

***¿IRRELEVANCIA DEL ACTUAR PASIONAL EN LA  
IMPUTACIÓN Y DETERMINACIÓN DE PENAS? UNA BREVE  
REFLEXIÓN CLÁSICA A PROPÓSITO DE UNA NUEVA  
EXCLUSIÓN DE CIRCUNSTANCIAS MODIFICATORIAS EN  
LA LEY N° 21.675***

***PASSION IRRELEVANCE IN ATTRIBUTION AND CRIMINAL  
LIABILITY? A CLASSICAL ANALYSIS ON A NEW EXCLUSION OF  
MODIFYING CIRCUMSTANCES IN LAW N° 21.675***

TATIANA VARGAS PINTO\*

***RESUMEN***

El texto analiza la nueva exclusión de la circunstancia atenuante del artículo 11 N° 5 del Código Penal, que introduce la Ley N° 21.675 a propósito de violencia contra la mujer en razón del género. Se argumenta que esta eliminación no solo afecta a los femicidios, sino a cualquier delito relacionado con esa clase de violencia, lo cual genera algunos problemas. Se cuestiona la eficacia de esta medida para el cambio cultural que busca el legislador. Además, se invita a reflexionar sobre eliminación de consideraciones emocionales, la complejidad de la conducta humana y su imputación. En fin, el trabajo aboga por una revisión más profunda sobre cómo la legislación puede abordar la violencia de género sin desestimar la influencia de las emociones en el comportamiento humano.

***Palabras clave:*** ira, violencia de género contra la mujer, femicidio, pasiones, atenuantes, determinación de pena.

\*Profesora de Derecho Penal, Facultad de Derecho, Universidad de los Andes, Santiago, Chile. Magíster y Doctora en Derecho, Universidad de los Andes, Santiago, Chile. Correo electrónico: tatianavp@uandes.cl. ORCID: <http://orcid.org/0000-0002-0728-3846>.

Trabajo recibido el 4 de abril de 2025 y aceptado para su publicación el 30 de junio de 2025.

## ABSTRACT

The article analyzes the new exclusion of the extenuating circumstance from Article 11, Nº. 5 of the Penal Code, introduced by Law Nº 21,675 regarding gender-based violence against women. It argues that this elimination affects not only femicides but also any crime related to this type of violence, which creates several problems. It questions the effectiveness of this measure in achieving the cultural change sought by the legislator. It also invites reflection on the elimination of emotional considerations, the complexity of human behavior, and its attribution. Ultimately, the article advocates for a more in-depth review of how legislation can address gender-based violence without dismissing the influence of emotions on human behavior.

*Keywords.* Anger, gender violence against women, femicide, passions, mitigating circumstances, sentencing.

### *I. EL PROBLEMA DE LA DESCONSIDERACIÓN DEL ACTUAR PASIONAL EN LA DETERMINACIÓN DE RESPONSABILIDAD*

La última ley que regula la violencia contra la mujer en razón del género, Ley Nº 21.675 de 14 de junio de 2024, establece medidas para prevenir, sancionar y erradicar esa clase de agresiones e introduce también modificaciones a distintos cuerpos legales. En el contexto penal, la ley contempla aparentemente tres cambios, según el tenor del artículo 56: 1) una agravante genérica nueva de violencia obstétrica (artículo 12 Nº 24 Código Penal); 2) un delito de difusión no consentida de registros o imágenes sexuales obtenidos con consentimiento (artículo 161 -D Código Penal) y 3) la supresión de la posibilidad de poner término al proceso por requerimiento del cónyuge ofendido por alguno de los delitos sexuales de los párrafos 5 y 6 del título VII del Código Penal (derogación del inciso final del artículo 369 Código Penal).

Sin embargo, el legislador suma otra reforma sustantiva en un apartado que se exhibe solo procedural, a propósito del conocimiento de la violencia de género (contra las mujeres) por tribunales penales. Específicamente, el artículo 43 de la ley, en el párrafo III “De la violencia de género *de conocimiento de los tribunales penales*”, dispone excluir la circunstancia atenuante del artículo 11 Nº 5 del Código Penal para delitos que suponen agresiones contra mujeres en razón del género. Más allá de la necesaria delimitación de esta clase de ilícitos penales, el rechazo de esta atenuante no responde a un aspecto procesal, aunque se aplique en la fase final de juicio.

La circunstancia del artículo 11 Nº 5 se presenta como la atenuante pasional,

o relativa a los móviles del agente,<sup>1</sup> más amplia de las contempladas en la regulación penal general chilena.<sup>2</sup> Ella remite, según veremos, a comportamientos descontrolados que son objeto de valoración y atribución, por lo que inciden en los elementos del delito y en la pena.<sup>3</sup> No se trata de una cuestión accesoria que se define en una audiencia, al individualizar la pena. Antes de detenernos en la clase de conducta contemplada en esa atenuante, su menor reproche, y la relación entre delito y pena, es importante revisar el contexto de la restricción que se incorpora, para luego delimitar su ámbito de aplicación y efectos.

El rechazo de la atenuante no es una novedad. Aparece por primera vez en 2020 para los delitos de femicidio (artículo 390 quinquies Código Penal<sup>4</sup>), las formas más graves de violencia contra la mujer. La supresión buscaba dejar fuera posibles rebajas de pena para las muertes de mujeres cometidas por hombres provocadas por celos.<sup>5</sup> Esta misma finalidad se mantiene y refuerza en la nueva exclusión del año 2024.<sup>6</sup>

La amplitud de la eliminación de la atenuante ahora parece mucho mayor. La primera exclusión no alcanza a los delitos que se incorporan ahora, junto con el nuevo rechazo del artículo 11 N° 5, en la misma ley de 2024. El vigente artículo 390 quinquies que suprime la circunstancia citada no comprende el nuevo delito de suicidio femicida, contemplado en el artículo 390 sexies. Esa norma tampoco cubre

<sup>1</sup> Conocida es esta calificación de las atenuantes desde la clasificación de ETCHEBERRY, Alfredo, *Derecho Penal. Parte general*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1998, 3<sup>a</sup> ed., T. II, pp. 19-22.

<sup>2</sup> Su amplia redacción destaca ante las otras 3 circunstancias atenuantes vinculadas con respuestas emocionales: la provocación proporcionada, la venganza y el celo de la justicia (art. 11 números 3, 4 y 10 CP).

<sup>3</sup> Veremos más sobre la relación entre delito y pena al revisar la incidencia de las circunstancias pasionales en la decisión del agente, que repercute en los juicios de imputación y de determinación de responsabilidad. Por ahora, conviene tener presente que el desbalance en el estudio de la pena y su determinación frente al desarrollo de la teoría del delito obedece a la referencia de la individualización de la pena solo con los fines de esta clase de sanción y no con los elementos del delito. Sobre esta advertencia, SILVA, Jesús María, “La determinación de la pena como sistema (dogmático): un primer esbozo”, *InDret*, 2007, N° 2, p. 3.

<sup>4</sup> Art. 390 quinquies. “Tratándose del delito de femicidio, el juez no podrá aplicar la circunstancia atenuante de responsabilidad penal prevista en el N° 5 del artículo 11”.

<sup>5</sup> El caso que motivó la legislación (conocida como “Ley Gabriela”), que creó los actuales delitos de femicidio, fue precisamente la muerte que provocó un varón a la mujer con la que tenía una relación afectiva sin convivencia (“pololeo”), y a la madre de esta, por celos. La iniciativa que busca suprimir la atenuante para muertes de mujeres por celos o infidelidad tenía ya un antecedente previo en otro proyecto de ley, Boletín N° 11.527-07, de 03 de enero de 2019.

<sup>6</sup> La consideración de esta motivación para la nueva supresión de la atenuante del art. 11 N° 5 se reconoce expresamente en la tramitación de la ley, ver BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL (Eds.), *Historia de la Ley N° 21.212, “Modifica el Código Penal, el Código Procesal Penal y la Ley N° 18.216 en materia de tipificación del femicidio”*, BCN, Valparaíso, 2023, pp. 41, 149, 218, 219, 262.

la inducción al suicidio, que también agregó esa ley en el artículo 393 bis, y que integra como calificante el suicidio de la mujer si existe alguna razón de género de las señaladas en el femicidio no íntimo (artículo 390 ter). La situación cambia con la nueva regulación del citado artículo 43 de la Ley N° 21.675.

Este breve estudio aborda la extensión de la actual inaplicación del artículo 11 N° 5, pero la principal pregunta no remite a sus alcances. El problema central refiere al sentido de la clase de conducta que se suprime y a la viabilidad de su desconocimiento al determinar la pena. Se cuestiona la procedencia de esta medida ante el comportamiento de que se trata y la respuesta merecida idónea. Para tal examen, se indaga en esta circunstancia atenuante de responsabilidad penal, qué naturaleza tiene y cuál es el efecto de la modificación legal que la excluye, fundada principalmente en consideraciones político-criminales.

