

**Comentarios al proyecto de ley que modifica el Código Penal en materia de  
tipificación del femicidio y de otros delitos contra las mujeres  
Boletín N°11.970-34**

*Pablo Castillo Montt*

Profesor de derecho penal e investigador del Centro de Justicia Constitucional  
Facultad de Derecho - Universidad del Desarrollo

El proyecto propone una modificación del Código Penal en materia de asesinatos de mujeres basados en razones de odio y/o desprecio al género femenino con la finalidad de erradicar la violencia de género. A continuación, se expondrán consideraciones relativas a la idoneidad de la medida para alcanzar dicha finalidad y se hará presente la comprensión del fenómeno que subyace al proyecto y los problemas que de ello se derivan.

**I. Sobre la idoneidad de la propuesta para erradicar la violencia de género**

Hoy en día existe evidencia contundente que confirma que, en general, aumentar la intensidad de las penas no aumenta el efecto disuasivo, de modo que un castigo más duro no es idóneo para producir una disminución en la criminalidad.<sup>1</sup>

Lo anterior se ve confirmado específicamente en el caso del femicidio. La experiencia de todos los países – incluyendo a Chile – que han optado por esta vía muestra claramente que las cifras son insensibles tanto a la tipificación del femicidio como a la agravación de las penas.<sup>2</sup> El caso más ilustrativo al respecto es el de Guatemala, en donde, pese a una

---

<sup>1</sup> Véase *Meier*, *Strafrechtliche Sanktionen* p. 28; *Nagin*, en: *Crime and Justice* (2013), p. 252 s.

<sup>2</sup> *Castillo Ara*, *Femizid: Nur ein lateinamerikanisches Phänomen?* Franz von Liszt Institute working paper, 2018, 01.; *Saccomano*, *Revista CIDOB d'Afers Internacionals* n. 117, p. 70.

modificación legal similar a la que se plantea en el proyecto de ley<sup>3</sup>, las cifras han aumentado.<sup>4</sup>

## II. La base teórica del proyecto de ley y sus problemas

### 1. Perspectiva de género exclusiva y perspectiva multicausal

El proyecto de ley arranca de un concepto de femicidio cuyo núcleo se encuentra caracterizado por un “sustrato sexista o misógino”, provocada por las “asimetrías de las relaciones de poder entre hombres y mujeres.” Desde esta perspectiva, el femicidio constituiría el asesinato de una mujer “basado en razones de odio y/o desprecio al género femenino.”

En la actualidad, se observa una tendencia mundial a una aproximación más amplia al fenómeno, la cual considera la perspectiva de género como factor relevante, pero a su vez expande considerablemente el espectro de análisis.<sup>5</sup> En este esquema, se entiende que el asesinato de mujeres por sus parejas, constituye un fenómeno social complejo que sólo se puede explicar considerando una amplia gama de factores.<sup>6</sup>

Este modelo multicausal intenta identificar distintos factores presentes en distintos niveles de interacción que permitirían contribuir a la explicación del problema, estudiando elementos presentes a nivel individual, interpersonal, comunitario y social. Por ejemplo, el

---

<sup>3</sup> Art. 6 Decreto 22 (Mayo de 2008) “Comete el delito de femicidio quien, en el marco de las relaciones desiguales de poder entre hombres y mujeres, diere muerte a una mujer, por su condición de mujer, valiéndose de cualquiera de las siguientes circunstancias:

- a) Haber pretendido infructuosamente establecer o restablecer una relación de pareja o de intimidad con la víctima.
- b) Mantener en la época en que se perpetre el hecho, o haber mantenido con la víctima relaciones familiares, conyugales, de convivencia, de intimidad o noviazgo, amistad, compañerismo o relación laboral.
- c) Como resultado de la reiterada manifestación de violencia en contra de la víctima.
- d) Como resultado de ritos grupales usando o no armas de cualquier tipo
- e) En menosprecio del cuerpo de la víctima para satisfacción de instintos sexuales, o cometiendo actos de mutilación genital o cualquier otro tipo de mutilación.
- f) Por misoginia.
- g) Cuando el hecho se cometa en presencia de las hijas o hijos de la víctima.
- h) Concurriendo cualquiera de las circunstancias de calificación contempladas en el art. 132 del Código Penal.

<sup>4</sup> Según el informe “Mujer Guatemala” 2008-2016, desde la entrada en vigencia de la norma sobre femicidio las tasas han aumentado. 2008: 537, 2009: 610, 2010: 842, 2011: 710, 2012: 708, 2013: 752, 2014: 759, 2015: 766, 2016: 739.

<sup>5</sup> Véase *Corradi/Marcuello-Servós/Boira/Weil*, Theories of femicide and their significance for social research. *Current Sociology*, 64 (7), p. 981.

