

II. Derecho Penal (Parte Especial)

EL CONCEPTO DE MUJER EN EL DELITO DE FEMICIDIO ÍNTIMO

HUGO FERNÁNDEZ GUTIÉRREZ
Universidad Andrés Bello

SÍNTESIS DEL CASO

El presente comentario trata la muerte de una persona transgénero a manos de su expareja. La víctima no había realizado un cambio registral de sexo, pero que era reconocida como mujer por su entorno y pareja, comportándose, identificándose y siendo tratada por dicha identidad.

El Tribunal Oral en lo Penal condenó al victimario por femicidio íntimo del artículo 390 bis inciso segundo del Código Penal, dicha decisión fue recurrida por los abogados defensores del imputado mediante un recurso de nulidad, argumentando una incorrecta aplicación del derecho. La ilustrísima Corte de Apelaciones consideró que dicha decisión sí había concurrido en el vicio argumentado y, por tanto, la sentencia recurrida debía ser anulada.

Respecto a los argumentos utilizados por cada uno de los tribunales señalados con anterioridad, debemos comenzar con los esgrimidos por el tribunal oral en lo penal, quienes consideran que, habiéndose acreditado que la víctima se comportaba, identificaba y era reconocida como mujer, es posible aplicar el tipo penal de femicidio íntimo del artículo 390 bis, dado que cumplía con el requisito objetivo de ser una mujer debido a su identidad de género, esto, a pesar de la ausencia de un cambio registral. Esta interpretación se basó en testimonios de familiares, amigos y funcionarios policiales que respaldaron la identificación de la víctima como mujer, así como su relación de pareja con el acusado.

Por su parte, la defensa para fundamentar su recurso de nulidad emplea el siguiente argumento, afirman que la calificación jurídica realizada por el tribunal era errónea, ya que, en su opinión, la víctima no poseía la condición de sujeto pasivo del tipo penal al no ser una mujer biológica ni registrada como tal, considerando que se producía una analogía que vulnera el principio de legalidad y que, por lo mismo, el victimario solo podía ser autor del delito de homicidio simple o calificado, pero, en ningún caso, el delito de femicidio.

Respecto a los argumentos utilizados por la ilustrísima Corte de Apelaciones, el tribunal estima que, aunque la identidad de género de la víctima pudiera considerarse femenina según los medios de prueba presentados en el tribunal oral en lo penal, al no existir un cambio registral de sexo, no procedía incluir a la víctima en el delito de femicidio, puesto que, el tipo penal hacía referencia, a diferencia del 390 ter, solo a aquellas personas que, o fueran mujeres biológicas o, que hayan realizado el cambio registral. Sumado a lo procedente, señaló que interpretar ampliamente el tipo penal considerando la identidad de género como parte de este, en lugar del sexo, constituía una analogía y, que, por ende, esta interpretación no era admisible en virtud del principio de legalidad. Por lo tanto, se debía realizar una interpretación estricta y, considerar como mujer solo a aquella biológicamente o registrada como tal.

CONCEPTO DE MUJER EN EL ARTÍCULO 390 BIS DEL CÓDIGO PENAL E IDENTIDAD TRANS

En este apartado se hará una breve reseña respecto a qué es ser una persona transgénero, al fundamento de separación entre femicidios íntimos y no íntimos, al bien jurídico protegido de estos delitos y, de la utilización del concepto de mujer en los artículos 390 bis y 390 ter. Por último, se observarán dos situaciones problemáticas y su posible solución.

El artículo 390 bis¹ estipula:

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.

En el caso que se comenta la Corte entiende que no corresponde aplicar este tipo penal puesto que la víctima no es una “mujer”. Esto ya que si bien, de acuerdo con el tribunal oral en lo penal era posible señalar dicha condición de acuerdo a antecedentes fácticos², el tribunal de alzada considera que tales

¹ Haciendo referencias al artículo 390 ter respecto a ciertas cuestiones que podrían orientar este trabajo.

² Estas son las declaraciones de testigos, donde señalan que ellos la han conocido como mujer durante un periodo de tiempo considerable, además de, señalar que el victimario era presentado como su pareja, quien la consideraba mujer en su “sentido más natural y propio” en palabras del tribunal.

argumentos no son válidos, puesto que para que se pueda aplicar este tipo penal, esto es, el delito de femicidio del artículo 390 bis, debería tratarse de una persona biológicamente mujer o, a lo menos debe haberse realizado el trámite registral señalado por la Ley N° 21.120, ya que, de acuerdo al tribunal, dicho trámite constituye el requisito indispensable para que se pueda tratar a una persona de acuerdo a su identidad de género.

