

Delito de femicidio en Chile: aspectos político-criminales de la nueva regulación de la atenuante de arrebató y obcecación

Femicide crime in Chile: A study on infidelity as a stimulus for the attenuating circumstance of outburst and blindness

Rodrigo Guerra Espinosa ¹  [ORCID](#), Catalina de los Ángeles Sierra Campos ²  [ORCID](#)

¹ Doctor en Derecho por la Universidad de los Andes, Chile. Profesor de derecho penal en la Universidad de los Andes, Chile.

² Magíster en Derecho Penal por la Universidad de Talca y Universitat Pompeu Fabra (España). Doctoranda en Derecho de la Universidad de los Andes, Chile.

Fecha correspondencia:

Recibido: agosto 30 de 2021.

Revisado: junio 24 de 2022.

Aceptado: octubre 18 de 2022.

Forma de citar:

Guerra, Rodrigo y Sierra, Catalina De Los Ángeles. "Delito de femicidio en Chile: aspectos político-criminales de la nueva regulación de la atenuante de arrebató y obcecación". En: Revista CES Derecho. Vol. 13. No. 3, septiembre a diciembre de 2022, p. 128-150.

<https://dx.doi.org/10.21615/cesder.6374>

[Open access](#)

[© Derecho de autor](#)

[Licencia creative commons](#)

[Ética de publicaciones](#)

[Revisión por pares](#)

[Gestión por Open Journal System](#)

DOI: 10.21615/cesder.6374

ISSNe 2145-7719

[Publica con nosotros](#)

Resumen

Este artículo propone un análisis crítico de la atenuante de responsabilidad de arrebató y obcecación en el marco de la reforma a la regulación del delito de femicidio en Chile. Para ello presentaremos la discusión legislativa, dogmática y jurisprudencial en torno a esta atenuante con relación a un caso real conocido por el Tribunal Oral en lo Penal de Ovalle. Este caso permitirá comprender cómo ha evolucionado la legislación penal en torno a las graves consecuencias derivadas de la violencia intrafamiliar. Conforme a ello, presentaremos una mirada crítica del artículo 390 quinquies del Código Penal chileno que refiere a la atenuante de arrebató y obcecación y, asimismo, algunas de las problemáticas que ha suscitado esta disposición.

Palabras claves: homicidio; femicidio; violencia contra la mujer; violencia de género; arrebató y obcecación.

Abstract

This article proposes a critical analysis of the regulation of the crime of femicide in Chile. It will analyze the dogmatic foundations of the criminal type in Chilean legislation and its relationship with the mitigating circumstance of rapture and obsession. To do so, we will present the discussion of this

mitigating factor in relation to the case of Marco Olmos Barraza, heard by the Oral Criminal Court of Ovalle, accused of committing the crime of frustrated femicide against his spouse. To conclude, we will present a critical look at Article 390 quinquies of the Chilean Criminal Code and some of the problems raised by the provision.

Keywords: homicide; femicide; violence against women; gender violence; sudden heat.

Introducción

El incremento de la violencia contra la mujer no es un asunto local. Por el contrario, se ha convertido en un foco de preocupación que ha traspasado las fronteras¹ y ha motivado el trabajo conjunto de los Estados². Pues bien, en esta materia parece ser que los llamados internacionales no han surtido el efecto esperado, y cada legislación ha debido desplegar sus propias políticas para enfrentar el fenómeno de violencia contra la mujer.

En Chile, los actos de violencia contra la mujer han registrado un incremento exponencial en los últimos años³. En este sentido, el delito de homicidio —derivado de circunstancias de violencia intrafamiliar— ha adquirido un protagonismo que no pasa desapercibido. Estas circunstancias motivaron a que en el año 2010 se aprobara la primera reforma al Código Penal chileno en este asunto. Como resultado, la Ley N° 20.480 agregó un segundo inciso al artículo 390 del Código Penal sobre el parricidio, e incorporó el concepto *femicidio* por primera vez en el ordenamiento jurídico-penal⁴.

La historia de la ley indica que el objetivo de la reforma versó bajo el supuesto de que mediante el reconocimiento legal del femicidio se visibilizaría la violencia contra la mujer como un fenómeno propiamente tal, y así institucionalizaría un tratamiento conceptual distinto⁵. La adición del inciso segundo del artículo 390 del Código Penal en este estadio legislativo pretendía ampliar los supuestos criminales al considerar como victimario también “a quien es o haya sido

¹ La Organización Mundial de la Salud ha afirmado que la violencia contra la mujer “no se trata de un pequeño problema que sólo afecta a algunos sectores de la sociedad, sino más bien de un problema de salud pública mundial de proporciones epidémicas, que requiere la adopción de medidas urgentes” (Organización Mundial de la Salud, 2013).

² Se han celebrado dos importantes convenciones internacionales en torno a esta temática, a saber, la Convención Interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer, también denominada “Convención de Belem Do Para”, el día 09 de junio del año 1984, en Brasil. Y la “Declaración sobre la eliminación de la violencia contra la mujer”, en el marco de la 85ª sesión plenaria de las Naciones Unidas, el día 20 de diciembre del año 1993.

³ Conforme a la información entregada por el Ministerio de la Mujer y la Equidad de Género del Gobierno de Chile, la violencia homicida contra la mujer ha presentado un incremento importante. En concreto, en el año 2016 se registró un total de 34 casos consumados y 129 en estado de desarrollo frustrado; en el año 2020 la cifra de casos consumados aumentó a un total de 43, mientras que aquellos en grado de desarrollo frustrado llegaron a 151 casos. En cifras más recientes, el año 2021 fueron registrados un total de 44 femicidios consumados, y 163 en grado de desarrollo frustrado y, finalmente, en lo que lleva el año 2022, se han registrado 19 femicidios consumados, y 72 frustrados.

⁴ Ley N° 20.480. Modifica el Código Penal y la Ley N° 20.066 sobre violencia intrafamiliar, integró el delito de “femicidio”, aumentó las penas a este delito y reformó las normas sobre parricidio. Fecha publicación: 18 diciembre 2010. Fecha promulgación: 14 diciembre 2010.

⁵ En la moción parlamentaria se indicó que la incorporación del delito de femicidio permitiría llenar un vacío conceptual y legislativo. Así pues, se expresa que esta modificación “permitirá una mejor comprensión del problema, una adecuada difusión de sus implicancias y constituirá una señal mediática y cultural que apunte decididamente a evitar su ocurrencia” (BCN, 2018, p. 3).

su cónyuge o su conviviente”. De este modo, fueron integrados nuevos elementos al tipo penal de parricidio que ampliaron el espectro de posibles víctimas⁶ en base a los registros de femicidio entregados por el Ministerio de la Mujer y la Equidad de Género.

Se trató de un progreso normativo de fondo que incidió directamente en el elemento sustancial del tipo penal de parricidio, pero no así en el ámbito penológico. Pues bien, ya sea que se tratase de un caso de parricidio o de femicidio, la pena en abstracto era la misma. En otras palabras, la reforma legislativa introducida por la Ley N° 20.480 en el año 2010 no impuso un mayor reproche penal a quien cometiese un delito de femicidio.

Con todo, la incorporación del concepto de femicidio en la legislación penal chilena exigió una serie de modificaciones normativas en el marco de la prevención de actos de violencia contra la mujer⁷. Si bien la figura no se inserta a propósito de un caso específico, como sucedió en México con el caso del Campo Algodonero ocurrido en la ciudad de Juárez en el año 2009 o el caso de Rosa Elvira Cely en el 2012⁸, nos parece que un análisis del trabajo legislativo en torno a la incorporación de este tipo penal en el ordenamiento chileno permitirá explicar cuáles son los presupuestos conceptuales que permitieron llegar a excluir la atenuante de arrebató y obcecación en el caso del sujeto activo del delito de femicidio.

Este análisis político criminal del femicidio como tipo penal autónomo, a su vez, genera efectos en la percepción que adopta la comunidad ante el fenómeno de la violencia doméstica que son interesantes de abordar para explicar la restricción del uso de la atenuante de arrebató y obcecación en el caso de los hombres. Así pues, ¿esta atenuante es una circunstancia modificatoria de responsabilidad que comprende elementos socioculturales que permiten solicitar una pena no privativa de libertad para maltratadores?

A lo largo de este artículo podremos observar el complejo trabajo intelectual que implica llegar a comprender cuál es el sentido teleológico objetivo que está asociado a la figura del delito de femicidio desde una metodología dogmática y jurisprudencial. Pues bien, se trata de un tipo penal asociado con frecuencia al acto en que un hombre da muerte a una mujer por el hecho de ser tal. En otras palabras, se funda en la asignación biológica de los involucrados.

⁶ Dentro de los objetivos presentados en el Primer Trámite Constitucional se expresa que “en la definición del tipo de femicidio que se crea y en el parricidio que se desagrega, se superará la deficiencia existente en el parricidio vigente que califica como tal sólo las relaciones actuales de matrimonio o convivencia, excluyendo a los anteriores cónyuges o convivientes y a todo otro tipo de relación afectiva” (BCN, 2018, p. 3).

