



TESINA EN DERECHO

**“DISCRIMINACIÓN DESDE EL PUNTO DE VISTA DE LA VÍCTIMA
¿Se trata de situaciones caracterizadas por mayores niveles de antijuricidad material?”**

Autor: Angela Peralta Jordan

Profesor guía: Emanuele Corn

Noviembre de 2012

TABLA DE CONTENIDOS

Resumen.....	3
Palabras clave.....	3
Introducción.....	3

CAPÍTULO I

CONCEPTO DE ANTIJURICIDAD

1. Naturaleza predominantemente objetiva. Críticas a la teoría subjetiva de la antijuricidad.....	5
2. Elementos subjetivos del injusto y los motivos del juicio de culpabilidad.....	6
3. Antijuricidad material.....	7
3.1 Desvalor del resultado.....	7
3.2 Construcción del juicio de desvalor material del acto.....	9
3.3 Graduación de la antijuricidad material.....	13

CAPÍTULO II

TRATAMIENTO PENAL DE LA DISCRIMINACIÓN

1. Delitos en particular.....	16
1.1 Genocidio.....	16
1.2 Persecución.....	18
1.3 Femicidio.....	19
2. El bien jurídico: derecho a la no discriminación.....	23
3. Respuesta a nuestra pregunta: Fundamentos que determinan el (igual o mayor) grado de antijuricidad material.....	27
Conclusiones.....	32
Bibliografía.....	34

RESUMEN

El objeto de este trabajo es cuestionar la existencia de un mayor grado de antijuricidad material en aquellos delitos en que el autor hace elección de la víctima actuando con una finalidad discriminatoria, cuestión que permitiría al juez aumentar su pena.

Para este cometido, abordaremos la antijuricidad material en consideración al resultado del delito, esto es, de la afectación o puesta en peligro de bienes jurídicos protegidos penalmente y evaluaremos la necesidad de tratar penalmente el problema de la discriminación.

Finalmente, deliberaremos sobre la posibilidad de considerar la igualdad (o el “derecho a la no discriminación”) un bien jurídico a valorar en los tipos penales antidiscriminatorios.

PALABRAS CLAVE

Bien jurídico - Antijuricidad material – Discriminación - Igualdad

INTRODUCCIÓN

Ya no cabe duda que el Derecho penal “conforma y expresa constantemente las valoraciones dominantes en el seno de la sociedad, lo que significa que es un espejo [...] de su cultura, y, por lo mismo, de la evolución y crisis de ésta”¹. Crisis que se hace evidente en nuestra época a través de las nuevas concepciones políticas que exigen al Estado abandonar la actitud abstencionista y dictar normas que extiendan su tutela a otras materias de preocupación de la población.

En este contexto, la actividad valorativa de los legisladores nacionales en orden a determinar los bienes dignos de protección ha supuesto desde varias décadas atrás la

¹ GUZMÁN DALBORA, José Luis (1993), “Exposición y crítica de una reducción del Derecho penal”, en *Anuario de Filosofía Jurídica y Social*, Sociedad Chilena de Filosofía Jurídica y Social, N° 11, p. 211.

justificación de todo aquello susceptible de ser lesionado en el sistema social, haciendo parte de la categoría de bienes jurídicos a sin fines de intereses.

En el marco de esta expansión del Derecho penal, la teoría clásica del bien jurídico viene a proporcionar un problema práctico, aún no resuelto por la doctrina más tradicional, y que es la falta de contención del fenómeno de la criminalidad y la ineficacia de las sanciones ya comprendidas en la normativa penal.

Lo anterior, se funda en la creciente sensación de inseguridad derivada –aunque no siempre- del aumento de la violencia y de la constante transmisión que dicho fenómeno tiene en los medios de comunicación masiva. Esto, es lo que ha permitido al legislador hacer (falsa) política mediante la punición de todas aquellas conductas que pudieran resultar peligrosas.

Finalmente es la conjugación entre esta necesidad desesperada de controlar las diversas formas de violencia motivadas por fines discriminatorios, y la concepción clásica, que aboga por “el principio de que el Derecho penal sólo puede proteger bienes merecedores de dicha tutela”², y por tanto, sólo la comprensión adecuada de éstos puede legitimar las normas jurídicas que los protege, la que nos permite desarrollar la cuestión sobre la justificación de la intervención del Derecho penal en el problema de la discriminación.

² MIR PUIG, Santiago (2004), “Valoraciones, normas y antijuricidad penal”, en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, núm. 06-02, p. 02:1-02:19, p. 7

CAPÍTULO I

CONCEPTO DE ANTIJURICIDAD

1. Naturaleza predominantemente objetiva. Críticas a la teoría subjetiva de la antijuricidad.

Desde el punto de vista de la concepción neoclásica del delito³, la antijuricidad denota un juicio de valor que retrata una relación de contraste entre un acto típico y un ordenamiento jurídico determinado, o el Derecho si se quiere⁴. En esta línea, “la antijuricidad implica afectación del bien jurídico y contrariedad de la conducta típica con todo el ordenamiento jurídico”⁵, o, que es lo mismo -pero desde su faz negativa-, “es la comprobación de que un acto prohibido por la norma penal no está excusado por una causal de justificación”⁶.

No obstante, el juicio de desvalor del acto no comprende únicamente el contraste objetivo con el Derecho en su conjunto o la afectación del bien jurídico contenido en la norma penal, sino que requiere, en determinados casos, la valoración de la subjetividad del autor a través de la concurrencia de los denominados *elementos subjetivos del injusto*⁷. Estos elementos, si bien pueden ubicarse entre los elementos del tipo, es evidente que, en determinados casos, pueden definir la antijuricidad del acto⁸; de hecho “la mayoría de los autores que admiten la existencia de determinados momentos subjetivos ubicados más allá de los márgenes de la culpabilidad sitúan a tales elementos en el régimen de la antijuricidad”⁹. Por esta razón es que podemos afirmar que la antijuricidad es un *juicio de valor predominantemente objetivo*.

³ Que es aquella que distingue, en la estructura del delito: acto, tipicidad, antijuricidad, culpabilidad y punibilidad.

⁴ Concuerdan con la idea de contrariedad al Derecho: MEZGER, JIMÉNEZ DE ASÚA, PETROCELLI, CARRARA, entre otros (Sobre la noción de la antijuricidad ver DEL VILLAR B., Waldo (1962), “*La antijuricidad*”, Prensas de la Escuela de Derecho de Valparaíso, Universidad de Chile, Valparaíso, pp. 13-18).

⁵ BUSTOS RAMÍREZ, Juan (2005), “*Obras completas*”, Vol. 1 “Derecho penal: parte general”, ARA Editores, Lima, p. 642.

⁶ GARRIDO MONTT, Mario (2005), “*Derecho penal, Parte general: Nociones fundamentales de la teoría del delito*”, Tomo II, 4ª ed., Editorial Jurídica de Chile, Santiago, p. 133.

⁷ Ejemplos de ellos son: el ánimo de lucro en el robo y el hurto, el ánimo lascivo en el abuso sexual, o el ánimo *injuriandi* en las injurias, por mencionar algunos.

⁸ Consideran los elementos subjetivos del injusto, en determinados casos, como fundamento de la antijuricidad: MAYER, MEZGER, JIMÉNEZ DE ASÚA, ZAFFARONI (del último autor ver ZAFFARONI E., Raúl (2008), “Observaciones sobre la delincuencia por odio en el Derecho Penal argentino”, en *Estudios Penales en Homenaje a Enrique Gimbernat*, Tomo II, Edisofer s.l, Madrid, p. 1743), entre otros. Ver síntesis de los autores que aceptan y rechazan la existencia de los elementos subjetivos del injusto en: DEL VILLAR B., Ob. Cit., pp. 80-91.

⁹ POLITOFF LIFSCHITZ, Sergio (2008), “*Los elementos subjetivos del tipo penal*”, 2ª ed., B de f, Montevideo-Buenos Aires, p. 48.

Aceptar una concepción contraria –nos referimos a la teoría subjetiva¹⁰- significaría trasladar el Derecho penal al campo de la moral, entrando a valorar ya no el resultado del acto típico, en razón de que si éste está o no permitido por el ordenamiento jurídico, sino que se estaría desaprobando los motivos o la voluntad mala del sujeto en orden a afectar bienes jurídicos. Ya lo señalaba POLITOFF “no hay ninguna ideología ‘inocente’ y de ahí que nos resistamos a aceptar concepciones que tienden a subordinar en todo caso la antijuricidad material a la ética, porque de esto al Derecho penal ‘del carácter’ hay sólo un paso”¹¹. Sin embargo, hay quienes por largo tiempo otorgaron al Derecho penal la labor de contribuir al mantenimiento del orden ético social dentro de la comunidad. Dicha concepción vulnera bajo nuestro parecer todas las bases de un Derecho penal liberal.

Como fuere, destacaremos por ahora que, si constituyese la *intención o finalidad discriminatoria* del autor un elemento subjetivo del injusto a valorar en determinado caso, pues ésta sería la única instancia de apreciación de la subjetividad del autor, mas la antijuricidad dice estrecha y preponderantemente relación con el resultado del acto típico, y por tanto, con un juicio de desvalor objetivo de la conducta.

2. Elementos subjetivos del injusto y los motivos del juicio de culpabilidad.

Siguiendo en la delimitación de nuestro tema, es preciso diferenciar el *ánimo discriminator* como elemento subjetivo del injusto, con la parte motivadora del juicio de reproche que impulsan al sujeto a cometer un determinado delito.

Así, afirmaremos que “en la antijuricidad interesa la dirección de la voluntad de atentar contra bienes jurídicos valiosos; [y] en la culpabilidad interesa cómo se gestó la decisión lesionadora”¹². La antijuricidad dice relación con la finalidad del autor y la culpabilidad con los motivos que deciden la voluntad del agente. Ya lo señalaba ZAFFARONI a propósito de los delitos de odio y de persecución en Argentina: “la *persecución* no parece ser ningún motivo sino una finalidad o una intención, en tanto que el *odio* es claramente un motivo”¹³.

¹⁰ Siguen la teoría subjetiva: DOHNA, RADBRUCH, ROCCO, CARNELUTTI, MESSINA, WELZEL, GRISPINI, JENKA, MERKEL, ANTONISEI, VON FERNECK, etc. (ver DEL VILLAR B., Ob. Cit., pp.67-78).

¹¹ POLITOFF LIFSCHITZ, “*Los elementos...*”, Ob. Cit., p. 52.

¹² GARRIDO MONTT, Ob. Cit., p. 143.

¹³ ZAFFARONI E., “*Observaciones...*” Ob. Cit., p. 1742.

En nuestro punto, la voluntad del autor se puede examinar desde dos planos distintos: desde la antijuricidad y desde la culpabilidad. En el primero, el agente, con la intención o finalidad de discriminar a una persona, envía un mensaje a través de la víctima al grupo al que ésta pertenece, matándola, lesionándola, en fin, afectando bienes jurídicos, cuestión que aumenta el ilícito de la conducta pues ésta “se aprecia [objetivamente] en cuanto posición de rebeldía en contra del Derecho”¹⁴; mientras que en el segundo –en el plano de la culpabilidad– los motivos del autor sólo permitirán observar la subjetividad que lo impulsó a cometer el acto típicamente antijurídico, nutriendo la decisión del juez en orden a si es o no posible exigirle otra conducta. De esta forma, sería apreciable en un determinado caso por ejemplo, la finalidad discriminatoria del agente, y al mismo tiempo, motivos fundados en razones económicas, o viceversa.