<sup>6</sup> *López-Ossorio/Carbajosa/Cerezo-Domínguez/González-Álvarez/Loinaz/Muñoz-Vicente*, Taxonomía de los Homicidios de Mujeres en las Relaciones de Pareja, *Psychosocial Intervention* 27, p. 97.

modelo estudia la organización psicológica de los feminicidas y sus parejas, sus hábitos psicosociales, nivel de educación, abuso de sustancias, su entorno social inmediato, así como la configuración cultural de la sociedad concreta, su aceptación de normas de género tradicionales y la posición general de la mujer en la sociedad.<sup>7</sup>

Este enfoque de estudio ha arrojado algunos resultados de relevancia para el proyecto de ley en cuestión. Para lo que aquí interesa, existe un amplio consenso en que los autores de feminicidios y sus motivaciones no representan un grupo homogéneo, ya que no todos exhiben creencias patriarcales ni rasgos violentos.<sup>8</sup> Además, las investigaciones enfatizan también una alta correlación entre feminicidio y enfermedades mentales<sup>9</sup>, así como la gran preponderancia de motivos de celos o abandono.<sup>10</sup>

## **2. Insuficiencia de la perspectiva de género para fundamentar una mayor pena en un derecho penal del hecho caracterizado por la responsabilidad individual.**

La perspectiva de género asumida por el proyecto fuerza a incorporar en la normativa la razón de género como elemento subjetivo adicional, ya que constituye el elemento característico que fundamentaría un tratamiento más gravoso para el feminicida. Así, en el texto original del proyecto, se habla de un “motivo de odio, menosprecio, o abuso por causa de género.” En su estado actual, la normativa habla de quien “mate a una mujer por razón de su género” y en las indicaciones se habla también de “rechazo o desvalorización de su género.”

Este diseño presenta un grave problema desde la perspectiva del derecho penal actual: Por una parte, la responsabilidad penal se caracteriza por referirse a hechos concretos y personales. Por otra parte, si bien el derecho penal atiende a elementos subjetivos, ellos deben ser susceptibles de constatación empírica.

---

<sup>7</sup> *Corradi/Marcuello-Servós/Boira/Weil*, Theories of femicide and their significance for social research. *Current Sociology*, 64 (7), p. 981.

<sup>8</sup> *López-Ossorio/Carbajosa/Cerezo-Domínguez/González-Álvarez/Loinaz/Muñoz-Vicente*, Taxonomía de los Homicidios de Mujeres en las Relaciones de Pareja, *Psychosocial Intervention* 27, p. 97 s.

<sup>9</sup> *López-Ossorio/Carbajosa/Cerezo-Domínguez/González-Álvarez/Loinaz/Muñoz-Vicente*, Taxonomía de los Homicidios de Mujeres en las Relaciones de Pareja, *Psychosocial Intervention* 27, p. 99

<sup>10</sup> <sup>10</sup> Informe de la Oficina de Naciones Unidas contra la Droga y el Delito “Global Study on Homicide 2019. Executive Summary”, p. 24.

En consecuencia, en un derecho penal del hecho e individual, no se puede sancionar creencias o actitudes generales de la persona que no se manifiestan directamente en la conducta, ni mucho menos las creencias o predisposiciones colectivas. Lo único que puede considerar el derecho penal son las motivaciones inmediatas conectadas al hecho concreto.

La inclusión de un elemento subjetivo adicional como la razón de género, sea cual sea su redacción (odio, menosprecio, rechazo, desvalorización, etc.) tropieza con un obstáculo insalvable: la necesidad de que dicho elemento se verifique para poder aplicar la norma. En consecuencia, en la mayoría de los casos que inspiran la iniciativa legal, no va a ser posible la aplicación de esta norma, puesto que no se puede constatar empíricamente que el hecho guarde relación con una razón de género, al menos no con el grado de precisión exigido por el derecho penal.<sup>11</sup>

Por ejemplo, en los casos que se mencionan en la iniciativa, como el de *Gabriela Alcaíno* o el de *Margarita Ancacoy*, sería necesario demostrar no sólo que el autor odiaba, menospreciaba, rechazaba o desvalorizaba a las mujeres, sino además que dicha creencia jugó un rol en la comisión del hecho. Sin embargo, en estos casos, lo único demostrable es la motivación inmediata – desamor, celos / lucro -, la cual puede o no encerrar una visión misógina o sexista.

Los únicos casos que abarcaría la norma, serían aquellos en que se puede constatar una motivación misógina concreta que se manifiesta en el hecho. Por ejemplo, el caso de *Elliott Rodger*, un hombre estadounidense de 22 años, quien en el año 2014 fue armado a una casa de mujeres en el campus de una universidad con la finalidad manifiesta de castigar al género femenino.

