

FEMICIDIO ÍNTIMO AMPLIADO: LA NECESIDAD DE SU MODIFICACIÓN DEBIDO A SU EVIDENTE VULNERACIÓN AL PRINCIPIO DE IGUAL CONSIDERACIÓN Y RESPETO

*Constanza Oyarzún Lara**
*Estefanía Fabrenbühler Villanueva***
*Revisión por Catalina Bastías García****

RESUMEN

El presente estudio tiene por objeto justificar que se debe modificar el tipo penal del artículo 390 bis, inciso 2, del Código Penal chileno, el que dispone que será sancionado con la pena de presidio mayor en su grado máximo a presidio perpetuo calificado el “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”, de modo que, tanto el sujeto activo como el sujeto pasivo pudiese ser cualquier individuo independiente de su sexo, ello en virtud del principio de igual consideración y respeto.

Se comenzará definiendo el principio de igual consideración y respeto abordado por los autores Ronald Dworkin y John Rawls, explicando ambas dimensiones desde una perspectiva sociológica y enfatizando en su relación con un Estado liberal (1). Luego, se expondrá cómo se enlaza este principio con la posibilidad de modificar el tipo penal del artículo 390 bis, inciso 2, del Código Penal chileno, sustentado en que dicho precepto legal debiese regular exclusivamente el vínculo sentimental o sexual sin convivencia entre dos personas (2). Por último, se rectificará la conveniencia y necesidad de modificar este precepto legal de la forma antes dicha (3).

Palabras clave: Principio de igual consideración y respeto; modificación; vínculo sentimental o sexual sin convivencia; parejas heterosexuales y homosexuales.

* Egresada de Derecho Universidad San Sebastián. Correo electrónico: connyoyarzunl@gmail.com

** Egresada de Derecho Universidad San Sebastián. Correo electrónico: steffifahren@gmail.com

*** Egresada de Derecho Universidad San Sebastián. Correo electrónico: cgarciab1@correo.uss.cl

INTRODUCCIÓN

El presente estudio tiene por objeto justificar que se debe modificar el tipo penal del artículo 390 bis, inciso 2, que corresponde a la figura del Femicidio Íntimo Ampliado, el que dispone que será sancionado con la pena de presidio mayor en su grado máximo a presidio perpetuo calificado el “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”. En primer lugar, se puede extraer que esta figura solo contempla las relaciones heterosexuales, dejando sin considerar las relaciones homosexuales independiente de la orientación sexual de los agentes, y en segundo lugar, en las relaciones heterosexuales se ampara solo un supuesto, que atiende a que el hombre mate a la mujer; el caso contrario, vale decir, que la hipótesis sea que la mujer mate al hombre bajo las mismas circunstancias de hecho, tampoco se encuentra amparado por este tipo penal. Debido a esto es que se debe modificar este artículo, de modo que dicho precepto legal solo debiese remitirse a regular el vínculo sentimental o sexual sin convivencia entre dos personas, de esta forma la sexualidad de los agentes ya no sería un elemento determinante a la hora de aplicar la ley, ello en virtud del principio de igual consideración y respeto. También se busca justificar mediante este estudio la conveniencia de modificar el referido precepto legal, en vista de que, de esta forma, tendríamos un tipo penal que engloba varios supuestos de hecho y no solo uno, como actualmente ocurre; asimismo, transmitir a los lectores la necesidad y urgencia de realizar esta modificación en consideración a que existe un amplio grupo de personas que a base de sus orientaciones sexuales, sus relaciones o forma cuando se involucran con otros individuos, no están siendo contemplados por la normativa actualmente vigente.

Todo lo anterior tendrá su base en los derechos fundamentales que poseemos todos los ciudadanos por ser personas, entre ellos el derecho a la vida, derecho a la integridad física, al debido proceso y de igualdad ante la ley, siendo este último en el que nos focalizaremos por la importancia que reviste en esta materia.

Este derecho de igualdad ante la ley emana del derecho natural, el que pertenece a la especie humana por su condición de ser tal y por ello es válido universalmente. Dicho derecho fundamental tuvo su primera manifestación en la antigüedad, en la obra “Historia de la guerra del Peloponeso”, escrita por el historiador y militar ateniense Tucídides (460 a.C.- 396 a.C.) y que relata la guerra homónima, en la que se incluye un pasaje que elogia la igualdad existente entre los ciudadanos de la democracia ateniense.

Posteriormente fue manifestado por el jurista romano Domicio Ulpiano (170 d.C.- 228 d.C.) en el aforismo “en lo que atañe al derecho natural, todos los hombres son iguales”, el que fue recogido en la obra del *Digesto*, que además compilaba otros fragmentos del mismo Ulpiano.

CAPÍTULO I. EL PRINCIPIO DE IGUAL CONSIDERACIÓN Y RESPETO

Para justificar la necesidad de modificar el femicidio íntimo ampliado consagrado en el artículo 390 bis, inciso 2, del Código Penal chileno, se debe partir conceptualizando el principio de igual consideración y respeto abordado por el filósofo del derecho y autor estadounidense Ronald Dworkin en su obra *Los derechos en serio*.

Ronald Myles Dworkin (1931-2013) nació en la ciudad de Worcester, del estado de Massachusetts, Estados Unidos; estudió la carrera de Derecho en la Universidad de Harvard, donde obtuvo el título de abogado; posteriormente, decidió desempeñarse como profesor y catedrático de Derecho, y en los inicios de su carrera como profesor impartió clases de jurisprudencia en la Universidad de Yale y años después impartió clases de filosofía en la Universidad de Nueva York.

