

21. CORTE DE APELACIONES - DERECHO PENAL

FEMICIDIO

I. SENTENCIA CONSTITUYE UNA SOLA PIEZA JURÍDICA Y DEBE LEERSE DE MANERA COMPLETA E INTERRELACIONAR SU CONTENIDO. APRECIACIÓN DE LA PRUEBA CON LIBERTAD EN EL PROCESO PENAL. II. ATENUANTE DE RESPONSABILIDAD DE OBRAR POR ESTÍMULOS TAN PODEROSOS QUE NATURALMENTE PRODUZCAN ARREBATO U OBCECACIÓN, ACOGIDA. CONCEPTO DE ARREBATO Y DE OBCECACIÓN. CORRESPONDE AL JUEZ APRECIAR LO PODEROSO DEL ESTÍMULO Y DETERMINAR SI NATURALMENTE PRODUCIRÍA EN UN HOMBRE MEDIO ARREBATO U OBCECACIÓN. III. ATENUANTE DE REPARACIÓN CELOSA DEL MAL CAUSADO, ACOGIDA. REPARACIÓN DEBE SER CIERTA, EFECTIVA, INMEDIATA Y OPORTUNA EN LA EJECUCIÓN DE ACTOS CONCRETOS TENDENTES A ELIMINAR O ATENUAR LOS RESULTADOS DEL DELITO. ATENUANTE NO REQUIERE UN ARREPENTIMIENTO MORAL NI EXCLUYE LOS MOTIVOS MEZQUINOS DE LA REPARACIÓN.

HECHOS

Tribunal de Juicio Oral en lo Penal dicta sentencia condenatoria por el delito de femicidio, en grado de frustrado. Ministerio Público recurre de nulidad, la Corte de Apelaciones rechaza el recurso deducido.

ANTECEDENTES DEL FALLO:

TIPO: *Recurso de nulidad penal (rechazado)*

TRIBUNAL: *Corte de Apelaciones de La Serena*

ROL: *159-2016, de 31 de mayo de 2016*

PARTES: *“Ministerio Público con Marco Olmos Barraza”*

MINISTROS: *Sr. Juan Pedro Shertzer Díaz y Sr. Christian Le-Cerf Raby*

DOCTRINA

- Las sentencias son una sola pieza jurídica y deben leerse de manera completa e interrelacionar su contenido, por tanto, de acuerdo a lo establecido en uno de los considerandos del fallo, en relación con otro de ellos, no se puede aceptar la falta de especificidad de los testigos alegada por el Ministerio Público y recurrente de nulidad, ya que de la lectura integradora de ambos considerandos mencionados es meridiano a qué testigos hace referencia el tribunal*

- a quo cuando utiliza la expresión “prueba testimonial””. En consecuencia, cabe concluir que en el establecimiento de los hechos a virtud de los cuales los jueces dieron por configurada la atenuante del artículo 11 N° 5 del Código Penal, el fallo no resulta incompleto y no infringe el principio de la lógica de razón suficiente, como lo achaca el recurrente. El tribunal valoró la prueba de conformidad con la libertad que los faculta el artículo 297 del Código Procesal Penal, cumpliendo en tal proceso con la fundamentación exigida por la misma norma (considerando 7° de la sentencia de la Corte de Apelaciones).
- II. La doctrina nacional ha dicho, en relación con los elementos que permiten configurar la atenuante del 11 N° 5 del Código Penal. Al respecto –Cury Urzúa– se enseña que “El arrebato se entiende como una perturbación intensa en la capacidad de autocontrol de la persona. La obcecación, en cambio supone una alteración de las facultades intelectuales –razonadoras– que impiden una adecuada dirección de la conducta conforme a sentido”. Lo que importa es que “en ambos casos, la posibilidad del autor para autodeterminarse con arreglo a los mandatos y prohibiciones del derecho se encuentra mermada”. En cuanto al estímulo que provoca este arrebato u obcecación puede ser de cualquier índole, “todo lo que requiere la ley es que este estímulo sea lo bastante poderoso como para causar ‘naturalmente’ –esto es en el hombre medio– un estado de arrebato a obcecación”, agregándose que “es evidente que existen motivaciones éticamente reprobables (...) a las que, sin embargo, a causa de la fragilidad humana, es preciso reconocer una capacidad para originar perturbaciones emocionales intensas en la generalidad de los hombres”. En cuanto al tiempo que media entre el estímulo y la comisión del delito, se señala que “La ley no exige que entre el estímulo y la ejecución del delito medie un determinado espacio de tiempo... Solo importa que el estado de arrebato a obcecación perdure al momento de perpetrarse el hecho punible. Usualmente, por cierto, este tipo de alteraciones son de carácter pasajero, pero existen situaciones excepcionales en las cuales perduran por un lapso prolongado o reaparecen excitadas por circunstancias que rememoran su origen”, lo que, según la doctrina citada, no obsta a la apreciación de la atenuante. Ahora bien, es el juez quien aprecia lo poderoso del estímulo tal como la determinación de si dicho estímulo, naturalmente, produciría en el hombre medio el arrebato u obcecación. También se ha señalado –Matus Acuña y Etcheberry Orthusteguy– que la expresión “naturalmente” no tiene otro sentido que su relación con el hombre medio y no contiene una apreciación normativa acerca de lo justificado o lícito de los estímulos (considerando 14° de la sentencia de la Corte de Apelaciones).
- III. Respecto a la atenuante del artículo 11 N° 7 del Código Penal, es decir, procurar reparar con celo el mal causado, la doctrina nacional ha dicho que “Aunque la ley no explícita la forma de la reparaciones es costumbre que esta

se realice por medio de consignaciones ante el tribunal de la causa, existiendo un par de casos en que por faltar este medio, la Corte Suprema no ha acogido la atenuante, a pesar de presentarse avenimientos entre las partes o declaraciones juradas de la víctima” y en cuanto al elemento “reparar con celo”: “la reparación debe ser ‘celosa’ en un sentido objetivo, atendiendo al concreto mal causado, las facultades del autor del delito y su situación procesal, de acuerdo a la apreciación que de ella haga el tribunal de instancia. No se exige un arrepentimiento moral, sino una manifestación material objetivamente constatable a favor de la víctima del delito. Ni los motivos mezquinos de la reparación –como obtener la atenuación de la pena– ni su realización a instancias del abogado defensor o de terceros excluyen la atenuante, si objetivamente se ha procurado la reparación y se lo ha hecho voluntariamente. Tampoco se exige la reparación completa, sino el intento objetivo de alcanzarla, o dicho en otras palabras, basta con que en el proceso aparezca en forma inequívoca que el reo ha procurado reparar o impedir las consecuencias de su actuar, sin que sea determinante el logro de ese propósito”. Así nuestra jurisprudencia ha declarado que la reparación “debe manifestarse de un modo cierto, efectivo, inmediato y oportuno en la ejecución de actos concretos tendientes a eliminar o atenuar los resultados del delito”. Por su parte, la doctrina –Garrido Montt– ha dicho sobre la oportunidad de la reparación: “La reparación se puede hacer en cualquier momento antes de la dictación de la sentencia condenatoria de término; no requiere ser inmediata a la comisión del hecho” (considerando 17° de la sentencia de la Corte de Apelaciones).

Cita online: CL/JUR/8488/2016

NORMATIVA RELEVANTE CITADA: Artículos 11 N°s. 5 y 7, 390 del Código Penal; 5° de la ley N° 20.066.

¿ARREBATO Y OBCECACIÓN PASIONALMENTE CONDICIONADOS COMO ATENUANTE POR UN FEMICIDIO FRUSTRADO?

DR. JUAN PABLO MAÑALICH R.
Universidad de Chile

1. LA DECISIÓN DE LA CORTE DE LA SERENA

Por sentencia de 31 de mayo de 2016, la Corte de Apelaciones de La Serena rechazó el recurso de nulidad interpuesto en contra de la sentencia condenatoria, pronunciada por el Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Ovalle con fecha 5 de abril del mismo año, que impusiera una pena de cinco años de presidio menor en su grado máximo, sustituyéndola por una de libertad vigilada intensiva, a un

hombre condenado como autor de un hecho constitutivo de femicidio –y así, por implicación, de parricidio– en grado de frustrado, por haber apuñalado a su cónyuge haciendo uso de una tijera de podar, dejándola con heridas cortopunzantes en varias zonas de su cuerpo, tras haber sido revelada a aquél la infidelidad conyugal en que había incurrido ésta. El aspecto del fallo de la Corte que será objeto primordial de consideración aquí está constituido por el reconocimiento de la atenuante prevista en el N° 5 del art. 11 como factor de la determinación de la pena. Pues es ciertamente posible controvertir que, en un caso como el presentemente considerado, en efecto resulte aplicable la atenuante consistente en que el hechor haya obrado “por impulsos tan poderosos que naturalmente hayan producido arrebatos y obcecación”.

