

## DERECHO PENAL Y PROCESAL PENAL

SEBASTIÁN ANDRÉS MARTÍNEZ ROA<sup>1</sup>

UNIVERSIDAD DE CHILE, CHILE

s.martinez.roa@gmail.com

*Análisis crítico de la infidelidad como estímulo suficiente para la configuración de la atenuante del artículo 11 n°5 del Código Penal: comentario de la sentencia rol 159-16 de la Corte de Apelaciones de La Serena.*

RESUMEN: El presente comentario versa sobre la calificación del hecho que, develada una infidelidad, obraría ésta como estímulo suficiente para provocar el estado de obcecación en un *hombre medio*, lo que daría satisfacción a los requisitos de la atenuante de responsabilidad criminal del artículo 11 n° 5 del Código Penal; conclusión errada puesto que tras someter a examen la construcción de dicha Máxima de la Experiencia del sentenciador, ésta contradice las condiciones de regularidad social que atañen al hecho institucional.

SENTENCIA: C. La Serena. 31 mayo 2016, rol n° 159-16. MJ: N° 44779 (Conociendo de Recurso de Nulidad interpuesto en contra sentencia de femicidio frustrado dictada por el Tribunal Oral en Lo Penal de Ovalle).

En julio de 2016 la prensa nacional declaró su indignación por la aplicación de la *atenuante por infidelidad* en un reciente fallo del Tribunal Oral en lo Penal de Ovalle en un caso de femicidio frustrado, así como de la posterior confirmación de lo sentenciado por la Corte de Apelaciones de La Serena<sup>2</sup>.

Respecto al caso en comento, los hechos materia de la acusación, posteriormente acreditados en Juicio Oral, fueron que el varón de iniciales M. A. O. B. procedió a golpear a su cónyuge, K. A. P. C., para luego proceder a apuñalarla con una tijera de podar en diversas

<sup>1</sup> Egresado de la carrera de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile.

<sup>2</sup> En este sentido véase TELETRECE. Ovalle: ratifican fallo que consideró como infidelidad como atenuante en femicidio frustrado. <En línea>. [Citado 02 septiembre 2017]. Disponible en la World Wide Web: <<http://www.t13.cl/noticia/nacional/ovalle-ratifican-fallo-considero-infidelidad-como-atenuante-femicidio-frustrado>>.

partes del cuerpo, especialmente a la altura del cuello, siendo esta acción detenida únicamente por un disparo percutado por Carabineros, ataque motivado por el descubrimiento de una relación extramarital de la víctima, hecho que, según el tribunal a quo, satisface los requisitos de la atenuante de responsabilidad penal descrita en el artículo 11 N°5 del Código Penal<sup>3</sup>.

La Corte de Apelaciones rechazó el recurso de nulidad interpuesto por el Ministerio Público, basada en la infracción descrita en el artículo 373 letra b) del Código Procesal Penal, respecto a la errónea aplicación del derecho que hubiere influido sustancialmente en lo dispositivo del fallo, específicamente, del artículo 11 N° 5 en razón de los siguientes argumentos:

La Corte de Apelaciones define la voz “*arrebato*” como “una perturbación intensa en la capacidad de autocontrol de la persona”<sup>4</sup>. Y respecto a la causa de esta perturbación, declaró que el estímulo que puede provocar este arrebato puede ser de cualquier índole, puesto que, según Cury y parte importante de la doctrina penal, “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”<sup>5</sup>.

De este modo, el Tribunal declara que es propio del hombre medio perder la razón al tomar conocimiento de una infidelidad, sin hacerse cargo del sustrato fáctico que permite justificar semejante hipótesis.

En este sentido, la forma de determinar el accionar regular de una persona, requiere integrar el concepto de *hombre medio* en el caso específico, es decir, construir una máxima de la experiencia *ad hoc*, que explique el actuar abstracto del hombre medio.

Las Máximas de la Experiencia son “juicios hipotéticos de contenido general, desligados de los hechos concretos que se juzgan en el proceso, procedentes de la experiencia, pero independientes de los casos particulares de cuya observación se han inducido y que, por encima de esos casos, pretenden tener validez para otros nuevos”<sup>6</sup>, por tanto, son (re)definibles como generalizaciones socialmente válidas, que versan sobre hechos de la realidad social.

<sup>3</sup> Véase el artículo N° 11 del Código Penal, el que prescribe que son circunstancias atenuantes: “(...) 5. ° La de obrar por estímulos tan poderosos que naturalmente hayan producido arrebato y obcecación” (CHILE. Código Penal. 12 de noviembre de 1874).

<sup>4</sup> CURY, Enrique. *Derecho Penal Parte General*. 10ª edición. Santiago: Ediciones UC, 2005. p. 486.

<sup>5</sup> *Ibid.*, p. 487.

<sup>6</sup> STEIN, Friedrich. *El conocimiento privado del juez*. Bogotá: Editorial Temis, 1988. p. 27.