Las reflexiones sobre la atenuante y su exclusión en delitos que suponen alguna forma de violencia contra la mujer en razón del género parten aquí del rechazo de un análisis reducido a un ejercicio de individualización judicial. La consideración de la circunstancia modificatoria no se desconecta de la conducta enjuiciada, por cuya realización se le impone al agente una pena determinada. Se mostrará la incidencia de los comportamientos movidos por pasiones al establecer el delito y su necesaria repercusión en la respuesta penal. Con esta base, discutiremos además la utilidad legislativa de restricciones de atenuantes semejantes en la determinación de la pena tanto desde los fines de esta clase de sanción, como desde la definición de delito.

La reflexión centrada en la conducta enjuiciada y en su atribución frente a los elementos del delito devela la relevancia de actuaciones pasionales, no reducidas a criterios o reglas de fijación de la cuantía exacta de la pena. En este análisis, comenzaremos por delimitar los alcances de la nueva exclusión de la atenuante con relación a los delitos que comprende o afecta. Luego nos detendremos en los efectos de la no aplicación de la circunstancia examinada y su viabilidad con relación al sentido de los comportamientos movidos por pasiones. La propuesta invita a volver la mirada al sentido y relevancia de las emociones en la conducta humana ya advertidos en la filosofía antigua, principalmente aristotélica.<sup>7</sup>

<sup>7</sup> Es conocido que el primer estudio desarrollado sobre emociones está en el Libro II de la *Retórica* de Aristóteles, aunque se refiere a un contexto instrumental, a cómo ellas influyen en los juicios. Sin embargo, existen importantes consideraciones sobre el sentido y rol de las emociones en la toma de decisiones y la responsabilidad moral, como ocurre en la distinción de las acciones no voluntarios (por embriaguez o pasiones) o las causas aristotélicas, con la causa final que culmina en la venganza. No todas las emociones mueven a la acción, como la vergüenza en el *Fedro* 287, 310, 313 o en la misma imagen de la marioneta embriagada de las *Leyes* I, 646a. Aunque no hay realmente un tratado sobre el alma en Platón, sí es interesante la advertencia de que se ve obligado a hablar del movimiento del alma, pues no parece predicarse movimiento de la razón pura, como enseña LAVILLA, Jonathan, “Estructura

### *1.1.- Ámbito de aplicación. Delimitación de la clase de violencia jurídico penalmente relevante*

El escenario de exclusión de la atenuante previo a la reforma de 2024, que restringe su rechazo a los delitos de femicidio (artículo 390 quinquies Código Penal), cambia ante la introducción de la disposición del artículo 43 de la Ley N° 21.675, al declarar improcedente la atenuante 11 N° 5 Código Penal respecto de cualquier delito que sea constitutivo de violencia de género en los términos del artículo 29 de la ley. Para revisar su improcedencia, cabe preguntarse primero, ¿cuáles son los delitos constitutivos de violencia de género? El artículo 29 solo habla de esa clase de violencia, y no identifica los delitos.

Esta norma no se refiere en realidad a toda violencia de género, sino a aquella que es cometida contra mujeres. Habla de la aplicación de la “violencia física, sexual, psicológica y económica, cometida en contra de las mujeres en razón del género”. Primero, despejaremos las formas de violencia que no configuran delitos, donde no tiene lugar la consideración de circunstancias atenuantes, ni agravantes. Luego de este filtro, se ha de establecer qué clase de delitos comprende.

Las cuatro modalidades de violencia contempladas en el artículo 29 (física, sexual, psicológica y económica) parecen cubrir toda forma de delito, siempre que además sea contra mujeres y “en razón del género”. Estas dos últimas referencias serían restricciones que delimitarían la selección de delitos. El problema es que también la definición de violencia de género es amplia, aunque alude a víctimas mujeres, que parece ser la única limitación. Así se verifica de la descripción general de violencia de género comprendida en el artículo 5.<sup>8</sup> La disposición incluye no solo la muerte, sino cualquier acción u omisión que cause daño o sufrimiento a la mujer en razón de su género; también la ejercida contra niños, niñas y adolescentes, “con el objeto de dañar a sus madres o cuidadoras”.

No precisa qué sería la razón de género, al igual que el artículo 29, que no aporta mucho más que la distinción de las cuatro formas de violencia. Ellas no

---

del alma en Fedro”, *Convivium*, 2017, p. 5.

<sup>8</sup> Ley 21.675 de 2024, art. 5: “Definición de violencia de género. Es violencia de género cualquier acción u omisión que cause muerte, daño o sufrimiento a la mujer en razón de su género, donde quiera que ocurra, ya sea en el ámbito público o privado; o una amenaza de ello.

También será considerada violencia de género aquella ejercida contra niñas, niños y adolescentes, con el objeto de dañar a sus madres o cuidadoras. En estos casos, las personas menores de 18 años de edad serán derivadas al órgano competente conforme a lo dispuesto en la ley N° 21.430, sobre Garantías y Protección Integral de los Derechos de la Niñez y Adolescencia.

La omisión en la observancia de los deberes que por esta ley corresponden a los órganos del Estado y sus agentes, habilita para interponer las acciones administrativas y judiciales, según correspondan, ante el órgano respectivo, con el fin de restaurar el ejercicio y goce de tales derechos, a través de los recursos y procedimientos contemplados en las leyes.”

resultan demasiado relevantes, desde que el artículo 6<sup>9</sup> comprende bastantes más supuestos. Contempla específicamente nueve formas de violencia de género, con énfasis mayoritario en *condiciones de desprecio* a la mujer, salvo por las primeras dos. Estas dos modalidades nada dicen de particular sobre agresiones a la mujer por ser tales, por lo que representan; ellas responden a los casos más conocidos de violencia: la física y la psicológica. Ambas reflejan descripciones generales, en las que parece bastar con que la víctima sea mujer.

La sola condición de víctima mujer no representa *per se* un supuesto de violencia de género contra las mujeres y esas dos grandes opciones de agresión no reportan, en sí mismas, ninguna nota que justifique un trato diferenciado de otras víctimas, como sería -en lo que nos interesa- la exclusión de una atenuante pasional. Las otras siete manifestaciones de violencia sí añaden elementos especiales, que sí dan sentido a un concepto de violencia de género contra la mujer, como primer paso para la posterior definición de delitos. Todas ellas son, en realidad, especificaciones de las primeras dos hipótesis generales, por lo que pueden servir de guía para perfilar manifestaciones de violencia de género contra mujeres.

“Artículo 6. Formas de violencia de género. La violencia en contra de las mujeres en razón de su género incluye, entre otras, las siguientes:

1. Violencia física: toda acción u omisión que vulnere, perturbe o amenace la integridad física, el derecho a la vida o la libertad personal de la mujer.

2. Violencia psicológica: toda acción u omisión, cualquiera sea el medio empleado, que vulnere, perturbe o amenace la integridad psíquica, tales como tratos humillantes, vejatorios o degradantes, control o vigilancia de conductas, intimidación, coacción, sumisión, aislamiento, explotación o limitación de la libertad de acción, opinión o pensamiento.

3. Violencia sexual: toda conducta que vulnere, perturbe o amenace la libertad, integridad y autonomía sexual y reproductiva de la mujer; y su indemnidad en el caso de las niñas.

4. Violencia económica: toda acción u omisión, ejercida en el contexto de relaciones afectivas o familiares, que vulnere o pretenda vulnerar la autonomía económica de la mujer o su patrimonio, con el afán de ejercer un control sobre ella o sobre

<sup>9</sup> Contempla nueve modalidades de violencia, entre las que aparecen las cuatro mencionadas para excluir la atenuante, con énfasis en condiciones de desprecio a la mujer.

sus recursos económicos o patrimoniales, o en el de sus hijos o hijas o en el de las personas que se encuentren bajo su cuidado, en los casos que corresponda.

5. Violencia simbólica: toda comunicación o difusión de mensajes, textos, sonidos o imágenes en cualquier medio de comunicación o plataforma, cuyo objeto sea naturalizar estereotipos que afecten su dignidad, justificar o naturalizar relaciones de subordinación, desigualdad o discriminación contra la mujer que le produzcan afectación o menoscabo.

En ningún caso este concepto autorizará para ejecutar acciones que supongan impedir o restringir la producción y creación literaria, artística, científica y técnica o su difusión, o menoscabar la libertad de expresión.

6. Violencia institucional: toda acción u omisión realizada por personas en el ejercicio de una función pública en una institución privada, que tenga como fin retardar, obstaculizar o impedir que la mujer ejerza los derechos previstos en la Constitución Política de la República, en los tratados internacionales ratificados por Chile que se encuentren vigentes y en la legislación. Para el caso de los órganos de la Administración del Estado y sus agentes, solo se considerarán las acciones u omisiones antes señaladas cuando el respectivo órgano no haya actuado en el marco de sus competencias y, como consecuencia de ello, ocasione un daño por falta de servicio.

