

LA TIPIFICACIÓN DEL FEMICIDIO ÍNTIMO. PROBLEMAS CONCEPTUALES Y PROBATORIOS

Paulina Pezoa Gallegos
Natalia Cumming Vega
Tomas Piderit Schulz
Rodrigo Cerda San Martín

1. Introducción

Las Convenciones Internacionales suscritas y ratificadas por Chile para erradicar toda violencia contra la mujer¹ obligan a nuestro Estado, entre otros compromisos, a tipificar penalmente dichas conductas, en especial la más grave, el femicidio.

En términos generales, esta figura penal busca prevenir y sancionar la muerte de una mujer cometida por un hombre, por razones de género, o sea por el hecho de ser mujer. Se trata de un asesinato misógino, por odio, desprecio, placer, control o dominación, constituyendo la máxima expresión de la violencia estructural de que son víctimas en nuestras sociedades androcéntricas y heteropatriarcales.

Desde el feminismo, Segato ha sostenido que no se trata de un fenómeno delictual individual y personal, sino de actos sistemáticos e impersonales dirigidos a la mujer como género, al modo de un ritual sacrificial violento,

¹ CEDAW y Belem do Pará.

donde el sujeto que mata ejerce un acto comunicativo dirigido a los otros hombres y a la sociedad toda, como demostración de su control y poder, señalando que el cuerpo femenino también es su territorio, o sea un acto domesticador, apropiador.²

En cuanto a su tipificación concreta, Vázquez devela el descuido que se constata en los países latinoamericanos al momento de tipificar los delitos de feminicidio, atendida la forma en que se expresan sus elementos constitutivos, sin cuidar de las dificultades probatorias que generarán en los casos concretos, por ello critica la técnica legislativa utilizada, así como las interpretaciones que realizan los jueces al respecto. Agrega que la forma en que se encuentran descritos los tipos penales es determinante al momento de identificar los hechos jurídicamente relevantes, que serán objeto de prueba, así como también en su interpretación, de modo que una cuidadosa manera de describir los supuestos fácticos de la norma, tomando conciencia de sus efectos en el ámbito probatorio, puede hacer la diferencia entre una persecución penal eficiente y otra meramente simbólica.³ Además, distingue dos formas posibles de abordar su tipificación: a) aludiendo a hechos externos, perceptibles por los sentidos; y b) incorporando ciertos hechos internos o psicológicos adicionales, como la “razón de género”, lo que puede aumentar las dificultades probatorias.

En Chile encontramos ambas formas de regulación. En efecto, inicialmente y de forma tímida nuestro legislador modificó el inciso segundo del artículo 390 del Código Penal (en adelante CP), a través de la Ley N° 20.480, de 18 de diciembre de 2010, dando por configurado el “*femicidio íntimo acotado*”, esto es, cuando el hombre mata a una mujer que es o había sido su cónyuge o su conviviente, lo que constituye una mera especificación del delito de parricidio. Con posterioridad, mediante la Ley N° 21.212, de 4 de marzo de 2020, eliminó el citado inciso segundo y agregó un nuevo Párrafo 1 bis, cuyo artículo 390 bis contiene la nueva hipótesis del “*femicidio íntimo*” y el artículo 390 ter incorpora al “*femicidio no íntimo*”, que alude expresamente a las razones de género.

² Citada por SEPÚLVEDA (2020), pp. 90-91.

³ VÁZQUEZ (2019), pp. 193-195.

Como veremos, esta novedosa tipificación conlleva en la aplicación práctica algunos problemas conceptuales y probatorios.

2. Los femicidios íntimos

El artículo 390 bis del CP, expresa: “*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*”. Luego añade en su inciso segundo: “*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 tales casos, además de acreditar los supuestos de hecho del homicidio en general, como figura de base, se debe demostrar la relación existente entre la mujer víctima y el hombre victimario, de índole matrimonial o de convivencia; y tener o haber tenido un hijo en común, en las hipótesis alternativas del inciso primero. En tanto que, en el inciso segundo, habrá que probar el hecho de tener o haber tenido una relación de pareja, de carácter sentimental o sexual, sin convivencia (por ejemplo, el pololeo).

Se trata de situaciones externas que generarán mayores o menores dificultades probatorias según los casos, así la acreditación del vínculo matrimonial y el nacimiento de un hijo no serán difíciles de probar; en cambio, la prueba de la convivencia y de la existencia de la relación de pareja, de carácter sentimental o sexual, presentarán algunos problemas adicionales, según su mayor o menor notoriedad.

Además, las definiciones doctrinales y jurisprudenciales sobre estos conceptos será determinante, ya que sus contornos y elementos de configuración implicarán una mayor o menor protección de las víctimas, haciéndose patente la utilización de inferencias probatorias conceptuales,⁴ por ejemplo

⁴ En la concepción de la prueba como razonamiento, probar consiste en construir un argumento que trata de justificar determinada hipótesis como premisa fáctica de la decisión judicial. Este tipo de razonamiento consiste en correlacionar dos tipos de hechos (o enunciados sobre los hechos): los hechos que queremos probar y los hechos que usamos

si para dar por configurada una relación de convivencia se exige un proyecto de vida, estabilidad y un comportamiento social similar a una familia matrimonial,⁵ el esfuerzo probatorio será mayor que exigir sólo afectividad y techo común.

Otro tanto acontecerá con las nociones de “hombre” y “mujer”, pues si su alcance se determina en razón de sus características biológico sexuales, quedarán fuera, como víctimas o victimarios, personas con identidades de género masculinas y femeninas, que no corresponden a su condición biológica, así como también identidades de género no binarias, no obstante que igualmente se trata de casos de violencia de género extremas.

3. Femicidios no íntimos

El artículo 390 ter del CP, sanciona al “*hombre que matare a una mujer en razón de su género*”. Acto seguido indica, en su inciso segundo: “*Se con-*

para probarlos (los elementos de juicio). Por tanto, este argumento se compone de un conjunto de premisas (los elementos de juicio), una conclusión (la hipótesis sobre los hechos que queremos probar) y una conexión o relación entre las premisas y las hipótesis. Este enlace o conexión entre los elementos de juicio y la hipótesis puede tener carácter empírico, normativo o conceptual. En el primer caso, el enlace es una generalización empírica que correlaciona hechos como los descritos en las premisas con hechos como los descritos en la conclusión a partir de la observación de una asociación pasada entre ambos tipos de hechos (conocimientos científicos y máximas de la experiencia). En el segundo caso, el enlace es una norma que establece que si se dan hechos como los descritos en las premisas (el hecho base), se debe dar por probada determinada hipótesis (el hecho consecuencia); normas que pueden ser llamadas normas de presunción o normas de valoración tasada de la prueba y a estas inferencias, inferencias probatorias normativas. En el tercer caso, la conexión viene establecida por una definición o regla conceptual, que establece que los hechos del tipo de los descritos en la hipótesis “cuentan como” (esto es, son subsumibles en) una cierta categoría de hechos (una acción, una intención, una relación causal, etc.). En estos casos, lo que está en juego no es tanto la ocurrencia o no de un determinado hecho, sino su “interpretación”, es decir, su clasificación dentro de una u otra categoría genérica de hechos. GONZÁLEZ (2018), pp.16-18.