La distinción que hacemos tiene especial relevancia para ubicarnos en el juicio que vamos realizar ante un tipo penal específico o una agravante de la responsabilidad en razón de nuestro tema. Por esto, desde ya dejaremos en claro que excede al objeto de este trabajo el examen de la culpabilidad del agente, y abocaremos nuestra investigación sobre aquellos delitos en los cuales se observa un determinado *ánimo discriminatorio* como elemento subjetivo del injusto y cuyo resultado implique un mayor grado de antijuricidad. En otras palabras, serán nuestros objetos de análisis aquellos delitos en que la finalidad del autor implique la selección de la víctima en razón del grupo al cual pertenece, ya sea racial, sexual, étnico, religioso, etc., sin entrar en lo absoluto en la parte motivadora o caracterológica del juicio de reproche que se pudiera efectuar una vez acreditada la antijuricidad del acto.

3. Antijuricidad material.

3.1 Desvalor del resultado.

Para ubicarnos de manera específica en el objeto de esta investigación es preciso determinar a qué nos referimos con antijuricidad material, y lo haremos en contraposición a lo que mayoría de la doctrina denomina *antijuricidad formal*.

Según POLITOFF, ésta dice relación con “la simple contradicción del comportamiento típico y el derecho”¹⁵, cuestión que se traduce en “la falta de autorización legal expresa [causal de justificación] para realizar una conducta socialmente dañosa”¹⁶.

¹⁴ GARRIDO MONTT, Ob. Cit., p. 143.

¹⁵ Ídem., p. 138.

No coincidimos con aquellos que consideran la antijuricidad formal sinónimo de la tipicidad del acto¹⁷, pues entendemos, según la concepción unitaria de la antijuricidad y el carácter fragmentario del Derecho penal, que dicho elemento –la tipicidad- es propio y exclusivo del ámbito penal, no así la antijuricidad, que implica el contraste –en este caso formal- del acto típico con todo el ordenamiento jurídico¹⁸⁻¹⁹.

Como fuere, hay consenso en que no basta con la disconformidad formal del acto, sino que es preciso dar contenido material al injusto mediante la afectividad del bien jurídico. Así, la *antijuricidad material* ha sido definida como “la dañosidad social de la conducta, esto es, la lesión o peligro efectivo en que se ha puesto el bien jurídico protegido por cada norma en particular”²⁰, cuestión que, según veremos, permitirá al juez graduar el injusto.

De esta forma, “un mismo desvalor de dañosidad [desvalor representado por la lesión y por la probabilidad de la misma] puede no ir acompañado de ningún desvalor de imputación [desvalor que significa la imputación a una conducta humana], o acompañado de distintos grados de desvalor de imputación”²¹.

La distinción entre ambas faces de antijuricidad es posible apreciarla, además de conceptualmente, desde el punto de vista del objeto al cual se refieren o en el cual radican; así, afirmaremos que la antijuricidad formal considera el *desvalor del acto* realizado por el autor y la antijuricidad material el *desvalor resultado* del delito.

Es así, debido a que son numerosos los delitos que consideran, en el examen formal de la antijuricidad, elementos subjetivos del injusto que determinan la apreciación “contraria a derecho” del mismo. De esta manera, al realizar el contraste del acto típico con el ordenamiento en su conjunto, debe considerarse la intención o finalidad del autor, al punto que si ésta llegara a faltar el acto se tornaría lícito o sería castigado como delito común, vale

¹⁶ POLITOFF LIFSCHITZ, Sergio (2006) “*Lecciones de Derecho penal chileno: parte general*”, 2ª ed., Editorial Jurídica de Chile, Santiago, p. 209, citando a VON LISZT.

¹⁷ Nos referimos a la crítica que efectúa JIMÉNEZ DE ASÚA contra VON LIZST (creador de la teoría del contenido material de la antijuricidad), quien señala: “Bien mirado, todo se reduce a que von Lizst confunde la antijuricidad formal con la tipicidad. En suma, la antijuricidad material es la antijuricidad propia”. Rechazan también la distinción entre antijuricidad formal y material: SOLER, BETTIOL, FISCHER, VON HIPPEL, MANZINI, ROCCO, ANTONISEI, PETROCELLI, entre otros (ver en DEL VILLAR B., Ob. Cit., pp. 94-99).

¹⁸ En contraria, hay quienes consideran que el desvalor del acto significa la realización típica de la conducta (ver BUSTOS RAMÍREZ, “*Obras...*” Ob. Cit., pp. 133-140).

¹⁹ Tampoco compartimos la concepción que entiende la antijuricidad como simple infracción a la norma imperativa. Según MIR PUIG, “si lo antijurídico es lo prohibido por la norma imperativa, sólo pueden ser antijurídicas las conductas voluntarias, no los resultados separados de ellas” (ver MIR PUIG, Ob. Cit., pp. 13 y 14).

²⁰ POLITOFF LIFSCHITZ, “*Lecciones...*”, Ob. Cit., p. 209.

²¹ MIR PUIG, Ob. Cit., p. 11.

decir, como aquellos que tienen sujeto activo y pasivo innominado²². En los delitos que conllevan estas exigencias –elementos subjetivos del injusto- hay preeminencia de la voluntad del agente, por tanto, es aquí, en el examen formal, donde se aprecia el *desvalor del acto* del autor.

Por otro lado, nada de esto puede considerarse al evaluar la lesión o puesta en peligro efectiva de un bien jurídico determinado, y que es lo que entendemos por *desvalor del resultado*. Tiene razón BUSTOS RAMÍREZ cuando asevera que “sólo mediante el desvalor del resultado se puede establecer una conexión entre la norma prohibitiva y permisiva [o causa de justificación]; sólo mediante él se puede valer todo el ordenamiento jurídico; una valoración necesita de un objeto y este no es la acción, que ya fue valorada por la norma y no podrá ser valorada nuevamente, si no es la afección real del bien jurídico”²³.

Y es en este plano precisamente que abocaremos nuestra investigación. Cualquier apreciación subjetiva que diga relación con la finalidad o intención del autor en orden a discriminar a una persona afectando sus bienes jurídicos, debe ser valorada en el plano de la antijuricidad formal, mas no en el de la material, que es la que le da contenido a este elemento del delito. Sólo consideraremos para nuestro estudio el resultado que la conducta del agente pudiera causar en razón de la selección de su víctima.

3.2 Construcción del juicio de desvalor material del acto.

Ya destacábamos lo importante que es determinar la afectividad lesionadora del acto típico para valorar éste desde el punto de vista de la antijuricidad material. Así, pareciera que la cuestión central del juicio de desvalor que comentamos dice estrecha relación con la noción de bien jurídico, o mejor dicho, con la teoría que explica las bases y el proceso de valoración del mismo²⁴. En efecto, si sabemos que “la sanción penal solo [es] posible cuando [hay] una efectiva inobservancia”²⁵ de la norma, traducida en la consecuente vulneración a un bien

²² BUSTOS RAMÍREZ, “*Obras...*” Ob. Cit., p. 797.

²³ Ídem, p. 135.

²⁴ En contra se manifiestan OTTO y JAKOBS, quienes sostienen que “el derecho penal no tiene por función principal o exclusiva la defensa de bienes jurídicos, sino, ante todo, la función simbólica del ordenamiento normativo entendido como instrumento de orientación e institucionalización de la confianza mutua”. Citado por BARATTA, Alessandro (2004), “*Criminología y sistema penal*”, B de f, Montevideo-Buenos Aires, p. 13 (nota al pie).

²⁵ Ídem., pp. 130 y 131, refiriéndose a WELZEL.

jurídico, pues es preciso partir nuestro análisis determinando qué bienes, cómo y porqué se protegen²⁶.

HASSEMER afirmaba que “la salvación de una teoría del delito no está en la búsqueda de un principio general que cubra el conjunto de objetos [...], sino en la búsqueda de categorías que con ayuda puedan clarificar en todo tiempo la génesis de los objetos del delito, la cambiante definición social de <dignos de protección>”²⁷.

Para VON LISZT, dichas categorías provienen del campo de la metafísica o de la realidad social; “son las relaciones sociales mismas, la posición concreta que en ella ocupan los individuos, su intermediación con objetos y entes, y sus transformaciones por la interacción social”²⁸. Entendido así, “se evita toda tendencia que lleve simplemente a castigar ideas, los pensamientos o la simple peligrosidad del autor, sólo así se garantiza que lo que se protege no son determinadas visiones del universo, sino al hombre concreto dentro de una relación social concreta”²⁹.

En esta línea, la teoría de las normas de cultura de M. E. MAYER considera al bien jurídico como “particulares normas de cultura reconocidas por el Estado”³⁰, el que se encarga de realizar una “operación crítica a la cultura [y establecer] el deslinde entre lo jurídico y lo antijurídico”³¹.

Ahora bien, tales concepciones sobre los presupuestos del bien jurídico no implican siempre la comprensión del hombre en una sociedad determinada según las exigencias de un Estado social y democrático. La política que un Estado asuma según sus propias exigencias puede divergir de las primeras. Así, por ejemplo, el alzamiento de un objeto a la categoría de bien jurídico no va a estar necesariamente condicionado por la discusión participativa de los ciudadanos ni va a ser criticado en un futuro proceso de revisión; que es aquello que BUSTOS RAMÍREZ llamó el carácter dinámico del bien jurídico y que lo constituye como un principio garantizador de carácter cognoscitivo³².

²⁶ Ídem., p. 133. El autor establece tres niveles de análisis que hay que considerar al momento de valorar la protección a un bien determinado: “en primer lugar [la existencia de] los bienes jurídicos, luego sus presupuestos explicativos, y enseguida además la necesidad de proteger mediante una norma punitiva”.

²⁷ Ídem., p. 128, en su crítica a AMELUNG.

²⁸ Ídem., p. 133.

²⁹ Ídem., p. 136.

³⁰ GUZMÁN DALBORA, José Luis (1993), “Bien jurídico y norma de cultura: revisión de la Teoría de Max Ernest Mayer”, en *Revista de Derecho penal y Criminología*, Separata, Madrid, N° 3, p. 236.

³¹ Ídem., p. 232.

³² BUSTOS RAMÍREZ, “Obras...” Ob. Cit., p. 132.

Inclusive, en un Derecho autoritario, “ante el dilema clásico de si un hecho está prohibido porque es malo (*prohibitum quia malum*) o es malo porque está prohibido (*malum quia prohibitum*), este planteamiento optará por lo segundo. Ello descargará al legislador de la necesidad de justificar sus prohibiciones penales por la dañosidad social de los hechos penados”³³.

Entran aquí, las consideraciones de política criminal que el Estado sopesa sobre “la gravedad de los hechos, los diferentes bienes jurídicos en juego, el contexto social histórico, los principios de un Estado de derecho, la dignidad de la persona humana, etc.”³⁴

Resulta de relevancia entonces el origen o procedencia de la norma punitiva; *si el nacimiento de ésta es arbitrario, la materialidad antijurídica del acto* (según las nociones dogmáticas que hemos revisado) *no siempre se va a condecir con la real afectividad al bien jurídico protegido por la norma*, pudiendo darse casos en que ni siquiera éste se encuentre presente. Hablamos de tipos que prescinden de la protección a un bien determinado, de aquellos que protegen bienes ya valorados en otras normas penales, redundando en el objeto de protección, o de otros que sufren de vaguedad, indefinición, y carencia de fundamentación plausible³⁵.