Por lo tanto, en este caso no se aplicaría dicha concepción de mujer³. En consecuencia, nos encontraríamos frente a la figura de homicidio simple o calificado, dependiendo si concurren o no las situaciones correspondientes.

Así que, una vez establecido el tipo penal que nos encontramos comentando y, el argumento utilizado por el tribunal de alzada respecto al concepto de mujer, debemos señalar nuestros argumentos para entender cómo debió ser resuelta esta cuestión.

En un principio, parece necesario delimitar qué debemos entender como una persona transgénero, ya que, dicha definición nos servirá de base para poder establecer si estas personas también se encuentran protegidas dentro del injusto presente en la norma. Por lo cual, debemos señalar la definición entregada por el Diccionario panhispánico del español jurídico el cual entiende como una persona transgénero a “Persona que se identifica con un sexo diferente o que expresa su identidad sexual de manera diferente al sexo que le asignaron al nacer”⁴. Dicha definición nos entrega algunos acercamientos que tendría la palabra de “persona trans”, aunque no nos parece suficientemente completa para comprender la totalidad del alcance que contiene, por lo mismo es que, entregaremos una definición propia que, consideramos adecuada para abordar esta temática.

Aunque, en este punto y, antes de dar una definición propia, debemos destacar la dificultad que supone entregar un concepto que refleje una situación fáctica que varía de persona en persona y que, además, pretenda cumplir con el estándar necesario que corresponde al derecho penal.

Considerando lo anterior, la definición que entregaremos respecto de una persona transgénero será la siguiente: “[a]quella persona que se identifica con un sexo diferente, teniendo una identidad sexual y expresión de género diferente a la asignada al nacer, bastando para su reconocimiento con dicha identidad, la persona haya sido conocida por un periodo de tiempo constante con dicho sexo y expresión de género”.

³ Entendida como mujer en una concepción basada en el género.

⁴ Diccionario panhispánico del español jurídico, definición de persona trans, última consulta realizada el 17 de marzo de 2024, disponible online en: <https://dpej.rae.es/lema/persona-trans>

Volviendo a lo anteriormente señalado, si bien esta definición considera elementos como requisitos copulativos que pueden resultar en una visión más restrictiva del concepto, parece correcto considerar dichos parámetros por lo menos, para esta área del derecho, puesto que, mediante el uso de dichos requisitos, podemos tratar de respetar y garantizar todas las garantías procesal penales posibles.

La definición planteada nos permite visualizar que, una persona transgénero no es, sino aquella que se identifica con un sexo diferente, teniendo una expresión e identidad de género conforme a dicha creencia, lo que nos permite entender y, poner de relieve que, para poder considerarlas como tal, no sería necesario un cambio registral como el argumentado por el tribunal de alzada.

Habiendo entregado una definición de persona transgénero, nos corresponde complementar dicha acepción relacionándola con los tipos penales de relevancia en este tema. En efecto, los tipos de femicidio (íntimo y no íntimo) y, su división doctrinal, no se basa en una diferenciación de “mujer” en contexto de sexo vs género (o biológico y no biológico), sino que, dicha distinción se funda en la existencia (o no) de una relación sexo/afectiva entre víctima y victimario. Por lo tanto, el señalamiento que se hace por la defensa y, que es recogido por la Corte respecto a que, el tipo penal del artículo 390 bis protege una mujer concebida en su mirada biológica (sexo) y, que el tipo 390 ter protege a la mujer en su concepto social (género), nos parece erróneo, ya que, el injusto de los tipos penales como dijimos anteriormente se distinguen en base a la existencia (o no) de relaciones sexo/afectivas y, no la concepción del concepto “mujer”.

De manera que, nos parece correcto entender que, al no hacer diferencias los tipos penales, es totalmente factible que, se pueda entender como “mujer” también a las personas transgénero, incluyendo a aquellas contempladas por la definición que no tuvieran un cambio de sexo registral, sin considerar dicha aplicación una analogía (aunque, dicho tema se tratara en un apartado posterior).