⁵ Como ocurrió en la causa rol N° 26.180-2018 de la Corte Suprema, donde se estableció un estándar exigente al asimilar la convivencia a una relación matrimonial, sin vínculo legal, unido a una estrecha configuración como íntimo, con características de permanencia, continuidad, estabilidad y notoriedad, asimilable a una familia.

siderará que existe razón de género cuando la muerte se produzca en alguna de las siguientes circunstancias:

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

Comenta Sepúlveda que estas circunstancias fácticas objetivas permiten presumir la existencia de razones de género que tendrán que ser consideradas, desde un enfoque interseccional y desde el contexto social y cultural en el que se encuentre la víctima y el victimario, sin requerir probar el estado mental o una motivación especial del agresor. Agrega que, en esas circunstancias se expresa la razón de género y si bien se trata de un listado cerrado, la circunstancia 5ª es lo suficientemente amplia.⁶

Si bien es efectivo que, de ese modo, se objetiviza normativamente un grupo de situaciones materiales en que el femicidio se considerará cometido por razones de género, facilitando con ello la labor probatoria, lo cierto es que se producirá un nuevo conflicto, ahora interpretativo, consistente en la determinación de la naturaleza de tal definición.

Por un lado, es posible estimar que con ello se crean verdaderas causales normativas de adscripción, obtenidas desde la constatación del contexto social existente, las que operarán como indicadores de atribución, bajo la visión no cognoscitiva de que los estados mentales no se prueban.

⁶ SEPÚLVEDA, cit. (n.2), p. 104.

De otro lado, siguiendo una visión cognoscitiva, se puede afirmar que tales situaciones, descritas en los distintos numerales del inciso segundo del artículo en análisis, sólo constituyen indicios fácticos a partir de los cuales es plausible inferir el hecho interno o psicológico de la “razón de género”.

Tales opciones pueden conducir a distintas soluciones de los problemas concretos que los litigantes planteen, según desarrollaremos más adelante.

Como sea, el precepto no exime a los persecutores penales de la carga de la acreditación de los hechos externos descritos en cada numeral, ya sea a través de prueba directa o inferencial, incorporando en este último caso máximas de la experiencia y conocimientos científicos como elementos de conexión entre los indicios que provienen de la prueba directa y la conclusión fáctica, siempre con una mirada de género.

También es necesario advertir que las expresiones “ser consecuencia de” “con motivo” o “motivada por” que emplean los numerales 1, 2, 4 y 5, segunda parte, del precepto en estudio, generarán igualmente dificultades interpretativas y probatorias adicionales, en el evento de ser entendidas como la exigencia de una conexión o relación de causalidad entre la acción externa y el estado mental del autor del hecho.

4. Problemas de la tipificación del femicidio no íntimo

4.1. CONSTITUCIONALIDAD DE LA TÉCNICA LEGISLATIVA EMPLEADA

Si calificamos esa especial forma de tipificar el femicidio como una inferencia probatoria normativa, equivalente a una presunción de derecho, que no admite prueba en contrario, en atención a las expresiones que utiliza: “*Se considerará que existe razón de género cuando la muerte se produzca en alguna de las siguientes circunstancias*”, entonces la defensa del acusado podría plantear un requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad del artículo 390 ter del CP, de acuerdo a lo previsto en el artículo 93 N° 6 de la Constitución Política de la República (en adelante CPR). Argumentalmente podrá sostener que una tal presunción se encuentra proscrita en nuestro ordenamiento jurídico, en virtud de lo establecido en el artículo 19 N° 3, inciso 7° de la Carta Fundamental, garantía del derecho de todo imputado

penal a ser considerado inocente, en tanto no se acredite su culpabilidad, así como del derecho a refutar los cargos que se le formulen.

En cuanto a la oportunidad para plantear el requerimiento, estimamos que podrá hacerse desde la etapa intermedia del procedimiento ordinario, pues en la acusación se expresa con claridad la pretensión punitiva, incluyendo la descripción detallada de los hechos y la calificación jurídica de los mismos, lo que supone la singularización de la norma penal en que se sustenta y que, en este caso, será cuestionada de constitucionalidad. En lo sucesivo podrá igualmente plantearse en tanto exista gestión pendiente donde se pretenda aplicar tal precepto.

Los persecutores penales, por su parte, podrán argumentar en contrario que dicho precepto no constituye una presunción de derecho que incida en el juicio fáctico, sino que es una manifestación de la concepción doctrinal que sostiene que los estados mentales, como el dolo y la razón de género, no se prueban sino que se adscriben, atribuyen o imputan jurídicamente,⁷ situando la cuestión en el ámbito jurídico, pues tales estados no se prueban cognoscitivamente y no es necesario emitir una conclusión de verdad o falsedad. Lo que se debe acreditar son las situaciones fácticas allí enumeradas, pero una vez cumplido ese deber cognoscitivo, la ley le atribuye un efecto jurídico adicional, cual es imputar al autor de ellas la razón de género, o sea que se trata de un delito de femicidio. También es factible agregar que el sustento empírico de tal imputación legal se encuentra en la constatación de una situación social de desigualdad estructural de género, de dominación, control, cosificación y desprecio de lo masculino hacia lo femenino, que está dada en la realidad y es ampliamente conocida, razón por la cual no requiere prueba al modo de una motivación individual, pues se trata de un fenómeno cultural. Entonces, frente a la opción de aceptar esta realidad como un hecho público y notorio, situado en el lado fáctico del conflicto, o asignarle un sentido jurídico sustantivo, previa decisión deliberada del legislador, se ha optado por este segundo camino, dejando la determinación de la “razón de género” fuera del objeto de la prueba. En subsidio, aun situados en una comprensión cognoscitiva, el persecutor penal podrá afirmar que se trata de una presunción simplemente legal, que admite prueba en contrario y

⁷ VÁZQUEZ, cit. (n.3), p. 198, citando a Daniel González Lagier.

no de una presunción de derecho. Bajo cualquiera de esos entendimientos no existiría la inconstitucionalidad reclamada.

4.2. CONCEPCIONES DEL DOLO PENAL Y LA PRUEBA JUDICIAL

En este apartado focalizaremos el análisis en el dolo, como componente del tipo subjetivo, atendida su estrecha relación con la prueba de la “*razón de género*” en el femicidio. La pregunta acerca de qué debe probarse en el tipo subjetivo de ese delito doloso supone develar previamente qué entendemos, en general, por dolo penal y desde ahí realizar las inferencias probatorias conceptuales que nos guíen en la selección de los hechos relevantes que deberán ser acreditados en juicio.

Según Rettig cuando el legislador tipifica una conducta como delito no sólo decide bajo qué condiciones se cumple el tipo objetivo, sino también cuál debe ser el contenido de los conocimientos que dan lugar al dolo del autor. La tipicidad del delito doloso no depende solamente de la adecuación de la conducta del autor a la descripción de sus aspectos objetivos, sino también de sus aspectos subjetivos. Así, la subsunción requiere además de considerar lo que el sujeto hizo (tipo objetivo), que sabía lo que hacía (tipo subjetivo).⁸ Sin embargo, esa no es la única comprensión que se ha dado del dolo.

4.2.1. *Evolución de las teorías del dolo*

Para la concepción tradicional el dolo implica conocer y querer los elementos objetivos que pertenecen al tipo legal, por ende se compone de dos elementos, igualmente relevantes, uno intelectual o cognoscitivo, consistente en el conocimiento del tipo objetivo por parte del autor y, el otro, de naturaleza volitiva, consistente en la voluntad de ejecutar esa conducta típica. Sostiene Rettig que dicho concepto de dolo es mayoritario en la doctrina chilena.⁹

⁸ RETTIG (2019), p. 415.

⁹ RETTIG, cit. (n.8), pp. 507-508.

Tal comprensión genera dos tipos de problemas: uno probatorio relativo a la acreditación racional de sus dos elementos y el otro de delimitación entre el dolo eventual y la culpa consciente. En el presente trabajo sólo nos ocuparemos de la primera cuestión, que se relaciona con la prueba judicial de hechos internos o psicológicos (conocimientos, representaciones, creencias, intenciones, indiferencias, confianzas), lo que obliga a inferirlos empíricamente, a partir de ciertos indicios previamente demostrados, con el apoyo de generalizaciones de mayor o menor confiabilidad.