En este mismo sentido, y según los profesores Coloma y Agüero, las Máximas de la Experiencia han sido caracterizadas como “el conocimiento consolidado dentro de un grupo humano en un momento y lugar determinado, permite comprender, explicar o reconstruir el comportamiento de los miembros de ese grupo. En virtud de la experiencia es posible empatizar y atribuir intenciones a quienes se encuentren en situaciones equiparables a las vividas por otros integrantes del grupo”<sup>7</sup>.

Respecto a la naturaleza de los hechos, a partir de los cuales se deducen las Máximas de la Experiencia, cabe señalar que “el derecho define y selecciona los hechos que pueden ser considerados «hechos en litigio» en todo caso que sea objeto de disputa. En cierto sentido, entonces, los «hechos en litigio» son siempre «institucionales», pues se definen y determinan por medio de la aplicación de normas jurídicas”<sup>8</sup>.

En síntesis, la construcción de una Máxima de la Experiencia requiere desentrañar el hecho institucional del que subyace la regularidad social a comprobar, en este caso, la infidelidad como estímulo suficiente de arrebato.

Antes de comprobar dicha regularidad social, es necesario examinar los componentes de los hechos institucionales, en este sentido, Searle postula que para “componer el aparato necesario para dar cuenta de la realidad social en el marco de nuestra ontología científica global (...) se requieren exactamente tres elementos. La asignación de función, la intencionalidad colectiva y las reglas constitutivas”<sup>9</sup>.

Sumariamente, un hecho institucional se produce cuando un agente consciente asigna funciones a objetos y a otros fenómenos. Las funciones nunca son intrínsecas; se asignan según los intereses de los usuarios y los observadores<sup>10</sup>. Esta asignación de funciones requiere de la intencionalidad colectiva, la cual importa una forma de cooperación y coordinación entre dichos agentes conscientes, dotando a un objeto determinado de un poder que posee solamente en virtud de la aceptación social de la función referida, creando hechos institucionales<sup>11</sup>.

Por último, es indispensable señalar para el presente análisis, que los hechos institucionales solamente existen dentro de sistemas de reglas constitutivas<sup>12</sup>, las que “constituyen

<sup>7</sup> COLOMA, Rodrigo y AGÜERO, Claudio. “Lógica, ciencia y experiencia en la valoración de la prueba”, en: *Revista Chilena de Derecho*, vol. 41, n° 2, p. 690.

<sup>8</sup> TARUFFO, Michele. *La prueba*. Madrid: Marcial Pons, 2008. p. 17.

<sup>9</sup> SEARLE, John. *La construcción de la realidad social*. Barcelona: Paidós, 2008. p. 32.

<sup>10</sup> *Ibíd.*, p. 37.

<sup>11</sup> *Ibíd.*, p. 53.

<sup>12</sup> *Ibíd.*, p. 46.

(y también regulan) una actividad cuya existencia es lógicamente dependiente de las reglas”<sup>13</sup>.

La asignación de función de *status* en un hecho institucional, puede ser representado con la fórmula «X cuenta como Y en C»<sup>14</sup>, donde X es un hecho bruto o uno institucional, que en determinada condición C, deviene en el hecho institucional Y. Por ejemplo, a “la persona que mata a otro (término X) bajo ciertas circunstancias (término C), y es hallada culpable de hacerlo, se le asigna el *status* de «asesino convicto» (término Y, y por ende, hecho institucional); y con ese nuevo *status*, vienen las penas y los castigos apropiados”<sup>15</sup>.

Así, el razonamiento del juzgador determinó que el hecho bruto X “*una persona enojada*” constituye el hecho institucional Y “*estar arrebatado u obcecado*”, en la condición C “*que le hubieren sido infiel*”, generando un *status* que importa la atenuación de responsabilidad penal.

La presente fórmula es verificable en tanto la condición C sea colectivamente reconocida como válida. En este momento, es razonable preguntar qué instrumentos permiten determinar el reconocimiento social de la presente regla regulativa. Sin ánimo de exponer una fórmula general, en el presente caso es posible desentrañar la intencionalidad social a partir de un razonamiento abductivo, sobre las reformas legales que versan sobre violencia de género y nuevas formas de familia.

En primer término “siempre que la imposición de la función de *status* de acuerdo con la fórmula se convierte en un asunto de política general, la fórmula adquiere un *status* normativo”<sup>16</sup>, es decir, un hecho institucional puede adquirir tal reconocimiento social, formando parte del orden normativo, el cual hace referencia “al hecho de que los actores están usando como guía de conducta una opinión sobre lo que ellos y los otros deben hacer”<sup>17</sup>. Esa guía puede ser formulada en términos explícitos, dando paso desde un orden normativo informal hacia un orden normativo formal.

La existencia de iniciativas legales tales como la moción parlamentaria, del 8 de marzo de 2017, que proscribire la violencia en el pololeo<sup>18</sup>, las reformas legales contenidas en la Ley 20.066, sobre violencia intrafamiliar y la Ley N° 20.480, que establece el delito de femicidio, e incluso, la moción parlamentaria del 14 de abril de 2016, que busca excluir

<sup>13</sup> Cfr. SEARLE, John. “¿Qué es un Acto de Habla?”, en: *Revista Filosofía en América*, año 1965, pp. 221-239.