⁷ Así las cosas, el año 2020 tiene lugar una importante reforma en esta materia, mediante la denominada Ley Gabriela: Ley N° 21.212 que modifica el Código Penal, el Código Procesal Penal y la Ley N° 18.216 en materia de tipificación del femicidio. Fecha de publicación: 04 marzo 2020. Fecha de promulgación: 02 marzo 2020.

⁸ En este sentido, se puede observar que la incorporación del delito de femicidio en Chile es resultado de “las estadísticas chilenas del SERNAM (Servicio Nacional de la Mujer), así como los datos de la OMS y el nuevo Informe de Desarrollo Humano en Chile de 2010 de la PNUD (Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo), muestran un aumento de la violencia contra la mujer, específicamente del llamado ‘femicidio’, como expresión máxima de agresión en su contra. **Esto motivó campañas que plantearon la necesidad de crear en la legislación chilena un tipo penal especial que lo castigue**” (Santibáñez y Vargas, 2011, p. 194).

Esta lectura desconoce los aportes constructivistas en torno al concepto de género y enfatiza en la naturaleza biológica del hombre para argumentar un mayor desvalor en el femicidio. Antes bien, el mayor desvalor en el delito de femicidio no radica en la naturaleza biológica del hombre o en el simple hecho de matar a una mujer. Como explicaremos, existen buenas razones para sostener que este delito reconoce en sus raíces la violencia de género. De modo tal que, parece ser que se trata de un asunto más complejo que la simple limitación al sexo de la víctima y victimario.

En efecto, cuestionarnos acerca de la comprensión de la violencia de género para interpretar normativamente el delito de femicidio es elemental, pues nos enfrentamos a un legislador que enuncia en reiteradas oportunidades el concepto de violencia de género y lo vincula específicamente a la figura del femicidio, pero sin desarrollar su significado. De esta manera, se ha generado una incertidumbre dogmática en torno a su conceptualización y su incidencia en la comprensión de la atenuante de responsabilidad penal de arrebató y obcecación.

De ahí que sea una tarea interesante emprender un trabajo intelectual que permita definir el núcleo rector de la conducta del agresor con relación al concepto normativo de femicidio. En efecto, el femicidio —como concepto normativo— requiere de la claridad y determinación de sus fundamentos para una correcta comprensión. Por de pronto, en esta oportunidad nos limitaremos a entregar una reconstrucción de las reformas legislativas en contexto del delito de femicidio, que llevaron a la incorporación del artículo 390 quinquies en el Código Penal. Esta norma restringe la aplicación de la atenuante de arrebató y obcecación a quienes tengan antecedentes por violencia intrafamiliar, lo que adquiere gran importancia cuando el victimario ha actuado motivado por celos.

El análisis legislativo que motiva este estudio será realizado a partir de los hechos de un caso insigne en la jurisprudencia chilena de femicidio frustrado ocurrido en la ciudad de Ovalle. A lo largo de este trabajo, el lector podrá evidenciar su relevancia, en tanto fue la motivación casuística que llevó al proceso legislativo de integración del artículo 390 quinquies en el Código Penal chileno.

Para cumplir estos objetivos, el presente trabajo se constituirá de tres partes. En la primera sección se estudiará de modo aproximativo la violencia de género como principal fundamento de la regulación del delito de femicidio en Chile; en la segunda sección nos enfocaremos en la atenuante de arrebató y obcecación en contexto del delito de femicidio, donde se expondrán los hechos del caso guía fallado en la ciudad de Ovalle; y, finalmente, en la tercera sección se planteará un análisis de lo revisado a la luz de la nueva regulación del artículo 390 quinquies del Código Penal.

1. La violencia de género: principal fundamento de la regulación del femicidio

En el presente apartado realizaremos un breve estudio de la violencia de género. En consideración a que es un tema que sobrepasa los propósitos de este trabajo, presentaremos una interpretación aproximativa que nos permita comprender de mejor manera el contexto en que se impulsa la regulación especial del delito de femicidio, y cómo ello incide en el estudio de la atenuante de arrebató y obcecación en dicho contexto.

Es sabido que el fenómeno de la violencia contra las mujeres se ha convertido en materia de estudio y debate no solo a nivel jurídico, sino también en otras disciplinas, tales como la sociología, la psicología y la psiquiatría. Pues bien, en esta oportunidad es de nuestro interés enfocar la atención específicamente al delito de femicidio como fenómeno con gran impacto social. En ese contexto, nos interesa cuestionar los fundamentos que llevaron a la creación del artículo 390 quinquies del Código Penal que restringe la aplicación de la atenuante de responsabilidad criminal en todos aquellos casos en que se condene por femicidio.

Si bien no existe un pronunciamiento expreso en la historia de la Ley N° 21.121 acerca de la motivación de excluir la aplicación de la atenuante de arrebató y obcecación en el caso de un sujeto biológicamente masculino, es posible sostener que sus fundamentos radican en dos elementos teleológicos: por una parte, sentencias en las que se concedió la atenuante de arrebató y obcecación a partir de elementos socioculturales en favor de la integridad moral del hombre por la infidelidad de la mujer y, por otra parte, los sesgos machistas que explicarían la identificación con las razones que llevaron al sujeto activo de sexo masculino a cometer actos de violencia en contra de una mujer en contexto intrafamiliar⁹.

El tratamiento del femicidio viene a ser el resultado de los casos más brutales de violencia ejercida contra la mujer. Sin embargo, quienes han profundizado en este campo dan cuenta que estaríamos frente a un caso específico de un fenómeno de violencia que abarca a otros sujetos además de las mujeres. Así es como la violencia de género pasa a ser un fenómeno que parece ser que contiene casos de femicidio.

En ese orden de ideas, parece ser que en aras a una mejor comprensión de los fundamentos del delito de femicidio es necesario partir con una noción de lo que la dogmática penal entiende por violencia de género¹⁰. En efecto, se ha indicado que la violencia en contexto de familiar se

⁹ Sobre este punto se pueden observar los comentarios de la diputada doña Karla Rubilar en la Comisión de Familia en el siguiente link: <https://www.youtube.com/watch?v=w4ooHBnf4hE&t=1180s> minuto 27:50 minutos. En este sentido, incluso antes del Proyecto de Ley del Derecho a las mujeres a una vida libre de violencia la diputada Rubilar promovió otro proyecto de ley con la finalidad de erradicar la atenuante de arrebató y obcecación del ordenamiento jurídico penal. De ahí que la génesis o fuente primaria de esta idea se pueda observar tácitamente en su propuesta. No obstante, se trata de ideas que no responden a los parámetros que observamos en los compromisos a nivel internacional sobre la materia en el ámbito constitucional.

¹⁰ A este respecto, Salinas ha indicado que “la violencia de género constituye un problema social y transversal al conjunto de la población del país. Se extiende a todos los sectores de la sociedad independiente de la clase, pueblo originario, niveles de ingresos, cultura, nivel

ha fundado principalmente en la dinámica de asimetría y dominación entre el hombre y la mujer en el marco de una relación sentimental. En ese sentido, se entiende que la violencia de género es *per se* aquella conducta que, con independencia del género de quien la haya ejecutado, responde a los parámetros de asimetría y dominación.

Si bien la dogmática contemporánea ha aceptado esta concepción desde una perspectiva antropológico-social, cabe preguntarse si acaso es sostenible que las conductas violentas en contexto familiar sean únicamente asociadas al género masculino. Al menos preliminarmente nos parece que no es un cuestionamiento estéril, pues la evolución del concepto de género ha superado con creces la concepción con que las normas lo describen¹¹.

De este modo, podemos observar que el constructivismo permitiría sostener que la introducción de la figura de femicidio en el artículo 390 ter del Código Penal chileno sería compatible con relaciones del mismo sexo o incluso en las que alguien biológicamente masculino se identifique con el sexo femenino¹². No obstante, lo curioso es que en la norma del artículo 390 ter, el legislador enumeró cinco circunstancias en que contempla el género en un delito que solo puede cometerse por un hombre contra una mujer.

Por consiguiente, vemos que el legislador introduce elementos normativos que reconocen el género en el sistema penal chileno, específicamente en el delito de femicidio. Sin embargo, a la vez, no renuncia a una perspectiva fundamentalmente biológica en el tipo penal en comento. Así las cosas, a primera vista, parece ser que el legislador confunde la violencia contra la mujer y la violencia de género, y los trata como si fuesen fenómenos sinónimos al fusionarlos y generar una indiferenciación.

De ser cierto, estamos frente a una problemática que es trascendental al objeto de estudio en este trabajo. Pues bien, la correcta distinción conceptual de la violencia de género y la violencia contra la mujer permitirá comprender de mejor manera el problema jurídico que genera la

educacional, edad, religión, orientación sexual, identidad de género u otro, y se expresa en diferentes contextos sociales, culturales, territoriales y espaciales en que las mujeres se relacionan y viven cotidianamente” (Salinas, 2021, p. 29).

