



“La mujer trans, como sujeto pasivo en el delito de femicidio”.

Estudiantes:

Camila Ignacia Gallardo Campos y Marko Ignacio Cárcamo Araos.

Profesora Guía:

Dra. Fabiola Girao Monteconrado.

Valparaíso, 2022.

Tabla de contenidos

AGRADECIMIENTOS.	3
1. Resumen	4
2. Introducción.	5
3. Consideraciones generales sobre el delito de femicidio.	6
3.1 Contexto social, legal y cultural en el que se introduce la figura penal del femicidio.	7
3.2 Las figuras de trans femicidio o travesticidio en América Latina.	8
3.3 Consideraciones sobre el tipo penal.	11
3.3.1 Femicidio íntimo y no íntimo.	11
3.3.2. Los sujetos : Sujeto activo/pasivo en el delito de femicidio.	12
3.3.3. El bien jurídico protegido.	14
4. Definición de conceptos abordados.	17
4.1 Concepto de mujer	17
4.2 Concepto de mujer según otras áreas de estudio.	17
4.3. Concepto relativo a las diversidades sexuales.	23
4.4 Jurisprudencia comparada.	30
4.5 Vaguedad del tipo penal de femicidio	34
5. Conclusión.	35
Bibliografía	36

AGRADECIMIENTOS.

A mi padre Claudio y madre Gladys, quienes fueron pilares fundamentales en el apoyo y ayuda en este proceso entregando amor, cariño y dedicación y que, sin sus ayudas, no habría podido llegar hasta este punto. A mi hermana Claudia, quien con su compañía y motivación me animaba cada día para cumplir mis objetivos. A mis abuelos Marta y Hernán, que han creído siempre en mis capacidades y habilidades y siempre felices por cada paso que doy. A mi Tía Abuela Gladys que, de seguro, está viéndome desde el cielo orgullosa por estar en la etapa final de la carrera que ella tanto amó y me impulsó a seguir hasta sus últimos días. Y, por último, a todas aquellas personas que creyeron en mí, dándome las energías y estando recorriendo junto a mí este eterno camino. Mil gracias.

Con profundo cariño y afecto, Ignacio.

A mis padres Luis y Jimena por su eterna paciencia, amor y compañía, por darme la oportunidad de impulsarme a lo largo de toda la carrera, sin ellos no sería posible el culmine de esta etapa, a mi querida tía, Astrid, que me entregó su apoyo incondicional a lo largo de todo el trayecto académico, a mi abuela Magda, por la motivación constante de no desistir frente a las dificultades e impulsarme siempre a mejorar.

Con amor, Camila.

1. Resumen

La presente tesina propone de dar una mirada amplia al concepto de mujer en el delito penal de femicidio, para lo cual en el primer acápite se dará una observación general respecto de la historia de la ley gabriela, para posteriormente pasar a revisar cuestiones de la figura del tipo penal, por otro lado en la segunda parte de esta tesis, se aborda en sí la problemática que genera entender a la mujer sólo desde una mirada biológica, para lo cual se analizan los conceptos de mujer, y cómo así, esto trae consecuencias que podrían acarrear una vaguedad del término, lo cual irá respaldado de la mano con lo que ha señalado la jurisprudencia latinoamericana, para finalmente llegar a las conclusiones, que darán una mirada crítica al derecho penal y la importancia de fallar con perspectiva de género, en este tipo delito.

PALABRAS CLAVES: FEMICIDIO - MUJER- PERSONA TRANSGÉNERO-
CÓDIGO PENAL.

2. Introducción.

El siguiente trabajo abordara el grado de amplitud que conlleva el concepto de mujer en el delito de femicidio, para lo cual se realizara un breve mirada historica de la ley que regula este delito, así como también el contexto legislativo en que se desarrolla, posteriormente se revisara consideraciones del tipo penal, y los conceptos necesarios para exponer nuestra hipótesis la cual consiste en determinar si el femicidio solo alude al concepto de mujer desde una mirada biológica, o puede también considerarse como posibles víctimas a las mujeres transgénero; ya que la ley 21.212 en su artículo 390 bis ¹lo define como el hombre que le cause la muerte a una mujer que es o ha sido su cónyuge o conviviente, o con quien tiene o ha tenido un hijo en común, asimismo incluye al hombre que mate a una mujer con la cual tienen o tuvo una relación de pareja de carácter sentimental o sexual sin convivencia. Sin embargo, el delito de femicidio se amplía aún más el 4 de marzo de 2020 introduciendo el artículo 390 ter que señala que también considerara como femicidio al hombre que mate a una mujer debido a su género. Pero inmediatamente señala cuándo se entenderá en razón de género y en su numeral 4 establece los conceptos de orientación sexual, identidad de género y expresión de género. Lo que ocasiona que broten ciertas dudas del delito, como la vaguedad de él, para lo que se analizará el contexto en que nace el tipo penal en comento, el bien jurídico que se protege, y lo que se entiende por mujer, para luego llegar a las conclusiones pertinentes.

3. Consideraciones generales sobre el delito de femicidio.

Primeramente es preciso hacer un breve recorrido histórico de la ley que tipifica el femicidio, la primera noción nace con la moción parlamentaria que había sido presentada en el año 2007 por la entonces Diputada Adriana Muñoz, primera mujer en presidir la Cámara. Dos años después entró vigencia el “Convenio Intersectorial para la Aplicación del Protocolo Intersectorial para Niños, Niñas y Adolescentes Víctimas Indirectas del Homicidio o Parricidio en Contexto de Violencia contra la Mujer” (CIF), el que entre sus funciones, tiene la de generar los “Informes Anuales de Femicidio del Circuito Intersectorial”² Posteriormente producto del creciente movimiento feminista en Latinoamérica y de la ratificación por parte de

¹ Código penal de Chile.

² Araya, “*Femicidio en Chile: breve historia de una ley, larga historia de la violencia contra las mujeres*”, Anales Séptima serie, N° 14, 2018, Santiago de Chile, pág. 365.

Chile de la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW) de Naciones Unidas en 1989. En el año 2010 se promulga la ley 20.480, que viene a modificar el código penal y la ley 20.066 sobre violencia intrafamiliar, aumentando las penas aplicables a este delito y reforma las normas sobre parricidio”.³

Después en el año 2020 se dicta la ley 21.212 modifica el Código penal, el Código Procesal penal y la ley n°18.216 en materia de tipificación del femicidio, se incorpora la violencia hacia la mujer desde el pololeo y aumenta las penas de 15 a 40 años de presidio, todo esto a raíz de la situación ocurrida en Maipú,⁴. Donde dos mujeres Gabriela Alcaíno y su madre Carolina Donoso, fueron asesinadas por Javier Cáceres (ex pareja de Gabriela) en junio de 2018 en la comuna de Maipú.⁴ Ya que antes de esta ley sólo se establece como crimen de femicidio el cometido entre quien es, o fue, un cónyuge o conviviente, dejando fuera otros tipos de relaciones. Sin embargo, la historia de esta ley no da luces claras respecto del género del sujeto pasivo por lo cual es necesario pasar al siguiente punto, que nos indica el contexto social, cultural y legal en el que se desarrolla el tipo.

3.1 Contexto social, legal y cultural en el que se introduce la figura penal del femicidio.

Lo primero que se debe reconocer es que el femicidio nace del persistente trabajo de las mujeres feministas, las cuales a grosso modo lo entienden como el asesinato de mujeres como resultado extremo de la violencia de género que ocurre tanto en el ámbito privado como en el espacio público. Asimismo se encuentran también comprendidas aquellas muertes de mujeres a manos de sus parejas, ex parejas o familiares, mujeres asesinadas por acosadores, agresores sexuales y/o violadores, así como aquellas que trataron de evitar la muerte de otra mujer y quedaron atrapadas en la acción del femicida⁵.

En lo particular el término feminicidio fue utilizado por primera vez por Diane Russell en el 1976, cuando testifico en el “ Tribunal internacional de crímenes contra de mujeres en Bruselas” donde le entrego el siguiente significado al feminicidio: “ el asesinato de mujeres por hombres por el solo hecho de ser mujeres” , sin embargo, la misma autora en su escrito “Femicidio: una perspectiva global”, señala que el término viene siendo usado desde el año 1.801 por “*Satirical*

³ Historia de la ley 21.212 , Biblioteca del Congreso Nacional.

⁴ Chilevisión, “Reportaje de femicidio de Gabriela Alcaíno”, 2019.

⁵ Camila Maturana Kesten Gloria Maira Vargas Soledad Rojas Bravo (coordinadora), “Femicidio en Chile”, Área de Ciudadanía y Derechos Humanos de la Corporación La Morada, Santiago de Chile, 2004, p. 15 .

Vief of London at the Commencement of the Ninetheenth Century". el cual era utilizado para denominar el asesinato de una mujer.

Posteriormente William Macnish (que fue el ejecutor del asesinato a una joven femina) publicó la tercera edición de “ *The confessions of an Unexecuted femicide*”, la cual conforme a la edición de 1989 en de “*The Oxford English Dictionary*” feminicidio apareció en la law lexicon de Wharton el 1949 sugiriendo que se había convertido en un delito punible.

No obstante, cabe destacar que si bien el término había sido utilizado antes, la connotación que se le había dado era diferente a la entregada por Diane Russell, y a su vez está autora transcurrido un tiempo también fue modificando la definición de femicidio.

Paralelamente en América latina, comienza a resonar igualmente el término de “feminicidio” a raíz del concepto de “genericidio”, que fue utilizado por primera vez por la antropóloga norteamericana Mary Anne Warren en su obra pionera “*Gendercide: The Implications of Sex Selection*”, publicado en una fecha tan reciente como 1985, y en la que la autora establece que, estadísticamente, las mujeres en edad reproductiva tienen mayores probabilidades de ser mutiladas o asesinadas por hombres⁶ que de fallecer por enfermedades, en Latinoamérica también destaca la antropóloga mexicana Marcela Lagarde, que describe el sistemático asesinato de niñas y mujeres en Ciudad Juárez (Estado de Chihuahua) y Ciudad de Guatemala, ya a principios de la década de 1990.

En el plano legal como se mencionó anteriormente hace ocho años entró en vigencia la ley 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 reformando las penas sobre parricidio”⁷. En este punto fue trascendente el papel que jugó la ex coordinadora de la Red Chilena contra la Violencia Doméstica y Sexual, Soledad Rojas Bravo, puesto que planteo conceptos del feminismo, ella señaló que el femicidio encontraba su origen en la distribución desigual del poder entre mujeres y hombres, naturalizada y legitimada por siglos de cultura patriarcal, ya que el machismo y la violencia era una constante en la vida de las mujeres tanto en el espacio público como en el privado, como sucedía en los espacios laborales, educacionales, en las calles, en sus relaciones afectivas, en el pololeo, en la convivencia de pareja, y aún después de terminada la relación, en que las mujeres seguían siendo víctimas de hostigamientos y abusos

⁶ Snaidas, Javier, Buenos Aires, 2009, p. 4

⁷ Alejandra Araya Espinoza, Santiago de Chile, 2018, pág. 30.

por parte de sus agresores”. Situaciones que viven tanto las mujeres entendidas desde una perspectiva biológica, como también las mujeres transgénero.

