organización de los Estados Americanos, en la Declaración Universal de los Derechos Humanos, la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, el Pacto Internacional de

Derechos Civiles y Políticos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos, y en todos ellos se ha establecido la igualdad de toda persona ante la ley sin distinción de ningún tipo y la prohibición de discriminar por parte del Estado y sus agentes. Incluso en la actualidad, se considera que el principio de igualdad y no discriminación tiene carácter de *ius cogens*, “puesto que sobre él descansa todo el andamiaje jurídico del orden público nacional e internacional”²².

Sin embargo y a pesar de existir numerosos tratados internacionales que consagran el principio de igualdad y no discriminación, fue necesario crear un instrumento internacional específico para superar las desigualdades de las mujeres. De esta manera surge en 1979 la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (en adelante CEDAW por sus siglas en inglés) la que define en su primer artículo discriminación contra las mujeres como “toda distinción, exclusión o restricción basada en el sexo que tenga por objeto o resultado menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio por la mujer, independientemente de su estado civil, sobre la base de la igualdad del hombre y la mujer, de los derechos humanos y las libertades fundamentales en las esferas política, económica, social, cultural y civil o en cualquier otra esfera”. Por su parte el artículo 5º de la CEDAW obliga a los Estados a “modificar los patrones socioculturales de conducta de hombres y mujeres, con miras a alcanzar la eliminación de prejuicios y las prácticas consuetudinarias y de cualquier otra índole que estén basados en la idea de inferioridad o superioridad de cualquiera de los sexos o en funciones estereotipadas de hombres y mujeres”.

La Convención establece para los Estados, una serie de obligaciones negativas y positivas con el objeto de garantizar el goce de los derechos de las mujeres en igualdad de condiciones con los hombres.

Con la creación de CEDAW se abre un período de

²² Corte Interamericana de Derechos Humanos, 17 de septiembre 2003, Opinión Consultiva OC 18/03, Condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados, párr. 101.

evolución de los derechos de las mujeres principalmente en materia de igualdad y no discriminación y a la forma en que se conciben e interpretan. De esta manera, ya no se pretende equiparar los derechos de las mujeres a los de los hombres, sino que se entiende que la igualdad debe leerse en clave de subordinación y sometimiento en que viven las mujeres en la sociedad, y por lo tanto, no basta “tener” los mismos derechos que los hombres, sino que también se hace necesario reconocer otros derechos que consideran la realidad en que viven las mujeres, como el derecho a vivir una vida libre de violencia.

Este progreso sobre el principio de igualdad y no discriminación, los derechos humanos de las mujeres y las violencias que padecen, ha permitido un desarrollo específico de las obligaciones del Estado en cuanto al respeto y garantía de estos derechos.

1. Debida diligencia reforzada

Las obligaciones estatales relativas a los derechos humanos se han sistematizado a través de la noción de Debida Diligencia. La Corte Interamericana ha señalado que, como consecuencia de la obligación de garantía, los Estados Partes deben “prevenir, investigar y sancionar toda violación de los derechos reconocidos por la Convención [Americana de Derechos Humanos] y procurar, además, el restablecimiento, si es posible, del derecho conculcado y, en su caso, la reparación de los daños producidos”. Para poder cumplir con este mandato, los Estados deben actuar con la “debida diligencia”, es decir, adoptando todas las medidas que estén a su alcance para evitar o responder frente a las violaciones de los derechos humanos²³.

El principio de debida diligencia ha sido especialmente invocado en materia de violencia contra las mujeres, existiendo un consenso en la comunidad internacional sobre el valor reforzado que adquiere este principio en casos de violencia de género.

23 SEPÚLVEDA, Ivonne; SOVINO, Maurizio. “Violencia de género e investigación penal: deberes y desafíos para el Ministerio Público”. En: *Revista Jurídica del Ministerio Público*, N° 69, Santiago, Chile, Ministerio Público, 2017, p. 147.

Así, en el ámbito universal, en el año 1992 el Comité CEDAW estableció en su Recomendación General N° 19 que “[e]n virtud del derecho internacional y de pactos específicos de derechos humanos, los Estados también pueden ser responsables de actos privados si no adoptan medidas con la diligencia debida para impedir la violación de los derechos o para investigar y castigar los actos de violencia y proporcionar indemnización”²⁴. Al año siguiente, en la Declaración de Naciones Unidas sobre la Eliminación de la Violencia contra la Mujer, se consagró este deber de los Estados de manera expresa al señalar que “[los Estados deben] proceder con la debida diligencia a fin de prevenir, investigar y, conforme a la legislación nacional, castigar todo acto de violencia contra la mujer, ya se trate de actos perpetrados por el Estado o sus particulares” (art. 4. c).

Posteriormente en la Recomendación General N°35 de CEDAW (2017) se establece que “[e]sa obligación, conocida con frecuencia como una obligación de diligencia debida, sienta las bases de la Convención en su conjunto y, en consecuencia, los Estados partes serán considerados responsables en caso de que no adopten todas las medidas apropiadas para prevenir, investigar, enjuiciar, castigar y ofrecer reparación por los actos u omisiones de agentes no estatales que den lugar a la violencia por razón de género contra la mujer (...) En virtud de la obligación de diligencia debida, los Estados partes deben adoptar y aplicar diversas medidas para hacer frente a la violencia por razón de género contra la mujer cometida por agentes no estatales, lo que comprende contar con leyes, instituciones y un sistema para abordar dicha violencia y garantizar que funcionan de manera eficaz en la práctica y que cuentan con el apoyo de todos los agentes y órganos del Estado que hacen cumplir las leyes con diligencia. El hecho de que un Estado parte no adopte todas las medidas adecuadas para prevenir los actos de violencia por razón de género contra la mujer en los casos en que sus autoridades tengan conocimiento o deban ser conscientes del riesgo de dicha violencia, o el hecho de que no investigue, enjuicie y castigue a los autores ni ofrezca repara-

24 ONU, Comité CEDAW, Recomendación General N° 19: La violencia contra la mujer, 1992, párr. 9.

ción a las víctimas y supervivientes de esos actos, constituye un permiso tácito o una incitación a cometer actos de violencia por razón de género contra la mujer. Tales fallos u omisiones constituyen violaciones de los derechos humanos”²⁵.

Sin embargo, a partir de la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer (de Belém do Pará) se establece de manera expresa la responsabilidad que le cabe al Estado cuando éste no ha adoptado todas las medidas apropiadas para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres, sea cometida en el ámbito público como en el privado. Belém do Pará manda a los Estados a “actuar con la debida diligencia para prevenir, investigar y sancionar la violencia contra la mujer” (art. 7.b). Este deber implica cuatro obligaciones, la prevención, la investigación, la sanción y la reparación de las violaciones de los derechos humanos evitando su impunidad²⁶. De esta forma, la Corte Interamericana ha consignado que “esta obligación implica el deber de los Estados Partes de organizar todo el aparato gubernamental y, en general, todas las estructuras a través de las cuales se manifiesta el ejercicio del poder público, de manera tal que sean capaces de asegurar jurídicamente el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos. Como consecuencia de esta obligación, los Estados deben prevenir, investigar y sancionar toda violación de los derechos reconocidos por la Convención y procurar, además, el restablecimiento, si es posible, del derecho conculcado y, en su caso, la reparación de los daños producidos por la violación de los derechos humanos”²⁷.

Asimismo, la Convención de Belém do Pará es el primer instrumento internacional de naturaleza

25 ONU, Comité CEDAW, Recomendación General N° 35: sobre la violencia por razón de género contra la mujer, por la que se actualiza la Recomendación General N° 19, 2017, párr. 24, 2. B.

26 SEPÚLVEDA, Ivonne. “Convención Interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer: Comentarios y algunos ejemplos de su incipiente reconocimiento jurisprudencial”. En: *Revista Jurídica del Ministerio Público*, N° 60, Santiago, Chile, Ministerio Público, 2014, p. 160.

27 Corte Interamericana de Derechos Humanos, 29 de julio de 1988, Caso Velásquez Rodríguez, Serie C N° 4, párr. 166.

vinculante que aborda la violencia contra las mujeres, y por ello tiene la virtud de adaptar los derechos humanos “neutros” que están consagrados en otros tratados generales, a sus realidades y necesidades. Así, se define la violencia contra la mujer como “cualquier acción o conducta, basada en su género, que cause muerte, daño o sufrimiento físico, sexual o psicológico a la mujer, tanto en el ámbito de lo público como en el privado” (art. 1).

En síntesis, la consagración explícita del principio de la debida diligencia en este tratado internacional, da cuenta de la relevancia que adquiere en casos de violencia de género contra las mujeres.