¹¹ En el caso de Galicia, la Ley 11/2007 con fecha 27 de julio del año 2007, define la violencia de género en su artículo 1.2. como “cualquier acto violento o agresión, basados en una situación de desigualdad en el marco de un sistema de relaciones de dominación de los hombres sobre las mujeres [...]”. De ahí que, el género pueda ser entendido incluso desde una perspectiva constructivista. Esto es, que la violencia de género no debe estar sometida a la estructura biológica del hombre, pues ello provoca una reacción injustificada de rechazo a la atenuante de arrebato y obcecación en su caso. Así, el análisis interpretativo de la palabra *género* no puede reconducirse a una mirada puramente biológica, ya que llevaría inevitablemente a resultados contraproducentes, tales como el reconocimiento de un menor desvalor en casos de homicidio en parejas homosexuales o transexuales. Así, una comprensión multifactorial del género, tal como se dice reconocer en el sistema jurídico penal chileno, es difícil de identificar cuando nos enfrentamos al delito de femicidio en cuanto al reconocimiento de un único sujeto pasivo posible o en la agravante de discriminación. De ahí que se observen en las ciencias sociales nuevas perspectivas para superar esta tensión constructivista y biológica del fenómeno, compatible con una nueva diversidad sexual de la cual debe hacerse cargo el derecho penal. Respecto de estas nuevas miradas en relación con el concepto de género en las ciencias sociales, véase Boscán, A. *Constructivismo versus Biologismo en la explicación del género, ¿confrontación superada?*, Utopía y praxis latinoamericana, Revista Internacional de filosofía iberoamericana y teoría social, Año 20, Nº 68, enero-marzo, 2015, pp. 51-64.

¹² A este respecto, recientemente se ha pronunciado Tamarit, J. *¿Cuándo la violencia es de género?: ley, ciencia y política en la jurisprudencia*, en: Tamarit, J. y Pereda, N. (coords.). *Violencia y género en las relaciones de pareja*. Marcial Pons, 2020, pp. 21-43.

disposición del artículo 390 quinquies en el ordenamiento jurídico penal chileno. Esto es, que se impide la aplicación de la atenuante de arrebató y obcecación a favor del sexo masculino en casos de violencia contra la mujer.

2. Atenuante de responsabilidad criminal de arrebató y obcecación

Presentación

La atenuante de arrebató y obcecación se encuentra regulada en el artículo 11 N° 5 del Código Penal chileno. Esta disposición contempla la circunstancia “de obrar por estímulos tan poderosos que naturalmente hayan producido arrebató y obcecación”. La doctrina ha señalado que “ésta es la única de las llamadas atenuantes emocionales o pasionales que requiere de la existencia efectiva de una perturbación anímica del sujeto” (Mera, 2011, p. 292).

Así pues, esta atenuante se compone de dos elementos que destacan: *estímulo poderoso* y que se haya producido *naturalmente*. En lo que respecta a los estímulos *poderosos* sabemos que no responden a una excitación emocional cualquiera, sino que deben satisfacer un estándar. En otras palabras, el estímulo debe ser de tal magnitud que provoque un trastorno profundo en el ánimo del agente para estimular un estado de arrebató o de obcecación¹³. De este modo, una persona puede llegar a experimentar distintos niveles de perturbación emocional. Ahora bien, para nuestros propósitos, solo aquel estímulo que genere un nivel superior de perturbación cumpliría con el estándar requerido para la concesión de la atenuante en comento.

Por otra parte, el arrebató y la obcecación no han sido conceptos fáciles de interpretar por la doctrina. En primer lugar, existe discrepancia en torno al aspecto psicológico del arrebató y la obcecación; y a consecuencia de ello, en segundo lugar, se ha llegado a cuestionar el texto normativo en que se encuentra establecido. En concreto, un sector de la doctrina sostiene que, si bien el legislador utilizó la conjunción “y”, el arrebató y la obcecación no son conceptos sinónimos. De modo que estaríamos en presencia de diferentes niveles de perturbación e incluso en algunas oportunidades antagónicos¹⁴. En tanto, otros han entendido que el arrebató y la obcecación son elementos que deben concurrir copulativamente para dar lugar a la atenuante. Bajo esta segunda lectura, el arrebató se relaciona “al dominio de los actos propios” y, la obcecación, “a la reflexión o conciencia de los mismos”¹⁵.

¹³ A mayor abundamiento, se ha señalado que “actualmente se observa interés por la graduación de los trastornos mentales y cómo estos inciden en la comprensión de la inimputabilidad, el miedo insuperable y la atenuante de arrebató y obcecación”. Así pues, en la dogmática y jurisprudencia chilena se acepta “una graduación de los trastornos que comienza en la atenuante de arrebató y obcecación, que pasa por el miedo insuperable y termina en plenitud en la inimputabilidad” (Guerra, 2019, p. 84).

¹⁴ A mayor abundamiento, Mera explica que el arrebató constituye una “perturbación intensa en la capacidad de dominio de los propios actos”, y la obcecación consiste en una “alteración de las facultades intelectuales que impiden orientar adecuadamente la conducta” (Mera, 2011, p. 292).

¹⁵ En esta línea, Etcheberry, A. *¿Es menos grave el femicidio cometido por infidelidad?*, 1997, p. 21. Véase también, Labatut, G. *Derecho Penal, Parte General*, 2005, 214; Novoa, E. *Curso de Derecho Penal chileno, Parte General*, 2005, p. 27; Cury, E. *Derecho Penal, Parte General*, 2005, p. 486; Garrido, M. *Derecho Penal, Parte General. Nociones fundamentales de la teoría del delito*, 2005, p. 193.

En lo que respecta al segundo elemento de la atenuante, la norma exige que el arrebató y la obcecación se hayan producido *naturalmente*. La doctrina chilena parece estar de acuerdo con la interpretación que reconduce la perturbación emocional a un estándar de reacción esperable (hombre medio razonable). En ese orden de ideas, el reproche se atenúa debido a la incapacidad de adecuar el comportamiento del sujeto a la norma. En otras palabras, el agente está afectado por un estímulo tan poderoso que cualquier ciudadano hubiere reaccionado con igual ímpetu. Esto con independencia del reproche ético-social del impulso que generó la perturbación¹⁶.

En el siguiente subapartado presentaremos un caso jurisprudencial conocido al norte de Chile, en que podremos identificar los elementos característicos de actos de violencia extrema contra la mujer previo a la entrada en vigor de la restricción del artículo 390 quinquies. A la luz de este caso pretendemos explicar el origen de la controversia en torno a la aplicación de la atenuante de arrebató y obcecación en casos de femicidio.

2.1. El caso de Ovalle: el origen de la controversia

El estudio de la historia de la ley evidencia la gran conmoción de la comunidad ante los actos de violencia extrema contra la mujer conocidos en el último tiempo, a tal punto que desembocó en la entrada en vigor de la Ley Nº 20.480 en el año 2010. Ante este fenómeno, ha se vuelto común acudir al Derecho penal con el propósito de frenar aquellas situaciones que reprochamos como comunidad. De modo tal que, la incorporación de nuevos tipos penales ha sido una herramienta cada vez más recurrente. Ejemplo de ello es la incorporación del delito de femicidio al ordenamiento jurídico penal chileno.

Con todo, la creación del tipo penal de femicidio no solo ha sido infructífero en la reducción de casos de mujeres asesinadas por sus cónyuges, parejas o exparejas¹⁷, sino que además ha generado una nueva controversia en torno a la aplicación de la atenuante de arrebató y obcecación en casos de femicidio, según pasaremos a examinar a partir de los presupuestos fácticos de un caso conocido por los tribunales del norte de Chile.

i. Los hechos del caso

El día 29 de julio del año 2015 en la ciudad de Ovalle, en horas de la tarde, el victimario de iniciales O.B. conoce de la infidelidad de su cónyuge de iniciales K.P. mediante una llamada telefónica. En ese momento ambos se encontraban en el domicilio que compartían, y no es sino momentos después de que llaman a la puerta principal que O.B. procede a perseguir a su

¹⁶ Véase, Villavicencio y Couso, 2018, *passim*. Asimismo, respecto de los elementos distintivos del arrebató y la obcecación en el modelo español, véase Carmona, C. *Los estados emotivos y pasionales como causa de atenuación: sus incidencias y delimitaciones con la circunstancia de trastorno mental transitorio*, 1981, pp. 434 y ss.

¹⁷ En torno al rol que desempeña el derecho penal en el fenómeno de la violencia contra la mujer, Larrauri ha señalado que “debe insistirse que reconocer una situación como problemática no equivale a decir que el derecho penal sea la mejor forma de solucionarla” (Larrauri, 2008, p. 10).

cónyuge hasta el exterior del inmueble. En la carrera y antes de darle alcance, el sentenciado coge unas tijeras de podar y apuñala a su cónyuge en diversas partes del cuerpo. La pronta atención médica que recibió la víctima permitió que sobreviviera al ataque¹⁸.

