

CORTE DE APELACIONES

Caratulado:

Rol:

Fecha de
sentencia: 04-10-2023

Sala: Primera

Materia: 702

Tipo
Recurso: Penal-nulidad

Resultado
recurso: ACOGIDA

Corte de
origen: C.A. de Iquique

Cita
bibliográfica: FISCALIA CONTRA NESTOR JULIAN CUELLAR
RODRIGUEZ Y OTROS: 04-10-2023 (-), Rol N° 321-
2023. En Buscador Corte de Apelaciones
(<https://juris.pjud.cl/busqueda/u?c7y7p>). Fecha de
consulta: 05-10-2023



Utilice una aplicación QR
desde su teléfono para
escanear este código y
consultar la sentencia desde el
sistema.

[Ir a Sentencia](#)

Iquique, cuatro de octubre de dos mil veintitrés.

VISTO:

En estos antecedentes RUC N° [REDACTED], RIT N° [REDACTED], ROL CORTE N° [REDACTED] (P), una Sala del Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de esta ciudad, dictó sentencia el dieciséis de mayo pasado, condenando entre otros al acusado ----, a cumplir una pena de presidio perpetuo simple, más accesorias legales, por su responsabilidad como autor de un delito de Femicidio, previsto y sancionado en el artículo 390 bis inciso segundo del Código Penal, cometido en perjuicio de [REDACTED] el 29 de mayo de 2022, en esta jurisdicción.

En su representación, la abogada Sra. [REDACTED], dedujo recurso de nulidad, invocando la causal prevista en el artículo 373 letra b) del Código Procesal Penal.

A la audiencia dispuesta para conocer el recurso, compareció por el sentenciado el abogado Sr. Daniel Huerta González, mientras que por el Ministerio Público y la Querellante, lo hicieron las Abogadas Sras. [REDACTED] y [REDACTED], respectivamente.

CONSIDERANDO:

PRIMERO: La defensa funda su arbitrio en que los Juzgadores efectuaron una errónea aplicación del derecho, en relación a la calificación jurídica de los hechos, y al rechazar las atenuantes de responsabilidad penal contenidas en los numerales 8 y 9 del artículo 11 del Código del ramo.

Explica, en síntesis, que no obstante plantear una tesis colaborativa en juicio, consistente en no discutir las circunstancias descritas en la acusación, ni la participación de su representado, disintió de la especificación jurídica de los mismos, sosteniendo que se trató de un homicidio simple y no de un

Femicidio, como sostuvo el Persecutor.

Agrega que la figura típica exige que el sujeto pasiva sea una mujer, lo que no sucede en este caso, donde la víctima es un hombre tanto biológica como registralmente, lo que resultó acreditado por la evidencia testimonial, pericial y documental aportada al juicio.

Añade que ampliar el término mujer a una persona trans biológica y registralmente hombre, vulnera el principio de legalidad y tipicidad, materias ambas de derecho estricto y constitutivas de una garantía constitucional derivada del debido proceso, sin perjuicio de contravenir las reglas de interpretación de la ley, particularmente el artículo 19 inciso primero del Código Civil.

Sostiene que al hacer referencia los jueces, en el motivo quinto del fallo, al artículo 390 Ter N°4 del Código Penal, están utilizando por analogía una norma creada para sancionar a una persona que mata a otro en un contexto específico, bajo circunstancias que no coinciden con las del artículo 390 bis inciso segundo del Código Penal.

Adiciona que para el legislador no es lo mismo el sexo de una persona, que la identidad y expresión de género de la misma, lo que queda de manifiesto en el artículo 2° de la Ley N°20.609, conocida como Ley Zamudio, desde que al definir “discriminación arbitraria”, señala que para los efectos de esa ley se entiende por tal “... 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 la raza o etnia, la nacionalidad, la situación socioeconómica, el idioma, la ideología u opinión política, la religión o creencia, la sindicación o participación en organizaciones gremiales o la falta de ellas, el sexo, la maternidad, la lactancia materna, el amamantamiento, la orientación sexual, la identidad y expresión de género, el estado civil, la edad, la filiación, la apariencia personal y la enfermedad o discapacidad.” de modo tal que el legislador diferencia el sexo de la identidad y expresión de género, brindándole igual

protección contra la discriminación arbitraria, pero considerando cada una en forma independiente de la otra.