Asimismo, fue uno de los filósofos más influyentes en el ámbito de la naturaleza del derecho, plasmando mediante sus diversas obras ideas tales como críticas al positivismo analítico postulado por el filósofo del derecho Herbert Hart, una visión narrativa de la interpretación jurídica y el derecho de las personas a llevar a cabo una vida digna en igualdad de condiciones respecto de las demás.

Por medio de su libro de filosofía del derecho *Los derechos en serio*, publicado en 1977, propone una teoría general del derecho que se basa en la filosofía de John Rawls, el liberalismo, los derechos individuales y el principio de igual consideración y respeto.

Ronald Dworkin sostiene que el derecho a la libertad para que exista debe fundamentarse en la concepción liberal de la igualdad, de manera que el gobierno trate a quienes gobierna con igual consideración y respeto, garantizándoles la misma distribución de bienes y oportunidades y el derecho a igual consideración y respeto en las decisiones políticas referentes a la forma en que han de ser distribuidos tales bienes y oportunidades (cfr. Dworkin, 1977, p. 389).

En relación con esta concepción, se puede destacar y señalar que este razonamiento se ve reflejado en distintas disposiciones contenidas en la Constitución Política de la República de Chile en vigor, por ejemplo, en el artículo N° 1, inciso 5, que señala: “Es deber del Estado resguardar la seguridad nacional, dar protección a la población y a la familia, propender al fortalecimiento de esta, promover la integración armónica de todos los sectores de la Nación y asegurar el derecho de las personas a participar con igualdad de oportunidades en la vida nacional”.

La teoría general del derecho propuesta por este autor es apoyada principalmente por el derecho fundamental de los ciudadanos a igual consideración y respeto, concepto que permite a estos mismos disfrutar de las instituciones de la democracia política. Este principio se puede entender como aquel perteneciente inherentemente al ser humano por ser tal, que lo habilita a que reciba un trato equitativo, sin considerar su persona, características, tendencia política, estatus social, religión, entre otros aspectos, y esto sustentado en que nadie puede asegurarse una posición mejor

en virtud de que es diferente en alguno de esos aspectos respecto de los demás miembros de la sociedad.

Ronald Dworkin enlaza este principio con el sistema político del Estado Liberal, pues considera que este es un principio básico y fundamental dentro de aquel. Esta forma de Estado en sus inicios surgió como una ideología y doctrina política, social y económica, de la que sus fundamentos intelectuales fueron impulsados principalmente por el médico y filósofo inglés John Locke (1632-1704), a quien se le denomina el “padre del liberalismo”, por desarrollar una corriente de pensamiento políticamente radical, que defendía y amparaba el consentimiento que debían prestar los gobernados al gobierno, y la existencia de un Parlamento que encarnaba y representaba la voluntad de los gobernados, discrepando así con aquellas ideas de una forma de gobierno monárquico con autoridades dictatoriales y centralizadas.

Esta tendencia del liberalismo se tradujo en poderosos movimientos revolucionarios, que se levantaron en respuesta a los regímenes monárquicos y arcaicos de la época, tales como la Revolución Francesa, que es el más importante dentro de la historia liberal. Este hito dio fin definitivo al feudalismo y absolutismo presente en Francia bajo el reinado de Luis XVI, dando paso a la formación de la primera república francesa y con ello a un nuevo sistema de gobierno, que se caracterizó por una estructura social que tuvo como protagonistas a los burgueses.

Como consecuencia de la Revolución Francesa es que surge el Estado liberal, como sistema político y jurídico, que adoptó como directrices la separación de los poderes públicos, la democracia, libre mercado en materia económica, existencia de un Estado de Derecho, respeto a las libertades individuales de los ciudadanos, protección de la propiedad privada, entre otros; estos aspectos revisten tal trascendencia que en la actualidad se mantienen vigentes.

Es por ello que en esta forma de Estado cobra relevancia el principio de igual consideración y respeto, el que corresponde a un derecho básico, digamos que se encuentra en la base de cualquier otro derecho; por ejemplo, el derecho a la vida, el derecho a la propiedad, etc., son meras expresiones de este derecho principal, de este principio se extrae el derecho considerado como el más significativo de todos, el que corresponde al derecho de ser tratado como igual. Esta misma idea se encuentra expresada en la teoría propuesta por el filósofo y profesor de filosofía política estadounidense John Rawls, quien establece que una sociedad se puede considerar justa cuando rigen dos principios, los que tienen su justificación cuando toda persona sea tratada como igual.

John Bordley Rawls (1921-2002) nació en la ciudad de Baltimore, del estado de Maryland, Estados Unidos, estudió la carrera de filosofía en la Universidad de Princeton, en donde obtuvo su grado en filosofía; posteriormente se desempeñó como profesor de filosofía e instructor en el Departamento de Filosofía de la Universidad de Princeton. En aquella parte de su carrera académica es donde comenzó a contribuir en la filosofía política con influyentes ideas, tales como el liberalismo político, la

razón pública y la justicia como equidad sustentada en el principio de igual libertad. Es esta última idea una de las más importantes, ya que es uno de los principios en los que se basa su Teoría de la justicia.