Por otra parte, se puede sostener que ambos tipos penales buscan proteger a la mujer frente a la violencia de género que pueda sufrir, una dentro del ámbito de relaciones de pareja y, el otro, simplemente por el hecho de ser mujer⁵. En razón de esto es que debemos entender que el concepto de mujer

⁵ La primera de estas, refiriéndose al 390 bis, conocido como femicidio íntimo y, la siguiente, refiriéndose al 390 ter, conocido como femicidio no íntimo.

usado por el artículo 390 bis es el mismo que el 390 ter, puesto que ambos propenden el mismo injusto.

Como segundo punto de análisis del tipo nos corresponde hacer una breve presentación del bien jurídico protegido por este delito, donde nos suscribimos a la tesis de la profesora Murillo, la cual considera como bien jurídico del artículo del artículo 390 bis⁶ tanto la vida humana como la igualdad de género⁷.

Lo previamente dicho, nos hace evidente que, el injusto de los delitos de femicidio (tanto el 390 bis como el del 390 ter) en ningún caso busca cerrar la protección solamente a un ámbito biológico, sino que, busca proteger a un sujeto pasivo amplio en armonía con las otras áreas del derecho y, con el derecho internacional que, propende a la inclusión de las personas trans en su protección, no quedándose en el aspecto biológico⁸.

En consecuencia, analizados ambos aspectos que, a nuestro juicio son esenciales para determinar esta materia, no parece sino, acertado considerar que ambos tipos penales (tanto el analizado en cuestión 390 bis, como el comparativo 390 ter) se refieren al mismo concepto de mujer para determinar el sujeto pasivo del injusto y, solo difieren en elementos relacionados al vínculo de víctima-victimario que, de encontrarse estaríamos frente al tipo penal del 390 bis y, en caso de no encontrarse, nos encontraríamos frente a un posible caso del artículo 390 ter⁹. Así, nos parece correcto entender que, si ambos tipos penales (tanto el del 390 bis como el del 390 ter) comparten el mismo concepto de mujer en virtud de la no diferenciación de sexo/genero e, inclu-

⁶ Que, desde nuestro punto de vista, es el mismo del injusto del artículo 390 ter, puesto que, ambos tipos penales persiguen la protección de las mismas personas bajo el mismo fundamento, solo diferenciando situaciones fácticas.

⁷ MURILLO ÁVALOS, Consuelo. “El injusto en el delito de femicidio”, en *El delito de femicidio en la legislación chilena*, 1º edición, Santiago de Chile: DER ediciones (2021), p. 104.

⁸ Tema que será abordado en el siguiente capítulo del comentario.

⁹ Importante parece señalar que, no siempre nos encontraremos residualmente con la figura del artículo 390 ter, sino que, pueden haber situaciones donde el elemento volitivo del victimario no sea dar muerte a una mujer simplemente por el hecho de ser tal, sino que, el actuar del victimario esté dirigido a la realización de otro tipo penal, donde se produciría la muerte de la mujer como víctima de dicho delito, como ejemplo de estos supuestos, podemos señalar robos con violencia con resultados de muerte, violaciones con resultados de muerte, entre otros. Así, TAPIA LEIVA, Marcela. “La violencia sexual como fundamento del delito de femicidio” (artículo 390 ter N° 3 del Código Penal), en SCHEECHLER, Christian (ed.). *El delito de femicidio en la legislación chilena*, 1ª edición, DER ediciones, Santiago de Chile, diciembre 2021, p. 198.

so el injusto del tipo penal que sería la vida humana y la igualdad de género, podemos entender que, el concepto de mujer usado por el tipo penal del 390 bis se debe atender a como aquel que persigue la sanción “de la agresión por el rol que cumple la mujer y lo que ella representa”¹⁰.

Así pues, se expresa de igual forma la profesora Fabiola Girao, quien ha señalado que al encontrarnos frente a delitos que se basan en la violencia de género, es de suma importancia, comprender quienes pueden ser víctimas de estos, siendo aquellos las personas que ocupen un lugar correspondiente al del sexo femenino en la sociedad¹¹. Lo anterior no hace sino reforzar la idea de que, estos delitos al tener una raíz de protección contra la violencia de género persiguen aquellas conductas que afecten a aquellas personas que ejerzan el papel de mujer en la sociedad, ya sea en relaciones sexoafectivas (femicidio íntimo) o no (femicidio no íntimo).

Por último, debemos tratar dos temas esenciales que derivan del análisis del tipo penal y de los comentarios de la sentencia, estos son la necesidad (o no) del cambio de sexo registral para incluirse como sujeto pasivo del tipo y, la factibilidad de la inclusión de los hombres transgénero como sujetos pasivos del tipo penal.

