**Informe**

**Proyecto de ley que introduce violencia y odio de género en delito de femicidio**

**Leonardo Estradé-Brancoli**

**Asesor Legislativo**

**21 de Septiembre de 2018**

**Análisis Proyecto de ley que modifica el Código Penal con el objeto de introducir el concepto de violencia y odio de género en la tipificación del delito de femicidio Boletín 10.748-07**

Iniciado en Moción de las Senadoras Adriana Muñoz-D’Albora, Isabel Allende, Carolina Goic y Lily Pérez San Martín y del Senador Felipe Harboe.

*Análisis sobre delito de Parricidio y Femicidio y propuesta de Homicidio agravado por Sevicias*

Norma actual del artículo 390 del código penal que tipifica los delitos de Parricidio y Femicidio

El que, conociendo las relaciones que lo ligan, mate a su padre, madre o hijo, a cualquier otro de sus ascendientes o descendientes o a quien 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.

Lo anterior es la norma actual.

Ahora bien el proyecto de ley crea un nuevo artículo 390 bis el cual señala:

“Artículo 390 bis. Se sancionará con las mismas penas señaladas en el artículo anterior, como autor del delito de femicidio, a quien mate a una mujer tanto en el ámbito privado como en los casos de parentesco o relación previstos en el artículo anterior, como en el público, en toda otra situación, mediante cualquier acción u omisión que basada en una relación desigual de poder demuestre odio de género u ocurra en un contexto de violencia de género”.

Análisis de Contenido

Lo que señala este nuevo artículo como verbo rector en la moción parlamentaria, es ampliar el tipo penal de femicidio a cuando haya violencia de género u odio de género, pero agrega un requisito adicional y se refiere a una relación desigual de poder.

Hay distinguir dos aspectos: lo formal y el fondo

En cuanto a su forma ya hay doctrina y jurisprudencia basada en la redacción del inciso segundo el cual tipifica el delito de femicidio, que en su momento se estimó como relevante para graficar una situación distinta cuando el occiso es el marido y cuando la occisa es la mujer. De la manera de como está redactada en la moción, aunque se entiende el sentido y alcance de la norma propuesta, se percibe como algo confusa y por ende se corre el riesgo de una interpretación diversa por parte de los tribunales.

El concepto de relación desigual de poder no siempre es directa, por un ejemplo el caso de los asesinatos de mujeres en Ciudad Juárez de México, muchas de ellas fueron asesinadas por ser dirigentas sociales, defensoras de derechos humanos o de organizaciones de mujeres, en otros asesinatos sí fueron víctimas las cónyuges o convivientes. En este contexto no queda claro necesariamente la relación desigual de poder en todos los casos arriba señalados con mención de ejemplo; pero sí está claro haber asesinato por odio de género en unos y en otros por violencia de género y muchos de ellos por ambos. Además es necesario tener presente que los jueces y juezas no siempre tienen consciencia ni conocimiento de lo que es una relación desigual, por mucha constancia que establezca el legislador.

A manera de sugerencia sería aconsejable dejar el artículo 390 como está, eso sí con una modificación formal en vez de la palabra femicidio que fue una creación periodística, cambiarla por feminicidio, que es la que se usa a nivel de derecho comparado y por periodistas de distintos países, salvo Chile (tal vez ahí se nota lo insular de los chilenos) y porque además la palabra feminicidio es más potente porque refleja de mejor forma la brutalidad del asesinato de la cónyuge o conviviente, pero a la vez y muy importante porque refleja también de mejor manera el nuevo tipo ampliado que ese crea y que es manifiestamente atentatorio en contra las mujeres.

Como se trata de una ampliación del tipo penal de femicidio o feminicidio, ahora este nuevo tipo penal ampliado deba contener los elementos de violencia de género u odio de género.

La justificación para este nuevo tipo penal radica en la diferencia a cuando se mata a la mujer y cuando se mata al marido en este último caso, esto es cuando la hechora es la mujer, sucede por una brutal violencia intrafamiliar de la que ella ha sido víctima previamente generalmente en un por tiempo prolongado; en cambio, cuando mata el marido es él quien ha incurrido en violencia intrafamiliar. Esto justifica la existencia de dos tipos penales distintos aunque con la misma pena: el de parricidio y el de femicidio o feminicidio como se le denomina en las legislaciones extranjeras.

La evidencia empírica señala que tratándose de un homicido simple o calificado cuando se mata a un hombre por otro hombre se ejecuta por las mas diversas razones por: venganza, peleas rivales, entre muchas otras, pero no por ser hombre en cuanto tal, esto es pertenecer al sexo masculino, aunque sí puede haber odio pero no de género sino racial, homofóbico o de identidad sexual; en cambio contra una mujer por un hombre sí puede asesinársele por odio de género o violencia de género por eso sería procedente ampliar el delito de femicidio el cual con el nuevo tipo penal ampliado, se sugiere el concepto feminicidio en vez de femicidio y modificar levemente el término, de conformidad a las legislaciones extranjeras.

Adicionalmente habrá que resolver cuando se trata de una mujer transexual si se es biológicamente hombre pero psicológicamente mujer, tendría que ser considerada como mujer de conformidad al proyecto de ley de identidad de género actualmente en trámite en la última fase legislativa, de la que se supone se aprobará; y esto es importante para efecto de la pena que sería superior.