7. Violencia política: toda conducta de hostigamiento, persecución, amenazas o agresión realizada de forma directa o a través de terceros que, basada en su género, le cause daño o sufrimiento a la mujer, y que tenga por objeto o fin menoscabar, obstaculizar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio de sus derechos políticos y de participación.

8. Violencia en el trabajo: toda acción u omisión, cualquiera sea la forma en la que se manifieste, que vulnere, perturbe o amenace el derecho de las mujeres a desempeñarse en el trabajo, libres de violencia, provenga del empleador o de otros trabajadores. Comprende a todas las trabajadoras formales o informales, que presten servicios en la empresa en forma directa o bajo el régimen de subcontratación o servicios transitorios, practicantes o aprendices, así como aquellas trabajadoras que ejercen autoridad o jefatura en representación del empleador.

9. Violencia gineco-obstétrica: todo maltrato o agresión

psicológica, física o sexual, negación injustificada o abuso que suceda en el marco de la atención de la salud sexual y reproductiva de la mujer, especialmente durante la atención de la gestación, preparto, parto, puerperio, aborto o urgencia ginecológica”.<sup>10</sup>

Podemos observar que la norma contempla las más variadas manifestaciones de violencia con dos notas características, que se dirijan a una mujer y que su condición de tal no resulte solo fáctica, ni aún registral.<sup>11</sup> Las modalidades de maltrato están ligadas a cualidades, expresiones o representaciones asignadas a la mujer como tal, a lo que ella representa; y los ataques han de evidenciar desprecio hacia esas representaciones que enseñan violencias de género.<sup>12</sup> Este marco de violencia de género contra la mujer es un antecedente para la precisión de los delitos objeto de la exclusión de la atenuante en examen.

### *1.2.- Delimitación de delitos frente a la exclusión de la atenuante*

La supresión de la circunstancia modificatoria de responsabilidad del artículo 11 N° 5, reservada originalmente para los delitos de femicidio, se amplía para cualquier delito que suponga esa violencia contra la mujer en razón del género, en los términos legales perfilados. La primera advertencia es que el rechazo de la atenuante ya no se limita a femicidios. En consideración a la amplitud de las manifestaciones de violencia de género contra mujeres, procede preguntarse si es necesario que esta violencia sea un *elemento del tipo* o basta con que concurra en el hecho como una circunstancia adicional a la configuración típica. La respuesta permite fijar si la exclusión de la atenuante tiene lugar respecto de delitos determinados, por sus referencias típicas, o procede en cualquier delito siempre que en el caso concreto se dé alguna de las formas de violencia calificada.

<sup>10</sup> Ley N° 21.675 de 2024, art. 6.

<sup>11</sup> Si bien la ley no hace referencia alguna al sexo femenino registral, cabe contemplar este reconocimiento si le resulta evidente al agente, de suerte de que se den igualmente condiciones de desprecio adicional que evidencien una mayor odiosidad hacia lo que ella representa.

<sup>12</sup> Esta cualidad, objetiva y subjetiva, de mayor desprecio hacia la mujer aparece considerada previamente de modo particular en el femicidio no íntimo que sanciona el art. 390 ter, específicamente en el último supuesto de razón de género: “circunstancias de manifiesta subordinación por las relaciones desiguales de poder entre el agresor y la víctima, o motivada por una evidente intención de discriminación”. Sobre esta idea de desprecio y discriminación, que da sentido a las demás formas de violencia que comprende ese femicidio, CORN, Emanuele, “12. El N° 5 del apartado II del artículo 390 ter como clave de bóveda para la interpretación del nuevo tipo penal de femicidio en Chile”, en SCHEECHLER, C. (Ed.); GUTIÉRREZ, P. (Coord.), *El delito de Femicidio en la legislación chilena*, Der, Santiago, 2021, pp. 222, 224, 225, 233 y ss.

Antes de esta precisión sobre la clase de delitos, si debe tratarse de una mención expresa o no, es relevante despejar otros antecedentes que parecen preferir una aplicación general del rechazo de la atenuante. La amplitud de su irrelevancia se sostiene no solo con base en la definición general de esta violencia y las nueve modalidades expuestas (artículos 5, 6 y 29). La extensión mayor de la exclusión se refuerza desde el contexto de su consagración legal.

En el Mensaje de la Ley N° 21.675 se declaran dos objetivos del proyecto de ley presentado:<sup>13</sup> 1) el primero se vincula con respuestas institucionales para víctimas de violencia intrafamiliar, específicamente mujeres; 2) el segundo reconoce que se trata de “contribuir a la generación de un cambio cultural cuyo horizonte es la igualdad entre hombres y mujeres y el fin de las relaciones de subordinación que éstas padecen, raíz de la violencia de género”. Este segundo objetivo explica que la exclusión normativa de la atenuante aparezca en el proyecto original directamente vinculada con estereotipos de género (artículo 23).<sup>14</sup>

La supresión de la atenuante se asocia con estereotipos y cambios culturales, que pretenden alcanzar a todo delito. Admitida esta extensión general desde el *telos* de la ley, se mantiene la necesidad de mirar exigencias de tipicidad, sobre todo cuando la modificación es contra reo. Así, procede establecer si los comportamientos responden a delitos que contemplan esa clase de violencia como *elemento del tipo penal* o si considera cualquier ilícito penal que en el hecho suponga alguna forma de *violencia de género* en contra de las *mujeres*, aun cuando no sea una exigencia típica.

1°. En el primer caso, si el delito contempla referencias sobre violencia de género contra la mujer, se sumaría a los delitos de femicidio de los artículos 390 bis y 390 ter: el suicidio femicida del artículo 390 sexies<sup>15</sup> y la inducción al suicidio del artículo 393 bis, inciso 2º, agravada por la muerte de una mujer y razones de género del femicidio no íntimo (artículo 390 ter).

2°. La segunda opción puede contemplar cualquier delito como conducta violenta contra la mujer en razón del género, siempre en el hecho concurra alguna forma de violencia semejante. En principio, abarcaría todos los delitos cometidos contra mujeres agravados por la circunstancia del artículo 12 N° 21, porque no basta

<sup>13</sup> BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL (Eds.), *Historia de la Ley N° 21.675*, “Estatuye medidas para prevenir, sancionar y erradicar la violencia en contra de las mujeres, en razón de su género”, BCN, Valparaíso, 2024, *Mensaje* de 24 de noviembre de 2016, p. 6.

<sup>14</sup> Art. 23. “Aplicación de atenuante de responsabilidad. En los procedimientos judiciales señalados en el artículo 19 de esta ley, el juez o jueza no podrá aplicar la atenuante de responsabilidad regulada en el artículo 11 N° 5 del Código Penal cuando ésta se funde en estereotipos que amparen o refuerzen la violencia contra las mujeres.”

<sup>15</sup> La ubicación posterior de la exclusión de la atenuante del art. 11 n° 5, en el art. 390 quinquies, importa que no rige para el suicidio femicida del art. 390 sexies.

solo con que la víctima sea mujer. Como sabemos, la agravante comprende cometer el delito o participar en él motivado por distintas razones, entre las que está el sexo, la identidad de género y la orientación sexual. La sola finalidad no es suficiente para fundar el mayor reproche; la conducta ha de reflejar esa motivación<sup>16</sup>. En estos casos no solo cabría agravar responsabilidad, sino que también supondría negar la atenuante en el evento de que se trate de una conducta realizada con arrebato y obcecación en reacción a un estímulo especialmente poderoso. La importancia de esta agravante podría haberse rescatado especialmente para los casos de que se ocupa esta nueva legislación, sin necesidad de desconocer las decisiones pasionales.

No deja de ser interesante considerar la regulación italiana que presentan FORNASARI y GUZMÁN<sup>17</sup> para esta clase de conductas agravadas, al establecer que las atenuantes no prevalecen ante circunstancias agravantes discriminatorias. No se trata de negar circunstancias atenuantes, simplemente se da mayor peso a agravantes de esta magnitud. Esta opción es relevante en nuestro sistema considerando el mayor peso general que tienen las atenuantes al determinar la pena. Agravantes que reflejan una odiosidad especial, como la que comentamos o el ensañamiento, que supone añadir deliberadamente males o dolores adicionales e innecesarios (artículos 12 Nº 4 y 391.1 CP), podrían tener efectivamente mayor fuerza. Este reconocimiento responde a la realidad del comportamiento y no pasa, o no requiere pasar, por dejar de atender atenuantes efectivamente concurrentes, especialmente cuando ellas provienen de otros aspectos reales de la conducta.

Esa agravante mixta del artículo 12 Nº 21 toma en cuenta, como la alevosía, los móviles del agente. No se explica el reconocimiento de tales consideraciones subjetivas concurrentes y el coetáneo rechazo de otros móviles efectivamente concurrentes. La restricción limitada a consideraciones que favorezcan al imputado no solo supone una determinación contra reo, sino que refleja una visión limitada de elementos que influyen den la conducta del agente exclusivamente por razones político criminales, las que tampoco son, como veremos, verdaderamente eficaces.

