



LA AGRAVANTE N° 2 DEL ARTÍCULO 390 QUÁTER EN EL DELITO DE FEMICIDIO DEL CÓDIGO PENAL

Tesina de pregrado para optar al grado de Licenciadas en Ciencias Jurídicas.

Valparaíso, 2021.

PROFESOR (A) GUÍA : Dra. Rocío Alejandra Sánchez Pérez.

TESISTAS : Javiera Carrasco Peña y Valentina Gallardo Arancibia.

INSTITUCIÓN : Facultad de Derecho, Universidad de Valparaíso.

RESUMEN

Con la dictación de la Ley 21.212 se modificó nuestro Código penal al incorporar el artículo 390 bis el cual contiene, de forma autónoma, el delito de femicidio. Junto a la incorporación de este artículo, los legisladores consideraron pertinente reglar otros elementos que permitieran la aplicación del tipo penal en cuestión no sólo a cónyuges o convivientes – como era la fórmula anterior – sino que consagrar el delito de femicidio en razón del género, vale decir, matar a una mujer sólo por el hecho de ser tal. De la misma forma, se incorporaron agravantes al delito de femicidio en el nuevo artículo 390 quáter el cual no estuvo exento de críticas pues muchos legisladores y estudiosos del derecho vieron en él un atentado al principio de la igualdad ante la ley, sobre todo la agravante contenida en el N° 2, es decir, el femicidio contra una niña o adolescente, una mujer adulta mayor o una mujer en situación de discapacidad según la Ley 20.422. No obstante dichas críticas, consideramos que la incorporación de dichas agravantes no atenta contra el principio en sí, sino que más bien ayuda a la materialización del mismo a través del sub principio de *Igualdad por Diferenciación*.

PALABRAS CLAVES

Femicidio – agravantes – igualdad ante la ley – igualdad por diferenciación – discriminación interseccional.

INDICE

I.	Introducción.....	04-06
II.	CAPÍTULO 1: Delito de Femicidio.....	06
	1. Femicidio: Violencia contra la mujer y evolución del concepto “Femicidio”....	06
	1.1. Violencia contra la mujer: conceptualización y tipos de violencia...06-08	
	1.2. ¿Qué es el femicidio?: concepto de Diane Russell y su diferencia con el “feminicidio”.....	08-09
	1.3. Tipo penal del femicidio.....	09-10
	2. Femicidio en el Código penal chileno.....	10
	2.1. Evolución del tipo penal de femicidio en el Código penal.....	10-17
	2.2. Incorporación en el ordenamiento jurídico de la Ley 21.212 (elementos nuevos que introduce).....	17-24
	3. Análisis de la agravante N° 2 del artículo 390 quáter.....	24-26
	3.1. Descripción de los sujetos relevantes que acoge la agravante.....	26
	3.1.1. Mujer menor de 18 años.....	26-29
	3.1.2. Mujer adulta mayor.....	30-31
	3.1.3. Mujer en situación de discapacidad.....	31-33
III.	CAPÍTULO 2: Análisis desde una perspectiva del Derecho Constitucional.....	33
	1. Estudio del problema a partir de la noción de Interseccionalidad.....	33-34
	1.1. Descripción general de la interseccionalidad.....	34
	1.1.1. Alcances del término interseccionalidad.....	34-37
	1.1.2. Tipos de opresión que considera la interseccionalidad.....	37-39
	1.2. Interseccionalidad en la agravante.....	39-40
	2. Principio de Igualdad ante la Ley.....	40
	2.1. En qué consiste el principio de igualdad ante la ley.....	40-45
	2.2. Igualdad por diferenciación y acciones positivas.....	45-48
IV.	Conclusión.....	48-49
V.	Referencias bibliográficas.....	50-54

I. **Introducción.**

Actualmente, la violencia contra las mujeres se ha visto incrementada o ha sido más visibilizada en nuestra sociedad, podríamos decir que, gracias a los movimientos feministas, pero aun así los delitos violentos en contra de las mujeres siguen siendo una real pandemia para nosotras, es más, a más de un año de la dictación de la Ley 21.212, a la fecha se han registrado 35 femicidios consumados y 145 femicidios frustrados, según cifras del Ministerio de la Mujer y Equidad de Género.

Esta nueva ley ha venido a sancionar, de manera más completa y eficaz, la conculcación de la vida de carácter independiente de las mujeres, ya que, en nuestra legislación – en un primer momento – sólo se había establecido la figura del parricidio como tal, dejando de lado o – a su manera – conteniendo al femicidio. Posteriormente, en el año 2010 en virtud de la Ley 20.480, se dio un pequeño atisbo de interés en el rol de las mujeres como víctima de este delito, se ingresó en el inciso segundo del artículo 390 del Código penal el tipo de femicidio, que en realidad – a modo de crítica – no satisfacía cabalmente la necesidad que conllevaba el establecimiento de ese tipo penal. Por lo que, luego de años de trabajo y movimientos feministas ante la realidad de la situación, se termina por establecer el actual tipo penal de femicidio en sus distintos tipos y, con las agravantes y atenuantes que conlleva ello.

Es por eso que el presente trabajo investigativo surge a propósito de los intentos institucionales por endurecer las penas del delito de femicidio a través de la dictación de la Ley 21.212 que surgió como un hecho de conmoción social producto de la dramática muerte de Gabriela Alcaíno y su madre a manos del ex “pololo” de la adolescente, lo cual a la fecha de cometimiento sólo fue castigado como un homicidio simple, debido a la falta de un tipo penal que sancionara el hecho como lo que era, es decir, un femicidio. Específicamente nos referiremos a la agravante del artículo 390 quáter número 2, norma que aumenta la pena de quien realice un femicidio contra una niña o adolescente menor de 18 años, una mujer adulta mayor de 60 años o una mujer en situación de discapacidad en los términos de la Ley 20.422, puesto que la incorporación de este numeral causó bastante resquemor en algunos parlamentarios y estudiosos del Derecho, quienes consideraron que con su creación habría de existir una colisión de la normativa con el principio de igualdad ante la ley contenido en nuestra carta fundamental.

Si bien son cuatro las agravantes establecidas ahora para el delito de femicidio, esta agravante en particular del número 2 lo que busca es, en cierto modo, otorgarle un mayor nivel de reproche a la conducta por tratarse de grupos en una mayor situación de vulnerabilidad, lo que, siguiendo el adagio, “*a mayor vulneración, mayor necesidad de protección*”, ya que hablamos de un cierto grupo de mujeres respecto de quienes existe un doble factor a considerar: ser mujeres y ser pertenecientes a un grupo de vulnerabilidad, es decir, existe respecto a ellas una *discriminación interseccional*, elemento clave en esta agravante.

Es así como el objetivo general de este trabajo investigativo es justificar que la agravante N°2 del artículo 390 quáter de nuestro Código penal no puede considerarse una disposición que atenta contra el principio constitucional de igualdad ante la ley, sino que más bien es una norma que le da efecto a ese principio a través de la igualdad por diferenciación teniendo en cuenta para ello una discriminación interseccional.

Toda vez que la hipótesis que planteamos sigue esta línea de considerar -a nuestro juicio- que se trata una norma justificada y necesaria en el establecimiento y posterior aplicación de ella en los tribunales a la hora de sancionar, desde una perspectiva penal, constitucional -y no menos importante- una perspectiva social con enfoque de género, considerando que existen situaciones aceptadas donde priman otros valores fundamentales por sobre este principio de igualdad formal ante la ley, teniendo a la luz el factor interseccional en el que las mujeres descritas en la agravante sufren un mayor nivel de opresión y discriminación.

Por su parte, los objetivos específicos serán los siguientes:

1. Examinar el fenómeno de la violencia contra la mujer, dando énfasis en el concepto de femicidio, a su origen y evolución.
2. Examinar el delito de Femicidio en cuanto a su evolución en nuestro Código penal como los elementos nuevos que introduce la Ley Gabriela
3. Analizar de la agravante n°2 del artículo 390 quáter del Código penal describiendo los sujetos a quienes recoge dicha agravante.
4. Analizar la posible colisión de la normativa con el principio de igualdad ante la ley
5. Investigar las acciones positivas haciendo énfasis en la igualdad por diferenciación como en la discriminación interseccional

Por lo tanto, la presente investigación será realizada a través de una metodología dogmática penal con caracteres interpretativos de la ley, para luego adentrarnos al fondo del asunto y, utilizando teorías feministas como también un enfoque de género rebatiremos el argumento utilizado sobre la colisión normativa con el principio de igualdad ante la ley, para dar paso a una interpretación del mismo principio pero desde una perspectiva que no sea restrictiva ni formal, sino que más bien se entienda que la incorporación de dichas agravantes ayuda a la materialización de la igualdad ante la ley y garantiza de esta forma tan fundamental el principio que rige nuestro Derecho.

II. **CAPÍTULO 1: Delito de femicidio.**

1. **Femicidio: Violencia contra la mujer y evolución del concepto “Femicidio”.**

1.1. Violencia contra la mujer: conceptualización y tipos de violencia.

La violencia contra la mujer es un fenómeno no reciente, sino que es un problema que viene desde tiempos inimaginables, que ocurre en cada rincón del planeta y es considerada una de las violaciones a los derechos humanos más generalizadas que ocurre en el mundo. Según estudios de la Organización Mundial de la Salud – desde ahora OMS – 1 de cada 3 mujeres en el mundo ha sufrido violencia física o sexual en manos de su pareja u otra persona.

Pero, ¿qué entendemos por violencia? Según la RAE podemos entender la violencia como “Acción y efecto de Violentar” mientras que la OMS define violencia como “El uso intencional de la fuerza o el poder físico, de hecho, o como amenaza, contra uno mismo, otra persona o un grupo o comunidad, que cause o tenga muchas probabilidades de causar lesiones, muerte, daños psicológicos, trastornos del desarrollo o privaciones.”

Ahora, sobre la Violencia contra la mujer las Naciones Unidas en la “Declaración sobre la eliminación de la violencia contra la mujer” ha conceptualizado el fenómeno en su artículo primero, señalando que consiste en “todo acto de violencia basado en la pertenencia al sexo femenino que tenga o pueda tener como resultado un daño o sufrimiento físico, sexual o psicológico para la mujer, así como las amenazas de tales actos, la coacción o la privación arbitraria de la libertad, tanto si se producen en la vida pública como en la vida privada.” Similar

descripción hace la Convención Belem do Pará en su artículo primero al señalar que “Para los efectos de esta Convención debe entenderse por violencia contra la mujer cualquier acción o conducta, basada en su género, que cause muerte, daño o sufrimiento físico, sexual o psicológico a la mujer, tanto en el ámbito público como en el privado.”

Luego, podemos comprender que la violencia contra la mujer puede expresarse de muchas formas, es más, la Convención Belem do Pará en su artículo segundo señala que la violencia contra la mujer puede ser de 3 tipos, a saber:

- Violencia Física.
- Violencia Psicológica.
- Violencia Sexual.

Estos 3 tipos de violencia han sido definidos por el Ministerio de la Mujer y Equidad de Género quienes han señalado que la violencia física consiste en “todas las formas de agresión a las mujeres que van desde los empujones y zamarreos, tirones de pelo, pellizcos, apretones, golpes de puño y patadas hasta los golpes con objetos. La forma más fuerte de agresión física contra una mujer es el Femicidio. Por su parte, la Violencia Psicológica es considerada por el mismo organismo como todas aquellas situaciones en que se intenta controlar a una mujer mediante amenazas, humillaciones y presión emocional con el propósito de hacerla sentir insegura y sin control sobre su vida y decisiones”. Por su parte, la violencia sexual es definida como “aquellas situaciones en que una mujer es obligada, mediante la fuerza física o amenazas psicológicas, a tener relaciones sexuales o a realizar actos sexuales que le resultan humillantes o degradantes”.

A su vez, el ámbito en que se ejerce puede ser diverso, pudiendo tener lugar dentro del hogar, la familia o unidad doméstica siendo ésta efectuada por alguien conocido de la víctima, como también ocurrir dentro de la comunidad y ejercida por cualquier persona considerando también aquella ejercida o tolerada por el Estado o sus agentes.

Ahora, si bien la violencia contra la mujer – como ya mencionamos – es transversal y ha ocurrido desde tiempos antiguos su estudio no fue consideramos como tal sino ya iniciada la denominada “segunda ola feminista”, puesto que sus postulados iniciales decían relación con la obtención de derechos civiles y políticos tales como derecho a sufragio y acceso a la educación. Es por ello que uno de los hitos más relevantes al momento de visibilizar la violencia contra la

mujer fue la apertura del primer centro de acogida para mujeres maltratadas en Londres, Reino Unido en el año 1971 por la activista Erin Pizzey punto de partida para el desarrollo de estudios sobre la violencia que vivían las mujeres. Es así como el feminismo desde sus distintas corrientes ha destinado gran parte de sus teorías a explicar la violencia contra la mujer y la opresión que el sistema patriarcal ha ejercido sobre nosotras.

Este trabajo se enfocará, principalmente, en la violencia física extrema que nuestro derecho reconoce como “Femicidio” y, en el siguiente punto, trataremos su concepto como también el origen de éste.

1.2. ¿Qué es el femicidio?: concepto de Diane Russell y su diferencia con el “feminicidio”.

Como ya mencionamos, la violencia contra la mujer ha sido un fenómeno que se ha dado desde tiempos antiguos y no fue hasta 1976 que se dejó hablar de homicidio de mujeres para acuñar la denominación “*femicide*”, término elaborado y utilizado durante el “Primer Tribunal Internacional de Crímenes contra las mujeres”, por Diane Russell para referirse a la extrema violencia física que viven las mujeres.

Luego, en 1990 Diane Russell en conjunto a Jane Caputi dotan de un contenido más elaborado a este concepto y señalan que, por femicidio se debe entender el “asesinato de mujeres por hombres motivado por el odio, el desprecio, el placer o el sentido de posesión hacia las mujeres” (1990: p.34) para luego redefinirlo y señalar que consiste en el “asesinato misógino de mujeres cometidos por hombres” (1992: p.33).

Si bien con los años este concepto volvió a ser revisado y redefinido por la autora, lo que siempre se mantuvo fue la esencia de éste, es decir, el que un hombre mate a una mujer sólo por el hecho de ser tal.

Ahora bien, el concepto “*femicide*” tuvo un gran impacto tanto en Estados Unidos como Europa, pero en nuestra región cobró relevancia a partir de los asesinatos en serie de Ciudad de Juárez en la década del 90 los cuales fueron denunciados a las autoridades mexicanas, pero con poca diligencia por parte de ellos. Es así como la antropóloga mexicana, Marcela Lagarde acuña el término “feminicidio” – luego de haber leído las obras de Russell – para referirse a la brutalidad e impunidad que como mujeres estaban enfrentando, por lo tanto, para ella la palabra feminicidio no sólo se refiere al asesinato de mujeres por el hecho de ser tales, sino que además da un acento

a la responsabilidad estatal en el cometimiento de los crímenes. Mientras que en otras partes de la región – incluyendo Chile – se utiliza el concepto de “femicidio” el cual también dice relación con la muerte de una mujer sólo por el hecho de ser tal, pero quita esa carga o componente de impunidad que surge a raíz de los crímenes de Ciudad de Juárez.