Para entrar en el problema, es imprescindible tener en cuenta los fundamentos esgrimidos por la Corte de La Serena, en el considerando 14° de su fallo, para validar la decisión adoptada por el tribunal de juicio oral. En lo específicamente concerniente a la configuración de la ya mencionada atenuante, la corte recurrió a la autoridad doctrinal de Cury para definir, en primer término, lo que habría que entender por “arrebato” y “obcecación” en el contexto de la disposición legal. Así, y citando a Cury, la corte afirmó que mientras por “arrebato” tendría que entenderse “una perturbación intensa en la capacidad de autocontrol de la persona”, el término “obcecación” designaría “una alteración de las facultades intelectuales (razonadoras) que impiden [sic] una adecuada dirección de la conducta conforme a sentido”.

Inmediatamente a continuación, y en segundo término, la corte hizo suya la explicación del efecto atenuante que tendrían el arrebato y la obcecación asimismo ofrecida por Cury, consistente en que “en ambos casos, la posibilidad del autor para autodeterminarse con arreglo a los mandatos y prohibiciones del derecho se encuentra mermada”. En tercer lugar, y en lo tocante al carácter del estímulo que ha de condicionar tal merma del juicio práctico del agente, la Corte, una vez más reproduciendo literalmente el parecer de Cury, observó que “todo lo que requiere la ley es que el estímulo sea lo bastante poderoso como para causar ‘naturalmente’ –esto es en el hombre medio– un estado de arrebato a [sic] obcecación”. Esto, según Cury y la corte, es algo que no tendría que verse relativizado por el hecho de que el estado de alteración pasional desencadenado por el estímulo en cuestión esté anclado en “motivaciones éticamente reprobables”, a las cuales, “a causa de la fragilidad humana”, es preciso reconocer una capacidad para originar perturbaciones emocionales intensas en la generalidad de los hombres”. Finalmente, la corte se ocupó del problema representado por proximidad temporal que tendría que darse entre la activación del estímulo y la perpetración del respectivo hecho punible, respecto de lo cual sostuvo, una vez más reproduciendo literalmente la opinión de Cury –aunque apoyándose, asimismo, en otras autoridades doctrinales coincidentes a este respecto–, que

la regulación “no exige que entre el estímulo y la ejecución del delito medie un determinado espacio de tiempo”, siendo suficiente, antes bien, “que el Estado [sic] de arrebato a [sic] obcecación perdure al momento de perpetrarse el hecho punible”, siendo enteramente posible asumir la factibilidad de “situaciones excepcionales en las cuales [las alteraciones] perduran por un lapso prolongado o reaparecen excitadas por circunstancias que rememoran su origen”.

Sobre tal base, y tras recordar que “es el juez quien aprecia lo poderoso del estímulo tal como la determinación de si dicho estímulo, naturalmente, produciría en el hombre medio el arrebato u obcecación”, la corte concluyó que la atenuante sí se había configurado en la situación en la que tuvo lugar el ataque constitutivo de femicidio frustrado.

Son múltiples las deficiencias exhibidas por la argumentación ofrecida por la corte. En primer lugar, el considerando recién reseñado ni siquiera hace cabalmente explícita la relación que, según la corte, existiría entre los conceptos de arrebato y obcecación. El uso de la conjunción disyuntiva “u” –en más de una ocasión erráticamente reemplazada por “a”– por parte de la corte, no obstante el hecho de que en la disposición legal figure, en cambio, la conjunción copulativa “y”, sugiere que la corte asumió que la atenuante en cuestión conocería dos variantes alternativas, en el sentido de que el autor tendría que haber perpetrado el hecho afectado o bien por un arrebato o bien por una obcecación condicionado por el o los estímulos en cuestión. Ésta es una tesis que encuentra asidero en la interpretación doctrinal del art. 11 N° 5. Así, por ejemplo, Novoa sostenía que el uso de la conjunción copulativa tendría que ser calificado como un error legislativo, en razón de que “el arrebato y la obcecación son alteraciones anímicas muy diversas, que raramente irán juntas”¹. Pero que sea más o menos improbable que una misma persona se vea simultáneamente afectada por uno y otro estado no es en absoluto una razón para descartar que sea justamente su concurrencia aquello a lo cual la regulación legal atribuye efecto atenuante. En efecto, si el arrebato consiste en “un acceso súbito e intenso de pérdida de control de los actos propios”, en tanto que la obcecación, en “una ofuscación persistente de la razón, que priva del normal discernimiento respecto de la conducta que se ha de seguir”², entonces parece plausible sugerir que es sólo la conjunción de ambos estados lo que podría ameritar el reconocimiento de una atenuación de responsabilidad. Pues sólo dándose una combinación de una afectación *conativa* –asociada a la noción de arrebato– y una afectación *cognitiva* –asociada a la de obcecación– nos encontraremos ante una persona cuyo juicio práctico se vea hasta tal punto “nublado” al momento de la

¹ NOVOA, E., Curso de Derecho Penal Chileno, 3ª ed., 2005, t. II, p. 27.

² Así NOVOA, *op. cit.*, p. 26.

perpetración del hecho que en ello sea adecuadamente reconocible una base de atenuación de su responsabilidad³.

Por otra parte, es claramente insuficiente la manera en que la corte asumió como no problemática, sin más, la compatibilidad entre la requerida “naturalidad” de la conexión entre el impulso y el estado de alteración pasional, por un lado, y la pretendida irrelevancia de la calificación normativa –o “ética”– de los motivos en los cuales esté anclado el estado de alteración pasional así condicionado, por otro. Pues es claro que, en ese mismo contexto, el adverbio “naturalmente” podría exhibir un sentido parcialmente determinado por factores adicionales a la sola regularidad estadística del desencadenamiento de semejante estado de arrebató y obcecación a partir de un estímulo similar a aquel que afectó al autor del femicidio en el caso aquí considerado.

De cualquier modo, el déficit capital de la argumentación de la corte se encuentra en su asunción simplista del fundamento de la atenuante ofrecido por Cury, consistente en la merma de “la posibilidad del autor para autodeterminarse con arreglo a los mandatos y prohibiciones del derecho” asociada al estado de alteración pasional en cuestión. Pues semejante explicación reduce la atenuante a una determinada por una situación que compromete, aun cuando sin socavar del todo, la capacidad de motivación que funge como criterio para la atribución de culpabilidad jurídico-penal. Esto vuelve redundante el reconocimiento legislativo de semejante atenuante, puesto que una situación de afectación parcial de la capacidad de motivación con arreglo a derecho debería quedar sin más comprendida por la atenuante genérica de “eximente incompleta”, establecida en el art. 11 N° 1. Con ello, para determinar si en un caso como aquel al cual se encontraba referido el pronunciamiento de la Corte de La Serena se configuraba la atenuante del art. 11 N° 5, es crítico clarificar dónde radica la especificidad de esta atenuante, de una manera que logre evitar la contravención de la máxima de interpretación útil. Y es precisamente a propósito de la indagación en el específico fundamento susceptible de ser invocado a favor del reconocimiento de esta atenuante que cabe traer a colación la variable de género involucrada en el caso, en el sentido de si el varón condenado, cuyo comportamiento tendría que ser entendido como un despliegue de violencia machista pasionalmente condicionado, podría ser merecedor de un reproche de culpabilidad morigerado por esa precisa circunstancia.

³ Para esta distinción en la tradición del derecho angloamericano, en referencia a los presupuestos de una “provocación” capaz de revertir la calificación de un hecho como asesinato (*murder*), transformándolo en uno constitutivo de homicidio voluntario (*voluntary manslaughter*), véase GARVEY, S., *Passion’s puzzle*, *Iowa Law Review* 90 (2005), pp. 1718 ss., quien identifica el fundamento para la correspondiente mitigación punitiva en la “acrasia” –o debilidad de voluntad– que define la forma de culpabilidad exhibida por quien perpetra un hecho punible bajo tal estado de afectación pasional de su juicio práctico (*ibid.*, pp. 1726 ss.).

2. FEMICIDIO, ODIOS Y SOMETIMIENTO

Desde este punto de vista, empero, resulta imprescindible diferenciar dos aspectos del derecho *prima facie* aplicable al caso, en lo concerniente a la variable de género. Pues ya en la calificación jurídica del hecho *qua* femicidio, en cuanto variante nominativa de parricidio, se expresa la consideración de que el ataque homicida desplegado por el hechor revistió una gravedad distintiva en razón de la posición de éste como *marido* de la víctima. Es indudable que la tipificación plasmada en el inc. 2º del art. 390 del Código Penal se distancia sobremanera de la definición más canónica del concepto de femicidio, entendido como el homicidio de una mujer “por el hecho de ser mujer”⁴, toda vez que la decisión legislativa chilena circunscribe la extensión del concepto a contextos propios de la vida íntima⁵, en la medida en que la situación en la cual el autor se encuentra respecto de la víctima debe ejemplificar algunas de las relaciones especificadas en el inc. 1º del mismo artículo, que determinan su relevancia típica a título de parricidio.