En 1971 se publicó el libro *La Teoría de la Justicia*, escrito por John Rawls, el que proponía la hipótesis del contrato social como un modelo para resolver las controversias derivadas de la justicia distributiva, que descansaba en los principios de justicia de la libertad y la diferencia. Rawls desarrolla lo que denomina “la posición original”, la que escoge los principios de justicia mediante la ignorancia que tiene un individuo respecto de detalles como el lugar que ocupa en la sociedad, su estatus social o su inteligencia, de forma tal que mediante este velo de ignorancia conducirá a principios que sean justos para todos los individuos sin distinción.

En este sentido, Rawls plantea la siguiente pregunta en su texto: “¿Bajo qué condiciones una sociedad es justa?”. Una sociedad es considerada justa cuando rigen dos principios de justicia, que él llama justicia como equidad. Lo que principalmente propone este autor es que las personas sean tratadas como iguales, que cada persona tiene que gozar de la mayor cantidad de libertades básicas posibles y que estas sean compatibles con un esquema de libertades básicas similares para todos; el segundo principio que aborda Rawls es que las desigualdades sociales (entiéndase en el sentido de desigualdades económicas y no de libertades) se pueden justificar solamente si es que van en beneficio de los que se encuentran en la peor situación. Para este autor hay un orden de prioridad entre ambos principios: el primero predomina sobre el segundo, lo que significa que no se pueden sacrificar libertades por beneficios económicos.

Para contextualizar este segundo principio lo haremos por medio de un ejemplo: tenemos dos sociedades, una que vamos a denominar “A” (en esta sociedad todos tienen lo mismo en cuanto a riqueza, sin embargo, son todos pobres) y otra que vamos a llamar “B” (en esta sociedad sí existe desigualdad, pero no todos son pobres y los que están “peor” se encuentran en mejor situación que los de la sociedad “A”); se preferirá la segunda sociedad porque se considera más justa.

La idea fundamental del autor es que no puede haber personas privilegiadas, y si se trata de desigualdades económicas, se acepta solo si se beneficia solamente a los que están peor, no a los que están mejor, ni tampoco atendiendo al bienestar general de la sociedad. Entonces, cuando rigen estos dos principios de justicia, se establece que dicha sociedad es justa, es decir, cuando cada persona tiene la misma cantidad de derechos.

(...) una desigualdad es permisible solo si hay razón para creer que la práctica que incluye o da como resultado esa desigualdad obrará en provecho de todas las partes embarcadas en ella. Es importante aquí acentuar que todas las partes tienen que salir ganando con la desigualdad. Porque el principio se aplica a prácticas, implica que el hombre representativo de cada cargo o posición definidos por una práctica,

cuando la ve como una empresa en marcha, tiene que encontrar razonable preferir su condición y perspectivas con la desigualdad a lo que una y otras serían en el marco de la práctica si esta funcionara sin la desigualdad. El principio excluye, pues, justificar desigualdades sobre la base de que las desventajas de los que se encuentran en una posición se compensan con las mayores ventajas de los que se encuentran en otra (Rawls, J., 1986, p. 81).

En definitiva, tanto Dworkin como Rawls parten de la idea de que todas las personas tienen los mismos derechos. Existe consenso entre las teorías de ambos autores, ya que ambas abarcan el mismo principio, de igual consideración y respeto, estimado como el principio básico, fundamental y determinante para la base del sistema político del Estado liberal.

Lo anteriormente expuesto es con la finalidad de responder la siguiente interrogante, que es el objeto fundamental del estudio en cuestión: el art 390 bis, inc. 2, del Código Penal chileno, que establece la figura del Femicidio Íntimo Ampliado, ¿es compatible con esta idea de que toda persona tiene derecho a la igual consideración y respeto? A simple vista, no parece ser compatible con este principio fundamental, porque la intención que se puede extraer del precepto legal en las condiciones que se encuentra expresado actualmente es que, en definitiva, la vida de algunos vale más que la vida de otros.

CAPÍTULO II. LA UTILIDAD DE MODIFICAR EL TIPO PENAL DE FEMICIDIO ÍNTIMO AMPLIADO

Para poder desarrollar a cabalidad esta idea y argumentar de forma objetiva la utilidad de modificar este tipo penal, primero debemos tener a la vista los siguientes conceptos y comprender en líneas generales cada uno.

Los derechos humanos se pueden definir como las “normas que reconocen y protegen la dignidad de todos los seres humanos. Estos derechos rigen la manera cómo los individuos viven en sociedad y se relacionan entre sí, al igual que sus relaciones con el Estado y las obligaciones del Estado hacia ellos”¹.

Existen varios tipos de derechos humanos, como el derecho a la libertad, el derecho a la identidad, el derecho a la vida, etc. Siendo este último uno de los más importantes, debido a que es un derecho “necesario para poder concretar todos los otros derechos universales, significa tener la oportunidad de vivir nuestra propia

¹ Hausen, A.; Launiala, A. (2015). “¿Qué son los derechos humanos? Los derechos humanos nos pertenecen por igual a todos y cada uno de nosotros”. UNICEF, en <https://www.unicef.org/es/convencion-derechos-nino/que-son-derechos-humanos>

vida”²; si no existe la vida como tal, no tendría sentido que existan los otros derechos fundamentales restantes, por lo que no habría fundamento en protegerlos.

En Chile este derecho se encuentra amparado en nuestra Carta Fundamental, pues el artículo 19 establece que la Constitución asegura a todas las personas:

“1º El derecho a la vida y a la integridad física y psíquica de la persona. La ley protege la vida del que está por nacer”.