Rettig agrupa estas teorías en España bajo la denominación de *enfoque psicológico volitivo*, pues exigen la existencia de los elementos cognitivo y volitivo en la mente del autor. A nivel conceptual, la conducta dolosa implica una relación subjetiva del autor con el resultado típico del delito. La conducta es intencional, esto es, dirigida a producir un resultado típico. A nivel aplicativo, el dolo es un elemento interno, una actitud del sujeto activo frente al delito, que debe ser probada.¹⁰

Tal dificultad probatoria y la subjetividad de las decisiones fácticas de los jueces llevaron a un segundo momento evolutivo en el que, reconociendo la concurrencia de esos mismos elementos constitutivos, se advierte la existencia de una relación de dependencia entre ellos, según la cual siempre que el autor lleva a cabo una determinada conducta bajo unas determinadas circunstancias, conociendo el carácter de la acción y las circunstancias, quiere también realizar tanto la conducta como las circunstancias en cuestión, de manera que quien conoce y realiza lo que conoce, quiere lo que conoce.¹¹ Bajo ese entendido la determinación del concepto de dolo pasa a ser un cometido del Derecho penal, que ha llevado a parte de la doctrina a prescindir del elemento volitivo, centrándose en el cognitivo. Sin embargo, esta tesis intermedia no niega que el dolo contenga un elemento volitivo; lo que se niega es la igualdad de rango de ambos elementos. Lo que habrá que probar serán las circunstancias externas del caso, concretos modos de comisión, que permiten atribuir al autor el concepto jurídico de dolo. Pero no se trata de presunciones de dolo que violenten la presunción de inocencia.

¹⁰ Sánchez Málaga citado por RETTIG, cit. (n.8), pp. 476-477.

¹¹ Hruschka, citado por RETTIG, cit. (n.8), pp. 468-471.

La subjetividad de esta forma de dar por acreditado el dolo ha llevado a sostener que, por ser un fenómeno espiritual, no puede probarse; pertenece a un “juego de lenguaje” que, por principio es diferente a aquel al cual pertenecen los hechos naturales, porque no se trata de cuestiones ontológicas, no se constata ni se prueba, sino que se imputa, de modo que cuando decimos que alguien ha actuado dolosamente no realizamos un juicio descriptivo, sino que un juicio adscriptivo, con lo que el dolo deja de ser un hecho.

Hassemer ha adherido a la tendencia normativo-teleológica que sostiene que dolo consiste en la “decisión a favor de la lesión del bien jurídico” (Roxin) o “asunción de las circunstancias del hecho constitutivas del injusto” (Kohler), concordando en la renuncia a la disyuntiva entre características cognitivas y volitivas a la hora de determinar el dolo; se unifica voluntad y representación bajo un nuevo marco conceptual: “decisión” o “asunción”, localizan el dolo en el aspecto más íntimo del agente y aceptan la asunción de conceptos básicos abstractos para una descripción unitaria de qué es lo que se entiende por dolo, a partir de una relación especial del delincuente doloso con la norma. Si el dolo es un fenómeno interno, subjetivo, entonces no puede ser descrito como si fuese un hecho observable, por lo que debe acercarse a él de manera indirecta. El dolo es una disposición o situación interna no observable de forma inmediata, a cuyo conocimiento se accede operacionalmente a través de indicadores o datos a partir de los cuales puede inferirse la existencia de la disposición interna. Tales indicadores, para ser válidos, deben cumplir tres condiciones: observabilidad, plenitud y relevancia dispositiva; es decir, deben ser “por sí mismos observables” y combinarse entre sí de manera completa para indicar unívocamente la disposición en cuestión. Agrega que los indicadores de dolo no son un problema exclusivamente procesal, porque éstos no se pueden separar del concepto de dolo, ya que sólo ellos lo hacen aplicable, por lo que los indicadores pertenecen al concepto. A la investigación en el proceso corresponde el sí y en qué circunstancias tales indicadores existen en el caso concreto; el que la acción realizada con conocimiento seguro acerca de su peligrosidad indique la decisión contra el bien jurídico pertenece al concepto de dolo; que el agente posea (o no) el conocimiento en el caso concreto es una cuestión de prueba en el proceso. Hassemer propone hacer un catálogo abierto de indicadores y afirma que existen tres niveles en los elementos externos que caracterizan el dolo: el peligro de la situación para el bien jurídico, la representación interna

del autor de ese peligro y su decisión interna a favor de la realización del peligro reconocido; el primero puede probarse mediante datos observables, los dos últimos, en cambio, deben inferirse de los respectivos indicadores.¹²

En España el *enfoque psicológico cognitivo* comprende, según Rettig, las teorías que afirman que el dolo exige únicamente probar la efectiva existencia de un elemento cognitivo en la conducta dolosa. A nivel conceptual, la intencionalidad de producir el resultado no juega un rol relevante, sino el nivel de representación subjetiva que tiene el autor frente a la probabilidad de producir el resultado. A nivel aplicativo, concibe al dolo como un elemento interno, una actitud del sujeto frente al delito, que debe ser probada en el proceso. Así, Mir Puig afirma que el dolo exige conocimiento de la concreta capacidad de la conducta para producir el resultado típico fuera del marco del riesgo permitido y agrega que esta peligrosidad concreta y típicamente relevante es la base objetiva a que debe referirse la representación intelectual necesaria para el dolo. Mantiene la exigencia de la aceptación, pero sólo a condición de que se refiera a la conducta típica, esto es, aquella que se advierte como suficientemente peligrosa en el caso concreto, es decir, capaz de producir el resultado y, por lo tanto, la aceptación no abarca al resultado mismo. Luego, la conducta debe evaluarse como peligrosa en un momento *ex ante* porque la realización dolosa de la conducta peligrosa es lo que puede prohibir la norma de determinación.¹³ Por su parte, Gimbernat afirma, siguiendo la teoría de la probabilidad, que son dolosas las consecuencias que se saben necesariamente unidas al resultado directamente perseguido, sin importar que ahí no pueda hablarse en sentido estricto, aunque sí, tal vez, en un sentido jurídico, de voluntariedad: lo que importa es que la consciencia del autor de la “necesidad” de tales consecuencias supone un comportamiento de especial gravedad y que la ley quiere castigar lo especialmente grave como “doloso”. Existe, por lo tanto, dolo eventual cuando se somete al bien jurídico protegido a un gravísimo riesgo de lesión, siendo irrelevante que para el caso hipotético de producción segura del resultado el autor hubiese obrado igualmente o se hubiese abstenido de actuar.¹⁴

¹² Hassemmer, citado por RETTIG, cit. (n.8), pp. 472-474.

¹³ RETTIG, cit. (n.8), pp. 478-481.

¹⁴ Gimbernat, citado por RETTIG, cit. (n.8), pp. 481-482.

