ediciones DER

Universidad Católica del Norte

Editor
Christian Scheechler Corona

Coordinadora
Paulina Gutiérrez Peña

El delito de femicidio en la legislación chilena

CoEdiciones

DER EDICIONES es una Editorial Jurídica creada por un grupo de Editores de larga trayectoria.

Estamos en la búsqueda de publicaciones de innegable valor científico. Nuestra propuesta pone énfasis en una cuidada elaboración técnica, colocando nuestra experiencia al servicio de la comunidad jurídica.

Nuestro catálogo editorial está compuesto por las siguientes colecciones: Ensayos Jurídicos, Monografías, Manuales, Cuadernos Jurídicos, Coediciones, Revistas y Obras prácticas.

Invitamos a aquellos profesores, investigadores o abogados en ejercicio, que hayan escrito una tesis de maestría, monografía, ensayo, manual u otra obra de interés práctico, a publicar con nosotros.

Para mayor información, escríbanos a info@derediciones.com o visite nuestra página web www.derediciones.com.

EL DELITO DE FEMICIDIO EN LA LEGISLACIÓN CHILENA
© Christian Scheechler Corona (editor) y Paulina Gutiérrez Peña (coordinadora)
2021 DER EDICIONES LIMITADA
Manuel Barros Borgoño 160, oficina 404, comuna de Providencia, ciudad de Santiago, Chile
info@derediciones.com
www.derediciones.com
Registro de Propiedad Intelectual N° EN TRÁMITE
ISBN 978-956-405-028-7
Primera edición, diciembre de 2021
Reimpresión, julio de 2022 DER Ediciones Limitada
Tiraje: 300 ejemplares
Impresores: Editora e Imprenta Maval SpA
Impreso en Chile / Printed in Chile

ADVERTENCIA
La Ley N° 17.336 sobre Propiedad Intelectual prohíbe el uso no exceptuado de obras protegidas sin la autorización expresa de los titulares de los derechos de autor.
El fotocopiado o reproducción por cualquier otro medio o procedimiento de la presente publicación queda expresamente prohibido.

5. El injusto en el delito de femicidio

Consuelo Murillo Ávalos*

5.1. Introducción. El delito de femicidio y su penalidad

El femicidio ha sido definido como el homicidio de la mujer por el hecho de serlo[1]. Esta definición es ampliamente conocida y compartida gracias a los movimientos feministas, responsables también de la visibilización del fenómeno de la violencia contra la mujer y su causa mediata en la desigualdad estructural entre hombres y mujeres. El concepto tiene una dimensión política "que presenta la muerte de mujeres por razón de género como uno de los ataques más graves a los derechos humanos, que atenta contra su integridad moral, su libertad y, por supuesto, su vida y también una dimensión social, representada por el entrecruzamiento de factores de discriminación que confluyen en las mujeres haciéndolas particularmente vulnerables a los ataques contra la vida"[2-3]. A esto podemos agregar la di-

* Doctora en Derecho por la Universitat Pompeu Fabra. Profesora adjunta de la Universidad Andrés Bello, Facultad de Derecho. Correo electrónico: consuelodaniela@gmail.com.

1 Ver la recurrente cita a la socióloga Diane Russell en el Tribunal (simbólico) de Crímenes contra la Mujer celebrado en Bruselas en 1976 y sus posteriores desarrollos en diversas publicaciones en la década de 1990.

2 Laurenzo (2012), pp. 119-143.

3 En este trabajo se adopta una definición restringida del concepto femicidio, que es mayoritaria en la doctrina, referido al homicidio doloso de las mujeres por el hecho de serlo, excluyendo así las muertes por conductas normalmente negligentes que afectan con mayor frecuencia a mujeres por razón de su género que fueron incluidas en la definición de Russell.

mensión jurídico-penal, en las jurisdicciones (principalmente países latinoamericanos) que han optado por tipificar el delito de femicidio.

Así, el concepto fue acuñado y desarrollado desde las ciencias sociales, y ha tenido cierta repercusión en las legislaciones penales, que han tipificado el delito de femicidio de maneras más amplias, como cuando se considera femicidio toda muerte de la mujer por razón de su género, o más restringidas, como cuando se incluyen únicamente los femicidios íntimos. Al abocarse a la labor de tipificación, los legisladores se han enfrentado a la dificultad de intentar traspasar un concepto desarrollado en las ciencias sociales al ordenamiento jurídico penal, cumpliendo con el principio de taxatividad y de responsabilidad personal por el acto, e intentando que refleje una realidad denunciada en este otro ámbito del conocimiento.

Para rastrear el delito de femicidio en Chile es necesario remontarnos al delito de parricidio. El delito de parricidio nació con el Código Penal en 1874, en el que tenía asignado la pena única de muerte. Con la Ley Nº 17.266, de 6 de enero de 1970, se modificó la pena por la compuesta de presidio mayor en su grado máximo a muerte, y, desde la Ley Nº 19.734, de 5 de junio de 2001, que deroga la pena de muerte, el parricidio es penado con presidio mayor en su grado máximo a presidio perpetuo calificado. El delito de parricidio ha sido objeto de numerosas críticas, principalmente referidas a la dificultad de justificar la aplicación de una pena tan alta de manera automática en razón de un vínculo (contractual, de sangre o material). Estas críticas derivaron en la eliminación de esta figura en distintos países[4] o su degradación para configurar una circunstancia más del homicidio calificado[5]. En nuestro país, en cambio, el parricidio goza de un estado de buena salud, especialmente porque en su seno se construyó la figura de femicidio. Por su parte, mientras el anteproyecto de Código Penal de 2014 mantenía su existencia mediante la figura del *homicidio intrafamiliar*, el proyecto de 2018 lo elimina manteniendo únicamente un delito de femicidio íntimo.

4 En España y Alemania se eliminó el parricidio en los años 1995 y 1941, respectivamente. En otras legislaciones simplemente se ha prescindido del parricidio, como en Estados Unidos, Inglaterra, Suiza, Austria, México, Dinamarca, Finlandia y Grecia.

5 En el año 1992, Francia realizó dicho paso. Por otra parte, algunos códigos no contemplan una figura especial de parricidio, sino que admiten figuras de homicidio agravadas por el parentesco. Es el caso de dos países latinoamericanos: Argentina (artículo 80, inciso 1 del Código Penal) y Colombia (artículo 324 Nº 1 del Código Penal). Utilizan la misma forma de sanción la legislación italiana y la portuguesa.

En el año 2010, la Ley Nº 20.480, de 18 de diciembre, amplía los sujetos pasivos del delito de parricidio, para incorporar a excónyuges y exconvivientes, y para desarrollar, a partir de este tipo genérico de parricidio, el tipo de femicidio. Como quien crea de la costilla del hombre a la mujer, el legislador nacional crea el femicidio del cuerpo del parricidio agregando un inciso segundo al artículo 390 del Código Penal que rezaba:

> "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".

Esta modificación, que no varía la pena para estos casos, cuanto menos parece introducir el elemento de género en el parricidio por la vía del *nomen iuris*[6], y a su vez incorporando, mediante esa misma ley, distintas modificaciones en el ordenamiento penal y procesal penal coherentes con la finalidad de prevenir y castigar la violencia contra la mujer en el contexto intrafamiliar[7].

La Ley Nº 21.212 de 4 de marzo de 2020 produce la segunda reforma penal en materia de femicidio y cambia sustancialmente el sistema de castigo de este delito, ampliando su ámbito de aplicación. Así, la actual regulación del delito de femicidio en el Código Penal incluye el femicidio íntimo limitado (o femicidio-parricidio) en el inciso primero del artículo 390 bis, el femicidio íntimo ampliado en el inciso segundo del artículo 390 bis y el femicidio por razón de género en el artículo 390 ter, que es definido por el legislador de una forma muy cercana a la original acuñada en las ciencias sociales. Así, desde 2020, el femicidio no depende únicamente del ámbito relacional en el que se comete, sino que comete femicidio también "el hombre que matare a una mujer en razón de su género".

El antiguo femicidio-parricidio, que consiste en el homicidio de una mujer por parte del hombre que es o fue su cónyuge o conviviente, pasa al inciso primero del nuevo artículo 390 bis del Código Penal manteniendo la pena del parricidio e incorporando una nueva hipótesis comisiva: la del hombre que mata a la mujer con la que tiene o ha tenido un hijo en común sin convivencia. Esta última no es una de las relaciones protegidas por el parricidio, lo que genera un problema de incoherencia, como se verá *infra*. El nuevo femicidio íntimo ampliado, descrito en el inciso segundo del artículo 390 bis, se configura cuando un hombre mata a una mujer en

6 Matus y Ramírez (2017), p. 117.

7 Santibáñez y Vargas (2011), p. 196.

razón de tener o haber tenido con ella una relación de pareja de carácter sentimental o sexual sin convivencia, y tiene asignada la misma pena del parricidio, con lo que la pena es más elevada al compararla con el homicidio simple e incluso con el homicidio calificado. Por último, el femicidio en razón de género del artículo 390 ter tiene asignada la pena de presidio mayor en su grado máximo a presidio perpetuo, con lo que coincide con la pena del homicidio calificado.

Respecto de los efectos de la aplicación concreta de las penas, dos reflexiones permiten aventurar que esta modificación legal no tendrá un efecto significativo en las penas que se impongan en los casos de femicidio. La primera consiste en que la mayor parte de las hipótesis del femicidio en razón de género se cometen con alevosía o ensañamiento, permitiendo en el pasado su castigo como homicidios calificados (con la misma pena). La tipificación actual del femicidio en razón de género, sin embargo, facilitará la aplicación del marco penal al contemplar hipótesis semiobjetivas de configuración, de manera que no se requiera probar el elemento subjetivo de realizarse el homicidio en razón del género de la mujer. La segunda dice relación con el conocimiento empírico de que los tribunales nacionales tienden a aplicar siempre la pena más baja asignada al delito[8], y el parricidio, las tres formas de femicidio y el homicidio calificado comparten el mismo grado de pena en su extremo inferior (presidio mayor en su grado máximo).

No obstante lo anterior, el nombre especial dado a este grupo de delitos, así como los marcos penales más elevados, son expresión de un mayor o distinto reproche asignado por el legislador a estos delitos, y exige hacer un análisis del fundamento del delito, que justifique su existencia y la aparente discriminación que implica para varones víctimas o victimarios de homicidio. El estudio de esta materia produce en la investigadora algo de confusión, ya que, si bien la doctrina en este asunto suele reconocer un plus de desvalor en el delito de femicidio que estaría vinculado a la desigualdad o discriminación de la mujer víctima, no se ha delimitado este mayor desvalor en las instituciones jurídico-penales tradicionales. En los siguientes apartados intentaré desarrollar los principales argumentos sobre los que se funda el mayor desvalor del delito de femicidio[9].

8 WILENMANN *et al.* (2019), p. 469.

9 Es necesario aclarar que dentro de los delitos de femicidio puede existir una diferencia adicional en los femicidios íntimos, que presentarían un desvalor adicional al propio del femicidio en razón de género, como se analizará en el último apartado de este trabajo.

5.2. Bien jurídico: el femicidio como un delito pluriofensivo

El delito de femicidio comparte con las distintas formas de homicidio la protección del bien jurídico *vida humana independiente*. Su tipificación se encuentra en el título "del homicidio", lo cual, aunque pueda parecer una obviedad, no es evidente. Así, por ejemplo, el delito de maltrato habitual en violencia de género en España se encuentra tipificado en el título "De las torturas y otros delitos contra la integridad moral" del Código Penal, y no en el de las lesiones. Por su parte, el delito de maltrato habitual en Chile está ubicado en la Ley N° 20.066, Ley de Violencia Intrafamiliar, y para la profesora VILLEGAS, el bien jurídico protegido en esta clase de conductas no puede ser otro que la dignidad de la persona humana y su integridad moral[10].