Luego, a comienzos del año 2016 el Tribunal Oral en lo Penal de Ovalle conoce de la causa y resuelve condenar al agresor de iniciales O. B. a la pena de 5 años de presidio menor en su grado máximo por el delito de femicidio frustrado, contemplado en el artículo 390 del Código Penal. No obstante, el tribunal concedió al imputado una pena sustitutiva de libertad vigilada por el tiempo de la condena.

ii. La controversia

El Tribunal Oral en lo Penal de Ovalle se enfrentó a la problemática de determinar si procedía en favor del imputado la atenuante de arrebató y obcecación del artículo 11 N° 5 del Código Penal. En tal contexto, la defensa argumentó que el actuar del imputado de iniciales O.B. se debió a la circunstancia de haber tomado conocimiento de la infidelidad de su cónyuge. Puntualizó que la noticia provocó un ambiente de tensión en el hogar hasta el momento en que Carabineros golpeó la puerta principal de la casa, acto que habría desencadenado el actuar violento del imputado, pues “inicia una agresión irracional que está relacionado con un arrebató y obcecación, que ni siquiera ante la presencia de carabineros detiene, sino que continúa con su acción porque se les estaba derrumbando su mundo” (STOP de Ovalle RIT N° 29-2016, RUC N° 1500715630-5, considerando 2°).

Conforme a lo expuesto, el tribunal consideró la argumentación sociocultural de la defensa y concedió la atenuante de responsabilidad de arrebató y obcecación al imputado. En efecto, afirmó que era “evidencia de su obrar irracional, el que desata con intensidad su agresión, al constatar la presencia de Carabineros, sin hacer amago alguno de disimular su actuar ante la concurrencia de la policía en su casa. Y hace más patente que su actuar fue empeñado por ese estado emocional el que aún ante la presencia de un carabinero observando la agresión, [...] éste no cesó en su proceder, abandonando su accionar únicamente al escuchar el disparo que carabineros debió ejecutar a pocos metros del sujeto, actitud que hace evidente que este fuerte ruido [...] le hizo reaccionar sobre lo que estaba ejecutando” (STOP de Ovalle RIT N° 29-2016, RUC N° 1500715630-5, considerando 14°). Contra esta resolución la Fiscalía interpuso un recurso de nulidad.

En consecuencia, la Fiscalía recurrió contra la sentencia del tribunal de Ovalle por la concesión de la atenuante de arrebató y obcecación que el tribunal penal le había otorgado al imputado. Así, el persecutor sostuvo ante la Corte de Apelaciones de la Serena que el tribunal *a quo* infringió el principio de la lógica, ya que la víctima había indicado en su testimonio que el

¹⁸ Tribunal Oral en lo Penal de Ovalle, RIT N° 29-2016, RUC N° 1500715630-5, fecha 05 de abril de 2016.

imputado le había preguntado acerca de su infidelidad días previos al ataque e incluso en más de una oportunidad. En ese orden de ideas, el ente persecutor sostuvo que, si bien el victimario actuó motivado por la develación de la infidelidad de su cónyuge, ello “no puede estimarse como un estímulo poderoso que «naturalmente» provoque arrebató y obcecación” (SCA La Serena, Rol N° 159-2016, considerando 13°).

No obstante, en esta segunda instancia la Corte de Apelaciones de la Serena rechazó el recurso de nulidad, y señaló que el tribunal *a quo* fundamentó la configuración de la atenuante de arrebató y obcecación del artículo 11 N° 5 del Código Penal conforme a la declaración de la propia víctima. Así, replicó el razonamiento del tribunal *a quo*, y señaló “que efectivamente la concurrencia de un factor emocional de infidelidad e inminente ruptura de su vínculo fue el elemento gatillante de este hecho” (SCA La Serena, Rol N° 159-2016, considerando 6°).

A este respecto, cabe destacar que la resolución judicial de la Corte de Apelaciones de La Serena causó gran impacto a nivel jurídico y social, incluso legislativo, como observaremos más adelante. Pues bien, la resolución de la Corte de Apelaciones de la Serena interpretó la infidelidad como un estímulo poderoso que naturalmente provoca en el hombre medio arrebató y obcecación. Sin embargo, antropológicamente resulta evidente lo contra intuitivo que se torna esta interpretación de los estímulos cuando se integra la figura de femicidio en el ordenamiento jurídico penal chileno. Esto es, una figura que pretende erradicar la justificación de toda causa natural en casos de violencia contra la mujer a manos de sus cónyuges, parejas o exparejas.

En el siguiente subapartado se fundamentará la relevancia que adquiere la interpretación de la atenuante de arrebató y obcecación en casos de violencia contra la mujer en el delito de femicidio. De ahí que sea razonable considerar que el concepto *estímulo* es integrante respecto de algo que no logramos comprender en plenitud. En ese sentido, ¿qué implica el contenido normativo del estímulo en el arrebató y la obcecación?

En efecto, parece ser que el legislador chileno está dispuesto a cualquier cosa para satisfacer en la actualidad el rechazo de la atenuante de responsabilidad criminal con fundamento en una razón de índole biológica. Así, excluye una plétora de casos que deberían ser considerados a modo de agravante en supuestos de homicidio que fueren cometidos debido al género de las personas, según parámetros constructivistas.

2.2. La infidelidad como estímulo poderoso

Los tribunales de justicia y la doctrina penal en Chile enfrentaron la problemática que genera el considerar el acto de infidelidad de una mujer como estímulo poderoso en la fundamentación de la atenuante de responsabilidad de arrebató y obcecación, contenida en el artículo 11 N° 5 del Código Penal. En tal escenario, podemos decir —preliminarmente— que, si bien la infidelidad puede ser un estímulo, esta no encuentra un reconocimiento expreso en la

atenuante en cuestión¹⁹. Con todo, la infidelidad se ha convertido en un elemento para acreditar la existencia de la atenuante ante los tribunales.

En ese orden de ideas, podemos observar que en la jurisprudencia chilena la atenuante de arrebató y obcecación tiene lugar cuando el estímulo poderoso inhibe el control sobre los actos del agresor. En ese contexto, la jurisprudencia pone de manifiesto a la infidelidad como el contexto recurrente en las salas de tribunales por juicios de femicidio²⁰. Por ello, surge la siguiente pregunta: ¿cuáles son las razones para considerar a la infidelidad como un estímulo poderoso en el caso de la atenuante de arrebató y obcecación? Así, nos parece determinante indicar que la atenuante de arrebató y obcecación está conectada con la teoría del impulso irresistible.

De ahí que no sea el simple hecho de acreditar una infidelidad lo que permite dar lugar a la atenuante de arrebató y obcecación. En ese sentido, más bien se requiere acreditar que ese acto de infidelidad provocó en el agente un trastorno profundo en su ánimo. Es por ese motivo que las razones de índole sociocultural no son suficientes en el contexto de la sana crítica, ya que se requiere acreditar un trastorno del principio de la realidad²¹. Este tipo de trastorno requiere de una filosofía común al derecho penal y la psiquiatría: la fenomenología.

Esta filosofía nos permite observar la posibilidad de diferenciar niveles de perturbación en el agente, toda vez que en este campo del conocimiento son bienvenidos los conocimientos científicos afianzados de la psicología y/o la psiquiatría. Con todo, ello no significa *per se* que el reconocimiento de esta perturbación o trastorno del principio de la realidad en el campo de la psiquiatría o la psicología sea suficiente en la exclusión de responsabilidad penal²².

Son disciplinas externas que no desplazan la potestad del sistema penal. Más bien forman parte de un sistema de segundo orden supeditado a las consideraciones finales del tribunal, ya que pueden ser objeto de contra examen por los intervinientes en el proceso. En ese caso, el tribunal tendrá la oportunidad de apreciar la real existencia de un trastorno en el acusado y dilucidar el nivel de este según la intervención de las partes.

¹⁹ Una manifestación del cuestionamiento que buscamos esclarecer se reflejó en el reportaje titulado: *¿Existe la infidelidad como atenuante para una agresión o femicidio?*, publicado en el diario La Tercera, con fecha 07 de abril del 2016 (Baeza, 2016, *passim*).

²⁰ En este sentido, resulta esclarecedor volver en el tiempo para dar cuenta que esta no es una temática contemporánea. Sino por el contrario, recordemos que los escolásticos en la Edad Media no visualizaban el homicidio como un acto moralmente injusto, pues entendían que había ciertas circunstancias en que el homicidio era considerado un pecado, más no un delito. Así las cosas, en gran parte de los ordenamientos jurídicos se otorgó un tratamiento privilegiado al acto homicida cometido por el hombre que sorprendía a su cónyuge en adulterio. En mayor detalle, véase Peñaranda, E. *Estudios sobre el delito de asesinato*, 2016, pp. 46-49. En Chile, el artículo 10 N° 11 de la versión original del Código Penal contemplaba una norma que eximía de responsabilidad al marido que sorprendiera *infraganti* a su cónyuge en adulterio y diere muerte, hiriera o maltratara a algunos de los involucrados. Esta norma fue derogada en el año 1953 por el artículo 4° de la Ley N° 11.183.

²¹ Así pues, somos partidarios de que “existe una realidad empírica que puede ser objeto de representación dogmática en este consenso intersubjetivo. Así pues, es posible incorporar categorías que provienen de la fenomenología filosófica de la psiquis del sujeto, para explicar la situación que se presenta en la jurisprudencia” (Guerra, 2019, p. 87), en esta oportunidad, respecto al delito de femicidio.