Avanzando hacia un *enfoque normativo volitivo*, Rettig señala que para afirmar el dolo se establecen criterios para imputar al sujeto el conocimiento y voluntad de realizar el tipo penal. A nivel conceptual, concibe la conducta dolosa como aquella que se realiza con conocimiento y voluntad. A nivel aplicativo, sostiene que el dolo es un juicio normativo de atribución que se realiza a partir de indicadores externos de la conducta del autor. El juicio normativo se determina por los fines del Derecho penal, conforme a una concepción funcionalista, atendiendo tanto a la valoración del plano cognitivo de la conducta como a la decisión del sujeto en contra del Derecho, lo que constituye el elemento volitivo del dolo.¹⁵

Finalmente, Rettig da cuenta de un *enfoque normativo cognitivo* que, para afirmar el dolo, elabora criterios para atribuir el conocimiento al actuar del autor. A nivel conceptual, entiende que el elemento volitivo del dolo es un componente de menor rango que el elemento cognitivo o derechamente del que hay que prescindir, porque cuando alguien realiza un hecho siendo consciente de tal realización y de sus circunstancias relevantes, no puede sostener que no quiso realizarlo, por lo que, si existen elementos para imputar el conocimiento, es innecesario atribuir una determinada voluntad o intencionalidad. A nivel aplicativo, el dolo es un juicio normativo de imputación que se realiza a partir de indicadores externos de la conducta del autor y que viene determinado por los fines del Derecho penal, en el marco de una concepción funcionalista. Dichos indicadores objetivos del conocimiento se refieren a la conducta dolosa, siendo irrelevante la actitud o voluntad del sujeto activo del delito (es un elemento de la acción). El dolo es, desde el punto de vista cognitivo, un dolo de peligro, de manera que no se define como conocimiento de todos los elementos del tipo objetivo, ya que el resultado de lesión es un elemento del tipo objetivo ajeno al conocimiento del autor en el momento de actuar y el dolo eventual pasa a ser el arquetipo del dolo (auténtico dolo o tipo básico de dolo). Así, para Corcoy Bidasolo, dolo es el conocimiento *ex ante* por el autor del efectivo riesgo concurrente en su conducta; conocimiento de la posibilidad de la realización típica. La existencia de comportamiento voluntario unido al conocimiento propio del dolo constituye el contenido de la “voluntad” propio de los

¹⁵ RETTIG, cit. (n.8), pp. 482-483.

hechos dolosos. El objeto del dolo es la “creación de un riesgo típicamente relevante”, como tipicidad de la conducta, por lo que, para hablar de dolo, es necesario que exista un riesgo normativamente relevante. El dolo abarca los elementos típicos en tanto constitutivos del injusto, tanto descriptivos como normativos y tanto esenciales como accidentales. De modo que el objeto del dolo es la conducta y no el resultado ni la relación de riesgo (o el curso causal), ya que éstos no pertenecen al injusto.¹⁶

En similar sentido, para Pérez Barberá el dolo en sí no es una disposición, no es un dato o hecho psíquico, sino que es un concepto normativo que resulta de un complejo de estándares igualmente normativos. El dolo no es un fenómeno interno (psíquico) referido a un objeto externo; no es un concepto referencial, en el sentido de que se refiere a un objeto determinado. Es el resultado de un complejo de estándares normativos relacionados sistemáticamente entre sí, que toman en cuenta tanto datos objetivos como subjetivos, conforme a un marco teórico determinado por parte de la *ratio legis* de su penalidad.¹⁷

De acuerdo con la caracterización de la conducta dolosa, según un criterio cognitivo, la distinción tradicional de tres clases de dolo, basada en la distinta intensidad con que el sujeto quiere el resultado típico, deja de tener sentido, pero partiendo de que el elemento común a todos los delitos dolosos de resultado es la previsión del resultado con la que actúa el autor, distingue: a) Situaciones en que el sujeto ha previsto el resultado como meta u objetivo de su acción, de manera que el resultado previsto fue el fin de la conducta (conductas dolosas intencionales); b) Situaciones en que el autor ha previsto el resultado, pero sin que esta previsión fuese el motivo de su acto, en las que a su vez pueden distinguirse, aquellas en que el resultado es previsto por el autor como una consecuencia segura de su acción y aquellas otras en que el resultado es previsto como una consecuencia posible o eventual de la acción, pese a lo cual actúa.¹⁸

¹⁶ Rettig, cit. (n.8), pp. 483-484. En similar sentido Silva Sánchez, pp. 486-487 y BACIGALUPO, pp. 496-498.

¹⁷ Pérez Barberá, citado por RETTIG, cit. (n.8), p. 475.

¹⁸ Zugaldía Espinar, citado por RETTIG, cit. (n.8), p. 494.

Ragués i Vallés sostiene que en cuanto al concepto de dolo el sujeto se debe haber representado un cierto grado de riesgo de realización del tipo. Dolo es conocimiento o representación, pero para afirmarlo, el conocimiento de dicha peligrosidad debe referirse al concreto comportamiento que se lleva a cabo. Cuando los tribunales afirman que alguien ha conocido algo, *atribuyen* dicho conocimiento al sujeto en virtud de ciertos criterios que no pueden ni pretenden constatar cuál fue el estado real de su subjetividad en el momento de realización del hecho típico. La concepción psicológica carga con un problema de “aplicabilidad” por no poder mostrar de modo convincente cuáles son los medios que hacen posible la averiguación de la realidad psíquica pretérita y ajena que sirve de sustrato material para la apreciación del dolo en un caso concreto. La concepción normativa debe dotar de legitimación criterios de imputación subjetiva que renuncian a la auténtica subjetividad del autor y debe aportar una caracterización plausible de los criterios a emplear para realizar el juicio de atribución del conocimiento en que se asienta el dolo. Comienza proponiendo *el criterio del sentido social*, de modo que la consideración de una conducta como dolosa no depende de determinados datos psíquicos cuya aprehensión resulta imposible, sino que dicha conducta, de acuerdo con sus características externas y perceptibles, se valore socialmente como negación consciente de una concreta norma penal. Dicho criterio debe concretizarse en reglas más específicas que permitan afirmar con seguridad, ante un determinado supuesto, si éste se considera realizado de modo consciente, se trata de las siguientes reglas de atribución de conocimiento:¹⁹

a) *Conocimientos mínimos*: por el solo hecho de considerar “normal” a una persona (imputable), se le atribuyen determinados conocimientos sin los cuales tal normalidad no es posible;

b) *Transferencia previa de conocimientos*: si se acredita que, con anterioridad a la realización de un comportamiento típico, a su autor le han sido transmitidos determinados conocimientos, éste sigue contando con ellos en el momento posterior en que efectivamente lleva a cabo dicho comportamiento;

¹⁹ Ragués i Vallés, citado por RETTIG, cit. (n.8), pp. 498-502.

c) *Exteriorización del propio conocimiento*: si el propio sujeto exterioriza que conoce algo, sea a través de declaraciones explícitas, sea a través de actos concluyentes, se le atribuye poseer dicho conocimiento;

d) *Características personales del sujeto como fuente de atribución de conocimientos*: si el sujeto ejerce una determinada profesión, procede de un determinado lugar, tiene un determinado nivel cultural, etc., entonces posee los conocimientos que hacen posibles tales características personales, porque sólo deben imputarse a un sujeto los conocimientos que vayan intrínsecamente ligados al hecho de reunir determinadas características personales, es decir, aquellos conocimientos sin los que sería impensable que pudiera reunir tales características.