En muchas de las hipótesis contempladas en nuestro Código Penal, el femicidio tiene una pena superior a la figura de homicidio aplicable cuando cambia el género de víctima y/o victimario, por lo que debe tener también un fundamento distinto que le dota de mayor relevancia para el legislador y, desde una interpretación acorde con el principio de lesividad, una mayor importancia para la convivencia social. Este fundamento podría encontrarse en el bien jurídico protegido por el delito de femicidio.

Se ha sostenido tradicionalmente que el derecho penal existe para la protección de bienes jurídicos[11]. Si bien no está exenta de discusión la protección de bienes jurídicos como fin del derecho penal y tampoco es pacífico el sentido y alcance del concepto "bien jurídico", no se puede negar el notable aporte que dicho término hace a la doctrina penal y del que no podemos prescindir. Bienes jurídicos son aquellos intereses o valores que son considerados fundamentales para el desarrollo personal e indispensables para la convivencia social y que, por lo mismo, son protegidos por el legislador a través de la prohibición penal. Los delitos pluriofensivos son aquellos que existen para la protección de dos o más bienes jurídicos. Así, por ejemplo, el robo con violencia o intimidación es un delito pluriofensivo, ya que el bien jurídico protegido es la posesión, por un lado, y la

10 VILLEGAS (2012), p. 272.

11 CURY (2005), p. 52.

integridad física o salud y libertad, por otro, en la medida en que la conducta típica implica no solo una conducta de apoderamiento, sino también el ejercicio de violencia o intimidación[12]. En el robo con violencia es más fácil apreciar la pluriofensividad que en el femicidio, ya que en muchos casos se tratará de un delito complejo, en que se integra en la misma conducta típica un hurto y lesiones o amenazas. En cambio, en el femicidio no podemos separar mentalmente el delito en dos conductas distintas y menos en dos tipos distintos, lo que no permite descartar de plano que se trate de un delito de esta clase. No debemos confundir esta reflexión con el hecho de que algunas de las hipótesis concretas del delito de femicidio efectivamente protegen otros bienes jurídicos, como en el caso de la circunstancia tercera del artículo 390 ter del Código Penal en que también se protege la indemnidad o la libertad sexual[13].

Ante la posibilidad de que el femicidio sea un delito pluriofensivo, cabe preguntarse cuál sería el bien jurídico afectado además de la vida. Esta pregunta ha sido respondida principalmente de dos formas: el bien jurídico adicional es la igualdad de género o el bien jurídico adicional es la dignidad e integridad moral.

A) La igualdad de género

En palabras de TOLEDO, "el argumento de fondo que impulsa a la adopción de leyes penales especiales en esta materia es que la violencia contra las mujeres no sólo afecta la vida, la integridad física, psíquica o la

12 ROBLES (2006), p. 198.

13 Garita Vílchez considera que el femicidio es un delito pluriofensivo, pero no porque proteja un bien jurídico especial, sino porque suele proteger además otros bienes jurídicos como la libertad sexual, la integridad corporal o la tranquilidad familiar. Para la autora, "se trata de un delito pluriofensivo, que violenta una serie de bienes jurídicos y derechos no sólo de la víctima, sino también de su entorno familiar y social, lo que justifica el establecimiento de penas privativas de libertad elevadas por parte del legislador". Continúa Garita Vílchez refiriéndose al femicidio como un delito de un especial desvalor al tratarse de "una conducta que viola derechos humanos de las mujeres, particularmente el derecho a la vida, y que tiene su fundamento en las históricas relaciones de desigualdad entre los hombres y las mujeres". Con lo que esta autora también parece admitir un mayor desvalor en la conducta no por la presencia de otros bienes jurídicos protegidos, sino por la desigualdad que manifiesta la conducta femicida. GARITA (2012), p. 22.

libertad sexual de las mujeres, sino que existe un elemento adicional que se encuentra dado precisamente por la discriminación y subordinación implícita en la violencia de que ellas son víctimas"[14]. Así, el bien jurídico protegido adicionalmente sería la igualdad de género y, en concreto, el derecho de la mujer a no ser discriminada. Este bien jurídico se afectaría en la medida de que el homicidio de la mujer por el hecho de serlo manifiesta un acto extremo de discriminación. El bien jurídico así caracterizado sería uno individual, que se lesiona al matar a una mujer por el hecho de ser tal[15]. Para justificar la protección de la mujer, y la posibilidad de que un delito como este ocurra afectando de forma desproporcionada a las mujeres, es necesario hacer referencia a la estructura desigual que deja a la mujer en mayor riesgo de ser victimizada por el hecho de ser mujer. Así, para TOLEDO, el concepto del femicidio, como el homicidio de la mujer por el hecho de serlo, omite el contexto estructural que le da sentido:

> "[A]l decir que la violencia las afecta 'porque son mujeres' tácitamente se oculta la subordinación confundiendo 'el hecho de ser mujer', con 'el hecho de ser mujer en una sociedad que discrimina y subordina a las mujeres'"[16].

Es extensa la investigación que describe la violencia de género como manifestación de la discriminación contra las mujeres y como una herramienta "ejercida por el hombre sobre la mujer para alcanzar, mantener, restablecer o simplemente evidenciar una posición dominante del hombre y discriminatoria de la mujer"[17]. Así, en el caso extremo del femicidio, en que la violencia está dirigida a dar muerte a la mujer, se pretende restablecer la posición del hombre sobre la mujer, en circunstancias en que este poder se ve amenazado por una conducta de la víctima que se aleja del rol asignado en razón de su género.

En un extremo de objetivización, se encuentran las legislaciones como la chilena que consideran femicidio los homicidios en que la víctima es pareja o expareja, sin consideración a elementos adicionales para calificar la conducta. Son múltiples las investigaciones que evidencian de que el

14 TOLEDO (2009), p. 71.

15 Sobre la inconveniencia de considerar en el desvalor del delito de femicidio una posible afectación colectiva, ver *infra*.

16 TOLEDO (2012), p. 48.

17 PÉREZ (2018), p. 181.

lugar de mayor riesgo para la mujer de ser víctima de violencia de género es en el ámbito de sus relaciones afectivas[18]. Por esta razón es que se ha escogido este ámbito para desarrollar las principales reformas penales con el objetivo de prevenir y sancionar la violencia contra la mujer, incorporando nuevas figuras o agravaciones (neutras o género específicas) en el seno de la violencia doméstica o familiar.

Que el ámbito de las relaciones afectivas sea crítico para la tipificación del femicidio no parece suficiente para calificar de tal todo homicidio en que la víctima es mujer pareja o expareja. En este sentido se ha pronunciado Pérez Manzano[19], para quien la sola mención del contexto relacional es insuficiente para la tipificación, ya que no identifica el núcleo específico del supuesto ni su fundamento agravatorio. En este punto, no solo el principio de lesividad, sino también el de taxatividad, exigen que el tipo penal incorpore el elemento que fundamenta la agravación, de manera que siempre que se aplique esté presente.

El caso chileno es de difícil consideración, ya que, si bien el femicidio-parricidio no contempla en su descripción elemento alguno adicional al contexto relacional (de manera que siempre que la víctima sea mujer con la que esté o haya estado ligado por matrimonio o convivencia habrá femicidio), ostenta la misma pena que el delito de parricidio. De esta manera, la afectación de los principios de lesividad y taxatividad se encuentra en la tipificación del delito de parricidio y a este deben estar dirigidas las críticas. En este escenario, no parece ser necesario ni conveniente exigir la concurrencia de circunstancias típicas indicativas del contexto discriminatorio en el delito de femicidio-parricidio. Sin embargo, la decisión del legislador nacional de tipificar el femicidio-parricidio sin aumentar una ya muy elevada pena, generó ciertas incoherencias judiciales, como la decisión paradójica que denuncia Corn en la sentencia del TOP de Villarrica de 2011, que consideró que la agravante genérica de superioridad de fuerza y de sexo se encontraba integrada en el tipo penal de femicidio y, por tanto, no era aplicable en el caso concreto. Para el autor, al omitir mentalmente la existencia del femicidio, se habría castigado el caso con la misma pena del delito de parricidio y seguramente los magistrados habrían aplicado la

18 Un desarrollo de enorme impacto en torno a las causas y factores de riesgo para la violencia de género en la pareja en Jewkes (2002), pp. 1423 y ss.

19 Pérez (2018), p. 183.

agravante al considerar que el victimario medía 20 centímetros y pesaba 20 kilos más que la víctima[20]. Es de reconocer, sin embargo, la existencia de un supuesto que escapa de este análisis: con la introducción de la mujer con la que se ha tenido un hijo entre los sujetos pasivos del femicidio-parricidio, efectivamente se produce una ampliación del ámbito de aplicación del tipo, generando una incoherencia en la medida de que se establece la pena de parricidio a un caso que no es constitutivo de parricidio genérico cuando la víctima es varón. Habría sido más coherente incorporarlo como una hipótesis adicional en el femicidio íntimo ampliado que se revisará a continuación, ya que la exigencia de que el delito se cometa en razón de ese vínculo permitiría justificar la mayor pena ante el mismo delito en que la víctima es varón.

En una posición intermedia de objetivización, se han logrado fórmulas en que este mayor injusto aparezca en la descripción típica del femicidio de manera más o menos objetiva, con la finalidad de sortear los problemas que siempre acarrea la prueba de elementos subjetivos del tipo, como lo sería la necesidad de probar que el homicidio se realizó por el hecho de ser mujer la víctima en un sistema judicial no siempre formado en perspectiva de género[21]. Recurriendo al conocimiento empírico en la materia, se desarrollan hipótesis de femicidio en que mediante la descripción de circunstancias de comisión del delito se aprecia su especial desvalor. De esta manera, "el riesgo para el bien jurídico igualdad está contemplado en el desvalor del tipo objetivo, el dolo va naturalmente referido al mismo y, por tanto, a efectos de prueba resulta suficiente con que se evidencie que el autor conocía la condición de mujer de la víctima y el resto de las circunstancias objetivas que configuran el contexto representativo de tal desvalor"[22]. Este es el caso de la legislación nacional en el delito de femicidio en razón de género del artículo 390 ter del Código Penal, en que la concurrencia de las circunstancias típicas semiobjetivas determina el desvalor adicional de este homicidio agravado. Por su parte, en el femicidio íntimo ampliado del inciso segundo del artículo 390 bis, se habría preferido una opción intermedia entre la objetivización extrema del femicidio-parricidio del inciso primero del artículo 390 bis y la explicada aquí, en la medida que

20 Corn (2015), p. 202.

21 La otra razón que invita a esta forma de tipificación es la elusión de un derecho penal de autor.

22 Pérez (2018), p. 189.

se establecen exigencias de orden subjetivo al condicionarse su aplicación a que el homicidio se realice *en razón de tener o haber tenido con ella una relación* de pareja de carácter sentimental o sexual sin convivencia.

B) Dignidad e integridad moral

Una posición diferente consiste en considerar que el desvalor adicional del femicidio está en que constituye un atentado a la dignidad de la persona humana y su integridad moral. Esta tesis no se encuentra del todo reñida con la sostenida en el título anterior, sino que parece adoptar una distinta perspectiva respecto del fenómeno. A partir de la evidencia de que las distintas formas de violencia de género constituyen actos discriminatorios, se estima que el bien jurídico protegido es la dignidad de la persona y su integridad moral. Se trata de una perspectiva distinta a la negación del derecho a la igualdad de la víctima que se describió en el apartado anterior; es un acto que la denigra, afectando su derecho a la dignidad y su integridad moral.