Como podemos observar, tanto el sistema universal como el regional de derechos humanos han resaltado que la ineficiencia del Estado al momento de actuar con la debida diligencia para dar protección, investigar y sancionar en los casos en que las mujeres son víctimas de violencia, constituye una forma de discriminación hacia las mujeres que obstaculiza el pleno goce de sus derechos. Es por ello que este principio es de suma importancia para el Estado y sus agentes, y fundamentalmente para aquellos que componen el sistema de justicia.

Lo anterior no sólo es absolutamente aplicable al femicidio o feminicidio, sino que a propósito de este tipo de casos en los cuales no ha habido debida diligencia estatal, se han construido estándares que deben tener presentes los órganos del Estado, principalmente al momento de investigar, perseguir y sancionar penalmente a las personas responsables. De esta manera, un Estado que no prevenga, investigue o sancione con la debida diligencia el feminicidio o femicidio, incumple con su deber de garantizar el derecho a la vida de las mujeres.

Es por ello que cada Estado debe analizar su propia realidad para poder llevar a cabo políticas públicas encaminadas a prevenir situaciones de riesgo para las mujeres, pero también aquellas que sancionen esta manifestación extrema de violencia, considerando diferentes aspectos: sociales, culturales, raciales, étnicos, etcétera, de manera que se ajusten a la situación que se vive en su país.

Dentro de las medidas que los Estados deben adoptar, se encuentran las administrativas, pero también están las legislativas que pueden tener un rol fundamental, especialmente en la investigación y sanción de estas conductas.

2. Obligación de los Estados de tipificación de estas conductas

Los deberes del Estado consagrados en los instrumentos internacionales de Derechos Humanos, pueden cumplirse de diferentes maneras. Una de ellas es a través de la creación, modificación o eliminación de normas jurídicas cuando su objeto es lograr el respeto y garantía de los derechos fundamentales de las personas.

En este sentido, las principales convenciones internacionales sobre mujeres, se han pronunciado expresamente en sus textos y en los documentos emanados de sus órganos de tratados.

CEDAW señala en su artículo 2º que los Estados se comprometen a:

- a. Consagrar tanto en sus constituciones como en otras leyes, el principio de igualdad entre hombres y mujeres y a asegurar por ley u otros medios apropiados la realización práctica de ese principio.
- b. Adoptar medidas adecuadas, legislativas y de otro carácter, con las sanciones correspondientes, que prohíban toda discriminación contra la mujer; (...)
- c. Adoptar todas las medidas adecuadas, incluso de carácter legislativo, para modificar o derogar leyes, reglamentos, usos y prácticas que constituyan discriminación contra la mujer;
- d. Derogar todas las disposiciones penales nacionales que constituyan discriminación contra la mujer”.

Para poder dotar de contenido a estas normas del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, es necesario revisar el concepto de discriminación.

Un acto discriminatorio implica realizar un trato diferenciado, con un motivo prohibido y que tenga por objeto o resultado anular o menoscabar el reconocimiento, goce o ejercicio de un derecho. Sin embargo, también puede ocurrir que un acto sea discriminatorio cuando se trata de la misma forma a personas que se encuentran en situaciones sociales distintas. Ello porque existen grupos de personas que dentro de la sociedad, no pueden gozar de sus derechos de la misma manera que el resto, al encontrarse en una situación de subordinación producto de las relaciones establecidas en dicha comunidad. A esta situación se le ha denominado discriminación *estructural*²⁸, y es en este marco social y cultural en el cual se encuentran varios colectivos de personas como las mujeres, personas en situación de discapacidad, adultas mayores, entre otros, quienes sufren actos de discriminación de manera individual debido a la pertenencia a ese grupo específico. Por lo tanto, el concepto de discriminación estructural busca destacar que el fenómeno que genera la ocurrencia del acto discriminatorio tiene como base una cuestión colectiva de subordinación o sometimiento.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos a propósito de la discriminación estructural, ha señalado que los Estados están obligados “a adoptar medidas positivas para revertir o cambiar situaciones discriminatorias existentes en sus sociedades, en perjuicio de determinado grupo de personas”²⁹.

Por su parte, específicamente respecto a las mujeres, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos ha sostenido que “una concepción más amplia del principio de no discriminación se vincula con la idea de terminar con la subordinación de las mujeres como grupo. Esta concepción (que en esta luz algunos llaman principio de antisubordinación) condena las prácticas que tienen el efecto de crear o perpetuar en nuestra sociedad una posición su-

28 SABA, Roberto. “(Des)igualdad Estructural”. En: *Revista Derecho y Humanidades*, N° 11, Santiago, Chile, Facultad de Derecho Universidad de Chile, 2005, p. 20, citando la obra de Fiss (*A Community of Equal*).

29 Corte Interamericana de Derechos Humanos, 20 de octubre de 2016, Caso trabajadores de la Hacienda Brasil Verde vs. Brasil (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas), Párr. 336.

bordinada para ciertos grupos desaventajados, como es el caso de las mujeres. En esta concepción la discriminación de las mujeres no sólo debe ser rechazada porque presupone un trato injusto para algunas personas individualmente consideradas, sino porque, además, tiene por función subordinar a las mujeres como grupo para de este modo crear y perpetuar una jerarquía de género. La discriminación es considerada uno de los tantos procesos sociales responsables del orden jerárquico de los sexos que coloca a las mujeres en la base de dicha pirámide”³⁰.

Ahora, en materia de violencia contra las mujeres, la Convención de Belém do Pará señala expresamente el deber que tiene el Estado de “incluir en su legislación interna normas penales, civiles y administrativas, así como las de otra naturaleza que sean necesarias para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer y adoptar las medidas administrativas apropiadas que sean del caso” (Art. 7 c)).

Luego obliga a los Estados a tomar todas las medidas apropiadas, incluyendo las de tipo legislativo, para modificar o abolir leyes y reglamentos vigentes, o para modificar prácticas jurídicas o consuetudinarias que respalden la persistencia o tolerancia de la violencia contra la mujer (Art. 7 e).

Complementando lo anterior, el Comité de CEDAW en la Recomendación General N°35, señala que de conformidad con los artículos 2 b), c), e), f) y g) y 5 a), los Estados están obligados a adoptar legislación que prohíba todas las formas de violencia por razón de género contra las mujeres y las niñas, a fin de armonizar la legislación nacional con la Convención³¹.

De esta manera, la vinculación entre violencia y discriminación resulta esencial para comprender la necesidad de tipificar conductas específicas que atenten contra los derechos de las mujeres.

30 OEA, Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Acceso a la Justicia para las Mujeres Víctimas de Violencia en las Américas, 2007, párr. 75.

31 ONU, Comité CEDAW, Recomendación General N° 35: sobre la violencia por razón de género contra la mujer, por la que se actualiza la Recomendación General N° 19, 2017, párr. 26.

La discriminación, como sistema de prácticas que consagran la desigualdad y subordinación, utiliza a la violencia como método para mantenerla y asegurarla. De esta manera, la violencia es ejercida cada vez que se requiera sancionar a quien no se comportó de acuerdo al orden de las cosas: si la persona subordinada no actúa conforme a los mandatos, roles, estereotipos, comportamientos y valores que la sociedad le asigna, se utilizará la violencia como medio para corregir esa falta³².

Es por ello que los Estados deben combatir los estereotipos de género persistentes en torno a las mujeres, puesto que “es posible asociar la subordinación de la mujer a prácticas basadas en estereotipos de género socialmente dominantes y socialmente persistentes. En este sentido, su creación y uso se convierte en una de las causas y consecuencias de la violencia de género en contra de la mujer”³³.

Los femicidios mantienen la discriminación estructural de las mujeres y se constituye en la manifestación extrema de violencia que reafirma un sistema social género-sexista. En ese sentido, la socióloga mexicana Teresa Incháustegui sostiene que los feminicidios operan como un dispositivo de poder masculino para mantener o reestablecer a nivel individual y colectivo las posiciones de dominio masculino entre hombres, en una sociedad que cuestiona la forma en que se es varón; y para operar como un mecanismo de control frente a los cambios y las contravenciones de las mujeres al sistema de género sexista³⁴.

En consecuencia, dado que los feminicidios son muertes que se ocasionan en una situación de discriminación social y cultural estructural hacia las mujeres, en las que se puede identificar la obligación y desobediencia de un estereotipo de género

32 SEPÚLVEDA/SOVINO, ob. cit., p. 141.

33 Corte Interamericana de Derechos Humanos, 19 de noviembre de 2015, Caso Velásquez Paiz y otros vs. Guatemala (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas), párr. 180.