<sup>16</sup> Su representación como circunstancia de odio no alude solo aspectos subjetivos; es una circunstancia mixta que integra un mayor desvalor de injusto y un mayor reproche. Se distingue de la circunstancia del Nº 22 del art. 12 CP, que alude simplemente a la comisión del delito en contra de una víctima menor de 18 años, adulta mayor o persona con discapacidad. Esta circunstancia no requiere motivación alguna, solo la condición objetiva de la víctima que el agente, por supuesto, ha de conocer. Nunca procede imputar o agravar solo por resultados. La motivación unida a la realización que exige la agravante del art. 12 Nº 21, distinta del dolo, explica en conjunto consideraciones de discriminación y la calificación de “agravante de odio”. Ver en principio, SALINERO, Sebastián, “La nueva agravante penal de discriminación. Los ‘delitos de odio’”, *Revista de Derecho Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, 2013, T. XLI, pp. 265, 276-280, 286 y ss.

<sup>17</sup> FORNASARI, Gabriele; GUZMÁN, José Luis, “La agravante de delinquir por discriminación. Un estudio comparativo del efecto penal de la intolerancia en Chile e Italia”, *Revista de Ciencias Penales (Sexta Época)*, 2015, Vol. XLII, Nº 3, pp. 142 y 143.

Distinto es admitir una valoración diversa de circunstancias que puede atender a la magnitud de la influencia en el actuar, sin desconocer el nexo entre delito y respuesta penal.

Queda por definir si existe una tercera opción de delimitación de delitos, en los que proceda excluir la atenuante del artículo 11 Nº 5. Se trata de revisar la posible existencia de ilícitos que conlleven de forma inherente esta clase de violencia de género contra la mujer, *sin* que sea un *elemento del tipo*, ni proceda la *agravante* recién citada, como podría sostenerse respecto de algún delito sexual.<sup>18</sup> Si bien puede ser fácil, y aun frecuente, observar situaciones de mayor desprecio hacia las mujeres en semejantes ataques, esos delitos no requieren agredir mujeres por lo que ellas representan para que efectivamente se cometan. Cabe considerar igualmente en esos supuestos la citada circunstancia agravante del artículo 12 Nº 21.

Fuera de analizar esta definición del delito en consideración a la clase de agresión para la víctima mujer, queda por definir si la exclusión de la atenuante requiere además una restricción referida al agente: si es que las conductas delictivas se limitan a las cometidas por hombres, al tratarse de formas de desprecio hacia la mujer. Las definiciones de la nueva ley y las distintas modalidades de violencia no restringen el sujeto activo al hombre, como sí lo hacen los delitos de femicidio de los artículos 390 bis y 390 ter. Esta falta de delimitación puede abrir más aún la supresión de la atenuante del artículo 11 Nº 5, para los delitos que supongan violencia de género contra la mujer cualquiera sea su autor, hombre o mujer. Sin embargo, la misma identificación de la clase de violencia de la que se trata permite cuestionar la inclusión de agentes distintos de varones, cuando el desprecio o atentado se produce contra la mujer por lo que ella representa y que supone comisión por un agente no mujer.

En síntesis, la delimitación de la clase de delito y de quiénes pueden cometerlo repercute en la mayor o menor improcedencia de la atenuante del artículo 11 Nº 5. Es posible aceptar supuestos agravados, que no contemplen explícitamente formas de violencia de género contra la mujer, además de los que lo hacen explícitamente. Solo cabe cuestionar la admisión de agentes femeninos, que difícilmente pueden configurar hipótesis de violencia objeto de la regulación de 2024. Ahora, procede adentrarse en el sentido de la atenuante y de su rechazo para estos casos.

Es importante identificar la naturaleza y alcances de esta circunstancia modificatoria de responsabilidad para comprender mejor el efecto de su rechazo. La circunstancia atenuante, que revisaremos con más detalle en el apartado siguiente,

<sup>18</sup> Algunas dudas pueden surgir a partir de la Ley a propósito del caso de Antonia, víctima de delitos sexuales que luego se suicida. Las modificaciones que introduce en delitos sexuales, que suma la consideración del daño psicológico en la determinación de pena (art. 369 bis A), podría motivar referencias a víctimas mujeres. Sin embargo, nada se dice sobre la clase de víctimas.

se aplica al establecer pena, pero no constituye un aspecto solo procedimental. Esta atenuante refiere a la magnitud de pena, pero antes responde a una condición del delito que llega a la base de la imputación: la conducta humana que se atribuye al agente como suya.

Las circunstancias modificatorias en general no son solo relevantes en la determinación de pena.<sup>19</sup> Una consideración limitada a reglas de individualización puede obedecer a una errada separación entre delito y pena.<sup>20</sup> Ellas inciden, o han de incidir, en la pena porque muchas de las circunstancias, como el caso del actuar pasional, se refieren a la conducta delictiva misma.<sup>21</sup> La atenuante excluida refiere a la decisión del agente; entraña con la culpabilidad como categoría del delito (no solo como principio limitador). La presencia de estímulos que provoquen arrebato y obcecación representan un actuar alterado que repercute en las exigencias de imputación, la determinación de responsabilidad y, consecuentemente, en la selección de la pena.

## *II. ALCANCES Y VIABILIDAD DE LOS OBJETIVOS DE LA ELIMINACIÓN DEL ACTUAR EMOCIONAL*

La restricción legal de la circunstancia del artículo 11 N° 5 para delitos que representen alguna forma de violencia de género contra la mujer se vincula con el no reconocimiento de los celos y su influencia en la imputación de la conducta y

<sup>19</sup> Algunas de ellas se refieren a comportamientos anteriores o posteriores al delito, que responden a consideraciones de necesidad de pena o, derechamente, de política criminal, como la denuncia y confesión del delito o la colaboración sustancial en el esclarecimiento de los hechos, art. 11 N°s 8 y 9 CP.

<sup>20</sup> Luego de advertir esta escisión, SILVA, cit. (n. 3), pp. 3, 5-8, profundiza en la teoría de la pena como manifestación cuantitativa de la teoría del delito. Es curioso que la clara relación entre pena y delito se pierda. El riesgo está en visiones parciales, que se enfrentan con miradas sistémicas como la que también rescata FRISCH, Wolfgang, “Teoría de la pena, concepto de delito y sistema del hecho punible en transformación”, *Revista de Estudios de la Justicia*, 2020, N° 32, pp. 8, 11, 13 y ss. En nuestro país, RODRÍGUEZ, Luis, “Naturaleza y fundamento de las circunstancias modificatorias de la responsabilidad criminal”, *Revista de Derecho Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, 2011, Vol. XXXVI, pp. 399, 400 y 415, rescata el puente de unión entre delito y pena desde el concepto de responsabilidad penal, con especial énfasis en la cuantificación de la pena. Antes, se preocupa por la graduación de la pena como reflejo de los elementos del delito, VAN WEEZEL, Alex, “Compensación racional de atenuantes y agravantes en la medición judicial de la pena”, *Revista Chilena de Derecho*, 1997, Vol. 24, N° 3, pp. 460, 473, 475-478.

<sup>21</sup> Respecto de estas circunstancias referidas al grado de libertad del agente, VAN WEEZEL, cit. (n. 20), pp. 477, 481, 483, 487-491; ORTIZ, Luis; ARÉVALO, Javier, *Las consecuencias jurídicas del delito*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2013, pp. 375, 376, 379-383. Algunas circunstancias aluden a hechos anteriores o posteriores a la conducta del agente, básicamente por razones de conveniencia o de política criminal.

la consecuente sanción, pero también aparece conectada con un cambio cultural. El nexo de la atenuante con los celos se explica por la descripción general de la disposición, que remite a cualquier estímulo que tenga una entidad tan poderosa que suponga como consecuencia el arrebato y obcecación del agente.