Es por estas razones que en este acápite se busca consolidar que el delito de femicidio debe ser abordado desde una mirada feminista, y con perspectiva de género, sirviendonos de en este sentido de la concepción entregada por marta Lamas que dice lo siguiente: “La perspectiva de género implica reconocer que una cosa es la diferencia sexual y otra cosa son las atribuciones, ideas, representaciones y prescripciones sociales que se construyen tomando como referencia a esa diferencia sexual.”⁸, por ende, al momento de decidir aplicarse el delito de femicidio se espera no solamente tener en consideración los órganos sexuales, sino también, la percepción con la que la propia víctima se auto percibe.

3.2 Las figuras de trans femicidio o travesticidio en América Latina.

Antes de derivar en la problemática, queremos tratar en breves párrafos lo concerniente a la creación de otros tipos penales en el derecho comparado.

En América Latina han surgido los tipos penales de “*travesticidio y transfemicidio*”, denominándose su aparición como la “*expresión más viable y final de una cadena de violencias estructurales que responden a un sistema cultural, social, político y económico vertebrado por la división binaria excluyente entre los géneros*”.⁹ Así, al igual que el femicidio, obedece a un trato discriminatorio, desigual y violento que incluso el mismo Estado ha propiciado en desmedro de las personas que se sienten identificadas fuera de la heteronormatividad como regla cultural general y no tienen la debida protección.

Entre los argumentos que se esgrimen para defender la tipificación de estos nuevos conceptos, es el móvil (por el género) que incurre el sujeto activo en la comisión del delito y, por otro lado, la forma en que éstos se cometen y la deficiencia de las policías y la investigación.¹⁰ El problema de fondo de esto es que, si bien la tipificación del del delito de transfemicidio o travesticidio, ayudarán en mejorar el sistema de estadísticas de estos crímenes, no es menos relevante que el derecho penal se esté utilizando como mero instrumento de estadísticas en donde se hacen cargo de la forma, pero no del fondo.

⁸ Lamas Marta, México, 1996, pág. 5.

⁹ Radi Blas, Sardá-Chandiramani, “*Travesticidio/ transfemicidio: Coordenadas para pensar los crímenes de travestis y mujeres trans en Argentina*”. Publicación en el Boletín del Observatorio de Género, pág.5.

¹⁰ Radi Blas, Sardá-Chandiramani. op. Cit. págs. 6-8.

El Derecho Penal no posee herramientas de erradicación del delito si no es con el trabajo conjunto de otras áreas que ayuden a su concreción. Así, mejorar los métodos investigativos, capacitar a las policías y, educar, serán de gran ayuda para la erradicación de estos delitos violentos.

Por otro lado, cuando hablamos de género en estos delitos, caemos en un entramado conceptual que no es posible definir de manera estricta, ya que irá mutando con el tiempo y, por sobre todo, no existe una acepción jurídica que podamos comprenderla y establecerla en un tema específico. Sin duda, porque la expresión género ha pasado por diversas etapas y estudios en la historia, tanto de forma médica, como cultural, tanto así que el género era una definición en contraposición al sexo, en una posición binaria de “sexo/género”, en donde la segunda se enfocada en aspectos psicosociales y la primera solo era estricta conforme a características anatomofisiológicas que distinguen al macho de la hembra en nuestra especie humana.¹¹ Sin embargo, las teorías feminista y queer han venido a desmenuzar el concepto y a darle cierto contenido que, en ocasiones, resulta incierto y le da incertidumbre a lo que el derecho penal quiera lograr, teniendo en cuenta lo estricto que debe resultar el tipo penal.

Así, también una persona transgenero que es aquella que nace con un sexo diferente a su identidad de género, no necesariamente requiere de intervenciones quirúrgicas para identificarse como tal, en contraposición de las personas transexuales que sí optan por el cambio quirúrgico.¹²

Por otro lado, tenemos las personas “*intersex*”, que son aquellas que poseen características genéticas de hombres y mujeres y se han definido como “*todas aquellas situaciones en las que el cuerpo sexuado de un individuo varía respecto al estándar de corporalidad femenina o masculina culturalmente vigente*”.¹³ De esta forma, una persona que es “*intersex*” o en la nomenclatura antigua “*hermafrodita*”, puede considerarse a sí misma tanto del género masculino, como del femenino o ninguno de los dos, que es lo que se conoce como persona “*no binaria*”.

Los problemas que acarrearán estas interrogantes son: ¿debemos crear todos los tipos penales necesarios para cubrir a todos los grupos excluidos? ¿Será el derecho penal capaz de canalizar todo este problema estructural? La verdad es que nuestra postura sostiene que el derecho penal aún es pobre en cuanto a contenido respecto de los conceptos relacionados con el género y

¹¹ Andrés Sagen, Gabriel, “Femicidio, Travesticidio o Transfemicidio”, pág.7.

¹² Andrés Sagen, Gabriel, op. Cit, págs.. 11-12.

¹³ Andrés Sagen, Gabriel, op. Cit, pág.12.

la sexualidad. En principio, pudimos ver cómo el derecho penal chileno constantemente acuña el término mujer en su sentido biológico y no lo expande a otras áreas, menos en su interpretación doctrinaria y/o judicial. Si las mismas disciplinas que se encargan del estudio de estos conceptos están contestes en que no existe una delimitación de ellos, la disciplina jurídica no puede llegar a soluciones que solo permitan cubrir la forma pero no el fondo. Por ejemplo, no basta con regular el femicidio o sus variantes si la impunidad sigue siendo el factor principal de la perpetuación de la violencia de género extrema.¹⁴

En la historia de la Ley Gabriela se menciona que la expresión “en razón de su género” alcanzaría a cubrir a la mujer trans, toda vez que es una manifestación amplia del concepto¹⁵. Empero, no se puntualiza en lo que la doctrina penal ha manifestado cuándo debe entenderse que la mujer trans que ha sido asesinada debe calificarse como mujer y es cuando se ha modificado su sexo registral. Nuestra postura al respecto ha sido clara, y es que no podemos tener presente que para calificar a una mujer trans se tenga sólo respecto de ella lo que menciona su carnet de identidad, menos habría posibilidad de identificar cuándo una mujer en travesti o no está en camino a realizar su cambio de sexo registral¹⁶.

Si nos dirigimos a Colombia, en los últimos años la jurisprudencia de la Corte Constitucional ha mutado en el entendimiento del concepto de “mujer” en el Derecho Colombiano. Así en la sentencia C-006 de 2016 al demandar un trato discriminatorio hacia la mujer trans acerca de la Ley que reglamenta el servicio militar, dijo “*que la Ley se refería al término “mujer” en general y sin establecer discriminaciones por motivos de raza, opinión política o filosófica, origen nacional, o por el género o sexo que a la mujer le fue asignada al nacer, y por lo tanto incluye tanto a las mujeres cisgénero como a las transgénero.*” En ese mismo sentido en sentencia T-099 de 2015, señala la Corte: “*en efecto, las mujeres transgénero que se auto reconocen plenamente como tales, por ser mujeres, no están sujetas a las obligaciones legales dirigidas a los varones derivadas de la Ley 48 de 1993. Aceptar que son destinatarias de esta ley generaría un trato diferenciado basado en estereotipos de género, como consecuencia de partir de la identidad de género, que es parte fundamental de su proyecto de vida*”. Y, por último, la Corte se refirió al sujeto pasivo en el delito de Femicidio diciendo que “*el sujeto pasivo es calificado, pues necesariamente se trata de una mujer o de una persona que se*

¹⁴ Saccomano Celeste, “El femicidio en América Latina: vacío legal o déficit del Estado de Derecho?”, Revista CIDOB d’Afers Internacionals, n°117, pág. 51-78.

¹⁵ “El señor Alex van Weezel, profesor de Derecho Penal de la Pontificia Universidad Católica de Chile, consideró positiva esta iniciativa desde el punto de vista político criminal, pues tipificar como femicidio a los asesinatos de mujeres por razones de género, constituye un avance en la comprensión política de este problema social. Es decir tiene una justificación política que además, será legítima si se respetan algunos principios básicos, como la autonomía de la mujer, el principio de non bis in idem y la proporcionalidad de las penas.”

¹⁶ Biblioteca del Congreso Nacional, Historia de la Ley N°21.212, pág. 22.

identifique en su género como tal". Sin embargo, la vaga especificidad, da problemas de aplicación.¹⁷ Reparo está decir que la elasticidad del término "*mujer*" puede ser vista por el derecho más allá de su sentido biológico y, por defecto, la doctrina penal debe analizarlos desde otra perspectiva.

3.3 Consideraciones sobre el tipo penal.

En este acápite se revisarán lo concerniente al tipo jurídico del delito de femicidio, respecto de su estructura, pero anterior a esto es necesario ver cómo ha evolucionado nuestra legislación desde el femicidio íntimo hasta llegar al que no implica un vínculo con la víctima, para posteriormente pasar a revisar, los sujetos del delito, el bien jurídico tutelado y si este guarda relación con los delitos de odio.

3.3.1 Femicidio íntimo y no íntimo.

Dentro de los tipos de femicidio que se mencionaron anteriormente, es menester prestarle especial atención al femicidio íntimo o vincular, que fue el primero regulado en Chile el año 2010 , el cual consiste en el asesinato cometido por un hombre con quien la víctima tenía o había tenido una relación o vínculo íntimo: marido, exmarido, novio, exnovio o amante. Se incluye el supuesto del amigo que asesina a una mujer -amiga o conocida- que rechazó entablar una relación íntima con este¹⁸, siendo uno de los más comunes según un estudio realizado por la OMS y la Escuela de Higiene y Medicina Tropical de Londres indican que más de 35% de todos los asesinatos de mujeres a nivel mundial son cometidos por un compañero íntimo.¹⁹ Sin embargo resulta fundamental regular el femicidio no íntimo entendido este como el cometido por alguien que no tiene una relación íntima con la víctima, ya que si bien gran parte de las cifras en Chile responden al femicidio íntimo, también hay que tener presente que no es menor la cantidad de femicidios que son cometidos por sujetos que no presentan un vínculo con la víctima, es por este motivo que se reguló el femicidio no íntimo en la ley 20.480. No obstante a pesar de la ampliación que sufrió el delito, los datos actuales no muestran resultados favorables es más de acuerdo a los reportes del Ministerio de la Mujer y la Equidad de Género hasta el 1 de octubre de este año se han cometido

¹⁷ Domínguez Castellar, Angélica Paola y Gil García, Paula Andrea, "*Trans Femicidio en Colombia: Aplicación del delito de femicidio al caso de dar muerte a personas transgénero cuando el móvil es la condición de género*". Informe final monografía de grado para optar por el título de Abogado, Facultad de Derecho y Ciencias Políticas, Universidad de Cartagena, abril 2018, págs.. 46-48.