34 INCHÁUSTEGUI, Teresa. “Sociología y política del feminicidio: algunas claves interpretativas a partir del caso mexicano”. En: *Revista Sociedade e Estado*, N° 29(2), Brasília, Brasil, Universidade de Brasília, 2014, págs. 381-382.

de subordinación hacia las mismas, el Estado tiene el deber de comprender esta situación y responder a través del ordenamiento jurídico de manera especial.

De otra manera, si el Estado no adopta estas medidas, podría considerarse que está discriminando a las mujeres de una manera indirecta, ya que estas situaciones desiguales requieren un trato diferente.

De allí se desprende la obligatoriedad en la adopción de medidas legislativas específicas cuando se trata de los derechos de las mujeres, ya que las normas generales muchas veces no sirven para proteger adecuadamente sus derechos.

Esta interpretación es la que ha servido a los países que han discutido la constitucionalidad de las normas de género específicas que han introducido a favor de las mujeres en materia de violencia de género. Así, en Colombia y México a propósito de la tipificación del feminicidio, y en España debido a la creación del delito de maltrato ocasional, los Tribunales han señalado que estas legislaciones son una aplicación directa de disposiciones diferenciadas porque obedecen a una realidad diversa, es decir, se fundamentan como trato justificado o razonable orientado a alcanzar la igualdad sustancial de las mujeres en estas materias³⁵.

35 El Tribunal Constitucional de España ha sido enfático al señalar como fundamento de un delito género-específico como el maltrato ocasional regulado en el Código Penal español que “no es el sexo en sí de los sujetos activo y pasivo lo que el legislador toma en consideración..., sino el carácter especialmente lesivo de ciertos hechos a partir del ámbito relacional en el que se produce”. (Tribunal Constitucional, 14 de mayo de 2008, N°59/2008, considerando noveno). Por su parte, la Suprema Corte de Justicia de la Nación de México resolvió que el artículo 153-A del Código Penal del Estado de Guanajuato, que tipifica el feminicidio, no transgrede los derechos fundamentales de igualdad y discriminación entre el varón y la mujer, al señalar que para establecer si un trato diferenciado es discriminatorio se requiere lo siguiente: 1) determinar si la finalidad es objetiva y constitucionalmente válida, en razón de que los medios escogidos por el legislador no sólo deben guardar relación con los fines buscados por la norma, sino compartir su carácter de legitimidad; 2) examinar la racionalidad de la medida, esto es, que exista una relación de índole instrumental entre los medios utilizados y el fin pretendido; y 3) valorar que se cumpla con una relación de proporcionalidad (Suprema Corte de Justicia de la Nación, 11 de noviembre de 2015, Amparo Directo de Revisión 652/2015, considerando sexagésimo sexto). En Colombia, la Corte Constitucional de la República indicó que: “[El feminicidio] se refiere al tipo penal que castiga los homicidios de mujeres por el hecho de ser tales en un contexto social y cultural que las ubica en posiciones, roles o funciones subordinadas, contexto que favorece y expone a múltiples formas de violencia”. (Corte Constitucional de la República, 8 de junio de 2016, C-297/16, considerando undécimo).

IV. Femicidio en Chile: desde la Ley N° 20.480 a la Ley N° 21.212

La tipificación de la muerte violenta de mujeres como femicidio/feminicidio, desde el punto de vista político y jurídico, permite nombrar y visibilizar la máxima expresión de la violencia contra las mujeres basada en su género. Asimismo, implica conceptualizar este tipo de violencias, lo que trae aparejada la generación de conciencia en la sociedad sobre las consecuencias de las relaciones desiguales de poder entre hombres y mujeres. Ello permite además su registro y análisis estadístico y comparativo³⁶.

En América Latina y siguiendo las recomendaciones del Comité de Expertas del Mecanismo de Seguimiento de la Convención Belém do Pará (CEVI), la mayoría de los países han introducido en su legislación la figura del femicidio o feminicidio, ya sea con la aprobación de leyes especiales relativas a la violencia contra las mujeres o bien con reformas a los códigos penales. De esta manera, Argentina, Bolivia, Brasil, Chile, Colombia, Costa Rica, Ecuador, El Salvador, Guatemala, Honduras, México, Nicaragua, Panamá, Paraguay, Perú, República Dominicana, Venezuela y Uruguay, lo han tipificado como delito autónomo, utilizando la denominación de femicidio o feminicidio o lo han previsto como agravante del homicidio.

1. Ley N° 20.480

En Chile, la incorporación del delito de femicidio se llevó a cabo a través de la Ley N° 20.480 del 18 de diciembre de 2010, que introdujo una serie de modificaciones al Código Penal, a la Ley N° 20.066 de Violencia Intrafamiliar y a la Ley N° 19.968 que crea los Tribunales de Familia.

Con la Ley N° 20.480 se nombra por primera vez en el Código Penal chileno la palabra *femicidio*, materia que no estuvo exenta de debates. Los princi-

36 MESECVI, *Ley Modelo Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Muerte Violenta de Mujeres y Niñas (Femicidio/Feminicidio)*. Washington, Estados Unidos, 2018, p. 14.

pales cuestionamientos a esta modificación legal fueron la existencia -y suficiencia- de tipos penales neutros, la posible expansión del Derecho Penal y la presencia de un Derecho Penal simbólico, pero también se discutió que su incorporación se hiciera en la misma norma del parricidio y por tanto no contemplara otras situaciones que en términos teóricos, son constitutivos de femicidio.

Sin embargo y a pesar de estas objeciones, se destaca que el propósito de esta ley fue reconocer conceptualmente como tipo penal “todo asesinato en que la víctima sea la cónyuge, conviviente o cualquier mujer con la que el agresor está o haya estado ligado por alguna relación afectiva”³⁷.

De esta manera, la primera ley de femicidio fue del siguiente tenor:

“Art. 390. El que, conociendo las relaciones que los ligan, mate a su padre, madre o hijo, a cualquier otro de sus ascendientes o descendientes o a quien es o ha sido su cónyuge o su conviviente, será castigado, como parricida, con la pena de presidio mayor en su grado máximo a presidio perpetuo calificado.

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

Como se aprecia, este tipo penal recogió lo que doctrinariamente se denomina femicidio íntimo acotado, puesto que quedó reservado únicamente para sancionar a los cónyuges y convivientes presentes o pasados.

Es por ello que a poco andar, surgieron nuevas iniciativas para modificar este delito con el objeto de poder subsumir otras situaciones en las cuales son asesinadas las mujeres.

2. Ley N° 21.212

La ley tiene su origen en una moción parlamenta-

³⁷ Historia de la Ley N° 20.480, p. 5.

ria³⁸, cuya idea matriz tuvo por objeto “perfeccionar el delito de femicidio en la legislación interna, ampliando su ámbito de aplicación a la muerte de toda mujer asesinada por el hecho de ser mujer”³⁹.

De esta manera, las autoras del proyecto de la nueva ley señalan que la regulación anterior “no sólo se opone a la justicia que merecen las víctimas, sino que invisibiliza la violencia que los hombres ejercen contra las mujeres, reforzando las desigualdades que predominan socialmente y extienden la negación de los derechos humanos de las mujeres”⁴⁰.

De ahí que el fundamento del proyecto de la Ley N° 21.212 sea ampliar el tipo penal a todo asesinato cometido contra una mujer por razones de género, pues “constituye un avance en la comprensión política de este problema social, por cuanto permite situar apropiadamente el espacio relacional donde estos crímenes ocurren, pero especialmente da cuenta la cotidianeidad con la que es ejercida la violencia contra las mujeres”⁴¹. El proyecto amplía el delito de femicidio a cualquier asesinato de una mujer con motivos de odio, menosprecio o abuso por causa de género, sin importar la relación o cercanía del asesino con su víctima⁴².

Además con esta legislación, se responde a las exigencias internacionales en la materia, en particular a las Observaciones finales sobre el Séptimo Informe Periódico de Chile del Comité de CEDAW, donde se recomienda al Estado que “modifique la Ley N° 20.480 relativa al femicidio para ampliar la definición de femicidio de modo que abarque to-

³⁸ Boletín N° 11970-34, que modifica el Código Penal en materia de tipificación del femicidio y de otros delitos contra las mujeres, de las diputadas Karol Cariola, Daniella Cicardini, Maya Fernández, Cristina Girardi, Marcela Sabat, Camila Vallejo y Gael Yeomans y de los diputados Gabriel Silber, Jaime Tohá y Víctor Torres. Esta moción recoge la petición de los familiares de Gabriela Alcáino y su madre Carolina Donoso, quienes fueron asesinadas por el ex “pololo” de la joven, para modificar la regulación del femicidio en Chile, toda vez que, conforme a la legislación vigente, sus muertes no configuraban este ilícito.