Se menciona como la circunstancia pasional más amplia porque no limita la clase de estímulo, aunque sí lo hace respecto de su entidad. La ley habla de estímulos “tan poderosos que naturalmente” hayan producido arrebato y obcecación. Esos efectos se vinculan con la falta de dominio en el actuar (arrebato) y la ceguera mental (obcecación). Sin perjuicio de cierta discusión sobre su concurrencia copulativa,<sup>22</sup> suele admitirse que la referencia a un efecto natural destaca la magnitud poderosa del estímulo para producir esas alteraciones en la generalidad de las personas. Esta generalidad de las consecuencias no es tan relevante o precisa, en cuanto puede dejar de lado consideraciones individuales adecuadas.<sup>23</sup> El interés referido a la generalidad tiene sentido en relación con la clase de motivaciones que llevan al arrebato y a la obcecación. El énfasis ha de estar en la idoneidad de las motivaciones, que excluirían aquellas que resultan reprobables.<sup>24</sup>

En cualquier caso, la exigencia de la producción efectiva de arrebato y obcecación remite a perturbaciones reales que mueven a actuar, que evidencian, por tanto, un comportamiento alterado.<sup>25</sup> La decisión del agente no es del todo libre, aunque sí tiene injerencia en la aceptación de ese descontrol al actuar. La necesidad de respuesta ha de atender a la clase de comportamiento imputado, aun a pesar de consideraciones político-criminales. En todo caso, se ha de examinar la

<sup>22</sup> Varios autores entienden que ambos efectos no son compatibles, por lo que basta uno. Así, GARRIDO, Mario, *Derecho Penal. Parte general*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2<sup>a</sup> ed., 1997, pp. 192 y 193; ORTIZ y ARÉVALO, cit. (n. 21), p. 389. Sin embargo, se olvida que el arrebato y la obcecación son alteraciones de elementos diferentes de la conducta, externo e interno. Más que incompatibles, podemos advertir que usualmente concurren juntos, el descontrol de los actos normalmente va acompañado de la ceguera mental, de un intelecto nublado.

<sup>23</sup> Aquí se comparte la crítica de objetivación de la atenuante de CURY, Enrique, *Derecho Penal. Parte general*, 7<sup>a</sup> ed., Ediciones Universidad Católica de Chile, Santiago, 2005, p. 487.

<sup>24</sup> El límite está en la clase de motivaciones, no en la modalidad de los estímulos. Se han aceptado no solo estímulos internos, sino que también ilícitos. El problema está en la clase de motivación del agente frente al estímulo que luego provoca arrebato y obcecación. Quedan fuera motivaciones personales inidóneas social y jurídicamente, como supuestos del usurero o del sadomasoquista. ETCHEBERRY, cit. (n. 1) p. 21, habla de motivaciones psicológicamente adecuadas, para excluir los motivos éticos y socialmente reprobables.

<sup>25</sup> La alteración evidencia una autodeterminación disminuida que funda la atenuación de responsabilidad, como precisa CURY, cit. (n. 23), p. 486. MERA, Jorge, “Artículo 11. Son circunstancias atenuantes: (...) 5<sup>a</sup>. La de obrar por estímulos tan poderosos que naturalmente hayan producido arrebato y obcecación”, en Couso, J.; Hernández, H. (Dir.), *Código Penal Comentado. Parte General. Doctrina y jurisprudencia*, AbeledoPerrot - LegalPublishing, Santiago, 2011, p. 292, destaca la perturbación anímica como impedimento para la adecuada orientación de la conducta.

viabilidad de la coexistencia de estos criterios de necesidad con los fundamentos de la responsabilidad penal, su compatibilidad e injerencia real.

El legislador busca lograr modificar estructuras sociales y culturales que inciden en formas de comportamientos. La pregunta es si este *efecto comunicativo estructural* de las relaciones humanas con mujeres en razón del género es  *posible* respecto de pasiones y conductas motivadas por emociones. El negar efecto a emociones como la ira y afirmar la mayor gravedad de la conducta no parece ser el medio para producir un cambio cultural.

El actuar pasional no es reflexivo y el logro del respeto por las mujeres y lo que representan no se advierte como propio del ámbito del castigo penal, sino de la educación. El efecto preventivo que se busca a través de modificaciones culturales no solo es ajeno al problema de las emociones, que repercuten, más bien, en la conducta humana que se reproche. La exclusión de la atenuante tiene que ver con la culpabilidad del agente, la  *imputación personal* del injusto penal y el  *merecimiento* de pena, no con consideraciones de necesidad de pena.

La mayor dureza de la pena que supone la eliminación de una atenuante en estos casos no intimida al agente ni motiva en general comportamientos diferentes que lleven a evitar delitos. Así, la supresión de la atenuante es inútil para efectos preventivos o cambios culturales. Esta advertencia no desconoce el efecto comunicativo de una legislación que busca enseñar la gravedad de la violencia de género contra la mujer. La supresión de la atenuante pasional comunica ese mensaje, aunque no tenga, o no pueda tener, el efecto buscado. La comunicación hubiere sido más fuerte e idónea con el refuerzo de la forma de violencia como agravante o calificante especialmente fuerte. Sin perjuicio de la propuesta de sentido que se suma al respecto, se echa en falta una precisión legislativa sobre el punto.

La eliminación de la atenuante pasional, además de asignar una finalidad ajena al objeto analizado (la clase de comportamiento imputado), incorpora un efecto gravoso que repercute en la apreciación misma de la conducta y su imputación. No se trata de un cambio procedural. Esta exclusión, que lleva a aplicar una pena más grave, desconoce antes la clase de decisión del agente. El actuar descontrolado no es equivalente a decisiones libres de influencia pasional. Aquí hay un primer aspecto sustantivo, vinculado con la  *decisión del agente y su imputación*. A esta consideración le sigue el desconocimiento de una consecuencia proporcionada, la negación de una relación idónea entre el reproche de lo injusto y la pena. La supresión de la atenuante aparece, así, criticable desde los elementos del delito y desde la sanción penal. La objeción no supone aceptar interpretaciones caprichosas o infundadas de la atenuante,<sup>26</sup> sin acreditar la efectiva perturbación en

<sup>26</sup> Se comprenden tesis que se oponen al reconocimiento de la atenuante si ella proviene de interpretaciones solo basadas en estereotipos de género. Sobre este proceder y el temor de la admisión

la decisión del agente.

La falta de consideración de este aspecto sustantivo sobre la clase de conducta en la imputación y en la sanción penal parece salvarse ante la consideración de otras atenuantes pasionales, como las de los números 3 y 4 del artículo 11 (provocación proporcionada y vindicación próxima). Podría arguirse que la restricción la circunstancia del número 5 no tiene eficacia práctica, en cuanto hay otras atenuantes que admiten recoger conductas pasionales.

Sin embargo, la relevancia de la exclusión se advierte frente a la amplitud de la atenuante pasional descrita, al referir a cualquier estímulo que sea de tal entidad que desencadene como efecto natural el arrebato y la obcecación del agente, como también frente a la extensión de esta reforma (cualquier delito) y la práctica nacional.

La magnitud de la declaración que hace la Ley N° 21.675 revela una política criminal que desatiende la relevancia de las conductas pasionales. El fin del legislador no es admitir estos comportamientos por otras vías, otras atenuantes pasionales, sino excluir de hecho el valor a toda actuación motivada por emociones respecto de cualquier delito en el que se ataquen mujeres en razón de su género. Más allá de la desatención respecto de la cuantía de la pena, el descarte del obrar pasional supone una determinada comprensión de acción que repercute en los juicios de imputación y reproche.

Este proceder está en sintonía con la usual desconsideración actual de las emociones en el ámbito de la responsabilidad jurídica. Las emociones parecen estar relegadas a un segundo plano. Se evidencia una suerte de prejuicio que asocia emociones con aspectos femeninos no intelectuales o reflexivos. MATORANA advierte que estamos inmersos en una cultura que no valora las emociones y las niega, a pesar de que ellas fundan la conducta humana.<sup>27</sup> Concluye que lo humano se constituye en el “entrelazamiento de lo emocional con lo racional”.

El estudio de las emociones no genera el mismo interés que motivó desarrollos filosóficos antiguos, específicamente los que encontramos en PLATÓN y ARISTÓTELES. Algo sucedió en el camino que llevó a dejar de lado el estudio de las emociones, aunque se haya recuperado en los últimos siglos fuera del ámbito de la responsabilidad, sin perjuicio de algunas excepciones relevantes.<sup>28</sup> La asociación

---

de la atenuante, aunque en el caso argentino, VILLARREAL, Mariana, “Emoción violenta y femicidios: revisión crítica de la normativa argentina desde los estudios de género”, *Ius et Praxis*, 2024, Año 30, N° 1, pp. 8-10. Llega a vincular los delitos por emoción violenta con el crimen de honor (pp. 7, 14 y ss.)

<sup>27</sup> MATORANA, Humberto, *Emociones y lenguaje en educación y política*, 10<sup>a</sup> ed., Ediciones Dolmen Ensayos, Santiago, 2001, pp. 8-10, 13.