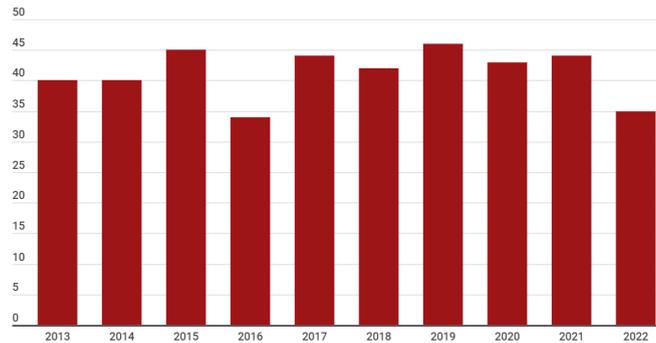
¹⁸ "*Tipos de femicidio o las variantes de violencia extrema patriarcal*", femicidio. net, 2012, pág.1.

¹⁹ OMS, "*Comprender y abordar la violencia contra las mujeres*". 2013 pág.4.

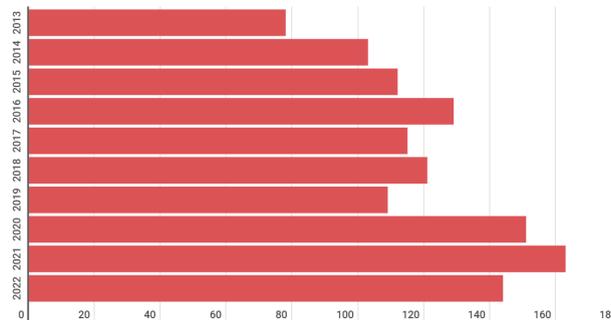
31 femicidios, lo que significa un 10% más que en 2021 a la misma época. además se cometieron 129 homicidios frustrados, como se muestra en las siguientes tablas.

Femicidios en Chile desde el 2013 al 2022

*Los datos de 2022 están hasta el 24 de noviembre.



Femicidios frustrados



Fuente: Ministerio de la Mujer y la Equidad de Género.

3.3.2. Los sujetos : Sujeto activo/pasivo en el delito de femicidio

Como ya se ha expresado en el presente trabajo, el femicidio puede tener diversas interpretaciones, ya que el uso del concepto femicidio difiere en algunas/os autoras/es en relación con el alcance que se le otorga a dicha herramienta analítica para dar cuenta de la violencia contra las mujeres como componente de las relaciones asimétricas de poder entre los géneros, y su potencialidad inclusiva para las distintas situaciones, modos y contextos en que ocurren estos

crímenes de género²⁰. Pero para efectos de este escrito nos remitiremos al entregado en los art. 390 a 390 ter de nuestro código penal.

Por consiguiente nos debemos plantear las siguientes preguntas: ¿quién comete el delito de femicidio? y ¿quién es la víctima?

Para responder la primera pregunta, en principio, podríamos decir que lo comete el hombre en el caso del femicidio íntimo del derogado artículo 390 inciso 2° que fue producto de la primera legislación (Ley N°20.480 de 18.12.2010) en torno a la materia en donde si la víctima de parricidio *“es o ha sido la cónyuge o conviviente de su autor, el delito tendrá el nombre de femicidio”*²¹. La historia de la creación de dicho delito, se enmarca en un ordenamiento jurídico en donde aún no existía el matrimonio igualitario, teniendo en consideración las relaciones lésbicas y, por otro lado, respondiendo a la segunda pregunta, no se contempla dentro del tipo penal como sujeto pasivo o víctima a la mujer que está fuera del matrimonio o del entorno de convivencia. Así, el asesinato de Gabriela Alcaíno el año 2018 no fue considerado femicidio puesto a estos estrictos requisitos que se deben cumplir para que fuese contemplado como tal, ya que con su agresor mantenían una relación de pololeo, más no de convivencia o marital.

Posterior a este dramático hecho, y a las constantes presiones que se hicieron por parte de movimientos feministas y organizaciones de Derechos Humanos por ajustar la legislación, es que se promulgó la Ley 21.121, denominada “Ley Gabriela” que crea y amplía la figura de femicidio dotándola como figura autónoma y no como una situación particular de parricidio. De esta forma el delito de femicidio se estructura de la siguiente forma: Femicidio íntimo limitado (artículo 390 bis, inc 1), femicidio íntimo ampliado (artículo 390 bis, inc. 2°), femicidio por razón de género (artículo 390 ter) y la creación de agravantes y atenuantes específicas en los artículos 390 quáter y quinquies.

Al respecto, podemos seguir afirmando con propiedad que el sujeto activo de estos delitos es el varón, como se ha entendido históricamente y que, de pronto, no debiera darnos mayores problemas interpretativos. Sin embargo, si bien la nueva ley extiende el concepto de femicidio y se encarga de la violencia de género que se ejerce contra las mujeres, sólo reconoce aquellos actos que son cometidos por varones. De esta forma, surge el cuestionamiento de que si solo los hombres

²⁰ Kesten, Vargas y Maturana, “ Femicidio en Chile”, Área de Ciudadanía y Derechos Humanos de la Corporación La Morada, 2004, pág. 18.

²¹ Matus, Ramírez, “Manual de derecho penal chileno parte especial”, Tirant lo Blanch, 2° Edición corregida y actualizada, Valencia, 2018, pág.78.

ejercen violencia de género. En este sentido, Lidia Casas expresa que la Ley Gabriela silencia otros actos de violencia de género que pueden ser perpetrados por mujeres, por ejemplo, un ataque lesbofóbico cuya motivación puede estar dada por la condición de mujer que se aparta de los cánones heteronormativos. Inclusive, sigue comentando, la Corte Penal Internacional admite la violencia de género como aquellos actos que se pueden cometer en contra de las diversidades sexuales por romper nociones culturales o castigar a personas por su orientación sexual o identidad de género, pero también por la apariencia de serlo.²²

Respecto a la víctima, sin duda que es la mujer en términos explícitos de los tipos penales al indicar que la conducta es “*matar a una mujer*” y lo que varían son las circunstancias en que ella se encuentra con su victimario y las motivaciones de este último para cometer el delito. Sin embargo, resulta impreciso algunos conceptos que este trabajo estamos analizando, que es matar a una mujer en “*razón de su género*” y por los motivos de la orientación sexual, identidad de género o expresión de género de la víctima. Acá, cierto sector de la doctrina marcado por Matus y Ramírez indican que la mujer trans es aquella que ha realizado su cambio de sexo registral, por ende, la mujer “*biológica*” sin duda que está integrada. Evidentemente que su explicación parece razonable, toda vez que su argumentación se basa en que la Ley 21.120 que reconoce y garantiza el Derecho a la Identidad de Género no se refiere a la mujer en sentido biológico, ya que en su artículo 21 menciona que “*toda persona deberá ser reconocida e identificada conforme a su identidad de género*”, y añaden los autores “*como figura en el registro civil*”. Empero, ello no nos parece una interpretación razonable, toda vez que la mujer trans no debiese tener reconocimiento por el solo hecho de que en su carnet se establezca la letra “F”, sino que, debe ampararse su protección y dignidad desde antes. ¿Qué ocurre en el íter de transición? ¿Qué ocurre si una mujer trans es asesinada cuando estaba esperando hora para el registro civil, por ejemplo? Esos vacíos legales son los que debemos contemplar a la hora de incluir dentro del derecho penal conceptos tan desconocidos para la disciplina.

De esta forma, por más que la doctrina mayoritaria sea conteste a que la mujer trans solo es aquella que ha realizado el trámite de cambio de sexo registral en el Registro Civil e Identificación, nosotros creemos que se ha utilizado una interpretación somera y simplista de los términos y del entendimiento que se tiene acerca de la diversidad sexual en su conjunto. Al ser el derecho penal aquel que posee leyes estrictas y definidas, ello no excluye que la interpretación y el

²² Casas Becerra, Lidia, “*A un año de la aprobación de la Ley No 21.212, conocida como Ley Gabriela. La pregunta que guía la presentación: ¿es sólo una cuestión de ley?*”, en “*El delito de femicidio en la legislación chilena*”, 1º edición, DER ediciones, Santiago de Chile, diciembre 2021, pág.7 .

entendimiento de los conceptos que son ajenos sean entendidos de una manera muy limitada que, al final, no permitan que la disciplina jurídica cumpla su labor y solo sea un derecho penal simbólico que cumpla los objetivos políticos.²³

3.3.3. El bien jurídico protegido.

El bien jurídico es un concepto teórico, con varias definiciones, entre estos tenemos a Grisolia el cual lo define señalando que la norma jurídica encierra un valor y que ese valor cuando lo concreta en un objeto, lo constituye un bien jurídico²⁴.

En el caso del delito de femicidio en Chile antes de la modificación se decía que el bien Jurídico protegido, viene a ser una ampliación de la protección tradicional de la figura de parricidio el cual protegía la vida del pariente consanguíneo en línea ascendente o descendente o del cónyuge, la Comisión Redactora del Código Penal como señala el profesor Garrido Montt dejó constancias en actas de aquello en el sentido de que la protección de esta vida de pariente o cónyuge es más importante que la vida de un extraño. Por ende, acá se protegían dos bienes jurídicos por un lado la vida y por otro los vínculos de la naturaleza y los establecidos por el derecho positivo como lo es el del matrimonio, base de la familia, núcleo fundamental de la sociedad según el artículo 1º de nuestra Constitución Política de la República; ya que resulta imposible de concebir el comienzo lógico de toda sociedad humana, sin consideración a la familia²⁵.

Es claro que ciertamente, debemos entender que la protección no apuntaba directamente a las mujeres, al menos no como fin en sí mismas, sino que apunta a la protección de la institución de la familia, en tanto “núcleo familiar”. Ello quedaba en evidencia porque no protegía todo tipo de violencia a mujeres, sino que solamente aquella realizada por hombres que habían tenido relaciones afectivas con dichas y determinadas mujeres.

Esta limitante es importante, ya que da luces de qué se entendía por “familia” en la legislación chilena, es decir, por ejemplo, excluía relaciones entre personas de un mismo sexo, validando la matriz heteronormativa que constituye las relaciones de parentesco jurídicamente;

²³ Casas Becerra, op. Cit, pág. 8.

²⁴ Hefendehl, España, 2016, pág.142.

²⁵ Moraga, Santiago, 2012, pág.1.

sin embargo, esto actualmente ha cambiado con las leyes 21.400 que permite el matrimonio de ambos sexos y la ley 20.830, que al acuerdo de unión civil y asimismo también fue modificado el femicidio con la ley 21.212. Lo que provocó que en el caso actual del femicidio este se aleja de esta concepción clásica que lo asimilaba a los bienes jurídicos tutelados en el parricidio.

En este punto volvemos al tema de la neutralidad de las leyes penales en cuanto al género, ya que las distinciones que se suelen hacer normalmente guardan relación con cuestiones físicas y anatómicas, como es el caso de la forma de castración y violación. Sin embargo, en este delito se tiene más en cuenta las condiciones sociales del género ya que trata a la mujer como un sujeto que merece especial protección en las relaciones que desarrollan con los varones.

Lo que conlleva a que existan opiniones diversas en cuanto a la relevancia del bien jurídico en estos casos. Por ejemplo, Patsilí Toledo nos dice que “en la medida que los tipos penales específicos sobre violencia contra las mujeres, ya sea femicidio u otra figura, no establecen penas diferentes para el caso en que la misma conducta sea cometida por un hombre, la discusión sobre el bien jurídico o el plus de injusto no se desarrolla especialmente, ya que estas leyes no provocan mayor conflicto en la doctrina penal, al estar ya asegurado el mismo nivel de protección –esto es, la misma pena– para los hombres víctimas”.