A nuestro parecer, sea cual sea la denominación, la importancia radica en la incorporación de tipos penales que den protección a la mujer, sobretodo en contextos de extrema violencia como los que se viven en Latinoamérica producto de la realidad patriarcal y machista en que las mujeres se ven enfrentadas.

1.3. Tipo penal del femicidio.

Desde el 2020 que se publicó la Ley 21.212, se entiende que modificó la estructura del Código incorporando un nuevo párrafo 1 bis al Título VIII del Libro II, para “introducir una figura autónoma de femicidio que diera cuenta de no sólo del femicidio íntimo”, sino que también “agrega a ese supuesto el del femicidio íntimo ampliado [...], esto es, la muerte de una mujer por un hombre por razón de alguna relación sentimental o sexual anterior que no implicaba convivencia. Y, además, añade la figura del femicidio por razón de género, con una pena inferior” (Matus y Ramírez, 2021: p.82).

Doctrinalmente Matus y Ramírez (2021: p.83-87) han logrado clasificar el femicidio incorporado por esta nueva ley, en base a las características más relevantes que entregan las normas introducidas, así encontramos:

- a) *Femicidio íntimo limitado* del artículo 390 bis inciso 1º, que según los autores la principal característica es la especificidad de este tipo, la cual se centra en los sujetos activo y pasivo, que responden a “hombre” y “mujer” respectivamente, que sean o hayan sido cónyuges o convivientes, o que tengan o hayan tenido un hijo en común.

En este sentido las expresiones “hombre” y “mujer” coloquialmente se vinculan al sexo del individuo de la especie humana, pero desde el 2019 con la Ley 21.120 el artículo 21 estableció que “toda persona deberá ser reconocida e identificada conforme a su identidad de género”, por lo que la persona será considerada como hombre o mujer según su identidad de género.

b) *Femicidio íntimo ampliado* del artículo 390 bis inciso 2°. Es esta figura la que da origen a toda esta modificación en general del delito de femicidio, ya que lo amplía a situaciones no comprendidas anteriormente, cuya característica principal es que no se haya tenido una vida en común entre los sujetos.

Otra característica es que este tipo agrega un elemento subjetivo adicional para establecer su configuración y es que el delito se cometa en razón de esta relación actual o pasada, ya la muerte debe cometerse por causa de esa relación, lo que da a entender que debe excluirse la imputación a título imprudente o con dolo eventual. Por último, en cuanto a su tipicidad objetiva, la ley exige la prueba de que entre el autor y la víctima exista o haya existido una “relación de pareja de carácter sentimental o sexual sin convivencia” al momento de la comisión del delito.

c) *Femicidio por razón de género* del artículo 390 ter, tipo penal que comparte con el anterior la característica en relación a la especificidad de los sujetos, con la intención de sancionar gravemente la violencia de género. Pero también se requiere de la presencia de otra característica, ya que debe estar presente para la configuración del delito el elemento subjetivo de actuar por razón de, o por una causa o motivo determinado. A su vez, también consagra una serie de circunstancias que permiten acreditar la intención de discriminación o violencia de género.

Luego de esta clasificación, la doctrina contemporánea realiza también la precisión de comentar la existencia de la configuración de una serie de agravantes y atenuantes en los artículos 390 quáter y 390 quinquies.

Sin ir más lejos, el análisis de los demás elementos del tipo penal que se analizan a la luz de la teoría del delito, corresponde a las mismas circunstancias establecidas en la ley para el delito base de homicidio y parricidio de este nuevo tipo penal.

2. Femicidio en el Código penal chileno.

2.1. Evolución del tipo penal de femicidio en el Código penal.

La figura del delito de femicidio en el Código penal chileno se estableció por primera vez a partir de la ley 20.480 que modificó tanto el Código penal como la ley de violencia intrafamiliar,

pues hasta antes de que esto sucediera no existía una figura que se contemplara para el caso en que la víctima fuera una mujer. Simplemente se calificaba como homicidio simple o parricidio dependiendo de las circunstancias.

Pues bien, ambas figuras penales del Párrafo I “Del homicidio”, del Título VIII “Crímenes y simples delitos contras las personas”, velan por proteger el bien jurídico la vida humana de carácter independiente. Si bien, no es el objeto de este trabajo el desarrollar el contenido de ambos tipos penales, creemos merecedor tratar – de manera breve – el tipo penal del parricidio para un análisis adecuado en la evolución y establecimiento del delito de femicidio en nuestro ordenamiento jurídico.

El delito de parricidio se encuentra presente en nuestra vida social desde el establecimiento de la Ley de las XII Tablas y el Decálogo. Lo característico de esta figura, más que el delito mismo, era su sanción, pues se castigaba con la pena de muerte. Se trata de uno de los crímenes más antiguos por antonomasia, pero no totalmente anacrónico, ya que actualmente aún sigue presente en varios de los Códigos penales de la región, sobre todo en el nuestro al tener presente la característica de ser el caso más grave de violencia intrafamiliar, situación que es recogida de dicha ley, “pasando de una protección de los vínculos jurídicos de la familia a la de relaciones de confianza y afecto entre las personas” (Matus, Ramírez, 2021: p.70).

El parricidio en un sentido dogmático y político, según Politoff, Matus y Ramírez, se trata de una “figura agravada del homicidio, por la relación personal existente entre el autor y el ofendido –quien debe ser su “padre, madre o hijo, a cualquier otro de sus ascendientes o descendientes o su cónyuge”-, de donde el estudio de su tipicidad ha de reducirse fundamentalmente a esta circunstancia limitadora del círculo de sujetos activos”. (2004: p.73)

En nuestro Código de enjuiciamiento criminal el parricidio¹ es la figura que se establece para la muerte del padre, madre o hijo, a cualquiera ascendiente o descendiente, el cónyuge o ex cónyuge, conviviente o ex conviviente, es decir, la razón de la existencia de esta figura es que los sujetos antes descritos se encuentran ligados al hechor por lazos de sangre, pero ello no abarca de manera completa, ya que los cónyuges o convivientes no tienen lazos sanguíneos, sino que

¹ Artículo 390: El que, conociendo las relaciones que los ligan, mate a su padre, madre o hijo, a cualquier otro de sus ascendientes o descendientes o a quien es o ha sido su cónyuge o su conviviente, será castigado, como parricida, con la pena de presidio mayor en su grado máximo a presidio perpetuo calificado.

más bien, en este caso, sería más propio hablar de un lazo de afinidad, que es característico del concepto de familia. En otras palabras, hablamos de un tipo penal que existe como una figura agravada del homicidio – que actúa como tipo penal de base –, por la relación personal existente entre el autor del delito y el ofendido. Entonces, este tipo penal ha de centrarse reducidamente a esta circunstancia limitadora que es el círculo de los sujetos activos presentes.

Tanto este tipo penal como el homicidio por mucho tiempo no lograron satisfacer los ideales de protección de la época para sujetos que empíricamente tenían una mayor vulneración en esta clase de delitos, lo cual queda reflejado en los cuatro primeros considerandos de la moción parlamentaria del primer trámite constitucional en la Cámara de Diputados, boletín N° 4937-18 de la historia de la ley N° 20.480, pues se consideraba que por los medios de comunicación de la época y en base a las estadísticas del Ministerio del Interior, se seguían registrando hechos de gran impacto caracterizados por una violencia excesiva, donde se registraba en la comunidad que uno de los ilícitos que más temor causaba eran aquellos que se daban en el plano familiar en el que la víctima era la mujer. Además, es necesario no solamente considerar la historia de la ley para entender la aplicación de la figura del femicidio, sino que también se debe tener presente el contexto de la reforma que se buscaba implementar, pues en aquella época ciertamente existía una evidente preocupación por las conductas violentas contra la mujer, especialmente cuando ocurrían dentro de la familia, pues en ese caso la relación de familiaridad y confianza entre la víctima y victimario se entiende que tendía a agravar la situación de agresión (2007: p.3).

Los datos de las estadísticas que se reflejaban en Chile por parte del SERNAM² (en adelante SERNAMEG) de aquella época, o sea hablamos del año 2009 antes de que se estableciera esta reforma de la Ley 20.480, mostraban cincuenta y cinco casos de femicidios, que dejaba en evidencia el aumento de violencia contra la mujer. Por lo que, hasta antes del establecimiento de esta nueva ley, estas muertes se sancionaban sólo como delitos de homicidio o parricidio, sin que se pudiera aplicar a dicha situación alguna normativa o reglas especiales ya

² Servicio Nacional de la Mujer, que en el año 2016 con la creación y entrada en funcionamiento del Ministerio de la Mujer y la Equidad de Género, pasó a incorporarse también el término de la Equidad y Género, cuya función actualmente es fortalecer la autonomía y el ejercicio pleno de los derechos de las mujeres, a través de la implementación y ejecución de Políticas, Planes y Programas de Igualdad y Equidad de Género, considerando el enfoque territorial, y aportando al cambio cultural que se requiere para alcanzar una sociedad más igualitaria entre mujeres y hombres del país. (SERNAMEG, 1991).

que a la época no existía un tipo penal autónomo que sancionaran estos delitos que reflejan una violencia general hacia la mujer sólo por el hecho de ser tal.

Al revisar los datos antes mencionados, a pesar de la circunstancia antes descrita, es decir, que no hubiera una normativa específica que sancionara esta situación, en los mismos datos entregados por el SERNAMEG se puede revisar la descripción de los casos que están configurados como “femicidios”, aun siendo datos del año 2009 o 2008 donde no se aplicaba este término de manera jurídica para sancionar, que se contabilizan de esta manera no solo situaciones que se dan de modo intrafamiliar, sino que también los casos cometidos por ex parejas o convivientes, también se toman en cuenta algunos casos de “pololos”, e incluso va a más allá contabilizando tres casos donde no se describe la existencia de un vínculo³ entre el autor y la víctima. Pues bien, de acuerdo con el amplio espectro que se utilizó para compilar estos casos, podemos decir – como lo manifestaron ya Santibáñez y Vargas –que se utilizó en aquella situación el término *femicidio* que había estado siendo empleado por la ONU a partir desde el año 2001 como expresión de máxima agresión en contra de la mujer, pues se utilizaba este término para referirse al asesinato de mujeres como resultado extremo de la violencia de género que ocurre tanto en el ámbito privado como en el público (2011: p.194).

La moción parlamentaria del primer trámite constitucional, boletín N°4937-18 buscaba que se complementara un vacío legal existente, ya que de acuerdo al considerando quinto “los tipos penales establecidos eran insuficientes y no expresaban conceptualmente en forma adecuada el tema [...]” (2007: p.3), por lo que la idea implicaba incorporar conceptualmente el tipo de femicidio, en el caso de que la víctima de asesinato sea la cónyuge, conviviente o cualquier mujer que haya tenido una relación afectiva con el agresor. En palabras de Santibáñez, la regulación vigente hasta antes de la entrada en vigencia de esta nueva ley que se promovía, parecía sólo considerar el contexto familiar y no la condición de mujer, en tanto se entendía que, en el contexto de agresiones entre personas especialmente vinculadas, la mujer se caracterizaba de una “doble debilidad” dada por la condición de mujer del sujeto pasivo y su vínculo con el agente de familiaridad (Santibáñez, Vargas, 2011: p.193).

Por este contexto es que entonces se decide a nivel social y legislativo establecer un nuevo tipo penal con un *nomen iuris* propio, un tipo especial de femicidio a través de una

³ Por vínculo nos referimos a la existencia presente o pasada de una relación sexual o romántica que los relacione.

regulación específica e integral como lo fue catalogada en su momento la Ley 20.480, ya que “la principal idea de esta ley era el reconocimiento de una situación de violencia particularmente grave que se dirige a una mujer por el hecho de ser tal, aunque se ubica de todas formas dentro del contexto intrafamiliar” (Santibáñez, Vargas, 2011: p.196). Así, entonces en el año 2010, durante el Gobierno de Sebastián Piñera fue establecido, en dicha ley ya mencionada, la reforma al artículo 390 del Código penal chileno el femicidio dentro del delito de parricidio, quedando plasmado de la siguiente manera:

“Artículo 1º: Introdúcense las siguientes modificaciones en el Código Penal:

6) En el artículo 390:

a) Reemplázase la expresión “a su cónyuge o conviviente” por la siguiente: “a quien es o ha sido su cónyuge o su conviviente”.

b) Incorpórase el siguiente inciso segundo:

“Si la víctima del delito descrito en el inciso precedente es o ha sido la cónyuge o la conviviente de su autor, el delito tendrá el nombre de **femicidio**.”

Quedando entonces, la nueva normativa de la siguiente manera en nuestro Código punitivo:

“Artículo 390: El que, conociendo las relaciones que los ligan, mate a su padre, madre o hijo, a cualquier otro de sus ascendientes o descendientes o a quien es o ha sido su cónyuge o su conviviente, será castigado, como parricida, con la pena de presidio mayor en su grado máximo a presidio perpetuo calificado.

Si la víctima del delito descrito en el inciso precedente es o ha sido la cónyuge o la conviviente de su autor, el delito tendrá el nombre de femicidio.”

Como indica Castillo, “la modificación al inciso segundo no tiene por finalidad el agravar las penas, sino que sólo crear la figura de femicidio atendiendo a quién es la víctima de este delito. Sólo en caso de que la víctima sea mujer y sea o haya sido su cónyuge o la conviviente del autor del delito, el delito de parricidio se llamará femicidio” (Castillo, 2011: p.3).

Pues, entonces, nada modifica en esencia esta incorporación del término, ya que solo cambia la denominación, así quizás el legislador de esta manera buscaba también mantener la

garantía constitucional de la igualdad ante la ley, porque así, manteniendo la misma penalidad para ambos delitos, no incurriría en situaciones de desigualdad material por el sexo de la víctima del delito, siendo parricidio cuando la víctima sea varón y femicidio cuando lo sea la mujer. Siguiendo a lo planteado por Nicolás Reid, “la protección no apunta directamente a las mujeres, al menos no como fin en sí mismo, sino que apunta a la protección de la institución de la familia, en tanto núcleo familiar. Ello queda en evidencia cuando protege solamente la violencia que ha sido realizada por hombres que han tenido relaciones afectivas con dichas y determinadas mujeres” (2012: p.175). De esta manera lo que la ley pretendía, en realidad, en última instancia no era proteger a la mujer en cuanto tal, sino a aquellas mujeres que forman parte de una familia.