Para los delitos de violencia de género, MORILLAS defendió la dignidad de la persona y su integridad moral como bien jurídico protegido cuando abogó por un cambio en la ubicación del delito de maltrato habitual, proponiendo que fuera trasladado desde los delitos de lesiones hacia el Título VII del Libro II del Código Penal español, "De la tortura y otros delitos contra la integridad moral". Si bien sus argumentos están dirigidos a esta figura, algunos de ellos son aplicables a cualquier delito de violencia de género (incluido el femicidio). Entre ellos se puede destacar la necesidad de establecer un desvalor propio de la conducta, diferente del referido al resultado de la agresión para evitar un problema de *non bis in idem*: la existencia de un plus de injusto reconocido por la jurisprudencia en el sentido que el bien jurídico trasciende y se extiende más allá de la integridad personal al atender el maltrato familiar a valores constitucionales de primer orden como el derecho a la dignidad de la persona y el libre desarrollo de la personalidad, que tiene su consecuencia lógica no solo en el derecho a la vida, sino a la integridad física y moral, con interdicción de los tratos inhumanos o degradantes, y los efectos psicológicos de la violencia de género, muchas veces asimilables a los delitos de tortura[23].

23 MORILLAS (2002), pp. 15-16.

En Chile, también refiriéndose al delito de maltrato habitual, para VILLEGAS, el bien jurídico protegido en esta clase de conductas no puede ser otro que la dignidad de la persona humana y su integridad moral[24]. Para LAURENZO, no solo el delito de maltrato habitual, sino también el delito de femicidio, protegen la integridad moral de la mujer víctima. Así, para la autora, el femicidio es "uno de los ataques más graves a los derechos humanos que atenta contra su integridad moral, su libertad y, por supuesto, su vida"[25].

5.3. El desvalor de la razón discriminatoria en el femicidio

La respuesta a la pregunta fundamental a este capítulo se encuentra en realidad en la primera línea de este trabajo (que además suele ser la primera línea en cualquier trabajo sobre esta materia): el femicidio es el homicidio de la mujer por el hecho de ser mujer. Y es que el mayor desvalor del femicidio está en que es más grave matar a una mujer por el hecho de serlo que matar a una persona sin ese elemento tendencia.

En la historia de la Ley, se refiere a este mayor injusto la profesora GIRAO afirmando que "el plus de injusto que justifica una sanción de mayor entidad consiste en la relación de discriminación, sometimiento o menoscabo de la dignidad de una mujer"[26]. Por su parte, en la misma instancia legislativa, la profesora Claudia SARMIENTO sostuvo que "en el tipo penal de femicidio, subyace una sanción al disvalor de los elementos conexos del atentado a la vida, tales como la discriminación o desprecio u odio de género". Dicha circunstancia, explicó, "permite distinguir un homicidio simple cometido en contra de una mujer –por ejemplo, durante un robo– del asesinato contra una mujer por razón de su género o por circunstancias que puedan ser incluidas dentro de dicha noción, como el haber mantenido una relación sentimental o afectiva, en que sí existe un elemento adicional que justifica una sanción penal más severa"[27].

En este momento, y aprovechando la referencia a la opinión de SARMIENTO, es necesario contemplar la posibilidad de que el desvalor propio

24 VILLEGAS (2012), p. 272.

25 LAURENZO (2012), p. 12.

26 BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL DE CHILE (2020), p. 66.

27 BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL DE CHILE (2020), p. 89.

del delito de femicidio esté radicado en su calidad de delito de odio. Siendo un delito que expresa discriminación, se ha considerado por algunos que el odio a las mujeres o misoginia podría ser un elemento propio del delito, lo cual conformaría su especial desvalor. En este punto, PÉREZ MANZANO ha desarrollado en extenso sobre las razones que permiten descartar esta hipótesis[28]. A modo de resumen, puede decirse que el femicidio no es un delito de odio por cuanto carece de la dimensión colectiva de esta categoría penal, ya que el femicidio no representa un acto de comunicación o de amenaza implícita al colectivo de mujeres y, relacionado con lo anterior, por cuanto la víctima del delito no es "fungible" para su autor.

Sin necesidad de recurrir al concepto de bien jurídico, hay quienes han encontrado el fundamento de la especialidad de los delitos de femicidio en "un plus de injusto que hace recomendable su penalización separada y agravada"[29]. Este plus de injusto parte de la consideración del delito como manifestación de discriminación contra la mujer "en cuya erradicación se encuentra comprometido el Estado ya sea a nivel constitucional –en diversos países– o legal, a través de los tratados internacionales de derechos humanos sobre la materia que ha ratificado"[30]. MATUS y RAMÍREZ, sin sostener esta tesis de manera expresa, afirman que "las dos modificaciones legales de la última década han tenido entre sus objetivos no solo dar cuenta de un cambio de valoración social de ciertos hechos más o menos relevantes ante la opinión pública, sino también dar cumplimiento a las obligaciones contraídas en la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer (Convención de Belém do Pará, DS 1640 / 1998)"[31].

La moción parlamentaria que dio origen a la Ley N° 21.212 fue clara al señalar:

> "[L]a concepción del femicidio que propone esta iniciativa legislativa se vincula con la normativa internacional de la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer (Convención de Belém do Pará, 1994) que en su artículo 1° señala que 'debe entenderse por violencia contra la mujer 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 público como en el privado'".

28 PÉREZ (2018), pp. 171-174.

29 TOLEDO (2009), p. 72.

30 Ídem.

31 MATUS y RAMÍREZ (2021), pp. 83 y ss.

El homicidio de la mujer por el hecho de serlo presentaría así un plus de injusto por tratarse de un homicidio discriminatorio (aunque no se trataría de un delito de odio).

En la opción legislativa nacional, como han afirmado MATUS y RAMÍREZ, el femicidio en razón de género tiene un carácter eminentemente discriminatorio[32], con lo que el desvalor específico del delito se encontraría en la tipificación del mismo como un delito de tendencia. Ello se puede predicar tanto respecto del delito de femicidio íntimo ampliado como del delito de femicidio en razón de género. En el femicidio íntimo ampliado se exige que sea cometido en razón de la relación que mantiene o mantenía el sujeto activo con la víctima, elemento que, coherente con la investigación en esta materia, insufla al delito su carácter expresivo de violencia de género. Por su parte, en el caso del femicidio en razón de género, las circunstancias tipificadas adicionalmente a la definición legal de femicidio establecen supuestos que, de acuerdo a la literatura, representan casos paradigmáticos de este tipo, sin necesidad de probar adicionalmente una motivación de género, ya que se encuentra ínsita en la descripción semiobjetiva de estos[33].

Como se desarrolló en el apartado anterior, la elevada penalidad del femicidio-parricidio no requiere justificación particular, ya que es la misma del delito de parricidio y, toda vez que un varón mate a una mujer que es o ha sido su cónyuge o conviviente o con la que ha tenido hijos en común, estará cometiendo un delito de parricidio que recibirá el nombre de femicidio sin necesidad de probar elementos de tendencia adicionales.

Una cuestión que es necesario abordar es la posibilidad de que parte del injusto del femicidio resida en su contribución a la estructura patriarcal. En efecto, la violencia de género es descrita como instrumental para mantener, recuperar o evidenciar una relación desigual entre un hombre y una mujer y, en la medida de que son parte de una comunidad, genera algún impacto en la estructura social. Sin desconocer lo afirmado anteriormente, la consideración del mayor injusto del femicidio en el sentido de que reproduce y perpetúa la desigualdad de género y, por tanto, contribuye al

32 MATUS y RAMÍREZ (2021), pp. 85-86.

33 Respecto de cada una de esas hipótesis, revisar el capítulo III de esta obra.

mantenimiento de la estructura patriarcal debe descartarse, ya que implicaría reprochar al femicida por una consecuencia más o menos plausible pero alejada de su conducta y de su conocimiento, abandonando de esta manera el carácter personal que ha de tener el reproche penal e instrumentalizando al individuo. Esto no obsta a aceptar que la consideración del patriarcado[34] puede explicar las razones político-criminales por las que se tipifique este delito discriminatorio en particular, o que el femicidio eventualmente pudiera presentar una penalidad más alta que otros homicidios discriminatorios en caso de que se llegaran a tipificar. El desvalor más intenso del femicidio continuaría fundándose en la tendencia discriminatoria del delito que puede reprocharse al femicida y en la relevancia que tiene la igualdad de género para la convivencia social, sin necesidad de atribuir un reproche adicional al sujeto activo por contribuir a la violencia estructural patriarcal. De hecho, y de manera paradójica, el femicida ha sido socializado en los valores del patriarcado.

En contra parece pronunciarse y de manera contundente FERNÁNDEZ respecto de la Ley de Violencia Intrafamiliar, para quien "el fenómeno de la violencia de género no parece estar correctamente descrito como un fenómeno exclusivamente individual"[35], a lo que añade, ya en clave de antijuridicidad, que "el injusto adicional que fundamenta la intervención del Derecho Penal está vinculada con la existencia de la violencia patriarcal y la privación de opciones fundamentales que tiene como consecuencia. Más específicamente, en la medida que un acto de violencia al interior de la familia puede comprenderse como un acto de violencia patriarcal, tal acto contribuye a reproducir o mantener una sociedad patriarcal y por lo tanto priva de opciones fundamentales a las que de otro modo dicha persona tendría acceso"[36]. FERNÁNDEZ está reflexionando a partir de una prohibición penal distinta, y no queda claro que en su propuesta esté fundando el desvalor en el patriarcado, sino más bien en la privación que la conducta genera en la víctima por causa del (o solo explicable en el contexto del) patriarcado. Desde mi perspectiva y aún a riesgo de ser repetitiva, el mayor injusto del femicidio está en su razón discriminatoria. Para dar sentido a

34 Se puede leer un interesante esfuerzo por construir la idea de bien jurídico protegido vinculándolo al patriarcado en la Ley de Violencia Intrafamiliar en FERNÁNDEZ (2019), *passim*.

35 FERNÁNDEZ (2019), p. 503.

36 FERNÁNDEZ (2019), pp. 511 y ss.

esa razón discriminatoria sin duda que es necesario recurrir a la categoría "patriarcado", explicativa de las relaciones desiguales entre hombres y mujeres. El desvalor se encuentra en el injusto objetivo del tipo, sin necesidad de recurrir a las motivaciones del sujeto activo. Y sin perjuicio de que la conducta del femicida contribuya a la estructura injusta del patriarcado, ello no puede ser objeto de un reproche penal.

5.4. El injusto adicional del femicidio íntimo

Ya se mencionó *supra* que distintas jurisdicciones han escogido como el primer espacio para sancionar la violencia de género el de la familia y/o las relaciones de pareja, debido a que se ha evidenciado la mayor incidencia de violencia de este tipo en su seno. Las razones que justifican un mayor desvalor en estas conductas frente a los femicidios no íntimos se pueden diferenciar en dos grupos principales: aquellas que encuentran en la pareja un mayor desvalor por tratarse de una persona respecto de la cual hay lazos de confianza (lo cual deja a la víctima en una situación de mayor vulnerabilidad ante un ataque del sujeto activo), y aquellas que consideran que es más grave el femicidio en el ámbito de la pareja porque "las relaciones de pareja son el espacio privilegiado para el desarrollo de los roles de género más tradicionales y discriminatorios: aquellos que pretenden reducir el papel de la mujer y la identidad femenina a funciones de cuidado de la pareja y de los hijos y de subordinación a la autoridad masculina"[37]. Desde esta segunda perspectiva, también hay una preocupación especial por el mayor riesgo para la mujer que se encuentra en una relación de pareja.

En el caso específico de nuestro país, los femicidios íntimos son castigados con una pena más elevada que la que corresponde al femicidio en razón de género. En primer lugar, y como ya se adelantó en los apartados precedentes, el femicidio-parricidio (o femicidio íntimo limitado) del inciso primero del artículo 390 bis del Código Penal tiene la misma pena que el parricidio común y es una especie de este (con excepción del homicidio de la madre del hijo en común). En su descripción típica no incorpora ningún elemento que importe un desvalor adicional al parricidio común tipificado en el artículo 390[38], con lo que la denominación de femicidio en estas hi-

37 PÉREZ (2018), p. 180.

38 *Vid. supra* la inconveniencia de exigir elementos adicionales.

pótesis no tendrá consecuencia alguna o, cuanto menos, no debiera tenerla para restringir el castigo del parricida en estos casos[39].

