Boletín N° 11.527-07

Proyecto de ley, iniciado en moción de los Honorables Senadores señores Guillier, Bianchi, Horvath y Ossandón, para modificar el Código Penal a fin de evitar que la infidelidad o los celos configuren la atenuante del N°5 del artículo 11, en los delitos de parricidio, femicidio y lesiones.

I.- ANTECEDENTES.

1.- La perspectiva de género en las construcciones sociales es un imperativo en el siglo XXI. Lamentablemente, Chile no posee legislación integral en dicha perspectiva, siendo la ley N°20.066 (sobre violencia intrafamiliar) el primer paso en esa dirección, ya que contribuyó a la visualización, desde el campo jurídico, del predominio de la violencia de género arraigada en el interior de la familia.

2.- La norma punitiva que mejor recoge esta orientación de género es la prevista en el artículo 390 del Código Penal, que regula el delito de parricidio, pero que, por modificación de la ley N°20.480, en su inciso final señala: "si la víctima del delito descrito en el inciso precedente es o ha sido la cónyuge o la conviviente de su autor el delito tendrá el nombre de femicidio"

3.- Esta norma tiene un fuerte y eminente contenido simbólico, toda vez que no establece ninguna alteración en la pena del delito, sino que se limita a cambiar el nombre de parricidio a femicidio cuando la víctima es la cónyuge o la conviviente del autor.

4.- Dicha disposición materializó en Chile el anhelo de diversas agrupaciones de mujeres víctimas de violencia de género, sin embargo ha generado efectos puramente simbólicos.

5.- Durante el año 2016 en Chile, la discusión se centró en la posibilidad de la aceptación de la atenuante emocional derivada de los celos por una infidelidad en la comisión de un delito de Femicidio.

El debate público se focalizó en un caso ocurrido en la ciudad de Ovalle, el día 5 de abril de 2016, el tribunal oral en lo penal de la referida ciudad, en causa RIT 29-2016, condenó por un delito de femicidio frustrado, reconociendo en esa sentencia la atenuante contemplada en el artículo 11 N° 5 del código penal, esto es, "obrar por estímulos tan poderosos que naturalmente hayan producido arrebato y obcecación", la que unida a otras atenuantes permitió una considerable rebaja de pena, que fue determinada sólo en cinco años, otorgándosele al condenado una pena sustitutiva para el cumplimiento de la misma en libertad.

6.- La opinión pública nacional, más allá de la pena y de su forma de cumplimiento, centró su atención en el fundamento considerado por el tribunal para configurar la atenuante antes mencionada, ya que esta se basó en el hecho de que "en el momento previo a la agresión se había develado la infidelidad de su cónyuge". De esta manera, la prensa escrita y la televisión inmediatamente abordaron la controversia

preguntándose si la infidelidad de la víctima podía ser atenuante en un delito de femicidio.

7.- La atenuante emocional ha sido interpretada de una manera inequívoca por parte de la doctrina y jurisprudencia nacional, pero al momento de enfrentarla a un tipo penal como el femicidio, se advierte la necesidad de entregar un giro hermenéutico que reconozca que el cambio que hizo el legislador en el artículo 390 del código penal no fue meramente simbólico, sino que introdujo la aproximación de género en las normas penales.

8.- De igual manera sucede con las lesiones, contempladas en los artículos 397, 398, y 399 del Código Penal, y lamentablemente de una manera mucho más usual y recurrente. Según la Subsecretaría de la Prevención del Delito, durante el año 2016 se registraron 93.545 denuncias de violencia intrafamiliar. De estos, 72.172 fueron denuncias hechas por mujeres.

Así también, según datos del Ministerio Público entregados en 2016, de los 140.022 casos ingresados por denuncias de violencia intrafamiliar en 2015, un 46,7% al delito de lesiones, 38,8% corresponde a amenazas y un 9,3% al delito de maltrato habitual.

II.- CONSIDERACIONES JURÍDICAS.

1.- La atenuante emocional se encuentra en el artículo 11 N° 5 del código penal que señala: "Son circunstancias atenuantes: 5a. La de obrar por estímulos tan poderosos que naturalmente hayan producido arrebato y obcecación".