Así, es notable el contraste de la regulación chilena con la argentina, la cual, a partir de la reforma del Código Penal del año 2012 (dispuesta por la Ley N° 26.791), tipifica como variantes de “homicidio agravado”, entre otras, la consistente en que se mate a otra persona “por [...] odio [...] de género o a la orientación sexual, identidad de género o su expresión” (art. 80 N° 4), así como la consistente en que la víctima sea “una mujer cuando el hecho sea perpetrado por un hombre y mediare violencia de género”⁶. En lo que aquí interesa, empero, la “timidez” de la tipificación chilena no obsta a que, existiendo actualmente o habiendo existido entre el autor y la víctima una relación de matrimonio o convivencia, sea la circunstancia de que la víctima es mujer lo que declarativamente cualifica el respectivo parricidio como un femicidio⁷.

Recientemente, Peralta ha intentado reconstruir el fundamento de criminalización diferenciada del femicidio, en cuanto variante de homicidio, a partir de su consideración como una especie del género de los “homicidios por odio”⁸,

⁴ Véase LAURENZO, P., Apuntes sobre el femicidio, *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 3ª época, N° 8 (2012), pp. 119 ss., quien ofrece un panorama sobre la genealogía del concepto, diferenciado del de “femicidio”; coincidentemente CORN, E., La revolución tímida. El tipo de femicidio introducido en Chile por la Ley N° 20.480 desde una perspectiva comparada, *Revista de Derecho Universidad Católica del Norte* 21, N° 2 (2014), p. 105.

⁵ CORN, *op. cit.*, p. 126.

⁶ Al respecto CORN, *op. cit.*, pp. 120 ss.

⁷ Véase CORN, *op. cit.*, pp. 128 ss.

⁸ Véase, sin embargo, LAURENZO, *op. cit.*, pp. 120 ss., quien documenta las objeciones a las que, en el debate criminológico, se ha enfrentado la propuesta de reconducir el femicidio al catálogo de los *hate crimes*.

categoría (más bien criminológica) cuyo común denominador estaría constituido por una pretensión de sometimiento manifestada a través de la perpetración del hecho⁹. Más precisamente, semejante homicidio expresaría una censura, de parte del autor, referida al modo en que la víctima lleva u organiza alguna dimensión de su propia vida. Con ello, lo distintivo de todo homicidio por odio, en cuanto “delito de sometimiento,” radicaría en que el autor perpetra el hecho sobre la base de la pretensión de instaurar o mantener una relación de heteronomía “en un ámbito en el que debiera regir la autonomía”¹⁰. Así, y ejemplificando el punto en referencia al “homicidio por odio a la identidad de género”, específicamente previsto –según ya se indicara– por la nueva regulación argentina, Peralta sostiene que el contexto de la perpetración del hecho haría reconocible que el autor representa el respectivo homicidio como “originado en el ejercicio de la víctima de su derecho a elegir y manifestar como identificarse sexualmente”¹¹.

Lo anterior parece extrapolable, *mutatis mutandis*, a la especificidad del femicidio, cuyo estatus como soporte de una pretensión de sometimiento se dejaría fundamentar como sigue:

En los casos de femicidio, el autor se siente provocado frente a ejercicios de derechos por parte de la mujer. El ejemplo paradigmático es el de la mujer que quiere elegir con quién y cómo estar en pareja. Y en otros casos el homicidio suele ser el punto culminante de una relación de violencia contra la mujer, en donde se persigue prácticamente su reducción a servidumbre. El autor, de manera más o menos consciente, tiene una concepción machista de las relaciones entre hombre y mujer y concibe a esta última como a un sujeto “carente]] de los derechos mínimos de libertad, respeto y capacidad de decisión”. Censura, a través de su hecho, entonces, la autonomía de la mujer frente al hombre¹².

En tal medida, la pretensión de sometimiento, susceptible de verse radicalmente objetivada en el homicidio de la mujer que se presenta como objeto de referencia de esa misma pretensión, se plasmaría en la configuración de una situación en la cual, “para evitar ser víctima y provocar al agresor, la mujer, por supuesto, especialmente la que está en pareja, debe llevar adelante un modo de vida sumiso y digitado por el hombre”¹³. Y si bien esta variable no encuentra reconocimiento explícito en la tipificación del femicidio plasmada en el art. 390 del Código Penal, de modo tal que, de *lege lata*, “es incorrecto hablar de

⁹ PERALTA, J.M., Homicidios por odio como delitos de sometimiento, *InDret* 4/2013, pp. 10 ss.

¹⁰ PERALTA, *op. cit.*, p. 11.

¹¹ PERALTA, *op. cit.*, p. 11.

¹² PERALTA, *op. cit.*, p. 13.

¹³ PERALTA, *op. cit.*, p. 14.

femicidio como homicidio de la mujer ‘por el hecho de ser mujer’¹⁴, es claro que la prevalencia criminológica de la misma se expresa suficientemente en la configuración paradigmática de los casos que, en la práctica judicial, dan lugar a una imputación bajo ese mismo título¹⁵.

3. ¿LA ATENUACIÓN POR ARREBATO Y OBCECACIÓN COMO ATENUACIÓN POR PROVOCACIÓN?

En la medida en que las consideraciones precedentes contribuyan, siquiera parcialmente, a esclarecer la *ratio* de la –en palabras de Corn– “tímida” tipificación nominativa del femicidio plasmada en el art. 390 del Código Penal, cabe sostener que la específica censura jurídica de la pretensión de dominación, característicamente machista, manifestada por el autor a través del homicidio no consumado de la persona de su cónyuge, se encuentra suficientemente expresada en la condena pronunciada en su contra, como responsable de un femicidio frustrado. Pero según ya anticipara, el derecho *prima facie* aplicable al caso incorpora un segundo aspecto de relevancia para la variable de la violencia de género, que precisamente consiste en la eventual operatividad de la atenuante del art. 11 N° 5.

Lo crucial a este respecto es detectar el punto de conexión que se da entre los dos aspectos ya identificados. De acuerdo con la caracterización del femicidio como una variante de homicidio por odio, el hechor pretende significar la perpetración del homicidio como una respuesta a la manera en que la víctima conduce u organiza alguna dimensión de su vida; esto es, como una respuesta a una determinada *provocación* de la víctima. Esta última formulación del problema ofrece la clave para detectar la conexión arriba sugerida, toda vez que la atenuante por arrebató y obcecación admite ser entendida como una que se funda en la circunstancia de que el hechor actúa impulsado por un estímulo que “provoca” una determinada reacción pasional. Desde luego, esto supone advertir que, en el presente contexto, el concepto de provocación es invocado de manera mucha más laxa que en el contexto de la formulación de la atenuante del art. 11 N° 3, que justamente atribuye efecto mitigador de la responsabilidad a la circunstancia de “haber precedido inmediatamente de parte del ofendido, provocación o amenaza proporcionada al delito”. Pues en este último contexto, el verbo “provocar” es usado con una connotación

¹⁴ CORN, *op. cit.*, p. 127.

¹⁵ Véase la descripción de los casos de femicidio registrados por el SERNAM, distribuidos por año, desde 2008 a 2016: <http://portal.sernam.cl/?m=programa&i=67> [consultado con fecha 8.08.2016].

marcadamente teleológica, pudiendo definirse el modo de comportamiento que aquel designa como consistente en “irritar o estimular a otro con palabras u obras para que se enoje”¹⁶. Bajo el art. 11 N° 5, en cambio, el énfasis está puesto en el mero efecto de afectación pasional que el estímulo en cuestión produce en el hechor, lo cual es del todo compatible, empero, con que éste experimente el estímulo justamente en el sentido de una provocación.

En tal medida, el punto de conexión entre esta comprensión de la atenuante de arrebató y obcecación, por un lado, y la caracterización del femicidio como un homicidio perpetrado por odio, por otro, está constituido por el carácter *emocionalmente reactivo* que se atribuye al comportamiento del hechor. Pero es precisamente desde este punto de vista que emerge la consideración determinante para diferenciar el sentido preciso de uno y otro aspecto del derecho *prima facie* aplicable al caso aquí considerado. Pues mientras la emoción que aparece distintivamente perfilada en semejante caracterización de un homicidio justamente se identifica –valga la redundancia– con el *odio*, la aplicabilidad de la atenuante de arrebató y obcecación privilegia la tematización de una cierta forma de *ira* como definitoria de la situación emocional en la que sería perpetrado el hecho.

En la tradición del derecho penal angloamericano, este último es el factor al cual la práctica judicial y la posterior legislación han prestado atención a la hora de demarcar el ámbito de punibilidad del homicidio voluntario (*voluntary manslaughter*) frente a la definición del asesinato (*murder*), entendido éste como la forma básica de homicidio punible (*homicide*). En efecto, la inmunidad del hechor frente a una condena por asesinato, para sólo quedar expuesto, en cambio, a una condena por homicidio voluntario, depende críticamente de que se compruebe que el autor reaccionó iracundamente a una “provocación suficiente”¹⁷. Sin que en el presente marco sea posible entrar en un análisis mínimamente riguroso de los derroteros de la evolución experimentada por este factor de mitigación en la tradición del *common law*, es de la mayor importancia que una de las cuatro categorías de provocación que fueran progresivamente delineadas a lo largo del siglo XVII se correspondiera con el caso de quien descubría a otro hombre cometiendo adulterio con la “mujer de uno”¹⁸. La demostración, también ofrecida por Horder, del anclaje de la “doctrina de la provocación” en una determinada concepción del honor, que reconocería como

¹⁶ NOVOA, *op. cit.*, p. 29.