Por último, este autor desarrolla una serie de criterios para determinar, en cada caso, cómo puede imputarse a una persona tanto el conocimiento del contexto que hace que su conducta sea concretamente riesgosa “conocimiento situacional”, así como, a partir de la integración de los conocimientos previamente imputados, la realización del pertinente “juicio de concreta aptitud lesiva”.²⁰

En definitiva, Rettig sostiene un concepto de *dolo natural*, ubicado en el tipo, desprendido de la conciencia de la ilicitud que se mantiene como elemento de la imputación personal. El dolo es un elemento del injusto, afirmación que permite distinguir entre un injusto doloso y un injusto imprudente. Luego agrega que si desde el punto de vista del tipo objetivo lo esencial a determinar es si el sujeto *ha creado con su conducta un riesgo jurídicamente desaprobado* para un bien jurídico, desde el prisma del tipo subjetivo y, en particular del dolo, lo cardinal es establecer si el sujeto *conocía* dicho riesgo jurídicamente desaprobado al momento de ejecutarlo. El dolo así concebido implica el conocimiento de los elementos que caracterizan el comportamiento típico como creador de un riesgo (*ex ante*) jurídicamente desaprobado, esto es, apto para lesionar o poner en riesgo un bien penalmente tutelado. El elemento volitivo no es un elemento del dolo, porque la voluntad es un elemento previo a analizar en la

²⁰ La tesis de Ragués i Vallés del dolo como conocimiento (sin voluntad) ha tenido aceptación en la Corte Suprema chilena. Así en sentencia de 18 de octubre de 2018, dictada en causa rol N° 19053-2018 (considerando decimotercero) y en sentencia de 24 de octubre de 2018, dictada en causa rol N° 13123-2018 (considerando decimonoveno).

sistemática del delito, en el ámbito de la conducta o comportamiento humano, externo y voluntario, elemento común predicable tanto de los delitos dolosos como de los delitos imprudentes. Lo específico del dolo frente a la imprudencia es que en el delito doloso el sujeto conoce el significado típico de la conducta que realiza voluntariamente, en tanto que en el delito imprudente el sujeto desconoce tal significado debiendo conocerlo o, al menos, lo desconoce en toda su dimensión. Desde el punto de vista dogmático, el elemento volitivo no tiene mayor relevancia en el ámbito del dolo, ya que, a diferencia del conocimiento, que se excluye en caso de error de tipo invencible, la ausencia de voluntad no trae aparejada ningún causal de exclusión del dolo. Desde un punto de vista práctico, las pruebas en el proceso penal se dirigen a acreditar indicios incardinables en indicadores de conocimiento *ex ante* por parte del sujeto, del riesgo jurídicamente desaprobado para el bien jurídico-penal y si ello se consigue, el dolo se imputa, por más que lingüísticamente se utilicen frases o alusiones volitivas.²¹

Comenta Rettig que el conocimiento del dolo abarca el conocimiento del peligro concreto de la conducta típica, por lo que se extiende tanto al conocimiento de los elementos constitutivos o esenciales que caracterizan la conducta típica, de los cuales depende la presencia del delito, como al conocimiento de las circunstancias o elementos cualificativos o accidentales cuya concurrencia determina solo la agravación o la atenuación del delito base. Agrega que el dolo requiere un conocimiento efectivo y no meramente potencial, porque es necesario que el autor haya sabido *realmente* que realizaba la conducta típica, siendo insuficiente la mera posibilidad de haberla conocido. Además, el conocimiento debe ser actual, ya que el autor debe conocer el riesgo jurídicamente desaprobado inherente a su conducta en el preciso momento de ejecutar el hecho, por lo que es irrelevante un conocimiento anterior o posterior al hecho cometido.²²

A modo de síntesis Rettig expresa que para las teorías psicológicas el dolo es una realidad natural de carácter psicológico, por lo que constituye un hecho que es objeto de prueba en el proceso penal. Por su parte, para las teorías normativas el dolo es una entidad normativa, cuya existencia y

²¹ RETTIG, cit. (n.8), pp. 518-522.

²² RETTIG, cit. (n.8), pp. 527-528.

significado son jurídicos. La concurrencia del dolo implica una adscripción o atribución al sujeto de una determinada subjetividad, que no depende de la acreditación de una concreta realidad psíquica, sino de criterios jurídico-penales. Entre ambas teorías, la teoría mixta sostiene que la esencia del dolo es normativa, pero ello no excluye todo aspecto fáctico-psicológico ni supone la negación de la existencia de una realidad psicológica que habría que acreditar procesalmente para afirmar el carácter doloso del hecho. La concurrencia del dolo no tendría exclusivamente carácter adscriptivo, puesto que existe una realidad psicológica fáctica a la que hay que referirse de forma descriptiva. Así el dolo tiene naturaleza normativa porque la definición y configuración de lo que el dolo es se decide por el Derecho seleccionando los elementos de la realidad que desde la perspectiva jurídica de los fines del Derecho penal, son necesarios para integrarlo. Cuando se afirma que una conducta es dolosa no se describe la conducta, sino que se valora como de mayor gravedad que la imprudente, dado que el legislador sanciona con mayor pena la conducta dolosa que la imprudente. La selección de los casos dolosos se decide según una lógica normativa a partir de la ratio que justifica la mayor penalidad de la conducta dolosa porque expresa un mayor grado de oposición a los fines del Derecho penal y al sentido de sus normas, es decir, una decisión a favor de la lesión del bien jurídico. Luego, hay que delimitar el sector de la realidad psicológica que interesa y que es valorada pero no creada por el Derecho penal. Del fundamento en el que se sustente la valoración como más grave de la conducta dolosa depende el ámbito de lo psicológico que se acote como requisito para la concurrencia del dolo, por lo que las teorías mixtas son en verdad teorías normativas. La objetivación del dolo no equivale a la objetivación de la responsabilidad o a eliminar el elemento subjetivo del delito, sino al interés por profundizar en los elementos reveladores de la subjetividad del autor jurídico-penalmente. Al concepto cognitivo de dolo, deben suceder el estudio de los criterios o indicadores externos u objetivos de esta forma de atribución de responsabilidad penal para cada tipo penal doloso de la parte especial, que deben dar cuenta de casos de creación de un riesgo jurídicamente desaprobado en virtud del peligro concreto para un bien penalmente tutelado.²³

²³ RETTIG, cit. (n.8), pp. 535-537.

4.2.2. *La prueba del dolo normativo*

Si asumimos que el dolo no es un hecho sino un título de atribución normativa de responsabilidad penal, debemos determinar qué condiciones son necesarias de verificar para poder atribuirlo a una determinada conducta y de ahí que no pueda elaborarse un concepto de dolo al margen de la forma en que dichas condiciones deben ser probadas. Dolo es el conocimiento del riesgo jurídicamente desaprobado inherente a la conducta típica, por lo que dolo y conocimiento no son lo mismo, ya que el primero es un juicio a través del cual se imputa el conocimiento del riesgo jurídicamente desaprobado a un sujeto determinado, en tanto que el segundo (el conocimiento) es el objeto que debe ser atribuido a partir de la comprobación de indicios que deben ser probados en el proceso penal. Lo anterior implica relacionar la teoría del delito con el proceso penal, toda vez que el derecho sustantivo es el que se encarga de definir las hipótesis que luego deben ser testeadas y las proposiciones que tendrán que ser probadas en el proceso. Como el conocimiento no puede ser directamente percibido por los sentidos sino que se atribuye, es preciso un proceso de inferencia, a partir de la constatación de ciertos hechos debidamente probados que constituyen indicios susceptibles de ser encuadrados en un catálogo abierto de indicadores que apoyan la conclusión derivada del hecho principal constituido por el conocimiento del riesgo. La prueba no recae en el concepto normativo de dolo, sino que en los indicios susceptibles de incardinarse en un catálogo abierto de *indicadores* que constituyen elementos de significado del concepto imputativo y, por otra, fundamentos para esa imputación y que se establecen en base a los hechos que deben ser acreditados en el proceso penal como condiciones de imputación subjetiva en cada tipo penal de la parte especial, a fin de permitir la realización del proceso de inferencia a partir del cual es posible concluir si concurre o no el conocimiento de riesgo en cada caso concreto. Por lo tanto, probados los hechos que constituyen *indicios* susceptibles de encuadrarse en el catálogo abierto de *indicadores*, es posible inferir que el sujeto conocía el riesgo jurídicamente desaprobado inherente a su conducta al momento de realizarla (*ex ante*), de manera que pueda atribuirse a su respecto responsabilidad penal a título de *dolo*.²⁴

²⁴ RETTIG, cit. (n.8), pp. 538-540.

