

## BOLETIN MACHI

### EDITORIAL

Este invierno nos ha traído no sólo nieve en Santiago, sino también decisiones que nos afectan, el fallo de Nabila Rifo, la discusión del proyecto de

estamos trabajando en un hermoso proyecto sobre la historia de las mujeres en Poder judicial.

Además ya comenzamos a prepararnos para asistir a la 14ª Conferencia Bial de la IAWJ (Asociación Internacional de Mujeres Juezas), que se hará entre el 2 al 6 de mayo de 2018 - Buenos Aires, Argentina , y reunirnos, con juezas de diferentes países del mundo, diferentes sistemas judiciales, cultura, religión e historia, para intercambiar conocimientos, sabiendo que este movimiento global al que pertenecemos es único y nos permite trabajar juntas a favor de los derechos humanos de las mujeres. El tema de la Conferencia es "Construyendo puentes entre las mujeres jueces del mundo", que sabemos que dará lugar a discusiones enriquecedoras, estimulantes, amplias, y brindará una excelente oportunidad para contribuir a mejorar el servicio de justicia y hacerla cada día más eficaz, eficiente e independiente.



despenalización del aborto en tres causales en el Congreso... lo que sin duda confirma cuanto sentido tiene la existencia y el trabajo de nuestra asociación.

Son muchas las cosas que estamos haciendo, y a las que queremos que se sumen: pronto realizaremos los seminarios de acoso sexual en el poder judicial en Antofagasta y Valdivia, en conjunto con la Corte Suprema y la Asociación de Magistrados. Con ellos también, y con el Ministerio de la Mujer,

*La editora*



# RUIDO Y NUECES

*El delito de Femicidio... algo más que un homicidio con otro nombre*



Varios –aunque menos de los que hubiera querido- de mis amigos penalistas se han visto interesados, a propósito del fallo de la Corte Suprema recientemente conocido en el caso de Nabila Rifo, en comentar los profundos e intrincados vericuetos del dolo y sus numerosas teorías. Principalmente aquel dilema relevado por el fallo en cuestión relativo a la necesidad de dolo directo en el delito de homicidio en grado de desarrollo frustrado, lo que, a la luz de esta sentencia, descarta para la tentativa y el delito frustrado el dolo eventual.

Varios- aunque muchos más de los que hubiera querido- de los amigos penalistas han omitido todo análisis en sus concienzudos discursos respecto a la especificidad propia del delito de femicidio, esto es, la violencia de género.

Y no estamos hablando de cualquier violencia de género, sino que, de aquella violencia extrema, que acaba –o hace todo para que así suceda- con la vida de una mujer. Es violencia terrorista, en el sentido más literal de la expresión, pues aterra a su víctima y al resto de la población femenina que no necesita demasiada imaginación para empatizar y ponerse en el lugar de aquella “otra”. Las mujeres, salvo las que por alguna razón difícil de comprender se sienten fuera del alcance de la máxima expresión de la discriminación como es la violencia, somos todas potenciales sujetos pasivos de este crimen, como lo hemos sido a lo largo de nuestras vidas de otras violencias, más sutiles tal vez, más soterradas, pero siempre dañinas, filudas y vulneradoras de nuestros derechos humanos más básicos.

La omisión del análisis de la violencia de género a la hora de las diversas discusiones que ha dado lugar, en distintos escenarios, el caso de Nabila Rifo, que es por antonomasia el caso más emblemático de



violencia de género de los últimos tiempos nos dice algo desconcertante: la modificación introducida en el Código Penal hace 10 años atrás al art. 390 tipificando el delito de femicidio no ha calado en el espacio jurídico. Da la impresión que algunos (no pocos) penalistas ven este delito como un pariente (pobre) del parricidio. No pocas veces, en medio de las discusiones que generó el fallo en análisis escuche –o leí- a los abogados contra argumentar las tesis relacionadas con el elemento del género señalando- no sin cierto rictus que llamaba a la seriedad- “perdona, *no es necesario llegar ahí...la cuestión se resuelve en el derecho penal general*” ...

Ante este escenario, no es ocioso destacar en este espacio la importancia de *la denominación, visibilización, conceptualización y tipificación de la muerte violenta de mujeres en ciertas circunstancias que las conectan con el género y configuran femicidios, con un sujeto activo, quien mata; un sujeto pasivo, la mujer asesinada; y los contextos donde ocurren los hechos con las razones de género inscritas en los cuerpos y en las vidas de cada mujer asesinada.*<sup>1</sup>

*Las conductas que recaen sobre la vida de las mujeres, mediadas por la cosificación de sus cuerpos de mujer, en un orden patriarcal jerarquizado y dicotómico, terminan con el vaciamiento de sus derechos como humanas, en términos de Marcela Lagarde por eso, estas conductas se nombran y se visibilizan a través del concepto de femicidio y de su incorporación a la vida política, académica, cotidiana y jurídica, para develar los cimientos estructurales de la violencia de género que le subyacen, porque estas no son un asunto personal ni ocurren en los límites privados; al contrario, sus expresiones encarnadas, hechas carne en los cuerpos de mujeres, son resultado de relaciones de poder, dominación y privilegio detentadas por los hombres pero naturalizadas por la sociedad, con el aval del silencio legal y por la ausencia de acciones gubernamentales inmediatas para mantener la seguridad y la vida de las mujeres.*

---

<sup>1</sup> Las citas en cursiva de esta columna de opinión se extrajeron de *El delito de femicidio. Muerte violenta de mujeres por razones de género*. Dora Inés Munévar M. <http://www.corteidh.or.cr/tablas/r28986.pdf>.



Pero “el ninguneo” de algunos penalistas del delito de femicidio no es lo único que nos llama la atención. Quien ha hecho la lectura de los fallos del caso de Nabila Rifo en sus diversas redacciones habrá podido constatar que “el asunto de género” en una causa nuclearmente de género no ocupa un lugar relevante. Todo ello a pesar de que las diversas tipificaciones del femicidio toman la definición de violencia prevista en la Convención de Belém do Pará como uno de sus fundamentos: cualquier acción o conducta, basada en su género, que cause muerte a la mujer, tanto en el ámbito público como en el privado. En algunos de estos fallos, simplemente no ocupa ningún lugar. En el voto de minoría del Tribunal Oral en las primeras dos páginas el redactor habla directamente de homicidio, y solo en las postrimerías del texto alude en un par de ocasiones al femicidio. El fallo de la Corte Suprema empleó 78 veces la expresión dolo, pero ninguna la expresión violencia de género. El voto de minoría de la Corte Suprema, impecablemente estructurado elige usar la referencia al ensañamiento para explicar su entendimiento respecto de la devastadora acción de sacarle los ojos a Nabila Rifo, antes de basarse en la amplia batería de argumentos que ofrece la teoría de género y en particular, la conceptualización de violencia de género y su relación con el delito de femicidio.

*Las muertes violentas de mujeres no se ajustan a las normas penales neutras y que no se trata meramente de las conductas descritas en el delito de homicidio ni del parricidio, hacen visible la forma y contexto en el que han ocurrido estas expresiones de violencia extrema y las motivaciones misóginas y sexistas de sus autores. Estas muertes violentas de mujeres pasan a ser un asunto jurídico, social, cultural y, ante todo, político a medida que en la investigación emerge el discurso histórico arraigado en el orden establecido según arreglos ideológicos para perpetuar el poder masculino en las sociedades patriarcales.*

*El femicidio nombra la degradación absoluta y la deshumanización de los cuerpos femeninos. El cuerpo de la víctima es el campo de batalla, se hiere (42 lesiones tenía el cuerpo de Nabila, de acuerdo a los antecedentes de uno de los fallos)), se mutila, se masacra, se idean nuevas modalidades cada vez más crueles y llamativas. A las mujeres no solo se les da muerte, se las viola, se las empala con ramas de árbol, se las rocía con nafta y enciende fuego, se las degüella, se las*



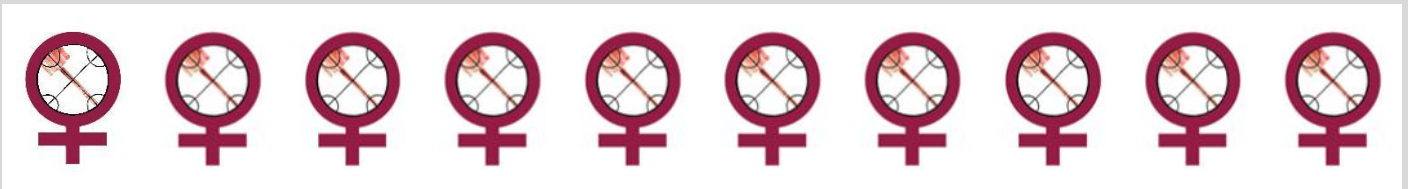


lanza por la ventana, se las descuartiza, se le sacan los ojos, se le revientan los senos, se les corta la lengua, se escribe en su piel con cuchillo el nombre del victimario, como se clava una bandera en el campo vencedor.

Distinguidos señores penalistas. Por si nadie se los dijo antes: la teoría de género y, especialmente, la violencia de género tiene residencia en el Código Penal chileno desde el año 2010.

**MARIA FRANCISCA ZAPATA**

**PRESIDENTA DE MAGISTRADAS CHILENAS**



# ESPECIAL FALLO NABILA RIFO



## FEMICIDIO FRUSTRADO y dolo eventual

Juan Pablo Mañalich R.