Respecto al primer punto, debemos mencionar que un sector de la doctrina¹² considera la necesidad del cambio registral para, considerarse sujeto pasivo del tipo penal del 390 bis. En razón de este es que, debemos discrepar de la opinión de los autores, puesto que, el tipo penal no considera ese elemento dentro del tipo y, además la ley de identidad de género (21.120), establece que “[p]ara efectos de esta ley, se entenderá por identidad de género la convicción personal e interna de ser hombre o mujer, tal como la persona se percibe a sí misma, la cual puede corresponder o no con el sexo y nombre verificados en el acta de inscripción del nacimiento”.

Por lo tanto, dicho requisito puede o no realizarse tratándose de mayores de 14 años, siendo una facultad no restrictiva otorgada a las personas, de corresponder su identidad de hombre o mujer con su partida de nacimiento,

¹⁰ Así, VARGAS PINTO, Tatiana. Femicidio no íntimo y las razones de género (artículo 390 ter N° 4 del Código Penal, en SCHEECHLER (ed.), ob. cit., p. 217.

¹¹ GIRA O MONTECONRADO, Fabiola. “Consideraciones sobre el significado y alcance del vocablo ‘mujer’ en el delito de femicidio”, en *Un derecho penal centrado en la persona: Libro homenaje al profesor Luis Rodríguez Collao*, 1ª edición, Valparaíso: Editorial Jurídica de Chile (2023), p. 917.

¹² Así MATUS, Jean Pierre; RAMÍREZ, María Cecilia. Manual de derecho penal chileno. Parte Especial. Valencia: Tirant lo Blanch (2021), pp. 83-84.

cosa que, en ningún caso, a falta de realización, proscribiera la utilización de dicha identidad.

En relación con el segundo punto, el cual corresponde a la pregunta: ¿el hombre transgénero sin realizar el cambio de sexo registral puede ser víctima del delito de femicidio íntimo del 390 bis? En nuestra consideración, parece correcto a la luz de todos los argumentos señalados con anterioridad respecto a la inclusión de personas transgénero mujeres en el tipo de femicidio íntimo, estimar que, estas personas no pueden ser sujetos pasivos del tipo penal, puesto que, no corresponderían con el injusto que busca sancionar el tipo, esto es, castigar la violencia contra la mujer, por el hecho de ser mujer (en relación al rol que cumple y lo que ella representa)¹³ y haber mantenido una relación sexo/afectiva con un hombre¹⁴, por lo mismo, los hombres transgénero no se encontrarían considerados dentro del sujeto pasivo del tipo, por lo cual, debería sancionarse su muerte como homicidio simple o calificado según corresponda.

ANÁLISIS DEL DERECHO INTERNACIONAL Y EL GÉNERO

Si bien podemos señalar que, desde la dogmática penal se dan suficientes argumentos del porque se debería propender a una interpretación inclusiva de las personas transgénero mujeres dentro del tipo penal de femicidio íntimo presente en el 390 bis por las razones ya esgrimidas en el título anterior, no parece sino correcto agregar también el razonamiento que se ha tenido en el derecho internacional de esta materia.

Respecto a cuáles serían estos argumentos, podemos mencionar tres que, a nuestro parecer, fundamentan nuestra tesis. En primer lugar, el análisis que se hace del derecho de identidad por parte del sistema interamericano de derechos humanos, en segundo lugar, la sentencia *Átala vs Chile* y, por último, la sentencia *Hernández vs. Honduras* que, refleja un pronunciamiento claro de esta materia.

El primer argumento, se refiere al derecho de identidad y su tratamiento en el sistema interamericano de derechos humanos. Este derecho es el que nos permite hablar de la identidad de género como un derecho universal y, en el ámbito del cual trata este comentario contempla que, el no reconocimiento de la identidad de personas transgénero es considerado una vulneración al

¹³ VARGAS PINTO, *ob. cit.*, p. 217.

¹⁴ Este último requisito, siendo el elemento objetivo mismo del tipo penal del 390 bis.

principio de no discriminación establecido por tratados internacionales tales como la Convención Americana sobre Derechos Humanos, la Carta de Naciones Unidas y la Declaración universal de Derechos Humanos¹⁵.

Esta vulneración a la que nos referimos en el párrafo previo es la que se visualiza en el caso concreto que analizamos, puesto que, se evidencia un desconocimiento de la identidad de la víctima al señalar que, es necesario para el reconocimiento de la identidad (y en específico, su posible inclusión en el tipo penal de femicidio) un trámite que, es voluntario en nuestra legislación y que, en ningún caso condiciona la identidad de un individuo.