En el ámbito nacional, SANTIBÁÑEZ y VARGAS afirmaron respecto de la incorporación del femicidio íntimo en el año 2011 que esta se explica por la especial connotación que tiene el homicidio de mujeres por quienes son o han sido sus compañeros, es decir, el entorno familiar que agrava la conducta del agente "conocido", "familiar". Se mostraban, asimismo, críticas respecto de su aplicación en casos en que la convivencia hubiera sido limitada en el tiempo o poco significativa en relación con el tiempo transcurrido desde su cese. Para las autoras, "la lógica de la agravante o de la calificante, según se trate de una circunstancia genérica o el propio legislador la incluya al establecer la pena –como en este caso– está en el estado de mayor indefensión en el que se halla la víctima de una agresión por parte de un pariente con el que está vinculado; donde existe conocimiento, confianza, 'cariño' [...]. Por ello, la víctima está en una posición de mayor debilidad, con menos posibilidades de repeler la ofensa, lo que denota la particular gravedad de la conducta"[40]. Las profesoras SANTIBÁÑEZ y VARGAS eran críticas también de la vía legislativa del parricidio para la tipificación del femicidio, por lo que esta reflexión tiene un alcance limitado posiblemente ante esta nueva reforma que incorpora el femicidio en razón de género como proponían en su trabajo.

Se ha cuestionado que una pena tan elevada descanse únicamente en la existencia de una relación presente o pasada. El contexto relacional no debiera ser suficiente para estimar que el homicidio de la mujer es un femicidio, por lo que parece una mala opción legislativa crear el femicidio a partir de una figura ya criticada como el parricidio mediante la Ley N° 20.480. Así, como se justificó *supra*, las críticas en este caso deben dirigirse al delito de parricidio en general, cuya existencia ha sido cuestionada por la doctrina, lo que ha significado su desaparición en algunas jurisdicciones[41].

39 Proponen una consecuencia a la existencia de este tipo Matus y Ramírez, para quienes el concepto de violencia de género implícito en el *nomen iuris* afecta la interpretación del sentido y alcance del tipo penal. Para los autores, no podrá aceptarse la defensa basada en la prueba de falta de confianza, que sí sería admisible en el delito de parricidio general. MATUS y RAMÍREZ (2017), p. 117.

40 SANTIBÁÑEZ y VARGAS (2011), p. 205.

41 Por todos recientemente GONZÁLEZ (2015), pp. 193-196.

Entre quienes critican esta fórmula legislativa para la tipificación del femicidio se encuentra CORN, para quien "la conexión entre el femicidio y el parricidio impone al primero compartir la historia del segundo, que desde la antigüedad ha justificado su existencia –y la consiguiente agravación de la pena– por la infracción de la obligación de protección que el Derecho impone a los parientes más estrechos"[42]. Así, para el caso chileno, el mayor desvalor objetivo en la conducta estaría en la infracción de un deber de cuidado respecto de las personas a las que estamos vinculados incorporadas en el artículo 390 (y ahora en el 390 bis del Código Penal), un deber que permanecería incluso después que el vínculo se ha roto, como en el caso del excónyuge y el exconviviente[43].

Con la esperada (aunque poco probable) desaparición del delito de parricidio de nuestra legislación nacional, será necesario construir una figura de femicidio íntimo que incorpore en su injusto objetivo el mayor desvalor que la conducta del femicida en razón del género de su pareja o expareja detenta. Una forma de hacerlo ya podemos encontrarla en la tipificación del femicidio íntimo ampliado, en que se exige que el homicidio se realice en razón de la relación presente o pasada entre sujeto activo y pasivo. Otra manera sería la que propone PÉREZ, en orden a describir los contextos en que "*siempre y en todo* caso, sin necesidad de mayor comprobación de las circunstancias particulares del caso, podemos afirmar que tiene lugar esta clase de violencia. En mi criterio, ello se produce, sin duda, cuando existe una violencia habitual previa; cuando la muerte se conecta con la negativa de la mujer a establecer, mantener o reanudar una relación de pareja; y, por último, cuando se vincula con la comisión de agresiones sexuales contra la mujer"[44]. Estos ejemplos manifiestan no solo una negación de la autonomía de la víctima, sino también asignación de roles sociales subordinados a la mujer en las relaciones hombre-mujer, expresivos de la discriminación patriarcal de la mujer. De acuerdo con lo expuesto en este apartado, la pena que merecerá este femicidio íntimo podrá ser la misma o levemente superior a la del femicidio en razón de género.

42 CORN (2015), p. 197.

43 Otras justificaciones minoritarias para el delito de parricidio han sido: la mayor peligrosidad del autor, su mayor culpabilidad y la protección del bien jurídico "orden de las familias".

44 PÉREZ (2018), pp. 185 y ss. [énfasis añadido].

5.5. Conclusiones

El delito de femicidio ha sido descrito como el homicidio de una mujer por el hecho de serlo. El hecho de ser mujer puede ser la razón de un homicidio cuando consideramos la estructura social de relaciones desiguales entre hombres y mujeres, lo que da sentido a la existencia de esta forma de violencia.

La posibilidad de considerar el femicidio como un delito pluriofensivo permite justificar el mayor desvalor de la conducta femicida. El bien jurídico adicionalmente protegido (además de la vida humana) sería el de la igualdad de género o el de la dignidad e integridad moral de la mujer víctima. Desde otra perspectiva, sin hacer referencia al bien jurídico protegido, se ha afirmado que el mayor injusto del femicidio está en su razón discriminatoria. El desvalor, sin embargo, se encuentra en el injusto objetivo del tipo, representado en el significado objetivo de la conducta en su dimensión comunicativa, sin necesidad de recurrir a las motivaciones del sujeto activo.

Por exigencia del principio de lesividad y de taxatividad, el mayor desvalor del femicidio debiera manifestarse en la configuración típica del delito, por lo que se favorecen redacciones que incorporen elementos adicionales que hagan referencia al mayor desvalor de la conducta. En el caso chileno, el femicidio-parricidio carece de tal cualidad, sin embargo ello es una falencia de la tipificación del parricidio, de manera que modificar el femicidio en ese sentido provocaría incoherencias inaceptables.

Bibliografía

Doctrina

Corn, Emanuele (2015): "Un nuevo tipo penal de femicidio en un nuevo Código Penal para Chile", en *Revista de Derecho* (Valdivia), vol. 28, N° 1. DOI: 10.4067/S0718-09502015000100009.

Cury, Enrique (2005): *Derecho penal. Parte general*, 7ª edición (Santiago: Ediciones UC).

Fernández, José Manuel (2019): "La Ley de Violencia Intrafamiliar, el bien jurídico protegido y el patriarcado: un estudio preliminar", en *Política criminal*, vol. 14, N° 28. DOI: 10.4067/S0718-33992019000200492.

Garita, Ana Isabel (2012): *La regulación del femicidio/feminicidio en América Latina y el Caribe* (Ciudad de Panamá: Secretariado de la Campaña del Secretario General de las Naciones Unidas ÚNETE para poner fin a la violencia contra las mujeres).

González, Diego (2015): "El delito de parricidio: consideraciones críticas sobre sus últimas reformas", en *Política criminal*, vol. 10, N° 19. DOI: 10.4067/S0718-33992015000100007.

Jewkes, Rachel (2002): "Intimate partner violence: causes and prevention", en *The Lancet*, vol. 359, N° 9315. DOI: 10.1016/S0140-6736(02)08357-5.

Laurenzo, Patricia (2012): "Apuntes sobre el feminicidio", en *Revista de Derecho Penal y Criminología* N° 8.

Matus, Jean Pierre y Ramírez, María Cecilia (2017): *Manual de derecho penal chileno. Parte especial* (Valencia: Tirant lo Blanch).

——— (2021): *Manual de derecho penal chileno. Parte especial*, 4ª edición, actualizada con las modificaciones legales hasta el 2 de enero de 2021, incluyendo la Ley 21.212, en materia de tipificación del femicidio (Valencia: Tirant lo Blanch).

Morillas, Lorenzo (2002): "Valoración de la violencia de género desde la perspectiva del derecho penal", en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminológica* N° 4. Disponible en línea: <http://criminet.ugr.es/recpc/recpc_04-09.pdf>.

Pérez, Mercedes (2018): "La caracterización del feminicidio de la pareja o expareja y los delitos de odio discriminatorio", en *Revista de Derecho PUCP* N° 81. DOI: 10.18800/derechopucp.201802.006.

Robles, Ricardo (2006): "Delitos contra el patrimonio", en Silva, Jesús-María (dir.), *Lecciones de derecho penal. Parte especial* (Barcelona: Atelier).

Santibáñez, María Elena y Vargas, Tatiana (2011): "Reflexiones en torno a las modificaciones para sancionar el femicidio y otras reformas relacionadas (Ley N° 20.480)", en *Revista Chilena de Derecho*, vol. 38, N° 1. DOI: 10.4067/S0718-34372011000100013.

Toledo, Patsilí (2009): *Feminicidio* (México: Oficina en México del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos).

——— (2012): *La tipificación del femicidio/feminicidio en países latinoamericanos: Antecedentes y primeras sentencias (1999-2012)*. Tesis doctoral (Universidad Autónoma de Barcelona).

VILLEGAS, Myrna (2012): "El delito de maltrato habitual en la Ley N° 20.066 a la luz del derecho comparado", en *Política criminal*, vol. 7, N° 14. DOI: 10.4067/S0718-33992012000200002.

WILENMANN, Javier *et al.* (2019): "La determinación de la pena en la práctica judicial Chilena", en *Política criminal*, vol. 14, N° 27. DOI: 10.4067/S0718-33992019000100456.

OTRAS FUENTES DIGITALES

- BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL DE CHILE (2020): "Historia de la Ley N° 21.121. Modifica el Código Penal, el Código Procesal Penal y la Ley N° 18.216 en materia de tipificación del femicidio". Disponible en línea: <https://www.bcn.cl/historiadelaley/fileadmin/file_ley/7731/HLD_7731_37a6259cc0c1dae299a7866489dff0bd.pdf>.

NORMATIVA CITADA

- Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer (Convención de Belém do Pará), 9 de junio de 1994.
- Código Penal, *Diario Oficial*, 12 de noviembre de 1874.
- Ley N° 17.266, que modifica el Código Penal y el Código de Justicia Militar en lo referente a la pena de muerte y modifica el artículo transitorio de la Ley N° 17.155, *Diario Oficial*, 6 de enero de 1970.
- Ley N° 19.734, que deroga la Pena de Muerte, *Diario Oficial,* 5 de junio de 2001.
- Ley N° 20.066, que establece Ley de Violencia Intrafamiliar, *Diario Oficial*, 7 de octubre de 2005.
- Ley N° 20.480, que modifica el Código Penal y la Ley N° 20.066 sobre Violencia Intrafamiliar, estableciendo el "femicidio", aumentando las penas aplicables a este delito y reforma las normas sobre parricidio, *Diario Oficial*, 18 de diciembre de 2010.
- Ley N° 21.212, que modifica el Código Penal, el Código Procesal Penal y la Ley N° 18.216 en Materia de Tipificación del Femicidio, *Diario Oficial*, 4 de marzo de 2020 (Ley Gabriela).

6. EL ÁMBITO DE RELACIONES INCLUIDAS EN EL ARTÍCULO 390 BIS DEL CÓDIGO PENAL

CHRISTIAN SCHEECHLER CORONA*

6.1. Aspectos introductorios

Dentro de los temas sensibles que han colmado la agenda pública –social y política– en los últimos años, el de la violencia de género y sus manifestaciones más fuertes, como el femicidio, son los que más especialmente han captado la atención del legislador. Esto se ha plasmado en las importantes modificaciones hechas al antiguo artículo 390 del Código Penal (CP), que tipificaba el parricidio y el femicidio, en sus incisos primero y segundo, respectivamente.