Este artículo manifiesta de forma expresa la intención del legislador de proteger la vida y el derecho a la misma, tanto para la persona ya nacida como para el individuo que está por nacer. Por esta misma razón existen diversos mecanismos que buscan salvaguardar este bien jurídico protegido; sin ir más lejos, en nuestro Código Penal encontramos varias figuras que amparan este bien, como el homicidio, homicidio calificado, parricidio, femicidio, etc. Ilícitos que tienen aparejadas duras penas para el infractor.

El Ministerio Público establece que la violencia de género consiste en actos violentos ejercidos contra una persona solo por su género. Las acciones que consideramos violentas son todas aquellas que afectan de forma negativa la identidad, la sexualidad y libertad reproductiva, la salud física y mental y el bienestar social de una persona³. Este concepto tiene su origen en aspectos como la desigualdad de género, también del abuso de poder y, por último, la existencia de normas dañinas. Las personas que más sufren este tipo de violencia son las mujeres. Las Naciones Unidas definen la violencia contra la mujer como “todo acto de violencia de género que resulte o pueda tener como resultado un daño físico, sexual o psicológico para la mujer, inclusive las amenazas de tales actos, la coacción o la privación arbitraria de libertad, tanto si se producen en la vida pública como en la privada”.

En respuesta a esta expresión de violencia se ideó la Convención de Belém do Pará. La importancia que posee esta convención, a grandes rasgos, es que tiene como objeto prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres, además de ser el primer tratado internacional de derechos humanos que abordó de forma específica la temática de la violencia contra las mujeres. Los Estados parte acordaron que este tipo de violencia:

1. “Constituye una violación de los DD.HH. y las libertades fundamentales y limita total o parcialmente a la mujer el reconocimiento, goce y ejercicio de tales derechos y libertades”.

² Humanium (2018). “Derecho a la vida”, en <https://www.humanium.org/es/derecho-vida/>

³ Fiscalía, Ministerio Público de Chile. Violencia contra la mujer, en <http://www.fiscaliadechile.cl/Fiscalia/victimas/adultos/violencia-genero.jsp>

2. “Es una ofensa a la dignidad humana y una manifestación de las relaciones de poder históricamente desiguales entre mujeres y hombres”.
3. “Trasciende todos los sectores de la sociedad, independiente de su clase, raza o grupo étnico, nivel de ingresos, cultura, nivel educacional, edad o religión y afecta negativamente a sus propias bases”⁴.

Por último, este tratado evidencia que existen tres tipos de violencia: la violencia física, la sexual y psicológica; y que, además, puede ocurrir en tres ámbitos: en la vida pública, en la vida privada y la que es perpetrada o tolerada por el Estado.

El delito de femicidio es la mayor expresión de violencia contra las mujeres, el que se puede definir como “el asesinato intencional de una mujer por el hecho de ser mujer”. El origen de este concepto proviene del neologismo anglo *femicide*, la autoría de este término le corresponde a Diana Russell que, en 1976, en la conferencia denominada *Primer Tribunal Internacional sobre crímenes contra las mujeres* ocupó este concepto como un sustituto de la palabra neutral de género “homicidio”. El término *femicide* (o femicidio) se entiende en este contexto como “un concepto que surge con una intención política: develar el sustrato sexista o misógino de estos crímenes, que permanece oculto cuando se hace referencia a ellos mediante palabras neutras como homicidio o asesinato”⁵.

Por esta razón nace este tipo penal en nuestro país y se debe a la dramática estadística de violaciones a los derechos humanos de las mujeres; sin ir más lejos, entre el 2010 y 2020 ocurrieron 440 femicidios en el país, antecedente que generó que este atentado al bien jurídico protegido, que en este caso corresponde al derecho a la vida, fuese percibido como un problema, tanto de salud pública como de justicia social y, por último, de seguridad ciudadana. Durante el siglo XXI, gracias a las organizaciones sociales progresistas y a los movimientos feministas, tanto a nivel nacional como latinoamericano, se desencadenó un cambio positivo en la opinión pública en relación con esta problemática.

Por lo mismo, se hizo necesario contar con un efectivo compromiso del Estado. Para ello, el 2010, bajo el gobierno del Presidente de la República Sebastián Piñera se dictó la Ley Nº 20.480, siendo esta la primera vez donde el femicidio se reconoció y sancionó como un delito en nuestra legislación.

Esta normativa introdujo diversas e importantes modificaciones, pues abarcó como puntos importantes la autorización a los Tribunales de Familia para adoptar medidas cautelares tendientes a proteger eficazmente a las mujeres víctimas de

⁴ Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer (1994), en https://www.cndh.org.mx/sites/all/doc/programas/mujer/Material_difusion/convencion_BelemdoPara.pdf

⁵ Biblioteca del Congreso Nacional de Chile. Ley Nº 21.212, Tipifica el delito de femicidio, en https://www.bcn.cl/historiapolitica/mujeres_en_el_congreso/historias_de_leyes?per=2006-&id=Historia_L21212

violencia intrafamiliar, en la tipificación de los delitos sexuales se facilitó, además, la investigación en casos de violación conyugal. Asimismo, modificó el artículo 390 del Código Penal, en el que se sanciona el delito de femicidio cometido por el cónyuge, excónyuge, conviviente o exconviviente de la mujer, modificación que conllevó importantes efectos prácticos, pues incluyó a excónyuges y exconvivientes como parricidas, de manera que se extendió la penalidad del delito de parricidio al asesinato de una mujer a manos de su exmarido o exconviviente.