Facultad de derecho, Universidad de Chile

[jpmanalich@derecho.uchile.cl](mailto:jpmanalich@derecho.uchile.cl)

En un caso que involucraba un episodio de violencia machista cuya crudeza no ha dejado indiferente a la opinión pública, por sentencia de 11 de julio de 2017 la Corte Suprema (en adelante: “la corte”) decidió,<sup>2</sup> acogiendo parcialmente el recurso de nulidad interpuesto por la defensa del condenado, revocar la condena por femicidio frustrado que, junto a otras dos condenas por violación de domicilio y lesión grave gravísima, en los términos del N° 1 del art. 397 del Código Penal (en adelante: “CP”), fuera pronunciada por el Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Coyhaique (en adelante: “el tribunal”).<sup>3</sup> Por decisión de mayoría, y en contra del parecer manifestado por el Ministro Juica en su voto disidente, la Segunda Sala de la corte declaró infundada la primera condena, sustituyéndola —a través de la correspondiente de reemplazo— por una condena por lesión corporal simplemente grave, en los términos del N° 2 del

---

<sup>2</sup> Causa Rol N° 19008-17.

<sup>3</sup> Causa Rol N° 19008-17.



art. 397 del CP, quedando ésta añadida, entonces, a las dos condenas que no fueron objeto anulación.

Para analizar si la determinación de la corte resulta jurídicamente correcta, es importante comenzar enunciando las circunstancias de hecho que ella tuvo por establecidas, según lo resuelto por el tribunal:

Hecho N° 1: “El día 5 de junio de 2015, en horas de la mañana, Mauricio Orlando Ortega Ruiz llegó hasta el domicilio ubicado en calle Ensenada N°306, de su ex conviviente doña N.M.R.R., portando un hacha con la cual comenzó a golpear la puerta principal del inmueble y al no poder abrirla, se dirigió a la parte posterior del domicilio, rompiendo la puerta de la cocina a hachazos, ingresando al inmueble sin la voluntad de su dueña, siendo calmado por un hermano de la víctima que estaba en el lugar, quien logró que el imputado se retirara de la casa”.

Este hecho fue calificado como delito de violación de morada ejecutado con violencia, previsto y sancionado en el artículo 144 inciso 2° del Código Penal.

Hecho N° 2: “En la madrugada del día 14 de mayo de 2016, Mauricio Orlando Ortega Ruiz se encontraba al interior de su domicilio ubicado en calle Lautaro N°1030 de Coyhaique en compañía de un grupo de personas entre las que se encontraba su conviviente doña N.M.R.R. con quien tiene dos hijos en común de iniciales K.O.R. de 4 años y M.O.R de 3 años. Debido a la ingesta alcohólica, se inició una discusión entre ambos donde el imputado se descontroló, la insultó, amenazó y agredió, lo que provocó que alrededor de las 06,00 hora [sic] la víctima N.M.R.R. huya del lugar por calle Lautaro hacia el oriente siendo seguida por el imputado Mauricio Orlando Ortega Ruiz, quien luego de cruzar calle Monreal le dio alcance procediendo a golpearla en reiteradas oportunidades en la cabeza con dos trozos de concreto que portaba en sus manos causándole lesiones consistentes en fractura occipital derecha, fractura de macizo facial en arco cigomático y piso órbita derecha; trauma auricular derecho que requirió cirugía de reconstrucción; y lesiones contuso cortantes en cabeza, rostro y extremidades, que le provocaron compromiso de conciencia shock hipovolémico y riesgo vital, para acto seguido, retirarse del lugar y volver casi inmediatamente sobre la víctima, procediendo a introducir un elemento punzante en sus ojos y remover ambos globos oculares cortando el nervio óptico y causando la enucleación total bilateral que provocó en la víctima la pérdida total e irreversible de la vista” (cons. 6º).

El foco del comentario aquí ofrecido estará puesto en las consideraciones en virtud de las cuales la corte entendió, en referencia al conjunto de circunstancias que configuran el así llamado “hecho N° 2”, que la golpiza propinada por el condenado en contra de la víctima, consistente en una repetición de golpes dados en su cabeza con dos trozos de concreto, no podría resultar punible a título de femicidio frustrado. En lo fundamental



esas consideraciones son reconducibles a la tesis de que, en los términos del art. 7º del CP; la forma de punibilidad correspondiente al así llamado “delito frustrado” es incompatible con el dolo eventual como criterio de imputación subjetiva.

Esta sola puntualización resulta ser de la mayor relevancia para calibrar adecuadamente el alcance del razonamiento plasmado en la decisión de mayoría. En contra de lo que pudiera haberse esperado, la corte no vinculó la afirmación de la pretendida insuficiencia del dolo eventual para una punibilidad a título de femicidio frustrado a la específica regulación del femicidio, en cuanto variante nominativa de parricidio,<sup>4</sup> plasmada en el art. 390 del CP, sino a una consideración general acerca de las formas de dolo que son compatibles con la tentativa y la frustración, en los términos del ya referido art. 7º. Más precisamente, la corte no prestó atención a la cláusula, contenida en el art. 390 del CP, según la cual una punibilidad a título de parricidio —y por implicación, a título de femicidio— depende de que el hechor haya obrado “con conocimiento de las relaciones” que lo ligan con la persona de la víctima, cláusula a la cual un sector todavía relevante de la doctrina atribuye el efecto de una exigencia cualificada de dolo.<sup>5</sup> Esto debe ser celebrado, en razón de que tal interpretación de la cláusula resulta sumamente problemática: que una punibilidad a título de parricidio exija que el autor esté al tanto de la relación que lo vincula, de manera típicamente relevante, con la víctima, no equivale en modo alguno a que el dolo eventual no pueda venir en consideración como criterio de imputación subjetiva, desde ya en lo tocante al grado de probabilidad del condicionamiento de la muerte de la víctima que debe acompañar la representación que aquél tiene de las circunstancias en las que actúa. Dicho en otros términos: en su exclusión del dolo eventual como criterio de imputación subjetiva, para lo corte no fue determinante que el delito de cuya pretendida frustración se trataba fuese constitutivo de femicidio, sino que el femicidio hubiese quedado, pretendidamente, en grado de frustrado.

En tal medida, la *ratio decidendi* esgrimida por la corte, en lo aquí interesa, consiste en una tesis concerniente a una pregunta de la parte general, y no de la parte especial, del derecho penal chileno vigente. En efecto, la corte mantuvo su compromiso con la tesis según la cual la forma de punibilidad que es propia de la tentativa, en los términos del inc. 3º del art. 7º del CP, resulta incompatible con el dolo eventual, para extraer de ello la consecuencia de que, en virtud de la identidad que en “el plano subjetivo” habría que reconocer entre tentativa y delito frustrado, lo mismo valdría para esta última forma de punibilidad (cons. 54). Es indudable que la corte no yerra cuando sostiene, en ese mismo contexto, que ese punto de vista se corresponde tanto con la “constante jurisprudencia” de la propia corte como con la “opinión dominante en el pensamiento penal nacional”. Ello no vuelve menos problemático, con todo, que entre las más bien exiguas referencias que la corte aduce para documentar lo anterior no haya sido siquiera mencionado un muy logrado y reciente trabajo de Londoño, que somete

<sup>4</sup> Acerca de lo contraindicada que resulta semejante decisión sistemática, véase Mañalich (2016), pp. 251 ss., con referencias ulteriores.

<sup>5</sup> Véase al respecto, y críticamente, Ossandón (2010), pp. 418 ss.





ese punto de vista a una crítica sumamente persuasiva, precisamente a propósito de un pronunciamiento anterior, de la propia corte, encaminado en la misma dirección.<sup>6</sup>

En cualquier caso, para quien no comparta la fascinación que la corte parece mostrar por el así llamado “argumento de autoridad”, la pregunta fundamental se reduce a la de si semejante concepción de las formas de punibilidad correspondientes a la tentativa y el delito frustrado, desde el punto de vista de sus respectivos presupuestos de imputación subjetiva, merece ser racionalmente asumida. Como se intentará mostrar a continuación, la respuesta a esta pregunta es negativa.

La primera premisa deficitaria que hace suya la corte aparece en la sugerencia, ya apuntada, de que entre la tentativa (*stricto sensu*) y el delito frustrado se daría una entera equivalencia en el “plano subjetivo”. Apoyándose en un anterior pronunciamiento de su parte, la corte sostuvo, en efecto, que sólo habiendo dolo directo podría postularse la existencia de un delito frustrado, ya que esta etapa del iter criminis no se diferencia en nada -en el plano subjetivo- de la tentativa, fase que, al exigir hechos directamente encaminados a la consumación, sólo se realiza con dolo directo, esto es, con intención o propósito de lograr la consumación del ilícito, mismo requisito que debe concurrir en la frustración (cons. 54).

Esta observación desconoce, desde ya, que la distinción entre lo que el CP denomina “tentativa” y lo que denomina “delito frustrado” es reducible a la distinción entre una tentativa inacabada y una tentativa acabada, respectivamente. Pues que un hecho potencialmente punible cuente como una tentativa acabada equivale a que, no habiendo el hecho alcanzado la consumación, en su perpetración el hechor haya puesto “de su parte todo lo necesario para que el crimen o simple delito se consume”, tal como reza el inc. 2º del art. 7º. Como contrapartida, es justamente la falta de acabamiento de aquello que la ley denomina, sin más, “tentativa” lo que explica que, para su configuración, sea imprescindible que el comportamiento del autor haga reconocible una “resolución al hecho”, que a su vez vuelva interpretable ese comportamiento como consistente en dar “principio a la ejecución del crimen o simple delito por hechos directos”, no obstante faltar “uno o más para su complemento”, en los términos del inc. 3º del mismo art. 7º. En otras palabras, semejante resolución al hecho consiste en una disposición subjetiva que, siendo atribuible al hechor, compensa el déficit de objetivación de su decisión de realizar un comportamiento que él tendría que abstenerse de realizar, para así evitar realizar el respectivo tipo-de-delito. Pero este déficit de objetivación no es otra cosa que la falta de acabamiento de la respectiva tentativa, que justamente no es predicable de un delito frustrado en cuanto tentativa acabada.