³⁹ Historia de la Ley N° 21.212, p. 9.

⁴⁰ Ibid., p. 13.

⁴¹ Ibid., p. 5.

⁴² Ibid., p. 44.

dos los homicidios motivados por el género, intensifique las medidas para prevenir los femicidios y vele por que se investigue, se enjuicie y se condene a sus autores”⁴³, y al Mecanismo de Seguimiento de la Convención de Belém do Pará (MESECVI), que elaboró una propuesta de Ley Modelo Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Muerte Violenta de Mujeres y Niñas (Femicidio/Feminicidio) que tiene por objeto que los Estados que suscribieron a la Convención de Belém do Pará, adapten sus legislaciones con miras a fortalecer las acciones de prevención, protección, atención, investigación, persecución, sanción y reparación integral, de modo de garantizar el derecho de las mujeres y niñas a una vida libre de violencia y de patrones estereotipados de comportamiento.

La propuesta original consistía en ampliar la figura de “femicidio al asesinato de mujeres “con motivos de odio, menosprecio o abuso por causa de género”, estableciendo además una enumeración de circunstancias agravantes, tales como el hecho que la víctima sea menor de edad, que haya existido violencia sexual previa, que el victimario mantenga o haya mantenido una relación de pareja con la víctima, así como que el delito haya sido cometido con alevosía o ensañamiento”.

Adicionalmente, buscaba crear un nuevo artículo 393 bis) que tipificaba la figura de incitación al suicidio o prestar auxilio para cometerlo, en el marco de las desiguales relaciones de poder basadas en el género. Sin embargo este nuevo tipo penal fue suprimido en su tramitación en la Cámara Baja debido a las críticas realizadas por distintos académicos.

Asimismo, el proyecto buscaba impedir la configuración de la atenuante de “irreprochable conducta anterior” cuando haya precedido cualquier incidente de violencia a la comisión de los delitos comprendidos anteriormente, independiente a que se hayan denunciado o no⁴⁴.

Finalmente, durante la tramitación del proyecto se

mantuvo la lógica de configurar dos tipos penales: un femicidio simple o base, en el cual se castigue el asesinato de una mujer por razones de género; y uno agravado por el vínculo entre víctima y autor. En ese sentido se orienta la indicación del Ejecutivo a través del Ministerio de la Mujer y Equidad de Género, en que contemplan una “figura base que sanciona la muerte por rechazo o desvalorización de género, con una pena equivalente a aquella aplicable al homicidio calificado, esto es, con la de presidio mayor en su grado máximo a presidio perpetuo y una figura de femicidio agravado, aplicable cuando el autor sea o haya sido cónyuge, conviviente, o pareja con o sin convivencia, cuando el delito se haya perpetrado con razón de esa relación; o respecto de la cual el autor tuviere un hijo en común o que se encontrare embarazada de éste cuando el delito se haya perpetrado con razón de esa circunstancia”.

Sin embargo, a raíz de la intervención del Ministerio Público a través de la Unidad Especializada en Derechos Humanos, Violencia de Género y Delitos Sexuales de la Fiscalía Nacional, el proyecto de ley comienza a articularse del modo en que finalmente se plasmó en la actual Ley N° 21.212. Ello porque se hicieron dos propuestas de normativa:

1. La creación de un tipo penal en el cual se incorporara el femicidio íntimo acotado existente y se agregaran otras circunstancias en las cuales se entiende que existe una razón de género en la muerte de una mujer.
2. La creación de dos normas jurídicas que tipifiquen el femicidio: en una de ellas se consagra el femicidio íntimo ampliándolo a otras hipótesis como el caso del pololeo y el ser madre de un hijo en común con el agresor, y otra que contemple el femicidio no íntimo, señalando que el hombre que mate a una mujer por razón de su género, cuando se comete en determinadas circunstancias que se detallaron.

Además se planteó la incorporación de agravantes para los delitos de femicidio y la imposibilidad de aplicación de la atenuante contemplada en el artículo 11 N°5 del Código Penal.

43 Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, Observaciones finales sobre el séptimo informe periódico de Chile, párr. 25 C).

44 Historia de la Ley N° 21.212, p. 6.

El Poder Legislativo, optó por la segunda alternativa, y en consecuencia, modificó el Código Penal suprimiendo el inciso segundo del artículo 390, donde se encontraba el antiguo femicidio, y crearon un nuevo párrafo 1 bis denominado “Del femicidio”, cuyo análisis haremos a continuación.

V. Nueva tipificación del femicidio: cuestiones relativas al tipo penal

El MESECVI adopta como definición de femicidio “la muerte violenta de mujeres por razones de género, ya sea que tenga lugar dentro de la familia, unidad doméstica o en cualquier otra relación interpersonal, en la comunidad, por parte de cualquier persona, o que sea perpetrada o tolerada por el Estado y sus agentes, por actos de acción u omisión”⁴⁵.

Nuestra legislación, siguiendo la Ley Modelo del MESECVI va en esta misma línea, estableciendo la razón de género como elemento distintivo en la muerte de mujeres, y no haciendo una distinción en cuanto al contexto en que se ejecute, esto es, sea intrafamiliar o cometido por cualquier hombre. Asimismo, describe circunstancias en las cuales se entiende que hay una razón de género.

A continuación, analizaremos las diferentes modificaciones introducidas por la nueva Ley de Femicidio.

1. Aspectos generales de los tipos penales

Bien jurídico

Existe acuerdo doctrinario y jurisprudencial en que el femicidio como norma específica del homicidio, se encuentra destinado a la protección del bien jurídico vida humana plena o independiente. Sin embargo, los diversos fenómenos que se conceptualizan como femicidio o feminicidio en el ámbito teórico de la sociología o antropología, al ser traspasados a la esfera jurídico-penal se configuran como delitos complejos, y por

tanto, pluriofensivos, debido a que afectan a una multiplicidad de bienes jurídicos.

En cuanto bien jurídico diferente o pluriofensividad de las conductas, se ha señalado que los delitos de violencia contra las mujeres y específicamente el femicidio, además de vulnerar o poner en peligro el derecho a la vida, a la salud, a la integridad física o psíquica, atentan también contra la igualdad material, y por tanto, deben condenarse las prácticas que tienen el efecto de perpetuar en nuestra sociedad la posición subordinada de las mujeres como colectivo⁴⁶.

Otra alternativa es considerar que existe en estos delitos un plus del injusto que justifica su penalización separada y agravada. Este plus del injusto o mayor antijuricidad se justifica porque existen conductas que constituyen una manifestación de la discriminación contra las mujeres, las cuales el Estado está comprometido a prevenir, sancionar y erradicar, ya sea por mandato constitucional o legal interno, o través de los tratados internacionales de derechos humanos sobre la materia que ha ratificado⁴⁷.

Sujetos

Siguiendo la Ley Modelo del MESECVI, nuestra legislación opta por sexualizar la norma en dos sentidos, por una parte, declarando expresamente que este delito solamente puede ser cometido por hombres y por otra, indicando que solamente puede ser víctima una mujer. Por eso, 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 mujeres (basada en las desigualdades entre mujeres y hombres⁴⁸).

46 DÍAZ CASTILLO, Ingrid, RODRÍGUEZ VÁSQUEZ, Julio y VALEGA CHIPOCO, Cristina. *Feminicidio. Interpretación de un delito de violencia basada en género*. Lima, Perú, Pontificia Universidad Católica del Perú, 2019, págs. 62-63.

47 TOLEDO, Patsilí. *Feminicidio*. México D.F., México, Oficina en México del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, 2009, p. 72.

48 Cuestión que queda de manifiesto en la circunstancia quinta de la razón de género descrita en el artículo 390 ter, esto es, “cuando se den circunstancias de manifiesta subordinación por las relaciones desiguales de poder”.

45 MESECVI, ob. cit., p. 13.

Sobre el sujeto activo, el MESECVI sostiene que es “cualquier hombre que comete el delito de femicidio/feminicidio o cualquier otro delito o acto de violencia contra las mujeres por el hecho de ser mujeres”⁴⁹.

En cuanto al término “*mujer*” presente en el tipo penal de femicidio, este mismo instrumento indica que será “cualquier persona auto percibida como mujer”⁵⁰. En este sentido, cabe señalar que se considerará como 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 a su identidad de género. Ello porque consideramos que éste es un elemento normativo que requiere de un proceso de interpretación que permita dotarlo de contenido, conforme a los estándares internacionales que buscan proteger a las mujeres de ataques contra sus vidas que reafirmen estereotipos que las subordinan socialmente.