En nuestra legislación penal encontramos varias formas en las que se expresa este determinado delito, en primer lugar, tenemos el Femicidio Íntimo Limitado (artículo 390 bis N° 1), que establece una sanción a: “El hombre que mate a la mujer que es o ha sido su cónyuge o conviviente, o con quien tiene o ha tenido un hijo en común”; en segundo lugar aparece el Femicidio Íntimo Ampliado (artículo 390 bis, N° 2), tipo penal que corresponde a nuestro objeto de estudio, el que establece una sanción para: “El 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”; en tercer lugar, encontramos el Femicidio en Razón de su Género (artículo 390 ter). Este tipo penal engloba cinco hipótesis diferentes y, tal como dice el nombre del delito, corresponde a las razones o motivos que contempla el agresor al momento de cometer el ilícito, por ejemplo: N° 4, “Haberse realizado con motivo de la orientación sexual, identidad de género o expresión de género de la víctima”; y por último, tenemos la figura del Suicidio Femicida (artículo 390 sexies), que castiga al individuo que: “con ocasión de hechos previos constitutivos de violencia de género, cometidos por este en contra de la víctima, causare el suicidio de una mujer”.

Ahora que ya se explicaron estos conceptos de manera superficial, los que son las bases para desarrollar las ideas fundamentales acerca del objeto del presente estudio, se procederá a evidenciar la problemática que genera la forma en que está tipificado el delito de Femicidio Íntimo Ampliado, en las condiciones como actualmente se encuentra redactado dicho precepto legal:

El artículo 390 bis, inciso 2, dispone que será sancionado con la pena de presidio mayor en su grado máximo a presidio perpetuo calificado, el “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”.

De esta definición se pueden evidenciar dos problemas, en primer lugar, se puede extraer que esta figura solo contempla las relaciones heterosexuales, dejando sin considerar las relaciones homosexuales, independiente de la orientación sexual o identidad de género de los agentes que la componen, por consiguiente, cualquier tipo de interacción entre dos personas, ya sea sentimental o sexual, que no se encuentre bajo este supuesto “clásico” de relación, es decir, del tipo heterosexual, y termine con la muerte de uno de los sujetos de la relación a manos del otro, no será considerado como femicidio, y por esta razón, no traerá la sanción aparejada a este delito; un ejemplo de aquello es lo que ocurre actualmente en las relaciones homosexuales

lésbicas, donde se cumple solo un requisito expresado en la normativa, que atiende a que la víctima sea una mujer, pero como el agresor no corresponde a un hombre, no es considerado como femicidio, sino que, dependiendo de las circunstancias de hecho cuando concurra el ilícito, sería considerado como homicidio simple, calificado, etc. Y, en segundo lugar, en las relaciones heterosexuales se ampara solo un supuesto, que atiende a que el hombre mate a la mujer; el caso contrario, vale decir, que la hipótesis sea que la mujer mate al hombre bajo las mismas circunstancias de hecho, tampoco se encuentra amparado por este tipo penal, lo que significa que este delito considera que la víctima solo puede ser una mujer, dando a entender que solo el sexo femenino puede ser víctima de violencia dentro de una relación heterosexual, ya sea sentimental o sexual sin convivencia.

Los problemas anteriormente planteados y que fueron ejemplificados con algunos casos hipotéticos, basados en las múltiples situaciones que existen actualmente y que pueden surgir día tras día en la sociedad donde vivimos, en razón de que la raza humana se encuentra sometida a una evolución constante y, por consiguiente, la sociedad misma está sujeta a cambiar con ella, respaldan nuestra hipótesis de que, en definitiva, la vida de algunos vale más que la vida de otros. Esto atendido a las condiciones de cómo se encuentra actualmente redactado el precepto legal, y que, por esta razón, esta situación vulnera de forma significativa el principio de igual consideración y respeto, toda vez que excluye en su normativa a cierto grupo de personas y considera a otras, basado en sus orientaciones sexuales o sentimentales; además, como estima de forma discrecional que las víctimas de una relación, ya sea sentimental o sexual sin convivencia, solo pueden ser las mujeres y que, a su vez, el agresor siempre debe ser un hombre, da a entender que estos últimos no son merecedores de protección, sino que de ellos hay que protegerse.

El derecho siempre debe apuntar a regular de la forma más general posible, es decir, buscar que una determinada ley, en razón de la materia que regula, cuente con la capacidad de que varias situaciones de hecho puedan ajustarse a ella; y no, por el contrario, ser tan limitada que signifique crear una ley para cada situación que exista de manera particular, pues ello, además de ser tedioso en la práctica, al tener que crear un precepto legal para cada situación que llegase a existir, dejaría siempre a un grupo de personas excluidas, ya que, como dijimos anteriormente, la sociedad está sometida a una constante evolución.

Ya acordamos que la forma cómo se encuentra redactado el precepto legal objeto de nuestro estudio lo hace ser extremadamente limitado, debido a que su enfoque actual es reglar una situación específica de relación de pareja de las múltiples que existen y pudiesen llegar a existir, y que, además, vulnera de forma significativa el principio de igual consideración y respeto, el que es un principio fundamental para cualquier Estado de Derecho. En consideración de esto es que proponemos dos formas de solucionar esta problemática.