Por otra parte, es igualmente equívoco que la corte reformule la exigencia de que el autor dé principio a la ejecución del crimen o simple delito “por hechos directos” como la exigencia de que ello tenga lugar a través de “hechos directamente encaminados a la

---

<sup>6</sup> Londoño (2016) pp. 101 ss., 111 ss., con múltiples referencias ulteriores.



consumación”. Esto desconoce que la interpretación más plausible de la expresión “por hechos directos” consiste en atribuir a esta cláusula la función de demarcar el ámbito de punibilidad de la tentativa frente al ámbito de falta de punibilidad que, generalizadamente, se corresponde con la así llamada “mera preparación”. Desde luego, esto deja intacta, según ya se estableciera, la necesidad de que, para que se constituya una tentativa inacabada, el comportamiento del autor haga reconocible una resolución al hecho. Pero esta exigencia no se deja reformular como una exigencia de dolo directo. Precisamente esto explica que la doctrina alemana ampliamente dominante entienda compatible la satisfacción de aquella exigencia con una imputación a título de dolo eventual.<sup>7</sup>

En tal medida, la corte yerra al confundir la exigencia de una resolución al hecho como una exigencia de dolo directo, y también yerra al asumir que tal exigencia, en cuanto pertinente tratándose de una posible tentativa “a secas”, también lo sería tratándose de un delito frustrado. Pero es todavía más llamativo que la corte haya pretendido identificar la supuesta exigencia de dolo directo como una exigencia de “intención o propósito de lograr la consumación del delito”. La corte parece no haber advertido que semejante formulación no sólo resulta excluyente del dolo eventual, sino también del así llamado “dolo directo de segundo grado” (o “de las consecuencias necesarias”). Esto quiere decir, por ejemplo, que en un caso en el cual una persona hiciera detonar una bomba en una casa actualmente habitada por alguna otra persona, asumiendo, con una probabilidad rayana en la certeza, que ésta habrá de resultar muerta, mas sin perseguir intencionalmente la producción de su muerte sino sólo la demostración del poderío de sus explosivos, la corte tendría que desestimar, *mutatis mutandis*, una condena por homicidio frustrado, en el evento de que la segunda persona en definitiva no hubiese resultado muerta.

La consideración decisiva para desechar la tesis favorecida por la corte, de modo tal de favorecer, en cambio, la tesis de la suficiencia del dolo eventual, concierne a la relación en que se encuentran las categorías de delito tentado y delito frustrado, por un lado, y la de delito consumado, por otro. Lo primero que es necesario advertir aquí es que la calificación de un hecho potencialmente punible como ejemplificativo de alguna de esas tres categorías sólo es posible *ex post*. Esto se sigue de que sólo *ex post* resulta constatable la consumación de un delito, en circunstancias de que para la constitución de un delito tentado o un delito frustrado es conceptualmente necesaria su falta de consumación, lo cual —por implicación— sólo puede ser constatado *ex post*. Aquí es importante reparar en que la corte asumió que, el condenado habría propinado los golpes con las piezas de concreto actuando con “dolo homicida” (cons. 53), el cual no habría alcanzado a ser constitutivo de dolo directo. Esto quiere decir que la corte asumió como correcta la adscripción al condenado de dolo eventual de homicidio — con relevancia para la imputación del correspondiente femicidio— en referencia a la aplicación de esa misma golpiza. Esto quiere decir, entonces, que la corte habría estado

---

<sup>7</sup> Véase por todos Jakobs (1991) 25/29-35, con múltiples referencias ulteriores.



dispuesta a validar una condena por femicidio consumado, en caso de que la víctima hubiese llegado a morir a consecuencia de los golpes recibidos. Pero si la decisión de generar el correspondiente riesgo concreto de muerte para otra persona es idéntica en caso de que ese riesgo no llegue a realizarse en la efectiva muerte de esta persona, entonces es difícil explicar que a quien se ha representado estar condicionando suficientemente la muerte de esa otra persona no se le pueda dirigir un reproche por haberse comportado de un modo que, de haberse efectivamente realizado el riesgo que aquél se representó estar creando, lo habría llevado a dar muerte a esa otra persona.

Por supuesto, esto no significa que, en el último caso, al hechor sea imputable haber matado a la otra persona. Pues no es posible imputar (correctamente) a alguien haber matado a otra persona si de hecho aquél no ha producido la muerte de ésta. Pero es justamente esta consideración la que lleva a que, en tal caso, el título de punibilidad pertinente no sea el correspondiente a un delito consumado, sino al respectivo delito tentado o frustrado. Y la misma consideración explica que la penalidad prevista sea característicamente menos severa, habiendo sólo tentativa o frustración, que habiendo consumación. En todo lo demás, sin embargo, lo que vale para una imputación que da lugar a una posible responsabilidad por un delito consumado tiene que valer para aquella que da lugar a una posible responsabilidad por un delito tentado o frustrado. Y si el dolo eventual es suficiente para la primera imputación, también tendría que serlo para la segunda.

Hay que observar, con todo, que aun asumiendo —en contra de lo que acaba de plantearse— que sí pudiera tener sentido someter la forma de punibilidad propia de un delito frustrado a una exigencia de dolo directo, e incluso a una exigencia de dolo directo de primer grado, la argumentación ofrecida por la corte para descartar la satisfacción de tal forma de dolo, en atención a las circunstancias del caso, resulta manifiestamente problemática. El *quid* del razonamiento de la corte, a este respecto, se refiere a la manera en que el comportamiento del condenado, con posterioridad a haber propinado a la víctima la golpiza con las piezas de concreto, sería indicativo de la inexistencia de dolo directo de homicidio al momento de ser propinada esa primera golpiza. En efecto, la corte se permitió preguntar, socráticamente, lo siguiente:

Si la primera agresión fue cometida -según el voto de mayoría del fallo del Tribunal Oral en lo Penal- con dolo directo homicida, teniendo como meta a alcanzar la muerte de la víctima, evento éste, respecto del cual nada quedaba por hacer al autor, surge una pregunta obvia en este ámbito del debate sobre la más precisa caracterización típica de una conducta humana: ¿por qué regresó el hechor al mismo lugar donde había puesto de su parte todo lo necesario para consumar el homicidio y atacó nuevamente a la mujer, causándole una mutilación, lesión ésta, distinta y menos grave -natural y jurídico-penalmente- del resultado letal que habría perseguido con el primer maltrato corporal? (cons. 60).



Cabe advertir que esta manera de plantear la pregunta no es congruente, a pesar de lo que la corte parece creer, con su previa sugerencia de que el autor en el segundo momento de la agresión había abandonado la intencionalidad homicida inicial y el propósito de privarle de la vida a la víctima, pues lo ahora buscado suponía precisamente causarle un detrimento y menoscabo en la forma de desenvolverse en la sociedad en su “diario vivir posterior al delito” (cons. 59).

Como bien lo advirtió el Ministro Juica en su voto disidente, la jerga de un abandono “de la intencionalidad homicida” parece sugerir que, al regresar al lugar para proceder a extraer los globos oculares de la mujer a la que hubiera brutalmente golpeado con anterioridad, el condenado hubiese podido estar desistiéndose de la tentativa perpetrada a través de la golpiza precedentemente propinada. Pero esto pasa por alto que semejante “desistimiento pasivo”, configurado a través de la renuncia a continuar con la perpetración del hecho, sólo tiene pertinencia allí donde la tentativa en cuestión todavía cuenta como inacabada. Y en la medida en que el condenado haya asumido haber ya condicionado suficientemente el posterior acaecimiento de la muerte de la víctima de la golpiza, entonces la tentativa en cuestión tendría que entenderse acabada, y en tal medida no susceptible de desistimiento pasivo, con total independencia de cuán próximo o lejano en el tiempo hubiese parecido el acaecimiento de la muerte así presuntivamente condicionada, de acuerdo con la representación que de ello haya tenido el hechor. Y que éste se haya abstenido de ejecutar alguna acción posterior que, según su propia representación de las circunstancias, pudiese haber precipitado el acaecimiento de la muerte de la víctima, o bien haber incrementado la probabilidad de su acaecimiento, no basta para desestimar la existencia de una tentativa ya acabada, en la medida que el condenado haya asumido haber condicionado, a través de lo ya hecho, el posterior acaecimiento de la muerte de la víctima. Como bien observó en su ya referido voto disidente el Ministro Juica: “el citado artículo 7° exige que el autor haga todo lo necesario ‘para’ que el delito se consume y no ‘hasta’ que el delito se consume” (cons. 8°).

