Comisión Especial Encargada de conocer iniciativas y tramitar proyectos de ley relacionados con la mujer y la igualdad de género.
Senado de la República

Opinión sobre el proyecto de ley que modifica el código penal en materia de tipificación del femicidio y de otros delitos contra las mujeres Boletín Nº 11.970-34

Claudia Sarmiento Ramírez[1]

Ante todo, agradezco por intermedio de la Senadora Muñoz, la invitación que me extendiera la Comisión a exponer sobre el proyecto de ley que modifica el código penal en materia de tipificación del femicidio y de otros delitos contra las mujeres, contenido en el Boletín Nº 11.970-34.

Estructuraré mi presentación en 3 partes. La primera, una narración del estado actual del proyecto de ley. La segunda, algunas observaciones relativas a su necesidad y la pertinencia de la solución planteada y la tercera prevenciones y sugerencias en un contexto más amplio de respuestas normativas frente a la violencia de género.

1. Estado actual del proyecto de ley.

El proyecto de ley que hoy nos convoca está en su segundo trámite constitucional ante el Honorable Senado y es una moción parlamentaria de 3 de julio de 2018 de las diputadas Karol Cariola Oliva, Camila Vallejo Dowling, Daniella Cicardini Milla, Maya Fernández Allende, Cristina Girardi Lavín, Marcela Sabat Fernández y Gael Yeomans Araya, y de los diputados Gabriel Silber Romo, Jaime Tohá González y Víctor Torres Jeldes.

En cuanto a su motivación, en la moción, junto con hacerse referencia al marco normativo del derecho internacional de los derechos humanos respecto de la violencia contra las mujeres, se concluye que el delito de femicidio es estrecho y que es "[…] necesario modificarlo con la necesidad de sancionar adecuadamente los asesinatos de mujeres basados en razones de odio y/o desprecio al género femenino." Lo relaciona con el asesinato de doña Gabriela Alcaíno Donoso, de 17 años, que fue asesinada con arma blanca por su ex-pololo, quien además asesinó a su madre.

[1] Abogada. Licenciada en Derecho por la Universidad de Chile y Máster en teoría legal por la New York University. Fue jefa del Departamento de Reformas Legales del Ministerio de la Mujer y la Equidad de Género y asesora del Ministerio Secretaría General de la Presidencia durante el segundo Gobierno de la Presidenta Michelle Bachelet. Colaboradora del Programa de Género y del Programa Constitucional del Instituto Igualdad, e integrante del Directorio de la Asociación por las Libertades Públicas. Actualmente es socia del estudio de abogados Sarmiento & Walker y Profesora de Derecho Constitucional de la Facultad de Derecho de la Universidad Alberto Hurtado.

En la Cámara, el proyecto de ley fue objeto de observaciones por representantes del Gobierno, particularmente por la Ministra de la Mujer y la Equidad de Género, doña Isabel Plá, asesores de este Ministerio y del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, representantes del Ministerio Público y de la Corporación de Asistencia Judicial, así como de destacados penalistas, representantes de la sociedad civil y asesores parlamentarios. Entre las observaciones que se realizaron destacan las prevenciones sobre proporcionalidad de la pena, prohibición de discriminación, garantías del derecho penal como el *non bis in idem* y la necesidad de buscar una tipificación que de lugar a una persecusión efectiva del delito.

El proyecto en su estado actual elimina el inciso segundo del artículo 390 y establece un artículo 390 bis que señala que será castigado como autor de femicidio y sancionado con la pena de presidio mayor en su grado máximo a perpetuo el que mate a una mujer por razón de su género. Indica que se entenderá que siempre concurre la *razón de su género,* es decir, establece una presunción de derecho, cuando el femicidio fuere realizado en algunas hipótesis del artículo 12 del Código Penal.[2]

El proyecto establece la prohibición al ínterprete judicial de aplicar las atenuenantes previstas en las circunstancias 3ª, 4ª y 5ª del artículo 11 del Código Penal[3] y la improcendencia de la atenuante de irreprochable conducta anterior del numeral 6º del artículo 11 en caso de existan antecedentes de conductas previas que puedan estimarse como ejercicio