En palabras de Corn, hasta antes del 2007 ningún país del mundo tenía un tipo *ad hoc* denominado “femicidio”, de modo que, en aquel momento esta simple operación de sustraer el femicidio del parricidio resultaba tremendamente innovador. De esta forma, la reforma trató de atacar el fenómeno social de la violencia contra la mujer no en una ley integral que abarcara amplios aspectos, sino con una única disposición penal (2014; p.117-118).

Así, la principal crítica que se le hizo a esta modificación que incorporó el inciso segundo al artículo 390 fue que pretendía castigar los femicidios íntimos, estableciendo la misma pena que para el parricidio, en menoscabo de otro tipo de asesinatos a mujeres que son cometidos por razones de género, excluyendo la posibilidad de regular los femicidios no íntimos. Como expresa Vásquez, la ley no lucha contra el femicidio como concepto universal, sino contra la muerte de una determinada mujer en un contexto relacional familiar: la esposa, la conviviente o la ex de un hombre (2015; p.41). Las mujeres siempre son las víctimas y solamente considerada como un objeto perteneciente de un grupo familiar, por lo que, podríamos decir que hasta ese entonces en Chile sólo se reconocía la violencia intrafamiliar. Lamentablemente la misoginia de aquella época no se reconoce como violencia de género.

Desde esta perspectiva hubiera sido deseable admitir el nombre “femicidio” para todo homicidio de mujer por el solo hecho de ser tal, tomando en cuenta también los casos de femicidios no íntimos.

Otra cuestión, es que desde el punto de vista técnico la figura del femicidio se encontraba tipificado como un tipo autónomo respecto del parricidio, el cual es también considerado un tipo penal autónomo, pero que, en cuestiones de tipicidad, podemos decir que el femicidio es

completamente absorbido por el parricidio. De este modo, se establece una dependencia entre el tipo de femicidio con el parricidio, hasta el punto en que se deja de tener en cuenta las demás muertes de mujeres que no tienen un vínculo legal con el autor del delito, por lo que, claramente el legislador restringió así el campo del significado de la palabra.

Y, siguiendo la línea de Corn, conforme a lo que expone Toledo Vásquez (2009; p.45) sobre esto, y que se encuentra muy vinculado con el objeto de este trabajo, “Es evidente que la fórmula del inciso segundo del artículo 390, se utilizó para mantener las garantías constitucionales de igualdad formal ante la ley, pero los defectos de la redacción son bastante evidentes” (2014; p.126).

Es por estas razones, o más bien críticas, que se mantuvieron y expusieron luego de la implementación de la reforma que introdujo la Ley 20.480 agregando el inciso segundo al artículo 390, y sumado a factores de connotación criminológica como, por ejemplo, el hecho de que no hubiera una disminución significativa de los femicidios, ya que según los datos del registro de femicidio de la Red Chilena contra la Violencia hacia las Mujeres desde el 2010 hasta el 2019 los casos de femicidio dan un promedio de 58,2 muertes, datos que consideran no sólo los factores de carácter íntimo, sino que también se tiene en cuenta otros tipos de relaciones, por lo cual cabe hacer presente que a pesar de la existencia de dicha normativa no hubo una real disminución de femicidios en el país.

Por ello es que en el 2018 en la Cámara de Diputados se dio pie a la moción parlamentaria N° 11970-34 para modificar el Código penal en materia de tipificación del femicidio y de otros delitos contra las mujeres, instancia que fue propuesta desde las bases de la familia de Gabriela Alcáino y su madre, ambas víctimas de un femicidio que no era contemplado como tal por la legislación vigente del momento, buscando así un atisbo de justicia. De este modo en marzo de 2020 la Ley 21.212, llamada Ley Gabriela -que comentaremos más adelante-, que vino a suplir varias falencias existentes de la antigua reforma, estableciendo el femicidio como un tipo penal autónomo del parricidio, ampliando los casos que se consideran femicidio y estableciendo una serie de agravantes específicas al delito, donde el análisis de una de las agravantes es la que motivó todo el objeto de este trabajo.

Un proyecto de ley que tuvo como fundamento una propuesta normativa que se fundó en la necesidad de sancionar adecuadamente los asesinatos de mujeres basados en razones de

odio y/o desprecio al género femenino, dado que la actual tipificación del delito de femicidio resulta limitada, ya que contempla el femicidio como una ampliación del parricidio, al incorporar la especificidad de que la víctima sea una mujer, es decir, dentro de solo una categoría de femicidio íntimo, sin considerar como femicidio el asesinato de mujeres con motivo de odio, menosprecio o abuso por causa de género (Vallejos, 2018: p.39).

Pues, como lo expuso ya Maturana y Maira en su estudio realizado en el año 2004 “una dificultad que opera en contra de la visibilización de la violencia de género radica en establecer en el lenguaje distinciones que permitan una comprensión más precisa del fenómeno.” (2004, p. 24). Esto porque, es importante recalcar que el uso del lenguaje es algo sumamente relevante al momento de establecer la tipificación de ciertos delitos, ya vimos que en un inicio sólo se estableció el femicidio, pero meramente como un sinónimo de parricidio y no con un sentido propio y realmente definiendo el delito en un sentido de otorgar una debida protección, cuestión que en principio vino a suplir la creación de esta nueva Ley.

2.2. Incorporación en el ordenamiento jurídico de la Ley 21.212 (elementos nuevos que introduce).

La violencia contra la mujer es un fenómeno no reciente, es un problema que viene desde tiempos inimaginables, que ocurre en cada rincón del planeta y es considerada una de las violaciones a los derechos humanos más generalizadas que ocurre en el mundo, es más, el femicidio representa la forma más extrema que podemos encontrar de violencia de género, ya que, según estudios de la Organización Mundial de la Salud 1 de cada 3 mujeres en el mundo ha sufrido violencia física o sexual a manos de su pareja u otra persona (OMS, 2019: P.4) y nuestro país no está ajeno a este fenómeno.

La Ley 21.212, comúnmente llamada “Ley Gabriela”, surge producto de un hecho de conmoción pública ocurrido en junio del año 2018 en que Gabriela Alcaíno de 17 años de edad fuera violada y asesinada por su entonces ex “pololo” – de 18 años – quien, además, asesinó a la madre de ella, Carolina Donoso. Este delito no fue calificado como femicidio, sino que como un homicidio simple cuya penalidad va desde los 10 años y un día a los 15 años puesto que, a la fecha del crimen, el delito de femicidio sólo era contemplado para quienes eran o habían sido cónyuges o convivientes.

A raíz de la gravedad y de la gran cobertura que los medios de comunicación le dieron al dramático caso vivido por la familia Alcaíno Donoso, es que a través de una moción parlamentaria presentada el 8 de agosto del año 2018, diputadas de diversos sectores políticos propusieron modificar la tipificación del delito de femicidio, toda vez que la hipótesis de aplicación del tipo penal se circunscribía a un contexto de relaciones familiares, marcada por la convivencia entre hechor-víctima puesto que el femicidio era un tipo penal derivado del delito de parricidio, siendo que la realidad mostraba una cara totalmente distinta en que la violencia contra la mujer era ejercida más allá de esa esfera.

Dicha moción propuso eliminar el inciso segundo del artículo 390 del Código penal que consagraba al femicidio de la siguiente forma: “Si la víctima del delito descrito en el inciso precedente es o ha sido la cónyuge o la conviviente de su autor, el delito tendrá el nombre de femicidio” para crear un artículo independiente del parricidio que y que solamente consagrara el delito contra la mujer.

Finalmente, el 4 de marzo del año 2020, se promulgó la Ley 21.212 la cual modificó nuestro código punitivo tratando, de manera específica y autónoma, el delito de femicidio en su nuevo artículo 390 bis al señalar: “El hombre que matare a una mujer que es o ha sido su cónyuge o conviviente, o con quien tiene o ha tenido un hijo en común, será sancionado con la pena de presidio mayor en su grado máximo a presidio perpetuo calificado. La misma pena se impondrá al hombre que matare a una mujer en razón de tener o haber tenido con ella una relación de pareja de carácter sentimental o sexual sin convivencia”.

Por lo tanto, la importancia de esta nueva normativa radica en que se amplía el concepto de femicidio ya no sólo circunscribiendo su alcance a los convivientes o cónyuges, sino que, incorporando en el artículo citado, las relaciones de “pololeo” o noviazgo – sin necesidad de convivencia – como también a aquellas personas que tienen o han tenido un hijo en común, con lo cual se entiende incorporado, en nuestra regulación, el denominado *femicidio íntimo*, término acuñado por Karen Strout en el año 2006 que, podemos definir como “aquel cometido por un hombre con el cual la víctima tenía o solía tener una relación íntima, familiar, de convivencia, o afines.” (Sacomano, 2017: p.55).

Además, en el artículo 390 ter, se incorporó un tipo penal de aplicación general, es decir, que no atendiera a caracteres de efectividad o a la existencia de una vinculación previa, sino que

se sancionara al hombre que hubiese dado muerte a una mujer sólo por el hecho de ser tal⁴, produciéndose así la incorporación del *femicidio no íntimo* que podemos definir como “aquellos cometidos por un hombre que no tenía ninguna relación íntima, familiar o de convivencia con la víctima; el asesino puede ser un amigo, un conocido o un extraño.” (Saccomano, 2017: pp. 55-56) cumpliendo – de cierta forma – el Estado de Chile con la obligación contraída las suscribir la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer “*Belem do Pará*” el que, en su artículo primero, señala que debe entenderse por violencia contra la mujer “cualquier acción o conducta, basada en su género, que cause muerte, daño o sufrimiento físico, sexual o psicológico a la mujer, tanto en el ámbito público como en el privado”.

Ahora, para evitar confusiones interpretativas en la aplicación de esta normativa, el legislador optó por dar una definición en la misma Ley sobre qué se entendería por “Razón de Género” estableciendo estaríamos ante aquél si concurre alguna de las siguientes circunstancias señaladas de forma taxativa en el artículo 390 ter, a saber:

1. “Ser consecuencia de la negativa a establecer con el autor una relación de carácter sentimental o sexual.
2. Ser consecuencia de que la víctima ejerza o haya ejercido la prostitución, u otra ocupación u oficio de carácter sexual.
3. Haberse cometido el delito tras haber ejercido contra la víctima cualquier forma de violencia sexual, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 372 bis.
4. Haberse realizado con motivo de la orientación sexual, identidad de género o expresión de género de la víctima.
5. Haberse cometido en cualquier tipo de situación en la que se den circunstancias de manifiesta subordinación por las relaciones desiguales de poder entre el agresor y la víctima, o motivada por una evidente intención de discriminación.”

No obstante, la enumeración que realiza el legislador para direccionar la aplicación del artículo 390 ter, consideramos relevante mencionar brevemente qué se entiende por “género” y por qué es diferente de otro concepto, a saber, el “sexo”, ya que ambos son categorizaciones

⁴ Término utilizado por Diane Russell quien redefinió el Femicidio como “*The killing of females by males because they are female*” en el año 2009 en su obra “Femicidio: Politizando el asesinato de mujeres”

distintas porque el género atiende a una construcción social, mientras que el sexo dice relación con características biológicas asignadas desde el momento del nacimiento.

Respecto al género, debemos señalar que si bien, ya en 1949, Simone de Beauvoir nos daba una noción sobre qué podemos entender por género con su célebre frase “no se nace mujer, se llega a serlo” (De Beauvoir, 1949: p.371), el término como tal fue utilizado por primera vez en el año 1955 por el antropólogo John Money para describir comportamientos asignados socialmente a los hombres y a las mujeres (Género, 2017). Luego, en 1968 fue utilizado por Robert Stroller en su libro “*Sex and Gender*” para realizar la oposición entre sexo y género (Duarte, García-Horta, 2015). Por su parte, la feminista Judith Butler en su obra “El Género en Disputa” plantea una idea bastante distinta, en el sentido que nos invita a deshacer y volver a construir lo que pensamos que significa “género” ya que, para la autora la idea de que el sexo es algo biológico y el género es una construcción social sólo lleva a lo binario y, a su vez, a relaciones de poder donde los hombres y mujeres están llamados a la heterosexualidad señalando así que “el precepto de ser de un género concreto obligatoriamente genera fracasos” (Butler, 2007: pp.282-284). Luego, según Facio y Fries “el concepto de género alude, tanto al conjunto de características y comportamientos, como a los roles, funciones y valoraciones impuestas dicotómicamente a cada sexo a través de procesos de socialización, mantenidos y reforzados por la ideología e instituciones patriarcales. Este concepto, no es abstracto ni universal, en tanto se concreta en cada sociedad de acuerdo con contextos espaciales y temporales, a la vez que se redefine constantemente a la luz de otras realidades como la de clase, etnia, edad, nacionalidad, etc.” (2005: p.271). Por lo tanto, nuestro legislador, al incorporar la “razón de género” reconoce la violencia que sufren las disidencias sexuales tomando en consideración la diversidad que existe en nuestra sociedad.

Luego, en el artículo 390 quáter, los parlamentarios consideraron pertinente consagrar circunstancias modificatorias de responsabilidad penal que, en palabras de Rodríguez Collao consisten en “aquellos hechos, situaciones o datos, ajenos a la estructura del tipo, a los cuales la ley confiere la virtud de servir como instrumento de medición de la intensidad que ha de revestir la pena en cada caso concreto.” (2011: p.407). En específico, cuatro agravantes que, de concurrir en la hipótesis del hecho agravarían la responsabilidad penal del hechor siendo estas:

1. “Encontrarse la víctima embarazada.

2. Ser la víctima una niña o una adolescente menor de dieciocho años de edad, una mujer adulta mayor o una mujer en situación de discapacidad en los términos de la ley N°20.422.
3. Ejecutarlo en presencia de ascendientes o descendientes de la víctima.
4. Ejecutarlo en contexto de violencia física o psicológica habitual del hechor contra la víctima.”

Con la incorporación de ellas Chile se suma a El Salvador, Nicaragua y Perú como los únicos países en la región que prevén agravantes para el delito de femicidio dentro de su normativa penal.

El Salvador, contiene normativa referida a los “feminicidios” no en su código punitivo, sino que en una Ley denominada “Ley especial integral para una vida libre de violencia para las mujeres” donde, en su artículo 45, define qué entenderemos por “feminicidio” como causal genérica para luego, en su artículo 46 referirse a lo que ellos denominan “feminicidio agravado” al señalar:

“Artículo 46: El delito de feminicidio será sancionado con pena de treinta a cincuenta años de prisión, en los siguientes casos:

- a) Si fuere realizado por funcionario o empleado público o municipal, autoridad pública o agente de autoridad.
- b) Si fuere realizado por dos o más personas
- c) Si fuere cometido frente a cualquier familiar de la víctima
- d) Cuando la víctima sea menor de dieciocho años de edad, adulta mayor o sufre discapacidad física o mental
- e) Si el autor se prevaleciere de la superioridad originada por relaciones de confianza, amistad, doméstica, educativa o de trabajo.”