Desechado el argumento precedente, es necesario desestimar, en cuanto radicalmente implausible, la sugerencia de que la posterior extracción de los globos oculares de la víctima, por parte del condenado, sería retrospectivamente indicativa de que, al golpearla con los trozos de concreto, éste no habría actuado con dolo directo de homicidio. Según la corte, para afirmar que el condenado pudo regresar al lugar donde había ya golpeado brutalmente a la víctima con la presunta intención de producirle su muerte, para ahora sólo removerle sus globos oculares, habría que atribuir a aquél una especie de “desdoblamiento psicológico”. Pues tal “nueva intención la de golpear, herir o maltratar [...] implica, necesariamente, el querer la supervivencia de la víctima” (cons. 61). Esto es, a todas luces, un error. Es perfectamente concebible, por ejemplo, que





quien ya ha subrepticamente introducido una sustancia letal en el organismo de otra persona pueda, en el ínterin, proceder a maltratar o lesionar corporalmente a esa misma persona, sin que esto último pueda llegar a ser indicativo de que, al suministrarle la sustancia, el primero no haya tenido el propósito de matar a la segunda persona. Incluso a partir de su problemática tesis favorable a la exigencia de dolo de directo (de primer grado) como co-definitoria de la forma de punibilidad correspondiente a un delito frustrado, entonces, la corte podría haber validado la decisión de condena previamente alcanzada por el tribunal.

#### Referencias

Jakobs, Günther (1991): *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 2ª ed. Berlín y Nueva York: Walter de Gruyter.

Londoño, Fernando (2016): “Estudio sobre la punibilidad de la tentativa con dolo eventual en Chile. ¿Hacia una noción de tipo penal diferenciado para la tentativa?”, *Revista de Ciencias Penales* 93, N° 3, pp. 95-130.

Mañalich, Juan Pablo (2016): “¿Arrebato y obcecación pasionalmente condicionados como atenuante por un femicidio frustrado?”, *Revista de Estudios de la Justicia* 25, pp. 247-258.

Ossandón, María Magdalena (2010): “La faz subjetiva del tipo de parricidio”, *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso* 34, pp. 415-457.

## DECLARACIÓN DEL CENTRO DE DERECHOS HUMANOS DE LA UNIVERSIDAD DE CHILE SOBRE LA SENTENCIA DE LA CORTE SUPREMA EN CAUSA ROL N° 19008-17

Ante la sentencia de la Corte Suprema de Justicia dictada el pasado martes 11 de julio del presente año en el Caso Nabila Rifo, el Centro de Derechos Humanos de la Universidad de Chile declara que:

1. El máximo Tribunal ha resuelto anular parcialmente la sentencia del Tribunal Oral en lo Penal de Coyhaique, en lo que hace referencia al delito de femicidio frustrado por no haberse acreditado la existencia de dolo directo en la conducta del imputado de golpear a la víctima con dos bloques de concreto en la cabeza, causándole severas lesiones.
2. Para arribar a dicha decisión, aplica erróneamente los elementos que configuran el dolo valorando únicamente el elemento subjetivo, esto es, la intención de matar, cuya inexistencia presume. Señala que tal intención es inexistente pues luego de cometer esa



acción, regresa y le extrae los ojos. En palabras sencillas, para el máximo tribunal, quien tiene intención de matar dirige su atención y sus hechos a lograr la muerte, y no regresa sobre la víctima para simplemente lesionarla, aunque sea gravemente.

3. Lo anterior significa que la Corte Suprema, como en pocas ocasiones, se hace cargo de la valoración de la prueba que ha sido apreciada por el Tribunal Oral en lo Penal de Coyhaique, en lugar de analizar el derecho en base a los hechos acreditados por él. En este sentido, y tal como señala el voto disidente, el dolo de matar en dicha conducta ya había sido establecido en la sentencia, y ese dolo es distinto del que gobierna la segunda conducta consistente en extraerle los ojos. A su vez, la realización de esa segunda conducta, extraerle los ojos, no implica que se haya extinguido la intención homicida primera.

4. Así como el máximo tribunal da por establecida la inexistencia del dolo de matar, debido a que el imputado regresa y extrae los ojos de la víctima en vez de matarla, también, y por qué no, pudo interpretar que, regresa para ensañarse con el cuerpo de la víctima, o cerciorarse de que en el caso en que quede viva, no pueda ver nunca más. Este tipo de conductas son comunes en los femicidios que se observan a diario en nuestra región latinoamericana, en donde es frecuente encontrar cuerpos de mujeres asesinadas con los senos cercenados, o con signos que evidencian una ira incontenible sobre el cuerpo de la mujer, con lesiones que se causan incluso posteriores a la muerte. Al momento de pronunciarse sobre la conducta del imputado, el fundamento fáctico es el mismo, sin que pueda comprenderse qué tipo de conducta es esperable, según el máximo tribunal, para dar por acreditado un femicidio frustrado.

5. El razonamiento de la sentencia respecto a que el dolo directo en el femicidio se satisface con la intención de consumir el delito, nos parece, echa por tierra la posibilidad de sancionar el femicidio cuando éste no culmina con la muerte de la víctima. En este sentido, el voto de minoría es claro al señalar “el citado artículo 7° exige que el autor haga todo lo necesario “para” que el delito se consume y no “hasta” que el delito se consume” (Corte Suprema. Rol N°19.008- 17, considerando octavo, voto de minoría). De acuerdo al razonamiento de la Corte, podría incluso pensarse que aquel sujeto que golpea habitualmente a su víctima con la intención de lesionar, y un día cualquiera se excede en los golpes causándole la muerte, no podría ser condenado como femicida, supuesto que dicho delito, a juicio del máximo tribunal, hace imposible su aplicación a título de dolo eventual. En palabras sencillas: si el marido o conviviente solo quería pegarle, pero esta vez se le pasó la mano y la mató, ¿habría un delito de lesiones con resultado de muerte en lugar de femicidio?



6. La opción de desestimar el femicidio frustrado, y que queda plasmada en el razonamiento comentado, revela un déficit en el entendimiento que los tribunales tienen sobre la violencia de género, incluso en los casos de violencia extrema. No solo por cuanto se ignora en el fallo que los femicidios en la pareja son la culminación de una vida de violencia, sino también por la especial connotación que tiene la conducta de extraer los ojos a la víctima, lo cual revela un acto de dominación y violencia misógina, pues el hombre estima que la víctima es de su propiedad. Es una agresión que ataca no solo su cuerpo, sino que la denigra en su dignidad humana.

7. Asimismo, es preocupante la falta de observancia a los estándares internacionales de derechos humanos relativos a la investigación y juzgamiento con perspectiva de género. La Declaración sobre la eliminación de la violencia contra la mujer de las Naciones Unidas, exhorta los Estados a: “[a]doptar medidas para que las autoridades encargadas de hacer cumplir la ley y los funcionarios que han de aplicar las políticas de prevención, investigación y castigo de la violencia contra la mujer reciban una formación que los sensibilice respecto de las necesidades de la mujer” (art. 4, inciso i)). En ese mismo sentido, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (en adelante “CIDH”), recomienda a los Estados “[a]doptar medidas inmediatas para garantizar una capacitación efectiva en materia de derechos de las mujeres, de todos los funcionarios públicos involucrados en el procesamiento de casos de violencia contra las mujeres (incluidos fiscales, policías, jueces, abogados de oficio, funcionarios administrativos y profesionales de medicina forense) con el fin de que apliquen las normas nacionales e internacionales para enjuiciar estos delitos en forma adecuada, y para que respeten la integridad y la dignidad de las víctimas y sus familiares al denunciar estos hechos y durante su participación en el proceso judicial”. (Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Acceso a la Justicia para Mujeres Víctimas de Violencia en las Américas, adoptada el 20 enero 2007, pág. 124). Esto no se soluciona con una jornada de capacitaciones de una mañana o una tarde. Debe ser una labor permanente.

8. En el informe recién citado, la CIDH recomienda también a los Estados “[c]rear instancias especializadas en derechos de las mujeres dentro de los Ministerios Públicos, la policía y los tribunales, con conocimientos especializados y con adecuados recursos para garantizar una perspectiva de género al abordar casos de mujeres que procuran interponer un recurso efectivo ante actos de violencia”. (Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Acceso a la Justicia para Mujeres Víctimas de Violencia en las Américas, adoptada el 20 enero 2007, pág. 127). El establecimiento de tribunales especializados podría solucionar esta problemática, permitiendo una respuesta de la justicia que se haga cargo de forma efectiva del conflicto de la violencia contra la mujer.



9. Asimismo, estos estándares internacionales de derechos humanos establecen que los Estados deben tener un especial cuidado al momento de asignar y determinar penas para actos de violencia contra las mujeres. Naciones Unidas entre sus medidas de prevención del delito y de justicia penal para la eliminación de la violencia contra la mujer exhorta a los Estados miembros a que “Revisen, evalúen y enmienden sus políticas y prácticas en materia de condenas, a fin de que se cumplan los objetivos siguientes: i) La necesidad de que todo infractor responda de sus actos de violencia contra una mujer; ii) La necesidad de poner coto a estos comportamientos violentos; iii) La ponderación de las repercusiones de la condena para las víctimas de esta violencia y sus familiares y para los familiares del condenado por este tipo de actos; iv) El fomento de la imposición de sanciones que sean comparables a las previstas para otros delitos violentos.” (Asamblea General de Naciones Unidas, Resolución 52/86, aprobada el 2 de febrero de 1998, Párr. 9).

