

### III. Corte de Apelaciones

#### I. 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, Sr. Christian Le-Cerf Raby y Abogada Integrante Sra. Elvira Badila Poblete*

##### 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 en 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– 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... Sólo 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 explicita la forma de las 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°. 5 y 7, 390 del Código Penal; 5° de la Ley N° 20.066.

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 éstos 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 éste 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 de-

recho estricto lo que implica que no sólo 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 aquélla influye sustancialmente en lo dispositivo del fallo o, en su caso, el señalamiento claro y preciso de las circunstancias que configuran 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 consignaran 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 de Carabineros 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, proce-

dió 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 cortopunzantes 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 au-

diencia, 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, éstos 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 continuación: “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 Hieckes. 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 alegada 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 en 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 ulteriores 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 prorrateando 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.

*Undécimo:* Que, ahora en relación a la causal de impugnación interpuesta en forma subsidiaria corresponde 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 ésta 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 apli-

cación o interpretación de la ley (Cortez M., Gonzalo, El Recurso de Nulidad, doctrina y jurisprudencia, LexisNexis, 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 sólo 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.

*Duodécimo:* 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 sustitutiva de libertad vigilada intensiva por igual término.

*Decimotercero:* 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 el relato de víctima e imputado, desde hacía 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 sólo 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.

*Decimocuarto:* 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 arrebatos 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 autodeterminarse con arreglo a los mandatos y prohibiciones del derecho se encuentra mermada”. En cuanto al estímulo que provoca este arrebatos 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 arrebatos a obcecación” y agrega el autor “Y 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, 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; Etcheberry, 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). “Sólo 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 (2002, op. cit., p. 176) destaca, sumándose a Etcheberry 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)”.

*Decimoquinto:* 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, artículos 20 de la ley N° 20.000, 197 ley N° 18.290 y 450 bis del Código Penal).

*Decimosexto:* 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 cómo se acreditó y 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 ganó a la vida”) y su situación procesal (en prisión preventiva desde la ocurrencia de los hechos hasta el pido (sic) oral) consideramos que sencillamente no debiese haberse tenido por configurada dicha atenuante.

*Decimoséptimo:* 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 explicita la forma de las 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 sólo 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”.

*Decimotavo:* Que las alegaciones hechas por el recurrente en cuanto a la errónea aplicación de la atenuante del 11, N° 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.

*Decimonoveno:* 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 RIT N°: 29-2016, RUC 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.

Pronunciado por la Segunda Sala de la Illtma. 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.

Rol N° 159-2016.

## LA CUESTIONABLE CONCURRENCIA DE LA ATENUANTE DEL ARTÍCULO 11 N° 5 DEL CÓDIGO PENAL EN EL DELITO DE FEMICIDIO

DANIEL LEMA ALBORNOZ  
*Universidad de Chile*

El fallo a comentar es, sin duda alguna, uno de los más relevantes del año 2016 en materia de femicidio. Su importancia está dada por el contenido jurídico de la decisión adoptada por la I. Corte de Apelaciones de La Serena con fecha 31 de mayo de 2016, y no por la extravagancia o brutalidad de los hechos propios del caso. De esta manera, la mencionada Corte rechazó la nulidad interpuesta por el Ministerio Público, confirmando el fallo del Tribunal Oral en lo Penal de Ovalle. Así, el acusado fue condenado a una pena de cinco años de presidio menor en su grado máximo, en calidad de autor del delito de femicidio frustrado, reconociendo el Tribunal la concurrencia de las atenuantes contempladas en los numerales 5, 6 y 7 del Código Penal. En atención a la pena señalada, al condenado le fue concedida la pena sustitutiva de libertad vigilada intensiva.

De todo el análisis vertido por la Corte señalada, reviste especial interés la aplicación que otorga a la atenuante del artículo 11 N° 5 CP en el contexto del delito de femicidio. En concreto, y al tenor del numeral señalado del artículo 11 CP, la Corte consideró que el estímulo poderoso que produjo arrebató y obcecación en el acusado consistió en la develación de infidelidad por parte de su pareja (la víctima en estos hechos).