En resumen, en la mayoría de los casos que ocurren en Chile, no puede demostrarse *jurídicamente* que el hombre mata a la mujer “por el hecho de ser mujer.”<sup>12</sup>

La alternativa consiste – como intenta hacer el proyecto - en establecer hipótesis objetivas en donde se entienda que concurre la razón de género. El problema que presenta esta vía es que estaría presumiendo sobre la base de circunstancias objetivas que concurre la razón de género, lo que constituiría una presunción de derecho de la responsabilidad penal,

---

<sup>11</sup> Véase *Toledo Vásquez*, *Feminicidio*, p. 93.

<sup>12</sup> *Toledo Vásquez*, *Feminicidio*, p. 25.

prohibida por la Constitución (Art. 19 N° 3 inc. 7° CPR), toda vez que no sería posible para el imputado probar que no actuó motivado por el género de la víctima.

### **3. Resumen**

El enfoque de género es una herramienta útil para entender el fenómeno desde una perspectiva de las ciencias sociales e incluso puede fundamentar un deber del Estado de intervenir. Sin embargo, dado el alto grado de abstracción de la perspectiva de género y la contingencia de la razón de género en los casos en que un hombre mata a una mujer, no es una perspectiva que pueda fundamentar un tratamiento penal diferenciado sino se incluye expresamente en el tipo penal. Por su parte, la inclusión de la “razón de género” conduce necesariamente a una norma irrelevante en la práctica o bien a una presunción de derecho.

## **III. Problemas concretos del proyecto de ley en su redacción actual**

### **1. Sobre el artículo 390 bis**

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

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

#### **a. “... el que mate a una mujer por razón de su género.”**

Si se entiende – en conformidad a la historia de la ley hasta el momento – que la expresión “por razón de su género” implica que el autor actúe en alguna medida motivado por odio o menosprecio hacia el género femenino, en la mayoría de los casos que inspiran esta iniciativa no se verificará el tipo, porque no existe, en general, una conexión demostrable entre la motivación del autor y la feminidad de la víctima.

#### **b. La presunción de derecho de responsabilidad penal del inciso segundo**

El inciso segundo, al declarar que “siempre se tendrá por concurrente la razón de género...” cuando concurren ciertas circunstancias, contempla una presunción de derecho de responsabilidad penal, proscrita por el art. 19 N°3 inciso 7° de la Constitución.

## **2. Sobre el art. 390 ter (Femicidio agravado)**

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

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

2° Que la víctima estuviere en estado de embarazo.

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

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

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

### **a. La norma sería inaplicable en la práctica**

La formulación de la norma no exige expresamente la concurrencia de una razón de género, sin embargo, la denominación “femicidio agravado” probablemente va a conducir a que, en virtud de una interpretación sistemática, en la práctica se exija la concurrencia de la razón de género. Si se trata de una figura agravada, lo lógico es que exija la concurrencia de los elementos del tipo base junto a otros elementos adicionales que agravarían la pena. Lo anterior, traería consigo el problema enunciado anteriormente: la norma no tendría aplicación.

### **b. Sobre las agravantes**

N° 1: La extensión a supuestos en donde ha existido simplemente una relación de pareja con el autor es problemática desde el punto de vista del art. 19 N° 2 CPR, que prohíbe a la ley efectuar diferencias arbitrarias. La doctrina penal ha criticado constantemente la existencia del artículo 390 del Código Penal, dado que el fundamento de la distinción siempre ha sido

oscuro o considerado insuficiente como para poder justificar un tratamiento diferenciado. Seguir extendiendo dicha distinción a supuestos en donde el vínculo entre autor y víctima es tan débil, acrecentará las dudas al respecto e incluso podría llevar a un cuestionamiento de la norma en su totalidad.

Nº 3 y Nº 5. Asimismo, estas agravantes también presentan problemas desde el punto de vista del art. 19 Nº 2 CPR. La edad de la víctima y la presencia de descendientes de la víctima menores de edad debiesen ser circunstancias agravantes generales en todo asesinato y no solo en el caso del femicidio.

#### **IV. Sugerencias**

En atención a la falta de idoneidad de una mayor intervención penal para controlar el fenómeno del femicidio en Chile, sugeriría a la comisión explorar medidas alternativas, no punitivas, adoptando un modelo más amplio que apunte a identificar el universo de causas que explican el fenómeno y las medidas de prevención posibles.

Esto se encuentra en consonancia con las medidas adoptadas en varios países desarrollados<sup>13</sup> y con las recomendaciones de la Organización Mundial de la Salud que propone adoptar el modelo ecológico de estudio del femicidio que permita identificar factores de riesgo que puedan orientar medidas efectivas de prevención e intervención.<sup>14</sup>

---

<sup>13</sup> En EE.UU. Canadá, Suecia, Australia, Nueva Zelanda, Reino Unido se han creado equipos interdisciplinarios con el objetivo de identificar factores de riesgo específicos para implementar un sistema de prevención eficaz.

<sup>14</sup> World Health Organization/Pan American Health Organization, Femicide: Understanding and addressing violence against women