---

[2] "1º. Cometer el delito contra las personas con alevosía, entendiéndose que la hay cuando se obra a traición o sobre seguro.
2º. Cometerlo mediante precio, recompensa o promesa.
3.° Ejecutar el delito por medio de inundación, incendio, veneno u otro artificio que pueda ocasionar grandes estragos o dañar a otras personas.
4.° Aumentar deliberadamente el mal del delito causando otros males innecesarios para su ejecución.
5.° En los delitos contra las personas, obrar con premeditación conocida o emplear astucia, fraude o disfraz.
6.° Abusar el delincuente de la superioridad de su sexo o de sus fuerzas, en términos que el ofendido no pudiera defenderse con probabilidades de repeler la ofensa.
7.° Cometer el delito con abuso de confianza.
9.° Emplear medios o hacer que concurran circunstancias que añadan la ignominia a los efectos propios del hecho.
11.° Ejecutarlo con auxilio de gente armada o de personas que aseguren o proporcionen la impunidad.
12.° Ejecutarlo de noche o en despoblado.
El tribunal tomará o no en consideración esta circunstancia, según la naturaleza y accidentes del delito.
16 ª Haber sido condenado el culpable anteriormente por delito de la misma especie.
18.° Ejecutar el hecho con ofensa o desprecio del respeto que por la dignidad, autoridad, edad o sexo mereciere el ofendido, o en su morada, cuando él no haya provocado el suceso.
21ª. Cometer el delito o participar en él motivado por la ideología, opinión política, religión o creencias de la víctima; la nación, raza, etnia o grupo social a que pertenezca; su sexo, orientación sexual, identidad de género, edad, filiación, apariencia personal o la enfermedad o discapacidad que padezca.
También incorpora un artículo 390 ter, el que incluye una figura agravada del delito de femicidio que supone un aumento de la pena cuando concurren 5 hipótesis, a saber, (i) la existencia de un vinculo afectivo, con o sin convivencia, con el autor; (ii) que la víctima hubiere estado embarazada; (iii) que la víctima sea menor de edad o mayor de 60 años; (iv) que la víctima tenga una relación de parentesco hasta el 4º grado colateral con el autor (primo) o (v) haberse cometido el hecho en presencia de los descendientes de la víctima.

[3] 3.° La de haber precedido inmediatamente de parte del ofendido, provocación o amenaza proporcionada al delito.
4.° La de haberse ejecutado el hecho en vindicación próxima de una ofensa grave causada al autor, a su cónyuge, o su conviviente, a sus parientes legítimos por consanguinidad o afinidad en toda la línea recta y en la colateral hasta el segundo grado inclusive, a sus padres o hijos naturales o ilegítimos reconocidos.
5.° La de obrar por estímulos tan poderosos que naturalmente hayan producido arrebato y obcecación.

reiterado de violencia física o psíquica contra la víctima, sobre otras mujeres, o sobre los descendientes menores de edad de una mujer.

Finalmente, indica que tratándose del femicidio, deberán considerarse especialmente aplicación de las agravantes 1ª, 2ª, 4ª, 6ª, 7ª, 9ª, 18ª y 21ª del artículo 12 del Código Penal. Éstas son casi completamente coincidentes con las que se mencionan como elementos del tipo penal en el artículo 390 bis, es decir, aquellas circunstancias que son constitutivas del delito.

2. Necesidad e idoneidad de la solución planteada.

El proyecto de ley descansa en la noción de que la violencia contra las mujeres basada en el género tiene motivos y características propios que requieren de una respuesta normativa específica de carácter punitivo. Más aún, que, en el caso de la muerte de una mujer por su género, debe existir una ampliación de la actual hipótesis de femicidio íntimo a una cercana a la idea de un crimen de odio.

Una primera pregunta entonces es si esta es una hipótesis a compartir. Es decir, si debemos reconocer el fenómeno y sancionarlo penalmente. Me encuentro dentro del grupo de personas que estima que la respuesta es positiva. En aras a ser erradicada, la violencia contra las mujeres es un fenómeno que requiere de un abordaje público y privado integral y el derecho penal debe ser una herramienta más dentro de un conjunto de soluciones posibles.

Dentro de las razones para fundamentar esta posición, se encuentra, por supuesto, la existencia del deber de respeto y garantía del Estado de los derechos a la vida, la integridad física y psíquica, la igualdad, la libertad personal o el derecho a la salud, por mencionar algunos, puesto que la violencia contra las mujeres tiene un carácter pluriofensivo. Igualmente, tal y como menciona el proyecto, puesto que resulta del todo pertinente cumplir con los compromisos internacionales del Estado en materia de derechos humanos contenidas en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, la Convención sobre la Eliminación de todas las formas de discriminación contra la Mujer (CEDAW por sus siglas en inglés) o la Convención Interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer "Convención de Belen do Pará".