También, el profesor Jaime Vera durante la discusión del proyecto de ley señaló que “si no existía ninguna diferencia desde el punto de vista de la pena entre las figuras de parricidio y femicidio, no parecía justificarse el proyecto desde este punto de vista”. Por otro lado, nos encontramos con la intención del legislador al momento de establecer la nueva redacción del artículo 390. Si bien durante la discusión en sala de la Cámara de Diputados, hubo varios Honorables que manifestaron ciertas precisiones a la tipificación del delito ya sea por considerar que no tendría un efecto práctico o bien no ser suficiente ni provocar algún cambio, a fin de cuentas se terminó aprobando en ambas cámaras por razones muy similares, entre las que destacan las de enviar un mensaje a la sociedad, establecer la importancia del delito y la de entregar una señal política que tenga efecto en la opinión pública. Sin embargo, debemos precisar aún más los cambios que trae la tipificación del femicidio, que, si bien a primera vista parecería ser una manifestación más de violencia intrafamiliar, podemos identificar la necesidad del legislador de regular la violencia de género contra la mujer (en casos restringidos) en las dos modificaciones del art. 390.

La introducción de las exparejas, que, si bien se incluyen dentro de la definición legal de violencia intrafamiliar y la denominación de femicidio en el caso que la víctima sea mujer, nos lleva a una interpretación diversa a la que se ha planteado en la discusión de la ley, porque no se trata de una manifestación de femicidio íntimo propiamente tal, ya que falta un elemento fundamental: la relación de confianza. Ese vínculo, necesario para la intimidad, puede o no permanecer una vez finalizada la relación, siendo en los casos en que no permanece y siendo la víctima una mujer, una manifestación de la violencia de género.

Otro punto que nos queda por cuestionar es si el femicidio constituye o no un delito de odio. El concepto de *delito de odio* no cuenta con una definición unívoca⁶, sin embargo, los distintos Estados que recogen esta figura en sus legislaciones coincide en identificar éstos como actos criminales que se cometen basándose en un prejuicio, es decir, comprenden dos elementos básicos: uno, que el acto constituya una infracción penal; dos, que sea producto de un prejuicio del autor hacia la víctima por pertenecer a un colectivo vulnerable al odio. Es decir, la víctima (o el objetivo) se elige intencionadamente por el autor por su pertenencia (real o presunta) a un colectivo que consideramos desde este punto de vista especialmente protegido.²⁶

Para el Derecho ecuatoriano, el Femicidio se trata de un homicidio agravado, donde la víctima siempre ha de ser una mujer y el móvil por el cual le matan, es precisamente, por el hecho de ser mujer o, dicho de otro modo, a causa su género femenino que deriva en odiar a las mujeres por ser mujeres, u odiarlas por su condición de género. Como se señala en el acápite anterior este delito es ubicado en la familia de delitos contra la vida, sin embargo, la autora Yudith López Soria nos dice que el delito de Femicidio debe ser considerado como un delito de odio y no solo como un delito contra la vida, conllevando a que su ubicación correcta en el COIP sea en la familia de los delitos contra la igualdad. La autora argumenta que a diferencia de otros tipos penales contra la vida, como son el homicidio, o el asesinato, el sujeto activo que mata a una mujer, lo hace movilizado o impulsado por odio a su género femenino o por el hecho de que es mujer y nunca por alguna otra razón o motivo.

Sin embargo, tenemos otras autoras como Isabel Tello que no comparten esta posición, porque argumenta que el significado de femicidio se desarrolló conceptualmente a lo largo de

²⁶ Assiego, Orejón, Charo, España, 2018, pág. 2.

los años abarcando diversas situaciones, en las que se destacó que su elemento principal es el contexto de discriminación y subordinación estructural contra la mujer y no el odio contra este colectivo. Así, se incorporaron al concepto de femicidio situaciones en las que el odio del agente es inexistente. Existen casos en los que el agente no odia, rechaza o desprecia a la víctima, sino que se encuentra ligado a ella a través de una relación amorosa existente o pasada.

4. Definición de conceptos abordados.

4.1 Concepto de mujer

El concepto de mujer es un área que ha sido trabajada por múltiples disciplinas como la biología, filosofía, ciencias sociales, entre otras. Sin embargo, en el derecho hay poco análisis o estudios que traten de definir qué se entiende por mujer.

Mujer no es un concepto que, en principio, podamos definirlo de una forma y que aquella definición quede inmutable pues, como veremos, su modo de empleo varía según lo que estemos tratando y según cómo esa construcción del concepto surgió y le da contenido.

4.2 Concepto de mujer según otras áreas de estudio.

a) Postura biológica.

En un acercamiento científico, biológico, ser mujer u hombre depende de factores netamente biológicos/físicos como el material genético, los genitales y/o caracteres sexuales. Sin embargo, como previo a entender aquello, es menester definir qué entendemos por “sexo”, “sexualidad” y “caracteres sexuales”. Así, “sexo” se entiende como al *conjunto de características biológicas de un organismo que permiten diferenciarlo como portador de uno u otro tipo de células reproductoras o gametos (óvulos o espermatozoides), o de ambos (organismos hermafroditas)*. Y, por otro lado, “sexualidad” se refiere *“a las actividades que los organismos llevamos a cabo para poder intercambiar nuestro material genético y conseguir una mayor diversidad y adaptación al medio”*, es decir, acá hace referencia a la reproducción del ser humano como método de supervivencia²⁷. Así, en la especie humana, esta diferencia en las características nos ha acostumbrado a diferenciarnos solo entre dos sexos, llámese *masculino (hombre) y femenino (mujer)*²⁸.

²⁷ Herrero, Pérez, “Sexo, género y biología, Feminismo/s”, San vicente del Raspeig, 2007, N°10, págs. 163-172.

²⁸ Herrero, Pérez, op. Cit, págs. 169.

Sin embargo, no es hasta el año 1869 que los caracteres sexuales fueron definidos por el anatomista Hunter quien los dividió en primarios, presentes ya al nacer, y secundarios, los que se adquieren con el desarrollo sexual en la pubertad. Con el correr de los tiempos, ha habido otras clasificaciones, atendiendo a las gónadas, genitales, morfología corporal, entre otros. Hoy, en la actualidad, esta clasificación se ha dividido en cinco formas, a saber:²⁹

a) Primarios o genéticos: es lo que se encuentra contenido en los genes y en los cromosomas de todas las células del cuerpo, por ejemplo, sexo cromosómico, par de cromosomas sexuales XX y XY.

b) Secundarios: acá, hace énfasis en el sexo gonadal, que consiste en la presencia de los ovarios, con sus óvulos y hormonas esteroideas femeninas (estrógenos y progesterona), en la mujer, y de los testículos, con sus espermatozoides y hormonas esteroideas masculinas, en el hombre.

c) Terciarios o genitales: se hace referencia a las diferencias que existen en el tracto genital femenino (trompas de Falopio, útero, vagina y vulva) y en el masculino (epidídimo, conducto deferente, vesículas seminales, próstata y genitales externos).

d) Cuaternarios o aparentes: acá se enfoca especialmente en todos los rasgos y características somáticas que a primera vista nos evocan feminidad o masculinidad, tales como: desarrollo de mamas, características de la voz, distribución de la grasa y vello, desarrollo muscular, entre otras.

e) Quinto orden o psíquicos: en esta etapa, se estarían representados por el líbido, el instinto de pareja, diferencias neurobiológicas, el instinto maternal, etc.

En definitiva, bajo el alero de estas cinco clasificaciones es posible atender a poder definir a un ser humano de hombre o mujer. Sin embargo, creemos que estas clasificaciones biológicas escapan de la realidad y admiten, sin más, clasificar a las personas en “hombre o

²⁹ Herrero, Pérez, op. Cit, págs.. 169-171

mujer” atendiendo a un binarismo enmarcado dentro de las relaciones heterosexuales y patriarcales que no admiten más clasificaciones que las expuestas y que, el concepto de hombre o mujer objeto de estudio, responden a una misma creación para poder “dotarlas” de contenido. Es decir, tal como creemos que el concepto de sexualidad, sexo, etc; son construcciones sociales que van dependiendo del entorno en el cual se encuentra un grupo de la sociedad, sus culturas, acceso a la educación, entre otros, creemos que la palabra mujer también, inclusive en la biología, ha sido creada con dicho fin, para encasillarla en un prospecto determinado. Es más, tener como clasificación cuestiones psiquiátricas como el instinto maternal, carece de toda objetividad, ya que, dependen de las circunstancias de cada persona y su modo/forma de vivir y expresarse.

Sin embargo, uno al creer que estas definiciones parecen estrictas en el ámbito biológico, no podemos dejar de lado que también existen alteraciones congénitas en que el desarrollo de los caracteres sexuales es atípico, como la *hiperplasia adrenal congénita (CAH)*, acerca de los genitales ambiguos o la *disgenesia gonadal mixta (DSD's)*.³⁰

Así, la biología ha procedido a clasificar los sexos de la siguiente manera, a saber:³¹

- a) “*Male*”: Hombres con el aparato reproductor normal.
- b) “*Female*”: Mujeres con el aparato reproductor normal.
- c) “*Hermes*”: Hermafroditas verdaderos, nacidos con tejido testicular y ovárico.
- d) “*Mermes*”: Seudohermafroditas masculinos, nacidos con testículos y algún aspecto femenino de sus genitales.
- e) “*Fermes*”: Seudohermafroditas femeninos, nacidos con ovarios y algún aspecto masculino en sus genitales.

³⁰ Herrero, Pérez, op. Cit, pág. 171.

³¹ Herrero, Pérez, op. Cit, pág. 172.

De esta clasificación final, podemos discrepar. En principio, porque no define estrictamente qué se entiende por “*bombre*; “*male*” o “*mujer*”; “*female*” porque les define con “*aparato reproductor normal*”. ¿Qué debemos entender por aparato reproductor normal? ¿Qué significa un genital normal para cada una de esas personas? ¿Qué ocurre con una mujer que tiene aparato reproductor masculino? Creemos que este tipo de clasificación no da respuestas a la realidad de las mujeres trans a la hora de definir las y que evoca un problema, ya que, el derecho penal suele tomar el concepto rígido de mujer, esta, entendida por quien posee vagina o está inscrita con su sexo registral en el carné de identidad.

b) Postura de las ciencias sociales y filosofía.

El concepto de mujer en esta área ha sido objeto de innumerables debates, además de que el concepto también ha surgido como una forma de lucha política en el feminismo frente a la violencia y discriminación estructural que han vivido a lo largo de la historia. En este apartado, trataremos de explicar en cómo se ha trabajado este concepto y qué piensan las autoras de ello.

El concepto de “mujer” ha sido una construcción social, que ha ido mutando con el tiempo. La forma de entender a la mujer y de posicionarla dentro de la sociedad ha ido variando, dependiendo de la civilización en la cual ha estado sujeta. Así, si hoy entendemos que la mujer, como cualquier otro ser humano, es persona y sujeto de derechos, antes no lo era.