Es importante recordar que este último delito ya estaba consagrado desde hace una década, cuando la Ley N° 20.480, de 18 de diciembre de 2010, lo escindió del parricidio para dejarlo como figura con *nomen* distinto, si el sujeto pasivo era mujer. Este ejercicio, de un alto tono simbólico, dio paso a una transformación mucho mayor con la Ley Gabriela.

Esta última incorpora importantes modificaciones a la regulación del femicidio, como se ve a lo largo de esta obra colectiva, siendo uno de ellos el ámbito de los sujetos activo-pasivo, lo que responde a muchas de las demandas sociales de los últimos años.

* Doctor en Derecho por la Universidad de Deusto (España). Profesor de Derecho Penal en la Universidad Católica del Norte, sede Coquimbo. Correo electrónico: cscheechler@ucn.cl.

7. La faz subjetiva del tipo de femicidio íntimo

María Elena Santibáñez Torres*
José Tomás Humud Respaldiza**

7.1. Introducción

Una de las preguntas que impone la relativamente nueva formulación del delito de femicidio íntimo[1], incorporado el 4 de marzo del año 2020 al Código Penal por la Ley N° 21.212 o "Ley Gabriela", dice relación con su faz subjetiva y, en particular, con la posibilidad de comisión de este delito

* Abogada. Licenciada en Derecho por la Pontificia Universidad Católica de Chile. Profesora asociada adjunta de Derecho Penal y Derecho Procesal Penal de la Pontificia Universidad Católica de Chile. Correo electrónico: msantiba@uc.cl.

** Abogado. Licenciado en Derecho por la Pontificia Universidad Católica de Chile. Correo electrónico: jthumud@uc.cl.

1 "El femicidio íntimo, es aquel cometido por un hombre con el cual la víctima tenía o solía tener una relación íntima, familiar, de convivencia, o afines. El femicidio no íntimo, incluye aquellos cometidos por un hombre que no tenía ninguna relación íntima, familiar o de convivencia con la víctima; el asesino puede ser un amigo, un conocido o un extraño, y la violación sexual a menudo concurre con este tipo de feminicidio. El femicidio por conexión, recoge el asesinato de cualquier mujer que trató de intervenir o quedó atrapada en una acción de feminicidio. Finalmente, los femicidios sexuales, son los asesinatos precedidos de tortura y abuso sexual". Saccomano (2017), p. 56. El Código Penal chileno tipifica tanto el femicidio íntimo como el no íntimo, dejando fuera solamente el femicidio por conexión. En este trabajo se aborda la faz subjetiva del femicidio íntimo regulado en el artículo 390 bis del Código Penal que, como se verá, presenta ciertas notas que lo distinguen del femicidio no íntimo por razón de género regulado en el artículo 390 ter.

con dolo eventual o si, por el contrario, exige la concurrencia de dolo directo para su verificación.

La respuesta a esta pregunta debe buscarse, como punto de partida, en el texto legal anterior a la referida ley, que albergaba el delito de femicidio en el inciso segundo del artículo 390 del Código Penal[2] y que, para su definición, se remitía a los elementos descritos en el inciso primero, que hasta hoy contiene el tipo penal de parricidio. Este último incorpora la voz "conociendo las relaciones que los ligan", frase que parte importante de la doctrina vincula a la exigencia de dolo directo. La omisión que hace al respecto el tenor actual del tipo penal de femicidio íntimo, luego de la Ley Gabriela, y la incorporación de un nuevo elemento subjetivo especial determinan la respuesta a la pregunta mencionada.

La solución que se adopte incide, a su vez, en el tratamiento que debe darse a los casos de ejecución imperfecta del delito que nos proponemos revisar, particularmente en dos aspectos: i) compatibilidad o incompatibilidad de la tentativa (o frustración) con el dolo eventual y ii) deslinde entre el femicidio frustrado y las lesiones graves o gravísimas consumadas.

En lo sucesivo intentaremos, en el apartado inicial (apartado 7.2.), dar respuesta a la primera de las interrogantes, revisando el aspecto subjetivo de la anterior formulación del tipo penal y las modificaciones sufridas con la Ley Gabriela, para luego, en un segundo apartado (apartado 7.3.), dibujar algunas orientaciones sobre las consecuencias planteadas en el campo de la tentativa.

7.2. Faz subjetiva del delito de femicidio íntimo: ¿dolo de cualquier clase, únicamente dolo directo o algo más?

A) Exigencias subjetivas del delito de femicidio antes de la Ley Gabriela y su relación con el delito de parricidio

El delito de femicidio fue incluido por primera vez en el Código Penal el año 2010 por la Ley N° 20.480, de manera accesoria –tanto en su ubicación como en su definición– al tipo penal de parricidio, que en su antigua formulación disponía:

2 En adelante, artículos sin más referencia deben entenderse como parte del Código Penal.

> "Artículo 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 puede verse, la creación del tipo penal fue solo nominal, pues no contenía nuevos elementos típicos distintos de los del parricidio, salvo el que si las víctimas eran mujeres y cónyuges o convivientes actuales o anteriores del autor, el delito recibía el nombre de femicidio. De esta manera, nuestro sistema jurídico-penal incorporaba el femicidio pero solo en su variante de femicidio íntimo y sin mayor relevancia práctica (salvo para efectos de estadística criminal y, sobre todo, de dar un nombre jurídico a una realidad apremiante)[3], pues el campo semántico del nuevo tipo penal estaba ya incluido en el de parricidio, que llevaba aparejada la misma pena.

Lo dicho importaba que la faz subjetiva del tipo penal compartía con la del delito de parricidio la exigencia de un elemento particular, al requerir que el autor matara a cualquiera de los sujetos pasivos con él vinculados "conociendo las relaciones que los ligan". En torno a este requisito se erigen distintas posiciones doctrinarias, de las cuales reseñaremos las tres principales.

Un sector importante de la doctrina nacional entiende que tal alusión demanda la actuación con dolo directo respecto de todos los elementos del tipo penal, mientras que otro (mayoritario tanto en doctrina como en jurisprudencia y cuya opción compartimos), interpreta este elemento como una exigencia de dolo directo (en su elemento intelectual, pues el volitivo no tiene cabida a su respecto[4]) específicamente referido a la relación especial entre los sujetos activo y pasivo, sin perjuicio de la posibilidad

3 La incorporación del *nomen juris* del delito en nuestro sistema jurídico penal obedecía a la necesidad de visibilizar el fenómeno de la violencia contra la mujer en nuestro país, lo que sin duda se logró con esa primera reforma, permitiendo sentar las bases para proyectos de ley posteriores tendientes a prevenir esta violencia e incrementar las penas asociadas a ella. Sobre las modificaciones introducidas por la citada ley, véanse SANTIBÁÑEZ y VARGAS (2011), pp. 193-207.

4 En efecto, tal como ocurre con otros elementos objetivos del tipo penal (*v. gr.*, la edad en el delito de violación de menor de 14 años), basta con que el sujeto activo conozca el vínculo de parentesco que le une a la víctima para que pueda afirmarse dolo directo,

de configurar el delito solo con dolo eventual respecto de los medios o el resultado mismo de muerte[5]. Una tercera posición minoritaria, por su parte, admite la posibilidad de dolo eventual respecto de la totalidad del tipo penal, afirmando que la referencia al conocimiento del vínculo es de carácter superfluo[6].

En términos sencillos y obviando la complejidad de la discusión aún vigente en torno a la existencia y especialmente al contenido del dolo eventual, las tres posiciones afirman, respectivamente: i) solo comete parricidio quien conoce con certeza los vínculos que lo unen a la víctima, el hecho de que su conducta acarreará la muerte de la misma, y *quiere* o *busca* este resultado mortal; ii) puede cometer parricidio, también, quien conoce con certeza el referido vínculo, actúa representándose como posible la muerte del sujeto con quien tiene dicha relación y acepta esta posibilidad, y iii) puede cometer parricidio, además, quien se representa como posible la existencia del vínculo indicado y también como posible el resultado de muerte y, de todas maneras, actúa, aceptando tanto la posible relación con la víctima como el posible resultado de muerte (como quien a oscuras dispara al bulto sobre su cónyuge sin tener certeza de que sea él o ella pero asumiendo como posible que así sea y su muerte).

Exponentes de la primera posición mencionada son Politoff, Matus y Ramírez[7], que equiparan la expresión "conociendo las relaciones que los ligan" a otras que habitualmente han sido entendidas por una parte de la doctrina como una referencia al dolo directo ("maliciosamente", a sabiendas", etc.). A ello agregan que no existen buenas razones para afirmar una interpretación diversa, dada la importante agravación de pena de la figura de parricidio en relación a la de homicidio. Matus y Ramírez, de manera coherente, mantienen esta exigencia para el nuevo delito de femicidio íntimo[8].

pues no tiene sentido exigir una voluntad o intención determinada respecto de dicho elemento. Ver Ossandón (2010), p. 421.

5 Una exposición más extensa de las posiciones doctrinarias referidas en Ossandón (2010), *passim*.

6 Etcheberry (1998), p. 73.

7 Matus y Ramírez (2021), p. 79, sin variaciones en relación a las ediciones anteriores en que participó Sergio Politoff.

8 Matus y Ramírez (2021), p. 87.

La doctrina y jurisprudencia mayoritarias, por su parte, sostienen que el tipo penal de parricidio exige conocimiento cierto de la relación que funda el injusto, pero que puede concurrir dolo eventual respecto de los demás elementos típicos. Así, bastaría con que el sujeto activo, conociendo el vínculo típicamente relevante, se represente como posible y acepte la muerte de la víctima, para que pueda afirmarse la comisión del delito de parricidio[9].

B) Nuevo delito de femicidio íntimo: ¿se mantiene la faz subjetiva?

Como se adelantó, el 4 de marzo de 2020 se publicó la Ley Nº 21.212 o "Ley Gabriela", que introdujo cambios sustanciales al delito de femicidio (creando dos tipos penales nuevos bajo ese rótulo), incorporando un nuevo párrafo §1 bis al Título VIII del Libro II del Código Penal, denominado precisamente "Del femicidio". La ley tipifica el delito de femicidio íntimo en un nuevo artículo 390 bis y deroga la antigua figura nominal contenida en el inciso segundo del artículo 390. Adicionalmente, siguiendo la tendencia que se ha venido desarrollando en los últimos años en derecho comparado[10], en un nuevo artículo 390 ter crea un tipo penal de femicidio distinto del femicidio íntimo, con una pena algo más baja, pero equivalente a la del homicidio calificado (presidio mayor en su grado máximo a pre-

9 Ossandón menciona como seguidores de esta tesis a Garrido Montt, Cousiño, Labatut y Zenteno, Cury (implícitamente) y Cobo-Carbonell en España, todos quienes afirman la exigencia de dolo directo respecto del vínculo en estudio y la posibilidad de dolo eventual respecto de los demás elementos típicos. Ossandón (2010), p. 423, nota al pie Nº 27. La autora, además, extracta cinco sentencias judiciales que discurren en la misma línea. Ossandón (2010), pp. 423-425.

10 La declaración sobre la eliminación de la violencia contra la mujer, aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en 1993, define violencia de género como "[t]odo acto de violencia basado en el género que tiene como resultado posible o real un daño físico, sexual o psicológico, incluidas las amenazas, la coerción o la privación arbitraria de la libertad, ya sea que ocurra en la vida pública o en la vida privada". En América Latina, la tipificación del delito de femicidio se ha extendido considerablemente en los últimos diez años, en importante medida gracias a la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer (Convención de Belém do Pará), ratificada por Chile en 1996. En la región hoy son excepcionales las legislaciones que no incorporan este delito. Al respecto, ver Observatorio de Igualdad de Género de América Latina y el Caribe (2021), *passim*.

sidio perpetuo), que funda el injusto en la muerte de mujeres por razón de su género, con independencia del vínculo anterior o coetáneo entre sujeto pasivo y activo[11]. El artículo 390 quáter establece, además, agravantes de responsabilidad especiales para este delito y el artículo 390 quinquies; por último, prohíbe para estos delitos la aplicación de una de las atenuantes llamadas pasionales, a saber, la de obrar por estímulos tan poderosos que naturalmente hayan producido arrebato u obcecación.