¹⁷ Véase en detalle HORDER, J., *Provocation and Responsibility*, 1992, pp. 156 ss.

¹⁸ HORDER, *op. cit.*, pp. 23 ss., 39 ss.

virtuosa la reacción iracunda ante algún agravio padecido por el correspondiente “hombre de honor”¹⁹, resulta tanto más elocuente en lo que aquí interesa, si se repara en cómo una concepción semejante parecía subyacer a la eximente de responsabilidad que el derecho chileno consagrara, hasta su supresión en el año 1953, en el N° 11 del art. 10 del Código Penal, y que favorecía al “marido que en el acto de sorprender a su mujer *in fraganti* en delito de adulterio, da muerte, hiere o maltrata a ella y a su cómplice, con tal que la mala conducta de aquél no haga excusable la falta de ésta”.

Indagando en la significación que contemporáneamente adquiere, desde una perspectiva feminista, el reconocimiento de tal factor de mitigación a favor de hombres condenados por haber dado muerte a sus cónyuges o compañeras de vida, Horder afirma que la doctrina de la provocación “simplemente refuerza las condiciones en las cuales los hombres son percibidos y se perciben a sí mismos como agresores naturales, y en particular como agresores naturales *de mujeres*”²⁰. Esto descansa en que, tradicionalmente, el derecho entendería la “ira provocada” como involucrando “el deseo de un sufrimiento vindicativo por parte de la víctima, infligido por la persona agraviada”, en términos tales que la irrogación de semejante sufrimiento vindicativo es entendido, por quien lo irroga, como “negando una amenaza, inherente a la provocación, para la autoestima de la persona agraviada, para los valores centrales para su concepción de sí mismo”²¹. La fenomenología de los casos en que tal ira vindicativa es desplegada por un hombre en contra de una mujer con quien el primero comparte o ha compartido una relación de pareja sugiere, ahora bien, que para la auto-imagen del varón agresor tiende a ser central una marcada *posesividad* con respecto a la mujer en cuestión: “Es la posesión absoluta de la fidelidad sexual de una mujer, de su trabajo, y de su presencia, amor y en general atención (a requerimiento), lo que yace en el corazón de las concepciones que muchos hombres tienen de su autoestima”²².

Sobre esta base, concluye Horder, sería ante todo desde una perspectiva masculinamente centrada “que la reducción de la producción intencional de una muerte de asesinato a homicidio es capaz de ser considerada como una compasión hacia la flaqueza humana”²³. De ahí que Horder abogue enfática-

¹⁹ HORDER, *op. cit.*, pp. 43 ss.

²⁰ HORDER, *op. cit.*, p. 192.

²¹ HORDER, *op. cit.*, p. 192.

²² HORDER, *op. cit.*, p. 193.

²³ HORDER, *op. cit.*, p. 194.

mente por la supresión de este factor de mitigación, cuya existencia más bien refuerza “aquello que las instituciones públicas de hecho deberían buscar erradicar, a saber, la aceptación de que hay algo natural, inevitable, y así en algún sentido [...] perdonable en la violencia de los hombres contra las mujeres, y en su violencia en general”²⁴.

Si Horder tiene razón, y si al mismo tiempo tiene sentido la hipótesis de que la atenuante genérica del art. 11 N° 5 del Código Penal reproduce semejante naturalización de las reacciones iracundamente vindicativas generalmente exhibidas por hombres ante alguna muestra de “provocación” lesiva para su respectiva autoimagen, entonces cabe sostener que la determinación de la Corte de La Serena, consistente en hacer aplicable la atenuante en cuestión, puede estar justificada de *lege lata*, pero debería motivar una reflexión de *lege ferenda*, justamente a propósito de la pregunta de si su consagración legislativa es compatible con la *ratio* en que descansa la criminalización del femicidio.

4. EL CONCURSO IDEAL CON LA LESIÓN CORPORAL CONSUMADA

Las consideraciones precedentes han pretendido hacer justicia a la preocupación –por no decir: la indignación– que la decisión judicial comentada despertó en sectores de la opinión pública, ante la inequívoca banalización del despliegue de violencia machista sufrido por la víctima que supone la imposición de una pena de libertad vigilada intensiva sobre el autor. Siendo comprensible que, desde el punto de vista de la variable de género, la atención haya estado puesta en la pertinencia del reconocimiento de la atenuante de arrebató y obcecación, no deja de ser llamativo que esa focalización de la atención haya impedido tener en cuenta que hay otras dimensiones del derecho *prima facie* aplicable al caso cuya correcta consideración habría tenido que llevar al pronunciamiento de una sentencia considerablemente más severa por parte del tribunal de juicio oral.

En efecto, y desde una perspectiva enteramente desconectada con esa misma variable de género, es manifiesta la errónea aplicación del derecho implicada en el desconocimiento de que el femicidio frustrado imputable al autor se encontraba en relación de concurso ideal con un delito de lesión corporal grave, en los términos del art. 397 del Código Penal. En la medida en que la víctima haya quedado “notablemente deforme”, la lesión corporal tendría que haber sido calificada como gravísima, en el sentido del N° 1 del mismo artículo. Con independencia de su calificación precisa, empero, respecto del delito de lesión corporal habría resultado operativa la regla de agravación prevista en el art. 400, por encontrarse el

²⁴ HORDER, *op. cit.*, p. 194.

autor y la víctima en una relación comprendida en el art. 5° de Ley sobre Violencia Intrafamiliar. Y debería ser claro que el reproche por la producción (dolosa) de un resultado de grave lesión corporal no alcanza a ser expresado a través de una condena por femicidio frustrado, con lo cual hay que negar toda plausibilidad a la postulación de un concurso aparente entre ambos hechos punibles²⁵.

La constatación del concurso ideal habría tenido consecuencias de relevancia para la determinación de la pena susceptible de ser impuesta sobre el condenado, dado que el art. 75 del Código Penal prevé, para tal caso, la aplicabilidad de un régimen penológico de absorción agravada, consistente en la imposición de la pena superior correspondiente al hecho punible más grave. Si se asume que la pena correspondiente al hecho más grave sería la prevista para el femicidio frustrado, que en efecto resulta ser –con arreglo a lo dispuesto en los arts. 51, 59 y 61 N° 2 del Código Penal– una de presidio mayor en su grado medio, ésta tendría que haberse visto ulteriormente concretizada en atención a las circunstancias agravantes y atenuantes eventualmente concurrentes. Y aun asumiendo que las atenuantes correspondientes a los números 5, 6 y 7 del art. 11 se hayan visto efectivamente configuradas, como de hecho lo sostuvo el tribunal de Ovalle, al mismo tiempo tendría que haberse estimado aplicable la agravante del N° 6 del art. 12, al haber abusado el hechor “de la superioridad de su sexo o de sus fuerzas, en términos que el ofendido no pudiera defenderse con probabilidades de repeler la ofensa”. Como correctamente ha observado Corn, esta agravante no puede entenderse inherente –en el sentido del art. 63– a la perpetración de un femicidio²⁶, puesto que la merma en las chances de la víctima de defenderse eficazmente no es en absoluto intrínseca a la satisfacción de la descripción del femicidio. Así, la agravante en cuestión tendría que haber entrado en consideración a través de la correspondiente operación de “compensación racional” de las circunstancias modificatorias concurrentes. Ello habría bastado, todo lo demás siendo igual, para que la eventual rebaja de pena, en los términos del art. 67, no hubiese en caso alguno excedido de un grado, con lo cual la pena en definitiva impuesta habría sido, mínimamente, una de presidio mayor en su grado mínimo, no susceptible de ser sustituida por una de libertad vigilada intensiva.

²⁵ En detalle al respecto MAÑALICH, J.P., El concurso aparente como herramienta de cuantificación penológica de hechos punibles, en Cárdenas y Ferdman (coords.), El derecho penal como teoría y como práctica. Libro en homenaje a Alfredo Etcheberry Orthusteguy, 2016, pp. 505 ss., 509 ss.

²⁶ CORN, *op. cit.*, pp. 127 s.

CORTE DE APELACIONES

La Serena, treinta y uno de mayo de dos mil dieciséis.