Así, y según los términos en los que hemos entendido el contenido material del injusto, afirmaremos que en tales casos, *no puede, bajo ningún motivo, considerarse materialmente antijurídica una conducta que transgrede una norma que no protege bien jurídico alguno o lo protege sin válido fundamento.*

*Los bienes jurídicos deben cumplir con un estándar que les permita ser definidos, en la actividad valorativa, de manera clara y fundamentada*³⁶. De lo contrario, volveríamos al

³³ MIR PUIG, Ob. Cit., p.16. En la misma línea, los resultados de criminología crítica de BARATTA indicaron que el sistema punitivo es “un subsistema funcional de la producción material e ideológica (legitimación) del sistema social global, es decir, de las relaciones de poder y de propiedad existentes, más que como instrumento de tutela de intereses y derechos particulares de los individuo” (ver BARATTA, Ob. Cit., p. 301).

³⁴ BUSTOS RAMÍREZ, “Obras...” Ob. Cit., p. 139.

³⁵ Entre estos encontramos: la sodomía (art. 365), el incesto (art. 375), el incendio calificado (art. 474 inc. final), el duelo (art. 404 y 405), el abigeato (art. 448 bis), el discutido delito de aborto consentido (art. 344), el de asociación ilícita (art. 292), el escándalo público (art. 373), entre otros; todos del Código Penal chileno- adelante CP-.

³⁶ HASSEMER difiere señalando, “si la determinación del concepto de bien jurídico es precisa, y sólo por eso, rica en consecuencias políticsocriminales, pero no parece adecuarse al derecho penal real, la teoría del bien jurídico siempre parece quedarse atrás en el desarrollo del derecho penal” (ver HASSEMER, Winfried (1989), “Lineamientos de una teoría personal del bien jurídico”, en *Revista Doctrina Penal, Teoría y Práctica en las Ciencias Penales*, Revista trimestral, dirigida por Ricardo C. Núñez, p. 280).

positivismo puro del siglo XIX, propio de la concepción formalista de BINDING³⁷, quien atribuyó la categoría de bien jurídico a aquello que el legislador considera de importancia para tener una sana convivencia social, de manera tal que todo aquello que tenga la debida autorización del legislador será delito, y todo delito tenderá a la protección de un bien jurídico; cuestión que muchas ocasiones se aleja de la realidad.

Dicha visión de las cosas se escapa de la *función político garantista* que debe cumplir el bien jurídico, y que es la que permite limitar la labor de legislador en orden a establecer delitos que afecten o pongan en peligro efectivamente un bien preexistente en la realidad social (más allá del Derecho)³⁸, independientemente de las “convicciones valorativas dominantes”³⁹. Dicho de otro modo, “el concepto político-criminal de bien jurídico condiciona la legitimidad de una norma penal a que sirva a la protección de valores que la merezcan”⁴⁰.

Ahora bien, para que se genere tal merecimiento de la pena no resulta suficiente –pero sí necesaria- la conducta de afectación o amenaza al bien jurídico, sino que se requiere además de la “[contraposición de] principios orientados a la limitación de la punibilidad”⁴¹ como el de subsidiariedad, dañosidad social, tolerancia, humanidad, protección de la dignidad del hombre y el derecho penal de hecho⁴². Se requiere especialmente que, en la calificación del bien jurídico, es establezca la necesidad de la amenaza penal, la cual sólo será posible ante la incapacidad de las demás instancias de control social.

En esta línea, HASSEMER identifica tres elementos que deben comprenderse en la noción de bien jurídico, como forma de limitar la intervención a las libertades de las personas, a saber, el concepto de bien jurídico:

³⁷ Sobre la biografía, bibliografía y aportaciones del autor ver *Estudio preliminar acerca de Karl Binding y de su obra* en: BINDING, Karl (2009), “*La culpabilidad en Derecho penal*”, B de f, Montevideo-Buenos Aires, traducido por Manuel Cancio Meliá del original “*Die Schuld im deutschen Strafrecht*”, pp. XI-XXXVII.

³⁸ Sobre la función política y de garantía, ver BIRNBAUM, Johann Michael Franz (2010), “*Sobre la necesidad de una lesión de derechos para el concepto de delito*”, EDEVAL, Valparaíso, traducido por el Dr. Dr. h.c. José Luis Guzmán Dalbora, del original “*Ueber das Erfodernis einer Rechtsverletzung zum Begriffe des Verbrechens, mit besondere Rücksicht auf den Begriff der Ehrenkränkung*”.

³⁹ HASSEMER, “Lineamientos...” Ob. Cit., p. 277.

⁴⁰ MIR PUIG, Ob. Cit., p. 7.

⁴¹ HASSEMER, “Lineamientos...” Ob. Cit., p. 277. p. 278.

⁴² Ídem.

- a. *Debe adecuarse a la realidad*, lo que quiere decir “una relación correcta entre Derecho y vida [...], un puente firme hacia los «verdaderos» bienes de las personas hoy en día”⁴³;
- b. *Debe ser selectivo y nítido*, lo que “exige diferenciaciones precisas de los objetos y denominaciones cercanas a los hechos”⁴⁴; y
- c. *Debe ser generalmente comprensible*, lo que impide “generalizaciones nebulosas”⁴⁵.

Sólo el cumplimiento de dicho estándar permitirá la debida congruencia entre la compleja actividad valorativa de determinación de bienes jurídicos, realizada por el legislador, y el carácter materialmente antijurídico de la conducta que afecte dichos bienes.

3.3 Graduación de la antijuricidad material.

Visto el proceso de construcción del juicio de desvalor material del injusto, es preciso abordar brevemente algunas ideas que luego nos permitirán responder al problema central de la investigación, que es la graduación de la antijuricidad material en razón de la selección discriminatoria de la víctima por parte del agente.

En Chile la actividad valorativa que significa dicha graduación la realiza el juez en la fase de determinación judicial de la pena⁴⁶. En ella, el juez, con conocimiento y conjugación de todos los elementos, individualiza la pena “sobre la base del injusto concreto realizado y del sujeto concreto responsable”⁴⁷.

El juez debe medir su determinación según las circunstancias modificatorias de la responsabilidad penal⁴⁸ contenidas en los art. 10, 11, 12 y 13 del Código Pena. En nuestro tema, debemos mencionar la reciente introducción 21ª al art. 12 del CP⁴⁹, que considera circunstancia agravante “cometer el delito o participar en él *motivado por* la ideología, opinión política, religión o creencias de la víctima; la nación, raza, etnia o grupo social a que

⁴³ HASSEMER, Winfried (2007), “¿Puede haber delitos que no afecten a un bien jurídico penal?”, en *La teoría del bien jurídico*, por Roland Hefendehl, versión española, VV.AA, Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales S.A, Madrid, p. 104.

⁴⁴ Ídem.

⁴⁵ Ídem.

⁴⁶ Comentario sobre el sistema de determinación de la pena en Chile ver POLITOFF LIFSCHITZ, Sergio y ORTIZ QUIROGA, Luis (2002), “*Texto y comentario del Código Penal chileno*”, Tomo I, Libro primero-Parte general, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, pp. 323- 382.

⁴⁷ BUSTOS RAMÍREZ, Juan y HORMAZÁBAL MALARÉE, Hernán (2006), “*Lecciones de Derecho penal. Parte general*”, Editorial Trotta, Madrid, p. 538.

⁴⁸ Art. 62 CP señala: “las circunstancias atenuantes ya gravantes se tomarán en consideración para disminuir o aumentar la pena en los casos y conforme a las reglas que se prescriben en los artículos siguientes”.

⁴⁹ Ver Ley N° 20.609 de 24 de julio de 2012 que establece medidas contra la discriminación.

pertenezca; su sexo, orientación sexual, identidad de género, edad, filiación, apariencia personal o la enfermedad o discapacidad que padezca”⁵⁰. Empero, ya establecimos la respectiva distinción entre la parte motivadora de la conducta del autor y los elementos subjetivos del injusto que podrían, en determinado caso, elevar el grado de antijuricidad (aunque, como ya se dijo, desde la perspectiva de la antijuricidad formal, mas no la material). Por esto, no es preciso analizar en dicho campo la mencionada circunstancia agravante.

Respecto a las pautas que debe seguir el juez para motivar la sentencia, éstas se establecen en los art. 62 al 78 del CP. No obstante ello, “la decisión [final] sobre el *quantum* de la pena, en general, está condicionada por la función que se cree ésta debe perseguir”⁵¹. De ahí la relevancia de las teorías sobre el sentido y fin de la pena. Así por ejemplo, resultará fundamental para el caso concreto la aplicación de criterios preventivos generales o preventivos especiales; de ambos se extraerán disímiles posturas políticas criminales sobre la necesidad de la pena en el hecho calificado de delito.

Por nuestra parte, y sin ánimo de indagar en la complejidad de la teoría de la pena, diremos que, desde el punto de vista de un Estado social y democrático de derecho, ambas posturas sirven de criterio a considerar en la determinación de la pena: por una parte, la prevención general sólo “como eventual efecto de la sanción”⁵² permitiría graduar la dañosidad social que el acto típico pudiera haber causado y de la consecuente necesidad de la pena; y la prevención especial, por otra, en el sentido de humanizar las penas en consideración a las circunstancias especiales del sujeto inculpado. Por lo tanto, ambos criterios y otros de semejante, podría el juez plasmar en su resolución.

Con todo, sabemos además que para graduar la pena en razón de la antijuricidad material del acto típico, debe realizarse una valoración positiva del bien jurídico contenido en la norma penal, y la consiguiente valoración negativa del resultado del delito (efectiva lesión o puesta en peligro del bien protegido).

Sobre el plano positivo, ya hemos dicho que el bien jurídico, junto con fundamentar la intervención penal, permite medirla en proporción a la jerarquía determinada por el legislador. “De la jerarquía de los bienes jurídicos, que, por ejemplo, coloca la vida por encima del

⁵⁰ Art. 64 del CP, que dispone: “las circunstancias [...] agravantes que consistan en la disposición moral del delincuente, en sus relaciones particulares con el ofendido o en otra causal personal, servirán para [...] agravar la responsabilidad de sólo aquellos autores, cómplices o encubridores en quienes concurran”.

⁵¹ BUSTOS RAMÍREZ y HORMAZÁBAL MALARÉE, “Lecciones...” Ob. Cit., p. 539.

⁵² Ídem, p.540.

patrimonio, resultan grados de intensidad de las lesiones que son baremos para enjuiciar la proporcionalidad de las intervenciones estatales que, como reacción a la lesión, interfieren en la libertad del ciudadano”⁵³.

Mientras que en el plano negativo es preciso hacer un análisis cualitativo y cuantitativo. Por lo pronto, pre diremos que podrá ser penado más gravemente el acto típicamente antijurídico que signifique mayor afectividad al bien jurídico protegido por la norma penal respectiva, que otro que sólo pone en peligro o lesiona “menos” el mismo bien; hablamos en este caso de la medición de la intensidad de la afectación que pudiera darse, por ejemplo, ante el caso de consumación y de tentativa respectivamente.

De la misma manera, la graduación en términos cuantitativos, permite que sea más gravoso el acto típico pluriofensivo, vale decir, que afecte a más de un bien jurídico protegidos por el tipo penal, que aquel que vulnere sólo un bien jurídico.

Así lo establece en definitiva el CP chileno en su art. 69, que dispone que “dentro de los límites de cada grado el tribunal determinará la cuantía de la pena en atención al número de atenuantes y agravantes y a la mayor o menor *extensión del mal* producido por el delito”, es decir, a la mayor o menos afectación de el o los bienes jurídicos protegidos en la norma vulnerada.

⁵³ HASSEMER, “¿Puede haber delitos...”, Ob. Cit., p. 99.