<sup>28</sup> Especialmente con relación a la comisión de delitos, son importantes los aportes sobre la influencia de las emociones en las decisiones de GONZÁLEZ, Daniel, *Emociones, responsabilidad y Derecho*, Marcial Pons, Madrid, 2009, pp. 79-100, 125 y ss.

de las emociones con un aspecto íntimo también puede explicar su desatención. Esta vinculación con lo íntimo se da, según LERSCH desde que DESCARTES separó *res cogitans* (conciencia vivencial) de *res extensa* (mundo externo), por asociación de la Psicología moderna.<sup>29</sup> Es probable que la fuerza de la noción de persona como ser individual de naturaleza racional haya potenciado en el contexto jurídico estudios y definiciones centradas en la razón, sin atender a las emociones.<sup>30</sup> La relación entre emoción y razón no es realmente atendida,<sup>31</sup> sin perjuicio del interés que ha tenido desde el s. XX en otros ámbitos, como en la Educación.<sup>32</sup>

La influencia de las pasiones en la conducta humana es uno de los temas clásicos para la filosofía, y uno de los casos representativos es el “crimen por amor”<sup>33</sup> Son relevantes no solo los aportes desde la noción y estructura de estas facultades del alma, sino especialmente aquellos referidos a su influjo en el actuar y, especialmente, a la clase de conducta de que se trata. En este análisis, se rescata solo una distinción aristotélica de acción que podría dar luces sobre la incidencia de restricciones como las impuestas por el legislador nacional: el actuar “en” ignorancia y “por” ignorancia.<sup>34</sup> Este camino no es nuevo como base para juicios de imputación y de responsabilidad penal, solo que se centra en las conductas pasionales.<sup>35</sup>

<sup>29</sup> LERSCH, Philipp, *La estructura de la personalidad*, trad. de la octava edición alemana por A. Serrate Torrente, 3<sup>a</sup> ed., Scientia, Barcelona, 1966, pp. 25 y 26.

<sup>30</sup> Esta noción de persona de Boecio ha tenido especial fuerza en investigaciones sobre el comportamiento humano a la hora de establecer consecuencias jurídicas. BOETHIUS, Severinus, *Liber de persona et duabus naturis contra Eutychen et Nestorium*, ML, LXIV, trad. Edward Rand, H.F. Stewart, Ed., Londres, 1918, Capt. III: “*Persona est rationalis naturae individua substantia*”. Sin embargo, no deja de llamar la atención la importancia que da a la tristeza, cuando trata la consolación de la filosofía.

<sup>31</sup> Importante reconocimiento de los juicios de evaluación hace Nussbaum, desde consideraciones aristotélicas: NUSSBAUM, Martha, *Paisajes del pensamiento: la inteligencia de las emociones*, Paidós, Barcelona, 2008, pp. 75, 132.

<sup>32</sup> La relación se recoge sin mayor problema. En este sentido, DEL VALLE, Ángela, “Educación de las emociones”, *Educación*, 1998, Vol. VII, N° 14, pp. 169 y 170, distingue la mente racional de la mente emocional como conocimientos que se entrelazan y guían.

<sup>33</sup> Rescata este caso y la larga tradición filosófica respecto de los crímenes pasionales. En *Leyes IX* de Platón la ira aparece como una de las tres causas de crimen, junto con el deseo y la ignorancia (863b-864c).

<sup>34</sup> ARISTÓTELES, *Ethica Nicomachea*, editor I. Bywater, OCT, Oxford, Clarendon Press, 1894, III, 1110 a 1-5, 1110 b 15.

<sup>35</sup> SPANGENBERG, Mario, “La ignorancia responsable en Aristóteles. Una solución al atolladero dogmático penal en los casos de ignorancia deliberada”, *R.E.D.S.*, 2017, N° 11, p. 69, recoge la distinción aristotélica entre lo voluntario e involuntario como punto de partida para la imputación, general y jurídico-penal, frente al problema de la ignorancia deliberada. En nuestro país, MATUS, Jean Pierre, “Cuatro anomalías dogmáticas y su superación a través de la concepción de la culpabilidad como vinculación subjetiva con el hecho, con el auxilio de ciertas distinciones aristotélicas”, *Revista de Derecho (Valdivia)*, 2022,

### *III. ALGUNAS DISTINCIOS CLÁSICOS EN EL ESTUDIO DE LOS COMPORTAMIENTOS PASIONALES*

El rol y la relevancia de las pasiones para el actuar humano han sido objeto de profundas reflexiones, a pesar del usual desinterés en el contexto jurídico penal. Fuera de la mayor fuerza que se le concede al miedo frente a otras emociones como la ira,<sup>36</sup> el análisis en el contexto jurídico nacional se presenta en general con relación a los estímulos que desencadenaría una determinada pasión que mueve al actuar, específicamente en el caso del miedo.<sup>37</sup> Sin perjuicio de la mayor o menor fuerza de estas circunstancias, ellas aparecen vinculadas al actuar humano y un aspecto relacional,<sup>38</sup> que admite su cualidad de emoción, en cuanto mueve al actuar. En el estudio sobre las facultades del alma se rescatan no solo consideraciones sobre la distinción entre pasiones y emociones.<sup>39</sup>

Como advertimos, el mayor desarrollo de las emociones en ARISTÓTELES está en la *Retórica*,<sup>40</sup> respecto de la influencia de las pasiones para el contexto

Vol. XXXV, N° 2, pp. 252, 260 y ss., advierte la relevancia de los aportes aristotélicos en la teoría de la acción para resolver los casos más complejos de atribución, en los que se releva las necesarias relaciones objetivas y subjetivas, específicamente: los conocimientos especiales; el error en presupuestos fácticos de una causa de justificación; la ignorancia deliberada; y la graduación de la culpabilidad.

<sup>36</sup> Esta consideración es clara en la legislación penal chilena, que concibe el miedo como una circunstancia eximente de responsabilidad penal (art. 10 N° 9 CP); mientras que la ira aparece en circunstancias atenuantes, como la que se examina en este trabajo (art. 11 N°s 3, 4 y 5 CP).

<sup>37</sup> Se habla regularmente de un estímulo real que provoca la perturbación anímica, ver HERNÁNDEZ, Héctor, “Comentario al art. 10 N° 9 del Código Penal”, en Couso, J.; Hernández, H. (Dirs.), *Código Penal Comentado. Parte General. Doctrina y jurisprudencia*, AbeledoPerrot-LegalPublishing, Santiago, 2011, p. 253. Algunos autores se ocupan del miedo con independencia de la existencia real del peligro, así, MAÑALICH, Juan Pablo, “El estado de necesidad exculpante. Una propuesta de interpretación del artículo 10 N° 11 del Código Penal Chileno”, en Van Weezel, A. (Editor), *Humanizar y renovar el Derecho Penal. Estudios en memoria de Enrique Cury*, LegalPublishing, Thomson Reuters, Santiago, 2013, p. 742; NOVOA, Eduardo, *Curso de Derecho Penal chileno. Parte General*, 3<sup>a</sup> ed., Ed. Jurídica de Chile, Santiago, 2005, T. I, p. 565; NÁQUIRA, Jaime, *Derecho Penal chileno. Parte general*, 2<sup>a</sup> ed., La Ley, Thomson Reuters, Santiago, 2015, p. 603. También se ha analizado la clase de estímulo respecto de la circunstancia atenuante del art. 11 N° 5, aunque con más consenso sobre su amplitud; ver en general MERA, cit. (n. 25), pp. 293 y 294.

<sup>38</sup> Más allá de la complejidad de las emociones, la sociología de las emociones devela su naturaleza relacional y su relevancia en todos los fenómenos sociales. Ver BERICAT, Eduardo, “Emociones”, *Sociopedia.isa*, 2012, pp. 1-4.

<sup>39</sup> Un breve panorama sobre su distinción para un análisis criminológico en BERGALLI, Roberto, “La criminología y las pasiones”, *Nuevo Foro Penal*, 2016, Vol. 12, n° 25, pp. 363 y 365. Se trata de términos que representan facetas distintas de las aficiones del alma con relación al actuar humano. Para los efectos que aquí interesan, la pasión rescata el aspecto receptivo, no imputable al agente, en cuanto simplemente se padece. La emoción, en cambio, refleja el actuar motivado por la pasión.

<sup>40</sup> Respecto de la complejidad de este ámbito considerado por Aristóteles, donde destacan las reacciones

discursivo y no de la vida moral. Sin embargo, trata sobre estas afecciones del alma en distintos textos.<sup>41</sup> Interesa especialmente *De anima*, aunque solo las aborde en el Libro I, donde se detiene en su estructura, si ellas solo responden a aspectos anímicos o afectan también al cuerpo.<sup>42</sup> Igualmente, en la *Ética a Nicómaco* conecta las emociones con los hábitos (virtudes y vicios) y con la acción en sentido genuino (*praxis*).<sup>43</sup>

Podríamos analizar la estructura integral de las emociones, la afectación de alma y cuerpo, o la incidencia relacional. Sin discutir la estructura anímica de la ira ni su repercusión corporal, especialmente claro en manifestaciones de descontrol como las que describe el N° 5 del artículo 11 (arrebato y obcecación),<sup>44</sup> nos centramos en la reflexión ética y el sentido de la acción, fundamental para efectos de imputación y de responsabilidad, que incide en la clase y grado de respuesta. Nos detendremos así en una advertencia que puede mostrar la incidencia del cambio que el legislador de 2024 pretende.

La relevancia de las emociones, como motor o influjo del comportamiento, se comprende mejor con relación a la clasificación aristotélica de las acciones, específicamente las calificadas de no voluntarias. Las acciones involuntarias son las realizadas “por” ignorancia porque su principio está fuera del agente, ellas obedecen a *factores externos* que *no dependen* de él. Esta consideración permite observar que semejantes “acciones” no se imputan.