Las ciencias sociales y la filosofía han trabajado con el concepto de mujer fuera del ámbito biológico, aunque en algunas obras se ha caído esa mirada y, peor aún, han proliferado las discriminaciones hacia las mujeres trans al no considerárseles como tal, puesto que, si no se han hecho la reasignación de sexo, no son “mujeres”, atendiendo a un concepto biológico, más que social o político, que es donde se origina el concepto TERF, que es el feminismo radical trans-excluyente. Cayendo en este esencialismo lo evidencia en el “Patriarcado al Desnudo” que *“muchas feministas y lesbianas más radicales caen en la tentación de creer que finalmente, en el fondo, nuestra situación descansa sobre una base biológica: la famosa “diferencia de los sexos”, la capacidad que algunas tenemos*

de embarazarnos y parir las siguientes generaciones. Uno de los elementos que nos lleva a esta creencia es la famosa teoría “sexo/género”.³²

En este sentido, para estas ramas de estudio, el concepto de mujer ha sido definido culturalmente a lo largo de la historia. Ya no se le define por su composición biológica, física, etc., sino el cómo la sociedad la ha querido posicionar. Así, Simone de Beauvoir, en el libro *“el segundo sexo”* que “no se nace mujer, llega una a serlo” y que ella “llega a ser” mujer, pero siempre con la obligación cultural de hacerlo.³³ Así, dicho camino para ser mujer, no le pertenece al sexo, como menciona Judith Butler comentando a Simone de Beauvoir “si el cuerpo es una situación, como afirma, no se puede aludir a un cuerpo que no haya sido desde siempre interpretado mediante significados culturales, por tanto, el sexo podría no cumplir los requisitos de una facticidad anatómica pre-discursiva. De hecho, se demostraría que el sexo, por definición, siempre ha sido género”.³⁴ Así, en un primer paso, podemos darnos cuenta de que el concepto de mujer no es aquel que permanezca inmutable en el tiempo y que admita solo una definición.

En el paso de la historia, la mujer no solo fue clasificada en base a esencialismos como su composición biológica, sino que también en base a sistema de dominación y opresión hacia ellas respecto de los hombres y que variaba o, más bien, no se fijaban en las consideraciones biológicas. Así, en la época de los 70, los movimientos feministas marxistas planteaban que la mujer ocupaba una posición en la sociedad en base a su situación de clase, más que de género y que son sometidas en base a su clase social, dejando de lado las consideraciones del sexo/género.³⁵

También se ha dicho que la mujer se es así por su esencia, siendo teoría también desechada por autoras como Victoria Sendón de León que “no existe una esencia de mujer. Las mujeres hemos sido definidas de muchos modos a lo largo de la historia. Siempre de acuerdo con las conveniencias, prejuicios, miedos y perplejidades de los varones”.³⁶ Y este es un punto bastante interesante, a nuestro parecer, porque la palabra “mujer” es la que más se estudia debido a esta constante revisión que

³² Curiel y Falquet, *“El patriarcado al desnudo. Tres feministas materialistas: Colette Guillaumin - Paola Tabet - Nicole Claude Mathien”*, Brecha Lésbica, Buenos Aires, 2005, pág. 1-18.

³³ De Beauvoir, *“El segundo sexo”*, Cátedra, Universidad de Valencia, España, 6ª ed., 2015, pág.15.

³⁴ Butler, *“El género en disputa. El feminismo y la subversión de la identidad”*, Ediciones Paidós Ibérica, Barcelona, 2007, pág. 57.

³⁵ Curiel, Falquet. op. Cit., pág. 1-18.

³⁶ Sendón de León, *“Marcar las diferencias. Discursos feministas ante un nuevo siglo”*, Icaria, Barcelona, 2002, pág. 30.

tiene el concepto y que, generalmente, es en respuesta a la estructura que poseen los varones en cuanto la percepción que tienen de ellas. Es más, el estudio del “hombre” como concepto nunca ha estado cuestionado porque *“cuando se analiza la opresión de las mujeres con un enfoque materialista y feminista, se destruye la idea de que las mujeres son un grupo natural, es decir, un grupo racial de un tipo especial: un grupo concebido como natural, un grupo de hombres considerado como materialmente específicos en sus cuerpos”*.³⁷ De esta forma, el concepto de mujer es estudiado ya que en el concepto de “hombre” no ha habido nunca en la historia duda o replanteamientos acerca de lo que se es ser hombre, no ha habido estructuras de dominación y menos de opresión.

Así, el concepto de mujer se ve definido en los sistemas hetero-patriarcales predispuestos en donde se establece este diferente/otro necesario para fundamentar las relaciones de poder. Así, para Wittig *“la base o el origen de la sociedad humana está fundamentado necesariamente en la heterosexualidad”*.³⁸ Y que la propia reafirmación como mujeres, hombres, gays, contribuye al mantenimiento de la heterosexualidad.³⁹

Concluyendo, en grosso modo, podemos dilucidar que en este espacio, el concepto de mujer es mucho más ambiguo y difícil de definir, puesto que dependerá de las condiciones materiales existentes y del proceso cultural y social en que se encuentre una sociedad en dicho momento determinado. Sí, podemos concordar, en que el concepto de mujer debe tener una re-conceptualización para poder llevarla a la realidad, poder alejar su concepto de cualquier canon de opresión y poder. A lo mejor no llegar a una definición exacta, pero sí una que se ajuste a su liberación del poder masculino.

c) Postura en el derecho penal.

El derecho penal chileno es una disciplina que se ha caracterizado por ser tratada con bastante conservadurismo, desde delitos de adulterio donde la mujer que lo cometía tenía una pena más alta que el varón que lo cometía, o que parejas gays no pueden tener relaciones consentidas entre los 14 y 17 años, como sí parejas heterosexuales y lesbianas, entre otras, demuestran que el Código Penal que actualmente nos rige no está adecuándose a los tiempos que exige el Siglo XXI.

³⁷ Wittig, *“El pensamiento heterosexual y otros ensayos.”*, Egales, Madrid, 2006, pág. 31.

³⁸ Wittig, op. cit., pág. 33.

³⁹ Wittig, op. cit., pág. 54.

En este sentido, sí podemos reconocer que, durante los últimos años, el derecho penal ha tenido avances en reconocer derechos sexuales y reproductivos como el la “Ley de interrupción voluntaria del embarazo N°21.030” que establece tres causales en que la madre puede ponerle término: violación, inviabilidad fetal y peligro de muerte de la madre. También, en el ámbito del femicidio, el año 2010 con la primera tipificación de este delito, materializado en la ley N°20.480, en donde solo tipificó un femicidio vincular.

Con el paso de los años, se hizo necesario que el concepto de femicidio se ampliase puesto que no podía cubrir todos los casos que se estaban manifestando, como, por ejemplo, el femicidio en el pololeo, debido a lo ocurrido con Gabriela Alcáino que fue brutalmente asesinada por su pololo. Esto, motivó la creación de la Ley Gabriela N°21.212 en el año 2020 que amplió el término de femicidio y ya no solo se aplica en casos en donde la víctima tenía una relación marital con el femicida, sino que se extiende a cualquier caso en que un hombre de muerte a una mujer por el hecho de ser tal.

En principio, se podría pensar que estos avances en la legislación penal permiten prevenir estos delitos y, además, sea una forma de poder establecer una estadística a fin de saber realmente cuál es la magnitud de estos femicidios. Sin embargo, estas respuestas penales muchas veces olvidan qué contienen, por ejemplo, en el artículo 390 ter n°4 del Código Penal, se manifiesta que se comete femicidio en “razón de género” *cuando haya sido por haberse realizado con motivo de la orientación sexual, identidad de género o expresión de género de la víctima*. Así, nos surgen las siguientes dudas, ¿qué entiende la doctrina por orientación sexual, identidad de género y expresión de género? ¿Lo entenderán como mujer en sentido biológico, registral, social? En un primer acercamiento doctrinario, podemos dilucidar que el concepto de mujer no es del todo claro, en el sentido de que tampoco hay esfuerzos por tratar de definirlo. Así, en manuales de autores tradicionales como Matus y Ramírez, manifiestan que se comete dicho femicidio en razón de género por la causal n°4 del artículo 390 ter, solo en el supuesto de que la víctima haya realizado su cambio de sexo registral, es decir, que solo contenga la “F” en el carnet, sin mediar reasignación sexo, por ejemplo y que el hombre travestido de mujer no podría considerársele.⁴⁰

⁴⁰ Matus, Ramírez, op. cit., pág. 86.

Esto a nuestro juicio, nos parece incorrecto, toda vez que dichos autores no conocen el concepto de expresión de género que es justamente el cómo la persona se manifiesta frente a la sociedad y que, no tiene estrecha relación con la identidad de género de una persona. Por lo cual, perfectamente el hombre travestido de mujer podría caer dentro de la aplicación de aquel tipo de femicidio si fuese asesinado/a.

Por lo mismo, creemos que este trabajo de investigación ayudará a poder salvar estas graves omisiones que pueden traer problemas prácticos.

4.3. Concepto relativo a las diversidades sexuales.

En el siguiente apartado procederemos a definir conceptos básicos que rodean la identidad sexual de las personas para que su entendimiento del presente trabajo no presente dificultades de interpretación.

- a) Primero, el **“género”** “son las ideas y los comportamientos que definen a las mujeres y a los hombres, lo que se espera socialmente de cada quién según la época y el lugar donde se vive”⁴¹. Nos referimos a la posición que utiliza la mujer y el hombre en la sociedad, el rol que se les asigna, las responsabilidades y sus desigualdades. Generalmente se confunde el término “sexo” con el de “género”, haciendo símiles, lo que en reiteradas ocasiones dificulta la comprensión de los mismos.
- b) Segundo, el **“sexo”** se refiere “a los cuerpos sexuados de las personas; esto es, a las características biológicas (genéticas, hormonales, anatómicas y fisiológicas) a partir de las cuales las personas son clasificadas como mujeres y hombres al nacer”⁴². Así, el sexo se refiere netamente a cuestiones biológicas tomando en cuenta diferentes factores, por ejemplo, los órganos sexuales externos que determinan en la mayoría de los casos la clasificación binaria de mujer y hombre. Sin embargo, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha desarrollado el término “Sexo asignado al nacer” y lo explica como una construcción social, destruyendo el concepto de sexo como aquel estrictamente biológico⁴³.

⁴¹ Cervantes Medina, Julio César, *“Los derechos humanos de las personas transgénero, transexuales y travestis”*. 1ª Edición, Comisión Nacional de los Derechos Humanos, Ciudad de México, México, Julio 2016. pág.3.

⁴² Cervantes, op. Cit, pág. 4.

⁴³ Cervantes, op. Cit, pág. 5.