CAPÍTULO II

TRATAMIENTO PENAL DE LA DISCRIMINACIÓN

1. Delitos en particular.

Para responder a nuestra pregunta sobre el grado de antijuricidad material en los casos en que el autor hace elección discriminatoria de su víctima, analizaremos algunos delitos que han sido considerados más gravosos debido a que, según su resultado, comprenden un mayor nivel de injusto.

1.1 Genocidio.

El genocidio es definido por la Convención para la Prevención y Sanción del crimen de Genocidio como “cualquiera de los actos mencionados a continuación, perpetrados con la intención de destruir total o parcialmente, a un grupo nacional, étnico, racial o religioso, como tal: a) Matanza de miembros del grupo; b) Lesión grave a la integridad física o mental de los miembros del grupo; c) Sometimiento intencional del grupo a condiciones de existencia que hayan de acarrear su destrucción física, total o parcial; d) Medidas destinadas a impedir los nacimientos en el seno del grupo”⁵⁴.

Respecto a la denominación del delito de genocidio, no es un tema pacífico. Muchos prefieren denominarlo genticidio⁵⁵. “Lo cierto es que el término de genocidio [...] se usó en los debates de Nuremberg, y adquirió inmediatamente gran popularidad, tomando estado oficial en el seno de la VI comisión del Consejo Económico y Social de la O.N.U.”⁵⁶

Por otra parte, el genocidio es considerado un crimen internacional gravísimo contra la humanidad (pues atenta a los derechos primarios y esenciales del hombre), de carácter consuetudinario y de *ius cogens*⁵⁷.

⁵⁴ Artículo II de la Convención para la Prevención y Sanción del crimen de Genocidio de 9 de diciembre de 1948.

⁵⁵ El más importante y creador del término es el argentino Francisco LAPLAZA.

⁵⁶ SILVA SILVA, Hernan (1995), “El delito de Genocidio ante el Derecho penal y el Derecho internacional público”, en *La dignidad de la persona*, Jornadas Chilenas de Derecho Público, vol. 3, EDEVAL, Valparaíso, p. 200, citando a JIMÉNEZ DE ASÚA.

⁵⁷ En Chile, la consideración del crimen de genocidio la hace la Ley N° 20.357 publicada en el Diario Oficial el 18 de julio de 2009. En ella “la descripción del aspecto subjetivo que define al genocidio es equivalente en el Estatuto y en la ley, lo mismo que los grupos protegidos, basándose ambos en el artículo 2 del Convenio para la Prevención y Sanción del Delito de Genocidio de 9 de diciembre de 1948”. Citado de CÁRDENAS ARAVENA, Claudia (2010), “La implementación de los crímenes de competencia de la Corte Penal Internacional en la Ley N° 20.357”, en *Revista de derecho (Valdivia)*, vol.23, n° 2, Valdivia, pp. 23-44.

De ahí que son varios los instrumentos y organismo internacionales que lo han rechazado. Sólo por esbozar los más trascendentes en la historia de la reacción penal a este crimen, encontramos: el Tribunal Militar Internacional de Nuremberg; el Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia; el Tribunal Penal Internacional para Ruanda; y la actual Corte Penal Internacional⁵⁸. Todos estos tribunales fueron y son (en el caso de la CPI), competentes para conocer actos constitutivos de este crimen, y que marcaron el siglo XX⁵⁹.

En este contexto de protección, el *bien jurídico* primario protegido por la normativa internacional, además de la vida o la integridad física y moral de las víctimas, es, según WERLE, la existencia misma de determinados grupos; considerado el hombre como un individuo social, que tiene existencia social. Según este autor “los miembros [del grupo] en sí son, por lo general, el objeto de la agresión, sin embargo, las lesiones o puestas en peligro de intereses individuales sólo se tienen en cuenta por el derecho penal internacional cuando el individuo es atacado, precisamente, como consecuencia de su pertenencia al grupo”⁶⁰. No obstante ello, ya veremos que detrás de cualquier bien colectivo y de los bienes individuales ya mencionados, siempre se esboza la dignidad de la persona como interés adicionalmente protegido.

Por otro lado, el término genocidio proviene etimológicamente del griego “genos”, que quiere decir raza, y “caedere” que en latín significa matar, a pesar de que la actividad típica comprenda además otros núcleos distintos al de dar muerte. Empero, lo importante es que dichos actos se supeditan al *propósito o intención de ocasionar destrucción* (total o parcial) en un grupo generalmente⁶¹ nacional, étnico, racial o religioso; propósito o intención que se constituye en el plano de la antijuricidad como un *elemento subjetivo del injusto* que determinará, en el caso concreto, la concurrencia de la misma. En otras palabras, “sólo cuando el autor se representa la acción individual como un paso para la consecución de la destrucción del grupo, el hecho aparece como lesión de la paz mundial y adquiere una dimensión internacional”⁶².

⁵⁸ Artículo 6 del Estatuto de Roma.

⁵⁹ Sobre los acontecimientos que significan este crimen ver WERLE, Gerhard (2005), “*Tratado de Derecho penal internacional*”, Tirant lo blanch, Valencia, traducido por Claudia Cárdenas Aravena, María del Pilar Díaz Pita y otros, pp. 309 y siguientes.

⁶⁰ Ídem, p. 316.

⁶¹ Se dice generalmente ya que las víctimas del crimen pueden ser cualquier grupo de personas determinado a partir de cualquier criterio arbitrario (CP francés).

⁶² WERLE, Ob. Cit., p. 337.

Como consecuencia de lo anterior, y a pesar de que la motivación discriminatoria del autor no sea suficiente para la concreción de este crimen, diversos códigos lo han considerado parte de aquellos que, animados por una finalidad discriminatoria, *resultan más gravosos desde el punto de vista de su resultado*, aumentando finalmente la pena. Para ellos la finalidad discriminatoria “forma parte de la intención de destruir ese grupo o comunidad y, por ello, en virtud de ese propósito no se castigan como delitos independientes los actos concretos realizados”⁶³. Sin embargo, no debemos dejar de considerar que la intención del agente dice estrecha relación con agredir a la víctima pero sólo por su pertenencia a un grupo específico; “al autor debe importar la destrucción del grupo y no la víctima en su individualidad”⁶⁴

1.2 Persecución.

Al igual que el genocidio, el delito agravado de persecución (ya sea como circunstancia agravante o como tipo especial) responde a un mayor contenido de injusto.

El Estatuto de Roma lo considera Crimen de lesa humanidad y lo define como la “persecución de un grupo o colectividad con identidad propia fundada en motivos políticos, raciales, nacionales, étnicos, culturales, religiosos, de género [...], u otros motivos universalmente reconocidos como inaceptables con arreglo al derecho internacional, en conexión con cualquier acto mencionado en el presente párrafo o con cualquier crimen de la competencia de la Corte”⁶⁵. Asimismo, aclara el concepto de persecución señalando que por éste “se entenderá la privación intencional y grave de derechos fundamentales en contravención del derecho internacional en razón de la identidad del grupo o de la colectividad”⁶⁶.

Como se ve, esta figura puede incluir diversas formas de comisión típica, sin embargo, “lo decisivo es siempre el carácter objetivamente discriminatorio y lesivo de derechos de la acción”⁶⁷. Aun así, tampoco se debe tratar de cualquier ánimo discriminador, sino que la privación de derechos debe ser manifestación de una política discriminatoria que permita

⁶³ POLITOFF LIFSCHITZ, Sergio (1999) “Informe sobre los delitos de discriminación en el derecho penal comparado (a la luz del Proyecto de Ley sobre discriminación racial y étnica (Boletín N° 2142-17))”, en *Ius et Praxis*, Universidad de Talca, Vol. 5, N° 002, Red ALy C, Talca, p. 197, citando a Bernal DEL CASTILLO.

⁶⁴ WERLE, Ob. Cit., pp. 337 y 338.

⁶⁵ Artículo 7.1.h del Estatuto de Roma.

⁶⁶ Artículo 7.2.g del Estatuto de Roma.

⁶⁷ WERLE, Ob. Cit., p. 403.

mirar el hecho desde un punto de vista más general⁶⁸. Lo anterior, dada la exigencia del elemento de contexto de los Crímenes de lesa humanidad.

Concretamente el autor debe dirigir su conducta contra determinadas personas “en razón de la identidad de un grupo o colectividad o contra el grupo o la colectividad como tales”⁶⁹, y lo debe hacer “por motivos políticos, raciales, nacionales, étnicos, culturales, religiosos o de género [...], o por otros motivos universalmente reconocidos como inaceptables con arreglo al derecho internacional”⁷⁰. Se excluyen de estos, la discriminación motivada por la tendencia sexual y por el estatus socioeconómico de la víctima ya que no existen principios de derecho internacional que los comprendan de manera específica.

En definitiva, este delito se manifiesta cuando el autor “se dirige contra una víctima que pertenece a un grupo discriminado en razón de un perjuicio y con objeto persecutorio; [acción que lógicamente] no impacta sólo a ésta, sino que es un mensaje que se envía a través de la víctima”⁷¹.

1.3 Femicidio⁷².

Situación distinta se perfila en el delito de femicidio. Porque si bien en él también se protege a un grupo determinado de víctimas, las mujeres, éste no requiere de ningún elemento de carácter subjetivo del autor que determine un mayor grado de injusto. Lo relevante para la configuración del delito de femicidio es el sexo de la víctima, mas no el ánimo discriminador del agente; de manera que si el autor actuó con o sin ánimo discriminatorio no reporta elementos adicionales a la concreción del delito.

Sin embargo, y la razón por la cual hacemos referencia al femicidio, es que quienes defienden su tipificación señalan que igualmente éste conllevaría un “*plus de injusto* que justifica la agravación de las penas [...] teniendo como elemento de consideración de fondo el reconocimiento de la situación de discriminación en que se encuentran las mujeres y la

⁶⁸ “El Código Civil del Reich, por ejemplo, tan sólo atribuía plenos derechos civiles a los «nacionales de sangre alemana o afín». Otras medidas legales impedían a los judíos el acceso a profesiones, o cargos públicos, afectaban a sus propiedades o a su vida familiar o limitaban su libertad deambulatoria” (Ídem, p. 404).

⁶⁹ Artículo 7.1.h.2 de los Elementos de los Crímenes.

⁷⁰ Artículo 7.1.h.3 de los Elementos de los Crímenes.

⁷¹ ZAFFARONI E., “Observaciones...” Ob. Cit., p. 1743.

⁷² La reciente reforma del CP chileno en relación a la tipificación del femicidio ha significado que todavía no existan análisis comentados sobre el código penal en su parte especial que comprendan dicho delito, ni investigaciones que hagan eco de su puesta en práctica.

necesidad de avanzar hacia una igualdad sustancial, abandonando la mera igualdad formal entre mujeres y hombres”⁷³.

En este contexto, la derogación de disposiciones penales discriminatorias en un principio⁷⁴ y la adopción de nuevas leyes contra la violencia doméstica, (independientemente de que la víctima fuera mujer) luego, llevaron a gran parte de las organizaciones que luchan contra toda forma de violencia a la mujer y al mundo político concretamente a definirse por encontrar en el ámbito penal una de las formas de resolver este problema.

Dicha opción permitiría cumplir un fin simbólico de la norma, en orden a reconocer la situación de violencia y a buscar prevenirla mediante su penalización, evaluar a los órganos intervinientes en el proceso de penal y hacer evidente la importancia que tiene para el Estado la solución de este conflicto.

No obstante aquello, son los mismos propulsores de esta alternativa quienes han identificado las dificultades que significa la tipificación de este delito⁷⁵.