²² A mayor abundamiento, véase Guerra, R. *Trastornos de la realidad y estado de necesidad. Estudios sobre el impulso irresistible en el sistema jurídico-penal chileno* 2019, pp. 83 y ss.

Conforme a ello, podemos indicar que la atenuante de arrebató y obcecación no puede estar fundamentada en razones puramente socioculturales que respondan a sesgos cognitivos. Es decir, a relaciones decimonónicas en las que la mujer rendía culto a la figura masculina y se subordinaba a toda forma de violencia.

En este orden de ideas podemos observar que el problema de la aplicación de la atenuante de arrebató y obcecación en casos de femicidio obedece a una interpretación cargada de sesgos culturales. Es por ello por lo que parece ser determinante que la atenuante de responsabilidad criminal sea aplicada con independencia del sexo de la víctima o el victimario, de modo que se cumplan los parámetros de la sana crítica.

Resumiendo, debemos señalar que las afirmaciones que hemos sostenido en esta sección no responden al estado actual del debate sobre el feminismo. Esto es, en torno a las problemáticas políticas y académicas que ha generado esta figura en la literatura actual. Si bien existe el reconocimiento de una *violencia estructural* en supuestos de violencia doméstica²³, nos parece que tanto en el ámbito nacional como internacional falta destacar las virtudes de un feminismo *liberal y antropológico social*. Es decir, un feminismo cuya perspectiva considere que la fuente de esta violencia es un aspecto sociocultural ajeno a la *estructura biológica del hombre*.

3. Un intento de solución legislativo

La restricción de la aplicación de la atenuante de arrebató y obcecación en casos de violencia contra la mujer fue propuesta por primera vez en el Boletín N° 4937-18 en el año 2007. Sin embargo, esta propuesta no recibió el apoyo parlamentario suficiente para formar parte de las reformas que incorporó la Ley N° 20.480 en el sistema penal chileno a finales del año 2010. En este primer intento, el Servicio Nacional de la Mujer expuso tímidamente en la Comisión Constitucional en el trámite legislativo de la Ley N° 20.480, que la atenuante de arrebató y obcecación terminaba por favorecer al imputado de un delito de femicidio, con independencia del grado de desarrollo del delito. Pero el argumento no prosperó²⁴.

Luego, ocho años después el tema sobre la atenuante de arrebató y obcecación en contexto del delito de femicidio volvió a formar parte de la discusión en el Boletín N° 11970-34 de la

²³ Respecto al reconocimiento de este concepto en Chile y su vinculación a estructuras patriarcales como resultado de una economía capitalista, véase Rojas Bravo, S. (coord.), *Red Chilena contra la Violencia hacia las Mujeres. Violencia estructural y feminismo: apuntes para una discusión*, Andros Impresores, Santiago-Chile, 2019, *passim*. Ahora bien, en la doctrina comparada es interesante destacar que la violencia estructural también es resultado de una forma de violencia contra la mujer que cuenta con un apoyo histórico el ámbito jurídico debido a la subordinación de las mujeres a los hombres en sociedad. Es decir, una forma calificada de violencia de género por su permanencia durante el transcurso del tiempo, véase Toledo Vásquez, P., “Limites y dificultades en la implementación de las recomendaciones de organismos internacionales de derechos humanos sobre la tipificación del femicidio en México: primeras leyes y sentencias en Anaya Muñoz, A. y García Campos, A., *Recomendaciones Internacionales a México en materia de derechos humanos. Contraste con la situación en el país*. México, 2014, pp. 59 y ss.

²⁴ En dicha oportunidad indicaron que la atenuante de arrebató y obcecación, “[...] al parecer del Ministerio Público, sólo se invocaba frente a la existencia de problemas relacionados con el deber de fidelidad, cuyo quebrantamiento generaba una reacción violenta. Agregaron que consideraban que esta atenuante contrariaba la lógica de erradicar toda forma de violencia contra la mujer y que su utilización era una manera de legitimar ciertas formas de dicha violencia” (BCN, 2018, p. 149).

denominada *Ley Gabriela* (Ley N° 21.212). En esta segunda oportunidad los argumentos de rechazo a la concesión de la atenuante fueron defendidos con mayor ímpetu en el parlamento chileno. En efecto, parlamentarios y expertos se mostraron de acuerdo con que la interpretación que se estaba practicando de esta atenuante resultaba ser un privilegio para el victimario que, motivado por los celos, daba muerte a su cónyuge, pareja o expareja mujer²⁵.

Finalmente, la Ley N° 21.212 en el año 2020 introduce el artículo 390 quinquies al Código Penal chileno²⁶. El artículo actualmente vigente —como ya adelantábamos—restringe la aplicación de la atenuante de arrebató y obcecación a casos en que se condene a un hombre por el delito de femicidio. Bueno, es claro que la incorporación de esta disposición responde a la consternación pública que generó la jurisprudencia que reconoció —por razones meramente socioculturales— la aplicación de la atenuante de arrebató y obcecación al imputado que dio muerte a su cónyuge, pareja o expareja mujer cuando ésta le había sido infiel.

Ahora bien, en términos penológicos significa que se evitará la aplicación de una atenuante de responsabilidad criminal siempre que el agresor cometa el delito de femicidio y sea de sexo masculino. Entonces, conforme a lo ya señalado, se cumplía de esta forma las pretensiones sociales en busca del mayor castigo. Sin embargo, no se tuvieron presente todas las hipótesis posibles.

Veremos que la restricción absoluta de la concesión de esta atenuante nos sitúa en un escenario complejo en aquellos casos en que la perturbación emocional del agente afecte el principio de la realidad. Ante ello, nos preguntamos, ¿cómo podemos interpretar de forma coherente el artículo 390 quinquies según los parámetros actuales de la Constitución Política?

Hasta este punto hemos visto que la moción parlamentaria que dio lugar a la Ley N° 21.212 se fundó principalmente en el descontento de la opinión pública respecto al otorgamiento de la atenuante de arrebató y obcecación en casos de femicidio. Una lectura populista que conecta con la siguiente idea: un privilegio a quien *cegado* por los celos da muerte a su pareja, cónyuge o expareja o, al menos, lo intenta.

Los parlamentarios consideraron que la mejor solución sería imposibilitar a los tribunales otorgar en estos casos la atenuante en cuestión, de modo absoluto. Con estos antecedentes, en lo que sigue de este trabajo cuestionaremos por qué tal medida legislativa es inadecuada en el sistema penal, y cuáles han sido sus consecuencias.

²⁵ Tribunal Oral en lo Penal de Angol, Rit N° 54-2012, Ruc N° 1101053696-2. Tribunal Oral en lo Penal de Concepción, Rit N° 475-2013, Ruc N° 1310006017-K.

²⁶ El artículo 390 quinquies del Código Penal señala: “Tratándose del delito de femicidio, el juez no podrá aplicar la circunstancia atenuante de responsabilidad penal prevista en el N° 5 del artículo 11”.

La interpretación jurisprudencial

El origen del descontento popular hacia la atenuante de arrebató y obcecación se encuentra en su aplicación por razones de índole sociocultural. Sin embargo, el arrebató y obcecación, como se ha advertido en las secciones anteriores, tiene un componente psicológico que vuelve complejo el ideal de uniformidad en su interpretación²⁷. Y si bien se trata de una atenuante que se ha mantenido vigente desde el siglo XIX no es sino en los últimos años en que se ha convertido en el centro de atención.

La controversia en torno a esta atenuante en particular proviene del aumento progresivo de casos de femicidio en los que se rebajó la pena al victimario bajo el fundamento de haber actuado bajo un estado de arrebató y obcecación. Un recorrido jurisprudencial da cuenta de que los tribunales penales fundaron su concesión en el presupuesto de rabia e impotencia que provoca un acto de infidelidad. Incluso algunos tribunales aceptaron el solo hecho de la infidelidad como un estímulo poderoso que naturalmente motivaba la ejecución de un femicidio.

En el caso de Ovalle podemos observar que la defensa no aportó pruebas periciales psicológicas o psiquiátricas que permitieran acreditar la atenuante de arrebató y obcecación²⁸. Y, sin embargo, ante recurso de nulidad interpuesto por la Fiscalía, la Corte de Apelaciones de la Serena sostuvo que la sentencia recurrida era “correcta y se condice con nuestra legislación, doctrina y jurisprudencia, lo que se ve refrendado por la doctrina conteste y jurisprudencia uniforme citada” (SCA de La Serena, Rol N° 159-2016, considerando 15°).

Si bien el tribunal de alzada estimó adecuada la doctrina de Cury, Matus, Labatut y Etcheberry —que reconocen la necesidad de una *perturbación emocional intensa* que provoque la reacción— desconoció la necesidad pericial de acreditar la perturbación que provocó el estímulo en la ejecución de los hechos. En ese contexto, en virtud de un fallo de la Corte Suprema del año 1951, este tribunal de alzada señaló que la expresión *naturalmente* está relacionada con el concepto de hombre medio y “no contiene una apreciación normativa acerca de lo justificado o lícito de los estímulos” (SCA de La Serena, Rol N° 159-2016, considerando 14°)²⁹. Así, la Corte de Apelaciones de La Serena desconoció la necesidad de acreditar pericialmente la perturbación anímica del agente.