En segundo lugar, tenemos el argumento de la sentencia *Átala vs. Chile* que es vinculante para el Estado de Chile, este dictamen es interesante para esta temática, en específico su número 91, el cual señala

Teniendo en cuenta las obligaciones generales de respeto y garantía establecidas en el artículo 1.1 de la Convención Americana, los criterios de interpretación fijados en el artículo 29 de dicha Convención, lo estipulado en la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, las Resoluciones de la Asamblea General de la OEA, los estándares establecidos por el Tribunal Europeo y los organismos de Naciones Unidas (supra párrs. 83 a 90), la Corte Interamericana deja establecido que la orientación sexual y la identidad de género de las personas son categorías protegidas por la Convención. Por ello está proscrita por la Convención cualquier norma, acto o práctica discriminatoria basada en la orientación sexual de la persona. En consecuencia, ninguna norma, decisión o práctica de derecho interno, sea por parte de autoridades estatales o por particulares, pueden disminuir o restringir, de modo alguno, los derechos de una persona a partir de su orientación sexual¹⁶.

Este fragmento es interesante para nuestro comentario ya que, establece la proscripción de la discriminación por motivos de identidad de género, lo que nos viene a reforzar la idea de que, solicitar el cambio de sexo registral no puede ser en ningún caso un requisito para hacer válida la identidad de una persona.

Por último, tenemos la sentencia del caso *Hernández vs Honduras*, que nos refleja el caso de Vicky Hernández una mujer Transgénero que fue asesinada en un contexto de violencia estatal debido a un golpe de Estado ocurrido en el año 2009.

¹⁵ Así, ARRUBIA, Eduardo J. “El derecho al nombre en relación con la identidad de género dentro del Sistema Interamericano de Derechos Humanos: el caso del Estado de Costa Rica”, en *Revista Direito GV*, vol. 14 (2018), pp. 148-168.

¹⁶ Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso *Atala Riffo y Niñas vs. Chile*, p. 33, considerando 91.

Este caso en específico es si no, el más relevante para este comentario en materia de derecho internacional y jurisprudencia interamericana, ya que, nos encontramos frente al reconocimiento por parte de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de la aplicación de normativa de protección de violencia contra la mujer en específico, la Convención de Belém do Pará para las personas transgénero.

Esta sentencia también ha sido comentada brevemente por la profesora Girao, quien ha señalado que esta jurisprudencia permite la discusión de estos supuestos, ya que los argumentos esgrimidos por la Corte revelan la complejidad de este tema, permitiendo tener diversas visiones sobre la interpretación de estas normas y, su aplicación a las personas trans¹⁷.

En específico, por voto mayoritario de los ministros del tribunal interamericano, se considera adecuada la inclusión de las personas transgénero mujeres como sujetos víctimas de violencia contra la mujer y, por ende, de protección de la convención Belén do Pará. Este argumento se basa en que, la violencia sufrida por personas transgénero se fundamenta, al igual que la violencia de la que son víctimas las mujeres en la violencia de género. Además, considera que el artículo 9 de la convención no es *numerus clausus* en los motivos que fundan la violencia contra la mujer y, que, por lo tanto, ser una persona transgénero también podría ser un móvil de esta¹⁸.

Mismo argumento señalan que se puede usar respecto a la aplicación de la Convención para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW), ya que dicha convención establece que su alcance también se refiere a la discriminación contra la mujer por motivos de género y, que por lo mismo se incluye como factor de discriminación contra la mujer el hecho de ser una persona transgénero¹⁹.

Este análisis por parte de la Corte deja en evidencia que, la utilización de un concepto de mujer de forma estricta no hace más que discriminar por género, cosa que, a luz del derecho internacional de los Derechos Humanos está proscrita. Además, parece orientar aquellas normativas de los Estados que buscan sancionar la violencia contra la mujer mediante la inclusión de tipos penales (como es el caso de Chile) estableciendo el espíritu que deben tener estas normativas.

¹⁷ GIRAO MONTECONRADO, ob. cit, p. 917.

¹⁸ Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Hernández vs. Honduras, p. 36, considerando 129.

¹⁹ Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Hernández vs. Honduras, p. 37, considerando 131.