Nicaragua, por su parte, contempla el delito en el artículo 9 de la Ley N°779 y pone énfasis en la noción de “poder” que existe en las relaciones entre hombres y mujeres, es decir, haciendo hincapié en la asimetría que existe en el vínculo hechor-víctima al señalar que, el femicidio – ellos ocupan la misma denominación que nosotros y no “feminicidio” – lo comete:

“El hombre que, en el marco de las relaciones desiguales de poder entre hombres y mujeres, diere muerte a una mujer ya sea en el ámbito público o privado, en cualquiera de las siguientes circunstancias:

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

Cuando el hecho se diera en el ámbito público la pena será de quince a veinte años de prisión. Si ocurre en el ámbito privado la será de veinte a veinticinco años de prisión. En ambos casos si concurriera dos o más de las circunstancias mencionadas en los incisos anteriores se aplicará la pena máxima.

Las penas establecidas en el numeral anterior serán aumentadas en un tercio cuando concurra cualquiera de las circunstancias del asesinato, hasta un máximo de treinta años en prisión.”

Por último, Perú contiene el delito de femicidio en el artículo 107 de su Código penal y lo reglamenta de una manera bastante similar a la que teníamos en nuestro país antes de la dictación de la Ley 21.212, es decir, lo trata conjuntamente al “parricidio” al señalar:

“El que, a sabiendas, mata a su ascendiente, descendiente, natural o adoptivo, o a quien es o ha sido su cónyuge, su conviviente, o con quien esté sosteniendo o haya sostenido una relación análoga será reprimido con pena privativa de libertad no menor de quince años.

La pena privativa de libertad será no menor de veinticinco años, cuando concurren cualquiera de las circunstancias agravantes previstas en los numerales 1,2,2 y 4 del artículo 108.

Si la víctima del delito descrito es o ha sido la cónyuge o la conviviente del autor, o estuvo ligada a él por una relación análoga el delito tendrá el nombre de femicidio.”

Cabe mencionar que, las agravantes a las que se refiere el Código penal peruano aplicables al femicidio, son aquellas contenidas en el artículo 108 de su Código punitivo al tratar el Homicidio Calificado siendo éstas:

- i. “Por ferocidad, codicia, lucro o por placer.
- ii. Para facilitar u ocultar otro delito.
- iii. Con gran crueldad o alevosía.
- iv. Por fuego, explosión o cualquier otro medio capaz de poner en peligro la vida o salud de otras personas”.

Por lo tanto, en Perú hay una normativa similar a la que teníamos en nuestro país antes de la Ley objeto de este trabajo, en tanto no contempla un tipo penal autónomo para el femicidio y sus agravantes sólo se remiten al homicidio calificado, entonces se enfrentan al mismo problema que ocurría en Chile, donde no se tomaban elementos claves para tratar este delito, sino que simplemente se remiten a otros tipos que no apuntan al problema central, vale decir, a un problema de género.

A continuación, atendiendo a la gravedad del hecho punible, los legisladores comprendieron la imperiosa necesidad de excluir – específicamente para este delito – la muy utilizada atenuante del artículo 11 N° 5 de nuestro Código que señala la posibilidad de reducir la pena en un delito debido a que se obró por “estímulos tan poderosos que naturalmente hayan producido arrebatos u obcecación”. Esta atenuante, según Garrido Montt, es “una circunstancia de índole emocional, pues exige estímulos de tal naturaleza que provoquen una alteración en el ánimo de la persona afectada.” (2010: p.191). Por lo tanto, su exclusión da a entender que nada – ni aún la peor traición – puede justificar acabar con la vida de una mujer.

Si bien hoy en día la Ley 21.212 es un hecho y estas modificaciones ya fueron incorporadas a nuestro Código punitivo, durante la discusión parlamentaria se escucharon voces disconformes que venían, en esta nueva tipificación pero sobre todo respecto de las agravantes,

un atentado jurídico en contra de nuestra Carta Fundamental, específicamente respecto del Principio de igualdad ante la ley consagrado en el artículo 19 N° 2 el cual versa “en Chile no hay grupos privilegiados [...] hombres y mujeres son iguales ante la Ley”, por lo tanto, muchos parlamentarios se cuestionaron que si todos somos iguales ante la ley ¿por qué estas agravantes sólo se aplica en casos en que un hombre mata a una mujer?

Es por ello que en el capítulo II, tomaremos como base para realizar nuestro análisis uno de los puntos más controversiales en la discusión parlamentaria, esto es, la agravante N°2 del artículo 390 quáter, vale decir, “ser la víctima una niña o adolescente menor de dieciocho años de edad, una mujer adulta mayor o una mujer en situación de discapacidad en los términos de la Ley N°20.422.” y así, explicar por qué su incorporación no debe – en ningún caso – considerarse como un atentado contra dicho principio, pero antes de ello realizaremos un breve análisis de la agravante en cuestión refiriendo una explicación a cada categorización de mujeres que ella contempla.

3. Análisis de la agravante N° 2 del artículo 390 quáter.

Es parte del objeto mismo de este trabajo el realizar un análisis de la segunda agravante del artículo 390 quáter del Código penal, pues es justamente en este precepto donde encontramos un punto importante que nos interesa desarrollar, relativo a una serie de discusiones que se dieron en el debate legislativo y que aún se siguen dando por parte de los partidos políticos más conservadores y algunos sectores de la opinión pública, ya que no podemos permanecer ajenas a una discusión política de esta envergadura, como lo es el tema de la perspectiva de género.

Se planteó en varias ocasiones que la creación de un delito de femicidio iría en contra y pondría en tensión el principio constitucional de igualdad ante la ley. El principal argumento era que de esta manera se estaba estableciendo un tipo penal que solo protege la vida de la mujer en cuanto tal, no existiendo, correspondiente, un tipo penal particular que proteja de forma específica la vida de los hombres.

También, otra cuestión que se discutió fue el hecho de establecer una serie de agravantes específicas para la comisión del delito, las que buscan aumentar el reproche del injusto penal. Sobre esto, la agravante que pone más en tensión el conflicto con la igualdad ante la ley en el

sentido formal – ya que recordemos que la protección a dicho principio fue la que primó a la hora de establecer el delito de femicidio a remolque del de parricidio, con una idéntica penalidad– es la agravante número 2 del artículo 390 quáter.

En cuanto a esta agravante en específico, es necesario precisar quiénes son los sujetos específicos sobre los que concurre, ya que al ser todos del sexo femenino, se genera un cuestionamiento de por qué no se aplica también a los de sexo masculino, pues esta omisión produciría un menoscabo en la protección de estos. Por otro lado, el hecho de que algunos de los sujetos establecidos aquí ya se encuentren reconocidos en el artículo 12 numeral 21 del Código podría generar una virtual colisión normativa, en virtud de la cual, una de las dos normas debiese quedar suprimida, porque de lo contrario, podría terminar conculcándose el principio *non bis in ídem*.

Es por esto que en la indicación 17 A, del Boletín de Indicaciones N° 11.970-34 (2020; p.161) en el segundo trámite constitucional los Senadores Allende, Muñoz, Provoste y Harboe, disponen que el artículo 390 quáter propuesto por los Senadores Von Baer y Coloma se suprima para sustituirlo por el siguiente:

- “1. La víctima se encuentre embarazada.
2. La víctima fuera una niña o adolescente menor de 18 años de edad, una mujer adulta mayor o una mujer en situación de discapacidad en los términos de la Ley 20.422.
3. Cuando se haya dado muerte a la víctima en presencia de sus ascendientes o descendientes.”

Posteriormente las Comisiones Unidas, por la mayoría de sus miembros la aprobaron con la abstención de la Senadora Von Baer, estableciéndose así la agravante N°2 que es el objeto de análisis en cuestión.

Y, que, durante el Informe de Comisión de Constitución, del segundo trámite constitucional del senado, se estableció que el Proyecto fue aprobado en general, dejándose por establecido finalmente la norma completa del artículo 390 quáter, incorporándose otra circunstancia agravante más a las tres ya establecidas en una de las indicaciones promovidas, que pasa a ser la última:

“4. Cuando fuere perpetrado en un contexto de violencia física o psicológica habitual del hechor contra la víctima.”

Norma que finalmente se aprueba en las modificaciones aprobadas por mayoría en las Comisiones unidas con 26 votos a favor y 1 en contra.

3.1. Descripción de los sujetos relevantes que acoge la agravante.

3.1.1. *Mujer menor de 18 años.*

Es importante establecer que la protección y el bienestar de los niños y adolescentes en general – sin distinción de género – nace desde una concepción social y cultural, pero emerge en el ámbito jurídico desde el momento en que se les otorgó el reconocimiento como sujetos de derecho y protección por parte de la sociedad. Como exponen Miranda y González, este enfoque hace erradicar los malos tratos con los que se ha enfrentado la infancia y la adolescencia por parte de los adultos, quienes utilizan la violencia y catalogan como propiedad a sus descendientes (2016; p.461), sobre todo cuando esto se circunscribe dentro del ámbito familiar, siendo muchos de ellos afectados por la violencia intrafamiliar de manera colateral o directa.

La Convención sobre los derechos del Niño, establece en su artículo 1º que se entiende por niño todo ser humano menor de 18 años de edad, salvo que en virtud de la ley que le sea aplicable, haya alcanzado antes la mayoría de edad. En este apartado podemos identificar, entonces, que, dentro del término menor de 18 años encontramos tanto a las *niñas* como a las *adolescentes*. Lo planteamos en términos femeninos, ya que la norma internacional lo define en términos amplios, siendo todo ser humano menor de 18 años de edad y porque es de nuestro interés enfocarnos solo en las niñas y adolescentes.

En la normativa nacional tampoco se hace una distinción para definir específicamente a la *niña* y *adolescente*, ya que nuestro Código civil en el artículo 26 lo que hace es establecer las edades para determinar las fases del proceso de crecimiento de una persona que interesa a un nivel jurídico social, donde: “desde el nacimiento hasta antes de cumplir los 7 años se considera *niño* o *infante*, sin hacer distinción del sexo; se considera *impúber* al varón que no ha cumplido los 14 años, y a la mujer que no ha cumplido los 12; y, *menor de edad* o simplemente *menor*, el que no ha llegado a cumplirlos”. Pero, en el ámbito penal tenemos que recordar que a propósito de los delitos sexuales y para la responsabilidad penal juvenil, se consideran otras edades. Por lo tanto,

así podríamos decir que hasta antes de los 14 años se consideraría niño o niña y, desde los 14 hasta antes de los 18 años, adolescente.

Por lo que se ha de entender que integra la *infancia*, a modo general en este trabajo, los niños e impúberes estando en el rango desde que nacen hasta los 14 años, y la *adolescencia* desde los 14 hasta los 18 años. Y, por lo que, hemos -conforme al debate legislativo que se dio- utilizar la definición de niño y adolescente, en general, para aplicarlo al sexo femenino de niña y adolescente.

En este mismo sentido de establecer la infancia y adolescencia, Miranda y González definen a la infancia basándose en la definición que entrega UNICEF, donde la define como “aquella época en la que los niños y niñas tienen que estar en la escuela y en los lugares de recreo [...], época en la que deben vivir sin miedo, seguros frente a la violencia, protegidos contra los malos tratos y la explotación. Como tal, la infancia significa mucho más que el tiempo que transcurre entre el nacimiento y la edad adulta. Se refiere al estado y la condición de la vida de un niño, a la calidad de esos años” (2016; p.461).

En cuanto a la adolescencia como comentan los autores anteriormente mencionados (2016; p.462-463) se trata de una etapa posterior a la infancia presentando otro tipo de desarrollo y características, por lo que Pineda y Aliño definen a este grupo como “una etapa entre la niñez y la edad adulta, que cronológicamente se inicia por cambios puberales y que se caracteriza por profundas transformaciones biológicas, psicológicas y sociales, muchas de ellas generadoras de crisis, conflictos y contradicciones, pero esencialmente positivos” (2016, p.462).

Respecto a los sujetos contenidos en este numeral, es sabido que se trata del grupo que dio una mayor discusión en el debate legislativo al momento de establecer esta agravante, pues existía una constante preocupación por verse transgredido el principio de igualdad formal, en el caso de que la muerte fuera respecto de una niña que de un niño, preguntándose ¿por qué la ley pondría en mayor realce la vida de una niña que la de un niño?, incluso algunos profesores y abogados penalistas que se presentaron en la Comisión de Mujeres y Equidad de Género expusieron la misma crítica en orden a que provoca una discriminación en comparación con la misma acción ejecutada contra un hombre – en este caso, niño – del mismo rango etario.

Si bien estos argumentos entregados a la Comisión por los invitados a exponer en el debate inicial eran en relación a una disposición distinta a la actualmente publicada y que dicha

disposición abarcaba una mayor cantidad de circunstancias agravantes, las críticas presentadas al establecimiento de dicha norma decían relación con que esta agravante estaría ya abarcada por lo dispuesto en el artículo 12 numeral 21 del Código penal⁵, lo que podría conllevar a suprimir la aplicación de estas últimas, puesto que podría provocar una colisión normativa por el principio *non bis in ídem*, como lo expuso Camila Guerrero, directora del área penal de la Asociación de Abogadas Feministas. (2020; p.69-70). Sin embargo, es de nuestro parecer que esta situación de la posible existencia de una antinomia entre esta nueva normativa planteada y su consagración en la disposición del artículo 12, no es realmente tal, ya que la disposición del artículo 12 N° 21 plantea una situación agravante de carácter subjetivo, toda vez que la misma norma utiliza el término “motivado por”, y que es totalmente contrapuesto con la idea propuesta por los Senadores en el proyecto ley, pues se entiende lo que buscan es establecer una agravante de carácter objetiva en relación al sujeto pasivo, que es que se da muerte ya no motivado por algún móvil, sino que se da muerte por la persona en sí de que se trata, ya sea niña, adolescente, mujer adulta mayor o en situación de discapacidad.

Entonces, si bien estas críticas de la distinción del sexo para la configuración de la agravante estaban en una normativa distinta a la actual, se terminó decidiendo en el Boletín N° 11.970-34 dentro la Indicación número 7 el suprimir el artículo 390 quáter propuesto por los Senadores Von Baer y Coloma, y sustituirlo por uno distinto planteado por los Senadores Allende, Muñoz, Provoste y Harboe, que de igual forma terminó estableciendo como agravante el que la víctima fuera una niña o adolescente menor de dieciocho años.