- c) Tercero, la **“identidad de género”** la definen los Principios de Yogyakarta como “la vivencia interna e individual del género como cada persona la siente profundamente, la cual puede corresponder o no con el sexo asignado al momento del nacimiento, incluyendo la vivencia personal del cuerpo, que podría o no involucrar la modificación de la apariencia o la función corporal a través de tratamientos médicos, quirúrgicos, hormonales o de otra índole, siempre que la misma sea libremente escogida”⁴⁴. También incluye otras expresiones del género, como la vestimenta, el modo de hablar y los modales, a saber⁴⁵:

Cisgénero.- Palabra que define a las personas cuya identidad de género y sexo asignado al nacer coinciden.

Mujeres Trans.- Se refiere a las personas cuyo sexo asignado al nacer fue considerado social y biológicamente como hombre o masculino mientras que su identidad de género es de mujer o femenina.

Hombre Trans.- Se refiere a las personas cuyo sexo asignado al nacer fue considerado social y biológicamente como mujer o femenino mientras que su identidad de género es de hombre o masculina.

Persona Trans.- Puede ser utilizado por alguien que se identifica fuera del binarismo mujer/hombre. Así, algunas mujeres trans se auto-identifican como mujeres y hombres trans como hombres.

- d) Cuarto, la **“expresión de género”** “es la manifestación externa del género de una persona”, la noción de aquello que constituyen las normas masculinas o femeninas consideradas correctas, han sido fuente de abusos contra los derechos humanos de las personas Trans que no encajan o no se ajustan a estos modelos estereotípicos de lo masculino o lo femenino. Las posturas, las formas de vestir, los gestos, las pautas de lenguaje, el comportamiento y las interacciones sociales, y la ausencia de una pareja del sexo opuesto, son todos rasgos que pueden alterar las expectativas de género.⁴⁶

⁴⁴ Cervantes, op. Cit. pág. 6.

⁴⁵ Cervantes, op. Cit. pág. 7.

⁴⁶ Cervantes, op. Cit. pág. 8.

En este sentido, la expresión de género puede ser identificable de diversas maneras, tanto desde la vestimenta hasta las actitudes que pueden ir en contra de las expectativas tradicionales del género que instala el patriarcado, a saber:⁴⁷

Transgénero o Trans.- Se refiere al término paraguas utilizado para describir las diferentes variantes de la identidad de género (incluyendo transexuales, travestis, entre otras), cuyo denominador común es que el sexo asignado al nacer no concuerda con la identidad de género de la persona. Dicha transición es independiente si la persona va a requerir o no intervención quirúrgica de sus órganos sexuales.

Transexual.- Se refiere a las personas que se sienten y se conciben a sí mismas como pertenecientes a un género diferente al que social y culturalmente se asigna a su sexo biológico y que optan por una intervención médica, hormonal, quirúrgica o ambas para adecuar su apariencia física-biológica a su realidad psíquica, espiritual y social.

Travesti.- Se refiere a las personas que gustan de presentar un aspecto, mediante la utilización de prendas de vestir y actitudes, considerados socialmente como propios de un género diferente al suyo. Ello puede incluir la modificación o no de su cuerpo o sus características sexuales, de forma permanente. El travestismo no implica ser homosexual ni viceversa. Es decir, una persona heterosexual también puede practicar el travestismo.

- e) Quinto, la **“orientación sexual”** es la “capacidad de cada persona de sentir una profunda atracción emocional, afectiva y sexual por personas de un género diferente al suyo, o de su mismo género, o de más de un género, así como, la capacidad de mantener relaciones íntimas y sexuales con esas personas.⁴⁸ Hay diferentes capacidad de sentir atracción hacia otra persona, a saber⁴⁹:

Heterosexualidad.- se entiende como la capacidad de una persona de sentir atracción erótica afectiva por personas de un género diferente al suyo, así como la capacidad de mantener relaciones íntimas y sexuales con ella.

⁴⁷ Cervantes, op. Cit pág. 9-10.

⁴⁸ *Principios de Yogyakarta*. Principios sobre la aplicación de la legislación internacional de derechos humanos en relación con la orientación sexual y la identidad de género. Marzo 2017, pág. 8.

⁴⁹ Consejo Nacional para Prevenir la Discriminación, “Glosario de la diversidad sexual, de género y características sexuales”, Ciudad de México, México, 2016, pág. 13-36.

Homosexualidad (gay o lesbiana) - es la capacidad de una persona de sentir atracción erótica afectiva por personas de su mismo género, así como la capacidad de mantener relaciones íntimas y sexuales con ella.

Bisexualidad.- se refiere a la capacidad de una persona de sentir atracción erótica afectiva por personas de un género diferente al suyo y de su mismo género, así como la capacidad de mantener relaciones íntimas y sexuales con ellas.

Relación entre el derecho penal y el derecho civil

Como es sabido, el derecho penal chileno no contiene normas propias de interpretación, por lo que se aplican de forma subsidiaria las reglas que están contenidas en nuestro Código Civil, estrictamente entre los artículos 19 y 24. En ese sentido, para entender estrictamente lo que el derecho penal entiende por mujer, debemos ver en una primera mirada que el Código Penal no define a la mujer, pero sí el Código Civil o qué debe entenderse por aquel concepto.

Así, el **artículo 25 del Código Civil** menciona que *“las palabras hombre, persona, niño, adulto y otras semejantes que en su sentido general se aplican a individuos de la especie humana, sin distinción de sexo, se entenderán comprender ambos sexos en las disposiciones de las leyes, a menos que por la naturaleza de la disposición o el contexto se limiten manifiestamente a uno solo.*

*Por el contrario, las palabras **mujer, niña, viuda y otras semejantes, que designan el sexo femenino, no se aplicarán al otro sexo, a menos que expresamente las extienda la ley a él**”.*

Entonces, la pregunta que nos debemos hacer a continuación es la siguiente: ¿por qué el concepto de hombre sí puede aplicarse a la mujer obligatoriamente, pero no a la inversa salvo

disposición expresa? Esta pregunta debe responderse pensando primeramente en aspectos históricos, gramaticales y por supuestos críticos.

En primer lugar, refiriéndonos al aspecto histórico, recordemos que el Código Civil Chileno data del año 1857, época que evocaba un sometimiento de la mujer hacia el hombre, la evidencia viva de un sistema patriarcal, sobre todo por la normativa referente a capacidad donde eran incapaces y en materia de regímenes matrimoniales donde hasta el día de hoy, a pesar de que la mujer posee un grado mayor de autonomía, sigue estando en una especie de subordinación respecto del marido.

En segundo lugar, en cuanto aspectos gramaticales, podemos evidenciar ateniéndonos a los criterios de interpretación del artículo 20 del Código Civil al “sentido natural y obvio de las palabras” que el concepto mujer que acuña el código es respecto de lo que menciona el Diccionario de la Real Academia Española de la Lengua, por ejemplo, *“persona del sexo femenino”*, *“mujer que ha llegado a la edad adulta”* o *“mujer que tiene las cualidades consideradas femeninas por excelencia”*. Este criterio, lo tomamos en consideración porque en principio los tribunales superiores y autores en doctrina sostuvieron que el “sentido natural y obvio de las palabras” es el que da el Diccionario de la Real Academia Española de la Lengua. (R.A.E.).⁵⁰ Sin embargo, posteriormente los tribunales cambian de criterio y señalan que no es obligatorio recurrir a dicho diccionario, sino que también está permitido, recurrir al significado que en las circunstancias sociales en que se dictó la Ley tienen las palabras, porque el sentido natural es el que se le atribuye en el medio en que se emplea.⁵¹ En este sentido, podemos decir que tanto lo que menciona el Diccionario R.A.E como lo que significaba el concepto mujer en el año 1857, podemos decir que no es muy diferente. Es más, sigue marcando un patrón binario, patriarcal al definir a la mujer en sentido estricto.

Por otro lado, si nos dirigimos al artículo 21 del Código Civil, la interpretación del concepto mujer puede llevarnos a dar algunas luces para poder aplicarlo en el derecho penal. Si bien se trata de palabras técnicas que el legislador ha decidido incluir en la norma, ellas son propias de una ciencia o arte que requieren de expertos que precisan esa ciencia o arte para poder darle el debido significado. Sin embargo, el concepto de mujer no podemos encasillar en

⁵⁰ Navarro René, *Derecho Civil Patrimonial*, Tomo I, Ediciones jurídicas de Santiago, Santiago de Chile, 2013, pág. 45.

⁵¹ Navarro, op. Cit, pág. 41.

una misma disciplina ya que encontramos diferentes acepciones de cómo debemos entenderla. El mismo artículo 25 del código civil restringe su ámbito y no da una definición clara. Sin embargo, creemos que, este concepto al ser tan diverso en su contenido es que el concepto de mujer debe entenderse en adecuación a los cambios sociales y culturales y el derecho penal en ese sentido, también adecuarse modificando su legislación penal.

Si nos dirigimos a los métodos modernos de interpretación podemos encontrar varios, y en una análisis hemos decidido integrar algunos que nos podrían dar luces de lo que podemos entender como mujer en el derecho penal, pero tomando los métodos interpretativos del derecho civil, ya que como hemos mencionado, el derecho penal se vale de manera subsidiariamente de aquella disciplina del derecho privado para la interpretación de la legislación penal.

1. Método histórico evolutivo.⁵²

Este método es entendido en que la ley no debe concebirse como voluntad de su autor, y que, una vez dictada, se independiza de éste, adquiere autonomía y pasa a tener vida propia, cuyo objetivo es siempre satisfacer el presente renovado. Es decir, el intérprete debe cumplir dicho objetivo: es decir, respetar la letra de la ley, pero puede atribuirle un significado diferente del originario que respondan a las necesidades que van surgiendo en la vida social. En este escenario no es necesario, ni siquiera como recomendación lo que tuvo en cuenta el legislador para dictar dicha ley, sino que la interpretación debe servir para el momento de su aplicación.

En este sentido, nosotros podemos analizar que el concepto mujer ha sido tratado históricamente dentro del binarismo heterosexual dominante en la cultura social y que, hasta los días actuales no ha tenido un cambio significativo, salvo las nuevas legislaciones que se han ido dictando como la Ley de Identidad de Género, Ley Gabriela, etc. Sin embargo, creemos que aún no es suficiente ya que siguen ocurriendo deficiencias como las que mencionamos y mencionaremos en este trabajo con la deficiencia en el trabajo de los conceptos tanto por el derecho civil como por el derecho penal.

2. Método estructuralista.⁵³

⁵² Vodanovic, Antonio, “*Manual de derecho civil*”, Tomo I, Parte Preliminar y General, LexisNexis, Santiago de Chile, 2003, pág. 62.

⁵³ Vodanovic, op. Cit, pág. 62.

Este método lo que hace es abandonar la historia y retorna al texto, pero aquel se considera un conjunto. Mientras que el método Tradicional basta el sentido de la ley en la intención subjetiva de los autores de ella y aún en el espíritu de la legislación, noción clásica, el método de estructuralista se esfuerza por descubrirlo en la estructura rígida del texto.

En este método de interpretación lo que hace es buscar la concordancia de las palabras y de las frases que contiene la ley. Así en el objeto análisis de estudio lo que podemos decir de acuerdo al concepto de mujer en el Código civil y en el Código penal es que este sigue manteniendo una estructura rígida y sigue teniendo una lógica binaria basada en el sistema hetero-patriarcal.