Ante este tipo de resoluciones consideramos que, si bien la psicología y la psiquiatría cumplen una función auxiliar en el sistema jurídico penal, son necesarias para poder acreditar una perturbación relevante según los parámetros del *test del impulso irresistible*. De este modo, es imprescindible en el proceso penal contar con la ayuda de los conocimientos científicamente

²⁷ *Supra*, § 3.

²⁸ *Supra*, § 2.

²⁹ En referencia a la sentencia de la Corte Suprema con fecha 14 de septiembre de 1951, en RDJ XLVII: 218.

afianzados. De este modo, la dogmática ha establecido la necesidad de acreditar la existencia de un trastorno profundo en el ánimo del imputado.

Asimismo, Labatut en sus inicios denominó *impulso irresistible* a la posibilidad de reconocer una graduación de la perturbación desde la atenuante de arrebató y obcecación —pasando por el miedo insuperable³⁰— hasta llegar a la inimputabilidad³¹. En ese contexto, nos parece que no sería posible aseverar la existencia de una eximente incompleta del miedo insuperable del artículo 10 N° 9 del Código Penal. Pues, en estos casos debe primar la aplicación de la atenuante de arrebató y obcecación del artículo 11 N° 5 por especialidad³².

En el caso en comento, la Corte de Apelaciones de La Serena desconoció diversos fallos dictados por la Corte Suprema sobre la atenuante de arrebató y obcecación, lo que generó una lectura sesgada de la misma. Además, no podemos dejar de considerar que existen fallos del máximo tribunal que vinculan la atenuante a un trastorno profundo en el ánimo del sujeto y el reconocimiento expreso de un trastorno del principio de la realidad.

Esto se traduce en que existe una línea dogmática que genera una plataforma de interrelación disciplinaria entre el derecho penal y la psicología, la que podríamos definir en los términos fenomenológico-antropológico de la conducta humana. Y, en efecto, estaríamos en presencia de una filosofía común que permitiría un enlace entre el derecho penal y la psicopatología³³.

En este orden de ideas, cabe tener presente que la Corte Suprema en el año 2005 indicó que “no favorece al encausado la circunstancia atenuante que su defensa funda en la causal N° 5 del artículo 11 del Código Penal [porque] esta causal emocional descansa en una perturbación real, por tanto debe ser acreditada en autos, y lo único que obtuvo el tribunal al respecto fue el ya referido informe psicológico del encausado [...] que [indica que el sentenciado] presenta tendencia a la impulsividad [...], lo cual, evidentemente, no resulta ser suficiente para satisfacer la acreditación de los elementos de la minorante en el caso concreto” (SCS Rol N° 798-2005).

³⁰ Artículo 10 N° 9: “Están exentos de responsabilidad criminal: El que obra violentado por una fuerza irresistible o impulsado por un miedo insuperable”.

³¹ Artículo 10 N° 1: “Están exentos de responsabilidad criminal: El loco o demente, a no ser que haya obrado en un intervalo lúcido, y el que, por cualquier causa independiente de su voluntad, se halla privado totalmente de razón”.

³² Véase, Mera, 2011, p. 295. En esta línea interpretativa, la Corte de Apelaciones de Santiago en un caso contra Miguel Abraham González Díaz, aseveró que “los requisitos que exige la eximente del N° 9° del artículo 10 del citado Código tienen un carácter absoluto que no admite graduación y por lo mismo, no puede darse su concurrencia incompleta”, véase Corte de Apelaciones de Santiago, fecha 08 de junio de 1963, RDJ, t. LX, mayo y junio, N° 3 y 4, segunda parte, sección cuarta, considerando 7°, 268. En este contexto, la Corte Suprema estableció que la atenuante de arrebató y obcecación no puede concurrir al mismo tiempo que la eximente incompleta contenida en el artículo 10 N° 1 del Código Penal. Que el arrebató y obcecación debe ser provocado por un “estímulo externo, grave y poderoso, extraño al sujeto [...], el que cuando ya tiene mayor duración y constituye una anomalía mental se transforma en un trastorno mental transitorio propio del art. 10 N° 1”, véase en Corte Suprema, fecha 28 de marzo de 1972, considerando 5°, pp. 22 y 23.

³³ A mayor abundamiento, véase Guerra, R. *Estado de necesidad como conflicto de intereses: una propuesta a partir de la inevitabilidad*, 2017, pp. 135-137.

Posteriormente, el mismo tribunal en el año 2008 reafirmó la postura e indicó que los estímulos deben ser “tan poderosos que lleven a una persona a una alteración significativa de su estado mental” (SCS Rol N° 69667-2007), y detalló que el arrebató “tiene relación con una súbita e intensa pérdida del control de los actos propios que provoca trastornos profundos en el ánimo de la persona y que lo llevan a actuar en una forma ilícita, y que deben concurrir copulativamente con la obcecación, término que tiene relación con una ofuscación que lleva al individuo a prescindir de la razón y afecte su normal discernimiento razón por la cual esta atenuante se clasifica de personal” (SCS Rol N° 69667-2007).

Por lo tanto, existen una serie de fallos de la Corte Suprema en los que se reconoce la importancia que tiene la acreditación de la existencia de un trastorno profundo en el ánimo del agente vinculado a una alteración del principio de la realidad. No obstante, esta interpretación no fue considerada por el Tribunal Oral en lo Penal de Ovalle ni por la Corte de Apelaciones de La Serena en el caso en comento³⁴.

Recordemos que la atenuante de responsabilidad criminal de arrebató y obcecación —lexicográficamente— supone evitar que sea concedida en aquellos casos en que las motivaciones del agente se sustenten en perturbaciones irrelevantes para el Derecho penal, como son el ánimo libidinoso del violar o el comportamiento limítrofe de un agresor. De modo que, el mero hecho de presentarse un diagnóstico de padecimiento de una perturbación mental no supone la concesión de la atenuante en comento.

Por consiguiente, aquel sujeto que alega haber actuado bajo un estado de arrebató y obcecación debe someterse a un estudio psicológico y/o psiquiátrico en que sean analizados los presupuestos fácticos del caso en atención al trastorno que alega. Posteriormente ese análisis y diagnóstico deberá ser objeto de contra examen en juicio mediante un informe pericial.

He aquí la importancia de analizar el caso de Ovalle, pues es a partir de las reacciones que provocó la sentencia en ese caso que se comienza a plantear la necesidad de implementar un sistema de graduación de la perturbación para determinar si efectivamente el agente padeció un trastorno profundo en el ánimo. Así, de esta forma, la determinación de la procedencia o no de la atenuante de arrebató y obcecación tendría un fundamento independiente de la naturaleza biológica del agente.

Ahora, el recurso a otras disciplinas puede ser sujeto a cuestionamiento. Sin embargo, desde una política del entendimiento se plantea que la transferencia de categorías de una y otra disciplina es posible, en tanto actúe como un enlace normativo y, a la vez, evite reconducir esta relación a un diccionario mutable de enfermedades mentales. Lo que en el caso en comento es

³⁴ Véase, Corte Suprema Rol N° 4134-2001, del 08 de noviembre de 2001; Corte Suprema Rol N° 3729-2002, del 08 de octubre de 2002.

lo esperable, en tanto las características psicopatológicas que presente el agente sean entendidas en referencia a su respectivo estatus y en torno a los presupuestos concretos del caso.

Un caso que refleja las posibles problemáticas que genera una restricción absoluta de la atenuante de arrebató y obcecación en casos de femicidio y, también la reticencia a los recursos científicos de otras disciplinas tiene lugar en la ciudad de Viña del Mar en el año 2005. El agente de iniciales J.V. dio muerte a su cónyuge de iniciales M.E.P., después de 45 años de matrimonio.

Las circunstancias en que ocurre el fatal desenlace son determinantes, pues la mujer fallecida padecía esquizofrenia y epilepsia desde su juventud, y su cónyuge jubilado se dedicaba tiempo completo a su cuidado³⁵. Una noche en que imputado le ayudaba en el baño de su domicilio, la víctima sufre un episodio de violencia que le hizo perder el equilibrio y cayó de espaldas en la tina, donde queda inmóvil. El imputado se acercó a su cónyuge, le tomó la cabeza y la golpeó contra la tina en tres oportunidades. Luego, se dirigió a la cocina y cogió un cuchillo que insertó en el tórax de la víctima provocándole la muerte.

El tribunal que conoció de la causa reconoció la atenuante de arrebató y obcecación del artículo 11 N° 5, porque a partir de las pruebas periciales y testimoniales se estableció que “[...] el acusado en el momento de los hechos estuvo enfrentado a un estresor prolongado y severo relacionado con el estado psicopatológico de su mujer”. Los expertos agregaron que el imputado si bien era “una persona que habitualmente no tiene una merma, un daño o déficit, una dificultad en comprender y valorar la realidad y dirigir su conducta de acuerdo con sus intenciones, en el episodio que vivió sí tuvo un daño, una merma y una reducción en sus capacidades para ello” (STOP de Viña del Mar, RIT N° 191-2006, RUC N° 0500698674-0, considerando 13°). Así las cosas, el victimario fue condenado el año 2007 por el delito de parricidio, ya que recién en el año 2010 fue incorporado el delito de femicidio al sistema chileno.