La solución principal es modificar el delito de Femicidio Íntimo Ampliado, originando un tipo penal nuevo, de modo que este nuevo precepto legal se remita a regular exclusivamente el “vínculo entre dos personas”, ya sea sentimental o sexual sin convivencia; de esta forma, la sexualidad de los agentes ya no sería un elemento determinante a la hora de aplicar la ley, es decir, haciendo efectiva esta modificación, tanto el sujeto activo como el sujeto pasivo podrá ser cualquier individuo, independiente de su sexo. De este modo, englobaríamos dentro de una sola normativa todos los tipos de relaciones de pareja que pudiesen llegar a existir, siempre y cuando cumplan con los requisitos antes expuestos (vínculo entre dos personas, sentimental o sexual y sin convivencia).

Asimismo, la solución secundaria que proponemos a esta problemática consiste en eliminar esta figura específica de femicidio, remitirnos al delito de Homicidio Calificado del artículo 391 N° 1 del Código Penal, y ampliar este tipo penal agregando una sexta circunstancia calificante referente al vínculo entre dos personas: “La persona que mate a otra en razón de tener o haber tenido con ella una relación de pareja de carácter sentimental o sexual sin convivencia”.

En lo ya dicho anteriormente se constatan los alcances y efectos positivos que implicaría una eventual modificación al tipo penal consagrado en el artículo 390 bis, inciso 2, del Código Penal chileno, y con ello la utilidad de la misma, pues, el hecho de regular en una única figura penal varios supuestos de hecho, excluye regular en diversas figuras especiales cada situación que lo amerite, ya que ello solo deriva en la existencia de múltiples instituciones legales a las que el juez puede recurrir para basar una sentencia y ello puede tornar la labor del juez en tediosa y con limitados efectos prácticos en esta materia.

Además, debemos señalar que la actividad legislativa de nuestro país estas últimas décadas se ha caracterizado por adoptar medidas de manera reactiva frente a situaciones de riesgo o peligro, que ameritan, en cambio, una adopción de medidas de manera preventiva, que puedan evitar o repeler las consecuencias derivadas de aquellas situaciones. Esta tendencia a legislar reactivamente se ha visto reflejada en ámbitos como la economía, la seguridad pública, la educación, la salud, entre otros temas de importancia.

En relación con el tema que nos ocupa, en el contexto de la violencia contra las mujeres, existen leyes que han sido dictadas como consecuencia de desafortunados sucesos que han generado una gran connotación pública, en este sentido podemos hacer mención de la Ley N° 21.212, conocida como Ley Gabriela, en homenaje a la joven Gabriela Alcáino, asesinada por su expololo y que amplió la calificación de femicidio a aquellas mujeres asesinadas por la pareja o expareja, con o sin convivencia. Asimismo, la Ley N° 21.523, conocida como Ley Antonia, en homenaje a la joven Antonia Barra, quien se suicidó tras haber sido abusada sexualmente por Martín Pradenas, y que establece varias mejoras a las garantías procesales de las víctimas de delitos sexuales e incorpora la figura del suicidio femicida.

Por esta razón, la modificación al aludido precepto legal constituiría una práctica legislativa con efectos preventivos frente a las situaciones de violencia ejercida en contexto de parejas de un mismo sexo. Este tipo de violencia se denomina violencia intragénero, la que es aquella ejercida por una persona hacia su pareja sentimental del mismo género, que puede consistir en una violencia física, psicológica o sexual. Estas situaciones ocurren dentro del colectivo LGBTQ+, por lo que se ha convertido en una realidad invisibilizada, tanto por las autoridades de gobierno como por la sociedad misma, pues actualmente carece de un marco legal que la regule y ello ha producido indefensión a las víctimas.

CAPÍTULO III. RELEVANCIA Y FUNDAMENTO DE ESTA MODIFICACIÓN

Como punto de partida en este apartado, debemos hacer una breve mención del contexto actual donde se sitúan algunos de los delitos contra las personas acontecidos en nuestro país y, en general, en el continente americano, de modo que, mediante la enunciación de estos antecedentes se constate la trascendencia que acarrearía efectuar la modificación a lo establecido en el artículo 390 bis, inciso 2, del Código Penal y cómo aquella proporcionaría regulación jurídica a escenarios que actualmente se encuentran desprovistos de ella.

El delito de homicidio en Chile y en el resto de América Latina ha presentado un importante incremento respecto de la cantidad de casos, como también, ha experimentado un cambio en la modalidad de su comisión, pues ha aumentado la utilización de armas de fuego para ello. Asimismo, actualmente se ha identificado que el principal móvil de los homicidios que han ocurrido esta última década en nuestro país es la violencia resultante de la criminalidad organizada, manifestada en ajustes de cuentas o rencillas entre bandas criminales.

No obstante, el factor de la violencia que ejerce la criminalidad organizada no es el único que incide en el delito de homicidio, ya que existen muchos otros asociados con aspectos como la calidad de vida, bienestar social, la política y la economía que rodea al individuo. Entre aquellos tenemos una enorme expansión demográfica, bajo nivel educacional, escaso nivel de vida y una deficiente distribución de recursos y oportunidades para los miembros de la sociedad.

La urbanización sin planeación ni límites, el desarrollo inequitativo y excluyente, la discriminación, la delincuencia, el crimen organizado, los conflictos socioambientales, los conflictos armados, las múltiples formas de violencia (sobre todo la de género) y la violación sistemática de todos los tipos de derechos humanos (...) (Gottsbacher, M., 2013, p. 3).