Por una parte, y en virtud del principio de legalidad, el Derecho penal viene de alguna manera a restringir el concepto de femicidio, excluyendo otras situaciones que, según organizaciones feministas, deberían considerarse como parte de él⁷⁶; son las muertes de mujeres que ejercen la prostitución, los suicidios de mujeres motivados por sometimiento violento, o las muertes de mujeres fuera del ámbito familiar o íntimo. En Chile particularmente, sólo se sanciona el *femicidio íntimo*, vale decir, aquel en que la víctima es o haya sido cónyuge o conviviente del agente⁷⁷.

⁷³ MUNÉVAR, M., Dora Inés (2012), “Delito de femicidio. Muerte violenta de mujeres por razones de género”, en *Revista Estudios Socio-Jurídicos*, 2012, 14, (1), p. 155.

⁷⁴ Como “las normas que extinguían la responsabilidad penal del presunto violador por el matrimonio posterior de la víctima, las disposiciones que atenuaban sustancialmente la sanción penal del marido que mataba a su cónyuge en caso de adulterio [o] las normas civiles que respaldaban el llamado “derecho de corrección” del padre y marido sobre la mujer”. Citado de TOLEDO VÁSQUEZ, Patsilí (2009), “Leyes sobre femicidio y violencia contra las mujeres. Análisis comparado y problemáticas pendientes”, en *Tipificación del femicidio en Chile. Un debate abierto*, Red chilena contra la Violencia Doméstica y Sexual, Santiago, p. 43.

⁷⁵ Dificultades extraídas de TOLEDO VÁSQUEZ, Ob. Cit., p. 45.

⁷⁶ Según SANTIBÁÑEZ y VARGAS el término femicidio fue utilizado por la ONU el año 2001 refiriéndose al asesinato de mujeres como resultado extremo de la violencia de género que ocurre tanto en el ámbito privado como en el espacio público (ver SANTIBÁÑEZ TORRES, María Elena y VARGAS PINTO, 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, Santiago, nota al pie 4).

⁷⁷ A pesar de esto, no queda claro en el tipo penal chileno si el femicidio debe generarse con motivo u ocasión de la relación que liga al autor y a la víctima. Según MERA, una relación “lejana y sin relación plausible con el homicidio” no sería elemento suficiente para condenar al autor de femicidio (ver MERA FIGUEROA, Jorge (2009), “Femicidio”, en *Tipificación del femicidio en Chile. Un debate abierto*, Red chilena contra la Violencia Doméstica y Sexual, Santiago, pp. 41-50).

En segundo lugar, la consideración de la víctima <mujer> implica el riesgo de la “exclusión y discriminación [...] respecto de otras formas de violencia de género cuyas víctimas no son mujeres, especialmente respecto de personas con una identidad de género diversa”⁷⁸. Es lo que TOLEDO VÁSQUEZ llamó “la heteronormatividad implícita en la legislación”⁷⁹.

Como sea, la tipificación del delito de femicidio ya es una realidad en España y en algunos países latinoamericanos⁸⁰.

En Chile, a diferencia de otros países que han optado por un tipo autónomo de femicidio⁸¹, se decidió agravar el delito de violencia doméstica (ley N° 20.066) y reformar el delito de parricidio (art. 390 del CP).

La ley N° 20.480 de 18 de diciembre de 2010 modifica el CP en su art. 390, incorporando en su inciso 2° lo siguiente: "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"⁸².

Concretamente, lo que hace la reforma es aclarar el término que comentamos, no lo agrava, sino que lo precisa especificando que en el caso que la víctima sea o haya sido cónyuge o conviviente del autor, tomará la denominación de femicidio. De esta manera, las tipificaciones del femicidio en gran parte de Latinoamérica “establecen una figura penal diferenciada por sexo, pero sin penalidad agravada, es decir, se sanciona con *la misma pena* que la misma conducta en los casos en que la víctima sea un hombre”⁸³. Más claramente, si el sujeto pasivo es varón, será parricidio, y si es mujer, será femicidio.

⁷⁸ TOLEDO VÁSQUEZ, Ob. Cit., p. 46.

⁷⁹ Ídem.

⁸⁰ En España se optó por agravar el delito de lesiones graves (art. 148), los malos tratos (art. 153), las amenazas de un mal no constitutivo de delito (art. 171) y las coacciones (art. 172), cuando han sido cometidos por un hombre contra su esposa, o mujer que esté o haya estado ligada a él por una análoga relación de afectividad aun sin convivencia. Sin embargo, la tendencia en otras partes de Europa es incluir dentro de los delitos de discriminación el motivo o finalidad de violentar por el sexo o género de la víctima (ver, por ejemplo, el artículo 225-1 del CP Francés).

En Latinoamérica, por su parte, se puede ver análisis completo en: MUNÉVAR, M., Ob. Cit., pp. 135-175, en el cual se muestran algunas de las iniciativas de tipificar el femicidio, ya sea como tipo especial o como agravante de la responsabilidad.

⁸¹ Como Costa Rica, Guatemala, México, El Salvador, entre otros.

⁸² Ver Ley N° 20.480 de 18 de diciembre de 2010 que modifica el Código Penal y la Ley N° 20.066 sobre Violencia intrafamiliar, estableciendo el “femicidio”, aumentando las penas aplicables a este delito y reforma las normas sobre parricidio. En ella se introducen además el numeral 11 al art. 10 del CP sobre el estado de necesidad general, se modifica un elemento de la violación, se agregan circunstancias agravantes para los delitos sexuales, etc.

⁸³ TOLEDO VÁSQUEZ, Ob. Cit., p. 45.

La agravación de la conducta viene dada por otras circunstancias comprendidas en el art. 12 del CP. Se trata de las circunstancias: 6ª que consiste en “abusar el delincuente de la superioridad de su sexo o de sus fuerzas, en términos que el ofendido no pueda defenderse con probabilidades de repeler la ofensa”; la 18ª que implica “ejecutar el hecho con ofensa o desprecio del respeto que por la dignidad, autoridad, edad o sexo mereciere el ofendido, o en su morada, cuando él no haya provocado el suceso”; la ya mencionada circunstancia 21ª incorporada a propósito de la Ley antidiscriminación; y también por el art. 400 del CP que agrava la pena de las lesiones, aumentándola en un grado, cuando la víctima sea algunas de las personas mencionadas en el art. 5 de la Ley sobre Violencia Intrafamiliar (Ley N° 20.066). En todas ellas, se comprende la situación de ser una mujer la víctima del delito.

En la práctica, aplicando cualquiera de estas agravantes se cumpliría la lógica de calificar la conducta del agresor que se aprovecha del “estado mayor de indefensión en el que se halla la víctima [...] donde existe conocimiento, confianza, cariño”⁸⁴.

Sin embargo, hay quienes se oponen a la identificación del crimen de parricidio con el de femicidio. MERA FIGUEROA, por ejemplo, señala que lo que distingue el femicidio del parricidio es que en el primero “se afecta la vulnerabilidad de la víctima, se trata de una cuestión de género, es la condición de mujer de la víctima la que incrementa el injusto de su homicidio. Y el derecho penal debiera dar cuenta de esta especificidad, de esta mayor vulnerabilidad como elemento determinante de un injusto específico. La absorción del femicidio en el parricidio diluye esta especificidad”⁸⁵.

No obstante, el legislador sanciona, con la pena más elevada de nuestro ordenamiento penal, la *muerte dolosa* de quien es o ha sido cónyuge o conviviente del autor, para lo cual exige que el parricida “conozca las relaciones que los ligan”.

A los delitos desarrollados se pueden agregar otros que también regulan aspectos relativos a la discriminación, pero que sólo mencionaremos, tales como: el crimen *apartheid*, los delitos de incitación al odio y a la hostilidad discriminatoria, las injurias discriminatorias, la denegación de prestaciones por motivos discriminatorios, las asociaciones ilícitas con fines discriminatorios, etc.

⁸⁴ SANTIBÁÑEZ TORRES y VARGAS PINTO, Ob. Cit., p. 205.

⁸⁵ MERA FIGUEROA, Jorge (2009), “Femicidio”, en *Tipificación del femicidio en Chile. Un debate abierto*, Red chilena contra la Violencia Doméstica y Sexual, Santiago, p. 55.

2. El bien jurídico: derecho a la no discriminación⁸⁶.

Vistos los delitos en particular, cabe preguntarse entonces, en qué grado y de qué forma, el Estado, en su consideración política, posiciona a ciertas categorías de personas en las relaciones sociales. O dicho de otra manera, sobre qué fundamentos o necesidad de protección penal latente podría el legislador penalizar un acto dirigido contra una determinada víctima, discriminándola positivamente en relación a otras que están sujetas a la misma afectación de un bien jurídico ¿Podría el Estado considerar el “*derecho a la no discriminación*” un bien jurídico valorado en determinadas normas penales?

Como punto de partida traeremos a colación el bien conocido proceso de la *expansión del Derecho penal* que ha marcado la pauta en las últimas décadas. Porque si bien no es objeto de esta investigación abordar el estado actual de dicho fenómeno, sí es relevante indagar sobre las bases que nos permitirán explicar la preferencia de los Estados de tratar penalmente el problema de la discriminación.

La crisis del clásico sistema punitivo garantista⁸⁷ y los crecientes desafíos que la globalización impone (como nuevo marco de ideas), han llevado a los sistemas jurídicos del mundo a plantearse soluciones que se traducen básicamente en la criminalización de las “nuevas conductas”. La tendencia a la creación de nuevos bienes jurídicos-penales, a la ampliación de los espacios de riesgo penalmente relevantes, la flexibilización de las reglas de imputación y la relativización de los principios político-criminales de garantía⁸⁸, así como la clara criminalización en el estadio previo a lesiones de bienes jurídicos⁸⁹, cuyos marcos

⁸⁶ Aclaremos desde ya que la denominación “derecho a la no discriminación” la extrajimos de POLITOFF en su informe sobre los delitos de discriminación en el derecho penal comparado (POLITOFF LIFSCHITZ, “Informe...” Ob. Cit.). La concepción de que la igualdad o la no discriminación es un derecho equiparable a la categoría de bien jurídico proviene del pensamiento *constitucionalista estricto* que tiende a considerar los derechos fundamentales contenidos en la Carta Magna límites intrínsecos de aquello que el legislador debe criminalizar. Esta tendencia postula la completa adherencia de los objetos penalmente relevantes a los preceptos de la Constitución, como son aquellos que contienen los derechos fundamentales. Sin embargo, y a pesar de coincidir en la importancia que estos derechos significan para la limitación de la intervención punitiva, nos resulta difícil defender la concepción constitucionalista estricta que comentamos, puesto que, de aceptarla, podría llegarse al absurdo de que, en un Estado democrático de Derecho, se prive al legislador de tutelar penalmente bienes carentes de positivación y que nacen espontáneamente del ejercicio democrático, dejando esta labor exclusivamente al poder constituyente. Por otra parte, resulta evidente que no todos los tipos penales existentes encuentran su fundamento en la Carta Magna.

⁸⁷ Ver SILVA SÁNCHEZ, Jesús – María (2000), Prólogo a la edición española de “*La insostenible situación del Derecho Penal*”, Instituto de Ciencias Criminales de Frankfurt (Ed.) – Área de Derecho Penal de la Universidad Pompeu Fabra (ed. Española), Editorial Comares, Granada.

⁸⁸ SILVA SÁNCHEZ, Jesús – María (1999), “*La expansión del Derecho Penal: Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*”, 1ª. Ed., Cuadernos Civitas, Madrid, pp. 17 y 18.