Pero no es solo la existencia de un marco normativo claro que establece un mandato de acción en múltiples niveles al Estado lo que determina la necesidad de perfeccionar la legislación actual. Es la certeza de que las mujeres vivimos todas, sin exclusión, manifestaciones de violencia que no pueden ser desconectados de un sistema social, político cultural y económico, que la reproduce y ampara.

Las mujeres somos educadas para no transitar a ciertas horas en la calle, a no vestir de determinada manera. Sabemos que si caminamos solas en la noche nos expondremos a ser víctimas de una violación. Sabemos que si usamos una falda corta es posible que seamos presa de comentarios soeces o de tocaciones no solicitadas de parte de extraños. Sabemos que no debemos dormirnos en una fiesta, porque podríamos ser víctimas de un abuso sexual. También tenemos la certeza de que al interior de nuestros hogares es factible ser víctimas de violencia a manos de quien dice amarnos.

Esta vivencia no siempre es evidente para todos, porque no es experimentada por todos. Acaso la experiencia vital más similar es la que experimenta la comunidad LGTBI, quienes, al no conformarse con el binomio de hombre o mujer heterosexual, pueden sufrir violencia y discriminación tanto en el seno de sus familias, como en el espacio público o laboral.

Esta violencia se conecta con la noción de género, es decir, la existencia de un sistema de atribución social de características a los cuerpos sexuados de las personas que determina que hay una jerarquía entre éstas y que, en aras a resguardar su mantención, debe disciplinarse a quienes se escapan del molde.

Sobra decir que la cultura la hacemos todos, entre todos, en cada momento y que al menos no resulta razonable apuntar con el dedo y caer en actitudes inquisitivas que solo polarizan el diálogo e inhiben la posibilidad de cambio.

La legitimidad de esta violencia ha cambiado lenta, pero decididamente en nuestro país y abundan pruebas de aquello. La creación del Ministerio de la Mujer y la Equidad de Género, la regulación del acoso sexual en las calles, la ampliación del acoso sexual contenido en el Código del Trabajo a las Universidades Públicas, o el avance del proyecto de ley sobre el derecho de las mujeres a una vida libre de violencia, Boletín Nº 11077-07, así lo demuestran.

Luego, el proyecto es necesario, así como lo son otras iniciativas en tramitación en esta honorable Corporación.

Un materia distinta, y la segunda pregunta a responder, es si la solución planteada es la más adecuada para el objetivo trasado. En este sentido, el proyecto se beneficiaría de mejoras en su redacción, muchas de las cuales ya han sido mencionadas por la Doctora Lidia Casas, o aquellas prevenciones contenidas en la presentación realizada por el Ministerio Público. Muchas de estas observaciones están contenidas en las indicaciones presentadas por las honorables Senadoras de esta Comisión.

Con esta perspectiva en mente, me permito hacer algunas sugerencias en cuanto a la redacción del delito, haciendo la prevención de que mi trayectoria profesional no es la de una abogada penalista, por lo que pongo de manifiesto mi deferencia hacia quienes si son expertos en el área. Tal vez la opinión de la Asociación de Magistradas de Chile, MACHI, sería necesaria.

a) La referencia a la motivación del femicidio de contenida en la voz *por su género*, es idónea. No obstante, la experiencia comparada y la investigación doctoral de la Profesora Patsilí Toledo[4], indican que, aunque es necesario incorporar elementos subjetivos, es decir, relativos al ánimo o motivación del autor, generan problemas probatorios. Por tanto, al incluir el género en el tipo penal se incorpora una dimensión probatoria nueva y desconocida en nuestro sistema, por lo que sugiero se incorporen hipótesis objetivas y claras acerca de cuándo estaríamos en presencia de tal situación. En este sentido, las referencias que se realizan en el proyecto a las agravantes del artículo 12 del Código Penal, no satisfacen este estándar. La ley debe ser capaz de guiar el comportamiento humano y ofrecer una pauta hermenéutica prístina para los operadores de la ley. Por ejemplo, no existe una conexión evidente entre un delito de

[4] Toledo, Patsilí. Feminicidio. Consultoría para la Oficina en México del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos http://www.nomasviolenciacontramujeres.cl/wp-content/uploads/2015/09/P.-Toledo-Libro-Feminicidio.compressed.pdf

género y la referencia a hacerlo por medio de un incendio o inundación, o bien mediando un precio, recompensa o promesa, como son los supuestos de los numerales 3º y 2º del artículo 12 del Código Penal.