Ante la presentación de estos hechos, nos parece que, en la actualidad, a pesar de la incorporación del delito de femicidio en el ordenamiento jurídico, el resultado debiese ser el mismo. Los argumentos parecen saltar a la vista, pues, en primer lugar, no existían antecedentes de violencia doméstica. Es más, los hechos dan cuenta de la devoción del imputado para con su cónyuge. Y si bien el artículo 390 bis del Código Penal no distingue las circunstancias en las cuales se debe dar muerte a la mujer para cumplir el tipo penal, nos parece razonable —desde un sentido teleológico— circunscribir esta figura a un contexto de violencia de género, en línea con los razonamientos del legislador.

En conclusión, no observamos una relación de dominación y asimetría que haya provocado la muerte de la mujer en este caso particular. Tanto así que los peritajes y testimonios dieron

³⁵ Tribunal Oral en lo Penal de Viña del Mar, RIT N° 191-2006, RUC N° 0500698674-0, fecha 13 de febrero de 2007.

cuenta al tribunal que el imputado estaba en un estado de arrebató y obcecación al momento en que da muerte a su cónyuge. No obstante, el punto crucial está en que el actual artículo 390 quinquies del Código Penal chileno no permite la aplicación de esta atenuante al caso concreto, pues restringe su aplicación a hombres. Y, por lo tanto, es dable pronosticar que el agente de iniciales J.V. habría sido condenado por el delito de femicidio sin posibilidad de solicitar al tribunal la atenuante de arrebató y obcecación.

La propuesta del actual artículo 390 quinquies

El artículo 390 quinquies del Código Penal chileno dispone que, *tratándose del delito de femicidio, el juez no podrá aplicar la circunstancia atenuante de responsabilidad penal prevista en el N ° 5 del artículo 11*. El tenor literal de esta norma nos entrega luces del contenido conceptual de la violencia de género. Pues una lectura teleológica de la norma como la revisión de su historia legislativa, identifica al hombre como único sujeto capaz de cometer el ilícito de femicidio. Y, por lo tanto, a quien se dirige la norma del artículo 390 quinquies debe ser de sexo masculino.

Así las cosas, con tal premisa conceptual es posible deducir una serie de consecuencias que suponen discriminar al hombre respecto de la mujer. Por lo tanto, nos enfrentamos a un ejemplo de normativa que deja atrás la concepción del ser humano sin distinción de sexo, sino que nos enfrentamos a un ejemplo que forma parte de un conjunto de normas reformadoras del sistema jurídico que contemplan como elemento esencial el sexo del sujeto activo y pasivo.

En este orden de ideas, la norma del artículo 390 quinquies posee una naturaleza arbitraria que podría llegar a suponer una restricción al ejercicio de defensa consagrado en la Carta Fundamental por parte de aquellos hombres imputados por el delito de femicidio. Adicionalmente, una regulación que discrimina entre los sexos para establecer un régimen de sujeto activo configurado por hombres y un sujeto pasivo femenino, supone reconocer la imposición de una doctrina que solo acepta relaciones de asimetría y dominación en parejas heterosexuales³⁶.

Sin embargo, un feminismo liberal nos permite defender una interpretación que supera una perspectiva meramente biológica que concibe solo en el sexo masculino como el origen de la violencia de género. Más bien, esta línea de pensamiento liberal permite visualizar la existencia de razones socioculturales que reconozcan que unos u otros ejerzan relaciones de dominación y asimetría sin roles establecidos para cada sexo.

Llevado al plano normativo, las opiniones desde el feminismo biológico sobre la imposibilidad de aplicar la atenuante de arrebató y obcecación en favor de un hombre afectan la aplicación

³⁶ Una conceptualización de asimetría y dominación restringida a las parejas heterosexuales, bajo el cumplimiento de ciertos roles por cada sexo viene a ser expresión reducida de lo que se denomina el feminismo biológico. Bajo esta concepción solo el hombre puede ser sujeto activo de la violencia de género fundado en razones aparentemente históricas.

igualitaria de la ley ante todos los ciudadanos. Pues el artículo 390 quinquies del Código Penal chileno presenta una restricción arbitraria de la atenuante, que a su vez supone una manifestación de la transgresión del principio de proporcionalidad.

Las opiniones de restricción de la aplicación de la atenuante de arrebató y obcecación encuentran su origen en una tesis más general y radical en la dogmática penal chilena, en concreto, el reconocimiento del test del impulso irresistible. Nos parece que la tesis biológica no puede ser parte del proceso de razonamiento de los tribunales en esta materia; en tanto desorienta la lectura y excluye una serie de casos de violencia de género presentes en minorías que superan las relaciones binarias.

Debemos tener en consideración que la variación casuística es tan amplia que no se justifica la restricción de una atenuante a un hombre en términos biológicos que dé muerte a su cónyuge, pareja o expareja mujer. El artículo 390 quinquies al Código Penal pone de manifiesto un problema interpretativo del delito de femicidio que olvida el fundamento conceptual que dio origen a la figura en el ordenamiento jurídico³⁷.

Todos estos problemas aparecen a raíz de la incorporación del delito de femicidio, o en el hecho de definir cuál es la propiedad intrínseca que hace que merezca reconocimiento esta figura en el ordenamiento. En ese sentido, cuestionar si acaso la decisión de su incorporación en el ordenamiento jurídico tiene en consideración todos los factores que se encuentran en tensión en este campo.

Pues bien, en ciertas oportunidades, estos factores no tienen relación solo con un factor estadístico de violencia contra la mujer, sino con las implicancias conceptuales de definir una directriz que delimite el bien jurídico que se protege en el delito de femicidio³⁸. De lo contrario, el hecho de matar a una mujer conllevaría siempre a la imputación de un femicidio. Esta forma de razonamiento provocaría una confusión conceptual de diferenciación entre feminicidio (simple hecho de matar a una mujer) y femicidio (situación de violencia por razón de género)³⁹.

³⁷ A este respecto, cabe tener presente que la relación entre los fenómenos de violencia doméstica y violencia de género no refieren a un mismo escenario. Es más, Larrauri lo expone como una polémica en torno a la variante de género en ambos escenarios. Señala que, “algunos autores se manifiestan molestos por el hecho de que el discurso feminista atribuya toda la violencia contra la mujer al «sexismo», al patriarcado o a la desigualdad de géneros”. En tanto, “muchas criminólogas feministas reaccionan afirmando que la perspectiva de la violencia intrafamiliar elimina la variable de género en la explicación de la violencia contra la mujer, pero la añade en el momento de atribuir responsabilidades por esta violencia” (Larrauri, 2018, p. 21).

³⁸ El concepto *femicide* es presentado por Diana Russell y Jil Radford como el asesinato de mujeres cometido por hombres. De modo que es importante el trasfondo que motiva el concepto, pues se identifica el motor del acto de matar. A mayor abundamiento, véase Radford y Russell, 1992, *passim*. Posteriormente, en el año 2001, Russell redefinió el concepto y señaló “que el femicidio es el asesinato de mujeres por hombres porque son mujeres” (Arocena y Cesano, 2017, p. 17).

³⁹ La distinción entre femicidio y feminicidio tiene su origen en la intervención de la antropóloga mexicana Marcela Lagarde, en la presentación al español del libro “Femicide in global perspective”, editado por Diana Russell y Roberta Harmes. Lagarde explica que no tradujo el término *femicide* como femicidio, sino como *feminicidio*, porque quiso dejar en claro de esta manera que se trata de un crimen de odio contra las mujeres. a mayor abundamiento, véase Arocena, G y Cesano, J.D. *El delito de femicidio*, 2017, pp. 17-21.

Resulta, pues, que esta prevención da cuenta que esta temática contiene diversas aristas que no deben ser simplificadas.

Conclusiones

Hay diversas conclusiones que debemos destacar en este artículo. El femicidio es una categoría contenida en el concepto de violencia de género. La violencia de género está constituida por relaciones de asimetría y dominación entre dos agentes con independencia de su sexo. En ese sentido, la violencia de género marca una ruta a futuro en casos de homicidio que no excluirían a otras minorías. De ahí que una mera distinción biológica entre hombre y mujer no es viable para la comprensión del universo de casos que tiene de referencia a la violencia de género en casos de homicidio.

Al contrario de una definición biológica de la violencia de género, que simplemente es lo que postula la primera oleada del feminismo de los años 60, es un problema sociocultural. Esta perspectiva sociocultural nos permite una mejor comprensión del femicidio y otras hipótesis homicidas en las que concurra violencia de género. De ahí que una versión biológica de la violencia de género afecte los parámetros de un Derecho penal democrático.