10. Por último, cabe destacar otro aspecto importante de este fallo. En este se trata al femicidio con las mismas reglas del parricidio (exigencia de dolo directo, descarta el dolo eventual, entre otros), puesto que el femicidio está asociado al parricidio en el artículo 390 inciso final del Código Penal. Sin embargo, el delito de femicidio encuentra su razón en una situación de dominación y subordinación histórica de la mujer con respecto al hombre y, como tal, puede producirse no sólo en un contexto de relación afectiva, sino en otras situaciones en las que se aprecie esa motivación. El caso del “Campo Algodonero” en México y las muertas de Ciudad Juárez avalan esta afirmación. Luego, no tiene que ver con el parentesco a que hace referencia el delito de parricidio, ni con la infracción del deber de socorro que tienen entre sí los sujetos del parricidio. Así, la inclusión del femicidio en el parricidio deja de tener sentido y amerita su tratamiento en forma autónoma. Si el femicidio es un delito que otorga un plus de injusto a la conducta de dar muerte a una mujer por el hecho de realizarse en una relación de poder desigual, la protección al concepto de familia por sobre la protección a la mujer es un sinsentido que debiéramos superar. Como ha dicho Jorge Mera: “La situación del femicidio es diferente: lo que la distingue del parricidio es que se afecta la vulnerabilidad de la víctima, se trata de una cuestión de género, es la condición de mujer de la víctima la que incrementa el injusto de su homicidio. Y el derecho penal debiera dar cuenta de esta especificidad, de esta mayor vulnerabilidad como elemento determinante de un injusto específico. La absorción del femicidio en el parricidio diluye esta especificidad” (Mera, J. Femicidio, en Tipificación del femicidio en Chile: un debate abierto, 2009). Parafraseando a la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el Caso “Campo Algodonero” vs. México, podríamos concluir que en el caso de Nabila también: “es posible asociar la subordinación de la mujer a prácticas basadas en estereotipos de género socialmente dominantes y socialmente persistentes, condiciones que se agravan cuando los estereotipos se reflejan, implícita o explícitamente, en políticas y prácticas, particularmente en el razonamiento y el lenguaje de las autoridades de policía judicial [...] La creación y uso de estereotipos se convierte en una de las causas y consecuencias de la violencia de género en contra de la mujer”





(Corte IDH, Caso González y otras (“Campo Algodonero”) Vs. México, Sentencia de 16 de noviembre de 2009 (Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas), Serie C No. 205, párr. 401).

## VIOLENCIA DE GÉNERO CONTRA LAS MUJERES, DESAFÍOS EN LA RESPUESTA JUDICIAL Y ANÁLISIS DERECHO

*“... es posible analizar el derecho penal desde una perspectiva de género. Esto es, ¿aporta algo el analizar las normas penales con una mirada especial a como se trata a la mujer? ¿Se iluminan aspectos que de otro modo pasan desapercibidos?“, Elena Larrauri.<sup>8</sup>*

Partir agradeciendo, el ofrecimiento de MACHI a participar en este Boletín, como abogadas querellantes del Servicio Nacional de la Mujer y la Equidad de Género y representantes de doña Nabila Rifo Ruíz en el proceso penal en Juzgado de Garantía de Coyhaique, Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Coyhaique y vista ante la Excm. Corte Suprema del Recurso de Nulidad interpuesto por la Defensa.



En efecto como SernamEG, dentro de la Unidad en violencia contra las Mujeres, contamos con una Línea de Violencia Extrema, compuesto por un Equipo Nacional de abogadas y Encargadas/os regionales, Abogadas/os en todas nuestras Direcciones Regionales. *Esta línea de trabajo surge como una necesidad de reforzar y promover el acceso a la justicia de las mujeres desde un marco de derechos humanos y perspectiva de género, especialmente en los casos de violencia extrema, y*

por cierto en los casos de femicidios.

Y agradecer la invitación por varias razones, entre ellas, porque las/os querellantes y las mujeres víctimas/sobrevivientes no son siempre, paradójica integradas en la visión o discusión de estos temas; particularmente cuando la convocatoria remite a una discusión teórica o académica del derecho, del género o derechos humanos.

Pues bien, esa es la perspectiva que les queremos proponer, los desafíos que en dicha calidad de querellantes de SernamEG y representantes de doña a Nabila el caso nos representó.

### ***Consideración e integración a la víctima/mujer sobreviviente en el derecho penal y la criminología***

Es sabido que ni el derecho penal, ni la criminología nacen por una consideración a la persona de las víctimas, que en su matriz inicial surgen, el primero, como un mecanismo de garantía para “los ciudadanos”, hombres, blancos, adultos y europeos, frente al poder punitivo del Estado; y la segunda, como una disciplina que tiene por objeto

<sup>8</sup> Conferencia dictada en el marco del Seminario “Violencia contra las Mujeres, Derecho Penal y Políticas Públicas”, realizado los días 26 y 27 de setiembre del 2002, organizado por el Colegio de Abogados de Costa Rica, <file:///C:/Users/acandia/Desktop/Femicidios%20y%20Casos%20de%20VCM%20de%20CP%202017/Femicidios%20y%20casos%20de%20CO%20VC/M/Jurisprudencia/Sentencias/G%C3%A9nero%20y%20derecho%20penal,%20Elena%20Larraur%C3%AD.pdf>



estudiar a “los delincuentes”, hombres, adultos, generalmente reclusos (en cárceles o psiquiátricos) y respecto del catálogo de delitos tradicional o “realmente penal”.

Luego la figura de la víctima como interviniente en el proceso penal, derecho penal y sus consideraciones al igual que el querellante; y si está víctima es una mujer y concurre por casos de violencia por razones de género, resulta algo difícil de integrar.

*Luego preguntarse, si dentro de los objetivos o cuando se considera, explícita o implícitamente, política criminal o razones criminológicas, se debe considerar no sólo la pena desde la mirada de quien la agrede, o también desde la medida de justicia y reparación que representa para las mujeres víctimas/sobrevivientes de violencia de género.*

*Por otra parte, desde el derecho procesal penal, los desafíos, en el trato a las mujeres víctimas de violencia de género por el sistema de justicia en general y judicial en particular, y de los medios de comunicación. Si hace sentido, la necesidad de una especial preocupación por el tratamiento de quien concurren en calidad afectada por la violencia, conforme los señalan en términos generales Las 100 Reglas de Brasilia<sup>9</sup> y muy especialmente como lo ha ido configurando el Sistema Internacional/Regional Derechos Humanos de las Mujeres, con especial consideración a lo contenido en la “Convención Interamericana para prevenir, erradicar y sancionar la violencia contra la mujer” y los estándares construidos sobre la materia en la materia y Guía para su aplicación.<sup>10</sup>*

En este caso, especialmente en lo que se refiere a los prejuicios sobre las mujeres víctimas/sobreviviente de la violencia de género, esperan del sistema judicial una respuesta de justicia; y no la exposición de antecedentes de su vida privada, *convertirse en la juzgada, desde expectativas de roles y estereotipos de género discriminatorios*, por su condición de mujer y otras variables que mediante su superposición, operan como dobles o triples capas de discriminación, interseccionalidad, aumentando la vulneración de sus derechos y daños mediante esta nueva victimización.

Lo anterior, sin que se pueda entender la necesidad de estos resguardos y garantías afecten los principios de publicidad o contradicción del proceso y juicio oral en lo penal.

De hecho, el caso de doña Nabila Rifo, abre un espacio de reflexión los tipos de mecanismos de publicidad y su alcance y efectos, para revisar el alcance, hoy por ejemplo del actual artículo 289 Código Procesal Penal, que señala “los medios de comunicación social podrán fotografiar, filmar o transmitir alguna parte de la audiencia que el tribunal determinare, salvo que las partes se opusieren a ello”. En especial en relación a las transmisiones en vivo, donde cualquier corrección, es sólo remedial ya que opera ex post y por tanto de dudosa eficacia para “para proteger la intimidad o el honor de las mujeres en estos casos. Entendiendo que el análisis o debate, no deberán estar reñidos con ideas de justicia abierta o mayor apertura y transparencia de las actuaciones judiciales.

**Y por cierto el gran desafíos de la integración la perspectiva de género al derecho penal en los casos de violencia contra las mujeres.**

Y aquí recordar la cita planteada en el encabezado de esta columna, donde a **Elena Larrauri Pijoan**, criminóloga y catedrática de derecho penal y c en la Universidad Pompeu Fabra <sup>11</sup>, quien nos cuestiona<sup>12</sup>, **”.... es posible analizar el derecho penal desde**

<sup>9</sup> XIV Cumbre Judicial Iberoamericana, 2008, [http://www.cumbrejudicial.org/c/document\\_library/get\\_file?uuid=6fe6feca-4300-46b2-a9f9-f1b6f4219728&groupId=10124](http://www.cumbrejudicial.org/c/document_library/get_file?uuid=6fe6feca-4300-46b2-a9f9-f1b6f4219728&groupId=10124)

<sup>10</sup> Guía para la Aplicación de “Convención Interamericana para prevenir, erradicar y sancionar la violencia contra la mujer <http://www.oas.org/en/mesecvi/docs/bdp-guiaaplicacion-web-es.pdf>

<sup>11</sup> Sus principales líneas de investigación son el sistema penitenciario, los antecedentes penales, las penas comunitarias y el análisis del sistema penal desde una perspectiva de género,



*una perspectiva de género. Esto es, ¿aporta algo el analizar las normas penales con una mirada especial a como se trata a la mujer? ¿Se iluminan aspectos que de otro modo pasan desapercibidos?*<sup>13</sup>.