VISTOS:

Primero: Que se ha deducido recurso de nulidad por Ministerio Público, en causa RUC N° 15000715630-5, en contra de la sentencia definitiva de fecha 5 de abril de 2016 dictada por el Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Ovalle, en virtud de la cual se condenó al acusado Marco Antonio Olmos Barraza, ya individualizado en autos, a la pena de cinco años de presidio menor en su grado máximo, a las accesorias de inhabilitación absoluta perpetua para derechos políticos y la de inhabilitación absoluta para cargos u oficios públicos mientras dure la condena, como autor del delito de femicidio descrito y sancionado en el artículo 390 del Código Penal, en relación al artículo 5° de la ley N° 20.066, en grado de desarrollo de frustrado, cometido en la persona de Karol Alexandra Pizarro Chacana, el día 28 de julio de 2015, en la comuna de Ovalle. Se le impone además al acusado Marco Antonio Olmos Barraza, la pena accesoria especial de la letra c) del artículo 9° de la ley N° 20.066, esto es, prohibición de porte y tenencia y en su caso el comiso, de armas de fuego.

Se concede al acusado Olmos Barraza la pena sustitutiva de Libertad vigilada intensiva, por cumplirse con los requisitos del artículo 15 bis de la ley N° 18.216.

Segundo: Que se funda el recurso en las siguientes causales, las que se interponen de manera subsidiaria:

a) En la causal contemplada en el artículo 374 letra e) del Código Procesal Penal, que preceptúa: “Cuando, en la sentencia, se hubiere omitido alguno de los requisitos previstos en el artículo 342, letras c), d) o e)”. En el presente caso, indica, se ha omitido el requisito previsto en el artículo 342 letra c) del referido Código, que señala que la sentencia definitiva contendrá: “c) La exposición clara, lógica y completa de cada uno de los hechos y circunstancias que se dieron por probados, fueren ellos favorables o desfavorables al acusado, y de la valoración de los medios de prueba que fundamentaren dichas conclusiones de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 297”. Todo lo anterior, en relación con las conclusiones efectuadas de que el imputado había obrado por estímulos tan poderosos que naturalmente le produjeron arrebato u obcecación y que, de otra parte, procuró con celo reparar el mal causado.

b) En la causal del artículo 373 letra b) del Código Procesal Penal, que hace procedente la declaración de nulidad del juicio oral y de la sentencia, cuando en el pronunciamiento de la sentencia, se hubiere hecho una errónea aplicación del derecho que hubiere influido sustancialmente en lo dispositivo del fallo, vicio que se materializa por la errónea aplicación de las circunstancias atenuantes contempladas en el artículo 11 N° 5 y N° 7 del Código Penal.

Tercero: Que, cabe tener presente que el recurso de nulidad no constituye una instancia, de manera que estos sentenciadores no pueden ni deben revisar

los hechos que conforman el conflicto jurídico de que se trata, siendo la apreciación y establecimiento de estos una facultad exclusiva y excluyente de los jueces que conocieron del respectivo juicio oral, y, asimismo, se está vedado de efectuar una valoración de la prueba rendida ante el Tribunal de Juicio Oral, lo que corresponde únicamente a este y el cual está dotado de plena libertad para ello, con la sola limitación de no contrariar los principios de la lógica, las máximas de experiencia y los conocimientos científicamente afianzados, siendo el cumplimiento de este límite lo que corresponde controlar cuando se interpone la causal pertinente, como es el caso.

Además, cabe tener en cuenta que el recurso de nulidad es un arbitrio de derecho estricto lo que implica que no solo debe ser clara y precisa la descripción de los supuestos fácticos en que se funda, sino que también lo debe ser en cuanto al sustento jurídico normativo en que apoya todo lo que debe tener la debida coherencia con la petición que somete a decisión de la Corte. Así las cosas un recurso de esta naturaleza, por ejemplo, debe satisfacer la exigencia de explicar pormenorizadamente la forma en que se ha producido la contravención a la o las leyes denunciadas como conculcadas, la indicación de la totalidad de las normas jurídicas involucradas, que se haga mención expresa y determinada de la forma en que se ha producido la infracción y como aquella influye sustancialmente en lo dispositivo del fallo o, en su caso, el señalamiento claro y preciso de las circunstancias que confi-

guran las causales de nulidad absoluta del artículo 374 del Código Procesal Penal, como por ejemplo, el completo señalamiento de los principios de la lógica, máximas de la experiencia o de los conocimientos científicamente afianzados infraccionados.

Como conclusión corresponde decir que una alusión genérica de una supuesta infracción o de normas legales erróneamente aplicadas o argumentos globales respecto de la forma en que se produce dicha infracción o de la influencia de este quebranto en la sentencia no configura, en modo alguno, la exposición requerida por un recurso de esta naturaleza.

Sobre el punto cabe tener en cuenta lo dispuesto en el artículo 378 del Código Procesal Penal en cuanto prescribe que “En el escrito en que se interpusiere el recurso de nulidad se consignarán los fundamentos del mismo y las peticiones concretas que se sometieren al fallo del Tribunal. El recurso podrá fundarse en varias causales, caso en el cual se indicará si se invocan conjunta o subsidiariamente. Cada motivo de nulidad deberá ser fundado separadamente”. Esta exigencia de fundamentación, que implica que el recurso debe consignar los fundamentos de hecho y de derecho en que se sostiene, es relevante tanto para resolver sobre su admisibilidad, según ordena el inciso segundo del artículo 383 del respectivo código, como para fijar los límites de la competencia del tribunal que conocerá del recurso de nulidad, según prescribe el artículo 360 del mismo cuerpo normativo.

Cuarto: Que, para la debida inteligencia del asunto que nos convoca, habrá de comenzar señalándose que los jueces, en el motivo séptimo del fallo consignaron que con el mérito de la declaración del funcionario del Carabinero Vladimir Jelic Rojas y el de la víctima doña Karol Pizarro Chacana, la pericia médico legal, la evidencia material consistente en una tijera de podar y los set fotográficos exhibidos en juicio, todas pruebas analizadas de conformidad lo dispone el artículo 297 del Código Procesal Penal, daban por acreditado el siguiente hecho: “Que el día 28 de julio de 2015, siendo alrededor de las 15:30 horas, al interior del inmueble ubicado en calle Soldado Vega N° 886, de la población Nueva Bellavista, de la comuna de Ovalle, Marco Antonio Olmos Barraza, procedió a golpear a su cónyuge doña Karol Alexandra Pizarro Chacana para luego proceder a apuñalarla, con una tijera de podar, en diversas partes del cuerpo y especialmente a la altura del cuello. Producto de lo anterior doña Karol Pizarro resultó con heridas corto punzantes múltiples en región facial, cuello, hombro, tórax y mama derecha, estas dos últimas clínicamente graves, como así también fractura de cráneo también de carácter grave, lesiones que de no mediar atención médica oportuna y eficaz comprometían su vida. Esta acción de acometimiento se detuvo únicamente por un disparo percutado por Carabineros que ingresó al inmueble quienes lograron reducir a Olmos Barraza”.

Tales hechos fueron tipificados, en el motivo duodécimo, como constitutivos del delito de Femicidio descrito

y sancionado en el artículo 390 inciso segundo del Código Penal, en relación al artículo 5° de la ley N° 20.066, en grado de desarrollo de frustrado.

Ahora bien, en la consideración décimo cuarta, los jueces se refirieron a las circunstancias modificatorias de responsabilidad penal, y en lo que dice relación con la materia atinente con el recurso deducido expresaron lo que se transcribirá a continuación: (párrafo segundo del indicado motivo) “También la Defensa, con la finalidad de configurar la circunstancia atenuante establecida en el artículo 11 N° 7 del Código Penal, presentó un comprobante de depósito judicial por la suma de \$ 600.000 en sede de Garantía, mismo aporte que también fue reconocido por la víctima en su testimonio en la audiencia, indicando que aquel dinero fue destinado a costear sus gastos médicos, que en algunas ocasiones debieron realizarse en el sistema privado de salud. Si bien sobre esta minorante, el Acusador esgrimió argumentos en oposición a la misma, estos no fueron compartidos por el Tribunal, habida consideración que fue hecho, de manera pronta durante el desarrollo de la investigación, mientras que el acusado se encontraba privado de libertad y porque fueron recibidos por la afectada y utilizado en relacionados con las consecuencias del delito, por lo que efectivamente constituyeron un esfuerzo serio y útil a la reparación de los efectos perniciosos del ilícito, razones por las que se acogerá”.

En cuanto a la atenuante contemplada en el N° 5 del artículo 11 del texto legal punitivo, señaló el tribunal a conti-

nuación: “Que tal como se dictaminó en la deliberación, se estimó concurrente en favor del sentenciado la atenuante de responsabilidad penal establecida en el artículo 11 N° 5 del Código Penal, esto es, la de haber obrado por estímulos tan poderosos que naturalmente le hayan causado arrebatos u obcecación, toda vez que de la prueba testimonial aportada se desprende que en el momento previo a la agresión se había develado la infidelidad de su cónyuge, con quien estaba casado hacía 15 años y mantenía dos hijos en común. Evidencia su obrar irracional, el que se 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 empañado por ese estado emocional el que aún ante la presencia de un carabiniero observando la agresión, quien le ordena de manera enérgica y en reiteradas ocasiones que detuviera su actuar, 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, a pocos metros suyo, le hizo reaccionar sobre lo que estaba ejecutando”.