2.- La dogmática nacional ha identificado este numeral como una atenuante emocional, que en la caracterización de Cury: "es la única que descansa en la existencia real -procesalmente acreditada- de una perturbación anímica en el sujeto... lo que aparece en primer plano no es el estímulo, sino el arrebato y obcecación ocasionados por él en el autor... lo que aquí importa es que.... la posibilidad del autor para autodeterminarse con arreglo a los mandatos y prohibiciones del derecho se encuentra mermada. Por lo tanto, el fundamento de la atenuación radica en un estado real (comprobable) de exigibilidad disminuida".[1]

3.- A su turno, el profesor Bustos Ramírez indica que "esta atenuante por su naturaleza implica una graduación en relación a la exigencia de una determinada conducta... en virtud de un agudo estado de excitación... Como se trata de una atenuante en relación a la conducta exigida, no puede estar en contraposición a aquella que se exige respeto a los ciudadanos en general".[2]

4.- Ortiz y Arévalo clasifican esta atenuante dentro de aquellas "fundadas en la existencia de un grado de culpabilidad disminuido… el fundamento debe encontrarse en la imposibilidad o limitación de adoptar decisiones con pleno conocimiento de su naturaleza y efectos de los actos que se ejecutan, o bien, sin la libertad necesaria para dirigir cabalmente la voluntad".[3]

---

[1] Cury Urzúa, Enrique; Derecho penal parte general, ediciones Universidad Católica de Chile, octava edición ampliada, 2005, página 486.

[2] Bustos Ramírez, Juan; Obras completas, Tomo I, derecho penal parte general, Ara editores, primera edición, 2005, páginas 1196-1197.

[3] Ortiz Quiroga, Luis / Arévalo Cunich, Javier; Las consecuencias jurídicas del delito, editorial jurídica de Chile, primera edición, 2014 página 375.

5.- En la dogmática penal española, esta circunstancia es conocida con el nombre de atenuante pasional, la que según el profesor Díez Ripollés constituye un elemento de graduación de la culpabilidad y que se conceptualiza como "un supuesto de disminución de la imputabilidad, por debajo en intensidad a la eximente incompleta".[4]

6.- Muñoz Conde y García Arán, también el sede de inimputabilidad, señalan que esta experimenta una disminución "producida por estímulos externos que no, alcanzan la intensidad del trastorno mental transitorio"[5].

7.- Para Mir Puig esta circunstancia rebaja el grado de imputación personal puesto que "es una disminución de la imputabilidad que... nada tiene que ver con la valoración que merezcan los motivos, sino solo con su intensidad, pues no nos movemos ahora en el ámbito del injusto"[6].

8.- De las posiciones teóricas antes expuestas se desprende que tanto la doctrina chilena como la española sitúan a esta atenuante en el ámbito de la culpabilidad, advirtiéndose cómo gran diferencia que nuestros autores consideran afectada la exigibilidad de la conducta, mientras que en España se entiende disminuida la imputabilidad.

9.- "el arrebato supone una afección emocional que perturba notablemente las facultades volitivas y de control de comportamiento... la obcecación (también) supone una afección emocional (pero que) perturba notablemente las facultades cognitivas y el planeamiento del

---

[4] Díez Ripollés, José Luis; Derecho penal español parte general, editorial Tirant lo Blanch, cuarta edición revisada, 2016, página 485.

[5] Muñoz Conde, Francisco / García Harán, Mercedes; Derecho penal parte general, editorial Tirant lo Blanch, octava edición revisada, 2010, página 486.

[6] Mir Puig, Santiago, derecho penal parte general, editorial B de F, séptima edición, 2005, página 609.

comportamiento"[7]. Así entendidos, resulta extremadamente difícil que estos elementos concurran de forma separada ya que normalmente para que se configure la atenuación de la conducta es necesario que se encuentren afectados tanto la cognición como la voluntad (no es relevante penalmente la deficitaria comprensión sin acción; por otro lado, el actuar mal con completa comprensión, será siempre íntegramente sancionado).

10.- Ahora bien, es dable preguntarse qué produjo el arrebato y la obcecación en el autor del femicidio frustrado (caso de Ovalle). La respuesta que el tribunal entregó así como el debate público que se produjo en la sociedad fue que en estos hechos la infidelidad de la víctima recién develada había generado estas situaciones emocionales en el condenado. La infidelidad por sí sola no conduce a las personas normales a obcecación y arrebato, para que se perjudique la cognición y el autocontrol, es necesario un componente esencial, a saber, los celos del afectado.

11.- En el ámbito penal, los celos siempre se ha mencionado como una de esta atenuante emocional.

