

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

Sudden heat of passion as mitigation ground for an attempted femicide?

*Dr. Juan Pablo Mañalich R.**

Resumen: El artículo ofrece una reconstrucción crítica de una reciente decisión judicial que validó el reconocimiento de la atenuante de arrebató y obcecación a favor de un hombre condenado como autor un femicidio frustrado en la persona de su cónyuge. Tras reseñar una reinterpretación del femicidio como un delito de sometimiento, el trabajo indaga en la significación que la noción de una provocación del crimen por parte de la víctima adquiere desde una perspectiva críticamente orientada hacia la variable de género. El artículo se cierra con una demostración de la importancia de que, ante casos como el aquí considerado, el análisis del derecho aplicable no quede unidimensionalmente anclado a esa misma perspectiva de género.

Palabras clave: femicidio, arrebató y obcecación, sometimiento, provocación

Abstract: The paper offers a critical reconstruction of a recent judicial decision which validated the acknowledgment of ‘sudden heat of passion’ as mitigation ground in favor of a male offender convicted of a (‘last act’ attempted) femicide perpetrated on his wife. After sketching a reinterpretation of femicide as a ‘subjugation offence’, the paper explores the significance that the notion of a provocation by the crime’s victim acquires from a perspective that critically addresses the gender factor here involved. The last section of the paper displays an argument which shows the importance of avoiding, in cases like the one under discussion, the tendency to restrict the analysis to the features of the applicable rules and standards that are gender sensitive.

Key words: femicide, sudden heat of passion, subjugation, provocation

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

* Doctor en Derecho de la Universidad de Bonn Alemania, profesor titular del Departamento de Ciencias Penales de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile; correo electrónico: jpmanalich@derecho.uchile.cl.

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 arrebato 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 arrebató 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 arrebató 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 arrebató o bien por una obcecación condicionado por el o los estímulos en cuestión. Esta 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 arrebató y la obcecación son alteraciones anímicas muy diversas, que raramente irán juntas” (Novoa, 2005: 27). 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 arrebató 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” (Novoa, 2005: 26), 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 arrebató— 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 perpetración del hecho que en ello sea adecuadamente reconocible una base de atenuación de su responsabilidad.¹

¹ 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 (2005: 1718 y 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, Garvey (2005: 1718 y ss.).

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 arrebato 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, al menos si se sigue consistentemente el parecer de Cury, debería quedar sin más comprendida por la atenuante genérica de “eximente incompleta”, establecida en el art. 11 N° 1. Para advertir esto, basta con reparar en que Cury reconoce que el así llamado “paroxismo emocional o pasional” puede llegar a configurar una situación de privación total de razón, en el sentido del art. 10 N° 1, justamente en atención a que habría “situaciones extremas en las cuales esos sentimientos, actuando sobre una personalidad determinada (por ejemplo, con una base patológica o con una sensibilidad exasperada), provocan en el sujeto una auténtica incapacidad para comprender lo injusto de su actuar o autodeterminarse conforme a esa comprensión” (Cury, 2005: 428), en circunstancias de que él mismo caracteriza la *ratio* subyacente al reconocimiento de eficacia atenuante a la así llamada “imputabilidad disminuida” como consistente en la generación de “situación de *exigibilidad disminuida* por la anormalidad de las circunstancias personales concomitantes” (Cury, 2005: 420). Luego, y aun cuando validando el punto de vista más tradicional, según el cual, para que pueda hacerse operativa la atenuante por eximente incompleta, sería necesario que se vea satisfecho el “requisito básico o esencial” que condiciona la aplicabilidad de la respectiva eximente (Cury, 2005: 477 y s.), es claro que Cury asume que la combinación de una “situación extrema” y una condición de “sensibilidad exasperada” puede bastar para que se configure, en lo que aquí interesa, semejante requisito esencial.

Lo anterior se ve confirmado por el fundamento general de la atenuante del N° 1 del art. 11 asimismo esgrimido por Cury, el cual consistiría en que “[c]uando se dan sólo algunos de los presupuestos de las eximentes [...] subsiste, sin embargo, en la mayor parte de los casos, una situación anómala que deteriora

la capacidad de autodeterminación del individuo, reduciendo la posibilidad de exigirle que se comporte con arreglo al mandato o la prohibición respectiva” (Cury, 2005: 476). Y la similitud, así obtenida, entre el fundamento de una atenuación por imputabilidad disminuida y el de una atenuación por arrebató y obcecación es explícitamente proclamada por Cury, cuando éste observa que, no obstante la dificultad –impuesta por el tenor literal de la disposición– de sujetar la aplicabilidad de la atenuante del N° 5 del art. 11 a una “apreciación más individualizadora”, el problema se encontraría “paliado hasta cierto punto mediante el reconocimiento de una aptitud atenuatoria a la *imputabilidad disminuida*” (Cury, 2005: 487).

Luego, y a partir de la constatación de la insuficiencia de la interpretación favorecida por Cury, 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.

2. Femicidio, odio 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. 2° 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”,² toda vez que la decisión legislativa chilena circunscribe la extensión del concepto a contextos propios de la vida íntima (Corn, 2014: 126), 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. 1° del mismo artículo, que determinan su relevancia típica a título de parricidio.

² Véase Laurenzo (2012: 119 y ss.), quien ofrece un panorama sobre la genealogía del concepto, diferenciado del de “feminicidio”; coincidentemente Corn (2014: 105).