El que igualmente terminara estableciéndose como una agravante del delito de femicidio el que la víctima fuera una menor de edad, no va en el sentido de ir – como objetivo principal – en colisión con el principio de igualdad, sino que lo que busca es que de esta manera se otorgue una protección integral a las niñas, en el sentido de que al ser mujeres desde pequeñas en la infancia están doblemente expuestas a sufrir algún grado de violencia de género, ya sea dentro del ámbito familiar producto de abusos sexuales, como en el ámbito escolar con el acoso de compañeros, o cuando comienzan a tener relaciones románticas en el “pololeo”, donde producto del machismo patriarcal, los celos son una detonante para que las adolescentes sufran violencia de género en el “pololeo” y violencia digital por el uso de redes sociales, violencias que pueden

⁵ “Son circunstancias agravantes: N°21. Cometer el delito o participar en él motivado por [...] la edad, [...] discapacidad que padezca”.

ser consideradas como la entrada a un mundo que las violenta aún más. Es por esta doble vulnerabilidad presente en las niñas y adolescentes que se decidió mantener esta agravante para el caso en que se le diera muerte en un femicidio.

De lo anterior es dable concluir que son mucho más vulnerables las niñas que los niños ante los delitos de violencia sexual, ya que, según los datos estadísticos de los informes de Fiscalía en el año 2016, en la tabla N°13 se reflejan la cantidad y porcentajes de víctimas femeninas menores de edad en comparación de las masculinas en el mismo rango, donde el total de víctimas mujeres menores de edad son 53.149 (4,75%) y el total de víctimas que son hombres menores de edad es de 35.020 (3,13%). Y, en particular los delitos sexuales a nivel nacional corresponden a 23.096 equivalente a un 1,69% de los delitos.

En Chile, según cifras entregadas por la Subsecretaría de Prevención del Delito, 57 de 8.605 víctimas de delitos sexuales registradas durante 2017, el 59,3% corresponde a menores de edad. Respecto del delito de violación se observa que las niñas son víctimas de violación con mucha mayor frecuencia que los varones, evidenciándose una diferencia por género significativa: del total de víctimas menores de edad (853) el 85,1% fueron niñas y adolescentes” (Valenzuela, Arismendi, 2018; p.202).

Tomando en cuenta estas circunstancias, el informe anual sobre Derecho Humanos de la Universidad Diego Portales el año 2018 realizado por Valenzuela y Arismendi dio cuenta de que producto del movimiento feminista que estaba sucediendo en el país, manifestó la necesidad de avanzar, con un enfoque de género en todas las políticas públicas. Una pequeña muestra de ello se puede apreciar que en temas de maltrato infantil y delitos sexuales contra niños, niñas y adolescentes existe, según la evidencia, una prevalencia en niñas y en adolescentes mujeres (2018: p.174).

3.1.2. *Mujer adulta mayor.*

La Ley 19.828 que “Crea el Servicio Nacional del Adulto Mayor” señala en su artículo primero inciso segundo que “para todos los efectos legales, llámese adulto mayor a toda persona que ha cumplido sesenta años”.

Respecto a esta segunda categoría de mujeres que protege este numeral, hubo mucha discusión puesto que, como podemos observar de la Historia de la Ley, la mayoría de los estudiosos que fueron invitados a la comisión consideraban que debía suprimirse la

incorporación de las mujeres mayores de 60 años dentro de las agravantes de esta Ley. Entre algunas de las razones se señalaba que, se infringiría el principio de igualdad, puesto que “sería más gravoso agredir a un mayor que a un menor” o porque “sería lesivo al principio mismo aplicar penas distintas para un hecho que merece el mismo reproche” (2018: pp.67-69). Además, hubo mucho cuestionamiento respecto a qué pasaba en la situación de que el hechor fuese aún mayor que la víctima.

Ahora bien, en el texto definitivo de la Ley 21.212, los legisladores mantuvieron la categoría de “mujeres mayores de 60 años” dentro de las agravantes ya que se consideraron que ellas ven mucho más difícil el abandono a los entornos violentos puesto que, normalmente, su vida ha estado marcada por violencia económica, física y sexual donde el que realiza las agresiones suele ser el cónyuge o conviviente, por lo tanto, al encontrarse el hechor dentro del ámbito familiar, se dificulta la salida de ese ambiente hostil convirtiéndose así en un grupo vulnerable dentro de nuestra sociedad.

Es más, según Agnieszka Bozanic psicóloga y fundadora de GeroActivismo “reportar ser víctimas de cualquier delito sexual conlleva mucha vergüenza para las mujeres mayores por la etapa de la vida que se está viviendo, sobre todo, porque se desestructura un núcleo familiar construido generalmente sobre la base de la crianza de las y los hijos. Está muy penalizado para las mujeres denunciar desde lo familiar” (Figueroa, 2021).

Si bien, el número de mujeres mayores de 60 años víctimas de femicidio es menor, puesto que la mayoría de los femicidios se concentra en un rango etario que va desde la adolescencia a las adultas jóvenes (AMUCH, 2019: p.16) la violencia en la tercera edad es una terrible realidad de la cual debemos hacernos cargo como sociedad. Es más, sólo durante mayo del año 2020 el Servicio Nacional del Adulto Mayor registró – a través del Fono de Adulto Mayor – 329 casos de violencia en contra personas mayores de 60 años. El 63,3% de los casos correspondía a mujeres y durante todo el año 2020 recibieron 5.771 casos de violencia en el cual el 63% correspondía a mujeres mayores de 60 años (SENAMA, 2020). En cuanto a lo que va del año 2021, de los 30 femicidios que han ocurrido en nuestro país, según la “Red Chilena Contra la Violencia Hacia las Mujeres”, 6 de ellos han sido contra mujeres mayores de 60 años siendo la víctima de mayor edad una mujer de 84 años de la ciudad de Osorno.

3.1.3. *Mujer en situación de discapacidad.*

En esta última categorización de mujeres que contempla la agravante analizada en este apartado, los legisladores fueron bastante claros al momento de determinar el por qué consideraban necesaria su incorporación pues, como es de fácil apreciación, las mujeres en situación de discapacidad se encuentran en una posición aún más vulneratoria producto de su propia minusvalía. Es más, el Estado de Chile al suscribir en el año 2018 la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad hace suya las obligaciones contenidas en dicha normativa internacional al reconocer la mayor Vulnerabilidad de las mujeres y niñas con discapacidad en diversos ámbitos (SENADIS, 2019: p.3).

Ahora bien, respecto a esta agravante en particular el legislador fue precavido para evitar confusiones normativas y determinó que, para estar ante ella, se debe entender la discapacidad según el concepto que nos entrega la Ley 20.422 relativa a “Igualdad de Oportunidades e Inclusión Social de Personas con Discapacidad” la cual, en su artículo 5 señala que una persona con discapacidad es “aquella que teniendo una o más deficiencias físicas, mentales, sea por causa psíquica o intelectual, o sensoriales, de carácter temporal o permanente, al interactuar con diversas barreras presentes en el entorno, ve impedida o restringida su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás.” siendo determinante en este concepto “las barreras” entendidas como “aquellas situaciones que obstaculizan la participación y el ejercicio de los derechos de las personas con discapacidad en igualdad de condiciones con las demás personas.” (SENADIS, 2019: p.10).

Luego, sobre la incorporación de esta agravante el único inconveniente que vieron los legisladores como también los estudiosos fue que, su incorporación en el Código penal podría provocar una colisión normativa por el principio *non bis in ídem*, es decir, la prohibición de que la persona sea castigada dos veces por el mismo hecho, ya que, el artículo 12 en su numeral 21 enumera, dentro de las circunstancias agravantes de la responsabilidad penal, el “cometer el delito o participar motivado en él por [...] la discapacidad que padezca”. Cabe recordar que las agravantes forman parte de las circunstancias modificatorias de responsabilidad penal que, como bien explica Rodríguez Collao consisten en “aquellos hechos, situaciones o datos, ajenos a la estructura del tipo, a los cuales la ley confiere la virtud de servir como instrumento de medición de la intensidad que ha de revestir la pena en cada caso concreto” (2011: p.407).

A su vez, merece señalarse que las circunstancias modificatorias pueden clasificarse de muchas formas, pero nos parece atinente indicar aquella que distingue entre circunstancias modificatorias materiales y personales. Las circunstancias materiales, según Garrido Montt, son aquellas que “consisten en la ejecución material del hecho o en los medios empleados para realizarlo” (2010: p.182), por tanto, son objetivas y afectan a todos aquellos que realicen el hecho punible y tenían conocimiento de las mismas. Mientras que las personales son frecuentemente subjetivas y consisten en la “disposición moral del delincuente, en sus relaciones particulares con el ofendido o en contra de causa personal” (2010: p.182).

Ahora bien, consideramos que la supuesta colisión normativa no sería tal por aplicación del artículo 63 del Código punitivo dado que, el artículo 12 numeral 21 como la agravante del artículo 390 quáter número 2 del Código penal, se refieren a situaciones totalmente distintas. La primera de ellas se refiere a una agravante aplicable a cualquier delito siempre que este se cometa motivado por la condición de discapacidad de la víctima, por lo tanto, la causa de dicha agravante es la discapacidad.

Mientras que, la agravante del artículo 390 quáter numeral 2, dice relación específicamente con mujeres discapacitadas donde la discapacidad no es la motivación en sí, vale decir, no es la causa ni la razón del delito, sino que acá la importancia se le da en el “ser”, en realizar el delito “en contra de” sólo por el hecho de ser mujer siendo la discapacidad un elemento que agrava la situación porque la mujer no sólo se entiende en desventaja respecto al hecho por su género, sino que por la discapacidad que la aqueja. Y es precisamente por ello que el legislador las incorpora en la agravante N° 2 dado el grado de vulneración que experimentan estas mujeres no sólo por su condición, sino que, muchas veces se ven envueltas en otros factores de riesgo como la edad, la imposibilidad de comunicarse, su nacionalidad o su situación socioeconómica.

Como es posible apreciar, las tres categorías de mujeres consideradas en este numeral cuentan con un doble factor de vulneración ya que no sólo son mujeres sino que además son niñas y adolescentes, mujeres mayor de 60 años o mujeres en situación de discapacidad, por lo cual, identificar estas situaciones en la que confluyen más de un factor de peligrosidad es necesario para otorgar algo de protección ante la violencia extrema que viven las mujeres aún cuando pareciera que la igualdad formal ante la ley se vea – a consideración de algunos – mermada.

Es por ello que en el siguiente capítulo nos adentraremos al análisis del Principio Constitucional de Igualdad ante la Ley pero no desde un punto de vista formal, sino que realizando un análisis interpretativo del principio en cuestión, desde una perspectiva de género, feminista e integrando conceptos claves tales como “Igualdad por Diferenciación”, “Interseccionalidad” y “Acciones Positivas” para comprender por qué esta agravante no debe ser considerada como una transgresión a dicho principio sino que como una nueva forma de garantizar la igualdad material.

III. **CAPÍTULO 2: Análisis desde una perspectiva del Derecho Constitucional.**

1. **Estudio del problema a partir de la noción de Interseccionalidad.**

Llegado a este punto, el presente capítulo busca plasmar la latente necesidad de que exista una normativa tal como la del numeral 2º del artículo 390 quáter del Código penal, que establece situaciones agravantes del delito de femicidio, respondiendo a la circunstancia de que la víctima de dicho delito sea una de las mujeres mencionadas allí, es decir, niña o adolescente menor de 18 años, una mujer adulta mayor, o una mujer en situación de discapacidad en los términos de la Ley 20.422.

La noción de interseccionalidad, como intentaremos demostrar en los siguientes acápites, resulta ser una herramienta de carácter útil y muchas veces necesaria, sobre todo en legislaciones como la nuestra que aún contiene sesgos patriarcales. Concretamente, su empleo permite dar a conocer el real nivel de desigualdad que afecta a las mujeres en función de varias dimensiones y, de esta manera, permitir que el ordenamiento jurídico incorpore leyes que permitan actuar con mayor equidad.

Como se puede constatar en la Historia de la Ley del proyecto que reformó el delito de femicidio, este tema no estuvo exento de controversias en lo relativo a las razones que justifican una mayor protección a niñas. Así se discutió sobre la inclusión de toda la niñez y las personas adultas mayores o en situación de discapacidad

En el contexto español, Carmen Expósito lo refleja muy bien, ya que tiene claro – que tanto en el contexto español como a nivel global – un cambio de orientación en el ámbito político

hacia un tratamiento integrado de las desigualdades no está exento de controversia⁶. Esto genera un debate intenso desde el movimiento feminista, ya que se considera que el tratamiento actual hacia estos temas que requieren de un enfoque múltiple. En concreto se estima que “es simplista porque parte de la equivalencia de desigualdades y entiende a la desigualdad a partir de su efecto en la discriminación [...] y por tanto la desigualdad sólo se trata de forma parcial a través de sus efectos” (2012: p.215).

Acentuar este tipo de enfoque que es necesario, pues a pesar de que podemos decir que vivimos en un Estado de Derecho que descansa sobre los valores de igualdad y libertad, es un hecho de que existen muchos colectivos (“minorías disidentes”) que se sienten discriminados tanto de forma activa como de forma pasiva. Respecto de esta última forma, la discriminación se genera a través de una implementación de normas que no consideran a estas disidencias, por lo que terminan sintiéndose, además, oprimidos de diversas maneras y por diferentes causas e incluso entrecruzadas razones por la sociedad que establece las normas (Hernández, 2017: p.276).

1.1. Descripción general de la interseccionalidad.

1.1.1. Alcances del término interseccionalidad.

Para comenzar y antes de analizar propiamente tal el tema de la interseccionalidad que viven las mujeres en el análisis de esta investigación, es necesario desarrollar de manera breve el origen o nacimiento de la “interseccionalidad” como su alcance conceptual.

El primer presupuesto que permite comprender este concepto radica en aceptar la opresión e invisibilización que hemos sufrido las mujeres en distintos ámbitos.

Una revisión sucinta de la historia nos lleva a recordar que en Francia gracias a “La declaración de los derechos de la mujer” se decidió levantar la voz en contra de dichas desigualdades fue dejando plasmada que esta demanda no quedó contemplada en “La declaración de los derechos del hombre y ciudadano” del año 1789 quedando claro la desigualdad en el ámbito jurídico y social de la mujer. Con todo, no podemos quedarnos solamente en que

⁶ Sobre todo, un ámbito político como el nuestro que, como mencionamos anteriormente, mantiene varios sesgos machistas y patriarcales, el que sin la aplicación de un enfoque de género que resguarde debidamente ciertos bienes jurídicos que vayan en la protección de ciertos grupos calificados como minoría, o sea que no sean hombres.

es la mujer la única excluida, ya que hablamos de una época en que la mujer que lucha es de clase alta, blanca y con algún grado de estudios, es decir, la mujer burguesa. Y, es por esto que comienzan a desarrollarse distintos movimientos que se enfocan primeramente en la desigualdad de géneros.

Diversas investigaciones que analizan esta figura de la interseccionalidad, relativa a otros ámbitos no penales, concuerdan en que el surgimiento de la teoría interseccional proviene de las manifestaciones en la década de los 60' del siglo pasado, de la mano del feminismo racial desarrollado por las mujeres afroamericanas del post colonialismo en Estados Unidos, criticando al feminismo centrado únicamente en la mujer blanca, puesto que no reconocía otros factores de desigualdad además del género. Esto originó que desde la década de los 80' surgiera un feminismo que incorporaba otras realidades (Jabardo, 2008: p.39).