Indica que lo mismo puede observarse en el caso del Femicidio en que el legislador ha establecido una protección a la persona en relación a su sexo (artículo 390 bis), y en forma diferenciada en relación a su identidad de género (artículo 390 ter), por lo que al interpretar el tribunal en forma analógica ambos artículos, ha incurrido en una errónea aplicación del derecho, excediendo los límites de las reglas de interpretación y contraviniendo lo dispuesto en el artículo 19 N°3 de la Constitución Política de la República.

Señala que al hacer aplicable lo dispuesto en el artículo 390 ter al artículo 390 bis, el tribunal utiliza la analogía, herramienta prohibida en causa penal que atenta contra el principio de legalidad, salvo su aplicación in bonam partem, lo que no es el caso de marras.

Añade que la misma idea se aprecia al aplicar la Ley 21.120, sobre Identidad de Género, cuyo objeto según su artículo 2 es regular los procedimientos para acceder a la rectificación de la partida de nacimiento de una persona en lo relativo a su sexo y nombre, ante el órgano administrativo o judicial respectivo, cuando dicha partida no se corresponda o no sea congruente con su identidad de género.

Precisa que en esta causa fueron dos personas acusadas como autores de un delito de femicidio, pues el Persecutor imputó a un coimputado como autor de femicidio contemplado en el artículo 390 ter, no obstante los hechos fueron recalificados por el Tribunal a un delito de homicidio simple, atendido que no se acreditó que el ilícito tuviera relación con la identidad de género de la víctima, explicando que del análisis del motivo quinto emana que la motivación del injusto nada tiene que ver con la identidad de género de la víctima, tratándose más bien de una cuestión casuística, donde todas las personas que intervienen estaban bajo el efecto del alcohol y comenzaron una discusión producto de que la víctima había expulsado de su casa, en horas de la madrugada, a un amigo de los condenados junto a su hijo, de modo que si se considera en abstracto los hechos, el sentir de la víctima en cuanto a su identidad de género, no tiene vinculación con los mismos, puesto que si don ---- no fuera trans los hechos

igualmente hubieran ocurrido.

Releva la importancia de observar que el delito de Femicidio contemplado en el artículo 390 bis, no protege en especial a la mujer que tenga una relación de pareja con un hombre por mero capricho, sino porque ella se encuentra en una posición más vulnerable frente a un hombre tanto en el ámbito físico como psíquico.

SEGUNDO: Por otra parte, sostiene que yerra el Tribunal al no reconocer la atenuante de responsabilidad penal del numeral 8 del artículo 11 del Código Penal, pues existen antecedentes objetivos que acreditan su procedencia.

En ese contexto, indica que quedó demostrado fehacientemente que su representado se entregó voluntariamente, aún sabiendo que ello llevaría consigo su privación de libertad, lo que emana tanto de su declaración, como de los dichos de su coimputado ---- y del testigo ----, agregando que la propia fundamentación del Tribunal favorece su posición versus lo resuelto respecto de los demás acusados.

Insiste en que el Tribunal yerra pues su cliente objetivamente se entregó a la policía, añadiendo que al retirarse del lugar de los hechos no lo hizo por el desierto sino por la ruta del desierto, que no conduce fuera del país, sino que se une a varios poblados del interior, entre otros, La Tirana y Pica, donde su defendido se entregó de manera voluntaria, pese a encontrarse cerca de la frontera con Bolivia y con dinero suficiente para huir. Hace presente que no existe plazo para configurar la minorante en estudio, por lo que la denuncia puede realizarse incluso iniciado el proceso penal contra el acusado, y que la confesión del mismo puede incluir factores que justifiquen o exculpen su conducta.

TERCERO: En relación a la minorante del numeral 9 de la misma norma legal, sostiene que nuevamente yerra el Tribunal en su criterio al descartar la sustancialidad de la cooperación de su representado, pues éste declaró en juicio y reconoció su participación al menos en el delito base o residual. Añade que no es efectivo que éste habría dado distintas versiones de los hechos durante el

proceso investigativo, pues sólo declaró el día que se entregó voluntariamente, esto es, el 3 de mayo de 2022, tal como lo dijeron los policías en juicio y atestigua el parte policial N° 702, de 6 de junio de 2022, emitido por la Brigada de Homicidios de Iquique, ello a diferencia del testigo ---- que declaró el 1 de junio de 2022, testimonio que amplió al día siguiente.