3. Método de la libre investigación científica.⁵⁴

Este método es más franco y respetuoso que el histórico evolutivo a sentar en juego la interpretación sólo cuando se está en duda el sentido de la norma. Tal sentido se determina de acuerdo con la intención del legislador que revela las circunstancias dominantes a la época de la dictación de la ley y no a la de su aplicación. El intérprete debe reconstruir el pensamiento legislativo considerando el que habría tenido verosímelmente el legislador en Su época si hubiera conocido la dificultad que se presenta ahora. Pero en esta hipótesis no se tergiversa el sentido ni la intención de la ley porque ella misma reconoce la variabilidad de estos elementos que obviamente quedan sujetos a la apreciación del intérprete de cada época.

Aquí nosotros podemos darnos cuenta de que el concepto de mujer por más de que no esté definido en el código civil y no esté definido tampoco en el código penal podemos creer que aquel concepto que tiene mutaciones durante el tiempo y que puede ser considerado un concepto válvula del derecho debe ser interpretado de acorde a la evolución que ha tenido la sociedad en su conjunto y respecto de todas las investigaciones y estudios tanto biológicos, científicos, sociológicos, filosóficos, en el ámbito del derecho, etcétera.

4. Método Positivo Teleológico.⁵⁵

⁵⁴ Vodanovic, op. Cit, pág. 62.

⁵⁵ Vodanovic, op. Cit, pág. 62.

Este último método que hemos escogido como principio orientador también para poder dilucidar el concepto de mujer es aquel en donde las normas jurídicas tienen un fin práctico y este es el que debe indagar el intérprete y no la voluntad o intención del legislador que es subjetiva y puede no coincidir con aquel fin.

Nosotros creemos en esta situación que confirma lo que hemos dilucidado anteriormente, que el concepto de mujer es cambiante en el tiempo y debe adecuarse a las exigencias que la sociedad hoy demanda, tanto en regulaciones como en la forma de relacionarse en la sociedad. Para finalizar, creemos que la interpretación del concepto mujer no solo debe atender a un solo criterio, sino que debe ser un conjunto de factores a considerar, puesto que no es un concepto estricto y muchas veces el modelado para un tipo de sociedad que se requiere y no se ajusta como tal.

4.4 Jurisprudencia comparada.

En este apartado y para ir finalizando nos abocaremos a revisar cuál sería la mejor manera de abordar la problemática planteada, reforzando la importancia de examinar el femicidio desde una perspectiva de género, también explicaremos cómo el derecho comparado lo ha aplicado remitiendonos en principio a los países de América Latina. El primer ejemplo que analizaremos será el de Colombia, este país cuenta desde el 2015 con una ley que regula el femicidio; la ley “Rosa Elvira Cely”, que nace de una mujer bogotana de 35 años que fue asesinada, torturada y víctima de violencia sexual por parte de un compañero de estudio; la ley contempla el feminicidio como la muerte de una mujer, por su condición de ser mujer o por motivos de su identidad de género. Sin embargo, recién el 2017 por primera vez se reconoció el femicidio de una mujer transgénero. Los parámetros y hechos que consideró la fiscalía de Huila para llegar a esta conclusión fueron que el fallecimiento de Anyela se debió precisamente por el hecho de ser mujer y recordó que no era la primera vez que el victimario la atacaba, pues meses antes ya había intentado agredir con un arma blanca.

Así mismo, el victimario, al momento de su captura, intentó “justificar su actuación por la orientación sexual” de Anyela, demostrando así el agravante de prejuicio, relacionado con la orientación sexual. Es de destacar que esta sentencia tuvo en cuenta la identidad de género de la víctima, aunque ella no hubiera cambiado su nombre identitario en sus documentos.⁵⁶

⁵⁶ Colombia diversa, “Primer caso de homicidio de una mujer trans que es reconocido como feminicidio en Colombia”, Blog, 2018, pág.5.

Un caso similar ocurrió en Argentina, pero la calificación jurídica que se entregó fue la de tranvesticidio, el caso en comento es el de *Amancay Diana Sacayán* una reconocida activista por los derechos humanos y del colectivo travesti, transexual y transgénero, Diana fue una de las primeras personas en recibir un DNI que receptó su identidad autopercebida, conforme a la Ley de Identidad de Género 26.743.

El día 13 de octubre de 2015 fue hallada sin vida dentro de su domicilio en el barrio de Flores de la Ciudad de Buenos Aires. Su cuerpo presentaba certeros signos de haber sido víctima de un hecho cometido con alto grado de violencia. Se pudo determinar que durante el ataque fue golpeada, atada de manos y pies, amordazada y apuñalada con un arma blanca. La autopsia estableció un total de 27 lesiones en su cuerpo y la presencia de hemorragia interna y externa como causa principal de su muerte. La importancia de este fallo radica en que se convirtió en el primero en el país en incluir el inciso 4 del artículo 80 del Código Penal que establece un agravante a los homicidios cometidos “por placer, codicia, odio racial, religioso, de género o a la orientación sexual, identidad de género o su expresión”. El 2016 la UFEM presentó un informe sobre los avances en la investigación catalogando de femicidio, empero, luego del veredicto, con fecha 25 de julio de 2018, la CIDH saludó la decisión de la justicia de Argentina de condenar al acusado por la muerte de la activista social trans Diana Sacayán, por la comisión del delito de transfemicidio agravado por odio a la identidad de género de la víctima, y subrayó que esta era la primera vez en la región que se reconocía en una decisión judicial esta figura jurídica.⁵⁷

Siguiendo esta línea países como México han instaurado la figura de trans femicidio o bien femicidios por identidad de género, cuestión que a la fecha genera debates y resistencia por grupos sociales como lo indica Ari Vera lo que provoca consecuencias negativas tales como que esta resistencia termina invisibilizando (en cifras, en leyes, en protección y seguridad social) o que hasta la fecha no existe un concepto consensuado para referirse a dichos asesinatos, ya que, en el mismo movimiento feminista radical y en el resto de la sociedad, las mujeres trans no son reconocidas como mujeres por no haber nacido con un genital femenino.

⁵⁷ UFEM, “*Tranvesticidio de Amancay Diana Sacayán. Documento de buenas prácticas de intervención fiscal*”, Buenos Aires, 2020, pág.10.

En consecuencia esta incertidumbre termina por diluir la violencia que enfrentan todas las mujeres en México y en este punto es necesario recalcar que las mujeres somos diversas, pero al fin mujeres, y la violencia nos afecta a todas.⁵⁸

Actualmente otro país que ha destacado en este punto es Brasil, quien en mayo de este año, en la Sexta Sala del Tribunal Superior de Justicia (STJ) sostuvo por unanimidad que la Ley 11.340 del año 2006 también conocida como Ley Maria da Penha se extiende y aplica a los casos de violencia doméstica o familiar contra las mujeres transexuales. El Tribunal entendió que las agresiones sufridas por la víctima una mujer transexual, cometidas por su padre en su domicilio, alcanzaban lo dispuesto en el artículo 5 de la LMP, configurando una violencia basada en el género y no en el sexo biológico, y determinó la aplicación de las medidas de protección solicitadas al amparo de su artículo 22 lo que permite entre ver que se hace una clara distinción entre el género y la orientación sexual, situación que no se vislumbra en nuestro art. 390 ter, si no más bien pareciera ser que los hace sinónimos. Sin embargo, cabe destacar que el recurso del Ministerio del Estado de São Paulo ante el STJ para el reconocimiento del derecho a la aplicación de la LMP para una mujer trans fue el tercer intento, ya que el juez de primer nivel y el Tribunal de Justicia de São Paulo (TJSP) negaron los pleitos, considerando que la LMP se refería sólo al sexo biológico. Tal declaración fue contraria a la recomendación 128 del Consejo Nacional de Justicia (CNJ), que observa un protocolo para los juicios con perspectiva de género.

Por otra parte una situación similar se dio en el 2019 en este mismo país, cuando la Tercera Sala Penal del Tribunal de Justicia del Distrito Federal y Territorios resolvió que el concepto de feminicidio debe alcanzar a las mujeres transgénero en el caso de una tentativa de feminicidio basada en el odio a la condición transgénero, caracterizando el desprecio y la discriminación al género femenino de la víctima (que confiaba en un cambio de registro civil).⁵⁹

El último caso a ilustrar es lo que sucede en Ecuador, país que actualmente cuenta con el delito de femicidio y en su definición también incluye a las mujeres transgenero ya que el Código Integral Penal define este delito como el asesinato de una mujer por su condición de sexo o género como resultado de relaciones de poder entre víctima y victimario. Sin embargo, en la práctica no es

⁵⁸ Femicidio por identidad de género o Transfemicidio , 2008, Buenos Aires, pág. 8.

⁵⁹ Ferreira Batista, *“La inclusión de las personas trans en la ley contra la violencia hacia las mujeres en Brasil”* , Latinoamérica 21. 2022, pág.1.

así, ya que la Comisión monitorea únicamente el sexo y no el género, lo cual explica la ausencia de mujeres trans en las estadísticas que llevan una contabilidad de los femicidios⁶⁰.

Por su parte en nuestro país, si bien contamos con el tipo penal del femicidio como se abordó con anterioridad, la mayor parte de los homicidios hacia mujeres transgéneros no son abordados por el delito de femicidio si no por la ley 20.609 que establece medidas contra la discriminación pero de una manera amplia, e igualmente incorpora la identidad y expresión de género, sin embargo esta ley se centra en situaciones que no van dirigidas a la mujer, sino que a las personas en general que sufren de discriminación por su sexo, religión, u diferencia distintiva.

Por último, es conveniente acotar que el INDH recientemente le realizó un llamado de atención instando a fortalecer políticas contra la violencia de género y ley antidiscriminación, esto a propósito de la mujer fallecida dentro de un tambor en la comuna de San Ramón, y de una persona trans arrojada en la vía pública en la comuna de Santiago, ésta última con indicios de ser víctima de un apuñalamiento. A su vez el Movilh el pasado 8 de noviembre del presente año, por medio de su vocera Javiera Zúñiga, llamó a condenar el femicidio de la joven trans, Keyti Sayuri Rodríguez Vásquez quien recibió cinco puñaladas en la espalda con un cuchillo de cocina con empuñadura de madera. De acuerdo a testigos, la víctima fue atacada por un grupo de diez personas que además le propinaron golpes de pies y puño, además de robar su celular y sus documentos de identidad, destacando el hecho de que se trataba de un femicidio y no un homicidio, las palabras utilizadas fueron las siguientes: “nuestra máxima preocupación y condena por este femicidio, pues se trata de una mujer. Exigimos a las policías y a la fiscalía investigar con la máxima rigurosidad, para que aclaren si este fatal delito estuvo relacionado o con la identidad de género de la víctima”.⁶¹

En conclusión una mujer trans debe ser tratada como cualquier mujer, apelando a los principios constitucionales tales como la no discriminación, el derecho a la integridad física y psíquica de la persona (artículo 19 N° 1 CPR), la igualdad ante la ley (artículo 19 N° 2 CPR), y los Tratados Internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes. En este punto, es interesante resaltar la teoría del bloque de constitucionalidad en donde “los Estados, además de estar obligados por el cumplimiento de sus constituciones, están obligados por los tratados

⁶⁰ Gina Quintana, “*agenda nacional de las mujeres y la igualdad de género*”, El Telégrafo, Quito, 2014, pág. 72.