Distinto es el caso de aquellas que se realizan “en” ignorancia, específicamente las cometidas en estado de cólera, incontinencia, o de embriaguez. Estas acciones son identificadas por ARISTÓTELES como no voluntarias por el obrar inconsciente, con desconocimiento de las circunstancias precisas de la acción y su fin, pero no “por” la ignorancia, sino por la cólera o la ebriedad.<sup>45</sup> Aquí sí existe una conexión

---

emocionales y el dominio de la afectividad, VIGO, Alejandro, *Aristóteles. Una introducción*, IES, Santiago, 2007, pp. 236-238.

<sup>41</sup> Cuando ARISTÓTELES define afección alude a la cualidad según la cual cabe alterarse, ARISTÓTELES, *Metafísica*, traducido por García, V., 2<sup>a</sup> ed., Gredos, 1997, Libro V, Capítulo 21.

<sup>42</sup> ARISTÓTELES, *Acerca del alma*, traducido por Calvo, T., Gredos, 2003, Libro I, 403b líneas 16 y 22, pp. 25-26.

<sup>43</sup> En *De Anima* I, 403a -403b. destaca un padecer con cuerpo y alma, a pesar de la aporía sobre la estructura de las emociones. En el caso de la ira se observa una manifestación física, un calor que ocurre dentro del cuerpo, por una representación o creencia de una ofensa inmerecida. En la división de la *Ética a Nicómaco* las emociones se encuentran exclusivamente en la parte obediente.

<sup>44</sup> A pesar de que Aristóteles plantea una aporía en el Libro I de *De Anima* respecto de si todas las afecciones del alma son comunes al cuerpo y al alma, señala que las definiciones de estas afecciones, con el ejemplo de la ira (encolerizarse), han de ser “movimiento de tal cuerpo o de tal parte o potencia producido por tal causa con tal fin”.

<sup>45</sup> ARISTÓTELES, cit. (n. 34), III, 1110 b 20-30.

con el agente, que permitiría su imputación, pero no una idéntica a la que cabe en caso de acciones voluntarias. Por tal razón recurre a otra denominación.

Esas acciones no provienen de una causa externa al agente, quien es responsable de haber actuado en ese estado momentáneo de ignorancia. Ellas son voluntarias en su base; y son, por tanto, imputables, solo que no lo son de la misma forma en que procede con las acciones voluntarias, sin ese estado de ignorancia por la cólera (o la embriaguez). PLATÓN contempla el homicidio por ira como una categoría que está entremedio del homicidio voluntario y del involuntario. La ira no supondría un homicidio involuntario, pero matar por ira tampoco sería del todo voluntario.<sup>46</sup>

Igualmente, estas acciones no voluntarias son distintas de las que ARISTÓTELES describe como mixtas,<sup>47</sup> aquellas que se hacen por temor, por evitar un mal mayor o por una causa noble. En las acciones mixtas hay voluntariedad no solo al depender del agente (principio del movimiento está en el que la ejecuta), sino también al existir cierta elección de opciones preferibles en el momento que se realizan. Ellas son involuntarias (absolutamente) en cuanto nadie las elegiría por sí mismas. El fin de la acción está unido a las circunstancias y a la oportunidad en que se realiza. No hay desconocimiento. Quienes las realizan pueden ser *alabados* si el motivo es noble o *censurados* si es vergonzoso, e incluso *perdonados* (no alabados) si el motivo sobrepasa la naturaleza humana.<sup>48</sup>

En las acciones no voluntarias hay un cierto desconocimiento que afecta la decisión, pero se trata de un estado que depende del agente y que, por tanto, puede ser imputado. En cualquier caso, la alteración que provoca la pasión, la afección del alma, repercute en la acción (no voluntaria) e importa igualmente una imputación distinta. La perturbación y desconocimiento parcial temporal enseña una decisión alterada, que explica el reconocimiento de una responsabilidad disminuida. El rechazo de esta disminución supone negar la clase de decisión delictiva. En el caso de la modificación legal en comento, el rechazo de la modificación de responsabilidad de conductas descontroladas se hace por razones de necesidad difícilmente justificables o reales.

La reflexión sobre la clase de conducta permite distinguir imputación y responsabilidad, con independencia de que, por otras consideraciones, se decida dejar de lado las características de la conducta y sus efectos al establecer las

<sup>46</sup> Así se desprende de las consecuencias que prescribe, exilio entre dos a tres años, en una escala según la intensidad de la ira, premeditada o no. SAUNDERS, Trevor J., *Plato's Penal Code. Tradition, Controversy and Reform in Greek Penology*, Clarendon Press, Oxford, 1991, p. 225, advierte que la exclusión realizada por PLATÓN del homicidio por ira de los homicidios voluntarios es una modificación mayor.

<sup>47</sup> ARISTÓTELES, cit. (n. 34), III, 1110 a 5-30, 1110 b 1-15.

<sup>48</sup> En este sentido, interesa la valoración de motivos que rescata MATUS, cit. (n. 35), pp. 262 y 263.

consecuencias jurídicas, como la negación de toda repercusión de la ira al determinar la pena por motivos de política criminal más o menos válidos. Esto no significa que no es posible reconocer efectos válidos para conductas violentas contra mujeres en razón del género, aun cuando fueren cometidas en un estado de descontrol, por un estímulo tan poderoso que genere arrebato y obcecación. Simplemente, se busca poner de manifiesto el significado e idoneidad de la reforma.

#### *IV. REFLEXIÓN CRÍTICA Y APORTES FINALES*

El análisis propuesto rechaza la irrelevancia de las pasiones, particularmente de la ira, en la determinación de la conducta y su imputación, y en la consecuente sanción penal. La atribución de comportamientos movidos por pasiones admite juicios de mérito o demérito, solo que no con la misma intensidad de aquellos que no responden a emociones. Las reformas de circunstancias modificatorias no son cambios meramente formales, sobre todo cuando se refiere a atenuantes y agravantes vinculadas con la clase de injusto penal y la magnitud del reproche que le cabe al agente.

En este sentido, se advierte que la exclusión de la atenuante en análisis no solo afecta la decisión sobre la asunción de consecuencias. El rechazo sobre una determinada magnitud de sanción penal supone desconocer la clase de injusto culpable que funda esa respuesta. El contexto de las conductas movidas por pasiones muestra que la restricción político criminal no se condice con las reglas de imputación ni con las exigencias de responsabilidad penal. Igualmente, todavía podrían argüirse razones de política criminal para sostener un cambio, como se ha hecho en otras ocasiones para no sancionar en excusas legales absolutorias<sup>49</sup> o para agravar en supuestos de alteración de las reglas de *iter criminis*, por ejemplo, al castigar como consumada una conducta en grado de tentativa.<sup>50</sup> En el caso de las conductas pasionales, sin embargo, estas razones de conveniencia o necesidad no funcionan igual.

Si bien existe un juicio evaluativo o un momento racional en el obrar pasional, la reflexión del agente está nublada, específicamente en el caso de emociones como la ira. La alteración explica precisamente una decisión perturbada que no se detiene. Las objeciones sobre este proceder del legislador nacional no se oponen al reconocimiento de un refuerzo idóneo de la sanción de conductas de violencia contra la mujer en razón del género. Es posible sostener que la nueva regulación

<sup>49</sup> Así, el art. 489 exime de pena por la comisión de ciertos delitos contra la propiedad entre parientes por razones de conveniencia.

<sup>50</sup> Podemos recordar no solo las reglas respecto de los delitos de robo, sino también las referidas a delitos de tráfico ilícito de drogas.

refuerza la circunstancia agravante del artículo 12 Nº 21, cuando la motivación que lleva a la realización del delito responde a una identidad de género en contra de una víctima mujer. Esta mayor fuerza, por el sentido y alcance de la ley, puede admitir considerar esta agravante una circunstancia de especial fuerza, de modo de excluirla de la compensación racional con una sola atenuante o, incluso, de excluirla de toda compensación. La interpretación es viable, a pesar de la falta de explicitación legal, por las normas generales de determinación de pena que aluden precisamente a una “compensación racional”. Antes que el desconocimiento de una realidad, de un comportamiento alterado, procede dar el real peso a la gravedad de la conducta realizada.

Esta propuesta de reconocimiento es admisible respecto de cualquier delito en el que se evidencia una agresión en contra de la mujer en razón del género no inherente a su realización. Lamentablemente, si esta violencia califica un delito no es posible una respuesta sobre compensación racional de circunstancias atenuantes y agravantes. Se echa en falta una regla que reconozca expresamente mayor fuerza a cualquier violencia contra la mujer en razón del género, aunque no sea agravante, en la cuantía exacta de la pena como la que se fijó para el caso de delitos cometidos contra víctimas menores de edad, adultas mayores y discapacitadas (artículo 12 Nº 22 y artículo 69), sin perjuicio de haber recogido un efecto mayor.