En el contexto de Latinoamérica, específicamente en Brasil, el movimiento de la Colectiva del *Río Combabebe* (Viveros, 2016: p.4), siguiendo el desarrollo conceptual de varias autoras feministas como Angela Davis, Audre Lorde y Bell Hooks, entre otras más, se manifestaron también en contra de este feminismo centrado únicamente en las mujeres blancas.

La teoría de la interseccionalidad no establece hoy – para una sociedad como la nuestra – un alcance específico, por lo que tampoco se puede decir que existe una definición del concepto de manera unívoca, pero en ella confluyen varias aristas y elementos que se pueden destacar. Así, para la autora Nina Lykke, la noción de interseccionalidad se refiere a un concepto “como un lugar discursivo donde diferentes posiciones feministas se encuentran en diálogo crítico o de conflicto productivo” (Lykke, 2011: p.208).

Es por esto que, como lo expone Carmen Expósito, el concepto de interseccionalidad fue introducido por la autora Kimberlé Crenshaw, considerando que al momento de hablar de la desigualdad en la sociedad había más categorías que se interseccionan con la categoría de mujer. Para Crenshaw la interseccionalidad se trata de que cada desigualdad presente en la sociedad se intersecciona de distintas maneras en cada persona o situación personal y grupo social (2012: p. 210). Por lo tanto, se trata de una noción cuya aplicación debe ser contextual y práctica, ya que su intención al momento de desarrollar este alcance no pretendía crear una teoría de la opresión general, sino que darle un sentido práctico al concepto de interseccionalidad para “analizar omisiones jurídicas y desigualdades concretas” (Viveros, 2016: p.5).

De este modo, para Expósito la interseccionalidad “hace referencia a la situación en la cual una clase concreta de discriminación interactúa con dos o más grupos de discriminación creando una situación única.” (2012: p.205). Además, es importante considerar la existencia de la teoría de la interseccionalidad, relacionándola con el principio de la transversalidad, ya que son elementos que se vinculan al momento de establecer mecanismos contra la desigualdad. De esta manera “la interseccionalidad contribuye a diseccionar con más precisión las diferentes realidades en las que se encuentran las mujeres y por lo tanto pueden mejorar la acción política” (Expósito, 2012: p.205).

Por otro lado, Mara Viveros siguiendo a Daniele Kergoat, explica que el término intersección “supone la existencia de grupos que estarían en la intersección del sexismo, el racismo y el clasismo, y no permite pensar una relación de dominación cambiante e histórica” (2016: p. 08)⁷ ya que el que no se permita una relación de dominación cambiante e histórica, no permite el mismo hecho de que se tomen en cuenta elementos personales de cada uno o incluso elementos clave que responde a ciertos grupos, como en nuestra situación, el sexo, la edad y diversidad funcional o discapacidad como lo establece nuestra legislación.

Es por esto, que hemos de seguir el alcance desarrollado por Crenshaw, quien no tiene problema en plantear que la interseccionalidad, más que una teoría, se trata de un apoyo (Viveros, 2016: p.6). En este sentido, entonces, la interseccionalidad aparece como una herramienta útil y necesaria a la hora de contemplar, analizar y para tratar de manera interseccional la discriminación múltiple que puede sufrir una mujer (Hernández, 2017: p.281). Pues, además del hecho de tratarse de un grupo vulnerable por el sólo hecho de ser mujer, pueden confluír otros factores como la raza, el color, la clase social, la sexualidad, pero en este caso en particular para la investigación, la edad y el estar en una condición de discapacidad.

Así, el género es la primera desigualdad que se contempla y que interactúa con otros factores a la hora de hacer una equiparación entre los sujetos de la sociedad. La interseccionalidad desde una perspectiva feminista, se ha consolidado como una herramienta valiosa para dar respuesta a las críticas que se hicieron en un comienzo al feminismo occidental exclusivamente centrado en la situación de las mujeres blancas.

⁷ Definición que bajo nuestra perspectiva no ha de ser necesaria el tomarla en consideración, pues no se trata de un alcance que responda a las necesidades de esta investigación.

1.1.2. Tipos de opresión que considera la interseccionalidad.

Estos alcances planteados mayoritariamente por autoras feministas, permiten recordar que no es posible asumir que, tanto teórica como políticamente, las desigualdades de género sean universales. Tratamos cada día con distintos tipos de desigualdades y otro tipo de opresiones, como son sexo, género, clase social, entre otras.

Los elementos que caracterizan a los grupos sociales, son los que hacen que se establezcan las categorías de los distintos tipos de opresión y, siguiendo la propuesta de Aniol Hernández en la línea de establecer algunos criterios donde confluyen: el hecho de ser mujer en una sociedad liberal capitalista, centrada en la producción y la utilidad que se pueda aportar a la sociedad, junto con los factores etarios y la discapacidad, podemos señalar:

- i. La Marginación: De acuerdo al autor, aquí se trata de grupos sociales que sufren exclusión, ya que no son aceptados porque las características que definen a este grupo no se ajustan a los estereotipos generalizados de la sociedad capitalista.

En este caso, la situación de las personas discapacitadas, se refiere a que son pertenecientes a un grupo considerado como no útil – desde una perspectiva de sociedad capitalista como la nuestra – o productivas, al igual que las personas de tercera edad, grupo que se categoriza por la edad, mismo factor que las niñas y adolescentes menores de 18 años de edad, grupo que va desde la infancia hasta la adolescencia, quienes siempre son separados del patrón adultocentrista (Hernández, 2017: p.279).

- ii. Desempoderamiento o carencia de poder: Esta forma de opresión tiene que ver con la dominación, la autoridad y el reconocimiento. El autor se centra en explicar que sufren opresión las personas no profesionales en lo relativo al ámbito laboral. También considera a las mujeres, ya que históricamente han sido invisibilizadas y no reconocidas como tal, debido a la misoginia, el sexismo y androcentrismo del sistema patriarcal, el cual ha impedido el acceso a varias instituciones (Hernández, 2017: p.279).
- iii. Imperialismo cultural: Este modelo de opresión se refiere a la universalización de la cultura de un grupo dominante y su imposición como norma, basado en un patrón establecido que transmite una serie de estereotipos a la sociedad. En consecuencia, el

resto de las culturas han de ser menospreciadas y apartadas. Un ejemplo claro de este tipo de opresión son nuevamente las mujeres, pues este factor de opresión se encuentra relacionado con la marginación e incluso con la carencia de poder, de modo que al tratarse de un grupo social no aceptado ni valorado, no son considerados en la toma de decisiones de la sociedad (Hernández, 2017: p.280).

- iv. **Violencia:** Se trata de un modelo de opresión pre-político, que cesa o es accidental cuando los sujetos se logran encontrar en una situación de igualdad y libertad. Es decir, se trata de un tipo de opresión que resulta de la suma de varios tipos de discriminaciones, en donde la violencia es la máxima expresión de desigualdad, pero que cuando se trata de relaciones entre iguales, se entrega al Estado la libertad de detentar el monopolio de la fuerza a cambio de seguridad para todos. (Hernández, 2017: p.280).

Además, Aniol Hernández afirma que “es posible que un grupo social sea oprimido a través de más de una forma de opresión, o incluso por todas.” (2017: p.280). Dicha afirmación confirma que las mujeres – grupo social *per se* oprimido históricamente, pueden ser explotadas, marginadas, perjudicadas por la marginalización y el imperialismo cultural dominado por hombres, y violentada. Por lo tanto, pueden sufrir una discriminación múltiple por distintos factores como la edad y la discapacidad. Específicamente estas situaciones que deben ser contempladas y analizadas de manera interseccional para llegar a un resultado de equidad en la sociedad actual. Equidad que idealmente sea producto de un resultado innato de cada persona o por el establecimiento de normas que busquen este resultado en situaciones de gran envergadura, como lo es la agravante del numeral 2º del artículo 390 quáter del Código penal. Pues, recordemos que lo criticado en el debate legislativo de la Ley 21.212 fue el hecho de establecer una norma en beneficio únicamente de la mujer, pero lo que no se tuvo en cuenta en aquel debate, era la necesidad de realizar este ejercicio de analizar la desigualdad y discriminación en que viven las mujeres ante el factor de la edad y discapacidad. De este modo la interseccionalidad se ha convertido en la herramienta más utilizada para desarrollar la perspectiva teórica como metodológica que busca dar cuenta de la precepción cruzada de las relaciones de poder, y así alcanzar como resultado una conclusión que logre dar cuenta de la existencia de la percepción cruzada de las relaciones de poder.

1.2. Interseccionalidad en la agravante.

A partir de lo ya expuesto sobre el alcance y sentido de la interseccionalidad, se logra identificar que es necesario tener en cuenta al momento de legislar los distintos ámbitos de discriminación que pueden afectar a la mujer, pues no basta que solo exista una real representación y preocupación por el género en el ámbito legislativo, ya que hay otros factores y condiciones que se deben tener cuenta, como en este caso, la necesidad de justificar y apoyar la existencia de esta agravante. Así la vulnerabilidad fundada en la intersectorialidad reconoce que las mujeres pertenecemos a un grupo social vulnerable, sumado a otras condiciones como la edad, es decir, las niñas y adolescentes, mujeres mayores, mujeres en situación de discapacidad.

Es por ello que consideramos a la interseccionalidad como una herramienta que nos permita comprender y aceptar la necesidad en la incorporación de las mujeres indicadas en la agravante 390 quáter N° 2 del Código penal, puesto que esta idea de la transversalidad apunta directamente al foco de la situación y es que el “ser mujer” no puede ser comprendido solo como un concepto extraído de la RAE, sino que es un entramado complejo que comprende de distintas realidades que confluyen con variados factores que, en algunos casos, van a constituir una posición desmejorada respecto de otras mujeres y es precisamente allí donde debemos situar a las niñas y adolescentes, a las mujeres mayores de 60 años y a las mujeres en condición de discapacidad, puesto que en ellas existe una desventaja en su realidad. Si bien, el porcentaje de femicidios en nuestro país se concentra en una edad más temprana, según informe de la AMUCH un 34% entre las mujeres entre 15-24 años y un 3% en mujeres mayores de 64 años (AMUCH, 2019: p.17) consideramos que la agravante dice relación más que con la cantidad de mujeres que se ven afectadas por los femicidios con la intención del legislador de proteger a mujeres que ven más difícil la salida a los entornos violentos versus el porcentaje que se ve más afectado por el tipo penal en sí.

2. Principio de Igualdad ante la Ley.

2.1. En qué consiste el principio de igualdad ante la ley.

El principio de igualdad ante la ley es uno de los pilares fundamentales en los cuales descansan los sistemas jurídicos actuales. Ya desde la antigua Grecia su desarrollo conceptual fue fundamental para el surgimiento de la democracia, donde Gobernantes como Clístenes – a

través de sus reformas para descentralizar el poder que habían tenido las Tiranías atenienses – entendieron la importancia que tenía la igualdad ante la ley que ellos llamaron “Isonomía” pues, como señala Córdova Molina, la Isonomía está compuesta de dos palabras griegas, a saber: *isos* (igualdad) y *nomos* (ley), por lo que su significado literal sería “igualdad ante la ley” (2015: p.5) y, según el mismo autor, su utilización era sinónimo de gobierno democrático (2015: p.5), pero lo cierto es que hasta el día de hoy la igualdad ante la ley es un tema en que muchos no tienen claridad y es lo que ha quedado demostrado en la discusión parlamentaria de la Ley 21.212.

Ya en el siglo IV a.c., Aristóteles en la “Política” se cuestionaba qué era la igualdad al momento de referirse a las diferencias entre los ciudadanos de lo que él llamó la ciudad perfecta y señaló que la igualdad consistía en “la identidad de atribuciones entre seres semejantes” (Aristóteles, 1873: p.153) pues, según su parecer, se debía tratar de manera semejante a aquellos que se consideraba “iguales”, pero de manera diferente a quienes no considerábamos como pares, la igualdad importaba realizar una cierta distinción para el filósofo. Mientras que, ya en la época de la ilustración, Rousseau vinculaba la idea de igualdad con la idea de reducción de las diferencias económicas, pues él consideraba que la “propiedad” era compañía inseparable de la desigualdad incipiente (Rousseau, 1923: p.77).

A través del desarrollo del Estado moderno se fueron estableciendo principios generales que lo rigen, y uno de ellos es el “principio de igualdad”, desarrollado doctrinal y filosóficamente por varios autores desde distintos puntos de vista para otorgarle una aplicación en distintos ámbitos. Con el desarrollo de dicho principio se ha ido generando una clasificación por parte de la doctrina, distinguiendo entre el principio de igualdad en la ley y el principio de igualdad ante la ley. Para nuestro interés, merece desarrollo el principio de igualdad ante la ley.

Respecto a la igualdad ante la ley como principio propiamente tal, Nogueira señala que consiste en “la igualdad básica de naturaleza de todos los seres humanos, asumida por los ordenamientos jurídicos, [que]⁸ exige eliminar las discriminaciones en el ámbito sociológico, prohibiendo toda distinción basada en aspectos subjetivos de las personas por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social” (2006: p.64).

⁸ Corchete nuestro.

Sus antecedentes históricos se remontan a la Declaración de la Independencia de Estados Unidos en 1776 y a la Revolución Francesa en 1789. Estos fueron hitos que permitieron la eliminación de la esclavitud. Como señala Cea Egaña ambos acontecimientos reconocen a la igualdad como “un valor natural como proyección [...] de la persona humana” (2020: p.211). Nuestro país no es la excepción, puesto que reconoce a la igualdad como un valor natural, ya que según el autor todas las cartas fundamentales que ha tenido Chile entienden a la igualdad con ese carácter, sobre todo si se toma en cuenta que nuestra constitución en su artículo primero señala que “las personas nacen libre e iguales en dignidad y derechos”.

En cuanto a su actual regulación internacional debemos señalar que son diversos los instrumentos internacionales que han dedicado artículos a su tratamiento, pero para el caso concreto nos parece pertinente referirnos brevemente a dos de ellos que consagran a la igualdad como un Derecho Humano, a saber: La Declaración Universal de Derechos Humanos, La Convención Americana sobre Derechos Humanos también llamada “Pacto internacional de San José de Costa Rica”, y La Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer, también conocida como “Convención Belem do Pará”.