En este contexto es que a fines del 2022, la Subsecretaría de Prevención del Delito (SPD), con la finalidad de establecer un registro del delito de homicidio en Chile, elaboró el Primer Informe Nacional de Homicidios Consumados, el que abarcó el período 2018-2022 y arrojó las siguientes tasas de homicidios cada 100.000 habitantes: 4,5% en el año 2018; 4,8% en el año 2019; 5,7% en el año 2020; 4,6% en el año 2021, y 6,7% en el año 2022, siendo esta última la más alta y que genera preocupación en las autoridades. Asimismo, dio a conocer que 53,9% de los homicidios han sido cometidos con armas de fuego, mientras que 31,9% fue cometido con otros objetos.

En relación con el delito de femicidio, este desafortunadamente día a día incrementa sus cifras, tanto en el plano nacional como internacional, lo que da cuenta de que este fenómeno no distingue entre edad, apariencia física, clase social u otras características de la mujer víctima, pues, es un delito que resulta de la violencia ejercida en contra de las mujeres manifestada en diversas esferas de la sociedad. Estas manifestaciones de violencia contra la mujer han tornado en que el delito de femicidio sea considerado como una consecuencia de múltiples factores.

Desde la anterior perspectiva, es fundamental comprender que la historia, la economía, la política, el sexismo, el racismo, la xenofobia y la pobreza pueden actuar sinérgicamente para vulnerabilizar a grupos de mujeres y hacerlas víctimas, de forma más fácil, de femicidio. Como manifestación extrema de la violencia contra las mujeres, el femicidio no solo funciona entonces como una herramienta del patriarcado, sino también como una herramienta del racismo, de la opresión económica, del adultocentrismo, de la xenofobia, de la heteronormatividad y hasta como un vestigio del colonialismo y sus prácticas de exterminio (...) (Valdivieso, M., 2017, p. 190).

Este delito ha sido constatado y registrado en el Primer Informe Estadístico de Homicidios con Perspectiva de Género: Femicidios y Parricidios, presentado en el 2023 por la Fiscalía Nacional de Chile y elaborado por la Unidad Especializada de Género, en conjunto con la División de Estudios del organismo. Según este informe, en el 2020 se consumaron 47 femicidios; en el 2021 se consumaron 55 casos, y en el 2022 se consumaron 52 casos, siendo el 2021 cuando se registró la mayor cantidad de casos. Respecto de la relación entre la víctima y el imputado, en el 2022 el más frecuente fue el vínculo de conviviente (52%). En tanto, en el 2023 a la fecha se han registrado 21 femicidios consumados y 137 de ellos en calidad de frustrados.

Por último, en cuanto a los casos de violencia intragénero acontecidas dentro del colectivo LGBTQ+, pese a tratarse de un fenómeno sin cobertura normativa, sus casos no han sido limitados en nuestro país, empero, a la fecha existen pocos informes y estudios estadísticos que contabilicen las cifras de este tipo de violencia, entre ellos mencionaremos lo constatado por la investigación llamada “Violencia íntima

en parejas jóvenes del mismo sexo en Chile”, publicada en el 2017 por psicólogos de la Universidad Santo Tomás de Chile, la que constató que de entre 631 personas entrevistadas, el 84% vivía en ese entonces violencia de pareja. De igual manera, respecto de las personas lesbianas, el “Informe Ser Lesbiana en Chile”, publicado en el 2019 por la Agrupación Rompiendo El Silencio, da cuenta de que 53,9% de las encuestadas ha sido víctima de violencia por parte de su pareja.

Lo expuesto precedentemente nos demuestra que producto de la constante evolución de la criminalidad, este se ha convertido en un fenómeno multifactorial. Lo anterior se ve plasmado en los homicidios que acontecen a consecuencia de la violencia ejercida en el contexto de relaciones de pareja de carácter sentimental o sexual, ya sea con o sin convivencia, en los que se ven involucradas personas de un mismo sexo y que, a pesar de ser una realidad invisibilizada, van en aumento. Lo anterior corrobora la relevancia de la modificación a lo indicado en el artículo 390 bis, inciso 2, del Código Penal, ya que esta vendría a suplir la necesidad de dotar de regulación jurídica a los homicidios ocurridos en las relaciones de pareja de carácter sentimental o sexual de las personas de un mismo sexo, otorgándoles defensa a las víctimas.

Porque, como ya hemos señalado, la norma del Código Penal chileno que regula el delito de Femicidio Íntimo Ampliado, al establecer que el sujeto activo debe ser un hombre y el sujeto pasivo debe ser una mujer, entre los que debe haber existido o existir una relación de pareja de carácter sentimental o sexual sin convivencia, enfatiza en el sexo de los sujetos involucrados en la perpetración del delito, de manera que se excluye la posibilidad de que este tipo penal pueda aplicarse en el supuesto de que una mujer mate a un hombre con el que existió o existe una relación de pareja de carácter sentimental o sexual sin convivencia. Asimismo, se excluye la aplicación de este tipo penal en un asesinato cuando los sujetos, ya sea activo o pasivo, sean pertenecientes a las diversidades sexuales que integran el colectivo LGBT+.

Como consecuencia de lo anterior es que se plantea que mediante la modificación al artículo 390 bis, inciso 2, esta norma se ciña a sancionar con la pena de presidio mayor en su grado máximo a presidio perpetuo calificado a la persona que mate a otra con la que haya existido o exista una relación de pareja de carácter sentimental o sexual sin convivencia, sin prescribir de qué sexo o género deben ser los sujetos que intervienen en dicho delito, de tal manera que esta reglamentación ponga el acento esencialmente en la circunstancia del vínculo sentimental o sexual sin convivencia entre los dos individuos. En este sentido, esta norma modificada de la forma antes dicha sería compatible con lo que sugiere el principio de igual consideración y respeto, pues, vendría a dotar de regulación y defensa jurídica a aquellos grupos de personas que actualmente son marginados por el delito de Femicidio Íntimo Ampliado en vigor.