La apuesta legislativa objeto de reflexión no es idónea para lograr cambios culturales ni responde a exigencias reales de prevención; sin embargo, cabe admitir distintas valoraciones de circunstancias subjetivas, cuando ellas reflejan mayor o menor desprecio. Por de pronto, el reconocimiento de una mayor entidad para circunstancias vinculadas con agresiones contra la mujer en razón del género es un camino no explorado (expresamente) por el legislador que sí responde con la clase de conducta realizada objeto de imputación y sanción penal. Aun sin reconocimiento expreso, la mayor odiosidad que supone esta clase de conductas puede apreciarse de modo más fuerte según el tenor de la nueva legislación, y el camino viable es en la compensación racional de circunstancias atenuantes y agravantes, sin anular otras efectivamente concurrentes.

## BIBLIOGRAFÍA CITADA

### a) Doctrina

- ARISTÓTELES, *Acerca del alma*, traducido por Calvo, T., Gredos, Madrid, 2003.  
ARISTÓTELES, *Ethica Nicomachea*, editor I. Bywater, OCT, Clarendon Press, Oxford, 1894.  
ARISTÓTELES, *Metafísica*, traducido por García, V., 2<sup>a</sup> edic., Gredos, Madrid, 1997.  
BERGALLI, Roberto, “La criminología y las pasiones”, *Nuevo Foro Penal*, 2016, Vol. 12, Nº 25, pp. 353-367.

- BERICAT, Eduardo, "Emociones", *Sociopedia.isa*, 2012, pp. 1-13.
- BOETHIUS, Severinus, *Liber de persona et duabus naturis contra Eutychen et Nestorium*, ML, LXIV, trad. Edward Rand, H.F. Stewart, Ed., Londres, 1918.
- CORN, Emanuele, "12. El N° 5 del apartado II del artículo 390 ter como clave de bóveda para la interpretación del nuevo tipo penal de femicidio en Chile", en Schechler, C. (editor), Gutiérrez, P. (coordinadora), *El delito de Femicidio en la legislación chilena*, Der, Santiago, 2021, pp. 221-239.
- CURY, Enrique, *Derecho penal. Parte general*, 7<sup>a</sup> ed., Ediciones Universidad Católica de Chile, Santiago, 2005.
- DEL VALLE, Ángela, "Educación de las emociones", *Educación*, 1998, Vol. VII, N° 14, pp. pp. 169-198.
- ETCHEBERRY, Alfredo, *Derecho penal. Parte general*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1998, 3<sup>a</sup> ed., T. II.
- FORNASARI, Gabriele; GUZMÁN, José Luis, "La agravante de delinquir por discriminación. Un estudio comparativo del efecto penal de la intolerancia en Chile e Italia", *Revista de Ciencias Penales (Sexta Época)*, 2015, Vol. XLII, N° 3, pp. 137-186.
- FRISCH, Wolfgang, "Teoría de la pena, concepto de delito y sistema del hecho punible en transformación", traducido por Contreras, L.; Rojas, L. E., *Revista de Estudios de la Justicia*, 2020, N° 32, pp. 1-34.
- GARRIDO, Mario, *Derecho Penal. Parte general*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2<sup>a</sup> ed., 1997.
- GONZÁLEZ, Daniel, *Emociones, responsabilidad y Derecho*, Marcial Pons, Madrid, 2009.
- HERNÁNDEZ, Héctor, "Comentario al art. 10 N° 9 del Código Penal", en Couso, J.; Hernández, H. (Dirs.), *Código Penal Comentado. Parte General. Doctrina y jurisprudencia*, AbeledoPerrot - LegalPublishing, Santiago, 2011, pp. 243-259.
- LAVILLA, Jonathan, "Estructura del alma en Fedro", *Convivium*, 2017, pp. 3-26.
- LERSCH, Philipp, *La estructura de la personalidad*, trad. de la octava edición alemana por A. Serrate Torrente, 3<sup>a</sup> ed., Scientia, Barcelona, 1966.
- MAÑALICH, Juan Pablo, "El estado de necesidad exculpante. Una propuesta de interpretación del artículo 10 N° 11 del Código Penal Chileno", en VAN WEEZEL, A. (Editor), *Humanizar y renovar el Derecho Penal. Estudios en memoria de Enrique Cury*, LegalPublishing - Thomson Reuters, Santiago, 2013, pp. 715-742.
- MERA, Jorge, "Artículo 11. Son circunstancias atenuantes: (...) 5<sup>a</sup>. La de obrar por estímulos tan poderosos que naturalmente hayan producido arrebato y obcecación", en Couso, J.; Hernández, H. (Dirs.), *Código Penal Comentado. Parte General. Doctrina y jurisprudencia*, AbeledoPerrot - LegalPublishing, Santiago, 2011, pp. 292-295.
- MATURANA, Humberto, *Emociones y lenguaje en educación y política*, 10<sup>a</sup> ed., Ediciones Dolmen Ensayos, Santiago, 2001.
- MATUS, Jean Pierre, "Cuatro anomalías dogmáticas y su superación a través de la concepción de la culpabilidad como vinculación subjetiva con el hecho, con el auxilio de ciertas distinciones aristotélicas", *Revista de Derecho (Valdivia)*, 2022, Vol. XXXV, N° 2, pp. 251-271.
- NÁQUIRA, Jaime, *Derecho Penal chileno. Parte general*, 2<sup>a</sup> ed., La Ley, Thomson Reuters, Santiago, 2015.
- NOVOA, Eduardo, *Curso de Derecho Penal chileno. Parte General*, 3<sup>a</sup> ed., Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2005, tomo I.

- NUSSBAUM, Martha, *Paisajes del pensamiento*: la inteligencia de las emociones, Paidós, Barcelona, 2008.
- ORTIZ, Luis; ARÉVALO, Javier, *Las consecuencias jurídicas del delito*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2013.
- PABÓN; José Manuel; FERNÁNDEZ-GALIANO, Manuel, *Las Leyes*, Alianza Editorial, Madrid, 2014.
- RODRÍGUEZ, Luis, “Naturaleza y fundamento de las circunstancias modificatorias de la responsabilidad criminal”, *Revista de Derecho Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, 2011, Vol. XXXVI, pp. 397-428.
- SALINERO, Sebastián, “La nueva agravante penal de discriminación. Los ‘delitos de odio’”, *Revista de Derecho Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, 2013, T. XLI, pp. 263-308.
- SAUNDERS, Trevor J., *Plato's Penal Code. Tradition, Controversy and Reform in Greek Penology*, Clarendon Press, Oxford, 1991.
- SILVA, Jesús María, “La determinación de la pena como sistema (dogmático): un primer esbozo”, *InDret*, 2007, Nº 2, 15 pp.
- SAUVÉ, Susan, *Aristotle on Moral Responsibility*, Oxford University Press, New York, 2011.
- SPANGENBERG, Mario, “La ignorancia responsable en Aristóteles. Una solución al atolladero dogmático penal en los casos de ignorancia deliberada”, 2017, *R.E.D.S.*, Nº 11, pp. 59-76.
- TRUEBA, Carmen, “La teoría aristotélica de las emociones”, *Signos Filosóficos*, 2009, Vol.11, Nº22, pp. 147-170.
- VAN WEEZEL, Alex, “Compensación racional de atenuantes y agravantes en la medición judicial de la pena”, *Revista Chilena de Derecho*, 1997, Vol. 24, Nº 3, pp. 459-502.
- VIGO, Alejandro, *Aristóteles. Una introducción*, IES, Santiago, 2007.
- VILLARREAL, Mariana, “Emoción violenta y femicidios: revisión crítica de la normativa argentina desde los estudios de género”, *Ius et Praxis*, 2024, Año 30, Nº 1, pp. 3-22.

b) Antecedentes normativos

Código Penal (Chile), 1874.

Ley N°21.675 (Chile), 2024, “Estatuye medidas para prevenir, sancionar y erradicar la violencia en contra de las mujeres, en razón de su género”.

BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL (Eds.), *Historia de la Ley N° 21.212*, “Modifica el Código Penal, el Código Procesal Penal y la Ley N° 18.216 en materia de tipificación del femicidio”, BCN, Valparaíso, 2023, en línea: <https://www.bcn.cl/historiadaley/nc/historia-de-la-ley/7731>.

BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL (Eds.), *Historia de la Ley N° 21.675*, “Estatuye medidas para prevenir, sancionar y erradicar la violencia en contra de las mujeres, en razón de su género”, BCN, Valparaíso, 2024, en línea: <https://www.bcn.cl/historiadaley/nc/historia-de-la-ley/8303/>.



El contenido de la *Revista de Derecho Universidad de Concepción* se publica bajo la licencia Creative Commons Atribución 4.0 Internacional, y puede usarse gratuitamente, dando los créditos a los autores y a la revista, conforme a esta licencia.