Rettig afirma que los indicios son hechos que facilitan el conocimiento de algún *indicador* que permite realizar un juicio de imputación, por ejemplo, constituyen indicios las amenazas previas de muerte de un presunto autor a la víctima; que el acusado tratase de limpiar manchas de sangre en sus ropas que fueron encontradas en su vivienda, entre otras. Este tipo de hechos, en sí, no constituyen los elementos del tipo, pero ayudan a conocerlos. El dolo es un elemento típico, es un título de imputación y como tal resulta imposible su prueba, porque el juzgador no puede penetrar en la cabeza del autor para saber qué conoció, de modo que la prueba recae en indicios obtenidos de los datos que el autor, con su comportamiento externo, objective. Así las cosas, las sentencias deben referir expresamente cuáles son los *indicios* desde los que va a realizar el juicio de inferencia del conocimiento desde *indicadores* provenientes de esos indicios, que deben estar plenamente acreditados con la prueba incorporada durante el juicio penal, porque únicamente puede servir al proceso de inferencia un dato cierto e inequívoco, de manera que el dato equívoco no es indicio. Luego, la sentencia deberá recoger de forma objetiva, expresa y particularizada, el completo proceso lógico a través del cual, partiendo de determinados indicios, llegó a concluir la concurrencia de determinados indicadores que permiten imputar el conocimiento objeto del dolo. Señala como un buen *ejemplo de indicios* aquellos que la jurisprudencia ha ido construyendo *para afirmar el dolo de matar frente al de lesionar*, entre los cuales se encuentran: a) Las relaciones que unen al autor y la víctima: las circunstancias personales de toda índole, familiares, económicas, profesionales, sentimientos y pasionales; b) Las actitudes o incidencias observadas o acaecidas en momentos precedentes al hecho, si mediaron actos provocativos, palabras insultantes, amenazas de males y repetición en su pronunciamiento; c) Manifestaciones de los intervinientes durante la contienda: palabras que acompañaron a la agresión; d) Dimensiones y características del arma empleada y su idoneidad para matar o lesionar, medios e instrumentos empleados en la agresión; e) Lugar o zona del cuerpo hacia donde se dirigió la conducta ofensiva, con apreciación de su vulnerabilidad y de su carácter más o menos letal; f) Insistencia y reiteración en la conducta, duración, número y violencia de los golpes; g) Conducta posterior observada por el infractor.²⁵

²⁵ RETTIG, cit. (n.8), pp. 545-549.

4.3. ALGUNAS CUESTIONES PROBATORIAS FRENTE A UN CASO PRÁCTICO

Con el fin de poder identificar algunas dificultades probatorias específicas relacionadas con la tipificación del delito de femicidio no íntimo, hemos creado un caso ficticio, basado en la circunstancia 2ª del inciso segundo del artículo 390 ter del CP, esto es, “*Ser consecuencia de que la víctima ejerza o haya ejercido la prostitución, u otra ocupación u oficio de carácter sexual*”, lo que nos permitirá mostrar en concreto las complejidades que se presentan y plantear algunas soluciones argumentales.

El caso es el siguiente: “*El día 15 de marzo de 2021, alrededor de las 19:00 horas, la víctima Marcela Chamorro Vera se encontraba en compañía del imputado, Juan Tapia Durán, en el Hotel El Pino, ubicado en la intersección de calle Bulnes con Castellón, comuna de Concepción. Previamente habían concertado el pago de la suma de \$200.000 por el servicio de acompañante. Se retiraron de dicho lugar y se dirigieron al auto del imputado, que se encontraba estacionado en calle General Cruz a la altura del número 244, en esas circunstancias la víctima, aprovechando que el imputado se sube al auto y deja su billetera en la guantera del mismo, abre dicho dispositivo y sustrae la billetera, bajándose del vehículo y dándose a la fuga por calle Castellón, el imputado la sigue y le da alcance a unos 100 metros de distancia, comenzando a darle golpes en la cabeza, en reiteradas ocasiones, con una piedra de unos 12 centímetros de diámetro, que tomó del suelo, provocándole un traumatismo encefalo-craneano complicado, que le provocó la muerte en el mismo lugar de la agresión*”.

4.3.1. En lo conceptual

Será necesario determinar el contenido de los elementos típicos normativos “razón de género”, “*ser consecuencia de*” y “*prostitución u otra ocupación u oficio de carácter sexual*”, pues éstos inciden en la definición de los hechos relevantes a probar.

Para precisar la noción de “razón de género” nos remontaremos a los antecedentes que motivaron la dictación de la Ley 21.212 (4 de marzo de 2020), esto es, desde una perspectiva general, la prevención, penalización y erradicación de la violencia de género, entendida como una forma grave de discriminación en contra de las mujeres, en los términos regulados en

la Convención de Belem do Pará, que impone una obligación de “debida diligencia”, consagrando el derecho de las mujeres a una vida libre de violencia. En lo específico, debemos agregar, por una parte, la constatación de los limitados efectos generados por las modificaciones introducidas por las leyes 20.066 y 20.480 en la reducción de las cifras de femicidios, motivo por el cual el Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, en sus observaciones finales al séptimo informe periódico de Chile (2018), recomendó modificar la normativa existente ampliando la cobertura de casos; y, por otro lado, como un detonante concreto, en el mes de junio de 2018, se comete el homicidio de Gabriela Alcaíno Donoso, de 17 años de edad a manos de su ex pololo, lo que movilizó a sus familiares a promover la ampliación del concepto de femicidio, con los resultados ya conocidos. En lo que nos interesa ahora, el artículo 390 ter agregó una modalidad femicida nueva, no íntima, que buscó sancionar los crímenes motivados por una especial intención discriminadora, como lo es el solo hecho del género que detenta la víctima, que se colma mediante la concurrencia de una pluralidad de hipótesis alternativas, esto es, un grupo de circunstancias cerradas y excluyentes de otros supuestos, cuyo alcance se amplía con la redacción genérica de la circunstancia 5^a. Este nuevo tipo penal exige que el hombre mate a la mujer “en razón de su género”, intencionalidad que implica, en lo específico, el conocimiento que el agente tiene respecto de las distintas situaciones descritas en la norma en análisis.²⁶

En cuanto a la expresión “*ser consecuencia de*”, para Sepúlveda implica la existencia de una relación de causalidad entre la conducta material del autor y la razón de género objetivizada en el numeral 2º, al entender que se comete en un contexto de discriminación contra las mujeres, a lo que debe añadirse en la tipicidad subjetiva el conocimiento que el agente debe tener, en lo específico, del hecho que la víctima ejerza o haya ejercido la

²⁶ En derecho comparado encontramos tipificaciones similares en Costa Rica con la Ley de penalización de la violencia contra las mujeres (2007); en Guatemala con la Ley contra el femicidio y otras formas de violencia contra la mujer (2008); en El Salvador con la Ley integral para una vida libre de violencia para las mujeres (2012); en Nicaragua con la Ley integral contra la violencia hacia las mujeres (2012), y en México al sancionar el femicidio por razón de género.

prostitución u otras actividades análogas de índole sexual y que ello lo haya determinado a actuar de esa manera.