Respecto a la Declaración Universal de Derechos Humanos de las Naciones Unidas debemos señalar que ella marca un hito histórico para la humanidad atendiendo al contexto en el cual ella es redactada, pues no es menor indicar que el mundo entero aún se veía afectado en 1948 por las consecuencias de una II guerra mundial que había dejado secuelas devastadoras para la humanidad. En cuanto a la igualdad, podemos señalar que ella es tratada en el artículo primero de este cuerpo normativo y realiza una redacción que se podría considerar inclusiva, ya que no habla de “hombre”, sino que señala “Todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos y, dotados como están de razón y conciencia, deben comportarse fraternalmente los unos con los otros.” Pero igualmente al darle una lectura completa podemos notar que ella fue redactada por hombres y para los hombres, puesto que no contempla derechos básicos para la mujer tales como derechos reproductivos y derechos sexuales lo que es necesario resaltar pues, como señala Alda Facio “la maternidad y la reproducción han sido utilizadas para definir el rol de las mujeres en nuestra sociedad y para negarnos el desempeño en otros roles” (1996: p.8).

Por su parte, la Convención Americana sobre Derechos Humanos en su preámbulo nos indica la importancia de los derechos humanos al señalarlos que “los derechos esenciales del hombre no nacen del hecho de ser nacional de determinado Estado, sino que tienen como

fundamento los atributos de la persona humana, razón por la cual justifican una protección internacional, de naturaleza convencional coadyuvante o complementaria de la que ofrece el derecho interno de los Estados Americanos”. Luego, específicamente consagra el derecho a la igualdad en su artículo 24 al señalar “Todas las personas son iguales ante la ley. En consecuencia, tienen derecho, sin discriminación, a igual protección de la ley”.

Por otro lado, la Convención Belem do Pará es en su artículo 4 señala que “Toda mujer tiene derecho al reconocimiento, goce, ejercicio y protección de todos los derechos humanos. Estos derechos comprenden, entre otros: [...] f) el derecho a la igualdad de protección ante la ley y de la ley”. Por lo que, a nivel regional se encuentra específicamente consagrado, puntualmente para las mujeres, este derecho a la igualdad, pero no solamente se habla del derecho a la igualdad ante la ley, sino también “de la ley” en los casos donde sea la ley la que no vele por su protección, debiendo ajustarse la normativa nacional en este caso.

Ahora bien, en cuanto a la regulación nacional, podemos señalar que se encuentra fundamentalmente contenido en el artículo 19 N° 2 de la carta fundamental al señalar “En Chile no hay persona ni grupos privilegiados. En Chile no hay esclavos y el que pise su territorio queda libre. Hombres y mujeres son iguales ante la ley” Esta disposición no es la única que se refiere a la igualdad en nuestro ordenamiento, ya que se debe considerar los artículos 19 N° 3, 20, 21 inciso segundo y 22, y el artículo 115 inciso primero del mismo cuerpo normativo.

Sin embargo, también es necesario incluir, además de la consagración normativa del principio de igualdad, el alcance que da nuestro máximo tribunal sobre este principio a partir de la sentencia Rol 17.058-1993 del 25 de junio de 1993, es que “el principio de igualdad no puede entenderse bajo una interpretación rígida y dogmática, toda vez que es normal que en una serie de ámbitos la ley puede hacer una serie de diferenciaciones entre personas o grupos, con la finalidad de exigir mayores o menores requisitos para el ejercicio de ciertos derechos.” (2014: p.205), así se entiende que el legislador permite, en este sentido, que la ley realice diferencias, ya sea entre personas, grupos o situaciones, siempre que ni impliquen discriminaciones arbitrarias o que estas diferencias privilegien notoriamente a otros grupos, destruyéndose así el sentido mismo que otorga el principio de igualdad. A partir de lo anterior se concluye que la existencia de una discriminación positiva no es contraria a este principio constitucional, ya que el objetivo

⁹ Corchete nuestro.

principal que se busca con esto es la protección de ciertas categorías de personas para resguardar su debilidad social frente a otros que no se encuentran en las mismas condiciones (Valenzuela y Zúñiga, 2014: p.203).

En cuanto a la igualdad formal, esta propone una “identidad de posición de los destinatarios de la ley buscando equiparar los efectos y alcances de la ley” (García, 2014: p.55), es decir, todos los sujetos de derecho son tratados de manera igual en base a una abstracción de las diferencias fácticas que existan entre ellos. Mientras que la igualdad material, siguiendo al mismo autor, “implica un deber de diferenciación por razones normativas en base a determinadas circunstancias fácticas” (2014: p.55), es decir, el ordenamiento jurídico ha de tener en cuenta esto, reconociendo las diferencias existentes entre los sujetos de la sociedad y valorarlas debidamente para que así se ejecuten todas las modificaciones normativas de dichas circunstancias fácticas que están establecidas en la ley.

Sobre esta clasificación se basa Rodolfo Figueroa para establecer tres modelos existentes que se desprenden del principio constitucional de igualdad ante la ley y de dicha clasificación antes descrita (2015: p.191). Pues, considerando la distinción entre igualdad formal y material se pueden advertir distintos modelos. Así en la igualdad formal se concreta el modelo de igualdad de recursos y, por el contrario, en la igualdad material se presencia la igualdad de oportunidades y de resultados.

Respecto a la igualdad de recursos, ésta se centra en que la igualdad, demanda asignar una cuota nominal idéntica para todos. Lo que claramente se logra identificar con la igualdad formal a partir de lo ya desarrollado (Figueroa, 2015: p.190). En cuanto a la igualdad de oportunidades, es un hecho que existen personas que están en una situación de desventaja con respecto a los demás, por lo que se puede decidir realizar diferencias entre ambas situaciones (lo que están en una situación normal y se ajustan al estándar, y los que están en desventaja por alguna discapacidad) y entregar los medios necesarios idóneos para unos y para otros. De lo contrario significaría estar privando a algún sector o grupo en desventaja de ciertas oportunidades para alcanzar la real igualdad en el ámbito que corresponda que, en nuestro caso, corresponde a una igualdad en la debida protección, teniendo en cuenta estas condiciones diferenciadoras con los hombres por el contexto social y cultural. Un ejemplo que entrega el autor en este modelo es la normativa del artículo 5º de la Ley 20.422 sobre Igualdad de oportunidades para personas con discapacidad, que vincula la discapacidad con las barreras y las

oportunidades (2015: p.191). Y, por último, la igualdad de resultados, la que se traduce en una distribución de recursos de manera proporcionada en base a las situaciones específicas de cada persona (2015: p.191).

Esta idea claramente se vincula con el establecimiento de la Ley 21.212 sobre femicidio y específicamente con la normativa en análisis del N° 2 del artículo 390 quáter, toda vez que la principal crítica fue que su establecimiento iba en menoscabo de la protección de los niños, adultos mayores y hombres que también se encuentran en una situación de discapacidad, privilegiando solamente *a contrario sensu* a las niñas, adultas mayores y mujeres discapacitadas. En respuesta a este cuestionamiento puede señalarse que siempre es necesario tener en cuenta el criterio material para comprender la igualdad ante la ley.

Es importante dejar establecido que el análisis del objeto de esta investigación necesita enfocarse desde la perspectiva de la igualdad material como un complemento indispensable sumado a la igualdad formal, y así otorgar a todas las personas las condiciones necesarias en situaciones similares de partida para que, gracias a los recursos adecuados, se logren satisfacer sus necesidades básicas.

Ello nos lleva a la confirmación de la vinculación de esta categoría con la igualdad de recursos y la igualdad de oportunidades que realiza Figueroa, toda vez que a través de ambas dimensiones lo que se busca es dejar claro que son un complemento ante el primer modelo que se relaciona con la igualdad formal, ya que se centran en alcanzar una situación donde todas las personas puedan tener los recursos necesarios siempre que se distribuyan acorde a las distintas situaciones y condiciones en las que se encuentren, viendo esto caso a caso y en cada situación.

2.2. Igualdad por diferenciación y acciones positivas.

La igualdad ante la ley, como señala Nogueira, es una facultad o atributo inherente a toda persona a no ser objeto de discriminación, es decir, no deben existir discriminaciones arbitrarias (2006: p.97). Pero, en la cotidianidad, la igualdad ante la ley no puede ser aplicada de modo igual a todas las personas pues debemos partir de la base en que no todos somos iguales, por lo tanto, este principio debiese ser aplicado de modo igual a quienes se encuentran en la misma situación.

Las diferencias a las que aludimos en ningún caso pueden constituir tratamientos discriminatorios arbitrarios, puesto que en nuestro ordenamiento jurídico rige el principio de no discriminación, norma de *ius cogens*, reconocida en nuestra carta fundamental en su artículo 19 N° 2 inciso segundo, al señalar “Ni la ley ni autoridad alguna podrán establecer diferencias arbitrarias”. Cabe preguntarse, entonces ¿qué es una discriminación arbitraria?

Según la ley 20.609 la discriminación arbitraria es “toda distinción, exclusión o restricción que carezca de justificación razonable”. Por lo tanto, no toda discriminación será considerada arbitraria en la medida que se funde en hechos de tal magnitud que permitan su aplicación dentro de nuestro sistema jurídico.

Y es precisamente en el punto anterior en el que radica nuestra crítica al debate parlamentario que se llevó a cabo durante la tramitación de la Ley 21.212. En dicha ocasión se discutió por varios legisladores y algunos estudiosos del derecho que fueron invitados a la comisión de género, sobre la pertinencia en la incorporación de agravantes atendiendo a que su implementación afectaría el principio constitucional de igualdad ante la ley.

Creemos que quienes realizaron esta crítica sólo tuvieron como punto de referencia la igualdad formal, sin tomar en consideración la igualdad material, puesto que obviaron una cuestión básica y es que hombres y mujeres no somos iguales. Si lo fuésemos estas discusiones no se darían en ningún ámbito. Como bien expresa Alda Facio “El problema es que si las mujeres decimos que somos diferentes y que por lo tanto esa diferencia debe ser tomada en cuenta por la ley, al segundo nos damos cuenta que es precisamente nuestra diferencia la que provoca nuestra desigualdad. Pero si decimos que somos iguales y que por lo tanto la ley no debe tratarnos diferentemente, al segundo nos damos cuenta que el trato igualitario que hemos recibido es el que nos provoca la desigualdad” (1996: p.7).

Por lo tanto, el problema del concepto de igualdad que utilizan los críticos de esta disposición es que ellos olvidan que éste fue construido por los hombres para los hombres, sin considerar en ningún momento las desigualdades que existen entre mujeres y hombres. Tal como se ha afirmado en más de una oportunidad “en todos los países del mundo, incluidas las “decentes” democracias occidentales modernas, la realidad de las mujeres es muy distinta a la de los hombres” (Villavicencio y Zúñiga, 2015: p.719).

Específicamente, nuestro contexto actual como mujeres sujetos de derechos es también opresiva, referida a “impedimentos sistemáticos que sufren algunos grupos y que no necesariamente son el resultado de las intenciones de un tirano” (Villavicencio y Zúñiga, 2015: p.722).

De esta manera la desigualdad que viven las mujeres y sobre todo las mujeres pertenecientes a estos grupos etarios y con discapacidad, no consiste solamente en una mera diferenciación de estatus a nivel social, sino que se traduce en amplios términos en una mayor autorrealización y protección al hombre en general, viéndose así oprimidas, estereotipadas y diferenciadas en una menor desventaja a un nivel proteccional, toda vez que, como se dijo en el acápite anterior, se trata de personas que viven oprimidas en más de un sentido, por lo que se ven mayormente expuestas a situaciones de violencia y, propiamente, expuestas a situaciones de muerte por su especial condición vulnerable en la sociedad.

Es por ello que para superar esto, se requiere de algo más que una simple redistribución de recursos o igualdad formal. Por el contrario, debemos considerar un subprincipio de suma relevancia, a saber: la *Igualdad por Diferenciación* que para Valenzuela y Zúñiga consiste en “una desigualdad en el trato basada en la existencia de condiciones relevantes respecto de los efectos de las normas” (2014: p.198). Ella ha de tener ciertas características o condiciones que influyen, como el sexo, la edad, la raza y, que en este caso han de ser considerados como relevantes para autorizar una política de discriminación positiva; por ejemplo, el caso en cuestión: la existencia de una agravante específicamente dirigida a la protección de la mujer en relación a la edad y una situación de discapacidad.

Ante la diversidad de situaciones que existen en la sociedad, el Derecho se ve en la imposibilidad de perseguir únicamente una igualdad formal, y es ahí donde se deben realizar diferenciaciones normativas que no constituyan discriminaciones arbitrarias, sino que “discriminaciones positivas” o como se conoce en el derecho anglosajón “acciones positivas”.

La *discriminación positiva* o *a la inversa* utiliza las mismas características o condiciones que se denuncian en la discriminación arbitraria, como el sexo, la edad o discapacidad; y, además, estas medidas de discriminación positiva se utilizan para la distribución de los recursos, lo que termina por generar un cierto grado de conflicto social (Valenzuela y Zúñiga, 2014: p. 206-207). Esta situación también se evidencia en el debate legislativo sobre la agravante, ya que el uso de

la palabra “*discriminación*” tiende a llevar una carga negativa en su contenido, por lo cual fue considerado un argumento idóneo al momento de la discusión parlamentaria y así evitar establecer la agravante N° 2 del artículo 390 quáter.

Y, en cuanto a las *acciones positivas*, según Figueroa consisten en “acciones adoptadas para identificar y reemplazar prácticas discriminatorias y también para desarrollar prácticas que tengan como efecto una mayor inclusión y participación de la mujer y minorías en distintos ámbitos” (2015: p.194). Según el autor, una política de acción positiva se funda en el “reconocimiento de que un grupo de la sociedad sufre actualmente una posición de desventaja que les impide tener, en los hechos, las mismas oportunidades de los demás” (2015: p.195) y es precisamente en aquél caso que se encuentran todos los grupos de mujeres mencionadas en la agravante del artículo 390 quáter N° 2 del código penal, vale decir, “ser la víctima una niña o una adolescente menor de dieciocho años de edad, una mujer adulta mayor o una mujer en situación de discapacidad en los términos de la ley N° 20.422”.

Según dicho autor las acciones positivas pueden tener como fundamento la justicia o la utilidad (2015: p.196). Será la justicia cuando la mayoría tome conciencia del trato inmerecido que la minoría ha recibido. Por su parte, será un fin de utilidad cuando la acción positiva genera un beneficio en toda la sociedad y no sólo en el grupo minoritario. En cambio, si la acción no persigue ninguno de estos fines, se entiende que el fundamento será el resultado futuro y, como señala el autor “este rasgo permite advertir que la acción afirmativa corresponde a una forma de igualdad material” (2015: p.p. 196-197). Por lo tanto, la incorporación de este grupo de mujeres a la agravante en particular, no debiera entenderse como un atentado al principio de igualdad ante la ley, sino que como una herramienta que permita alcanzar la igualdad de hecho entre hombres y mujeres. Se necesita volver a construir un sistema que no descansa en concepciones patriarcales ni androcéntricas, sino que considere las diferencias que existen entre nosotros puesto que, de no ser así, terminaremos nuevamente en situaciones como la de Gabriela y su madre.