PROHIBICIÓN DE ANALOGÍA Y EL DELITO
DE FEMICIDIO ÍNTIMO

En este último título, nos parece correcto referirnos al argumento de la Corte referido a la analogía que se haría en el caso de ocupar el género²⁰ en el tipo penal de femicidio íntimo del 390 bis.

Este criterio no parece sino incorrecto, ya que, una vez analizado el tipo penal en los títulos previos, podemos decir que, este tipo penal tiene como bien jurídico protegido la vida humana y, la violencia de género además de, fundarse su separación del 390 ter en la existencia (o no) de una relación sexo/afectiva entre víctima y victimario y, por último, que el concepto de mujer utilizado por el 390 bis debe entenderse como el mismo utilizado en el 390 ter ya que, ambos buscan sancionar el mismo injusto que es, la violencia contra la mujer, entendida como aquella violencia basada en su género, esto es, lo que ella representa en la sociedad²¹. Por lo mismo, es que teniendo en cuenta dichos supuestos, no existe una analogía de los tipos penales, puesto que ambos comparten injustos y, sujetos pasivos generales²² y, para que existiera este supuesto de analogía correspondería considerar dentro del tipo del 390 bis aquellas situaciones donde no nos encontramos frente a, a lo menos, una relación sexo/afectiva entre víctima y victimario cosa que, en el caso concreto de la sentencia, no concurre.

En consecuencia, es que considerar como analogía aquellos elementos que pertenecen al tipo y, que se comparten con otro tipo penal, parece a lo menos incorrecto.

No completamente relacionado al punto precedente, pero sí dentro de los argumentos señalados por la Corte se encuentra la interpretación que debe hacerse del concepto mujer en el tipo. A raíz de dicho argumento es que, consideramos pertinente señalar de forma breve que, si bien el principio *in dubio pro reo* es una interpretación aceptada e, indiscutida en nuestro derecho²³. No parece tampoco menos acertado señalar que, el derecho nacional en todas sus áreas e, incluso el poder judicial en su conjunto, han buscado incorporar²⁴ o

²⁰ Ya que, a juicio de la corte, sólo podría utilizarse el género en el caso del artículo 390 ter N° 4.

²¹ VARGAS PINTO, ob. cit., p. 217

²² Más allá de que, cada numeral del artículo 390 ter pueda agregar especificaciones respecto a la víctima.

²³ Así, MATUS y RAMÍREZ, ob. cit.

²⁴ Ya sea de forma legal (creación de normas) o a través de otras formas de menor rango.

interpretar los preceptos con una mirada de género, lo que no hace sino entender que, en esta materia debe realizarse una interpretación concorde con el resto de nuestra legislación, lo que además supone respetar el injusto del tipo, que es la consideración de la violencia de género como un problema esencial en nuestro sistema.

I. CORTE DE APELACIONES - DERECHO PENAL (PARTE ESPECIAL)

Femicidio. I. Identidad de género de la víctima. Delito de femicidio del artículo 390 bis inciso 2° del Código Penal, no contempla en su redacción como sujeto pasivo de la acción, a una mujer transgénero. Delito de femicidio sólo contempla como titular del bien jurídico protegido a una persona biológicamente mujer. II. Frente a la eventual indeterminación del concepto de mujer empleado en la norma, sólo cabía efectuar una interpretación más favorable al reo. Error de derecho al incluir en la figura penal a un sujeto pasivo no expresado en ella. III. Voto disidente: Consagración y respeto en nuestra legislación de la identidad de género y la no discriminación. Definición de identidad de género. Establecida la identidad de género de la víctima de los hechos como mujer, desde lo identitario, resulta abarcada en el sujeto pasivo del delito de femicidio, previsto en el inciso 2° del artículo 390 bis del Código Penal. IV. La ley sí ha considerado el supuesto identitario en la construcción de esta clase de delitos. Conciencia y aceptación del acusado de la condición femenina de la víctima

HECHOS

Tribunal de Juicio Oral en lo Penal dicta sentencia condenatoria por el delito de femicidio, previsto y sancionado en el artículo 390 bis inciso segundo del Código Penal. Defensa de condenado recurre de nulidad. La Corte de Apelaciones acoge el recurso deducido, invalida el fallo impugnado y el juicio que le antecedió.