En cuanto al tipo penal que nos ocupa, la descripción explícita la calidad de hombre del sujeto activo y amplía (en relación a la anterior figura referida al parricidio) la relación o vínculo que debe ostentar el sujeto pasivo con el agente, extendido no ya solo al de (ex) cónyuge o (ex) conviviente, sino también al de madre de un hijo en común y al de mujer con quien el agresor tenga o haya tenido una relación de pareja de carácter sentimental o sexual sin convivencia. Se omite en esta formulación la referencia al conocimiento del vínculo que liga a ambos sujetos. La pena asignada a esta figura es la misma del parricidio.

Así las cosas, el nuevo tipo penal de femicidio íntimo quedó de la siguiente manera:

> "Artículo 390 bis.- El hombre que matare a una mujer que es o ha sido su cónyuge o conviviente, o con quien tiene o ha tenido un hijo en común, será sancionado con la pena de presidio mayor en su grado máximo a presidio perpetuo calificado.
>
> La misma pena se impondrá al hombre que matare a una mujer en razón de tener o haber tenido con ella una relación de pareja de carácter sentimental o sexual sin convivencia".

Para analizar la faz subjetiva del nuevo tipo penal debe partirse de la base de que, como en todo delito, el dolo (sea que se exija solo dolo directo o se admita la posibilidad de comisión con dolo eventual) debe recaer sobre todos los elementos objetivos del tipo. Entonces, aunque no se exija expresamente un conocimiento sobre las relaciones que los ligan, para que exista femicidio íntimo el autor debe saber (o al menos representarse como posible, si se admite dolo eventual sobre este elemento) que la mujer que está matando es o ha sido su cónyuge o conviviente o es la madre de un hijo en común o que tiene o ha tenido con ella una relación de pareja de carácter sentimental o sexual.

11 El artículo referido explicita las circunstancias que deben ser consideradas "razón de género", sin que resulte del todo claro si se trata de una enumeración de carácter ilustrativo o definitorio, problema que excede las posibilidades de esta colaboración. Sin perjuicio de ello, puede adelantarse de manera provisoria que una interpretación restrictiva y liberal de los tipos penales exige considerar las circunstancias contenidas en la referida lista como las únicas que pueden considerarse "razón de género" para los efectos de la disposición que se comenta. Esta solución se ve matizada por la amplitud de la circunstancia quinta de la disposición, que considera "razón de género" las relaciones desiguales de poder entre el agresor y la víctima, así como la *evidente intención de discriminación*. En términos similares, Matus y Ramírez (2021), p. 85.

Ahora bien, ¿admite el tipo penal de femicidio íntimo su comisión con dolo eventual? Desde ya nos parece que debe aceptarse esta posibilidad, al menos, respecto de la conducta matadora, el resultado de muerte y el vínculo causal entre ambos. En efecto, si se admite la posibilidad de comisión con dolo eventual de la generalidad de los tipos penales de nuestro ordenamiento jurídico, cuestión hoy asentada en nuestro medio[12], debe por fuerza admitirse dicha posibilidad para el tipo penal en estudio, salvo que existan razones claras para afirmar una excepción a este respecto, como se ha entendido por algunos que ocurre con el delito de parricidio.

Quienes afirman esto arguyen que la voz "conociendo las relaciones que los ligan", contenida en el tipo penal de parricidio, es equivalente a otros elementos subjetivos contenidos en tipos penales diversos que surtirían el efecto de excluir la posibilidad de comisión con dolo eventual de dichos ilícitos ("maliciosamente", "a sabiendas", etc.).

Ya la tesis según la cual estos elementos importan de manera general (es decir, en sede de parte general) una exclusión de dolo eventual ha sido objeto de críticas, que acá suscribimos. De manera sintética, las que nos parecen más atendibles son: i) la distinción conceptual de distintas formas de dolo no encuentra asidero ni en la ley ni en su historia fidedigna; ii) resulta dudoso pretender extraer conclusiones de aplicación general a partir de términos disímiles y usados de manera asistemática, por lo que parece más adecuado interpretar cada uno de estos elementos en el marco del tipo penal específico de que se trate[13].

12 Véanse Couso y Hernández (2011), pp. 71 y ss. La misma obra da cuenta de que el dolo eventual puede ser considerada la forma básica del dolo en nuestro derecho (p. 74).

13 *In extenso*, Ossandón (2010), pp. 426 y ss. Véanse también Couso y Hernández (2011), pp. 74 y 75.

A estas objeciones debe agregarse una atinente específicamente al tipo penal de parricidio notada por María Magdalena Ossandón en un trabajo que revisa la faz subjetiva este delito:

> "[D]esde una perspectiva dogmática es impertinente pretender que una exigencia especial del conocimiento pueda incidir sobre la intensidad del dolo, cuando la diferencia entre dolo directo y eventual se hace radicar –para la doctrina ampliamente mayoritaria– en el elemento volitivo (aceptar el resultado) y no en el cognitivo (conocer la posibilidad de su realización)"[14].

Agregamos, además, un reparo adicional, de relevancia tanto para el delito de parricidio como para el de femicidio íntimo. El elemento en cuestión se refiere a un elemento específico y acotado del tipo penal, cual es el de las relaciones que vinculan a los sujetos, por lo que no se entiende la ampliación de sus consecuencias hermenéuticas a los demás elementos del tipo penal, como son la conducta, el resultado de muerte y el nexo causal.

Ahora bien, el nuevo delito de femicidio íntimo (ya) no contempla este elemento subjetivo especial, con lo que parecería zanjada la cuestión. Sin embargo, en el inciso segundo del artículo comentado aparece un nuevo elemento de similar índole: "*en razón de* tener o haber tenido con ella [la mujer víctima] una relación de pareja de carácter sentimental o sexual sin convivencia" [énfasis añadido].

Llama la atención que este elemento subjetivo especial aparentemente se requiere solo para el agresor que tiene o ha tenido una relación de pareja de las características descritas con la víctima en el inciso segundo, y no para el que es o ha sido el cónyuge o conviviente de la misma, o con quien tiene o ha tenido un hijo en común (inciso primero)[15].

Hasta donde alcanzamos a ver, la inclusión de este elemento arrastra dos preguntas: i) ¿se trata de un elemento subjetivo especial distinto del dolo que debe acreditarse o, por el contrario, de la exigencia de una forma especial de dolo (directo y no eventual)?[16], y ii) ¿esta exigencia subjetiva

14 Ossandón (2010), p. 438.

15 Matus y Ramírez se refieren a las figuras contenidas en los incisos primero y segundo del artículo 390 bis como femicidio íntimo "limitado" y "ampliado", respectivamente. Matus y Ramírez (2021), pp. 82 y ss.

16 Podría intentarse una tercera interpretación de este elemento del tipo: reconducirlo a un elemento objetivo similar, *v. gr.*, a la "connotación sexual" exigida en el artículo 366 bis, afirmando así que lo que el inciso segundo del artículo 390 bis exige es la

adicional se requiere únicamente para las hipótesis comprendidas en el inciso segundo o debe concurrir también en las del inciso primero? Responderemos ambas interrogantes en el orden propuesto.

Si se pretende que la voz "en razón de" es un elemento subjetivo del tipo distinto del dolo debe, por fuerza, afirmarse que el delito de femicidio íntimo de nuestro Código Penal (al menos en su inciso segundo) es un delito de tendencia (y no de intención), por exigir un cierto ánimo que le dé sentido a la conducta del agente (y no la persecución de una finalidad ulterior).

A nuestro juicio, resulta problemático afirmar esto, en primer lugar, porque importa para el ente persecutor tener que acreditar un estado interno de difícil prueba, con lo que se reduciría de manera considerable la relevancia práctica de este tipo penal y, en segundo lugar, porque supone fundar el injusto del tipo penal en un ánimo o pensamiento y no en un acto, lo que contravendría el consabido principio *cogitationis poenam nemo patitur*[17]. Por último, e íntimamente ligado a las razones esgrimidas, se hace sumamente difícil delimitar un concepto subjetivo como ese: ¿qué significa que un hombre mate a su ex pareja *en razón de* o *por haber sido* su pareja? La vaguedad de la expresión, si se pretende su aplicación en su sentido natural y obvio, probablemente desembocará en uno de dos extremos que deben evitarse: un espacio incontrolable de discrecionalidad del sentenciador o bien un concepto vacío[18].

Así las cosas, nos parece que la voz "en razón de" cumple la misma función que la voz "conociendo las relaciones que los ligan" incluida en la anterior formulación típica, es decir, debe ser interpretada como una exigencia de dolo directo o de conocimiento cierto de la relación anterior o coetánea de pareja. Como se sostuvo[19], resulta difícil afirmar un elemento volitivo (un *querer*) sobre un elemento relacional como el revisado o como

realización de una conducta matadora de aquellas que habitualmente son realizadas *porque* o *debido a que* la víctima mujer es o ha sido la pareja del victimario. Sin embargo, una interpretación así parece muy alejada del tenor literal de la disposición, que expresa una motivación, además de la dificultad evidente que conlleva definir con claridad una realidad objetiva o intersubjetiva como la descrita.

17 Por todos, véanse Couso y Hernández (2011), pp. 87 y ss.

18 En contra, Matus y Ramírez, quienes afirman que la voz "en razón de" constituye tanto un elemento subjetivo de tendencia como una exigencia de dolo directo extensible a la totalidad del tipo objetivo. Matus y Ramírez (2021), p. 84.

19 Ver nota al pie N° 4.

el que reside en el delito de parricidio, por lo que solo subsiste la pregunta por el elemento cognitivo.

Llegados a este punto, debe reiterarse con OSSANDÓN (*supra*) que, si lo que el elemento subjetivo exige es una forma de conocimiento determinado sobre un segmento del tipo objetivo, se hace discutible afirmar la necesidad de dolo directo respecto de este segmento, pues la diferencia entre dolo directo y dolo eventual radica con mayor intensidad en el elemento volitivo (y no cognoscitivo) del dolo. Entonces, parece más adecuado afirmar que lo que exige el tipo penal es un conocimiento cabal o indubitado de la relación entre sujeto activo y pasivo, antes que postular la exigencia de dolo directo sobre ese elemento. Sin embargo, utilizaremos de manera indistinta los conceptos de dolo directo y conocimiento cierto, como suelen hacer los autores en casos equivalentes (como el del propio parricidio).

Lo dicho hasta ahora se traduce en que no bastará para afirmar el femicidio íntimo que el agente se represente como (altamente) probable que su víctima es su (ex) pareja, sino que deberá acreditarse que lo sabe con certeza.

La solución propuesta es coherente, por lo demás, con la razón que inspira la creación del tipo penal, cual es la de prevenir o disminuir el extendido fenómeno de la violencia contra la mujer, especialmente en nuestras latitudes. En efecto, se hace dudoso sostener que existe violencia "basada en el género"[20] tratándose del femicidio íntimo, en un caso en que un hombre causa dolosamente la muerte de una mujer sin tener la certeza de que se trata de su pareja[21]. Afirmar algo así –esto es, que cabe dolo eventual respecto de la relación que une o unió a los sujetos– supone, por otra parte, afirmar que el elemento del tipo penal que acá se revisa es superfluo, cuestión que debe evitarse cuando existe una interpretación útil posible.