Alude a la historia de la ley, doctrina y jurisprudencia, para explicar el contenido de la minorante en análisis y el modo en que debe aplicarse, para concluir que en la especie se reúnen todos sus requisitos, en la medida en que su representado reconoció su participación en la etapa investigativa, renunció a su derecho a guardar silencio y declaró en juicio, donde aportó un relato circunstanciado de los hechos antes que se incorporara toda la prueba del Persecutor, añadiendo que el hecho de no reconocer su calidad de pareja de la víctima, en nada cambia el hecho de haber admitido su intervención en el crimen, dado que la calificación jurídica de éstos es materia entregada al juzgamiento del Tribunal.

CUARTO: Indica que el fallo perjudica a su representado al ser condenado por un delito más grave, perjuicio que se traslada también al área de las circunstancias modificatorias de responsabilidad penal que no fueron acogidas, cuestiones todas que en definitiva influyen en lo dispositivo de la sentencia, razón por la cual solicita se invalide la sentencia recurrida, y se dicte sentencia de reemplazo, declarando que en definitiva se condena a su representado por el delito de homicidio simple, teniéndose además por configuradas las atenuantes de responsabilidad penal referidas precedentemente.

QUINTO: Previo a abordar el asunto de fondo, resulta conveniente recordar que el recurso de nulidad es de aquellos denominados de derecho estricto, de modo que por su naturaleza y características, esta Corte cuenta con una competencia limitada para la revisión del fallo impugnado y, por ende, no constituye una instancia en la que puedan revisarse los hechos establecidos en juicio, sea para modificarlos o alterarlos.

Que, en ese contexto, la hipótesis de invalidación estatuida en la letra b) del artículo 373 del Código

Procesal Penal, está relacionada con el deber de los jueces de efectuar un correcto discernimiento y aplicación de las normas que regulan el asunto sometido a su decisión, de modo que surge cuando lo resuelto contraviene formalmente el tenor de la ley, cuando los sentenciadores yerran en su debida interpretación, cuando la aplican en un caso diverso o no regulado por ella, o bien cuando omiten su aplicación en un caso donde resulta pertinente.

Sobre esa base, y teniendo presente las facultades de este Tribunal para la resolución de estas materias, unidas al mérito de la sentencia en relación al cuestionamiento de la defensa, es que el presente recurso será acogido, como pasará a detallarse.

SEXTO: En efecto, tal como se adelantó en el motivo primero, el recurrente funda su arbitrio en que los Juzgadores efectuaron una errónea aplicación del derecho en relación a la calificación jurídica de los hechos, y al rechazar las atenuantes de responsabilidad penal contenidas en los numerales 8 y 9 del artículo 11 del Código del ramo, alegaciones que para efectos de su resolución serán abordadas en ese mismo orden.

SÉPTIMO: Que, el primer planteamiento se relaciona, en síntesis, con la decisión del Tribunal de subsumir las circunstancias de la especie en la figura típica del delito de Femicidio, previsto y sancionado en el artículo 390 bis inciso segundo del Código Penal, pese a que la víctima, conocida registralmente como -----, no era biológicamente mujer, cuestión que nos conduce dilucidar qué debe entenderse por la expresión mujer utilizada por la ley, como manifestación del sujeto pasivo del tipo penal en análisis, factor esencial para decidir sobre la configuración del injusto objeto de condena y su consecuente sanción, respecto del acusado --.

OCTAVO: Ciertamente, la construcción de la figura en estudio ofrece la dificultad de establecer la extensión que debe otorgarse a concepto de mujer como sujeto de protección penal, cuestión de vital importancia en el caso de la especie, donde la víctima no obstante ser una persona que biológica y registralmente corresponde al sexo masculino, se identificaba con el género femenino.

Para dilucidar dicha encrucijada resulta imprescindible, como hizo el Tribunal, avocarse en primer lugar a analizar la prueba aportada en juicio en aras a determinar si efectivamente la persona agraviada correspondía a una identificada con el género en cuestión.

En esa línea, los jueces examinaron el testimonio de su hermana ----, quien señaló que desde pequeña se vestía de mujer, que la llamaban con el nombre de ----, y que en Agosto de 2021 les presentó al acusado ---- como su pareja, añadiendo que éste, junto con trabajar en su panadería, manejar sus finanzas y conducir su vehículo, se comportaba como tal en las reuniones familiares a las que asistía, a lo que agregó que ella quería casarse y hacer los trámites con su cédula de identidad, relato que integró con fotografías de la víctima donde figuraba con apariencia femenina.