ANTECEDENTES DEL FALLO:

TIPO: *Recurso de Nulidad (Proceso Penal)*

TRIBUNAL: *Corte de Apelaciones de Iquique*

ROL: *321-2023, de 4 de octubre de 10/2023*

MINISTROS: *Sra. Mónica Olivares O., Sr. Pedro Güiza G. y Andrés Provoste V.*

DOCTRINA

Establecida la identidad de género de la víctima de los hechos ventilados en estrados, correspondía determinar si esta concepción, mirada no desde lo biológico, sino desde lo identitario, resultaba abarcada en el concepto de sujeto pasivo del injusto objeto de la imputación del Persecutor, a saber, el delito de Femicidio en su modalidad descrita en el inciso 2º del artículo 390 bis del Código Penal, cuestión que los jueces del fondo resolvieron de manera afirmativa, al estimar que la norma contempla un concepto amplio de lo que debe entenderse por mujer, decisión que la Corte no comparte, toda vez que el ejercicio de subsunción realizado por ellos no parece ajustado a derecho y a la normativa aplicable en esta materia. En esa dirección, resulta necesario recordar, en primer lugar, que el poder punitivo del Estado se encuentra limitado por el denominado principio de legalidad, en virtud del cual, en términos simples, éste sólo puede ejercer las facultades de castigar penalmente, cuando una ley anterior al hecho lo describe como delito y determina la pena del responsable, principio del que emana, a su vez, el de tipicidad, que viene a especificar el anterior en cuanto se traduce en que la ley debe precisar, de manera completa y acabada, la conducta reprochada. En consecuencia, en materia penal, el legislador debe atenerse a dos límites claros y precisos, uno de carácter formal, relacionado con que sólo la ley puede sancionar las conductas prohibidas, y otro de carácter material, vinculado a que el comportamiento vedado debe estar expresamente descrito en ella (Sentencias Tribunal Constitucional roles N.ºs. 1432-09, c. 26; 1443-09 c. 23; 4476-18, c. 11), límite este último que procura salvaguardar las garantías de seguridad jurídica y certeza legal, proscribiendo, entre otras cosas, la aplicación analógica de la ley (Sentencias Tribunal Constitucional roles N.ºs. 2666-15, c. 27; 2744-14, c. 29; 2953 -16, c. 28; 3306-17, c. 15). Que tales principios encuentran consagración constitucional en los incisos finales del artículo 19 N.º 3 de la Carta Fundamental, donde se establece que ningún delito se castigara con otra pena que la que señale una ley promulgada con anterioridad a su perpetración, a menos que una nueva ley favorezca al afectado, y también, que ninguna ley podrá establecer penas sin que la conducta que se sanciona esté expresamente descrita en ella. Sobre esa base, entonces, enfrentados al análisis de la figura típica propuesta por el Persecutor, esto es, el delito de Femicidio del inciso segundo del artículo 390 bis del Código del ramo, debe observarse que éste no contempla en su redacción como sujeto pasivo de la acción que describe, a una mujer transgénero, sino que se limita a emplear la expresión mujer, razón por la cual no cabe sino comprender, a la luz de la descripción que hace el legislador y habida consideración de los principios reseñados precedentemente, que el señalado injusto sólo contempla

como titular del bien jurídico protegido, a una persona biológicamente mujer (considerandos 9º y 10º de la sentencia de nulidad).

Ciertamente, el legislador ha sido particularmente claro al detallar tanto los extremos de la acción prohibida, como los sujetos comprendidos en ella, esto es, quien ejecuta el hecho penalmente reprochado y quien lo sufre, de modo que no cabe, vía interpretación extensiva o analógica, flexibilizar dicho marco, incluyendo a quienes no han sido específicamente incluidos en la descripción típica examinada. En esa dirección, resulta menester observar que la interpretación en materia penal debe respetar los lineamientos de los principios reseñados precedentemente, por lo que su carácter responde a un enfoque restrictivo, orientación que a su vez se alinea con las garantías aludidas más arriba como medio indispensable para su debida salvaguarda. En ese sentido, frente a la eventual indeterminación del concepto de mujer empleado en la norma en análisis, sólo cabía efectuar una interpretación más favorable al reo, cuestión que obligaba, entonces, a optar por otra solución punitiva distinta de la analizada, descartando, desde luego, cualquier analogía que no fuera in bonam partem, como aquella que precisamente efectúa el Tribunal al hacer referencia a la figura del artículo 390 ter N° 4 del estatuto punitivo, en la medida en que dicha norma regula una hipótesis completamente distinta a la examinada, donde víctima y victimario no se encuentran ligados por un vínculo interpersonal, y donde la finalidad de la misma es sancionar una acción basada en una especial intención discriminatoria vinculada al género de la ofendida. Que, tampoco resulta aplicable la referencia general que el fallo efectúa a la Ley N° 21.120, desde que su objeto, conforme al artículo 2º, se limita a regular un procedimiento para la rectificación de partidas de nacimiento de personas en lo relativo a su sexo y nombre, cuando aquella no se corresponda o no sea congruente con su identidad de género, esto es, corresponde a una materia y alcance completamente distinto al discutido en estos antecedentes, no debiendo perderse de vista, además, que de entenderse procedente la normativa señalada, su artículo 3º indica que toda persona tiene derecho a ser reconocida e identificada conforme a su identidad de género, una vez realizada la rectificación que regula esta ley, en los instrumentos públicos y privados que acrediten su identidad respecto del nombre y sexo, en conformidad con lo dispuesto en la misma, lo que se traduce en que la ley exige como requisito indispensable para el tratamiento de una persona conforme a su identidad de género, el haber realizados los trámites que la ley exige al efecto, situación que no había ocurrido en el caso de la especie. En consecuencia, al otorgar el Tribunal a la figura penal en análisis un sentido que excede los márgenes descritos y precisados por el legislador, comprendiendo en ésta a un sujeto pasivo no expresado en ella, con arreglo a lo cual dictó sentencia de condena,