12.- La atenuante emocional no se restringe ante ningún tipo de delito, de tal modo que si se dan los requisitos normativos, es posible configurar la misma sobre todo si no hay ninguna distinción de sexo en su construcción.

13.- La moción parlamentaria de la ley N°20.480, publicada con fecha 18 de diciembre de 2010 que introdujo esta figura penal, expresamente

[7] Díez Ripollés, José Luis; ob. cit. página 486. Los paréntesis son nuestros.

señaló: "Que entre los ilícitos que más temor producen en la comunidad, están aquellos que, en el plano familiar, tienen por víctimas a mujeres, particularmente cuando ocurren en el marco de las relaciones de pareja. Resulta difícil en este sentido, encontrar algún hecho o circunstancia que sirva de justificación ahora conducta tan reprochable criminal... proponemos modificaciones legales que apuntan en tres sentidos principales: a. Incorporar, conceptualmente, el tipo de femicidio... en el plano teórico la división del parricidio… permitirá una mejor comprensión del problema, una adecuada difusión de sus implicancias y constituirá una señal mediática y cultural que apunte decididamente evitar su ocurrencia ... b. Disminuir las posibilidades de aplicar la atenuante de obrar por estímulos poderosos que naturalmente hayan producido el arrebato de obcecación ... c. Eliminar la posibilidad de acceder a la libertad condicional a los condenados por delitos especialmente graves de connotación familiar"[8].

14.- De lo propuesto en dicha moción -sólo prosperó la tipificación del femicidio- por lo que resulta necesario este proyecto de ley, a fin de entregar una protección especial a la mujeres víctimas de atentados violentos realizados por sus parejas varones, concretando una expresión de la lucha de género, y por otro lado dar una clara señal que todo tipo de violencia debe ser repudiada, en especial la acaecida entre cónyuges o convivientes.

15.- Lo anterior es concordante con los movimientos feministas que habían advertido que la tipificación del femicidio no quedaba completa sí es que se seguía manteniendo una atenuación de la responsabilidad derivada de los celos: "Cuando decimos femicidios, los sacas del

[8] Obtenido de la historia de la ley contenida en la página web de la biblioteca del Congreso Nacional www.bcn.cl

contexto tradicional en el que se aprecian estos asesinatos, o sea, como crímenes pasionales que se justificaban por el amor extremo... Esas excusas no sólo son sociales o mediáticas, sino que muchas veces también están recogida por el derecho... en Chile, matar por celos es más justificado que matar por otras razones…"[9], así mismo ocurre con las lesiones.

16.- Si se acepta, que por celos derivados de una ruptura, una infidelidad, o cualquier causa semejante, el reproche penal debiera disminuir y la pena debiera ser más baja, se altera el objetivo perseguido por la norma determinación.

III.- OBJETIVO DEL PROYECTO.-

El presente proyecto busca introducir la imposibilidad de concurrencia de la circunstancia atenuante del artículo 11 del mismo cuerpo normativo referido al arrebato y a la obcecación, cuando esta se establezca en consideración a la infidelidad y los celos, en el caso inciso del artículo 390 del Código Penal, donde se establece el delito de parricidio y femicidio, así como también en los delitos de lesiones entre cónyuges o convivientes, mediante un ajuste en el artículo 400; avanzando por una parte en la consagración de la violencia de género en el ámbito penal, y por otra un claro repudio a todo tipo de violencia, es este caso entre cónyuges o convivientes.

Es en virtud de lo anterior que los Senadores abajo firmantes venimos en presentar el siguiente:

---

[9] Toledo, Patsili, entrevista disponible en la página web del diario El Mercurio, realizada con fecha 23 de junio de 2005. www.emol.com

PROYECTO DE LEY.

Artículo Único: Modificase el Código Penal de la siguiente manera.

1. Agrégase al artículo 390 un nuevo inciso tercero que verse de la siguiente manera: **"En los delitos descritos por este artículo y para los efectos de la atenuante establecida en el artículo 11 n°5, no se considerará la infidelidad o los celos entre cónyuges o convivientes como estímulo suficiente para actuar en arrebato y obcecación.**

2. Agrégase al artículo 400 el siguiente nuevo inciso tercero: **"Con todo, si los hechos a que se refieren los artículos anteriores de este párrafo se ejecutan entre cónyuges o convivientes, no se considerará la infidelidad o los celos como estímulo suficiente para los efectos de la atenuante establecida en el artículo 11 n° 5 de este Código."**

ALEJANDRO GUILLIER A.
Senador