⁸⁹ JAKOBS, GÜNTHER y CANCIO MELIÁ (2005), “*Derecho penal del enemigo*”, 1ª ed., Editorial Hammurabi, Buenos Aires, pp. 74 y 75.

penales aumentan desproporcionalmente sus penas, se comprenden en el fenómeno de la expansión del Derecho penal.

En este sentido, el Derecho penal deja de ser la *última ratio*, y se mantiene la idea de que, para lograr una protección efectiva y preventiva de determinados bienes, pues ésta debe ser necesariamente punitiva. La voluntad política entiende el Derecho penal como la “mano dura” que vendrá a dar respuestas a las reivindicaciones sociales, emanadas de situaciones de emergencia, pero que hasta el momento no las ha dado.

Ahora bien, más allá de este punto, que ya nos tocará criticarlo, es evidente que, junto con este proceso de criminalización de las “nuevas conductas”, se produzca una especie de posicionamiento del Estado respecto de cierta categoría de personas. Así, la política de “criminalizarlo todo” se ha extendido a la protección de personas que se consideran “débiles” o “en estado de riesgo” de ser víctimas de algún tipo de discriminación: son las mujeres, los menores, las minorías étnicas y sexuales, entre otros.

En este sentido, el argumento que fundamenta la *necesidad de tratar penalmente* la problemática de la discriminación viene dado por el afán de visibilizar el problema y hacerle frente de la manera más dura que la intervención del Estado puede hacerlo. De esta manera se da a entender al conocimiento público la efectividad de la protección dirigida a un grupo vulnerable específico, y se evidencia (y por qué no decirlo, se estigmatiza), dicho y sea de paso, la persecución penal a los autores de este tipo de delitos⁹⁰.

En cumplimiento de ambos fines la acción punitiva se apoya sobre la protección de bienes jurídicos que ya han sido comprendidos en otros tipos penales, pero que ante la problemática específica que comentamos, han resultado insuficientes.

Sin embargo, según el informe de POLITOFF sobre los delitos de discriminación en el Derecho penal comparado⁹¹, la necesidad de protección penal, y no tan sólo la civil, viene dada por cuatro factores: 1) la dificultad de identificar al autor por parte de la víctima; 2) la posición de poder que generalmente ejerce el autor sobre la víctima; 3) los costos y la lentitud

⁹⁰ De acuerdo a este afán que explicamos, los autores de los delitos de discriminación (como el parricida celópata, el violador, el genocida) constituyen parte importante en la estrategia del legislador de generar la sensación de que se está recogiendo el sentimiento popular de castigar este tipo de conductas. Dichos autores se posicionan como lejanos al ordenamiento jurídico y, por tanto, como enemigos de la sociedad, como individuos peligrosos sobre los cuales ninguna política de persuasión o rehabilitación hace efecto. Sobre el particular ver ZAFFARONI E., Raúl (2006), “*El enemigo en el Derecho penal*”, 1ª ed., EDIAR Sociedad Anónima Editora, comercial, industrial y financiera, Buenos Aires.

⁹¹ POLITOFF LIFSCHITZ, “Informe...” Ob. Cit., pp. 193-213.

del proceso civil que hacen “ilusorio un amparo efectivo del discriminado”⁹²; y 4) el carácter preventivo de la violencia que ejerce simbólicamente la represión penal. Para el autor, sólo a través del aparataje punitivo se pueden enfrentar de manera efectiva las conductas criminógenas y discriminatorias.

Ahora bien, cabe preguntarse entonces cuáles son los *bienes jurídicos* en juego que legitiman esta intervención penal. Para POLITOFF las figuras delictivas de discriminación punible tienen su fundamento en el bien jurídico del “derecho a la no discriminación”, el que sirve como correlato de los principios de *dignidad* e *igualdad* del ser humano:

La *igualdad*, entendida como principio normativo que se ocupa del <como deberían ser las cosas>, no es más que “no discriminación y no discriminación es simplemente la cancelación de ciertos rasgos como razones relevantes para la diferenciación normativa”⁹³, tales como el sexo, raza, clase social, nacionalidad, etc.

Y *dignidad*, según la precisó MAIHOFER, como el hecho que, visto negativamente, consiste “en lo inadmisibles de hallarse entregado un hombre al poder o al arbitrio de otro u otros hombres... [Es] la pérdida de uno mismo y del mundo, [...] el total avasallamiento de un ser humano por otro, [...] el sentimiento de degradarse de sujeto a objeto para cumplir únicamente los fines de otro”⁹⁴.

En este sentido la idea de igualdad y dignidad se encuentran estrechamente relacionadas, ya que la última viene precisamente a demostrar la igualdad entre todos los seres humanos. O como señalaba KANT, “y así el hombre entra a participar en la igualdad de todos los seres racionales, cualquiera que fuere su rango; igualdad por lo que se refiere a ser un fin y a la estimación por los demás como tal y a no poder ser utilizado como mero medio para los fines de otros”⁹⁵.

Sobre la base de estos bienes, pero considerando la afectación de otros, diversos cuerpos punitivos han reconocido los delitos de discriminación, tales como Código Penal francés, alemán, holandés y español⁹⁶, por mencionar algunos. A estos cabe agregar

⁹² Ídem, p. 212.

⁹³ ZÚÑIGA FAJURI, Alejandra; AGUILERA BERTUCCI, Daniela; VÁSQUEZ BRAVO, Andrea (2007), “Lejos del poder. Hacia una implementación de una ley de cuotas en Chile”, en *Revista de Derecho*, Universidad Austral de Chile, vol. XX Nº 2, p. 16.

⁹⁴ MAIHOFER, Werner (2008), “*Estado de Derecho y Dignidad Humana*”, B de f, Buenos Aires-Montevideo, traducido por el Dr. Dr. h.c. José Luis Guzmán Dalbora, p. XIII.

⁹⁵ Ídem, p. XIV, citando a KANT.

⁹⁶ El **CP Francés**, en su Capítulo V “de los atentados contra la dignidad de la persona”, Sección 1: “de las discriminaciones”, considera los delitos de negación de prestación, servicio o contratación y obstaculización de

importantes instrumentos internacionales que protegen el principio de igualdad entre las personas, tales como la Declaración Universal de Derechos Humanos, la Convención Internacional de Derechos Civiles y Políticos y la Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial que obliga a los Estados a castigar penalmente toda conducta, incitación o difusión de ideas basadas en la superioridad o en el odio racial⁹⁷.

En todos ellos, se hace referencia de alguna u otra forma a los *efectos o resultados de la conducta discriminatoria*, mas no a la motivación del autor. Esto queda claramente manifestado en el concepto de discriminación que entrega la Convención de la UNESCO relativa a la Lucha contra las Discriminaciones en la Esfera de la Enseñanza, y según la cual “se entiende por "discriminación" toda distinción, exclusión, limitación o preferencia fundada en la raza, el color, el sexo, el idioma, la religión, las opiniones políticas o de cualquier otra índole, el origen nacional o social, la posición económica o el nacimiento, que tenga *por finalidad o por efecto* destruir o alterar la igualdad de trato en la esfera de la enseñanza...”⁹⁸.

En todos, por lo demás, se manifiesta la idea de rechazo a la desigualdad o discriminación injusta o arbitraria, por un lado, pero persistiendo en el razonamiento de que puede haber un trato desigual para quienes se encuentran en situación de desigualdad, por

actividad económica por razones discriminatorias (artículo 225-2). Además castiga la discriminación cometida por persona depositaria de autoridad (artículo 432-7) y el crimen de Genocidio (artículo 211-1).

Asimismo, la Sección Séptima del **CP Alemán** sobre los “hechos punibles contra el orden público” sanciona los delitos de incitación al odio en contra de un grupo nacional, racial, religioso o étnico, denominado como “amotinamiento del pueblo” (§ 130) y el genocidio (§ 220a).

El **CP Holandés**, por su parte, sanciona los delitos de incitación a la discriminación en público (art. 137d), la ofensa discriminatoria (art. 137c) y la discriminación por quien ejerce cargo público, profesión u empresa (art. 137g y 429).

Finalmente, el **CP Español** reconoce los delitos de genocidio (art. 607), amenazas para atemorizar a un grupo étnico (art. 170); provocación a la discriminación contra grupos o asociaciones (art. 510) o la realizada por medios de publicidad (art. 510.1); discriminaciones en el empleo (art. 314); asociaciones ilícitas que promuevan la discriminación (art. 515.5º), etc.; además de la circunstancia agravante del art. 22.4ª que consiste en cometer el delito por motivos racistas, antisemitas u otra clase de discriminación [...]. Sobre estas disposiciones ver GÓMEZ TOMILLO, Manuel (2011), “*Comentarios al Código Penal*”, adaptado a la reforma introducida por la Ley Orgánica 5/2010 con entrada en vigor el 23 de diciembre de 2010, 2ª ed., Lex Nova, España.

⁹⁷ Pueden agregarse otros textos internacionales como: Declaración sobre la eliminación de todas las formas de intolerancia y discriminación fundadas en la religión o las convicciones; Declaración sobre los derechos de las personas pertenecientes a minorías nacionales o étnicas, religiosas y lingüísticas; Conferencia Mundial contra el Racismo, la Discriminación Racial, la Xenofobia y las Formas Conexas de Intolerancia; Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer; entre otros.

⁹⁸ Artículo 1 de la Convención de la UNESCO relativa a la Lucha contra las Discriminaciones en la Esfera de la Enseñanza, de 14 de diciembre de 1960.

otro⁹⁹. De aquí es entonces el favorecimiento y consideración penal en orden a tipificar las conductas que atenten a determinados grupos de personas.

3. Respuesta a nuestra pregunta: Fundamentos que determinan el (igual o mayor) grado de antijuricidad material.

Vistos los argumentos que fundamentan la criminalización de los actos de discriminación, es preciso analizar críticamente los argumentos expuestos, vistos desde la teoría clásica del bien jurídico presentada en el primer capítulo, para determinar el igual o mayor grado de antijuricidad material en dichos actos.

En primer lugar, es importante destacar la correcta reacción de la comunidad internacional en orden a visibilizar e incluso conceptualizar el problema de los actos de discriminación. Coincidimos en que dichos actos pueden, en determinado momento, generar importantes manifestaciones de violencia en contra de grupos que claramente pueden catalogarse de “vulnerables” o situados en un contexto de “desventaja”.

En segundo lugar, compartimos la exigencia que se hace “al Estado de corregir las desigualdades injustas mediante –si es necesario– otras desigualdades de naturaleza compensatoria”¹⁰⁰. Adherimos a la idea de que “una desigualdad se convierte en instrumento de igualdad, por el simple motivo de que corrige una desigualdad precedente”¹⁰¹.

Sin embargo, a estas alturas ya es importante preguntarse: ¿constituye realmente el “derecho a la no discriminación” un bien jurídico que justifique aumentar la pena del autor que lo vulnera? Además ¿existe una verdadera necesidad penal que fundamente la creación de nuevos tipos que castiguen los actos discriminatorios? ¿es el Derecho penal el encargado de responder al problema de la discriminación? Y según esto ¿cómo debería, en definitiva, graduar el juez la pena del autor que atentó contra la víctima llevado por una finalidad discriminatoria?

Al respecto hemos dicho que el derecho a la no discriminación no es más que la faz negativa de la igualdad, la cual se fundamenta, al igual que otros derechos humanos, en la idea de la *dignidad de la persona*.

⁹⁹ Sobre la diferencia entre la igualdad por equiparación y la igualdad por diferenciación ver ZÚÑIGA FAJURI; AGUILERA BERTUCCI; y VÁSQUEZ BRAVO, Ob. Cit., pp. 16-22.

¹⁰⁰ Ídem, p. 19.