IV. **Conclusión.**

1. Tipificar de manera íntegra y eficaz en la legislación chilena materias con una perspectiva de género debe ser considerado una prioridad y no dar cabida a argumentos que

sitúen el establecimiento de estas normas como atentatorias en contra del principio de igualdad ante la ley, ya que tal como lo indica Patsilí Toledo (2009: p.41) “Un estado que no cuente con información clara y suficiente sobre el índice y características del feminicidio o femicidio, difícilmente podrá cumplir con su obligación de prevención de esta forma extrema de violencia contra las mujeres.”, situación que actualmente se ve cumplida por parte de las organizaciones del Estado como las estadísticas de Fiscalía o de la Subsecretaría contra la prevención del delito, y otras entidades como la Red chilena contra la violencia de la mujer, que entregan datos significativos que se deben tener en consideración para la elaboración de estos nuevos tipos penales que introduce la Ley 21.212.

Previo a la actual normativa del femicidio, el tipo penal no permitía otorgar una adecuada protección a las mujeres dado que perpetuaba situaciones de desigualdad que hoy en día ya no son tolerables.

Una omisión relevante consistió en ignorar los datos estadísticos de suma relevancia al momento de tipificar conductas penalmente. Por lo tanto, malamente la normativa penal otorgaría una adecuada protección a las niñas y adolescentes, mujeres adultas mayores o mujeres en situación de discapacidad puesto que este doble factor de vulnerabilidad no era considerado por los legisladores al momento de crear normativa penal.

2. Es por ello que consideramos que la reforma legal estudiada es un avance, siempre y cuando se tenga presente que la situación desigual en la que viven las mujeres y, particularmente, este grupo de mujeres considerado en la agravante (niñas y adolescentes menores de 18 años, mujer adulta mayor de 60 años y mujer en situación de discapacidad), no se va a erradicar, eliminar o transformar por el simple hecho de modificar un tipo penal, por lo que podría afirmarse así que las normas pueden constituir importantes logros para una sociedad.

3. En cuanto al análisis que se realizó de los sujetos que recoge ésta agravante es claro que comparten un elemento central, a saber: la violencia u opresión a la que son susceptibles por tratarse de grupos vulnerables no solo por una razón de género, sino que también por una cuestión de edad y de discapacidad que, si se compara con otras mujeres, éstas se han de encontrar en una situación privilegiada, o mejor dicho en términos negativos, no son propensas a recibir este tipo de trato discriminatorio y violento. Esto es coherente con los tratados internacionales ratificados por Chile en la materia como la Convención Belém do Pará o la

Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, pues las mujeres que se contemplan en la agravante del N° 2 al verse enfrentadas ante un hombre que tiene la intención de atacarla para darle muerte, se ven en una situación de inferioridad para defenderse, aprovechándose el autor de esta mayor vulnerabilidad que muchas veces se ve afectada por otros factores como sociales, económicos y educacionales.

Es por ello que consideramos que la incorporación de esta agravante no debe considerarse vulneratoria del principio de igualdad ante la ley puesto que pretende propiciar la igualdad desde un punto de vista material y no meramente formal como era la opinión de muchos legisladores.

4. Precisamente a través de esta discriminación positiva que se logra alcanzar parcialmente la igualdad, dado que se debe partir de la base que en estas mujeres confluyen más de un factor vulneratorio. En consecuencia, intentar alcanzar la igualdad entre desiguales sería una labor inalcanzable.

5. Teniendo en cuenta este tipo de situaciones se hace necesaria la intervención de los Estados en cuanto a establecer políticas tendientes a alcanzar dichos propósitos, fijando acciones positivas que permiten romper con esa desigualdad que pone en riesgo la vida de miles de niñas y mujeres pues dicho camino es el único que nos permitirá alcanzar la verdadera igualdad y no solamente la igualdad en el texto.

V. Referencias bibliográficas.

AMUCH (2019): Comisión de Mujeres y Equidad de Género, Femicidios en las Comunas de Chile, septiembre de 2019. Disponible en: https://www.amuch.cl/wp-content/uploads/2019/10/ESTUDIO_FEMICIDIOS.pdf Fecha última consulta: 1 de octubre de 2021.

Asamblea General de las Naciones Unidas (1993) ONU: “Declaración sobre la eliminación de la violencia contra la mujer” 48/104, 20 de diciembre de 1993.

Biblioteca del Congreso Nacional (2020): Historia de la Ley N° 21.212 Modifica el Código Penal, el Código Procesal Penal y Ley N° 18.216 en materia de tipificación del femicidio. Disponible en: <https://www.bcn.cl/historiadela Ley/historia-de-la-ley/vista-expandida/7731/>. Fecha última consulta: 08 septiembre 2021.

Butler, Judith (2007): *El Género en Disputa*, Paidós, Barcelona (traducción de María Antonia Muñoz)

Castillo, Alejandra (2011): “El delito de femicidio” en *Departamento de Estudios Defensoría Nacional*. Disponible en: <https://biblio.dpp.cl/datafiles/5319-2.pdf>. Fecha última consulta: 15 septiembre de 2021.

Cea Egaña, José Luis (2020): *Derecho Constitucional chileno*, Tomo II, Ediciones UC, Santiago.

Centro de Medicina Reproductiva y Desarrollo Integral adolescente, Escuela de salud pública (2017): “Género”, Disponible en: <https://educacionsexual.uchile.cl/index.php/hablando-de-sexo/conceptos-de-genero-sexualidad-y-roles-de-genero/genero>. Fecha de última consulta: 15 de septiembre de 2021.

Convención americana sobre derechos humanos “Pacto de San José de Costa Rica” (1978). Disponible en: https://www.oas.org/dil/esp/1969_Convenci%C3%B3n_Americana_sobre_Derechos_Humanos.pdf. Fecha de última consulta: 21 de diciembre de 2021.

Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la violencia contra la mujer, “Convención Belem do Pará” (1994), 09 junio de 1994. Disponible en:

<https://www.oas.org/juridico/spanish/tratados/a-61.html>. Fecha de última consulta: 23 de diciembre de 2021.

Córdova Molina, Diego (2015): “Repensar la igualdad democrática: Isonomía, isegoría, isotimia”, en *Revista digital de la Universidad Católica argentina*, N°25, pp. 11-39, Disponible en: <https://repositorio.uca.edu.ar/bitstream/123456789/7204/1/repensar-igualdad-democratica-isonomia.pdf> . Fecha de última consulta: 22 de diciembre de 2021

Corn, Emanuele (2014): “La revolución tímida. El tipo de femicidio introducido en Chile por la Ley N° 20.480 desde una perspectiva comparada” en *Revista de Derecho Universidad Católica del Norte*, N° 2, pp. 103-136.

De Azcárate, Patricio (1873): *Obras de Aristóteles*, Tomo III, Medina y Navarro Editores, Madrid.

De Beauvoir, Simone (2015): “*El Segundo Sexo*” p 371, sexta edición, Ediciones Cátedra Universitat de València, Madrid (traducción de Alicia Martorell “*Le Deuxième sexe*”).

Duarte, José María y García-Horta Juan Bartolomé (2016): “Igualdad, Equidad de Género y Feminismo, una mirada histórica a la conquista de los derechos de las mujeres” en: *Revista CS*, N° 18, pp. 107-158.

Expósito, Carmen (2012): “¿Qué es eso de la interseccionalidad? Aproximación al tratamiento de la diversidad desde la perspectiva de género en España”, en *Investigaciones Feministas*, vol. 3, pp. 203-222.

Facio Montejo, Alda (1996): “El principio de igualdad ante la ley”. Disponible en <https://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/a8106d0043f7e38a8281a7009dcdef12/3.+El+principio+de+igualdad+ante+la+ley.pdf?MOD=AJPERES>. Fecha última consulta: 17 de octubre de 2021.

Facio, Alda., Fries, Lorena (2005): “Feminismo. género y patriarcado” en *Revista sobre enseñanza del Derecho de Buenos Aires*. N° 6, pp. 259–294.

Figueroa, Natalia (2021): “Femicidios y violencia sexual en mujeres mayores: los factores detrás de una realidad invisibilizada”, disponible en:

<https://www.eldesconcierto.cl/reportajes/2021/03/07/8m-femicidios-y-violencia-sexual-en-mujeres-mayores.html>. Fecha última consulta: 13 de septiembre de 2021.

Figueroa, Rodolfo (2015): “¿Son constitucionales las cuotas de género para el Parlamento?”, en *Revista chilena de derecho*, vol. 42, N° 1, pp. 189-214.

García, Gonzalo et. al (2014): “Cuadernos del Tribunal Constitucional”, en *Diccionario Constitucional Chileno*, pp. 55.

Hernández, Aniol (2017): “Opresión e interseccionalidad”, en *Revista Internacional de Éticas Aplicadas*, N° 26, pp. 275-284.

Jabardo, Mercedes (2008): “Desde el feminismo negro, una mirada al género y la inmigración”, en *Feminismos en la antropología. Nuevas propuestas críticas. Congreso de Antropología.*, Suárez, Martín y Hernández (coords.), pp. 39-54

Lykke, Nina (2011): “Intersectional Analysis: Black Box or Useful Critical Feminist Thinking Technology?”, en *Framing intersectionality, Debates on a Multi-Faceted Concept in Gender Studies*, Helmal Lutz, María Teresa Herrera Vivar y Linda Supik, Surrey, pp. 207-220.

Maturana, Camila., Maira, Gloria (2004): “Femicidio en Chile” en *Acción de reparación simbólica a las mujeres víctimas de femicidio en Chile realizada por la Red Chilena contra la Violencia Doméstica y Sexual*. Eliana Largo (ed.), Soledad Rojas (coord.), Andros Impresores, Santiago, pp. 7-73.

Matus, Jean., Ramírez, María Cecilia (2021): *Manual de Derecho Penal, Parte Especial*, 4° edición, Tirant Lo Blanch, Valencia.

Ministerio de la mujer y equidad de género (s.f.) “Violencia contra la mujer”. Disponible en: https://minmujeryeg.gob.cl/?page_id=1359#:~:text=¿Qué%20se%20entiende%20por%20violencia,una%20mujer%20es%20el%20femicidio. Fecha última consulta: 27 de noviembre de 2021.

Miranda, Nazaryh., González, Alexis (2016): “El enfoque de derecho de la infancia y adolescencia en el contexto chileno”, en *Revista de Humanidades Médicas*, Camaguey, Chile, vol.16, n°3, pp. 459-474.

Nogueira Alcalá, Humberto (2006): “El derecho a la igualdad ante la ley, no discriminación y acciones positivas” en *Revista de Derecho Universidad Católica del Norte*, N°2, pp. 61-100.

Organización Mundial de la Salud (2020): *Respeto a las Mujeres: Prevención de la violencia contra las mujeres*. Ginebra. Disponible en: <https://apps.who.int/iris/bitstream/handle/10665/337198/WHO-RHR-18.19-spa.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Fecha última consulta: 13 de septiembre de 2021.

ONU (1948): *Declaración Universal de Derechos Humanos*. Disponible en: <https://www.un.org/es/about-us/universal-declaration-of-human-rights> Fecha de última consulta: 21 de diciembre de 2021.

ONU MUJERES (s.f.): “Preguntas frecuentes: Tipos de Violencia contra las mujeres y las niñas”. Disponible en: <https://www.unwomen.org/es/what-we-do/ending-violence-against-women/faqs/types-of-violence> Fecha última consulta: 27 de noviembre de 2021.

Politoff, Sergio., Matus, Jean Pierre., Ramírez, María Cecilia (2004): *Lecciones de Derecho Penal Chileno: Parte Especial*, 2º edición, Editorial Jurídica de Chile.

Reid, Nicolás (2012): “Un delito propio. Análisis crítico de los fundamentos de la Ley de Femicidio”, en *Revista de Estudios de la Justicia*, N° 16, pp. 171-193.

Rodríguez Collao, Luis (2011). “Naturaleza y fundamento de las circunstancias modificatorias de la responsabilidad criminal” *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, pp. 397–428.

Rousseau, Jean Jacques (1923): *Discurso sobre el origen de la desigualdad entre los hombres*, Editorial Calpe, Madrid.

Russel Diane, Caputi Jane (1990): “Femicide: Speaking the unspeakable” en *The World of Women*. Vol. 1, N°2, pp. 34-37

Russel Diane, Radford Jill (1992): “*Femicide: the politics of women killing*”, Ed. Twayne Publishers

Saccomano, Celeste (2017): “El feminicidio en América Latina: ¿vacío legal o déficit del Estado de derecho?” en *Revista CIDOB d’Afers Internacionals*. N° 117, pp. 51–78.

Santibáñez, María Elena., Vargas, Tatiana (2011): “Reflexiones en torno a las modificaciones para sancionar el femicidio y otras reformas relacionadas (Ley N° 20.480)” en *Revista Chilena de Derecho*, vol. 38, N° 1, pp. 193-207.

SENADIS (2019): Departamento Defensoría de la Inclusión Servicio Nacional de la Discapacidad, *Guía de Atención a Mujeres con Discapacidad Víctimas de Violencia*. Disponible en: <https://www.senadis.gob.cl>. Fecha última consulta: 1 de octubre de 2021.

SENAMA (2020): SENAMA registra un aumento de casi 4 veces en los casos de consulta sobre maltrato a las personas mayores durante los meses de pandemia. Disponible en: <https://www.desarrollosocialyfamilia.gob.cl/noticias/senama-registra-un-aumento-de-casi-4-veces-en-los-casos-y-consultas-sobre-maltrato-a-las-personas-ma>. Fecha última consulta: 1 de octubre de 2021.

Toledo, Patsilí (2009): *Feminicidio*. Consultoría para la oficina en México del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, 1° edición, México.

Valenzuela, Cecilia., Zúñiga, Alejandra (2014): “Leyes de cuotas electorales, constitución y democracia”, en *Revista de Derecho (Valdivia)*, vol. 27, N° 1, pp. 191-211.

Valenzuela, Ester., Arismendi, Macarena (2018): “Derechos Humanos de los niños, niñas y adolescentes: ¿La infancia primero?”, en *Informe Anual sobre Derechos Humanos en Chile 2018*, Tomas Vial, Vicente Parrini (eds.), Ediciones Universidad Diego Portales, Santiago, Chile, pp. 169-210.

Vásquez, Ainhoa (2015): “Femicidio en Chile, más que un problema de clasificación” en *Revista Latinoamericana de Estudios de Seguridad*, Quito, N°17, pp.36-47.

Villavicencio, Luis., Zúñiga, Alejandra (2015): “La violencia de género como opresión estructural”, en *Revista Chilena de Derecho*, vol. 42, N° 2, pp. 719-728.

Viveros, Mara (2016): “La interseccionalidad: una aproximación situada a la dominación”, en *Debate Feminista*, N° 52, pp. 1-17.