Como última cuestión relativa a este punto, se hace pertinente apuntar que esta interpretación restrictiva del tipo penal es, además, consonante

20 Ver nota al pie N° 10.

21 Sí resulta concordante con el fenómeno de la violencia de género contra la mujer el causar la muerte de esta en alguna de las hipótesis de la disposición estudiada y con conocimiento de la relación que funda el injusto típico, cuando concurre dolo eventual en el agente respecto de la conducta o el resultado de muerte, por tratarse de una conducta que supone, sin duda, un desprecio por la vida de la víctima, lo que, a nuestro entender, debe ser considerado como violencia física hacia ella.

con el principio de proporcionalidad de la pena, atendida la alta sanción aparejada al delito (presidio mayor en su grado máximo a presidio perpetuo calificado).

Lo hasta acá expuesto permite adelantar, en parte, la respuesta a la segunda interrogante. Si la opción excluyente por el dolo directo o conocimiento cierto de la relación actual o extinta de pareja es la que mejor armoniza con el fin de prevenir la violencia de género contra la mujer (o, si se quiere, con el fundamento de injusto del delito de femicidio íntimo), no puede afirmarse algo distinto para las hipótesis contenidas en el inciso primero del artículo en comento, disposición que responde a la misma razón que la del inciso segundo.

Debe, a nuestro juicio, exigirse un conocimiento cierto en el hombre que mata a una mujer de la circunstancia de ser o haber sido esta su cónyuge o conviviente, o de tener o haber tenido con ella un hijo en común, para afirmar la comisión del delito de femicidio, no bastando una representación solo de posibilidad a este respecto.

De lo contrario se produciría una desproporción injustificada entre las hipótesis del inciso primero y las del inciso segundo, pues para las de este último habría que acreditar *algo más* que para las del primero, sin que aparezcan buenas razones para ello. La solución propuesta supone, nuevamente, una interpretación restrictiva del tipo penal y ajustada a la alta pena con que el delito amenaza.

7.3. Algunos apuntes sobre tentativa y faz subjetiva en el delito de femicidio íntimo

A) Compatibilidad entre tentativa y dolo eventual

Si la tesis propuesta es correcta, es decir, si el delito en análisis puede cometerse con dolo eventual (salvo en lo que respecta al vínculo que debe unir a sujetos activo y pasivo), se presenta el problema –común a la generalidad de los tipos penales y en especial a los de resultado– de la compatibilidad entre tentativa y dolo eventual. Sobre este punto, una parte de la doctrina tradicional chilena afirma la incompatibilidad, mientras que otra, a la que se incorporan luego autores más recientes, defiende la posibilidad de comisión de delitos tentados o frustrados cuando el agente (solo) actúa

con dolo eventual. La jurisprudencia, por su parte, se ha inclinado por afirmar la incompatibilidad entre ambas instituciones[22].

En un fallo reciente y de connotación pública, sin embargo, la Corte Suprema ha instalado la duda. Hasta el bullado caso "Nabila Riffo" (SCS, Rol N° 19008-2017, de 11 de julio de 2017, considerando quincuagésimo cuarto), y el caso "John Cobin" (SCS, Rol N° 134189-2020, de 17 de febrero de 2021), la Corte Suprema había afirmado de manera sostenida la necesidad de concurrencia de dolo directo (y nunca eventual) en delitos tentados y frustrados, citando para ello al conjunto de autores que suscriben esta tesis (Labatut, Etcheberry y Cury) pero reconociendo la existencia de académicos tradicionales que sostienen la tesis contraria (Novoa y Garrido Montt).

El último de los fallos citados decide la suerte del estadounidense John Cobin, quien, en contexto de las manifestaciones acaecidas en octubre de 2019, mientras conducía su vehículo, fue sometido al particular fenómeno "el que baila pasa", ante el cual no solo se resistió, sino que percutó una serie de disparos con arma de fuego contra el grupo de manifestantes, lesionando a una persona.

En su considerando decimoctavo, la Corte Suprema reafirma el criterio por ella seguido en fallos anteriores y reproduce casi literalmente el razonamiento impreso en la sentencia del caso Nabila Riffo (en que descarta, precisamente, la comisión de femicidio frustrado con dolo eventual[23]), a saber, que "tanto el delito frustrado como la tentativa [...] requieren dolo directo en el agente, ya que la etapa de frustración del *iter criminis* no se diferencia en nada *–en el plano subjetivo–* de la tentativa, fase que, al exigir hechos directamente encaminados a la consumación, sólo se realiza con dolo directo, esto es, con intención o propósito de lograr la consumación del ilícito, mismo requisito que debe concurrir en la frustración"[24].

22 Un análisis acabado del panorama doctrinario y jurisprudencial en nuestro medio, con toma de posición, en Londoño (2016), pp. 95-130.

23 En un comentario a la sentencia de la Corte Suprema sobre el caso Nabila Riffo, Juan Pablo Mañalich, crítico de la decisión adoptada, llama la atención, además, sobre el hecho de que la Corte no se refiere al específico dolo femicida presente o ausente en el autor, sino que resuelve el conflicto en sede de la parte general: la tentativa (o frustración) sería para la Corte, en abstracto, incompatible con el dolo eventual. Mañalich (2017), p. 2.

24 Corte Suprema, Rol N° 6613-2012, de 24 de octubre de 2012. Corte Suprema, Rol N° 1719-2007, de 24 de septiembre de 2007.

Llama la atención que en este fallo –y en el de Nabila Riffo– la Corte Suprema afirma seguir a la mayoría de los autores del medio nacional, cuestión cuando menos discutible[25].

Sin embargo, el 5 mayo de 2021 se presentó una anomalía cuyas repercusiones aún no se vislumbran. En la sentencia de la Corte Suprema, Rol N° 19945-2021, recaída sobre el llamado "Caso Catrillanca", se produce una variación en el criterio hasta el momento sostenido. En efecto, en su considerando trigésimo segundo, la Corte afirma que "el dolo de la tentativa es el mismo dolo de la consumación, como quiera que la tentativa no es un delito en sí mismo, sino forma imperfecta de un delito determinado, un tipo dependiente de otro autónomo, que yace en la Parte especial".

En el considerando referido y en los considerandos trigésimo tercero y trigésimo cuarto, la Corte afirma que la presunta incompatibilidad entre ambas instituciones no es un asunto zanjado y cita a autores del medio nacional e internacional que afirman su compatibilidad, señalando, para este caso concreto, que el delito frustrado puede cometerse con dolo eventual.

Al margen de la discusión dogmática, el cambio de dirección interesa, para efectos de lo que aquí se revisa, en sus consecuencias prácticas. Si este fallo representa una anomalía o constituye un viraje en la tendencia jurisprudencial de la Corte Suprema sobre el punto es algo que aún no puede determinarse, pero que reviste la mayor relevancia, atendido el abismo que separa a las penas asociadas al delito de lesiones graves o gravísimas de las establecidas para el delito de femicidio, aunque sea frustrado.

Es de esperar que la jurisprudencia, si va a adoptar un criterio de solución en sede de la parte general, lo mantenga, pues la incertidumbre en la aplicación del tipo penal estudiado es altamente perjudicial para las víctimas, los imputados y la credibilidad del sistema.

B) Deslinde entre lesiones graves o gravísimas consumadas y femicidio frustrado

Lo expuesto en los apartados anteriores trae consigo la siempre difícil pregunta práctica sobre cuándo debe apreciarse por el sentenciador dolo femicida (directo o eventual) y cuándo, por el contrario, existe "únicamen-

25 Londoño (2016), p. 105.

te" dolo de lesionar (o, incluso, dolo de cometer otros delitos que suelen concurrir, como las amenazas o los daños). Dado que el dolo es un elemento que más que probarse en tanto realidad psíquica debe adscribirse a partir de los indicios acreditados en un juicio[26], se hacen necesarias –o, cuando menos, útiles– algunas orientaciones que permitan afirmar la existencia de dolo femicida en desmedro del dolo de lesionar.

Si bien se trata de un elemento subjetivo, es a partir de indicios de carácter objetivo que debe acreditarse mediante juicio de inferencia que el agresor: i) se representó como cierto el resultado de muerte de la mujer a él vinculada y persiguió dicho resultado de manera infructuosa; ii) asumió como necesario ese riesgo sin derechamente buscarlo, o iii) generó un riesgo concreto de producción de la muerte de la víctima, resultándole indiferente que esto ocurriera o no.

Ahora bien, si nos despojamos de la concepción dualista del dolo y, en particular, de su elemento volitivo[27], la tarea se hace más sencilla: se trata de ponderar, desde las máximas de la experiencia, si el sujeto ha atribuido a su conducta una concreta capacidad de producir el resultado de muerte, atendidas las circunstancias concretas del caso y desde una perspectiva *ex ante*.

Reclama atención, entonces, una serie de factores concomitantes: si se trata de golpes, la zona del cuerpo golpeada, el medio empleado, el número y la fuerza con que se propinan; las características de la relación de pareja anteriores al hecho de violencia; el móvil o motivo que impulsa al agresor; los rasgos de personalidad de este; la diferencia de fuerza física existente entre ambos, etc.

Debe hacerse notar que los factores mencionados serán de utilidad tanto para dibujar un límite entre femicidio tentado o frustrado y lesiones, como para hacerlo entre femicidio doloso consumado y homicidio preterintencional, pues la ausencia de dolo femicida en un caso en que el resultado típico de muerte se produce, deberá llevar al sentenciador a afirmar solo delito de lesiones dolosas consumado, en concurso con el delito imprudente de homicidio[28].

26 Sobre las reglas de atribución del dolo, ver Ragués i Vallés (2004), pp. 13-26.

27 Sobre el "cognoscitivismo", Ossandón (2010), pp. 445 y ss., y Van Weezel (2011), pp. 25 y ss. El último, además, hace ver que en la jurisprudencia nacional la categoría de dolo eventual, cuya fisonomía descansa eminentemente en el elemento volitivo del dolo, "crea un verdadero y cómodo espacio para la discrecionalidad del caso concreto, pues sobre los procesos íntimos de la afectividad es mucho lo que se puede especular y poco lo que se puede saber, de tal manera que el riesgo de exposición a una crítica razonada es escaso". Van Weezel (2011), p. 49.

En un intento de sistematización, se proponen los siguientes criterios orientadores de la decisión, los que deberán, naturalmente, apreciarse en su conjunto y según las demás particularidades del caso de que se trate:

a) Actos previos o coetáneos del agresor: si bien no pueden *en ningún caso* ser suficientes para afirmar dolo femicida, se hacen relevantes antecedentes de insultos, amenazas, y chantajes (sean anteriores o simultáneos al acto lesivo); historial de demandas por violencia intrafamiliar; actitudes celópatas previas o simultáneas; hechos previos de violencia contra la víctima u otras mujeres que se encuentren dentro de las hipótesis descritas en alguno de los dos tipos de femicidio regulados en nuestro Código Penal, entre otras equivalentes.

b) Actos previos de la víctima: sin ser tampoco decisivas, se hacen relevantes previas denuncias o llamadas a servicios de atención de casos de violencia intrafamiliar, solicitudes de socorro a terceros, entre otras similares.

c) Antecedentes de contexto: móvil o motivo del ataque; rasgos de personalidad del autor (antecedentes de abuso de alcohol o estupefacientes, personalidad irascible, etc.); antecedentes de personalidad de la víctima (dependencia afectiva, vulnerabilidad de alguna especie, etc.); momento y lugar de comisión del delito; contextura física de cada uno y diferencia entre ambos, entre otros.

d) Características de la agresión propiamente dicha: como se adelantó, serán indicio de dolo femicida, de manera prioritaria, las características y dimensiones del medio o instrumento empleado (arma,

28 La doctrina mayoritaria niega la posibilidad de comisión del delito imprudente de parricidio, por no condecirse la estructura del delito imprudente (falta de un cuidado debido) con el conocimiento cierto de las relaciones que ligan a los sujetos activo y pasivo. Si bien es una tesis que puede discutirse (lo que queda en evidencia precisamente en casos de delito preterintencional), la solución que se adopte deberá ser la misma para el femicidio, sin perjuicio de que las consecuencias penológicas de dicha solución serán las mismas, esto es, se impondrá en cualquier caso la pena contemplada en el artículo 490 N° 1. Por todos, ver Garrido (2010), pp. 80 y 81.

objeto contundente, etc.), la zona del cuerpo afectada, la dirección y número de golpes o ataques.