cometió un error de derecho que influyó sustancialmente en lo dispositivo del fallo, defecto esencial que sólo puede remediarse con la invalidación del mismo (considerando 11° de la sentencia de la Corte de Apelaciones).

(Voto disidente) La identidad de género y no discriminación goza de una clara e incontrastable consagración y respeto en nuestra legislación, según surge del artículo 1° inciso segundo de la Ley N° 21.120, en cuanto define la identidad de género como la convicción personal e interna de ser hombre o mujer, tal como la persona se percibe a sí misma, la cual puede corresponder o no con el sexo y nombre verificados en el acta de inscripción del nacimiento. También se debe tener presente el artículo 2° de la Ley N° 20.609, en cuanto precisa que la discriminación arbitraria está constituida por toda distinción, exclusión o restricción que carezca de justificación razonable, efectuada por agentes del Estado o particulares, y que cause privación, perturbación o amenaza en el ejercicio legítimo de los derechos fundamentales establecidos en la Constitución Política de la República o en los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Chile y que se encuentren vigentes, en particular cuando se funden en motivos tales como.

Resulta ilustrativo lo dispuesto en el artículo 390 ter N° 4 del Código Penal, y que los juzgadores citan a título ejemplar, para representar que en el tratamiento de otra hipótesis del mismo delito, la ley alude, como uno de sus supuestos de configuración, a la identidad de género de la mujer víctima del injusto, cuestión que sin significar una aplicación analógica de ese tipo a las circunstancias de la especie, se traduce en reconocer que la ley sí ha considerado el supuesto identitario en la construcción de esta clase de delitos. Igualmente acertada parece la mención del artículo 1° inciso segundo de la Ley N° 21.120, en cuanto aporta una concepción de identidad de género aplicable al presente caso, para la comprensión de la expresión “mujer”, debiendo observarse que se acude a ella solo para clarificar la noción en análisis, al margen del contenido general de la ley, que se orienta a regular la rectificación de las partidas de nacimiento cuando no se corresponden o no sean congruentes con la identidad de género de las personas, situación que en todo caso no es ajena a otros ilícitos contemplados en la legislación penal, como el artículo 494 N° 5 del Código del ramo, que a propósito del tratamiento de las lesiones leves, remite al artículo 5° de la Ley de Violencia Intrafamiliar, para señalar respecto de quiénes el Tribunal no puede calificar como leves las lesiones que le hayan sido inferidas, esto es, remite a otra ley, referente a otra materia, para complementar el tipo que allí se regula. De otro lado, también resulta importante considerar lo asentado por el Tribunal, en cuanto a la visión que el propio encausado tenía de la víctima, manifestado en el hecho de mantener una relación de pareja con quien se asumía y exteriorizaba como una mujer, según emana de la prueba

de cargo, de lo que se desprende que éste también la consideraba así, lo que es revelador de la conciencia y aceptación que el acusado ostentaba de su condición femenina (considerandos 5º y 6º de la disidencia de la sentencia de la Corte de Apelaciones).

Cita online: CL/JUR/40606/2023

NORMATIVA RELEVANTE CITADA: *Artículo Art. bis inciso 2º del Código Penal.*