2. Femicidio íntimo

“Artículo 390 bis.- El hombre que mate 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 mate a una mujer por razón de tener o haber tenido con ella una relación de pareja de carácter sentimental o sexual sin convivencia”.

Vínculos

El inciso primero del artículo 390 bis recoge las mismas hipótesis que el antiguo artículo 390 inciso segundo (cónyuge o conviviente), ampliándolo a casos en que no habiendo existido matrimonio o convivencia, víctima y victimario tienen o han tenido hijos en común, incorporando una situación reconocida como constitutiva de violencia intrafamiliar en el artículo 5 inciso segundo de la Ley N° 20.066.

⁴⁹ MESECVI, ob. cit., p. 26.

⁵⁰ MESECVI, ob. cit., p. 26.

Los vínculos señalados en el primer inciso son:

1. **Ser cónyuge o ex cónyuge:** donde se comprenden las personas con vínculo matrimonial, separados de hecho, separados judicialmente y divorciados.
2. **Ser conviviente o ex conveniente:** donde se comprenden las personas con matrimonio anulado, convivientes civiles actuales o terminados, y convivientes de hecho actuales o pasados⁵¹.
3. **Ser o haber sido padres de un hijo en común:** donde se comprenden aquellos sujetos que tienen o tuvieron la calidad de padres, conforme a las reglas generales en materia de filiación.

Luego en el inciso segundo, se establece que se comete femicidio cuando un hombre mata a una mujer en razón de tener o haber tenido con ésta una relación de pareja de carácter sentimental o sexual, sin convivencia. Con esta incorporación, se sanciona una situación de hecho conocida coloquialmente como de “pololeo”.

Este femicidio sigue siendo íntimo, pero a diferencia de lo que ocurre con el inciso anterior, se escapa de la lógica familista e innova, incorporando una situación de hecho no comprendida en la Ley de Violencia Intrafamiliar.

El aspecto más relevante de esta nueva figura dice relación con el concepto de *relación de pareja*, ya que al igual que la *convivencia*⁵², se trata de un elemento normativo del tipo que se irá desarrollando por la doctrina y jurisprudencia, y que es esencialmente dinámico, puesto que lo que hoy entendemos por relación de pareja no es lo mismo que hace cincuenta años atrás o lo que se entenderá en otros cincuenta años más.

Si bien no es sencillo entregar una definición del concepto, la expresión “de pareja” supone una ca-

⁵¹ Cfr. SEPÚLVEDA, Ivonne. “¿De qué hablamos cuando hablamos de convivencia en el artículo 390 del Código Penal?”. En: *Revista Jurídica del Ministerio Público*, N° 61, Santiago, Chile, Ministerio Público, 2014, págs. 179 - 201.

⁵² Ídem.

lificación de la relación personal entre dos personas, en el sentido de que no toda relación sexual o sentimental constituirá una relación de pareja. Así por ejemplo, una relación sexual ocasional o una relación de afecto entre amigos o compañeros de trabajo no constituyen una relación de pareja.

Asimismo, la relación de pareja se puede entender en un sentido negativo al de 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 la convivencia como la notoriedad, estabilidad o proyecto de vida en común.

En ese sentido, podemos encontrar dos tipos de vínculos, sin perjuicio de la posibilidad que se verifiquen ambas hipótesis conjuntamente:

1. **Relación de pareja de carácter sentimental:** como sería el caso de una pareja de “pololos” en que no hayan iniciado la actividad sexual, parejas asexuales o parejas virtuales, etc.
2. **Relación de pareja de carácter sexual:** como serían por ejemplo parejas que acuerdan mantener únicamente un vínculo sexual o los amantes.

Conducta

La conducta castigada sigue siendo la misma que antes, esto es, dar muerte a una mujer. En su aspecto objetivo no merece mayores reparos, pues se sigue exigiendo una conducta homicida y el resultado de muerte de la víctima. En cuanto al tipo subjetivo, se exige un dolo de matar (*animus necandi*), que de acuerdo a la clasificación doctrinaria, puede ser directo o eventual.

Si bien en el inciso segundo 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, la lectura armónica de esta ley y su historia, nos llevan a concluir que debe ser entendida como una mera referencia al vínculo que la norma describe –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 convivencia⁵³.

Por lo tanto, basta con probar la existencia de una relación de pareja de carácter sentimental o sexual sin convivencia, para castigar a título de femicidio.

Pena

En todos estos los casos la pena asignada es de presidio mayor en su grado máximo a presidio perpetuo calificado, conservando la pena del 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.

3. Femicidio no íntimo

Artículo 390 ter.- El hombre que mate a una mujer por 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.*

⁵³ En ese sentido, basta recordar que esta ley es conocida coloquialmente como “Ley Gabriela”, en referencia a Gabriela Alcáino, una adolescente a quien su entonces ex pareja dio muerte en 2018. Como el antiguo femicidio exigía un vínculo de convivencia, su caso no pudo ser calificado jurídicamente como tal, haciendo patente la necesidad de ampliarlo a la actual hipótesis del art. 390 bis inciso segundo.

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.*

Conducta

El comportamiento típico de este tipo de feminicidio radica en matar a una mujer por razón de género, entendiendo por tal cuando se comete en determinados contextos de discriminación contra las mujeres.

De esta manera, el inciso primero describe la conducta típica, que consiste en dar muerte a una mujer por razón de su género. Al igual que en el femicidio íntimo, el tipo objetivo se satisface con la conducta homicida y el resultado de muerte de la mujer. El tipo subjetivo exige el mismo dolo de matar (*animus necandi*), el que se ejecuta por razón de género.

En cuanto a este último elemento, el MESECVI entrega una definición de *violencia contra las mujeres por razón de género*, entendiéndola como “cualquier acción o conducta, basada en su género, que cause a las mujeres la muerte, daño o sufrimiento físico, sexual o psicológico, tanto en el ámbito público como en el privado, que sea motivada o se sustente en las relaciones históricamente desiguales de poder entre hombres y mujeres y ubica a las mujeres en situaciones de subordinación, que constituye una violación de derechos humanos que limita total o parcialmente el reconocimiento, goce y ejercicio de tales derechos”⁵⁴.

Nuestra legislación optó por establecer circunstancias de hecho objetivas que permiten presumir la existencia de razones de género que tendrán que ser consideradas, desde un enfoque interseccional y desde el contexto social y cultural en el que se encuentre la víctima y el victimario, sin requerir

probar el estado mental o una motivación especial (*mens rea*) del agresor.

Es por ello que en el inciso segundo se describen circunstancias en las que el legislador consideró que se expresa esta razón de género, de manera que, en la medida en que concurra alguna de las circunstancias descritas en los numerales del inciso segundo del artículo 390 ter, se entenderá por configurado este elemento subjetivo especial.

Por ejemplo, cuando un hombre mata a una mujer por negarse a establecer con él una relación de carácter sexual, bastará con acreditar esta circunstancia –la negativa de la mujer– para configurar el tipo femicida.

Sin perjuicio de que la norma hace mención a una lista cerrada o taxativa de circunstancias (lo que parece adecuado conforme al principio de legalidad), la circunstancia quinta es lo suficientemente amplia, pues permite considerar como femicidio la muerte de una mujer cuando se dé alguna situación en la que se exprese una *manifiesta subordinación por las relaciones desiguales de poder* entre hombres y mujeres; cuestión que podemos considerar como un *elemento normativo cultural*, en principio extrajurídico, que deberá ser integrado por la jurisprudencia y la doctrina a través de un proceso de elaboración conceptual⁵⁵.

Circunstancias comisivas

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

La RAE define *consecuencia* como “hecho o acontecimiento que se sigue o resulta de otro”. En ese sentido lo utiliza nuestro Código Penal, por ejemplo, para referirse a ciertas conductas agravadas por el resultado (como cuando a consecuencia del abandono de un pariente éste sufre lesiones graves o la muerte), denotando una *relación de causalidad* entre la acción y un resultado. Por otro lado, también se define *ser consecuencia de* como “ser

⁵⁴ MESECVI, ob. cit., p. 26.

⁵⁵ RETTIG, Mauricio. *Derecho Penal Parte General*. Santiago, Chile, DER, 2019, Tomo II, p. 189.

de importancia, consideración o monta”, lo cual se condice con la intención del legislador al describir esta circunstancia.

Así, el hecho de que la víctima se haya negado a establecer una relación de carácter sentimental o sexual con el autor, es la razón o el motivo considerado por el agresor para ejecutar la conducta homicida.