Análisis de la primera causal de nulidad prevista en el artículo 374 e) en relación con los artículos 342 letra c) y 297 todos del Código Procesal Penal.

Quinto: Que como punto inicial de su exposición, indica el recurrente que el artículo 297 del Código Procesal Penal prescribe que los tribunales apreciarán la prueba con libertad, pero no podrán

contradecir los principios de la lógica, las máximas de la experiencia y los conocimientos científicamente afianzados.

La libertad de apreciar la prueba establecida en el Código Procesal Penal, importa la obligación de los sentenciadores de indicar, en la sentencia, todos y cada uno de los medios atinentes a fijar los hechos y circunstancias propuestos por los intervinientes, expresar sus contenidos y en base a ellos efectuar el razonamiento, a fin de evidenciar las motivaciones que se han tenido en cuenta para preferir un medio de prueba del otro o para darle preeminencia, de modo que de dicho análisis fluya la constancia de cómo hicieron uso de la libertad para apreciarla y llegaron a dar por acreditados los hechos y circunstancias.

La disposición legal citada, si bien ha facultado a los tribunales apreciar la prueba con libertad, lo ha hecho en el entendido que los tribunales no pueden, como limitante, contradecir los principios de la lógica, las máximas de experiencia y los conocimientos científicamente afianzados, exigiendo, a su vez, que para hacer tal valoración el tribunal debe considerar y hacerse cargo de toda la prueba rendida, incluso de desestimada, con señalamiento de los medios de prueba por los cuales se dieran por probados cada uno de los hechos y circunstancias atinente a la litis.

De esta forma, agrega, la convicción del juzgador debe nutrirse del conjunto integral de los elementos de juicio receptados durante la audiencia oral de la causa y, por tanto, debe discurrirse en base a la prueba rendida entendida ésta como unidad global a fin de establecer,

por esta vía y a la luz de los principios de la lógica, las máximas de la experiencia y los conocimientos científicamente afianzados, todos los hechos que sustentan la imputación penal y aquellos que determinan la participación del acusado.

El fallo recurrido, es a su juicio incompleto y además infringe el principio de la lógica de razón suficiente.

El recurrente se refiere a la exposición clara lógica y completa de los hechos y circunstancias que se dieron por probados y de la valoración de los medios de prueba que permitieron al tribunal concluir que el imputado obró por estímulos tan poderosos que naturalmente producen arrebatos u obcecación. Indica el recurrente al respecto, transcribiendo el motivo décimo cuarto, que el fallo en dicha parte es incompleto ya que alude genéricamente a que de la prueba testimonial aportada se desprende que en el momento previo a la agresión se había develado la infidelidad de su cónyuge, con quien estaba casado hacía 15 años y mantenía dos hijos en común, sin indicar a qué testigo o testigos se refiere. Agrega también el recurrente que en el juicio oral, declararon 3 testigos, a saber don Vladimir Esteban Jelic Rojas, doña Karol Alexandre Pizarro Chacana y doña María Paz Martínez Hickes. De los tres, la víctima y don Vladimir Jelic, relatan lo ocurrido con anterioridad a la agresión y ninguno de ellos alude a que el detonante del ataque del imputado a la víctima haya sido la develación de una infidelidad. El recurrente en su presentación señala que fue la llegada de carabineros lo que habría detonado el actuar de Olmos Barraza y no la

infidelidad declarada de la víctima y que por tanto el Tribunal *a quo*, habría infringido el principio de la lógica de la razón suficiente, porque a su juicio habría construido una conclusión en base a una hipótesis fáctica no acreditada.

Sexto: Que en cuanto al quebrantamiento del principio de razón suficiente por parte de los jueces penales alegado por el recurrente, esta Corte no puede sino acudir al considerando noveno de la sentencia, allí el Tribunal a quo señala el contexto en que ocurrieron los hechos que dieron lugar al delito: “Así la dinámica de ocurrencia de la agresión, se consolidó con la valoración integrada del relato de la afectada por el delito, Karol Pizarro Chacana, quien de manera conteste con lo referido por su cónyuge y acusado Olmos Barraza, indicó que el día de ocurrencia de los hechos, estuvo marcado por un contexto de develación de una infidelidad de parte de doña Karol Pizarro. Ella reconoció que previo al arribo de carabineros a su casa, recibieron una llamada telefónica, no recordó bien si a su teléfono o al de su marido, pero en definitiva quien contestó el llamado fue el acusado, reconociendo la declarante que quien llamaba era un varón y era su amante. A las preguntas de la Defensa, ahondando sobre este aspecto, le respondió la víctima, que tanto el día 25 de junio de ese año, como el día anterior a los hechos, el 27 de julio, se habían recibido llamados de ese sujeto, ante lo cual su esposo le habría interrogado si era capaz de engañarlo, a lo que ella respondía negando esa posibilidad”. Así las cosas, la llegada

de carabineros no puede ser tomada en cuenta de manera aislada por los sentenciadores del juicio, sino dentro del contexto que estaban viviendo víctima y acusado, esto es, la develación directa a Olmos Barraza por parte del “amante de su cónyuge” de que la víctima le era infiel, hechos que el tribunal que recibió la prueba estimó probados y que le sirvieron de base para configurar la atenuante del 11 N° 5 del Código Penal, tal como se expresa en el considerando décimo catorce; además, en el considerando décimo octavo el Tribunal del juicio reafirmó este contexto en que ocurrieron los hechos al indicar que: “pero principalmente considerando los dichos de la víctima (...) que efectivamente la concurrencia de un factor emocional de infidelidad e inminente ruptura de su vínculo, fue el elemento gatillante de este hecho”.

Séptimo: Que en cuanto a la referencia general a la prueba testimonial que hace el Tribunal *a quo* en el considerando décimo catorce, esta Corte reitera que las sentencias son una sola pieza jurídica y deben leerse de manera completa e interrelacionar su contenido, por tanto, de acuerdo a lo establecido en el considerando décimo catorce en relación con el considerando noveno no se puede aceptar la falta de especificidad de los testigos alegada por el recurrente ya que de la lectura integradora de ambos considerandos mencionados es meridiano a qué testigos hace referencia el Tribunal *a quo*, cuando utiliza la expresión “prueba testimonial” en el considerando décimo catorce.

Que, en consecuencia, por todo lo analizado precedentemente, cabe concluir que en el establecimiento de los hechos a virtud de los cuales los jueces dieron por configurada la minorante del N° 5 del artículo 11 del Código Penal, el fallo no resulta incompleto y no infringe el principio de la lógica de razón suficiente, como lo achaca el recurrente. El Tribunal valoró la prueba de conformidad con la libertad que los faculta el artículo 297 del Código Procesal Penal, cumpliendo en tal proceso con la fundamentación exigida por la misma norma”.

Octavo: Que, en lo que respecta a la exposición clara lógica y completa de los hechos y circunstancias que se dieron por probados y de la valoración de los medios de prueba que permitieron al tribunal concluir que Olmos Barraza procuró con celo reparar el mal causado, o impedir sus posteriores perniciosas consecuencias, atenuante contemplada en el artículo 11 N° 7 del Código Penal, el recurrente luego que reproduce el considerando décimo cuarto del fallo el que en su párrafo segundo dice: “También la Defensa, con la finalidad de configurar la circunstancia atenuante establecida en el artículo 11 N° del Código Penal, presentó un comprobante de depósito judicial por la suma de \$ 600.000 en sede de Garantía, mismo aporte que también fue reconocido por la víctima en su testimonio en la audiencia, indicando que aquel dinero fue destinado a costear sus gastos médicos, que en algunas ocasiones debieron realizarse en el sistema privado de salud. Si bien sobre esta minorante, el Acusador

esgrimió argumentos en oposición a la misma, estos no fueron compartidos por el Tribunal, habida consideración que fue hecho, de manera pronta durante el desarrollo de la investigación, mientras que el acusado se encontraba privado de libertad y porque fueron recibidos por la afectada y utilizado en relacionados con las consecuencias del delito, por lo que efectivamente constituyeron un esfuerzo serio y útil a la reparación de los efectos perniciosos del ilícito, razones por las que se acogerá”, señala el reclamante que el fallo es incompleto, no se basta asimismo, no siendo posible reproducir el razonamiento del juzgador. Para fundar lo anterior el recurrente en estos autos, indica que el fallo no menciona cuáles fueron las alegaciones de la Fiscalía que fueron desechadas; que tampoco se explica cómo se dio por acreditado que la suma de \$ 600.000.- (única forma de reparación) provenga efectivamente del acusado si se encontraba privado de libertad desde el inicio de la investigación, esgrimiendo que las máximas de la experiencia indican que una persona privada de libertad no genera ingresos, siendo de común ocurrencia que el dinero provenga de familiares para obtener una atenuante; que tampoco se acreditó la finalidad del depósito. El recurrente considera que existiendo dos hijos en común entre el acusado y la víctima en edad escolar es razonable concluir que estaba destinado a su manutención y no íntegramente a solventar la recuperación de la víctima. Para explicar lo anterior realiza un ejercicio matemático prorranteando la cantidad de dinero depositada por el

acusado, esto es, \$ 600.000.-, por los meses que transcurrieron desde la fecha de la ocurrencia del femicidio atribuido al acusado y la fecha del juicio oral y llega a la conclusión que en 7 meses el acusado entregó una suma equivalente a \$ 85.714.-, suma de dinero absolutamente ínfima para solventar los gastos de 2 hijos en común en edad escolar y que como la defensa no aportó prueba alguna en orden a acreditar el pago de los gastos de manutención de esos 2 hijos en común en edad escolar que existían entre la víctima y el acusado a partir de la fecha de ocurrencia de los hechos, concluye el recurrente que los \$ 600.000.- depositados por el acusado tenía en realidad por finalidad cumplir únicamente con esa obligación legal de concurrir a los gastos de manutención de estos 2 hijos en común y no con una verdadera reparación. Finaliza su argumentación en esta parte de su recurso diciendo que “En este caso, no es posible llegar por vía de la razón y la lógica, a dar por acreditada los hechos y circunstancias en la forma sentada en el fallo”