Nuestra jurisprudencia ha desarrollado, con más o menos acierto, pero de manera profusa, la elaboración de indicios de dolo homicida, parricida y femicida. A continuación, se extractan algunas sentencias que pueden ser de utilidad orientadora para apreciar en concreto la existencia de dolo femicida. En ellos, como se subrayó, para afirmar la concurrencia del elemento subjetivo dolo, se reitera el recurso a elementos objetivos que dicen relación con la idoneidad o probabilidad de producción de la muerte:

1) Corte de Apelaciones de Valparaíso, 26 de septiembre de 2016, Rol N° 1425-2016, RUC N° 1501216817-6:

Considerando quinto:

"[...] en cuanto al *animus necandi*, éste se infirió de las circunstancias anteriores a los hechos –agresiones verbales y de amenazas de muerte durante la convivencia–; del contexto de los sucesos –forma en que el acusado abordó a la víctima y la tomó del pelo–; de las amenazas referidas al momento de la lesión –amenazas de muerte–; del tipo de arma empleada –un cuchillo de 15 centímetros de largo–; del tipo de lesiones efectuadas –de carácter grave-; del lugar donde se efectuaron las heridas cortantes –cara, cuello, pecho-; de la longitud de las lesiones –de 1 a 4.5 centímetros–; y de los órganos e irrigaciones sanguíneas que se encuentran en los lugares donde se profirieron los cortes –pulmón, carótida y yugular–, cuestiones que fueron analizadas al momento de calificar jurídicamente los hechos como el delito de femicidio, por lo que las alegaciones de recalificación al delito de lesiones serán desestimadas".

2) Corte de Apelaciones de Concepción, 10 de junio de 2016, Rol N° 398-2016, RUC N° 1500941321-6:

Considerando decimosexto:

"[...] resulta prístino entonces, que, siendo el plan del autor, en este caso, el darle muerte a la víctima mediante el empleo de un arma cortante, al dirigirse hacia ella portando dicha arma, amenazarla de muerte, seguirla en un vehículo a alta velocidad, interceptarla, amenazarla nuevamente con un arma, procurando que baje del vehículo y continuar la persecución motorizada, el encartado comenzó a desarrollar su plan, que a su vez contenía la determinación de su voluntad homicida, dando con ello principio a la ejecución del delito de Femicidio, respecto de su ex conviviente.

Por último, resulta en este punto irrelevante que el encartado hubiese tenido en otras ocasiones la oportunidad para causar la muerte de la víctima [...]".

3) Corte de Apelaciones de Santiago, 21 de agosto de 2015, Rol N° 2114-2015, RUC N° 1300534772-0:

Considerando séptimo:

"Sobre el particular esta Corte comparte las consideraciones de los sentenciadores en cuanto a que sostener que el sentenciado no se pudo representar el resultado muerte con su forma de actuar en la última golpiza que propinó a su pareja, y que fue la causa desencadenante y directa de su muerte, no encuentra asidero alguno en la evidencia testimonial, pericial, documental y fotográfica incorporada al juicio, toda vez que estos antecedentes dan cuenta de la magnitud, cantidad, intensidad y variedad de los golpes propinados por el condenado, con la intervención de, a los menos, dos elementos físicos distintos, a lo cual se suma su reconocimiento de que los golpes en la zona génito-pelviana son peligrosos [...]".

4) Corte de Apelaciones de La Serena, 5 de octubre de 2015, Rol N° 472-2015, RUC N° 1401260653-3:

Considerando octavo:

"Que en lo que concierne al fundamento del recurso de haber existido error al establecer el dolo homicida y la participación dolosa del acusado, ello no es tal, el fallo da por establecido el ánimo del sujeto activo que momentos antes de apuñalarla le señaló que la iba a matar, lo mismo quedaron demostradas científicamente la entidad y número de lesiones [dos puñaladas en el tórax y una en la región axilar derecha, con una cortapluma de una hoja de 7 centímetros] y que una de ellas tenía el carácter de vital".

7.4. Conclusiones

El delito de femicidio íntimo ha tenido en nuestra legislación dos formulaciones: tanto la primera, vigente entre diciembre de 2010 y febrero de 2020, como la segunda, vigente desde el 4 de marzo de 2020 a la fecha, han incorporado un elemento subjetivo adicional que hace necesario dedicar una reflexión a su faz subjetiva.

En su primera formulación, cuando el delito era poco más que un apéndice del parricidio, la exigencia subjetiva era la misma que para este últi-

mo: el sujeto activo debía conocer las relaciones típicas que lo ligaban al sujeto pasivo. Este elemento ha sido interpretado por la doctrina mayoritaria –con excepciones importantes– como una exigencia de conocimiento cierto o indubitado de dicho vínculo por parte del autor o, si se quiere, como una exigencia de dolo directo *sobre ese elemento*. Respecto del resto de los elementos objetivos del tipo penal de parricidio, es suficiente la concurrencia de dolo eventual para su comisión.

Con la nueva redacción del tipo penal de femicidio íntimo contenido en el artículo 390 bis del Código Penal, no se exige ya –de manera explícita– un conocimiento de la relación exigida por el tipo –notoriamente más extensa que en la anterior formulación–, pero sí, en el inciso segundo del artículo, que el agresor obre "en razón de" dicha relación.

Este nuevo elemento subjetivo incorporado "en reemplazo" del anterior debe, a nuestro juicio, recibir la misma lectura que aquel[29], lo que quiere decir que el agresor debe conocer con certeza que la víctima mujer es o ha sido su cónyuge, conviviente o madre de un hijo en común (inciso primero) o que es o ha sido su pareja sentimental o sexual sin convivencia (inciso segundo). Dado que no se aprecian buenas razones para exigir este conocimiento en el agente involucrado en las hipótesis del inciso segundo y no en las del inciso primero y, por preferir una interpretación restrictiva del tipo, creemos que este conocimiento debe exigirse en todos los supuestos de la disposición.

Lo dicho no impide, en modo alguno, que el delito de femicidio íntimo sea cometido con dolo eventual, forma básica de dolo según parte cada vez más importante de la doctrina[30].

Por otra parte, no parecen de recibo las soluciones alternativas: ni afirmar que la frase estudiada importa una exigencia de dolo directo para la totalidad del tipo penal, por ser una solución ampliamente discutida y sin sustento legal; ni afirmar que se trata de un elemento subjetivo de tendencia, dada la vaguedad del concepto y la incertidumbre a que dicha solución puede dirigir en términos de decisión judicial, abriendo espacios de discrecionalidad intolerables.

29 Es lo que hacen, precisamente, Matus y Ramírez, aunque con una solución distinta a la acá propuesta (ver nota al pie N° 17).

30 Ver nota al pie N° 12.

Si la propuesta desarrollada es correcta, se hacen relevantes dos cuestiones: ¿cabe en nuestro ordenamiento jurídico la posibilidad de comisión del delito de femicidio íntimo tentado o frustrado cuando el agresor obra con dolo eventual? ¿Cuándo puede afirmarse que el agresor obra con dolo femicida y cuándo, por el contrario, lo hace con dolo de lesionar? En los pasajes finales se pretendió realizar una modesta contribución a la discusión sobre estas cuestiones.

Bibliografía

Doctrina

Couso, Jaime y Hernández, Héctor (2011): *Código Penal comentado. Libro primero (Arts. 1° a 105). Doctrina y jurisprudencia* (Santiago: LegalPublishing).

Etcheberry, Alfredo (1998): *Derecho penal. Parte especial*, 3ª edición, tomo III (Santiago: Editorial Jurídica de Chile).

Garrido, Mario (2010): *Derecho penal. Parte especial*, 4ª edición actualizada, tomo III (Santiago: Editorial Jurídica de Chile).

Londoño, Fernando (2016): "Estudio sobre la punibilidad de la tentativa con dolo eventual en Chile. ¿Hacia una noción de tipo penal diferenciado para la tentativa?", en *Revista de Ciencias Penales*, Sexta Época, vol. XLIII, N° 3.

Mañalich, Juan Pablo (2017): "¿Incompatibilidad entre frustración y dolo eventual? Comentario a la sentencia de la Corte Suprema en causa Rol N° 19008-17, de 11 de julio de 2017", en *Revista de Estudios de la Justicia* N° 27.

Matus, Jean Pierre y Ramírez, María Cecilia (2021): *Manual de derecho penal chileno. Parte especial*, 4ª edición, actualizada con las modificaciones legales hasta el 2 de enero de 2021, incluyendo la Ley N° 21.212, en materia de tipificación del femicidio (Valencia: Tirant lo Blanch).

Ossandón, María Magdalena (2010): "La faz subjetiva del tipo de parricidio", en *Revista de Derecho* (Valparaíso) N° 34.

Ragués i Vallés, Ramón (2004): "Consideraciones sobre la prueba del dolo", en *Revista de Estudios de la Justicia* N° 4.

SACCOMANO, Celeste (2017): "El feminicidio en América Latina: ¿vacío legal o déficit del Estado de derecho?", en *Revista CIDOB d'Afers Internacionals* (diciembre), N° 117.

SANTIBÁÑEZ, María Elena y VARGAS, Tatiana (2011): "Reflexiones en torno a las modificaciones para sancionar el femicidio y otras reformas relacionadas (Ley N° 20.480)", en *Revista Chilena de Derecho*, vol. 38, N° 1. DOI: 10.4067/S0718-34372011000100013.

VAN WEEZEL, Alex (2011): "El dolo eventual como espacio de discrecionalidad", en *Doctrina y Jurisprudencia Penal*, año 2, N° 7.

OTRAS FUENTES DIGITALES

- OBSERVATORIO DE IGUALDAD DE GÉNERO DE AMÉRICA LATINA Y EL CARIBE (2021): "Repositorio de leyes de violencia del Observatorio de Igualdad de Género de América Latina y el Caribe" (CEPAL, Naciones Unidas). Disponible en línea: <https://oig.cepal.org/es/leyes/leyes-de-violencia>.

JURISPRUDENCIA CITADA

- Corte Suprema, Rol N° 134189-2020, 17 de febrero de 2021.
- Corte Suprema, Rol N° 19945-2021, 5 de mayo de 2021.
- Corte Suprema, Rol N° 19008-2017, 11 de julio de 2017.
- Corte Suprema, Rol N° 6613-2012, 24 de octubre de 2012.
- Corte Suprema, Rol N° 1719-2007, 24 de septiembre de 2007.
- Corte de Apelaciones de Valparaíso, Rol N° 1425-2016, 26 de septiembre de 2016.
- Corte de Apelaciones de Concepción, Rol N° 398-2016, 10 de junio de 2016.
- Corte de Apelaciones de La Serena, Rol N° 472-2015, 5 de octubre de 2015.
- Corte de Apelaciones de Santiago, Rol N° 2114-2015, 21 de agosto de 2015.

NORMATIVA CITADA

- Código Penal, *Diario Oficial*, 12 de noviembre de 1874.

- Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer (Convención Belém do Pará), 6 de septiembre de 1994.
- Declaración sobre la Eliminación de la Violencia contra la Mujer, Asamblea General de las Naciones Unidas, 20 de diciembre de 1993.
- Ley N° 20.480, que modifica el Código Penal y la Ley N° 20.066 sobre Violencia Intrafamiliar, estableciendo el "femicidio", aumentando las penas aplicables a este delito y reforma las normas sobre parricidio, *Diario Oficial*, 18 de diciembre de 2010.
- Ley N° 21.212, que modifica el Código Penal, el Código Procesal Penal y la Ley N° 18.216 en Materia de Tipificación del Femicidio, *Diario Oficial*, 4 de marzo de 2020 (Ley Gabriela).