En cuanto a la expresión “relación de carácter sentimental o sexual”, cabe señalar que se utiliza la misma expresión que en el inciso segundo del artículo 390 bis, pero la diferencia de aquel con éste, es que en este numeral lo que se sanciona es dar muerte a una mujer que no quiso tener una relación con otro hombre, por lo tanto no se exige un vínculo entre víctima y victimario, sino que basta con acreditar una negativa de la víctima a iniciar una relación sentimental o tener una relación sexual con el agresor.

Si bien de acuerdo a las clasificaciones doctrinarias, esta hipótesis sería considerada como femicidio íntimo, ya que en dicha clasificación se incluye el supuesto del sujeto que asesina a una mujer –amiga o conocida– que rechazó entablar una relación íntima (sentimental o sexual) con éste, lo/as legisladore/as decidieron recoger esta situación como un femicidio no íntimo dado que no existe el mismo vínculo de confianza ni intimidación como ocurre en las circunstancias descritas en el artículo anterior.

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

Al igual que en la circunstancia anterior, debemos entender que el hecho de que la víctima ejerza o haya ejercido la prostitución u otra ocupación u oficio de carácter sexual, es la razón considerada por el agresor para ejecutar la conducta homicida. En ese sentido, es necesario acreditar el conocimiento del autor de la actividad que realiza la víctima y que dicho conocimiento motiva su conducta.

A pesar de no contar con una definición legal, la prostitución ha sido entendida como una “pres-

tación voluntaria y negociada de servicios sexuales remunerados”⁵⁶, sin perjuicio de que algunas autoras la conceptualizan más bien como “una modalidad de explotación, ejercida mediante una actividad histórica y organizada, basada en los roles sexuales (...) a cambio de un pago inmediato en dinero o bienes que son apropiados en parte por la víctima de explotación y frecuentemente también por terceros organizados en torno a esa explotación”⁵⁷.

En ese sentido, debemos comprender que la víctima se encuentra en alguna de estas hipótesis cuando ejerce la prostitución callejera, en prostíbulos, o en clubes nocturnos, realiza espectáculos sexuales ya sea públicos o privados (stripper o similar), o es escort, call girl o dama de compañía, por mencionar algunos. Asimismo, se entienden comprendidas en esta hipótesis a las mujeres, niñas y adolescentes explotadas sexualmente, pues lo relevante no es la presencia o ausencia de voluntariedad de la víctima, sino que el conocimiento del agresor de que éstas desarrollan una ocupación u oficio de carácter sexual.

Ahora, con la expresión “u otra ocupación u oficio de carácter sexual”, se debe entender comprendida cualquier ocupación sexual realizada de cualquier otra manera o modo, como ocurre por ejemplo a través de medios electrónicos, como la venta o comercialización de desnudos o material pornográfico, ya sea profesionalmente o de manera independiente.

Finalmente, hay que hacer presente que no es necesario que la víctima efectiva y materialmente ejerza o haya ejercido la prostitución u otra ocupación u oficio de carácter sexual con el agresor, por ejemplo, que se prostituya o se haya prostituido con él, sino que es suficiente que ella tenga o haya tenido esta calidad para que se acredite la razón de género.

56 MAQUEDA, María Luisa. *Prostitución, feminismos y derecho penal*. Granada, España, Comares S.L, 2009, p. 61.

57 TRASPASSO, D., “La prostitución en contexto”. En: CLADEM. *Prostitución: ¿trabajo o esclavitud sexual?* Lima, Perú, Comité de América Latina y el Caribe para la Defensa de los Derechos de la Mujer, 2003, p. 46, citando a Kate Millet (*La política sexual*).

c) 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 RAE define *tras* como “después de” o “a continuación de”, en sentido temporal. Así, para que se configure la razón de género, el autor del delito debe matar a la mujer después de haber ejercido contra ella cualquier forma de violencia sexual. Si bien no se utiliza el mismo término que en otros tipos penales del Código Penal (como “con ocasión”), la sucesión de conductas se debe circunscribir en un mismo contexto fáctico, de manera que exista proximidad entre la agresión sexual y la conducta homicida.

El límite entre esta disposición y la contemplada en el artículo 372 bis es el acceso carnal por vía anal, vaginal o bucal, toda vez que si se verifica la muerte con ocasión de la violación, estaremos en presencia del delito de violación con femicidio y no de un femicidio del art. 390 ter.

La frase “cualquier forma de violencia sexual” implica que la razón de género se verificará ante la realización de cualquier conducta en que se ejerza violencia sexual contra la mujer, aun cuando no sea constitutiva de delito. En ese sentido, la violencia sexual es 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.

Por lo tanto, no es necesario acreditar la existencia de algún delito sexual de aquellos que consagra nuestro ordenamiento jurídico penal, sino que es suficiente acreditar que el hecho que afectó a la víctima constituye un tipo de violencia sexual en los términos señalados.

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

De modo similar a las dos primeras circunstancias, ésta se configura cuando el autor comete el delito *motivado* por la orientación sexual, identidad de

género o expresión de género de la mujer. En ese sentido, al igual que como ocurre con la agravante del artículo 12 N° 21 del Código Penal, “el motivo sería la razón de ser del comportamiento, o conjunto de consideraciones racionales que lo justifican”, que se traduce en “una acción exteriorizada, penalmente relevante y no un mero sentimiento o ideas que forman parte del fuero interno del sujeto”⁵⁸.

En cuanto a los objetos de la motivación, la orientación sexual es entendida como la “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 las relaciones íntimas y/o sexuales con estas personas”⁵⁹.

Por su parte, la Ley N° 21.120 define a la identidad de género 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” y expresión de género como “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”.

En ese sentido, por ejemplo, cometerá femicidio el hombre que mate a una mujer porque tiene una expresión corporal masculina, o aquel que mate a una mujer trans.

En virtud del artículo 63 del Código Penal, al ya estar comprendida dentro del tipo penal femicida en estos casos, no sería posible aplicar conjuntamente con esta circunstancia la agravante de responsabilidad del art. 12 N° 21.

e) 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

⁵⁸ SALINERO, Sebastián. “La nueva agravante penal de discriminación. Los ‘delitos de odio’”. En: *Revista de Derecho*, N° XLI, Valparaíso, Chile, 2013, p. 289.

⁵⁹ Corte Interamericana de Derechos Humanos, 24 de noviembre de 2017, Opinión Consultiva OC-24/17.

una evidente intención de discriminación

Esta circunstancia dice relación con la naturaleza de la violencia que afecta a las mujeres, como expresión de una discriminación estructural manifestada en los contextos sociales y culturales, y que ha sido definida como una subordinación, basada en el estatus y en el poder de definición de identidades y toma de decisiones.

Acá, la norma se satisface por la concurrencia de cualquiera de las dos hipótesis:

- Cuando se comete 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;
- Cuando se comete motivada por una evidente intención de discriminación.

Con respecto a la primera figura, se requiere la existencia de una situación de subordinación evidente, producto de una relación desigual de poder entre víctima y victimario.

Esta subordinación, puede ser multicausal puesto que se cruza con diversas variables y dimensiones sociales que exponen a las mujeres a un riesgo mayor, y que además se inscribe en el marco de una relación desigual de poder. Esta relación desigual de poder, implica la existencia de un vínculo entre dos o más personas, en la que una de éstas 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.

En este sentido, es una hipótesis bastante amplia que permite recoger múltiples situaciones que evidencien una relación desigual de poder entre sujeto activo y sujeto pasivo.

En cuanto a la segunda posibilidad descrita en la norma, entendemos que se trata de una situación que se cumple cuando la muerte de la mujer se ocasiona por una indiscutible finalidad de discrimi-

nar, en los términos que hemos señalado. Al ser una cláusula que permite configurar como femicidio distintos contextos en que ocurran los asesinatos cometidos en razón del género, podrían entenderse comprendidos en esta hipótesis, casos que no han sido incluidos en las circunstancias descritas en los otros numerales.

Penalidad

La pena asignada al femicidio es de presidio mayor en su grado máximo a presidio perpetuo. A diferencia del femicidio íntimo, no existe aquí un mayor disvalor de la conducta en razón de la confianza entre la víctima y el agresor. Aun así, como constituye la máxima expresión de violencia de género en contra de la mujer, se justifica su mayor penalidad respecto del homicidio porque se basa en la desigualdad estructural en que se encuentran las mujeres.

4. Violación con femicidio (artículo 372 bis inciso segundo)

Con la incorporación del femicidio en razón de género cuando este se haya cometido “tras haber ejercido contra la víctima cualquier forma de violencia sexual” (art. 390 ter N° 3), la comisión de Mujer y Equidad de Género del Senado consideró pertinente incorporar un inciso segundo en el artículo 372 bis, donde se visibilizara como violación con femicidio cuando un hombre mate a una mujer con ocasión de la violación, puesto que es una situación que se comete en razón de género de la víctima.