Finalmente, en lo que concierne a la actividad de “*prostitución*”, como no se encuentra definida legalmente, debemos buscar su sentido natural y obvio, recurriendo en primer término al Diccionario de la Lengua Española, que nos indica que es la “*Actividad de quien mantiene relaciones sexuales con otras personas a cambio de dinero*”.²⁷ Aceptación similar a la que se obtiene de la doctrina jurídico-penal. Así Etcheberry relata que para Carrara prostituta era la que se alquila a cualquiera que solicite sus favores, aunque se trate de un recién venido y desconocido; para Soler la prostitución era la actividad consistente en entregarse habitualmente a tratos sexuales con personas más o menos determinadas, que eventualmente lo requieran; para Maggiore lo característico de la prostitución era la pluralidad de relaciones carnales promiscuas, sin que sea necesario el elemento de la venalidad ni de la habitualidad; por último, para Antón y Rodríguez la prostitución era la entrega de una mujer a los apetitos deshonestos de cualquiera que la solicite mediante precio.²⁸ Por su parte, Garrido nos enseñaba que la prostitución era la entrega sexual de una persona –hombre o mujer– a cambio de un precio, agregando que no parecía ser necesaria la habitualidad del ejercicio sexual pagado.²⁹ Bustos expresaba que la prostitución era la relación sexual (de cualquier tipo), realizada a cambio de una retribución económica, agregando que no es constitutiva de delito, pues es un acto propio de la esfera de libertad del individuo.³⁰ Rivera manifiesta que la prostitución es el acto de participar en actividades sexuales a cambio de dinero o bienes, refiriéndose asimismo a nuevas denominaciones que se dan a las personas

²⁷ En su segunda acepción. Recuperado el día 14 de julio de 2021, de <https://dle.rae.es/prostituci%C3%B3n>

²⁸ ETCHEBERRY (1998), pp. 77-78.

²⁹ GARRIDO (2002), p. 420.

³⁰ BUSTOS (1991), pp. 126-127. En nuestro sistema jurídico sólo se contempla una falta penal para el que infrinja los reglamentos de policía en lo concerniente a quienes ejercen el comercio sexual (artículo 395 N° 7 CP), y en el ámbito sanitario se dispone que, para las personas que se dedican al comercio sexual, se llevará una estadística sanitaria, no permitiéndose su agrupación en prostíbulos cerrados o casas de tolerancia (artículo 41 del Código Sanitario).

que la ejercen, a saber: trabajadoras sexuales, sexoservidoras, mujeres en situación de prostitución, escort, call girls, rameras, entre otras, y revisa la historia del concepto de prostitución.³¹ Por último, Maqueda³² nos aporta una visión menos moralista, inclusiva de ambos géneros y que no exige de habitualidad, al afirmar que la prostitución está constituida por “*la prestación voluntaria y negociada de servicios sexuales remunerados*”, por lo tanto comprensiva del ejercicio de la prostitución callejera, en prostíbulos o en clubes nocturnos, también incluye a quien realiza espectáculos sexuales públicos o privados (*stripper* o similar), o *escort*, *call girl* o dama de compañía, entre otras. Asimismo, comprende a las mujeres, niñas y adolescentes explotadas sexualmente, pues lo relevante no es la presencia o ausencia de voluntariedad de la víctima, sino que el conocimiento del agresor de que éstas desarrollan una ocupación u oficio de carácter sexual.

Acerca de la expresión “*otra ocupación u oficio de carácter sexual*” Sepúlveda afirma que se refiere al uso de medios electrónicos, como venta de desnudos o material pornográfico. Finalmente expresa que no es necesario que la víctima efectiva y materialmente ejerza o haya ejercido la prostitución u otra ocupación u oficio de carácter sexual con el agresor, sino que es suficiente que ella tenga o haya tenido esta calidad para que se acredite la razón de género.³³

Por su parte, la jurisprudencia entiende por prostitución u otra ocupación u oficio de carácter sexual, todo servicio, prestación, comercio, acción o encuentro de carácter sexual, que puede consistir materialmente en tocamientos, caricias y besos en zonas íntimas del cuerpo, bailes y shows de índole sexual, masturbar, mantener relaciones sexuales orales, vaginales o anales, servicios de escort, copetinera o participación en la generación de material pornográfico, obtenidos mediante el ofrecimiento o la entrega de dinero u otra contraprestación de contenido pecuniario.³⁴

³¹ RIVERA (2017), pp. 363-367.

³² MAQUEDA (2009), p. 61.

³³ SEPÚLVEDA, cit. (n.2), pp. 103-105.

³⁴ Así se obtiene de numerosas causas penales, relativas a los tipos contenidos en los artículos 367, 367 ter, 411 ter y 411 quáter del CP; entre otros en los RIT 13-2019 del Primer TOP de Santiago; 34-2018 del TOP de Punta Arenas; 70-2018 del Tercer TOP de

4.3.2. *En lo probatorio*

Podría ocurrir que el persecutor penal, al estimar que el femicidio, en tanto manifestación extrema de la violencia de género, constituye un problema estructural que abarca todo el entramado social y no un mero fenómeno individual, de carácter excepcional, pues se relaciona más bien con una construcción de género binario y jerarquizado, propio del sistema heteropatriarcal, pudiere pretender acreditar esa realidad antropológica y sociológica con una prueba pericial, dispuesta y elaborada en la etapa de investigación, probanza de carácter científico que ofrecerá, de acuerdo a la ritualidad legal, junto a la presentación de su escrito de acusación, singularizando al perito que será convocado a declarar en juicio y acompañando sus credenciales de tal y el peritaje escrito.

En su oportunidad, la defensa podría plantear un incidente de inadmisibilidad probatoria de dicha prueba pericial sosteniendo que es imperpetinente, por innecesaria, toda vez que la técnica legislativa utilizada en la tipificación del delito de femicidio no íntimo, en el artículo 390 ter del CP, supone la normativización del tipo subjetivo, al menos en cuanto a la “razón de género”, estimando que no es necesaria su prueba, dada la realidad ostensible que se constata en nuestra sociedad (hecho público o notorio), lo que ha llevado al legislador a crear criterios de atribución normativa o de adscripción, en cuya virtud, acreditándose las circunstancias materiales descritas en sus distintos numerales, se activan indicios y luego indicadores que permiten tener por configurado el título de imputación normativa, desplazándose el conflicto de lo fáctico a lo normativo. Por ello afirma que tal pericial no es necesaria o conveniente, en los términos previstos en los artículos 314 inciso segundo, 316 y 376 inciso primero del Código Procesal Penal (en adelante CPP).

Por su parte, el ente persecutor defenderá la procedencia y admisibilidad de dicha prueba pericial sosteniendo que la naturaleza jurídica de la técnica legislativa empleada en la tipificación del delito que nos ocupa no es un tema

Santiago; 128-2020 TOP Puente Alto; 264-2020 del Cuarto TOP de Santiago; 87-2019 del Segundo TOP de Santiago; 91-2019 del TOP de Punta Arenas; 333-2019 del TOP de Valparaíso; 927-2019 del TOP de Iquique; 7-2011 del TOP de San Felipe; 89-2012. TOP de Puente Alto.

pacífico, discutiéndose arduamente si allí se contiene una manifestación de normativización de los estados mentales, bajo una comprensión no cognoscitiva de ellos o si se mantiene el entendimiento tradicional, mayoritario en nuestra doctrina, que afirma que los estados mentales pueden y deben probarse, lo que en la especie se realiza con la ayuda de indicios de dolo de matar por razón de género, contenidos en cada numeral del artículo 390 ter del CP. Por lo tanto, no hay tal normativización, así como tampoco un hecho público o notorio que haga inoficiosa la prueba del fenómeno de la violencia de género como una situación social estructural.