Noveno: Que en relación con lo anterior la sentencia del Tribunal *a quo* cumple con los parámetros de fundamentación que el legislador ha impuesto señalando expresamente las razones por las cuales acoge la minorante en cuestión, que son, miradas desde otro lado, las mismas por las cuales se desechan las alegaciones del ente persecutor, de tal manera que es no es dable tener por configurado el yerro denunciado pues se señalan los hechos y circunstancias que se dieron por probados –depósito de dinero por parte del encausado y

destino de ellos por la ofendida— y de la valoración de los medios de prueba —documental y testimonial— que permitieron al tribunal arribar a la conclusión cuestionada por el reclamante.

Décimo: Que, por tanto, conforme a lo reflexionado en los considerandos precedentes, no es posible concluir que en la sentencia recurrida se hayan dado los presupuestos para configurar las causales de nulidad contempladas en los artículos 374 letra e) en relación con el artículo 342 letra c) del Código Procesal Penal. En efecto, se ha de tener presente en torno a los hechos establecidos relacionados con las atenuantes estudiadas, que el fallo contiene una exposición clara, lógica y completa de cada uno de los hechos que se dan por probados, valorándose la prueba con libertad, pero sin contradecir los principios de la lógica, las máximas de experiencia y los conocimientos científicamente afianzados. Los jueces, se hacen cargo de toda la prueba producida, fundando la valoración que efectúan, de manera tal que permite la reproducción del razonamiento utilizado para alcanzar las conclusiones allí logradas.

Análisis de la Causal del artículo 373 letra b) del Código Procesal Penal, que hace procedente la declaración de nulidad del juicio oral y de la sentencia, cuando en el pronunciamiento de la sentencia, se hubiere hecho una errónea aplicación del derecho que hubiere influido sustancialmente en lo dispositivo del fallo.

Décimo primero: Que, ahora en relación a la causal de impugnación interpuesta en forma subsidiaria co-

rresponde precisar que para que sea procedente la declaración de nulidad por esta causal de invalidación es necesario que en el pronunciamiento de la sentencia, se hubiere hecho una errónea aplicación del derecho y que esta haya influido sustancialmente en lo dispositivo del fallo, por lo que corresponde, en la especie, determinar si el tribunal del juicio ha incurrido en la citada causal de invalidación atendidos los antecedentes que invoca el recurrente.

Debe tenerse presente para lo anterior que se está frente a esta infracción “*in iudicando*” cuando hay una “aplicación de la ley a una situación en la que no correspondía aplicarla, la falta de aplicación de la ley a una situación en que debía ser aplicada y la errónea aplicación o interpretación de la ley (Cortez M., Gonzalo, El Recurso de Nulidad, doctrina y jurisprudencia, Lexis Nexis, Segunda edición, 2006, p. 170).

Por último, es necesario dejar establecido que este motivo de nulidad supone la aceptación de los hechos establecidos en la sentencia, los que no se cuestionan, sino que se asumen y solo es la calificación jurídica de ellos la que se denuncia como errónea, equívoco que, además, debe tener influencia sustancial en lo dispositivo del fallo para obtener la invalidación buscada.

Décimo segundo: Que el recurrente señala que en el evento de rechazar la causal contemplada en el artículo 374 letra e) del Código Procesal Penal deducida como principal y, partiendo del supuesto que no afecta a la sentencia el referido vicio de nulidad, a su juicio, la sentencia recurrida incurre en una

errónea aplicación del derecho que ha influido sustancialmente en lo dispositivo del fallo. Señala el recurrente que la influencia sustancial en lo dispositivo del fallo resulta manifiesta desde que el acusado fue condenado a una pena inferior a la que legalmente correspondía, al habersele reconocido dos circunstancias atenuantes de responsabilidad penal, contempladas en el artículo 11 N° 5 y artículo 11 N° 7 del Código Penal que no resultaban procedentes. En virtud del reconocimiento de tales circunstancias atenuantes, además de la del artículo 11 N° 6 del Código Penal que fue reconocida por el Ministerio Público, el Tribunal ha rebajado la pena asignada al delito en abstracto desde el presidio mayor en su grado medio, atendido su carácter de frustrado, hasta el presidio menor en su grado máximo, imponiéndole al acusado una pena en concreto de 5 años de presidio menor en su grado máximo, concediéndosele asimismo la pena substitutiva de libertad vigilada intensiva por igual término.

Décimo tercero: Que para el caso que nos convoca, añade el recurrente, que no se configuran los presupuestos de la circunstancia atenuante del artículo 11 N° 5 del Código Penal, porque en primer término, aun en el evento de estimar que sí existió una develación de infidelidad no puede estimarse como un estímulo poderoso que “naturalmente” provoque arrebatos u obcecación. En segundo término, no existió prontitud, ausencia de dilación entre el supuesto estímulo (infidelidad o supuesta infidelidad de la víctima) ya que conforme al relato de víctima e imputado, desde

hacían varios días que el imputado había preguntado a la víctima si le era infiel y luego de la llamada de teléfono del supuesto amante de la víctima, el acusado señala que todo quedó tranquilo, hasta que agrede a la víctima cuando llegó Carabineros, 20 minutos más tarde del llamado telefónico. En tercer término, continúa el recurrente, no actuó motivado por un trastorno profundo y poderoso en el ánimo que le impidiera el control y voluntad de sus propios actos, como lo exige la norma. En efecto no se rindió prueba pericial alguna que permitiera acreditar aquello y solo esta conclusión del tribunal surge de los dichos del propio acusado. En cuarto lugar dice el Fiscal, que no existió proporcionalidad entre el estímulo y el brutal ataque a la víctima y finalmente señala que la respuesta al estímulo en este caso evidentemente es repudiable desde la perspectiva de un observador imparcial dentro de un marco normal de convivencia.

Décimo cuarto: Que es necesario recurrir a las palabras que la doctrina nacional ha producido en relación con los elementos que permiten configurar la atenuante del 11 N° 5 del Código penal. Para Cury (Derecho Penal Parte General, pp. 486 y ss.), “El arrebato se entiende como una perturbación intensa en la capacidad de autocontrol de la persona. La obcecación, en cambio supone una alteración de las facultades intelectuales (razonadoras) que impiden una adecuada dirección de la conducta conforme a sentido”. Lo que importa, según el profesor Cury es que “en ambos casos, la posibilidad del autor para auto-

determinarse con arreglo a los mandatos y prohibiciones del derecho se encuentra mermada”. En cuanto al estímulo que provoca este arrebató u obcecación puede ser de cualquier índole, “todo lo que requiere la ley es que este estímulo sea lo bastante poderoso como para causar ‘naturalmente’ —esto es en el hombre medio— un estado de arrebató a obcecación” y agrega el autor: “Y es evidente que existen motivaciones éticamente reprochables (...) a las que, sin embargo, a causa de la fragilidad humana, es preciso reconocer una capacidad para originar perturbaciones emocionales intensas en la generalidad de los hombres”. En cuanto al tiempo que media entre el estímulo y la comisión del delito, Cury señala que “La ley no exige que entre el estímulo y la ejecución del delito medie un determinado espacio de tiempo (En el mismo sentido, Matus, 2002, Texto y Comentario al Código Penal Chileno, p. 176; Etcheverry, 2004, Derecho Penal Parte General, p. 21; Garrido, 1997, Derecho Penal Parte General, Tomo I, p. 188; Labatut, 1990, Derecho Penal Tomo I, p. 213). “Solo importa que el Estado de arrebató a obcecación perdure al momento de perpetrarse el hecho punible. Usualmente, por cierto, este tipo de alteraciones son de carácter pasajero, pero existen situaciones excepcionales en las cuales perduran por un lapso prolongado o reaparecen excitadas por circunstancias que rememoran su origen”, lo que según la doctrina citada, no obsta a la apreciación de la atenuante.