En primer lugar, para que el comentario tenga sentido, debe abordarse desde la necesidad que existió –y que, a mi entender, persiste con fuerza– en crear esta figura de femicidio independiente del parricidio, sin que concurren diferencias en el régimen de penas aplicable entre uno y otro delito. La necesidad radica en poner de manifiesto la importancia de los homicidios perpetrados en contra de la mujer por hombres, en el contexto de pareja. Así, la diferenciación se traduce en un valor simbólico que permite revestir de importancia propia a un tema que se había invisibilizado al ser incluido en otras categorías. Por otra parte, se puede recurrir a la propuesta reciente de Juan Pablo Mañalich, sobre la misma sentencia, entendiendo el delito de femicidio como un tipo de homicidio por odio<sup>1</sup>. Independiente de cuál sea la necesidad o fundamento, la inclusión del tipo penal en comento tiene eminentemente un profundo valor simbólico.

---

<sup>1</sup> MAÑALICH RIFFO, Juan Pablo, ¿Arrebató y obcecación pasionalmente condicionados como atenuante por un femicidio frustrado?, en *Revista de Estudios de la Justicia* N° 25 (2016), pp. 247-258.

Cada nueva condena por femicidio suma al objetivo con el cual fue creado, generando conciencia sobre la violencia de género y otros fines socializadores que van más allá de la condena que se le pueda imponer a la persona del acusado. Y es en este punto donde la sentencia analizada falla. Así, la función simbólica del femicidio en este caso cede y se desvanece ante la aplicación de la atenuante del comentado N° 5 del artículo 11 CP. Esto ocurre porque el desarrollo de la aplicación de la atenuante no ha sido contextualizada, sino al contrario, alienada del resto de sentencia.

A mi entender, esto ocurre por la poca renovación interpretativa que se hizo de los requisitos legales y doctrinarios exigidos por la atenuante del artículo 11 N° 5 CP. En efecto, el considerando decimocuarto no hace más que referir a lo que la doctrina de Cury señala al respecto, sin desarrollar el trabajo exegético aplicado al caso en concreto.

En lo particular, se ha incurrido en un error respecto a la determinación de la aptitud natural del estímulo para producir arrebato y obcecación. De esta manera, desde el momento en que se incluyó la figura de femicidio, y en adelante, debería entenderse que la expresión *naturalmente* será interpretada en conformidad a criterios de percepción social acordes a esa misma *naturalidad*. Así, el *hombre medio* al cual se hace referencia en el fallo como criterio de *naturalidad*, difícilmente podría haber producido arrebato y obcecación en el acusado por el conocimiento de que su pareja le era infiel.

En otras palabras, si a la sociedad le parece esencialmente relevante de un momento a otro perseguir penalmente este tipo de conducta de una manera distintiva, esa percepción es la que pasa a entenderse como *natural*, formando parte del acervo que comprende la noción de *hombre medio* utilizada. En definitiva, estimo que en este caso la concurrencia de la atenuante del artículo 11 N° 5 CP es a lo menos cuestionable, convirtiéndose en una expresión del muy arraigado sentimiento de que de la violencia en contra de la mujer se encuentra mínimamente justificada. No quiero caer en caricaturas respecto de los sentenciadores, sino en señalar que de una u otra forma, parcialmente, subsiste la noción de que la mujer tuvo alguna incidencia en el estado de alteración mental en que el acusado estuvo cuando la atacó. Así, se invisibiliza el femicidio.

Estrictamente relacionado a estas consideraciones se encuentra el hecho innegable que uno de los tópicos que gozó de mayor publicidad social durante el año 2016 correspondió al rechazo a nivel latinoamericano de la violencia de género en contra de la mujer, tendencia que se vio representada por el eslogan *ni una menos*.

Finalmente, cabe mencionar los sentenciadores se limitaron a verificar el cumplimiento de los requisitos legales de la atenuante sin una reflexión profunda de la aplicación al caso concreto. Obviaron cómo esta falta de análisis podría repercutir

en la sociabilización de la sentencia. Por esto es que al estudiar el fallo queda la sensación de que tanto la decisión adoptada por la Corte de La Serena, como su fundamentación, son de difícil sociabilización. El disenso no sólo se ha hecho eco en lo que se podría referenciar como *comunidad jurídica*, sino que en la generalidad de la sociedad.