Al final del debate el tribunal habrá de resolver teniendo en consideración la evolución del dolo y su prueba, así como la especial forma de tipificación contenida en el precepto citado, cuyo correcto entendimiento carece, por ahora, de un suficiente desarrollo doctrinal y jurisprudencial.

5. Conclusiones

a) En la evolución de la tipificación del femicidio en nuestro país han incidido factores externos e internos. En cuanto a los primeros, fueron determinantes las obligaciones contraídas al suscribir y ratificar las Convenciones Internacionales relativas a la igualdad de género y a la prevención, sanción y erradicación de la violencia contra la mujer, así como también la supervisión que los organismos de ejecución han ejercido periódicamente. En el ámbito interno, ha sido relevante la frecuente comisión de femicidios, algunos de ellos de especial notoriedad mediática, generando movimientos de presión hacia los órganos estatales.

En un primer momento (2010), se nombró tímidamente como femicidio a una de las hipótesis comisivas del parricidio, con un efecto meramente simbólico y sólo después de diez años se creó una verdadera tipificación del delito, distinguiendo dos modalidades: un femicidio íntimo y otro no íntimo, de menor penalidad, en el cual se sanciona al hombre que mata a una mujer por el hecho de ser tal.

b) Dentro de las alternativas de tipificación posible, en el femicidio no íntimo se optó por describir una conducta genérica, consistente en matar a una mujer por razón de género, para luego particularizarla en cinco circunstancias comisivas que contienen esa motivación específica del

agente. Tal elección si bien busca simplificar la conceptualización y la labor probatoria, en la práctica generará igualmente conflictos en esos ámbitos, especialmente en este primer tiempo de aplicación, frente a la escasa doctrina y jurisprudencia existente.

c) Una cuestión prioritaria a dilucidar consistirá en tomar partido acerca de la necesidad y posibilidad de probar los estados mentales que exige el tipo subjetivo del femicidio, esto es, el dolo de matar y la razón de género. ¿Son fácticos o normativos?

Estimamos que la comprensión normativa radical, antes expuesta, no habría sido sopesada y deliberada por nuestros órganos colegisladores, de modo que no fueron conscientes de todos los efectos que se derivan de tal visión funcionalista, por ejemplo que los estados mentales no se prueban sino que se atribuyen o imputan jurídicamente, a través de causales de adscripción. Por ello, nos parece más sostenible, por ahora, la interpretación tradicional, que propugna que los estados mentales pueden y deben probarse racionalmente, de modo que la razón de género podrá establecerse mediante la acreditación de los supuestos de hecho contenidos en cualquiera de los cinco numerales del artículo 390 ter del CP, los que actuarán como indicios cognoscitivos y no como causales de adscripción jurídica.³⁵

Una complejidad adicional que advertimos, según cual sea la concepción que se siga, consiste en la posibilidad de cuestionar la constitucionalidad de la norma, si ella es entendida como una presunción de derecho que no admita prueba en contrario.

d) En las soluciones que se busquen a los problemas planteados es indispensable asumir alguna de las concepciones que nos muestra la evolución del dolo penal. En efecto, si seguimos una visión tradicional, que Rettig denomina psicológica volitiva, el conocimiento y la intención, sus elementos configurativos, deben probarse cognoscitivamente, pero como se trata de estados mentales, internos, deberán ser inferidos empíricamente. En cambio, si asumimos un enfoque normativo del dolo, que parte de la negación

³⁵ Como muestra de la mantención del criterio tradicional en nuestro máximo tribunal, que exige la prueba del dolo al menos en su componente cognoscitivo, ver SCS de 5 de mayo de 2021, rol 16.945-2021 (considerandos vigésimo quinto a trigésimo).

de su carácter ontológico (no es un hecho natural) y de la posibilidad de prueba, lo que se afirma es que el dolo se atribuye o adscribe jurídicamente mas no se prueba y la imputación jurídica se realizará en base a causales de adscripción, esto es, indicadores externos cuyos supuestos de hecho sí serán objeto de prueba. En esta última concepción se prescinde del elemento volitivo (se analiza previamente como componente de la conducta, en la acción) y su elemento básico es el conocimiento, por lo que pierde sentido la distinción tradicional de tres clases de dolo, según la intensidad con que el agente quiere el resultado. Existen, no obstante, posiciones intermedias que pueden ser también asumidas.

e) Profundizando el análisis a través de un caso concreto ficticio, encuadrable en el numeral 2° del artículo 390 ter del CP, pudimos constatar una serie de problemas conceptuales y probatorios. En el primer aspecto fue necesario precisar las nociones de “razón de género”, “ser consecuencia de” y “prostitución u otra ocupación u oficio de carácter sexual”. En tanto que, en el ámbito probatorio, debimos definir la pertinencia y necesidad de aportar pericias antropológicas para demostrar que en Chile existe una estructura social androcéntrica y patriarcal, aportando así el necesario contexto de género a las inferencias probatorias, conceptuales, normativas o empíricas.

Atendido el estado actual de nuestra cultura jurídica, asumimos que aún es necesario entregar ese conocimiento científico, para luego, en la natural evolución del sistema, poder plantear tales asertos como máximas de la experiencia y, en definitiva, como un hecho público o notorio, que incidirá en los debates de admisibilidad propios de la audiencia de preparación de juicio oral.

Bibliografía

- BUSTOS, JUAN, *Manual de Derecho Penal. Parte Especial*, Editorial Ariel, 2ª edición, Barcelona, 1991.
- ETCHEBERRY, ALFREDO, *Derecho Penal. Parte Especial*. Tomo III, Editorial Jurídica de Chile, 3ª edición, revisada y actualizada, Santiago, 1998.
- GARRIDO, MARIO, *Derecho Penal. Parte Especial*. Tomo III, Editorial Jurídica, 2ª edición, Santiago, 2002.

- GONZÁLEZ, DANIEL, “Distinciones, estipulaciones y sospechas sobre los criterios de valoración y los estándares de prueba”, en *La sana crítica bajo sospecha*, Benfeld, Johann y Larroucau, Jorge (eds.), Ediciones Universitarias de Valparaíso, Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, 2018.
- MAQUEDA, MARÍA LUISA, *Prostitución, feminismos y derecho penal*. Comares S.L., Granada, 2009.
- RETTIG, MAURICIO, *Derecho Penal Parte General*. Tomo II, El delito de acción doloso e imprudente, Der ediciones, Santiago, 2019.

REVISTAS JURÍDICAS

- CHEJTER, SILVIA, “La prostitución: debates políticos y éticos”, *Revista Nueva Sociedad*, N° 265, septiembre-octubre 2016, pp. 58-76. Recuperado en 15 de julio de 2021, de https://static.nuso.org/media/articulos/downloads/3._TC_Chejter_256.pdf
- RIVERA, JOSÉ, “Algunos apuntes jurídicos sobre la prostitución en Chile”. *Boletín mexicano de derecho comparado*, Vol. 50, N°148, México, 2017, pp. 361-392. Recuperado en 15 de julio de 2021, de http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0041-86332017000100361&lng=es&tlng=es.
- SEPÚLVEDA, IVONNE, “Femicidio como un delito por razones de género en Chile”, *Revista Jurídica del Ministerio Público*, N° 78, abril de 2020, pp. 88-113.
- VÁZQUEZ, CARMEN “Técnica legislativa del feminicidio y sus problemas probatorios”, *Doxa*, Cuadernos de Filosofía del Derecho, 2019, 42, pp. 193-219.
- VILLA, ELVIRA, “Estudio antropológico en torno a la prostitución”, *Revista Cuicuilco*, Vol. 17, N° 49, México, julio-diciembre de 2010, pp. 157-179. Recuperado en 14 de julio de 2021, de http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0185-16592010000200009&lng=es&tlng=es.