⁶¹ Movilh, “*asesinan a mujer trans frente al parque Forestal*”, 2022, pág. 1.

internacionales que han ratificado...”⁶², entre ellas, la Convención de Belém do Pará, entre otros que Chile tiene incorporado dentro de su ordenamiento jurídico en virtud del artículo 5 inciso 2º de la Constitución.

En este punto es importante que los órganos jurisdiccionales y en particular los tribunales de justicia, tengan una visión progresista y con enfoque de género siendo evidente el compromiso de las altas esferas del sistema jurídico por adecuar el aparato estatal, a los contextos actuales que corren con sus matices y diferencias. Sin embargo, se considera que aún se necesita continuar trabajando respecto a esto, así como se expresó anteriormente, el problema no es de ordenamiento jurídico, sino de índole social y cultural, actualmente la ley reconoce el feminicidio como el asesinato de una mujer cuando se mata por su condición de ser mujer y/o pero además introduce los conceptos identidad de género y en razón de su género, es decir, desde esta concepción al tenor literal de la norma, cuando se describe la acción de “matar a una mujer en razón de su género”, no se alude expresamente a las mujeres debido a aspectos biológicos. Por lo tanto, la mujer transgénero sería también destinataria de la misma, si lo que se busca precisamente es proteger el principio de igualdad por razones a dicha identidad.

4.5 Vaguedad del tipo penal de femicidio

Se ha planteado una ambigüedad en los términos con los que trata el delito, partiendo por el sujeto pasivo que es la mujer; El concepto mujer que la real academia define como “persona de sexo femenino” o aquella persona “que tiene las cualidades consideradas femeninas por excelencia”. Sin embargo, esta definición no basta ya que continúa siendo amplia.

Tampoco la de la ley 26.485 de protección integral para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres en los ámbitos que desarrollen sus relaciones interpersonales ni la Convención Belem Do Pará brindan una definición del término “mujer”. Asimismo, el femicidio incorpora los términos en razón de su género, expresión de género e identidad de género, lo que puede acarrear problemas en los principios de legalidad y taxatividad, porque los tipos penales exigen claridad, evitando especialmente el uso de cláusulas abiertas y conceptos valorativos, pues se trata de evitar que la imprecisión de los tipos penales pueda hacer que su aplicación quede

⁶² Egas Johanna, “Reconocimiento legal de la identidad de género de los trans: análisis de las regulaciones al cambio del campo “sexo” por el de “género” en la cédula de identidad en el Ecuador”, USFQ Law Review, Universidad San Francisco de Quito, estudiante del Colegio de Jurisprudencia, Quito, Ecuador, 2017, págs. 67-85.

sujeta únicamente al arbitrio judicial. En efecto, especialmente en figuras mencionadas, los diversos niveles de indeterminación o vaguedad en los conceptos alimentan interpretaciones variadas y al mismo tiempo dificultan la interpretación del fenómeno de la violencia contra las mujeres. De tal manera, no sólo se dificulta la aplicación de la norma a casos concretos, sino que además se frustra también el fin de la pena preventivo general negativo que se le ha intentado dar a la norma, pues si a la sociedad no le queda claro qué conductas concretas abarca la norma, aquella no tendrá ningún fin disuasivo que los legisladores han intentado darle a la norma.⁶³

El principio de legalidad es reconocido en nuestra constitución y leyes. Por su parte, la doctrina nacional lo ha definido como aquel por el cual no hay delito ni es posible la imposición de una pena sino cuando exista una ley que incrimina el hecho respectivo, estableciendo, además, la clase de castigo a que se encuentra sometido.⁶⁴ Por su parte el principio de taxatividad señala que la ley penal, al crear delitos y penas, debe referirse directamente a los hechos que constituyen aquellos y a la naturaleza y límites de éstas.

Empero en la práctica tenemos causas como la de rol 2.356-2022, que reconoce el femicidio a una mujer transgénero y por otra parte tenemos a autores como Matus y Ramírez que señalan que solo les sería aplicable tal delito a las mujeres transgénero, en el caso de que hayan realizado su cambio registral, mostrando una clara problemática en los principios antes definidos⁶⁵.

Otro autor que ha plasmado esta confusión es Christian Scheechler Corona el cual señala que el numeral cuatro hace una confusión en los términos orientación sexual, identidad de género y expresión de género , ya que según dicho autor parecieran apuntar a lo mismo y ser redundante dicho numeral, pero como se mencionó en apartados anteriores esto no es así, los conceptos empleados aluden a situaciones concretas distintas, por lo que hacerlos sinónimos sería incurrir en un error.⁶⁶

5. Conclusión.

⁶³ Part Daniela, Argentina, 2016, pág. 1.

⁶⁴ Naquira Jaime, Santiago de Chile, 2008, pág. 5.

⁶⁵ Matus, Ramírez, op. cit., pág. 86.

⁶⁶ Sheechler Christian, "El delito de femicidio en la legislación chilena". Universidad Católica, ediciones DER, Santiago de Chile, 2021. pág. 215.

Si bien la legislación y la jurisprudencia han tenido mejoras en torno a la concepción e interpretación del concepto de mujer, considerando a la mujer trans, aún se está al debe en torno a la ampliación de dicha noción porque en la legislación chilena sólo está contemplado en torno al sexo registral.

De mano con el concepto de mujer, también el derecho penal está al debe en cuanto a la determinación de saber cuándo estamos frente a un femicidio, homicidio con agravante o simplemente homicidio a secas, en el sentido de la discrepancia que hay en torno a si solo se considerará cuando su sexo registral sea modificado o no.

Por consiguiente, también el derecho penal ha tenido distancia con el desarrollo de otras disciplinas en torno a comprender los conceptos de identidad de género, orientación sexual o identidad de género que no corresponden en lo absoluto a lo que considera la doctrina.

Por último, debemos entender que el derecho penal no está para cubrir todas las necesidades existentes y que la creación de diversos tipos penales que no tengan plena eficacia y aplicación sólo serán tipos penales que responderán a un derecho penal simbólico para satisfacer fines políticos que no se centran en políticas públicas para que dichos delitos disminuyan y/o desaparezcan.

Bibliografía

1. Araya Alejandra, *“Dossier histórico femicidio en Chile: breve historia de una ley, larga historia de la violencia contra las mujeres”*, Revista Anales séptima serie, N° 14, Santiago de Chile, 2018.
2. Assiego, Orejón, Alises y otros, *“Delitos de odio guía práctica para la abogacía”*, fundación de abogacía, España, 2018.
3. De Beauvoir, *“El segundo sexo”*, Cátedra, Universidad de Valencia, España, 6ª ed., 2015.
4. Cámara Sergio, *“El concepto de delitos de odio y su comisión a través del discurso”*, ADPCP, vol. LXX, España, 2017.
5. Camila Maturana Kesten Gloria Maira Vargas Soledad Rojas Bravo (coordinadora), *“Femicidio en Chile”*, Área de Ciudadanía y Derechos Humanos de la Corporación La Morada, Santiago de Chile, 2004.
6. Cervantes Medina, Julio César, *“Los derechos humanos de las personas transgénero, transexuales y travestis”*. 1ª Edición, Comisión Nacional de los Derechos Humanos, Ciudad de México, México, Julio 2016.
7. Consejo Nacional para Prevenir la Discriminación, *“Glosario de la diversidad sexual, de género y características sexuales”*, Ciudad de México, México, 2016.
8. Curiel y Falquet, *“El patriarcado al desnudo. Tres feministas materialistas: Colette Guillaumin - Paola Tabet - Nicole Claude Mathieu”*, Brecha Lésbica, Buenos Aires, 2005.
9. Hefendehl, *“Las teorías dogmáticas: teorías del bien jurídico”*, Marcial Pons, España, 2016.
10. Herrero, Pérez, *“Sexo, género y biología”*, Feminismo/s, San Vicente del Raspeig, España, 2007.
11. Matus, Ramírez, *“Manual de derecho penal chileno parte especial”*, Tirant lo Blanch, 4ta edición Valencia, 2021.
12. Matus, Ramírez, *“Manual de derecho penal chileno parte especial”*, Tirant lo Blanch, 2º Edición corregida y actualizada, Valencia, 2018.
13. Moraga. *“Femicidio, algunas cuestiones relevantes de dogmática penal”*. Primera parte. Diario constitucional, Santiago, 2012.
14. Movilh, *“asesinan a mujer trans frente al parque Forestal”*, 2022.
15. Naquira Jaime, *“principios y penas en el derecho penal chileno”*. Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología, Santiago de Chile, 2008.
16. Navarro, René, *“Derecho civil patrominial”*, Tomo I, Ediciones Jurídicas Santiago, Santiago, 2013.

17. Lamas Marta, “*La perspectiva de género*”, Revista de Educación y Cultura, N°8, México, 1996.
18. López Yudith, “*El femicidio, un delito de odio más que solo un delito contra la vida*”, Revista de Ciencia, Tecnología e Innovación, Vol. 4, Núm. 4 , Ecuador, 2017.
19. OMS, “Comprender y abordar la violencia contra las mujeres”. 2013 .
20. Part Daniela, “*Femicidio: un análisis a la luz del principio de legalidad*”, Revista argentina de derecho penal y procesal, penal, N° 21, Argentina, 2016.
21. *Principios de Yogyakarta*. Principios sobre la aplicación de la legislación internacional de derechos humanos en relación con la orientación sexual y la identidad de género. Marzo 2017.
22. Radi Blas, Sardá-Chandiramani, “*Travesticidio/transfemicidio: Coordinadas para pensar los crímenes de travestis y mujeres trans en Argentina*”. Publicación en el Boletín del Observatorio de Género.
23. Saccomano Celeste, “*El feminicidio en América Latina: ¿vacío legal o déficit del Estado de Derecho?*”, Revista CIDOB d’Afers Internacionals, n°117.
24. Sheechler Christian, “*El delito de femicidio en la legislación chilena*”. Universidad Católica, ediciones DER, Santiago de Chile, 2021.
25. Andrés Sagen, Gabriel, “*Femicidio, Travesticidio o Transfemicidio*”, Córdoba, 2019.
26. Snaidas Javier, “*El feminicidio en América Latina. Historia y perspectivas*”, Instituto de Investigaciones Gino Germani, Buenos Aires, 2009.
27. Sendón de León, “*Marcar las diferencias. Discursos feministas ante un nuevo siglo*”, Icaria, Barcelona, 2002.
28. Tello Isabel, “Es el femicidio o feminicidio un delito de odio”, Lex latín, Perú, 2019.
29. Vodanovic Antonio, “*Manual de derecho civil*”, Tomo I, Parte Preliminar y General, LexisNexis, Santiago de Chile, 2003.
30. Wittig Monique, “*El pensamiento heterosexual y otros ensayos.*”, Egale, 1992.

Fuentes consultadas:

1. Historia de la ley 21.212, Biblioteca del Congreso Nacional.
2. Código Penal Chileno.
3. Chilevisión, “*Reportaje de femicidio de Gabriela Alcázar*”, 2019.