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 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 mediere violencia de género” (Corn, 2014: 120 y ss.). 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 femicidio (Corn, 2014: 128 y ss.).

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”,³ categoría (más bien criminológica) cuyo común denominador estaría constituido por una pretensión de sometimiento manifestada a través de la perpetración del hecho (Peralta, 2013: 10). 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” (Peralta, 2013: 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” (Peralta, 2013: 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

³ Véase sin embargo Laurenzo (2012: 120 y 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 *bate crimes*.

y capacidad de decisión”. Censura, a través de su hecho, entonces, la autonomía de la mujer frente al hombre (Peralta, 2013: 13).

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” (Peralta, 2013: 14). 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 femicidio como homicidio de la mujer ‘por el hecho de ser mujer’” (Corn, 2014: 127), 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 título.⁴

3. ¿La atenuación por arrebató 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

⁴ 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&ci=67> [consultado con fecha 08.08.2016].

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 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” (Novoa: 2005: 29). 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 arrebato 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 arrebato 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”.⁵ 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 fueron 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” (Horder, 1992: 39 y ss.). La demostración, también ofrecida por Horder, del anclaje de la “doctrina de la provocación” en una determinada concepción del honor, que reconocería como virtuosa la reacción iracunda ante algún agravio padecido por el correspondiente “hombre de honor” (Horder, 1992: 43 y ss.), resulta tanto más elocuente en lo que aquí interesa, si se repara en cómo una concepción semejante parecía subyacer a la

⁵ Véase en detalle Horder (1992: 156 y ss.).

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 infraganti 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”.⁶

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*” (Horder, 1992: 192). 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” (Horder, 1992: 192). 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” (Horder, 1992: 193).

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” (Horder, 1992: 194). De ahí que Horder abogue enfáticamente 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” (Horder, 1992: 194).

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

⁶ Al respecto, véase el ponderado análisis que de esa disposición hiciera Drapkin (1938: 406 y ss.), quien *de lege lata* favorecía la reconstrucción de la eximente en el sentido de una (“mera”) excusa absolutoria, sobre la base de una persuasiva refutación de su comprensión como una causa de justificación, a la vez que *de lege ferenda* abogaba por su irrestricta supresión.

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 arrebato 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 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, precisamente porque la condena por un hecho punible de determinada especie en grado de *frustrado* no puede resultar expresiva de un reproche referido a la producción del resultado cuyo condicionamiento es definitorio del *injusto objetivo* de alguna otra especie de hecho punible constitutivo, a su vez, de un delito de lesión (*lato sensu*) para el correspondiente bien jurídico, con independencia de cuál sea la conexión sistemática en que se encuentren la tipificación de una y otra especie de hecho punible.⁷ De ahí que

⁷ Nótese que con ello *no* se está diciendo que la postulación de un concurso ideal también tuviera que ser, necesariamente, la solución correcta para un caso en que concurrieran un femicidio *consumado* y una lesión corporal asimismo *consumado*. Pues en tal caso se plantearía la pregunta de si el injusto objetivo de la lesión corporal pueda entenderse “consumido” en el injusto objetivo del

haya que negar toda plausibilidad a la postulación de un concurso aparente que en efecto pudiera haber dado lugar a una preterición del delito de lesión corporal como título de condena concurrente con el de femicidio frustrado.⁸

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 femicidio (Corn, 2014: 127 y s.), 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.

femicidio, en cuanto sub-variante calificada de un delito de homicidio; para una respuesta negativa a esta última pregunta, construida a través de una revisión crítica de la pretendida sustentación de la tesis opuesta por parte de la doctrina más tradicional, véase Prams (2010: 463 y ss.). En lo que aquí interesa, empero, basta con advertir que se trata de dos preguntas *categorialmente distintas*.

⁸ En detalle acerca de la función de la categoría del concurso aparente, Mañalich (2016: 505 y ss.; 509 y ss.), con referencias ulteriores.

BIBLIOGRAFÍA

- ❖ CORN, EMANUELE (2014). “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: 103-136.
- ❖ CURY, ENRIQUE (2005). *Derecho Penal Parte General*, 8ª ed. Santiago: Ediciones Universidad Católica de Chile.
- ❖ DRAPKIN, ABRAHAM (1938). “Uxoricidio por adulterio”, *Revista de Ciencias Penales*, tomo IV, N° 22: 406-415.
- ❖ GARVEY, STEPHEN (2005). “Passion’s puzzle”, *Iowa Law Review*, 90: 1677-1745.
- ❖ HORDER, JEREMY (1992). *Provocation and Responsibility*. Oxford: Clarendon Press.
- ❖ LAURENZO, Patricia (2012). “Apuntes sobre el feminicidio”, *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 3ª época, N° 8: 119-143.
- ❖ MAÑALICH, JUAN PABLO (2016). “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*. Santiago: La Ley/Legal Publishing.
- ❖ NOVOA, EDUARDO (2005). *Curso de Derecho Penal Chileno*, t. II., 3ª ed. Santiago: Ed. Jurídica de Chile.
- ❖ PERALTA, JOSÉ MILTON (2013). “Homicidios por odio como delitos de sometimiento”, *InDret*, 4/2013, disponible en: <http://www.indret.com/pdf/1005.pdf>.
- ❖ PRAMBS, CLAUDIO (2010). “¿Es posible sancionar las lesiones y el homicidio en concurso ideal?”, *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, XXXIV: 459-474.