CONCLUSIÓN

Los derechos humanos por su carácter universal, derivado de la calidad del ser humano, sin distinción de factores como la nacionalidad, religión, origen étnico u otros, garantizan y preservan la dignidad humana como un medio para alcanzar la plena realización de las personas. Por su importancia, el derecho a la igual consideración y respeto, según los autores Ronald Dworkin y John Rawls, es el derecho humano fundamental, del que se desprenden múltiples derechos accesorios a él, como el derecho a la vida, pues dicho derecho y principio es catalogado como el cimiento de cualquier Estado de Derecho, y actualmente en nuestro país este se encuentra sometido a una vulneración constante en razón del artículo 390 bis, inciso 2, referido al Femicidio Íntimo Ampliado, debido a que, en primer lugar, se comprende que esta figura solo contempla las relaciones heterosexuales, dejando sin considerar las relaciones homosexuales, independiente de la orientación sexual de los agentes, y en segundo lugar, en las relaciones heterosexuales se ampara solo un supuesto, que atiende a que el hombre mate a la mujer, y cualquier otra situación que salga de esta hipótesis básica tampoco se encuentra amparada por la normativa actual.

Es por ello que en el transcurso de nuestra investigación se propusieron soluciones para revertir esta problemática, entre ellas, la modificación al delito del artículo 390 bis, inciso 2, del Código Penal, con el fin de originar un tipo penal nuevo que se remita a regular exclusivamente el “vínculo entre dos personas”, ya sea sentimental o sexual sin convivencia; y como una solución alternativa a esta problemática se plantea eliminar esta figura específica de femicidio, remitirnos al delito de Homicidio Calificado del artículo 391 N° 1 del Código Penal y ampliar este tipo penal, agregando una sexta circunstancia calificante referente al vínculo entre dos personas.

Entre las utilidades que se encuentran haciendo efectiva la modificación al referido precepto legal tenemos, en primer lugar, la tipificación en una única figura penal de varios supuestos de hecho y, en segundo lugar, aquella constituiría una práctica legislativa con efectos preventivos frente a las situaciones de violencia ejercida en contexto de parejas de un mismo sexo, y no de carácter reactivo como lo son las múltiples normas promulgadas en nuestro país. Por último, vendría a dotar de regulación y defensa jurídica a aquellos grupos de personas que actualmente son marginados por el delito de Femicidio Íntimo Ampliado en vigor.

Con esta investigación se pone en evidencia que la violencia dentro de las relaciones de pareja no proviene de un género en específico o determinado. Por esta razón se debe legislar siempre teniendo presente un elemento fundamental que vendría siendo el principio de igual consideración y respeto, y no tratar de gobernar atendiendo a las cualidades personales que posea cada uno de los individuos gobernados.

REFERENCIAS

- CONVENCIÓN INTERAMERICANA DE MUJERES (CIM) de la Organización de los Estados Americanos (OEA) (1994). *Convención Interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer (Convención Belém do Pará)*. Belém do Pará, Brasil. Convención Interamericana Violencia Mujer (oas.org).
- DWORKIN, RONALD (1977). *Los derechos en serio*. Editorial Ariel S.A., Barcelona, España.
- GARRIDO MONTT, MARIO (2010). *Derecho Penal Parte Especial Tomo III*. Cuarta edición. Editorial Jurídica de Chile, Santiago, Chile.
- INSTITUTO NACIONAL DE LA JUVENTUD (Injuv) (2022). *Décima Encuesta Nacional de las Juventudes*. Santiago, Chile. https://extranet.injuv.gob.cl/documentos_gestor_recursos/uploads/formatos/1c563ae615a8a29d7cb90df9bf9bec15.pdf
- POLICÍA DE INVESTIGACIONES DE CHILE (PDI) (2017). “Primera Jornada de sensibilización sobre violencia en el pololeo”. *Revista Detective*. Edición N° 171. https://www.pdichile.cl/docs/default-source/default-document-library/edicion_171.pdf?sfvrsn=43f5fd1_0
- RAWLS, JOHN (1958). “Justicia como equidad”. On behalf of *Philosophical Review*, Duke University Press, Vol. 67, N° 2, pp. 164-194.
- SALDIVIA, CLAUDIA (2016). *Violencia en el pololeo: Un tema invisibilizado en Chile*. Universidad Santo Tomás en Línea, Chile, <https://enlinea.santotomas.cl/blog-expertos/violencia-pololeo-tema-invisibilizado-chile/>
- SALDIVIA, CLAUDIA; FAÚNDEZ, BÁRBARA; SOTOMAYOR, SEBASTIÁN; CEA, FREDY (2017). *Violencia íntima en parejas jóvenes del mismo sexo en Chile*. Jóvenes y violencias. https://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-22362017000100184
- VALDIVIA, MARUZELLA; FONSECA, EDUARDO; GONZÁLEZ, LUIS (2019). *Invisibilización de la violencia en el noviazgo en Chile: Evidencia desde la investigación empírica*. Perfiles latinoamericanos. https://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0188-76532019000200012
- VILLEGAS, MYRNA (2010). “Homicidio de la pareja en violencia intrafamiliar. Mujeres homicidas y exención de responsabilidad penal”. *Revista de Derecho de la Universidad Austral de Chile*, Valdivia, Chile. Vol. 2, pp. 149-174.