¹⁰¹ Ídem, citando a BOBBIO.

Y antes de indagar sobre el “derecho a la no discriminación”, es preciso hacer una aclaración. La dignidad de la persona suele confundirse con aquello que posibilita su materialización, vale decir, los bienes jurídicos. El concepto de dignidad humana no es jurídico, sino filosófico, pero que, sin embargo, sirve de apoyo y fundamento a varias instituciones jurídicas como la de la igualdad. Así, “la violación a la dignidad humana [...] no se produce por la amenaza o el daño de uno u otro de los bienes jurídicos que interesan a todo ser humano, sino por la destrucción de una nota o atributo del ser humano en cuanto tal, la misma que es fuente de aquellos bienes, aunque no se confunda con la suma de éstos ni menos con uno u otro de ellos en particular”¹⁰². De ahí que desde ya hacemos la aclaración de no considerar la dignidad de la persona un bien jurídico comprendido en los tipos que comentamos¹⁰³.

Dicho esto, cuestionaremos la calificación de la *igualdad* (o el derecho a la no discriminación) como bien jurídico protegido por las normas penales antidiscriminatorias. Pues según el *estándar* mencionado precedentemente -y el cual deben satisfacer los bienes jurídicos- dicha calificación no sería correcta.

Precisaremos que el rechazo a admitir la igualdad como bien protegido por los tipos antidiscriminatorios no proviene de la falta de adecuación social o de la poca claridad o comprensión que dicho bien pudiera significar en su calificación; a pesar de la “política criminal moderna y divagadora [que tiende a] la utilización de bienes jurídicos vagos y demasiado generalizadores”¹⁰⁴.

Sino que la igualdad carece de aquello que simple e irrenunciablemente puede justificar la intervención del Estado en la libertad de las personas, que es el *real merecimiento de la pena o la necesidad de tratar penalmente un conflicto social*.

Como sabemos el Derecho penal no tiene la misión de proteger todo aquello que es posible de ser lesionado. Porque si así fuera, cualquier persona quedaría al alcance de la legislación penal de emergencia, ya que lo realmente útil es la seguridad de un Estado protector de todo aquello posible de lesionar. El Derecho penal, en este sentido, debe proteger

¹⁰² MAIHOFFER, Ob. Cit., p. XIV.

¹⁰³ Al contrario de tal consideración, los españoles reconocen en diversas disposiciones penales actos contrarios a la integridad moral y a la dignidad de la persona, afirmando que éstos son los bienes jurídicos afectados. Para mayor abundamiento, véase SERRANO GÓMEZ, Alfonso y SERRANO MAILLO, Alfonso (2007), “*Derecho penal. Parte especial*”, 12ª ed., Dikinson, Madrid, pp. 190 y siguientes.

¹⁰⁴ HASSEMER, “¿Puede haber delitos...”, Ob. Cit., p. 96.

lo que es realmente necesario proteger y siempre como *ultima ratio*, vale decir, cuando no sea posible hacerlo al amparo de otra rama del ordenamiento jurídico.

O dicho más directamente, “la misión del Derecho penal no es otra que la protección de bienes jurídicos, esto es, aquellos bienes vitales imprescindibles para la convivencia humana en Sociedad que son, por tanto, merecedores de protección a través del poder coactivo del Estado representado por la pena pública”¹⁰⁵. En efecto, si no existe bien jurídico protegido, pues la intervención del Estado en la libertad de conducta del individuo no estaría legitimada.

Dicha concepción del *ius puniendi* proviene justamente del entendimiento sobre la limitación negativa que los derechos humanos ejercen sobre él; principalmente de la garantía de proporcionalidad que significa un “principio de legitimación prospectiva conforme a la racionalidad de los fines, que incluye el examen de la adecuación y necesidad de la pena como medio de control social, y la preponderancia del fin de protección respecto de su naturaleza y cuantía”¹⁰⁶.

Aceptar que la igualdad entre las personas (o el “derecho a la no discriminación”) es un bien jurídico-penal relevante, implica en primer lugar, asegurar la tendencia de que el Derecho penal es la única –entre todas- herramienta eficiente de la que se dispone para solucionar los problemas de carácter social. Como bien precisa SILVA SÁNCHEZ, “no es infrecuente que la expansión del Derecho penal se presente como producto de una especie de perversidad del aparato estatal, que buscaría en el permanente recurso a la legislación penal una (aparente) solución fácil a los problemas sociales”¹⁰⁷.

En segundo lugar, significa afirmar el carácter netamente preventivo de las disposiciones que prohíben los actos discriminatorios. Es decir, además de querer dar cuenta de una situación de desventaja, al parecer invisible¹⁰⁸, se busca prevenir, mediante la penalización de algunos individuos, la realización de conductas discriminatorias. Como atribuyendo “a la pena el *único* fin de la prevención de los delitos futuros, protegiendo la mayoría no desviada, y *no* el de la prevención de los castigos arbitrarios o excesivos,

¹⁰⁵ JESCHECK, Hans-Heinrich (1981), “*Tratado de Derecho penal. Parte general*”, Vol. 1º, Bosch, Barcelona, traducción y ediciones realizada por S. Mir Puig y F. Muñoz Conde del original “*Lehrbuch des Strafrechts*”, p. 9.

¹⁰⁶ BASCUÑÁN RODRÍGUEZ, Antonio (2007) “Derechos fundamentales y Derecho penal”, en *Revista de Estudios de la Justicia*, Facultad de Derecho Universidad de Chile, N° 9, p. 48.

¹⁰⁷ SILVA SÁNCHEZ, Ob. Cit., p. 19.

¹⁰⁸ Tanto los tipos de genocidio, de persecución y el femicidio se generaron como consecuencia de actos imperceptibles (en el sentido de nuevos y no regulados por el ordenamiento jurídico) y despreciables a la vez.

tutelando la minoría de los desviados y de todos aquellos considerados en esta categoría”¹⁰⁹.

Dicho razonamiento, atenta precisamente contra la dignidad del individuo -que es aquello que sirve de fundamento a la institución jurídica de la igualdad- pues lo trata “como simple medio para conseguir una ventaja social que es deliberadamente manipulada por los órganos que producen y aplican [el] Derecho”¹¹⁰.

Por último (y lo más importante), atribuir a la igualdad el carácter de bien jurídico implica aceptar que los supuestos de violencia contra determinado grupo de víctimas no se encuentran acogidos por los tipos penales existentes, o que estos simplemente no resultan suficientes ante los nuevos desafíos de criminalidad que imponen los últimos tiempos. Nos preguntamos entonces ¿son idóneos acaso, los tipos y las penas actuales que protegen la vida o la integridad física de las personas, para proteger la vida e integridad física de los grupos afectados por estos actos discriminatorios?

Creemos que la respuesta es positiva. La necesidad del legislador penal de proteger a determinado grupo de víctimas no proviene del hecho de que el acto merezca de una pena mayor, sino de un interés político de hacer entender en la población de que se está atacando de la manera más dura un problema catalogado de “insostenible”, por un parte; y de la incapacidad de resolver en otras sedes problemas estrechamente relacionados con la estructura de un sistema social, por otra. Si, efectivamente los tipos de homicidio o lesiones no han resultado aptos o eficientes para sancionar actos contra los grupos discriminados, pues el problema se erradica en ámbito cultural, educacional o inclusive procesal-penal, mas no en sede penal.

Ya lo señalaba TOLEDO VÁSQUEZ a propósito de la violencia contra las mujeres, la ley que sanciona el femicidio “probablemente no permitirá reducir la tasa de estos delitos, como ninguna ley penal lo hace. Al parecer la única posibilidad de que estas cifras se reduzcan se relaciona con la más diligente actuación en los casos de violencia que aún no constituyen femicidio”¹¹¹.

Visto así, cómo se debería entonces determinar la pena en razón del grado de antijuricidad material.

¹⁰⁹ FERRAJOLI, Luigi (1995), “El Derecho penal mínimo”, en *Prevención y teoría de la pena*, Editorial Jurídica ConoSur Ltda., Santiago, dirigido por Juan Bustos Ramírez, p. 34.

¹¹⁰ MAIHOFER, Ob. Cit., p. XIV.

¹¹¹ TOLEDO VÁSQUEZ, Ob. Cit., p. 50.

Pues bien, partiremos de la base cuantitativa de la graduación del injusto mencionada anteriormente, y que indica que resulta más gravoso el acto pluriofensivo que aquel que sólo afecta sólo un bien jurídico. Bajo este prisma, podría pensarse que al responsable de los delitos de genocidio, persecución o femicidio, le puede ser atribuido una pena mayor –que la de un delito común– pues, además de afectar la vida o la integridad corporal de la víctima, vulnera el principio de la dignidad mediante la violación del bien jurídico de la igualdad (o el “derecho a la no discriminación”) comprendidos en dichos tipos.

Sin embargo, ya hemos manifestado que representa un error valorar la igualdad como un bien jurídico, debido a la falta de necesidad de tratar penalmente el problema de la discriminación. De manera tal, que la graduación de la pena sólo puede ser determinada en razón de la mayor o no afectación a los “verdaderos” bienes jurídicos protegidos por la norma penal específica.

Y planteada la cuestión en tales términos ¿cómo respondemos entonces a la inquietud de visualizar, sancionar y prevenir las conductas discriminatorias señalada precedentemente? Pues, en primer lugar, adoptando “políticas públicas destinadas a reestructurar los estereotipos sobre el rol de las mujeres [grupos étnicos, naciones, sexuales, etc.] en la sociedad y promover la erradicación de patrones socioculturales discriminatorios”¹¹²; y en segundo lugar, individualizando, deteniendo, procesando, juzgando, condenando y haciendo cumplir la pena a quienes cometen delito comunes, como el homicidio, las lesiones, etc.¹¹³.

¹¹² MERA FIGUEROA, Ob. Cit., p. 54.

¹¹³ ZAFFARONI E., “*El enemigo...*” Ob. Cit., p. 182.

CONCLUSIONES

- I. Las normas jurídicas no son meros mandatos coactivos, sino exigencias que deben ajustarse a las necesidades y valoraciones de orden social. En este sentido, no basta con la sola contradicción de la conducta del autor con el Derecho en su conjunto (antijuricidad formal), sino que se requiere, además, que aquella lesione o ponga en peligro los bienes jurídicos protegidos en dicha norma (antijuricidad material).
- II. La antijuricidad material dice relación con “un daño para la comunidad que justifica la caracterización del delito como comportamiento socialmente dañoso”¹¹⁴. Dicho comportamiento puede verse exigido, en ciertos casos, por un *elemento subjetivo del injusto*, que es aquel que va a determinar el carácter antijurídico del mismo.
- III. En un Estado inspirado en servir a las necesidades de la comunidad y en respetar las libertades y garantías mínimas del individuo, la actividad valorativa de elevación de entes a la categoría de bienes jurídicos debe ser congruente con el carácter materialmente antijurídico de la conducta que los afecta.
- IV. En la determinación de los bienes jurídicos se debe cumplir un estándar mínimo, que significa, especialmente, tener al Derecho penal como *última ratio* para resolver un conflicto social. Así, la pena sólo es merecida cuando el castigo resulta imprescindible (principio de subsidiariedad del Derecho penal).
- V. El problema de la discriminación ha sido enfrentado en sede penal por diversos legisladores nacionales y también por la comunidad internacional. Se cree que el poder punitivo es el único medio eficaz para visibilizar, prevenir y sancionar los actos discriminatorios. En este contexto, los delitos de genocidio, persecución, femicidio, entre otros, han basado su legitimación en considerar la igualdad (o el derecho a la no discriminación) el bien jurídico protegido por tales tipos.