En efecto, precisamente los desarrollos en las materias de género- justicia -violencia contra las mujeres, se hacen cargo, desafiando a un derecho penal donde la solución de justicia, parte por reconocer que el derecho penal, no es neutral, que aún si no se tiene en cuenta esta variable en forma consciente, podría tratarse de que un/a juez/a, que no realice una aplicación ‘machista’, consciente, de la norma, “...cuando el/la juez/a aplica la norma tal como está, sin considerar ... que esta norma no puede dejar de reproducir los requisitos y contextos para los cuales ha sido ideada y desde este punto de vista tenderá a discriminar a la mujer puesto que ni esta ha sido tomada en consideración cuando se elaboraban los requisitos ni el contexto en el cual la mujer requiere de la norma ha sido tomado en consideración”, y , “... en un principio podría parecer que el sexo es totalmente indiferente para el derecho penal (García Amado,1992), que este no es tomado en consideración ni para agravar ni para atenuar las penas, y que absolutamente todas las normas están destinadas y elaboradas aplicando una perspectiva neutral”.

Sin lugar a dudas un desafío vital, fundamental, para mejorar el acceso a la justicia de las. Como incorporamos, como litigantes, es decir desde la operación jurídica penal en el proceso, la perspectiva de género, y hacemos “pertinente” el derecho penal actual a los casos de violencia de género contra las mujeres, incluidos los casos de violencia extrema, como lo fue en el caso de doña Nabila Rifo.

Para esto, además del marco que nos otorga la “Convención Interamericana para prevenir, erradicar y sancionar la Violencia contra la Mujer”, y sus desarrollos desde el sistema regional de derecho humanos, donde se establece como un derecho humano fundamental, el de las mujeres a una vida libre de violencia en los ámbitos público y privados<sup>14</sup>, resulta útil operacionalizar y establecer estándares que nos permitan avanzar en la integración de la perspectiva de género en la interpretación y aplicación del derecho penal en el caso concreto, y para alumbrar los conceptos de la sana crítica, dolo, valor del testimonio de la mujer víctima/sobreviviente, entre otros.

En este ejercicio, han venido trabajando algunos países, como Guatemala, México y otros, que han creado herramientas o protocolos con indicadores o estándares para el juzgamiento con perspectiva de género, destacándose, la i) Adecuada comprensión del fenómeno de la violencia contra las mujeres; ii) Asumir el contexto generalizado de violencia contra la mujer; iii) Adecuada identificación de las relaciones de poder desiguales entre los géneros; iv) Utilización de un lenguaje no sexista; iv) Ausencia de prejuicios y estereotipos de género; v) Incorporación de los estándares internacionales que protegen los derechos de las mujeres (incluyendo jurisprudencia de mecanismos internacionales)<sup>15</sup>.

Destacamos, la adecuada comprensión de la violencia contra las mujeres e identificación de relaciones desiguales de poder entre los hombres en general.

---

<sup>12</sup> Sus principales líneas de investigación son el sistema penitenciario, los antecedentes penales, las penas comunitarias y el análisis del sistema penal desde una perspectiva de género,

<sup>13</sup> Conferencia dictada en el marco del Seminario “Violencia contra las Mujeres, Derecho Penal y Políticas Públicas”, realizado los días 26 y 27 de setiembre del 2002, organizado por el Colegio de Abogados de Costa Rica, [file:///C:/Users/acandia/Desktop/Femicidios%20y%20Casos%20de%20VCM%20de%20CP%202017/Femicidios%20y%20casos%20de%20CO%20VCM/Jurisprudencia/Sentencias/G%C3%A9nero%20y%20derecho%20penal,%20Elena%20Larraur%C3%AD.pdf](http://www.oas.org/juridico/spanish/tratados/a-61.html)

<sup>14</sup> Artículo 3, Toda mujer tiene derecho a una vida libre de violencia, tanto en el ámbito público como en el privado, <http://www.oas.org/juridico/spanish/tratados/a-61.html>

<sup>15</sup> “Herramientas para la incorporación del enfoque de derechos humanos y la perspectiva de género, en la elaboración de las sentencias relativas a delitos de femicidio y otras forma de violencia contra la mujer”, Guatemala, diciembre 2015, pág. y ss. OACNUDH en coordinación con la Escuela de Estudios Judiciales y la Unidad de Control, Seguimiento y Evaluación de los Organos Especializados en Femicidio y otras Formas de Violencia contra la Mujer.





Desde este punto de arranque, esta parte como querellante, construyó jurídicamente el caso, primero al señalar que se trataba de un caso y delitos que se enmarcaban en un contexto de violencia de género, y donde existía una desigualdad de poder, no sólo realizando la afirmación abstracta, sino que incorporando en el proceso los elementos probatorios que daban cuenta de dicha historia y contexto violencia de género del condenado en contra de doña Nabila por el acusado (agresiones previas de distintos tipos, incluido el mismo delito de violación de morada, que se incorporó en la vista del mismo proceso y ocurrido en junio del año 2015), como así mismo los elementos que daban cuenta de la desigualdad de poder, y como esto se manifestaba en la complejidad que representaba para la afectada poder resolver esta violencia, igualmente, como parte de la comprensión del fenómeno.

Así, hemos sostenido, que respecto de los hechos ocurridos en la madrugada del 14 de mayo del año 2016, se trata de dos hechos y delitos independientes, con dolo propio y diferente, y que uno de ellos correspondía al tipo penal de femicidio, y el otro a mutilación, recalificado luego a lesiones graves gravísimas.

Y en este sentido, compartimos absolutamente el fallo del Tribunal Oral en lo Penal (TOP) de Coyhaique, ya que recoge lo anterior, lo que precisamente le permite coherentemente arribar judicialmente a la decisión del voto de mayoría, convicción que se forma además, desde el principio de la inmediación y apreciación de acuerdo a la sana crítica de las probanzas en juicio.

Así las alegaciones en la Corte Suprema, versaron, sobre:

- Que, se trata de delitos ocurridos y explicados desde la lógica y máximas de la experiencia situada, situada desde violencia de género contra las mujeres.
- Que, hay una conducta diferente e independiente de las otras dos agresiones en diferentes momentos, modus operandi, medios comisivos, circunstancias, dolo y propósito delictivo.
- Así, señala la sentencia del TOP (85°), *“Que, los hechos así acreditados, dan cuenta de dos delitos que, atendidas las circunstancias de comisión, propósito delictivo y bienes jurídicos involucrados, se erigieron de manera independiente”*.
- Que una de ellas corresponde al delito de femicidio frustrado y la otra al delito de lesiones graves gravísimas.

Luego en el voto de mayoría de la Corte Suprema, se realiza una nueva valoración por discrepancia material, de la apreciación de los hechos, y no error de derecho como invitaba la causal que se acogió parcialmente, del recurso de la defensa.

En efecto, acoge el concurso material, pero recalifica los hechos la agresión a doña Nabila mediante la cual el agresor la golpea reiteradamente con dos bloques en su cabeza, hasta dejarla inconsciente y provocarle lesiones que de no haber mediado atención médica oportuna habría muerto, de hecho doña Nabila al llegar el personal de carabineros y salud, alertado accidentalmente por la hora de la madrugada en que ocurrieron los hechos, debió ser entubada para procurar su respiración asistida, y encontrarse en estado de inconsciencia en la Posta Central de Santiago donde fue trasladada por casi un mes. Nunca acusadores y querellantes, nos planteamos la ausencia del dolo directo, que por lo demás, no es una exigencia legal o de derecho del delito de parricidio o femicidio frustrado.

Aun considerando, esta discusión, por extensión de algunas opiniones en la doctrina y jurisprudencia, en torno al parricidio, donde lamentablemente se encuentra el femicidio, ya que no es una exigencia legal y las voces mayoritarias en esta discusión se





refieren solamente al aspecto cognitivo del dolo en relación al parentesco, no al dolo de matar o dolo homicida.

Así contrasta el razonamiento del voto de mayoría de la Corte Suprema, que razona desde un lugar, a nuestro juicio desprovisto de la necesaria perspectiva de género y comprensión del fenómeno de la violencia contra las mujeres, razonando que no se explica que la primera acción haya estado provista de un dolo homicida si el agresor, vuelve al mismo lugar y atacó nuevamente a la mujer, causándole una mutilación, lesión ésta, distinta y menos grave.

Esta parte, ofreció dicha perspectiva<sup>16</sup>, indicando que la primera acción, el acusado tiene **la voluntad final de terminar con la vida de la mujer**, como el mayor acto de sometimiento total sobre ella, **el femicidio**, lo que en este caso se persiguió y ocurrió con los golpes con objeto contundente, bloque de hormigón, y que ocasionaron el riesgo vital, y el resultado frustrado por la oportuna intervención médica.

Luego en un segundo momento, el acusado no abandona su dolo inicial, voluntad final homicida que esperaba se cumpliera, ya que en las **lesiones graves gravísimas**, requirió de acciones diferentes y como se indicó **no se relacionan con el riesgo vital**, ni es una acción de violencia instrumental o vinculada a la voluntad de matar del agresor, **tiene un fin propio, por ello se habla de una violencia expresiva, no instrumental para la muerte, que tenía la finalidad humillarla, mediante la extracción de los ojos, con el simbólico particular de ello**, tomando el cuerpo como un texto que produce reglas intrínsecas a través de las cuales circulan consignas de poder (Rita Segato, Doctora en Antropología y Académica, en su libro La escritura en el cuerpo de las mujeres, 2013

Por tanto pretender aplicar una **lógica o máximas de la experiencia de delitos comunes, donde no resulta “lógico”, que el agresor vaya y vuelva y cause un delito de menor gravedad**, no se ubica en la lógica de entender, y por tanto coherente con el mismo concurso de delitos aceptado por el fallo de la Corte, que no se trata de mayor o menor gravedad, se trata de agravios diferentes, en el primero mi voluntad final se relaciona con el acto supremo de sometimiento y control, de la violencia de género, terminar con la vida de la mujer, el femicidio; en el segundo mi propósito delictivo, se relaciona con la humillación dejando un mensaje particular de castigo por haber realizado conductas que trasgreden los mandatos del género para doña Nabila y todas las mujeres.