b) Existe mayor claridad en el femicidio agravado del artículo 390 bis, cuyas hipótesis pueden ser revisadas o incluso ampliadas, pero pareciera ser que sería más adecuado que éstas fueran supuestos del propio delito de femicidio y que las agravantes que se aplicaran pudieran ser las contenidas en el artículo 12 del Código Penal. Estas son actualmente, y a mi juicio erróneamente, parte del tipo penal, pero luego son nuevamente aplicadas como agravantes en el inciso final del artículo 390 bis. Sancionar dos veces una misma circunstancia es, en nuestro derecho, constitutiva de una infracción al principio de legalidad o incluso del derecho a un racional y debido proceso.

c) Me permito insistir en la necesidad de clarificar qué situaciones concretas serán consideradas una expresión de muerte *por su género.* Contar con supuestos de aplicación efectiva de la ley permitirá maximizar la posibilidad de aplicación efectiva del delito, pues restringe los elementos subjetivos que dependen del autor del delito y, de alguna manera, los liga o desplaza hacia las condiciones propias de la víctima. Un ejemplo hará mas claro mi punto: en el caso de Nabila Riffo, la Corte Suprema desestimó la existencia de una *intensión de matar*. Luego, no condenó por femicidio frustrado, sino por lesiones gravísimas y por el delito de violación de morada. En una hipótesis donde el autor de un delito niega la intensión de matar *por su género*, e indica otro motivo para actuar, es factible que no exista aplicación del delito de femicidio. Por tanto, es importante que ciertas hipótesis donde el género es un factor determinante, queden expresamente establecidas como un elemento del tipo penal del femicidio, porque serán posibles de acreditar bajo el estándar probatorio *más allá de toda duda razonable.*

d) Bajo esta lógica, es importante que el catálogo de actos concretos que se identifiquen como supuestos de femicidio no se reduzcan al femicidio íntimo, sino que se amplíen a otras hipótesis. Resulta evidente, por ejemplo, que sea constitutivo de femicidio el asesinato de una mujer cuando median signos de violencia sexual. En esta parte, la destreza de abogados penalistas que permitan distinguir claramente un hecho delictivo, de una agravante, sería del todo bienvenida.

e) Me parece que mantener la expresión *por su género*, sin atribuirle una desaprobación, es correcta. Es factible que, en términos probatorios, nos encontremos ante supuestos donde pueda comprobarse que hubo motivación de género, pero que el autor niegue los elementos de rechazo o desvalorización. Es decir, calificar la motivación del autor puede incorporar una dimensión probatoria que redunde en una baja aplicación del delito.

3. Prevenciones y sugerencias en el contexto de la respuesta normativa frente a la violencia de género.

Como mencioné anteriormente, la violencia de género es un problema de envergadura mayor, cuya aproximación efectiva no puede descansar únicamente en el derecho penal. Es por este motivo que estimo que este proyecto debe ser analizado conjuntamente con uno en el que se encuentra trabajando esta honorable Comisión, a saber, el Proyecto de ley sobre el derecho de las mujeres a una vida libre de violencia, Boletín Nº 11077-07. Este proyecto de ley, del cual tuve el honor de participar en su preparación y posterior presentación, busca ofrecer una respuesta amplia al conflicto de la violencia contra la mujer, por lo que modifica varios cuerpos normativos, incluido el Código Penal. Considerando la feliz concurrencia de ambos proyectos en esta Comisión, parece prudente que los cambios que se realicen al Código Penal, en el delito de femicidio, sean consistentes.

El proyecto de ley tiene como motivación última procurar el respeto a las mujeres y, que duda cabe, hacer efectivo su derecho a la igualdad. No obstante, es necesario que este objetivo integre la igualdad entre mujeres y entre hombres y mujeres. Es factible que, por ejemplo, la distinción entre mujeres menores de edad y las mayores de edad como una agravante, no necesariamente apruebe el control de constitucionalidad fijado por el Tribunal Constitucional. En este sentido, una mirada transversal al proyecto de ley desde los estándares de derechos fundamentales sería prudente.

Por último, una dimensión que a veces es desatendida por los operadores del derecho, es la de la implementación efectiva de las leyes, es decir, del proceso concreto de educación sobre las mismas. Tratándose de modificaciones legales que muchas veces operan en contra de resabios culturales, este es un punto que idealmente debiera considerarse. En este sentido, sería interesante contar con actores claves como la Academia Judicial o la Secretaría de Género de la Corte Suprema, dentro del proceso de creación de la ley y, posteriormente, en una mirada sobre cómo se ha aplicado.

Muchas gracias.

Valparaíso, 24 de julio de 2019.