Si bien ésta es una modificación que tuvo como objetivo visibilizar a través de *nomen iuris* la muerte de una mujer con ocasión de su violación, permite dar coherencia al conjunto de normas que sancionan la muerte de una mujer y principalmente en aquellos casos donde precede a la muerte algún tipo de violencia sexual.

De esta manera, el artículo 372 bis reza de la siguiente manera:

“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”.

Al hacer remisión expresa al inciso anterior, la conducta es castigada con la pena de presidio perpetuo a presidio perpetuo calificado, la más alta de nuestro ordenamiento jurídico.

En este caso basta para la configuración de la hipótesis del inciso segundo cuando el sujeto activo sea hombre y el sujeto pasivo mujer, para que la conducta sea castigada como violación con femicidio.

VI. Circunstancias modificatorias de responsabilidad

1. Agravantes especiales

“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”.*

Reconociendo un enfoque interseccional, en que las mujeres se pueden encontrar en especiales situaciones de vulnerabilidad, el legislador estableció un catálogo de circunstancias agravantes de responsabilidad penal aplicables tanto a los delitos de violación con femicidio, femicidio íntimo del ar-

tículo 390 bis y femicidio del artículo 390 ter.

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

a) Que la víctima se encuentre embarazada

Al igual que como ocurre con lo dispuesto en el delito de aborto involuntario, para poder aplicar la agravante, el estado de embarazo de la mujer debe ser notorio o al menos constarle al agresor.

Cuando la víctima del delito de femicidio se encuentra embarazada, nos podemos encontrar ante dos hipótesis: que junto con el femicidio concurra además un aborto; o que, al contrario, sólo se verifique el femicidio y el feto sobreviva.

En el primer caso, existe un concurso ideal con el delito de aborto del artículo 343 del Código Penal, por lo que conforme al artículo 75 se debe estar a la pena mayor asignada al delito femicida, no pudiendo aplicarse el grado mínimo asignado al femicidio correspondiente. En ese 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*.

En consecuencia, sólo en esta hipótesis se advierte un campo de aplicación práctica de esta disposición.

b) Que la víctima fuera 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

Son niñas y adolescentes aquellas mujeres que no han cumplido aún los 18 años de edad, mientras que conforme a lo dispuesto en el art. 1 de la Ley N° 19.828, son adultas mayores quienes han cumplido los sesenta años.

Por su parte, conforme a lo dispuesto en el artículo 5° de la Ley N° 20.422, son mujeres en situación de discapacidad aquellas que “teniendo una o más deficiencias físicas, mentales, sea por causa psíquica o intelectual, o sensoriales, de carácter temporal o permanente, al interactuar con diversas barreras presentes en el entorno, ve impedida o restringida su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás”.

Al respecto, es importante destacar que no es necesario que el agresor tenga 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 situación.

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

Para que se configure esta circunstancia agravante es necesario que algún pariente, ascendiente o descendiente, ya sea por consanguinidad o afinidad, se encuentre presente al momento en que se comete el delito.

De acuerdo a su definición, la presencia es un “estado de la persona que se halla delante de otra u otras o en el mismo sitio que ellas”. En ese sentido, basta con 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 encuentren en la misma habitación, pues lo relevante es que se encuentren 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 comento.

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

El sentido del/a legislador/a al momento de consagrar esta agravante, 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.

El fundamento de su incorporación se debe a que en la práctica era muy complejo para el operador acreditar la agravante general de reincidencia del artículo 12 N° 16, ya sea porque los hechos previos de violencia no habían sido siquiera denunciados por la víctima o, porque habiendo sido objeto de denuncia, no habían culminado en una sentencia en sede penal, o bien porque a pesar de haberse sancionado por delitos como las lesiones, amenazas, maltrato habitual, etc. cometidos en contextos de violencia intrafamiliar, la judicatura consideraba que se trataba de delitos de una especie distinta al femicidio.

En cuanto a su objeto, la agravante tiene aplicación cuando existe un contexto previo ya sea de violencia física o psíquica⁶⁰ entre víctima y victimario, entendiendo la violencia física como cualquier agresión dirigida contra el cuerpo de la mujer, que vulnere, perturbe o amenace su integridad física, su libertad personal o su derecho a la vida y la violencia psicológica como cualquier acción u omisión que vulnere, 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 obediencia, aislamiento, explotación o limitación de su libertad de acción, opinión o pensamiento.

En ese sentido, para verificar la agravante no es necesario acreditar la existencia de un delito de maltrato habitual, sino que se verifique la existencia de más de una conducta violenta del hombre contra la mujer.

2. Prohibición de aplicar la atenuante contemplada en el artículo 11 N° 5 del Código Penal

“Artículo 390 quinquies.- Tratándose del delito de femicidio, el juez no podrá aplicar la atenuante de

⁶⁰ El legislador optó por excluir de la agravante a la violencia sexual, por estimarse comprendida como una circunstancia que acredita la razón de género en el tipo femicida.

responsabilidad penal prevista en la circunstancia 5ª del artículo 11”.

Desde hace un tiempo existe cierto desarrollo dogmático y jurisprudencial en torno a considerar que, en casos de violencia de género, no es posible aceptar que en las hipótesis en que una mujer sea descubierta por su marido agresor en un supuesto acto de infidelidad, este hecho pueda operar como un estímulo que faculte el actuar del hombre disminuyendo su culpabilidad, más aún si la víctima vive inmersa en una vida de malos tratos hacia ella⁶¹.

En ese sentido, se urgía a una reflexión de *lege ferenda* por parte del legislador, para resolver si su consagración legal como atenuante general era o no compatible con la *ratio* que justifica la criminalización del femicidio⁶².

En ese sentido, se optó por consagrar una prohibición expresa al/la juez/a de no aplicar la atenuante de obrar por estímulos tan poderosos que naturalmente hayan producido arrebatos y obcecación en el agresor del delito de femicidio.

VII. Para concluir

1. Los asesinatos de mujeres en todo el mundo son principalmente cometidos por hombres, de allí que las teorías feministas han tenido por objeto deslegitimar de manera expresa las justificaciones que históricamente han avalado la violencia masculina contra las mujeres.
2. Nuestra sociedad legítima y reproduce la valoración de lo masculino por sobre lo femenino y con ello, establece una relación desigual de po-

61 SEPÚLVEDA, Ivonne. “Re-visión de la atenuante de obrar por estímulos tan poderosos que naturalmente hayan producido arrebatos y obcecación en el delito de femicidio, con lentes de género”. En: *Revista Jurídica del Ministerio Público*, N° 69, Santiago, Chile, Ministerio Público, 2017, p. 206.

62 MAÑALICH, Juan Pablo. “¿Arrebatos y obcecación pasionalmente condicionados como atenuante por un femicidio frustrado?”. En: *Revista de Estudios de la Justicia*, N° 25, Santiago de Chile, Facultad de Derecho Universidad de Chile, 2016, p. 256.

der entre los géneros. Por esta razón, los actos discriminatorios practicados contra mujeres responden a una cuestión colectiva de subordinación, lo que permite afirmar la situación de discriminación estructural de las mujeres en la sociedad.

3. La tipificación del feminicidio/femicidio y otras figuras penales género-específicas o no neutras ha sido principalmente justificada, desde la perspectiva jurídica, a través del derecho internacional de los derechos humanos, especialmente de acuerdo a lo prescrito por CEDAW y Belém do Pará.
4. A pesar de ello, la tipificación del femicidio no ha sido fácilmente acogida dentro de los delitos del Derecho Penal interno. Por el contrario, históricamente el Derecho Penal ha contribuido a la subordinación de las mujeres, y aunque en las últimas décadas se ha logrado erradicar gran parte de las disposiciones expresamente discriminatorias en su contra, hasta hoy parte importante de la doctrina penal tiende a cuestionar la existencia de tipos penales género-específicos sobre la base de la igualdad formal de las normas penales. La suficiencia de los tipos penales neutros ya existentes o la conveniencia de utilizar agravantes genéricas en vez de tipos especiales, han sido algunas respuestas desde los autores tradicionales.
5. Sin embargo, la tipificación del delito de feminicidio, incorpora al Derecho Penal la realidad en que viven las mujeres, la que se caracteriza por la violencia y la imposición de mandatos, roles y estereotipos de género que las subordina. Por ello, al establecer tipos penales como el femicidio, se rompe la “neutralidad” del Derecho, y en especial del Derecho Penal, toda vez que se sancionan situaciones diferenciadas que sufren mujeres y no situaciones generales descontextualizadas.
6. Esto trae consigo consecuencias favorables, tales como la contribución a la reducción de la impunidad asociada a esta forma de criminalidad, a la facilitación del registro y seguimiento de los casos, la adopción de políticas públicas de prevención, y la sensibilización y capacitación principalmente de lo/as operadore/as de justicia en estas materias.