Tales antecedentes resultaron complementados con los dichos de su sobrina ----, quien señaló que toda su vida la conoció como ----, que desde pequeña la vio vestida como mujer, y que ---- era su pareja; declaración que fue abonada, por una parte, con los dichos de ----, quien dijo conocer a ---- desde su llegada a Chile el año 2021, pues vivió en su casa, donde conoció al acusado, quien vivía en ese lugar y trabajaba en su panadería, y por otra parte, con los asertos de ----, quien manifestó que hace 20 años que era amiga de --- y que se quedó a vivir en su casa, versiones ambas que fueron corroboradas por la policía ----, quien les tomó declaración en sede investigativa confirmando que ambos pensaban que víctima y victimario eran pareja.

Que este cúmulo de antecedentes, entonces, permitió a los sentenciadores arribar a la conclusión que la identidad de género de la víctima de los hechos sublite coincidía con el de una mujer, desde que ella se percibía y era conocida por sus familiares y círculo cercano como tal, quienes la reconocían de manera unívoca y generalizada con el nombre de ----, identidad que exteriorizaba mediante una conducta femenina con la comunidad, y en su seno íntimo con el acusado ----, con quien mantenía una relación de pareja, conclusión con la que coincide esta Corte al estimar que el razonamiento empleado por el Tribunal se ajusta al mérito y entidad

probatoria de los antecedentes vertidos en juicio.

NOVENO: Luego, 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 2° 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 esta 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.

DÉCIMO: 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 término 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 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 2666-15, c.27; 2744-14, c .29; 2953-16, c.28; 3306-17, c.15).

Que tales principios encuentran consagración constitucional en los inciso finales del artículo 19 N°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.

UNDÉCIMO: 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.

Que, 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 21.120, desde que su objeto, conforme al artículo 2°, se limita a regular un procedimientos 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 3° 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.

Que, 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.

DUODÉCIMO: En esa línea, al incidir el vicio señalado en cuestiones fácticas cuya ponderación y resolución corresponde al Tribunal del fondo, y atentos al tenor de lo dispuesto en el artículo 385 del Código Procesal Penal, se anulará la sentencia de primer grado y el juicio que le sirvió de antecedente, y se remitirán estos autos al Tribunal de origen para la realización de un nuevo juicio por los Jueces no inhabilitados que corresponda.

DÉCIMO TERCERO: Finalmente, al haberse acogido el presente arbitrio por las razones señaladas, se omitirá pronunciamiento respecto de las demás peticiones de la defensa, por resultar innecesario.

Por estas consideraciones y de conformidad, además, con lo previsto en los artículos 372 y siguientes del Código Procesal Penal, SE ACOGE el recurso de nulidad deducido por la defensa del condenado -- ----, contra la sentencia de dieciséis de mayo de dos mil veintitrés, dictada por una sala del Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Iquique, y en consecuencia se declara que dicha sentencia es nula, así como también el juicio en que incide, debiendo el Tribunal proceder a citar a los intervinientes a una nueva audiencia de juicio oral, el que se llevará a cabo con los jueces no inhabilitados que corresponda.

Acordada con el voto en contra del Ministro señor Gúiza Gutiérrez, quien estuvo por rechazar el recurso de nulidad deducido, en atención a las siguientes consideraciones:

1.- Que atendida la naturaleza y características del recurso de nulidad, el mismo no constituye una instancia en la que puedan revisarse los hechos establecidos en el juicio, sea para modificarlos o alterarlos.

En dicho contexto, la defensa funda su arbitrio en que los Juzgadores efectuaron una errónea aplicación del derecho en relación a la calificación jurídica de los hechos, planteando que la decisión del Tribunal de subsumir las circunstancias fácticas en la figura típica del delito de Femicidio, previsto y sancionado en el artículo 390 bis inciso segundo del Código Penal, es un error, puesto que la víctima, conocida registralmente como , no era biológicamente mujer.