<sup>14</sup> SEARLE, John, *op. cit.* (n. 9), p. 63.

<sup>15</sup> *Ibid.*, p. 67

<sup>16</sup> *Ibid.*, p. 65.

<sup>17</sup> MACCORMICK, Neil. *Instituciones del Derecho*. Barcelona: Marcial Pons, 2011. p. 33.

<sup>18</sup> CÁMARA DE DIPUTADOS DE CHILE. Boletín N° 11135-18: Proyecto de ley que proscribire la violencia en el pololeo, del 08 de marzo de 2017. <En línea>. [Citado 2 septiembre 2017]. Disponible en la World Wide Web: <[https://www.camara.cl/pley/pley\\_detalle.aspx?prmID=11650&prmBoletin=11135-18](https://www.camara.cl/pley/pley_detalle.aspx?prmID=11650&prmBoletin=11135-18)>.

la aplicación de la circunstancia atenuante de responsabilidad criminal establecida en el N° 5 del artículo 11 respecto de los delitos de femicidio y violencia intrafamiliar<sup>19</sup> –cuyo antecedente directo es la presente causa– denotan la explicitación de un orden de expectativas y conductas que constituyen –a lo menos– indicios graves, respecto a la falsedad de la condición C objeto de escrutinio, toda vez que las relaciones afectuosas y de familia no pueden justificar el reconocimiento de un estado emocional inductor de violencia hacia la mujer, puesto a que las citadas reformas legales son la cristalización del estado actual de las formas que la sociedad considera como adecuadas para el despliegue de este tipo de relaciones, evidenciando la inaceptabilidad social de la tesis del juzgador.

En conclusión, formular una Máxima de la Experiencia que determine que el hombre medio naturalmente hubiere perdido el control de sus actos al tomar conocimiento de una infidelidad, constituye una generalización factualmente errada y jurídicamente peligrosa, puesto a que su adscripción importa reconocer una regla constitutiva contraria a los criterios que la generalidad de las personas aceptarían como válidos para justificar una acción.

#### REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- COLOMA, Rodrigo y AGÜERO, Claudio. “Lógica, ciencia y experiencia en la valoración de la prueba”, *en*: *Revista Chilena de Derecho*, vol. 41, n° 2, pp. 673-703.
- CURY, Enrique. *Derecho Penal Parte General*. Santiago: Ediciones UC, 2005.
- MACCORMICK, Neil. *Instituciones del Derecho*. Barcelona: Marcial Pons, 2011.
- SEARLE, John. “¿Qué es un Acto de Habla?”, *en*: *Revista Filosofía en América*, año 1965, pp. 221-239.
- SEARLE, John. *La construcción de la realidad social*. Barcelona: Paidós, 1995.
- STEIN, Friedrich. *El conocimiento privado del juez*. Bogotá: Editorial Temis, 1988.
- TARUFFO, Michele. *La prueba*. Madrid: Marcial Pons, 2008.

#### REFERENCIAS ELECTRÓNICAS

- TELETRECE. Ovale: ratifican fallo que consideró como infidelidad como atenuante en femicidio frustrado. <En línea>. [Citado 2 septiembre 2017] Disponible en la World

<sup>19</sup> CÁMARA DE DIPUTADOS DE CHILE. Boletín N° 10639-07: Proyecto de ley que busca excluir circunstancia atenuante del 11 N° 5 respecto de los delitos de femicidio y de violencia intrafamiliar, de de fecha 14 de abril de 2016. <En línea>. [Citado 2 septiembre 2017]. Disponible en la World Wide Web: <[https://www.camara.cl/pley/pley\\_detalle.aspx?prmID=11069&prmBoletin=10639-07](https://www.camara.cl/pley/pley_detalle.aspx?prmID=11069&prmBoletin=10639-07)>.

Wide Web: <<http://www.t13.cl/noticia/nacional/ovalle-ratifican-fallo-considero-infidelidad-como-atenuante-femicidio-frustrado>>.

## LEYES Y BOLETINES

CÁMARA DE DIPUTADOS DE CHILE. Boletín N° 11135-18: Proyecto de ley que proscribire la violencia en el pololeo, del 08 de marzo de 2017. <En línea>. [Citado 2 septiembre 2017]. Disponible en la World Wide Web: <[https://www.camara.cl/pley/pley\\_detalle.aspx?prmID=11650&prmBoletin=11135-18](https://www.camara.cl/pley/pley_detalle.aspx?prmID=11650&prmBoletin=11135-18)>.

CÁMARA DE DIPUTADOS DE CHILE. Boletín N° 10639-07: Proyecto de ley que busca excluir circunstancia atenuante del 11 N° 5 respecto de los delitos de femicidio y de violencia intrafamiliar, de de fecha 14 de abril de 2016. <En línea>. [Citado 2 septiembre 2017]. Disponible en la World Wide Web: <[https://www.camara.cl/pley/pley\\_detalle.aspx?prmID=11069&prmBoletin=10639-07](https://www.camara.cl/pley/pley_detalle.aspx?prmID=11069&prmBoletin=10639-07)>.

CHILE. Código Penal. 12 de noviembre de 1874.