No queremos dejar pasar, el reconocimiento a la Sentencia del TOP de Coyhaquie, que de acuerdo lo han establecido en las resoluciones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en estos casos, **se debe dar un valor reforzado y razonado al testimonio de la víctima en estos casos**.<sup>17</sup>

Ello implica, sobre todo, “liberarse de los prejuicios de cómo deberían haber actuado las víctimas (la víctima ideal); entender la dinámica misma de la violencia; las relaciones de poder que pueden existir entre la víctima y el agresor”.

Señala el TOP, “... Que, de esta forma, no es efectivo que hayan coexistido en el juicio dos declaraciones que, en cierta forma, se anulen mutuamente, por el contrario, la víctima fue clara, categórica en incriminar al acusado Mauricio Orlando Ortega Ruiz

<sup>16</sup> Link de alegato del caso en canal del poder judicial TV del Poder Judicial, <http://www.poderjudicialtv.cl/esta-semana/alegatos-por-recurso-de-nulidad-caso-nabila-rifo-corte-suprema-20-junio-2017-2/>, <http://www.poderjudicialtv.cl/esta-semana/alegatos-por-recurso-de-nulidad-de-juicio-caso-nabila-rifo-corte-suprema-21-junio-2017/>

<sup>17</sup> Caso Rosendo Cantú V/S Estado de México.



como el autor de la agresión que sufrió y en explicar las razones que tuvo para defenderlo en las instancias en que lo hizo”; “Se expone y analiza el contenido de la declaración que prestó en estrados, por ser la más reciente y referirse en ella a las que antes había efectuado, dio cuenta de múltiples detalles de contexto que mantuvo de manera armónica, sin que se notase algún titubeo al ser preguntada una y otra vez”. Habida cuenta, además que las tres “declaraciones” que realizó doña Nabila con el carácter de tal dos en fiscalía y una en estrado en el Juicio Oral, fueron consistentes en los hechos y la determinación de la participación de acusado.

Complementa, la Sentencia del TOP,. *“en dicho escenario, desestimar su imputación en base a la existencia de aquellas declaraciones, sin considerar el contexto en que se pronunciaron y obviando las implicancias que el fenómeno de la violencia de género conlleva en la psicología de la mujer afectada, implicaría resolver sin abordar a cabalidad la problemática de fondo... que se explica dentro del fenómeno de la retractación de las víctimas de violencia de género, que no es tan simple como sostener que primero debe haber denunciado al hechor y luego retirado o negado esa denuncia para entender que existe una retractación, pues ese fenómeno es mucho más complejo y puede adoptar múltiples formas según sea la realidad de esa pareja y las circunstancias posteriores a la agresión”*.

Antes de terminar, no podemos dejar de dar las gracias y expresar nuestro reconocimiento y admiración a doña Nabila Rifo Ruuiz, por su valentía, perseverancia y generosidad por su participación en este juicio y permitirnos representarla.

Finalmente, indicar que este caso ha permitido visibilizar, nuestros desafíos, pero también que el “discurso de los expertos penales”, hoy es poroso, permitiendo visibilizar, que el trabajo que se ha realizado por muchas/os, ha permitido, que se abran espacios de debate, entran con orgullo, una nueva corriente de penalistas, litigantes y actores del sistema de justicia a quienes de seguro le harían sentido como palabras de cierre, las de nuestra motivadora inicial, Elena Larrauri, cuando señala,

*“Espero haberles convencido de que un análisis del derecho penal, aplicando una perspectiva de género nos permite descubrir aspectos que de otra forma quedan oscurecidos. De este modo conocemos mejor la institución. No es por consiguiente sólo una estrategia feminista, sino un análisis que creo puede interesar a todos aquellos que quieren conocer más a fondo el sistema penal”*

Por el derecho humano de las mujeres a una vida libre de violencia en el ámbito público y privado, muchas gracias.

Alicia I. Candia Molina  
Abogada Universidad de Chile  
Asesora Jurídica y Coordinadora Línea de Violencia Extrema  
Unidad en Violencia contra las Mujeres, SernamEG Nacional

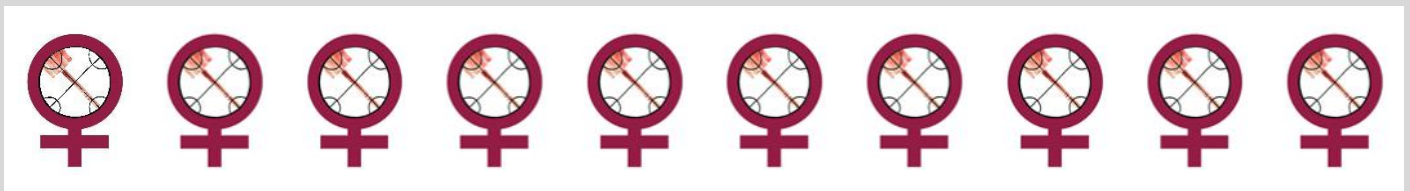


# CONCURSO “Un nombre para nuestro Boletín”.



Podrán participar los socios y socias de Machi. Para hacerlo deberán enviar a más tardar el día 30 de agosto un correo a [pilarcabezas@gmail.com](mailto:pilarcabezas@gmail.com) con el nombre propuesto y sus datos personales (nombre y mail de contacto).

El directorio de Machi elegirá el título ganador, y el o la ganadora no solo verá su propuesta en el próximo Boletín, sino que también recibirá un hermoso libro de regalo (Cuentos de Buenas Noches para Niñas Rebeldes). Las y los invitamos a participar, ser creativos y ayudarnos a construir este espacio entre todos.



## A propósito de la discusión parlamentaria sobre la despenalización del aborto en tres causales:

La Asociación de Magistradas Chilenas ha seguido atentamente el debate producido en la tramitación del proyecto de ley que regula la despenalización de la interrupción voluntaria del embarazo en tres causales y las dificultades con las que se ha encontrado, especialmente en lo referido a la tercera causal, esto es, si el embarazo es resultado de una violación. Dejando de lado, al menos en esta ocasión, las posiciones que están por impedir que este proyecto vea la luz, las modificaciones crecientemente han ido mermando la posición de la mujer que ha sido víctima de un alevoso y estigmatizante crimen, como es la violación. La estigmatización y sus implicancias,



contenidas en el tan repetido (pero poco comprendido) concepto de victimización secundaria será imposible de evitar con la eliminación de la confidencialidad, tras la obligación impuesta a los servicios de salud de hacer la denuncia al Ministerio Público. La intromisión de los agentes de persecución penal: policías, peritos, fiscales y luego, los operadores judiciales: funcionarios, jueces, ministros, entrarán como un elefante en una cristalería a desmenuzar cada detalle de la tragedia sufrida por una víctima que lo único que desea en un caso como éste es conservar la poca dignidad que le ha quedado tras el brutal atropello a su más preciada intimidad. El hecho de que –hasta ahora- se haya introducido una norma que impide apremiar a la víctima para que comparezca a la investigación y al juicio, es una mitigación más aparente que real a las oprobiosas consecuencias que deberá enfrentarse la ofendida. Y decimos “hasta ahora” pues hay voces en la tramitación legislativa que pretenden que la víctima pueda ser apremiada a comparecer, que es lo mismo que establecer por ley que una mujer embarazada por el violador sea esposada y arrastrada por agentes policiales – que no es otra cosa la que se hace cuando se ejerce la fuerza pública- a comparecer frente al Estado, personificados por el fiscal y el juez.

Las mismas voces, por estos días, aparecen cuestionando el procedimiento diseñado para verificar la concurrencia de la tercera causal respecto de víctimas mayores de 18 años, que dispone que un equipo de salud, especialmente conformado para estos efectos, confirmará la concurrencia de los hechos que lo constituyen y la edad gestacional, señalando que ello vulneraría el artículo 76 de la constitución Política de la República, que entrega a los Tribunales de Justicia la facultad exclusiva de ejercer las facultades jurisdiccionales. Cuesta imaginar un desatino más grande en la comprensión del rol que cabe a los jueces, en una república democrática de derecho.

Baste recordar que dos sendos informes de la Corte Suprema sobre este proyecto ni siquiera contemplan una sola palabra de cuestionamiento al procedimiento aludido y estaremos contestes en que el mero asomo de una vulneración del tipo que se pretende sugerir no habría pasado inadvertida justamente al más alto órgano jurisdiccional, siempre celoso como ha sido de su nuclear función republicana.

Pero aún más: tanto el primer y segundo informe contienen prevenciones que se pronuncian en el sentido exactamente contrario, tratándose de la regulación para niñas y adolescentes, que involucra al juez con competencia en materias de familia en el procedimiento. Para mejor ilustración citaremos una de esas voces. La objeción se hace “por considerar que el aborto no es principalmente un tema jurídico, sino esencialmente de salud individual y pública, contexto en que el juez no aparece como la entidad o el profesional más apropiado para decidir al respecto. La constatación entregada al juez de familia deriva de la determinación previa de un equipo médico y, en esa medida no constituye una atribución jurisdiccional, sino más bien administrativa.”