2.- Que conforme a los antecedentes probatorios rendidos en el juicio, quedó suficientemente acreditado que la víctima, ----, se identificaba con el género en cuestión, por lo que los sentenciadores concluyeron que la identidad de género de la víctima coincidía con el de una mujer, desde que ella se percibía y era conocida por sus familiares y círculo cercano como tal, quienes la reconocían de manera unívoca y generalizada con el nombre de ----, identidad que se exteriorizaba mediante una conducta femenina con la comunidad, y que mantenía una relación sentimental con el acusado , a quien se le identificaba como su pareja.

3.- Que 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 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 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 [...] identidad y expresión de género; todo ello sin perjuicio de la protección general que en esta materia brinda la Constitución Política en su artículo 19 N° 2, al consagrar la igualdad ante la ley, como también los artículos 1 y 24 de la Declaración Universal de Derechos Humanos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos, sobre la misma materia, respectivamente.

4.- Que de este modo, establecida la identidad de género de la víctima de los hechos como mujer, la determinación de esta concepción, mirada no desde lo biológico, sino desde lo identitario, resulta abarcada en el sujeto pasivo del ilícito materia de la acusación, esto es, el delito de Femicidio, previsto en el inciso 2° del artículo 390 bis del Código Penal, puesto que la norma contempla un concepto amplio de lo que debe entenderse por mujer, de manera que el ejercicio de subsunción realizado por los sentenciadores resulta acorde a la normativa aplicable en esta materia.

Se debe considerar, además, que la propia redacción de la norma en análisis no restringe, ni limita, la concepción de mujer en el sentido amplio que se ha indicado, por lo que no se divisa razón para entender que ésta queda excluida del señalado tipo penal, especialmente si dicha exclusión puede llegar a constituir un eventual trato discriminatorio.

5.- Que por otra parte, 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 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.

6.- Que 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.

7.- Finalmente, se debe tener presente que la legislación nacional se ha encaminado progresivamente hacia la protección de las personas en materia de identidad de género y discriminación arbitraria, avance que no puede entenderse sino en armonía e integración con todas las áreas del derecho, sin exclusión alguna, por lo que no resulta razonable que ésta ocurra en materia penal, donde la salvaguarda de bienes jurídicos de tanta importancia como la vida queden de lado al momento de su juzgamiento, en virtud de una eventual excepción en la comprensión de la persona agraviada, como sujeto de amparo legal.

En consecuencia, en opinión del disidente, no se advierte en la decisión del Tribunal el yerro jurídico que la defensa esgrime, y por el contrario, su decisión se ajustó a una correcta interpretación, integración y aplicación del tipo penal en análisis.

8.- Que por último, el disidente también estuvo por el rechazo del arbitrio en cuanto al error de derecho que se denuncia por el rechazo de las circunstancias atenuantes de los N° 8 y 9 del artículo 11 del Código Penal, ya que tampoco se observa el vicio planteado por la defensa.

En efecto, de lo razonado en el motivo Sexto del fallo impugnado surge que los sentenciadores desecharon ambas atenuantes por no cumplirse los requisitos para su procedencia.

Efectivamente, lejos de denunciarse o confesar su delito el encartado ocultó el cuerpo de la víctima y buscó el modo de explicar su ausencia en supuestas actividades comerciales fuera del país, contexto en que incluso habría pedido dinero para ella a través de un tercero, sin perjuicio de huir al interior de la región, cerca de la frontera con Bolivia, y además del hecho de haberse iniciado la investigación a los dos días de la muerte de la víctima, lo cual amagaba las verdaderas posibilidades de eludir la acción de la justicia mediante su fuga u ocultamiento.

A su vez, la declaración de ----- no aportó mayores, ni mejores antecedentes para esclarecer los hechos, por lo que en opinión de los sentenciadores sus dichos carecieron de la sustancialidad exigida por la norma, toda vez que no la constituye la mera aceptación de los cargos formulados por el ente persecutor, sino que debe tratarse de un aporte efectivo que se traduzca en una contribución gravitante a la ilustración de los hechos motivo del juzgamiento.

Además, se debe tener presente que la ponderación de las circunstancias que configuran estas atenuantes, constituye una facultad privativa de los jueces del fondo al encontrarse vinculada a cuestiones fácticas, cuya discusión no puede renovarse en estos estrados, pues aquello llevaría a transformar el arbitrio de nulidad en un recurso de apelación, lo que se aparta de la naturaleza, características y finalidades del mismo.

Regístrese, comuníquese a los intervinientes y devuélvase.

Redacción del Ministro señor Andrés Provoste Valenzuela.

Rol N° [REDACTED] Penal.