7. La comprensión integral del tipo penal requiere entender que el delito de feminicidio constituye una modalidad de violencia basada en el género, por lo cual su interpretación no puede soslayar este enfoque.
8. Sabemos que la incorporación del femicidio en nuestra legislación por sí sola no va a acabar con la violencia contra las mujeres, ya que esta es estructural y debe ir acompañada de otras políticas públicas al respecto, sin embargo representa un avance puesto que permite nombrar, visibilizar y conceptualizar el fenómeno que subyace a esta manifestación extrema de violencia hacia las mujeres.

Referencias bibliográficas

- ARROYO, Roxana. *Acceso a la justicia para las mujeres...el laberinto androcéntrico del derecho*. San José, Costa Rica, Revista 53 Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 2011.
- BADILLA, Ana Elena. *Femicidio: más allá de la violación al derecho a la vida. Análisis de los derechos violados y las responsabilidades estatales en los casos de femicidio de Ciudad Juárez*. San José, Costa Rica, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 2008.
- CARCEDO, Ana; SAGOT, Montserrat. *Femicidio en Costa Rica 1990-1999*. San José, Costa Rica, Instituto Nacional de las Mujeres, 2000.
- CORN, Emanuelle. *La revolución tímida. El tipo de femicidio introducido en Chile por la ley N°20.480 desde una perspectiva comparada*. Revista de Derecho Universidad Católica del Norte Sección: Estudios Año 21 - N° 2, 2014, págs. 103-136.
- CORN, Emanuelle. *Un nuevo tipo penal de femicidio en un nuevo Código Penal para Chile*. Revista de Derecho (Valdivia) volumen xxviii - n° 1 Junio de 2015, páginas 193-211.
- DÍAZ CASTILLO, Ingrid, RODRÍGUEZ VÁSQUEZ, Julio y VALEGA CHIPOCO, Cristina. *Feminicidio. Interpretación de un delito de violencia basada en género*. Lima, Perú, Pontificia Universidad Católica del Perú, 2019.
- FACIO, Alda. *Cuando el género suena cambios trae*. San José, Costa Rica, ILANUD, 1992.
- INCHÁUSTEGUI, Teresa. "Sociología y política del feminicidio: algunas claves interpretativas a partir del caso mexicano". En: *Revista Sociedade e Estado*, N° 29(2), Brasilia, Brasil, Universidade de Brasilia, 2014, págs. 372-400.
- LAGARDE, Marcela. "Introducción. Por la vida y la libertad de las mujeres. Fin al feminicidio". En: RUSSELL, Diana y HARMES, Roberta (eds.). *Femicidio: una perspectiva global*. México D.F., México, Centro de Investigaciones Interdisciplinarias en Ciencias y Humanidades Universidad Nacional Autónoma de México, 2006, págs. 15-42.
- MAÑALICH, Juan Pablo. "¿Arrebato y obcecación pasionalmente condicionados como atenuante por un femicidio frustrado?". En: *Revista de Estudios de la Justicia*, N° 25, Santiago de Chile, Facultad de Derecho Universidad de Chile, 2016.
- MAQUEDA, María Luisa. *Prostitución, feminismos y derecho penal*. Granada, España, Comares S.L, 2009.
- MESECVI, *Ley Modelo Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Muerte Violenta de Mujeres y Niñas (Femicidio/Feminicidio)*. Washington, Estados Unidos, 2018.
- MUNÉVAR, Dora Inés. "Delito de femicidio. Muerte violenta de mujeres por razones de género". En: *Estudios Socio-Jurídicos*, N° 14 (1), Bogotá, Colombia, 2012, págs. 135-175.
- Oficina Regional para América Central del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos (OACNUDH) con el apoyo de la Oficina Regional para las Américas y el Caribe de la Entidad de las Naciones Unidas para la Igualdad de Género y el Empoderamiento de las Mujeres (ONU Mujeres) Modelo de Protocolo Latinoamericano de Investigación de las Muertes Violentas de Mujeres por Razones de Género (Femicidio/Feminicidio).
- RADFORD, Jill; RUSSELL, Diana (eds.). *Femicide: The Politics of Woman Killing*. Nueva York, Estados Unidos, 2018.

dos, Twayne, 1992.

RETTIG, Mauricio. *Derecho Penal Parte General*. Santiago, Chile, DER, 2019, Tomo II.

SABA, Roberto. “(Des)igualdad Estructural”. En: *Revista Derecho y Humanidades*, N° 11, Santiago, Chile, Facultad de Derecho Universidad de Chile, 2005, págs. 123-147.

SALINERO, Sebastián. “La nueva agravante penal de discriminación. Los ‘delitos de odio’”. En: *Revista de Derecho*, N° XLI, Valparaíso, Chile, 2013.

SEGATO, Rita. Femigenocidio y feminicidio: una propuesta de tipificación [en línea]. Disponible en: <http://www.larevuelta.com.ar/pdf/Femigenocidio-femicidio-Segato.pdf> [fecha de consulta: 8 de Mayo de 2020].

SEGATO, Rita. *Territorio, soberanía y crímenes de segundo Estado: la escritura en el cuerpo de las mujeres asesinadas en Ciudad Juárez*. México D.F., México, Universidad del Claustro de Sor Juana, 2006.

SEPÚLVEDA, Ivonne; SOVINO, Maurizio. “Violencia de género e investigación penal: deberes y desafíos para el Ministerio Público”. En: *Revista Jurídica del Ministerio Público*, N° 69, Santiago, Chile, Ministerio Público, 2017, págs. 125-171.

SEPÚLVEDA, Ivonne. “Convención Interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer: Comentarios y algunos ejemplos de su incipiente reconocimiento jurisprudencial”. En: *Revista Jurídica del Ministerio Público*, N° 60, Santiago, Chile, Ministerio Público, 2014.

SEPÚLVEDA, Ivonne. “¿De qué hablamos cuando hablamos de convivencia en el artículo 390 del Código Penal?”. En: *Revista Jurídica del Ministerio Público*, N° 61, Santiago, Chile, Ministerio Público, 2014.

SEPÚLVEDA, Ivonne. “Re-visión de la atenuante de obrar por estímulos tan poderosos que naturalmente hayan producido arrebatos y obcecación en el delito de femicidio, con lentes de género”. En: *Revista Jurídica del Ministerio Público*, N° 69, Santiago,

Chile, Ministerio Público, 2017.

TRASPASSO, D. “La prostitución en contexto”. En: CLADEM. *Prostitución: ¿trabajo o esclavitud sexual?* Lima, Perú, Comité de América Latina y el Caribe para la Defensa de los Derechos de la Mujer, 2003, p. 46, citando a Kate Millet (La política sexual).

TOLEDO, Patsili. “¿Tipificar el Femicidio?”. En: *Anuario de Derechos Humanos*, N° 4, Santiago de Chile, Facultad de Derecho Universidad de Chile, 2008, págs. 213-219.

TOLEDO, Patsili. *Feminicidio*. México D.F., México, Oficina en México del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, 2009, p. 72.

TOLEDO, Patsili. “Feminicidio. Sistema Penal & Violência”. En: *Revista Eletrônica da Faculdade de Direito*, Pontificia Universidad Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, Brasil, Vol. 8, N° 1, p. 72-92, enero-junio 2016.

VÁSQUEZ, Ainhoa. “Feminicidio en Chile, más que un problema de clasificación”. URVIO, *Revista Latinoamericana de Estudios de Seguridad*, N° 17, Quito, diciembre 2015 – págs. 36-47.

Jurisprudencia

Corte Interamericana de Derechos Humanos, 17 de septiembre 2003, Opinión Consultiva OC 18/03, Condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados.

Corte Interamericana de Derechos Humanos, 24 de noviembre de 2017, Opinión Consultiva OC-24/17.

Corte Interamericana de Derechos Humanos, 29 de julio de 1988, Caso Velásquez Rodríguez, Serie C N° 4.

Caso trabajadores de la Hacienda Brasil Verde vs. Brasil (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas).

Caso Velásquez Paiz y otros vs. Guatemala (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas).

Tribunal Constitucional de España, 14 de mayo de

2008, Sentencia N°59/2008.

Suprema Corte de Justicia de la Nación Mexicana, 11 de noviembre de 2015, Amparo Directo de Revisión 652/2015.

Corte Constitucional de la República de Colombia, 8 de junio de 2016, Sentencia C-297/16.