En consecuencia, para este tipo penal se sugieren dos alternativas distintas en lo meramente formal:

La primera alternativa formal, mantener en los mismos términos el actual artículo 390 referido al parricidio y femicidio y establecer un nuevo artículo 390 bis las circunstancias de violencia de género u odio de género; y

La segunda alternativa formal, mantener la redacción histórica del artículo 390 y el actual inciso segundo trasladarlo en los mismos términos a un nuevo artículo 390 bis como inciso primero y en el inciso segundo agregar la circunstancia de violencia de género u odio de género únicamente.

Se excluye la relación de poder por cuanto la circunstancia puede ser sociológicamente evidente, pero no necesariamente es jurídicamente evidente y menos aún para jueces o juezas poco sensibilizados/as en temática de género.

Esta segunda alternativa formal parece contener una mayor precisión jurídica. Quedaría esta segunda alternativa formal como sigue:

Se deroga el inciso segundo del artículo 390 y se traslada con muy similar redacción como inciso primero del nuevo artículo 390 bis con la siguiente adecuación:

“Artículo 390 bis. Tendrá el nombre de feminicidio y con la pena asignada en el artículo precedente, si la víctima ha sido la cónyuge o conviviente de su autor, madre o hija o cualquiera otra de sus ascendientes o descendientes femeninas, como asimismo cuando dicho delito se cometiere con contra de una mujer mediante cualquier acción u omisión basada en la violencia de género u odio de género”.

De esta manera el nuevo delito de feminicidio tendría como sujeto pasivo, esto es, si la víctima es la cónyuge o conviviente, una ascendiente mujer que incluye la madre o descendiente mujer que incluye la hija, siempre que tratándose en este último caso no quedare incluido en el infanticidio, en ese caso no habría necesidad de acreditar la violencia por tratarse de una circunstancia objetiva; pero si la víctima fuere una mujer fuera de los casos previstos en el parentesco señalado en el tipo penal de femicidio o feminicidio (nuevo término como se propone), entonces si se debe probar la violencia de género u odio de género.

De acuerdo al derecho comparado, podría incluirse una figura calificada en la que se aplicare el máximo de la pena si se cometiere además lesiones gravísimas, mutilación, castración o trata de personas.

Adicionalmente existe en la legislación italiana una calificante específica en el delito de homicidio y una agravante genérica elaborar mediante sevicias. Las sevicias se define como malos tratos graves y repetidos en contra de una persona.

Las sevicias estaba también definida en la antigua ley de divorcio no vincular en Chile y aún es hoy una circunstancia en caso de separación judicial; por lo tanto se trata de un término jurídico que bien podría incorporarse.

Claramente las sevicias implica un disvalor mayor a cuando esa circunstancia no existe y tiene que ver también con violencia la que puede darse en contexto al interior de la familia. Por ejemplo no es lo mismo matar a una persona por un motivo cualquiera que matar a una persona como consecuencia de haberla maltratado o torturado por un tiempo mas o menos prolongado; ciertamente esta última situación es de suyo mas gravosa o como se denomina en derecho mayor es el disvalor del injusto cometido por una acción típica o antijurídica (etapas del delito).

Lo anterior es el fundamento en virtud del cual se podría agregar una calificante más al delito de homicidio calificado (las actualmente existentes en Chile en artículo 391 son: alevosía, premio o promesa remuneratoria, por medio de veneno, ensañamiento, premeditación conocida), y adicionalmente respecto de las agravantes genéricas establecidas en el artículo 12 agregarla como otra agravante genérica en ese mismo artículo12 (diversas circunstancias agravantes), tal como se establece de esa misma manera en Italia.

Téngase presente en Italia las sevicias se establecen como calificante del homicidio y también como agravante; pero se aplica una sola, esto es una u otra para efecto de circunstancia condenatoria.

Artículo 63 del código penal señala que no se consideran circunstancias agravantes si éstas son inherentes al delito.

Artículo 368 bis exceptúa lo anterior tratándose de delitos sexuales, entonces aunque sean inherentes al delito cuando se comete violación, abuso sexual, estupro y otros delitos sexuales si se consideran agravantes el obrar a traición o sobreseguro contemplado como circunstancia 1ª del artículo 12 o perpetrado por dos o mas autores.

El proyecto agrega una norma que no se considera vulnerar lo dispuesto en artículo 63, esto es inherente al delito la circunstancia 6ª del artículo 12 el abusar el delincuente de la superioridad de su sexo o de sus fuerzas, en términos que el o la ofendida no pudiera defenderse con probabilidades de repeler la ofensa a dichos delitos.

Para simplificar la redacción, se sugiere colocar como excepción además de la circunstancia 1a la circunstancia 6ª, porque en uno y otro se refiere a delitos sexuales.

El proyecto de ley establece que no rija la circunstancia 5 del artículo 11 de arrebato y obcecación para los artículos 390 y 390 bis. Sin embargo, la norma propuesta si bien no atenúa al hombre que comete el delito en contra de una mujer o de otro hombre (art 390 bis), pero tampoco a la mujer que comete el delito en contra de un hombre o de otra mujer (art 390).

En consecuencia, el proyecto de ley constituye un avance significativo que permita enfrentar de mejor manera un crimen de odio en contra de las mujeres, por el solo hecho de ser mujeres.