Ahora bien, es el juez quien aprecia lo poderoso del estímulo tal como la determinación de si dicho estímulo,

naturalmente, produciría en el hombre medio el arrebató u obcecación. Matus (año 2002 *op. cit.*, p. 176) destaca, sumándose a Etcheverry que la “expresión ‘naturalmente’ no tiene otro sentido que su relación con el hombre medio y no contiene una apreciación normativa acerca de lo justificado o lícito de los estímulos (SCS 14.09.1951, RDJXLVII: 218)”.

Décimo quinto: Que contrastados los hechos de que da cuenta el fallo recurrido, inamovibles para esta Corte, con los elementos que configuran la atenuante que pretende desvirtuar el recurrente, este Tribunal de Alzada debe reconocer que la subsunción que hacen los jueces del juicio en la sentencia recurrida de los hechos al derecho vigente en nuestro país es correcta y se condice con nuestra legislación, doctrina y jurisprudencia, lo que se ve refrendado por la doctrina conteste y jurisprudencia uniforme citada en el considerando precedente, de tal manera que no hay reproche que formular en este acápite, debiendo precisarse que los elementos fácticos de esta atenuante no forman parte del tipo penal en cuestión como tampoco que se encuentre proscrita de esta figura delictiva toda vez que cuando el legislador ha querido hacerlo lo ha dicho expresamente (por ejemplo, artículo 20 de la ley N° 20.000, 197 ley N° 18.290 y 450 bis del Código Penal).

Décimo sexto: Que en cuanto a la errónea aplicación de la circunstancia atenuante minorante del artículo 11 N° 7 del Código Penal, es decir, procurar reparar con celo el mal causado o impedir sus ulteriores perniciosas

consecuencias, el recurrente indica que tampoco concurren los presupuestos fácticos para efectos de tener por configurada la circunstancia minorante. Alega que la atenuante exige para su aplicabilidad, que exista reparación y que ésta sea hecha con celo, esto es diligentemente, con un interés extremado y activo para lograr la finalidad de reparar el mal, como lo entiende nuestro léxico.

Señala el recurrente que en este caso nos encontramos en presencia del más grave delito que contempla el ordenamiento jurídico, en que se afectó seriamente la integridad física de una mujer, siendo su victimario, su cónyuge, quien con extremada violencia le ocasionó heridas múltiples, profundas y visibles en región facial, cuello, hombro, tórax, mamas, fractura de cráneo y razonablemente no es posible estimar que ese mal se haya reparado con una suma de dinero. Por otra parte el celo, el interés extremado y activo para lograr la finalidad de reparar el mal, no se vislumbra en un solo comprobante de depósito judicial del acusado por la suma total de \$ 600.000.- Estima el recurrente que esta acción del acusado no constituye reparación, ni mucho menos celosa como lo exige la norma, máxime si consideramos que la procedencia real del dinero no se explica en el fallo como se acreditó y que cuál fue la finalidad del depósito. La defensa que, es quien debe probar los presupuestos fácticos de la atenuante esgrimida, no acreditó procedencia ni finalidad del dinero depositado. De esta forma considerando el concreto mal causado a la

víctima (lesiones graves y, por supuesto, de carácter homicida, consistentes en fractura de cráneo y múltiples heridas por arma blanca en diversas partes del cuerpo), las facultades económicas del hechor (quien señaló en juicio oral que siempre trabajó y que por ese y otros factores de su historia de vida, “le gana a la vida”) y su situación procesal (en prisión preventiva desde la ocurrencia de los hechos hasta el pido oral) consideramos que sencillamente no debiese haberse tenido por configurar dicha atenuante.

Décimo séptimo: Que cabe traer a colación lo señalado por la doctrina nacional respecto de esta minorante de responsabilidad criminal (J. P Matus, Texto y Comentario del Código Penal Chileno, 2002, pp. 181-182), la que ha dicho que “Aunque la ley no explícita la forma de la reparaciones es costumbre que esta se realice por medio de consignaciones ante el tribunal de la causa, existiendo un par de casos en que por faltar este medio, la Corte Suprema no ha acogido la atenuante, a pesar de presentarse avenimientos entre las partes o declaraciones juradas de la víctima (SCS 29.01.1990, FM 374:903 y SCS 28.08.1997, FM 465:1351)” y en cuanto al elemento ‘reparar con celo\ agrega el autor: “la reparación debe ser ‘celosa’ en un sentido ‘objetivo, atendiendo al concreto mal causado, las facultades del autor del delito y su situación procesal (SC Santiago 3.04.1996, GJ 190:110), de acuerdo a la apreciación que de ella haga el tribunal de instancia. No se exige un arrepentimiento” moral, sino una manifestación material objetivamente

constatable a favor de la víctima del delito (SC San Miguel 8.10.1986, GJ 79:107). Ni los motivos mezquinos de la reparación (como obtener la atenuación de la pena) ni su realización a instancias del abogado defensor o de terceros excluyen la atenuante, si objetivamente se ha procurado la reparación y se lo ha hecho voluntariamente (Garrido I, 194). Tampoco se exige la reparación completa, sino el intento objetivo de alcanzarla, o dicho en otras palabras, basta con que en el proceso aparezca en forma inequívoca que el reo ha procurado reparar o impedir las consecuencias de su actuar, sin que sea determinante el logro de ese propósito (SC Pedro Aguirre Cerda 26.10.1998, GJ 101:64), agrega el autor que, “La realización objetiva del intento de reparación se demuestra no solo en la cuantía de la reparación, conforme los criterios ya señalados, sino también en la oportunidad en que se realiza. Así nuestra jurisprudencia ha declarado que la reparación “debe manifestarse de un modo cierto, efectivo, inmediato y oportuno en la ejecución de actos concretos tendientes a eliminar o atenuar los resultados del delito (SCS 24.01.1991, RDJ LXXXVIIIF9J”. Por su parte Garrido Montt (Derecho Penal Parte General, Tomo I, Edit. Jurídica de Chile, 2003, p. 194) ha dicho sobre la oportunidad de la reparación: “La reparación se puede hacer en cualquier momento antes de la dictación de la sentencia condenatoria de término; no requiere ser inmediata a la comisión del hecho”.

Décimo octavo: Que las alegaciones hechas por el recurrente en cuanto a la errónea aplicación de la atenuante del 11,

Nº 7 del Código penal, por no concurrir los presupuestos fácticos, estimamos se ven desvirtuadas por lo señalado en el considerando anterior al recoger lo que la doctrina chilena, apoyada en la jurisprudencia nacional, ha entendido que deben ser los elementos que configuran esta atenuante de responsabilidad y que contrastados dichos elementos con lo descrito por el Tribunal a quo en su sentencia no se ve el vicio alegado por el Ministerio Público, pues se verifica una adecuada aplicación del derecho, acorde a la legislación, doctrina y jurisprudencia de este país, a los hechos acreditados en la sentencia, debiendo destacarse que esta atenuante no se encuentra prohibida respecto de este delito como tampoco tiene requisitos especiales para su procedencia y, menos, aquellos reclamados por el órgano persecutor en su libelo recursivo.

Décimo noveno: Que, por tanto, según lo que resuelto por el Tribunal penal en la instancia respectiva, no ha habido por parte de éste una errónea aplicación del derecho referido a las circunstancias atenuantes contempladas en el artículo 11, N°s. 5 y 7 del Código Penal, por lo que no se configura la causal de nulidad del artículo 373 letra b) del Código Procesal Penal invocada subsidiariamente.

Por estas consideraciones y visto, además, lo dispuesto en los artículos 342, 372, 373, 374 y 384 del Código Procesal Penal y artículo 11, N°s. 5 y 7 del Código Penal, *se rechaza* sin costas el recurso de nulidad interpuesto por el Ministerio Público en contra de la sentencia definitiva de cinco de abril de 2016, dictada por el Tribunal

de Juicio Oral en lo Penal de Ovalle en causa R.I.T. N° 29-2016, R.U.C. N° 1500715630-5, de dicho Tribunal, declarándose que dicha sentencia, no es nula, como tampoco lo es el juicio que le sirvió de antecedente.

Notifíquese, regístrese y devuélvase.

Redacción de la Abogado Integrante señora Elvira Badilla Poblete

Rol N° 159-2016-REF

Pronunciado por la Segunda Sala de la Ilma. Corte de Apelaciones de La Serena, integrada por los Ministros Titulares señor Juan Pedro Shertzer Díaz, señor Christian Le-Cerf Raby

y la abogada integrante señora Elvira Badilla Poblete. No firma el Ministro señor Le-Cerf, no obstante haber concurrido a la vista y acuerdo de la causa, por encontrarse ausente.

Soledad Sepúlveda Fonck Secretaria (S).

Juan Pedro Shertzer Díaz Ministro.

En La Serena, treinta y uno de mayo de dos mil dieciséis, notifiqué por el estado diario la resolución que antecede.

Elvira Isabel Badilla Poblete, Abogado Integrante.

Soledad Sepúlveda Fonck Secretaría (S).