La ausencia o restricción de la atenuante de arrebató y obcecación es, en este contexto, resultado de la ausencia de un estudio detallado sobre las diferentes corrientes de feminismo que inciden en la comprensión del concepto de violencia de género. Es cierto que algunos dogmáticos correctamente informados sobre estas materias presentan indiferencia en esta problemática al asumir una perspectiva meramente biológica, aunque sea un factor radical no solo en la comprensión del femicidio sino también en la agravante de discriminación y la atenuante de arrebató y obcecación, entre otros supuestos, en el sistema chileno.

Lógicamente, los casos de femicidio captan la atención emocional de los ciudadanos. Sin embargo, ello no puede desembocar en una disposición asistemática que afecta la seguridad jurídica del sistema. Más aún, es posible evidenciar las consecuencias negativas que pueden provocar una reacción legislativa que no llega a comprender la esencia del fenómeno que regula. Así, el artículo 390 quinquies del Código Penal es un claro ejemplo de esta reacción, es decir, en respuesta a la consternación pública de un fenómeno sin estudiar sus consecuencias.

Referencias

Arocena, G. y Cesano, J.D. *El delito de femicidio*. 2ª edición, Montevideo – Buenos Aires, Editorial Bdef, 2017.

Baeza, A. *¿Existe la infidelidad como atenuante para una agresión o femicidio?*, Diario La Tercera, 2016. Disponible en: <https://www.latercera.com/noticia/existe-la-infidelidad-como-atenuante-para-una-agresion-o-femicidio/#> [Última visita: 25/04/2021].

- Biblioteca del Congreso Nacional de Chile / BCN. *Historia de la Ley Nº 20.480. Modifica el código penal y la Ley nº 20.066 sobre violencia intrafamiliar, estableciendo el 'femicidio', aumentando las penas aplicables a este delito y reforma las normas sobre parricidio*, 2018. Disponible en: <https://www.bcn.cl/historiadelaley/nc/historia-de-la-ley/4620/> [Última visita: 18/04/2021].
- Biblioteca del Congreso Nacional de Chile / BCN. *Historia de la Ley Nº 21.212. Modifica el código penal, el código procesal penal y la Ley nº 18.216 en materia de tipificación del femicidio*, 2020. Disponible en: <https://www.bcn.cl/historiadelaley/nc/historia-de-la-ley/7731/> [Última visita: 18/04/2021].
- Boscán, A. *Constructivismo versus Biologismo en la explicación del género, ¿confrontación superada?*, Utopía y praxis latinoamericana, Revista Internacional de filosofía iberoamericana y teoría social, Año 20, Nº 68, enero-marzo, 2015, pp. 51-64.
- Carmona, C. *Los estados emotivos y pasionales como causa de atenuación: sus incidencias y delimitaciones con la circunstancia de trastorno mental transitorio*, Anuario de Derecho penal y Ciencias penales, 1981. Disponible en: <https://revistas.mjusticia.gob.es/index.php/ADPCP/article/view/37>
- Corn, E. *La revolución tímida. El tipo de femicidio introducido en Chile por la Ley Nº 20.480 desde una perspectiva comparada*, Revista de Derecho Universidad Católica del Norte, Año 21, Nº 2, 2014, pp. 103-108.
- Cury, E. *Derecho Penal. Parte General*, 7ª edición, Santiago, 2005.
- Etcheberry, A. *Derecho Penal Parte General*, Tomo II, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1997.
- Garrido Montt, M. *Derecho Penal. Parte General. Nociones fundamentales de la teoría del delito*, Tomo II, 4ª edición, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2005.
- Guerra Espinosa, R. *Trastornos de la realidad y estado de necesidad. Estudios sobre el impulso irresistible en el sistema jurídico-penal chileno*, Santiago, Thomson Reuters, 2019.
- Guerra Espinosa, R. *Estado de necesidad como conflicto de intereses: una propuesta a partir de la inevitabilidad*, Santiago, Ara Editores, 2017.
- Labatut Glenda, G. *Derecho Penal. Parte General*, 9ª edición, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2005.
- Larrauri, E. *Criminología crítica y violencia de género*, 2ª edición, Madrid, Editorial Trotta, 2018.

- Larrauri, E. *Mujeres y sistema penal. Violencia doméstica*, Montevideo-Buenos Aires, Editorial Bdef, 2008.
- Mañalich, J.P. *¿Arrebato y obcecación pasionalmente condicionados por un femicidio frustrado?*, en: *Revista de Estudios de la Justicia*, N° 25, 2016, pp. 247-258.
- Mera, J. *Comentario artículo 11 N° 5*, en: *Código Penal Comentado. Libro Primero (Arts. 1° a 105) Doctrina y Jurisprudencia*, Santiago, AbeledoPerrot. Legal Publishing, 2011, pp. 292-295.
- Novoa, E. *Curso de Derecho Penal chileno. Parte General*, Tomo II, 3° edición, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2005.
- Organización Mundial de la Salud / OMS. *Estimaciones mundiales y regionales de la violencia contra la mujer: prevalencia y efectos de la violencia conyugal y de la violencia sexual no conyugal en la salud*, 2013. Disponible en: http://apps.who.int/iris/bitstream/handle/10665/85243/WHO_RHR_HRP_13.06_spa.pdf;jsessionid=D21D75E0829767A734472AB4C83EEAB0?sequence=1 [Última visita: 18/04/2021].
- Peñaranda, E. *Estudios sobre el delito de asesinato*, Montevideo-Buenos Aires, Editorial Bdef Ltda., 2016.
- Radford, J. y Russell, D. *Femicide. The politics of woman killing*, New York, Twayne Publishers, 1992.
- Rojas Bravo, S. (coord.), *Red Chilena contra la Violencia hacia las Mujeres. Violencia estructural y feminismo: apuntes para una discusión*, Andros Impresores, Santiago-Chile, 2019.
- Salinas, C. *Los desafíos de género en el Chile de hoy. Una visión extrajurídica*, en: Scheechler, C. (ed.); Gutiérrez, P. (coord.). *El delito de femicidio en la legislación chilena*. Santiago, Chile, 2021, pp. 19-37.
- Santibáñez, M.E. y Vargas, T. *Reflexiones en torno a las modificaciones para sancionar el femicidio y otras reformas relacionadas (ley n° 20.480)*, en: *Revista Chilena de Derecho*, Vol. 38, N° 1, 2011, pp. 193-207.
- Tamarit, J. *¿Cuándo la violencia es de género?: ley, ciencia y política en la jurisprudencia*, en: Tamarit, J. y Pereda, N. (coords.). *Violencia y género en las relaciones de pareja*. Madrid, Marcial Pons, 2020, pp. 21-43.

Septiembre – diciembre de 2022

Toledo Vásquez, P., “Limites y dificultades en la implementación de las recomendaciones de organismos internacionales de derechos humanos sobre la tipificación del femicidio en México: primeras leyes y sentencias en Anaya Muñoz, A. y García Campos, A., *Recomendaciones Internacionales a México en materia de derechos humanos. Contraste con la situación en el país*. México, 2014, pp. 57-80.

Villavicencio, L. y Couso, J. *¿Es menos grave el femicidio cometido por infidelidad?*, Mercurio Legal, 2017. Disponible en: <https://www.elmercurio.com/legal/movil/detalle.aspx?Id=904881&Path=/OD/CE/>

Jurisprudencia chilena

República de Chile. Tribunal Oral en lo Penal de Ovalle, Rit N° 29-2016, Ruc N° 1500715630-5, 05 abril 2016. Tomado de: https://juris.pjud.cl/busqueda/pagina_detalle_sentencia?k=d3RwZU11Tng0ckpKMnJCdV o4SkJiUkpBRzhpeGZkU2ViRkdJb2MrLOE3bz0=

República de Chile. Tribunal Oral en lo Penal de Viña del Mar, Rit N° 191-2006, Ruc N° 0500698674-0, 13 febrero 2007. Tomado de: https://juris.pjud.cl/busqueda/pagina_detalle_sentencia?k=eG9seXJtSWhGYmdWNVdSb nV3UXkwY1dSdVh2MTkvOTQ1bk1OV2pWVGhjYz0=

República de Chile. Corte de Apelaciones de La Serena, Rol N° 159-2016, 31 mayo 2016. Tomado de: https://juris.pjud.cl/busqueda/pagina_detalle_sentencia?k=bXNxbnM3cUgxUy9vNDJZW TVvQkJtdz09

República de Chile. Corte de Apelaciones de Santiago, 08 junio 1963, en: RDJ, t. LX, mayo y junio, N° 3 y 4, segunda parte, sección cuarta. Tomado de: Revista de Derecho y Jurisprudencia [solo formato físico].

República de Chile. Corte Suprema, 28 marzo 1972, FM, marzo, 1972, N° 160, año XIV. Revista de Fallos del Mes [disponible solo en formato físico]

República de Chile. Corte Suprema, Rol N° 798-2005, 01 septiembre 2005. Tomado de: <https://juris.pjud.cl/busqueda/u?e6ik>

República de Chile. Corte Suprema, Rol N° 6967-2007, 21 julio 2008. Tomado de: <https://juris.pjud.cl/busqueda/u?h806>