¹¹⁴ JESCHECK, Ob. Cit., p 316.

- VI. La igualdad, como manifestación de la idea de dignidad humana, no puede calificarse como bien jurídico, pues, el problema que busca resolver -la discriminación- carece del elemento de merecimiento de pena. Es decir, no resulta necesario o imprescindible tratarlo penalmente. Dicho fenómeno debe resolverse en sede distinta a la penal, puesto que ésta ya regula los supuestos de homicidio, lesiones, etc.
- VII. Suele confundirse la necesidad de cambiar las estructuras sociales y de generar políticas públicas que disminuyan el grado de violencia provocada por finalidades discriminatorias, con la necesidad efectiva de tratar penalmente (es decir, con la posibilidad de intervenir en la libertad de las personas) los conflictos sociales.
- VIII. El Derecho penal no es apto para erradicar la violencia por discriminación; pero sí lo es para enfrentar todo tipo de violencia, sea o no motivada por un ánimo discriminatorio.
- IX. Por lo anteriormente expuesto, no existe mayor grado de antijuricidad material en aquellos casos en que el autor hace elección discriminatoria de su víctima, pues no hay otro bien jurídico que esté lesionando además de los ya protegidos por los tipos penales comunes. Razón por la cual no debería, por este criterio, aumentarse su pena.

BIBLIOGRAFÍA

A) Doctrina

BARATTA, Alessandro (2004), *“Criminología y sistema penal”*, B de f, Montevideo-Buenos Aires.

BASCUÑÁN RODRÍGUEZ, Antonio (2007) “Derechos fundamentales y Derecho penal”, en *Revista de Estudios de la Justicia*, Facultad de Derecho Universidad de Chile, N° 9, pp. 47-74.

BINDING, Karl (2009), *“La culpabilidad en Derecho penal”*, B de f, Montevideo-Buenos Aires, traducido por Manuel Cancio Meliá del original “Die Schuld im deutschen Strafrecht”.

BIRNBAUM, Johann Michael Franz (2010), *“Sobre la necesidad de una lesión de derechos para el concepto de delito”*, EDEVAL, Valparaíso, traducido por el Dr. Dr. h.c. José Luis Guzmán Dalbora del original "Ueber das Erfodernis einer Rechtsverletzung zum Begriffe des Verbrechens, mit besondere Rücksicht auf den Begriff der Ehrenkränkung”.

BUSTOS RAMÍREZ, Juan (2005), *“Obras completas”*, Vol. 1 “Derecho penal: parte general”, ARA Editores, Lima.

— y HORMAZÁBAL MALARÉE, Hernán (2006), *“Lecciones de Derecho penal. Parte general”*, Editorial Trotta, Madrid.

CÁRDENAS ARAVENA, Claudia (2010), “La implementación de los crímenes de competencia de la Corte Penal Internacional en la Ley N° 20.357”, en *Revista de derecho (Valdivia)*, vol.23, n° 2, Valdivia, pp. 23-44.

DEL VILLAR B., Waldo (1962), *“La antijuricidad”*, Prensas de la Escuela de Derecho de Valparaíso, Universidad de Chile, Valparaíso.

FERRAJOLI, Luigi (1995), “El Derecho penal mínimo”, en *Prevención y teoría de la pena*, Editorial Jurídica ConoSur Ltda., Santiago, dirigido por Juan Bustos Ramírez.

GARRIDO MONTT, Mario (2005), “*Derecho penal, Parte general: Nociones fundamentales de la teoría del delito*”, Tomo II, 4ª ed., Editorial Jurídica de Chile, Santiago.

GÓMEZ TOMILLO, Manuel (2011), “*Comentarios al Código Penal*”, adaptado a la reforma introducida por la Ley Orgánica 5/2010 con entrada en vigor el 23 de diciembre de 2010, 2ª ed., Lex Nova, España.

GUZMÁN DALBORA, José Luis (1993), “Bien jurídico y norma de cultura: revisión de la Teoría de Max Ernest Mayer”, en *Revista de Derecho penal y Criminología*, Separata, Madrid, N° 3, pp. 227-240.

___ (2010), “Estudio Necrológico: Sergio Politoff Lifschitz o la perseverancia creadora de una vida emigrante”, en *Revista de Estudios de la Justicia*, Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, N° 12, pp. 13-39.

___ (1993), “Exposición y crítica de una reducción del Derecho penal”, en *Anuario de Filosofía Jurídica y Social*, Sociedad Chilena de Filosofía Jurídica y Social, N° 11, pp. 209-228.

HASSEMER, Winfried (1989), “Lineamientos de una teoría personal del bien jurídico”, en *Revista Doctrina Penal, Teoría y Práctica en las Ciencias Penales*, Revista trimestral, dirigida por Ricardo C. Núñez, pp. 275-285.

___ (2007), “¿Puede haber delitos que no afecten a un bien jurídico penal?”, en *La teoría del bien jurídico*, por Roland Hefendehl, versión española, VV.AA, Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales S.A, Madrid, pp. 95-104.

JAKOBS, GÜNTHER y CANCIO MELIÁ (2005), “*Derecho penal del enemigo*”, 1ª ed., Editorial Hammurabi, Buenos Aires.

JESCHECK, Hans-Heinrich (1981), *“Tratado de Derecho penal. Parte general”*, Vol. 1º, Bosch, Barcelona, traducción y ediciones realizada por S. Mir Puig y F. Muñoz Conde del original *“Lehrbuch des Strafrechts”*.

MAIHOFER, Werner (2008), *“Estado de Derecho y Dignidad Humana”*, B de f, Buenos Aires-Montevideo, traducido por el Dr. Dr. h.c. José Luis Guzmán Dalbora.

MERA FIGUEROA, Jorge (2009), “Femicidio”, en *Tipificación del femicidio en Chile. Un debate abierto*, Red chilena contra la Violencia Doméstica y Sexual, Santiago, pp. 41-50. Disponible en internet: <http://www.nomasviolenciaconmujeres.cl/files/Tipificar%20el%20femicidio%20un%20debate%20abierto.pdf>

MIR PUIG, Santiago (2004), “Valoraciones, normas y antijuricidad penal”, en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, núm. 06-02, p. 02:1-02:19. Disponible en internet: <http://criminnet.ugr.es/recpc/06/recpc06-02.pdf> ISSN 1695-0194 [RECPC 06-02 (2004), 28 mar]

MUNÉVAR M., Dora Inés (2012), “Delito de femicidio. Muerte violenta de mujeres por razones de género”, en *Revista Estudios Socio-Jurídicos*, 2012, 14, (1), pp. 135-175. Disponible en: http://www.sci.una.edu.co/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0124-05792012000100006&lng=es&nrm=iso.

POLITOFF LIFSCHITZ, Sergio (1999) “Informe sobre los delitos de discriminación en el derecho penal comparado (a la luz del Proyecto de Ley sobre discriminación racial y étnica (Boletín N° 2142-17))”, en *Ius et Praxis*, Universidad de Talca, Vol. 5, N° 002, Red AL y C, Talca, pp. 193-213.

— (2008), *“Los elementos subjetivos del tipo penal”*, 2ª ed., B de f, Montevideo- Buenos Aires.

— (2006), *“Lecciones de Derecho penal chileno: parte general”*, 2ª ed., Editorial Jurídica de Chile, Santiago.

___ y ORTIZ QUIROGA, Luis (2002), “*Texto y comentario del Código Penal chileno*”, Tomo I, Libro primero-Parte general, Editorial Jurídica de Chile, Santiago.

SANTIBÁÑEZ TORRES, María Elena y VARGAS PINTO, 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, Santiago, pp. 193-207.

SERRANO GÓMEZ, Alfonso y SERRANO MAILLO, Alfonso (2007), “*Derecho penal. Parte especial*”, 12ª ed., Dikinson, Madrid.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús – María (1999), “*La expansión del Derecho Penal: Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*”, 1ª. Ed., Cuadernos Civitas, Madrid.

___ (2000), Prólogo a la edición española de “*La insostenible situación del Derecho Penal*”, Editado por Instituto de Ciencias Criminales de Frankfurt, Área de Derecho Penal de la Universidad Pompeu Fabra (ed. Española), Editorial Comares, Granada.

SILVA SILVA, Hernan (1995), “El delito de Genocidio ante el Derecho penal y el Derecho internacional público”, en *La dignidad de la persona*, Jornadas Chilenas de Derecho Público, vol. 3, EDEVAL, Valparaíso.

TOLEDO VÁSQUEZ, Patsilí (2009), “Leyes sobre femicidio y violencia contra las mujeres. Análisis comparado y problemáticas pendientes”, en *Tipificación del femicidio en Chile. Un debate abierto*, Red chilena contra la Violencia Doméstica y Sexual, Santiago, pp. 41-50.
Disponibile en internet:
<http://www.nomasviolenciacontramujeres.cl/files/Tipificar%20el%20femicidio%20un%20debate%20abierto.pdf>.

WERLE, Gerhard (2005), “*Tratado de Derecho penal internacional*”, Tirant lo blanch, Valencia, traducido por Claudia Cárdenas Aravena, María del Pilar Díaz Pita y otros.

ZAFFARONI E., Raúl (2008), “Observaciones sobre la delincuencia por odio en el Derecho Penal argentino”, en *Estudios Penales en Homenaje a Enrique Gimbernat*, Tomo II, Edisofer s.l, Madrid, pp. 1735-1748.

___ (2006), “*El enemigo en el Derecho penal*”, 1ª ed., EDIAR Sociedad Anónima Editora, comercial, industrial y financiera, Buenos Aires.

ZÚÑIGA FAJURI, Alejandra; AGUILERA BERTUCCI, Daniela; VÁSQUEZ BRAVO, Andrea (2007), “Lejos del poder. Hacia una implementación de una ley de cuotas en Chile”, en *Revista de Derecho*, Universidad Austral de Chile, vol. XX N° 2, pp. 9-30.

B) Textos normativos

- Código Penal Chileno, disponible en: <http://www.leychile.cl>
- Código Penal Español, disponible en: <http://www.iberred.org>
- Código Penal Alemán, disponible en: <http://www.gesetze-im-internet.de>
- Código Penal Francés, disponible en: <http://www.legifrance.gouv.fr>
- Código Penal Holandés, disponible en: <http://www.lexadin.nl/wlg/legis/nofr/eur/lxwened.htm>
- Ley chilena N° 20.480 de 18 de diciembre de 2010 que modifica el Código Penal y la Ley N° 20.066 sobre Violencia intrafamiliar, estableciendo el “femicidio”, aumentando las penas aplicables a este delito y reforma las normas sobre parricidio. Disponible en: <http://www.leychile.cl>
- Ley chilena N° 20.609 de 24 de julio de 2012 que establece medidas contra la discriminación. Disponible en: <http://www.leychile.cl>

C) Textos internacionales

- Convención de la UNESCO relativa a la Lucha contra las Discriminaciones en la Esfera de la Enseñanza.
- Convención Internacional de Derechos Civiles y Políticos.
- Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial.

- Conferencia Mundial contra el Racismo, la Discriminación Racial, la Xenofobia y las Formas Conexas de Intolerancia.
- Convención para la Prevención y Sanción del crimen de Genocidio.
- Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer.
- Declaración sobre la eliminación de todas las formas de intolerancia y discriminación fundadas en la religión o las convicciones.
- Declaración sobre los derechos de las personas pertenecientes a minorías nacionales o étnicas, religiosas y lingüísticas.
- Declaración Universal de Derechos Humanos.
- Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional.
- Elemento de los Crímenes de la Corte Penal Internacional.