

TÍTULO: Un sistema normativo basado en leyes reactivas				
Nº	FECHA	MEDIO	SECCIÓN	PÁGINA
161499	2022-03-10	Elmercuriolegal.cl	Noticias y Reportajes	SP

Imagen 1/2

Un sistema normativo basado en leyes reactivas

"...No es trivial que se escriban leyes con urgencia de discusión inmediata respecto de cuestiones sociales tan delicadas. Es preocupante que se legisle sobre la base de una política criminal puramente reactiva, pues es altamente probable que se desatendan u obvien algunas aristas más complejas que conllevan temas como la discriminación o la identidad y expresión de género, en el marco de la creación de tipos penales y la agravación de penas..."

Miércoles, 09 de marzo de 2022 a las 10:30



Daniel Hasson y Mariella Pirozzi

En Chile, muchas leyes surgen y avanzan en su tramitación con urgencia, cuando el fervor popular clama justicia respecto de un hecho que debiese estar regulado o que, si lo estaba, debió merecer un reproche agravado y estar en sincronía con los estándares internacionales en la materia. A modo de ejemplo, un trágico accidente, un ataque discriminatorio, una dramática agresión sexual, entre otros.

En general, esto ocurre cuando individuos, familias y organizaciones civiles instan a proponer leyes que reparen de forma rápida las consecuencias de una situación específica, sin tomar en cuenta que las leyes puramente reactivas podrían derivar en

deficiencias en términos de técnica legislativa, problemas de implementación y aplicación práctica, a consecuencia de su tramitación acelerada.

Frente a esto, surgen las siguientes interrogantes: ¿por qué esperar la ocurrencia de un caso fatídico para realizar estos cambios normativos? O aún más, ¿por qué esperar a que estos casos acontezcan para adecuar la normativa nacional a los estándares internacionales en la materia? En realidad, los tres poderes del Estado debiesen procurar, permanentemente, la protección de todos los residentes en Chile, generando un marco legal preventivo y latamente analizado, evitando incurrir en presiones mediáticas e improvisaciones sobre la urgencia demandada.

Revisemos dos ejemplos en temas de discriminación y género. El 2012, tras la brutal golpiza que sufrió Daniel Zamudio y su lamentable muerte, todo motivado por su orientación sexual, el Congreso aceleró la discusión y aprobó en tiempo récord la Ley N° 20.609, que establece medidas contra la discriminación. Esto, teniendo en consideración que, en realidad, el proyecto de ley en virtud del cual surge esta normativa se inició mediante un Mensaje presentado el año 2005 y solo tras este caso se reactivó y agilizó la discusión legislativa y su aprobación. En este caso, su carácter meramente reactivo se gatilló tras un crimen motivado por razones de homofobia y tras el intento frustrado por aplicar la agravante establecida en el artículo 12 N° 9 del Código Penal o alguna otra circunstancia agravante prevista en dicha norma.

Ahora bien, esta ley, popularmente conocida como "Ley Zamudio", tuvo por objetivo fundamental instaurar un mecanismo judicial para restablecer eficazmente el imperio del derecho cada vez que se cometa un acto de discriminación arbitraria, haciendo eco de la normativa internacional vigente a esa época, en especial, de lo establecido en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos que establece la obligación de respetar y garantizar los derechos a todos los individuos sin discriminación y el compromiso de los Estados parte de adoptar las disposiciones legislativas o de otro carácter necesarias para hacer efectivo ese derecho.

Sin embargo, a consecuencia de su acelerada tramitación, a la fecha, esta ley ha presentado diversas dificultades prácticas relacionadas con sus definiciones y alcances, con las multas establecidas al recurrente ante sentencias absolutorias, con la ausencia de tratamiento de una reparación integral y con la falta de adopción de medidas afirmativas y/o medidas especiales a favor de ciertos grupos, entre otras, cuestiones que se pretenden mejorar mediante el proyecto de ley que modifica y fortalece la Ley N° 20.609, Boletín N° 12748-17, que, desde agosto del 2021 se encuentra en segundo trámite constitucional en el Congreso.

El segundo caso que revisar corresponde a la "Ley Gabriela", denominación popular que surgió en homenaje póstumo respecto del homicidio el año 2018 de una joven llamada Gabriela, junto a su madre, cometido por su ex pololo; relación sentimental que no se encuadraba en las requeridas por el tipo penal de femicidio vigente en ese momento, ya que exigía que víctima y victimario fueran o hayan sido cónyuges o convivientes, excluyendo las relaciones de noviazgo y pololeo.

TÍTULO: Un sistema normativo basado en leyes reactivas				
Nº	FECHA	MEDIO	SECCIÓN	PÁGINA
161499	2022-03-10	Elmercuriolegal.cl	Noticias y Reportajes	SP

Imagen 2/2

Se trata de la Ley Nº 21.212, que modificó el Código Penal, el Código Procesal Penal y la Ley Nº 18.216 en materia de tipificación del femicidio, publicada el 4 de marzo de 2020. Esta ley fortaleció la legislación penal en lo relativo a la situación de la mujer, ampliando el delito de femicidio a cualquier homicidio por razones de género, adecuándolo a los tratados internacionales vigentes en la materia, especialmente, a lo sostenido por la Convención Belem do Pará, cuyo objetivo es el de prevenir, sancionar y erradicar toda forma de violencia contra la mujer, entendida esta como cualquier acción o conducta basada en su género que cause muerte, daño o sufrimiento físico, sexual o psicológico a la mujer, siendo indiferente el tipo de relación interpersonal entre ella y su agresor; es decir, con independencia de si existe una relación de convivencia o matrimonio entre ambos.

No obstante, cabe reflexionar sobre si la tramitación legislativa fue tardía, pues —sin entrar en el fondo del caso que originó su promulgación— surgió como una reacción a un caso en el que, bajo los estándares internacionales, se trataba sin duda de un homicidio por razón de género (es decir, un femicidio), pero que bajo la legislación nacional vigente a la fecha en que se cometió era un homicidio, con las consecuencias que aquello conlleva desde el punto de vista de una penalidad más atenuada.

Ahora bien, a consecuencia del carácter reactivo de su origen, la Ley Gabriela presenta varios problemas en materia de aplicación, por ejemplo, qué significa “en razón de su género”, así como también problemas de interpretación respecto de ciertas agravantes que esta contempla, las que será necesario precisar seguramente mediante una modificación posterior.

Con todo, no es trivial que se escriban leyes con urgencia de discusión inmediata respecto de cuestiones sociales tan delicadas. Es preocupante que se legisle sobre la base de una política criminal puramente reactiva, pues es altamente probable que se desatiendan u obvien algunas aristas más complejas que conllevan temas como la discriminación o la identidad y expresión de género, en el marco de la creación de tipos penales y la agravación de penas.

El tratamiento pomenorizado que merecen estas temáticas de alta sensibilidad y transversales a nivel país responden a causas estructurales, enraizadas en la cultura y las relaciones sociales, marcadas por diferencias de género, la construcción de estereotipos, entre muchas otras. Por este motivo, naturalmente requieren una aproximación interdisciplinaria que incorpore un análisis multidimensional con una mirada crítica, escuchando al conocimiento —distinto de las áreas del derecho— y articularlo de manera íntegra y a tiempo.

** Daniel Hasson Kalkstein es profesor de Derecho Penal de la Universidad Andrés Bello, LL.M. de la Universidad de Boston y abogado del área de litigación de BCP Abogados, y Mariella Pirozzi Pfingsthorn es LL.M. en International Human Rights Law por la Universidad de Georgetown y abogada del área de litigación de BCP Abogados.*