En nuestra opinión, constituye un grave retroceso la norma que obliga a los servicios de salud denunciar al Ministerio Público los hechos constitutivos de la agresión sexual que ocasionó el embarazo que se pretende interrumpir. Aparece, por cierto, muy llamativo que círculos que han hecho de su estandarte la defensa de los derechos de las víctimas de la delincuencia justamente aparezcan hoy cuestionando su credibilidad, que no es otra cosa lo que subyace a muchas de las modificaciones. ¿Es que acaso la víctima de un delito de violación es una víctima de segunda categoría? ¿Estamos dispuestos a creerles a todas las víctimas, pero no a una víctima-mujer agredida sexualmente? Cabría revisar si hay estereotipos negativos comandando dichas posiciones y, hacer el ejercicio de introducir perspectiva de género como herramienta de análisis para honrar la prolijidad del debate.

Y respecto al procedimiento para justificar la concurrencia de la causal, a nuestro juicio bastaría con una declaración jurada de la víctima, tal como existe en otras latitudes, pero se ha optado por un equipo médico a dichos efectos, lo cual, si bien desmerece la valía de la voz de la mujer, pues no se estima bastante su propia aseveración acerca de la existencia de agresión sexual, se encuentra dentro de lo tolerable. Lo que no es tolerable es que se pretenda recrudecer una vez más, este verdadero camino de espinas que deberá transitar la mujer que ha decidido interrumpir un embarazo provocado por una agresión sexual bajo la excusa de una invasión de facultades jurisdiccionales ciertamente inexistente.

Finalmente, esta discusión probablemente revela la necesidad de aproximarnos a la cuestión de la interrupción voluntaria del embarazo desde la perspectiva de los derechos humanos reproductivos de la mujer más que desde el derecho penal, en torno al cual este proyecto, constituyendo sin duda un avance, sigue discurriendo.

María Francisca Zapata/Presidenta Asociación de Magistradas Chilenas.



**CELEBRACION DE LAS SOCIAS DE MACHI A LA FISCAL DE LA CORTE SUPREMA Y FISCAL DE LA CORTE DE APELACIONES DE SAN MIGUEL, Y SOCIAS FUNDADORAS LYA CABELLO Y CARLA TRONCOSO**

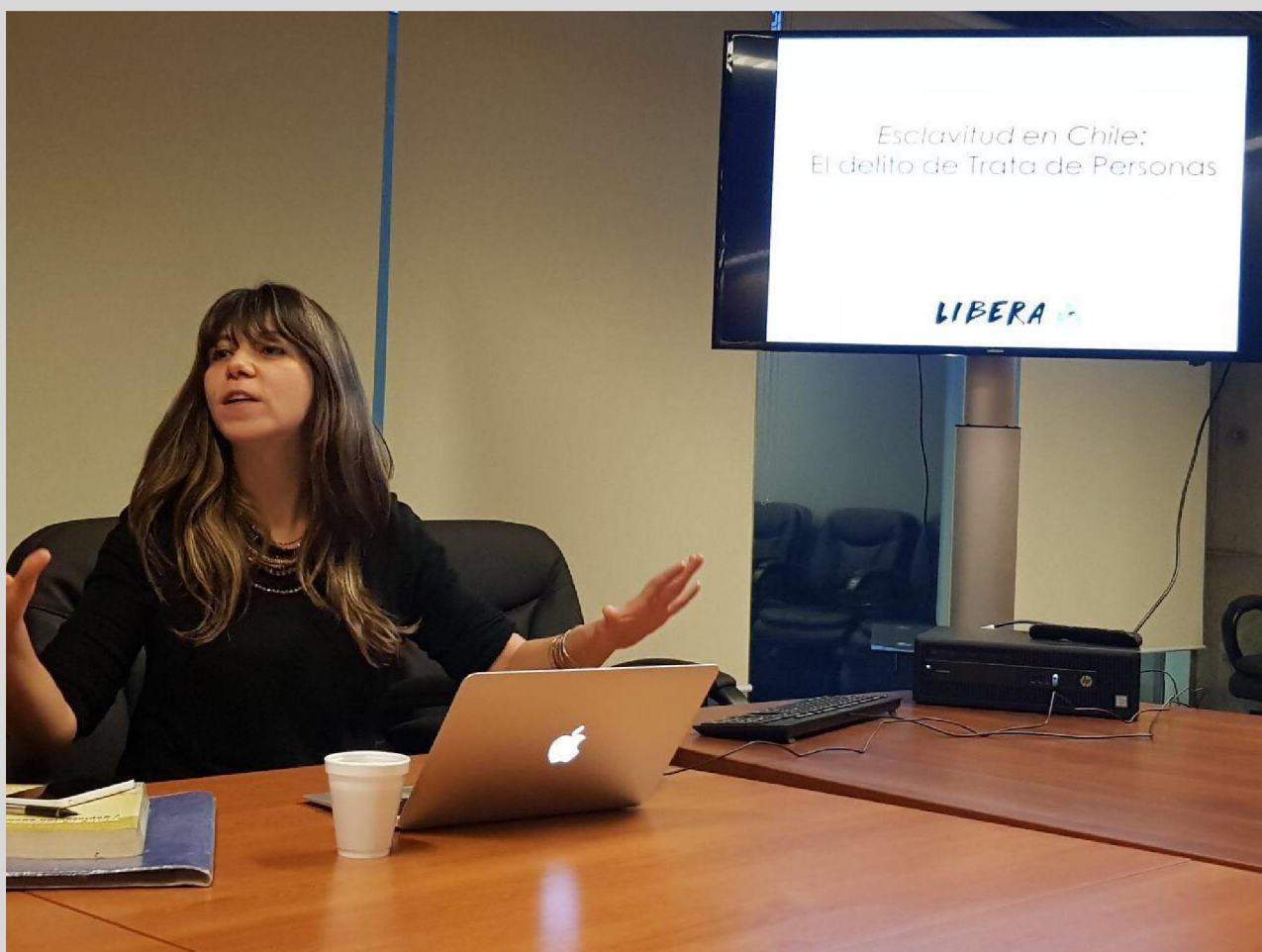


**LA DIRECTIVA DE MACHI EN PROMULGACION DE LEY QUE CREA 110 NUEVOS JUECES.**

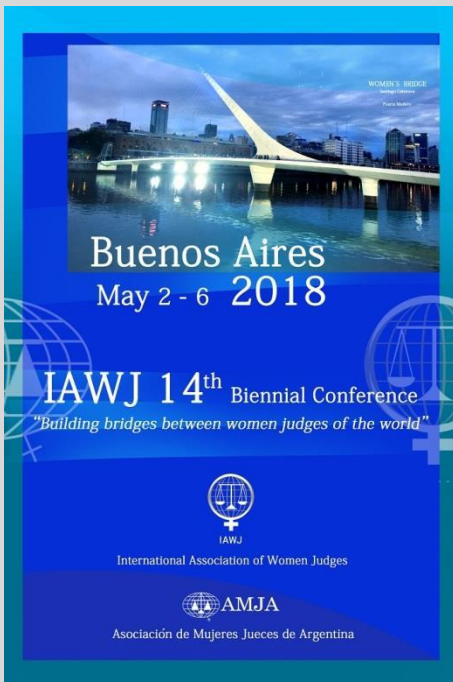
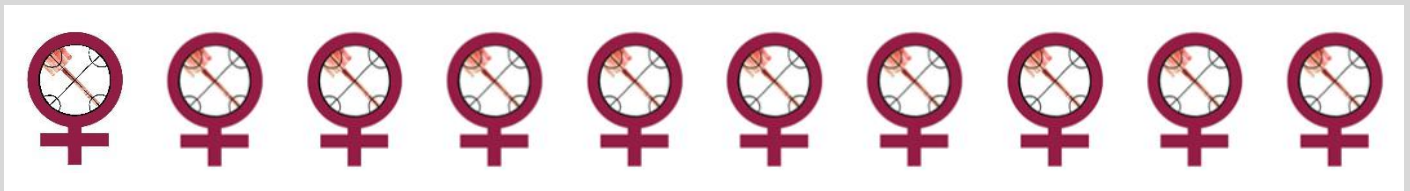




CAPACITACION EN TRATA DE PERSONAS CON LA PROFESORA CAROLINA RUDNICK VISCARRA.



# MACHI EN REUNION CON GREMIOS DANDO SUS OBSERVACIONES A POLITICA DE GENERO EN PODER JUDICIAL.



Estimadas socias, les contamos que ya está abierto el registro para la IAWJ Conferencia Bienal 2018 que se realizará entre el 2 y el 6 de mayo del próximo año en la ciudad de Buenos Aires.

Para quienes no lo saben, esta es la organización para la cual se paga la cuota internacional.

Debido a la cercanía, estamos en una posición privilegiada para asistir, ojalá muchas podamos hacerlo, pues constituye una excelente oportunidad de compartir experiencias con juezas de todo el mundo.

Como la idea es que vayamos muchas, en los próximos días les enviaremos los datos para la inscripción (mas barata si se hace antes de diciembre), los hoteles mas baratos, buenos y cercanos al hotel donde se realizará la conferencia (Hilton), así como pasajes. Organicen sus fechas de vacaciones (aunque intentaremos que nos den comisión de servicio). Cualquier duda escribir a Pilar Maturana [pilarcabezas@gmail.com](mailto:pilarcabezas@gmail.com) o a Macarena Rebolledo [macarebol@gmail.com](mailto:macarebol@gmail.com)



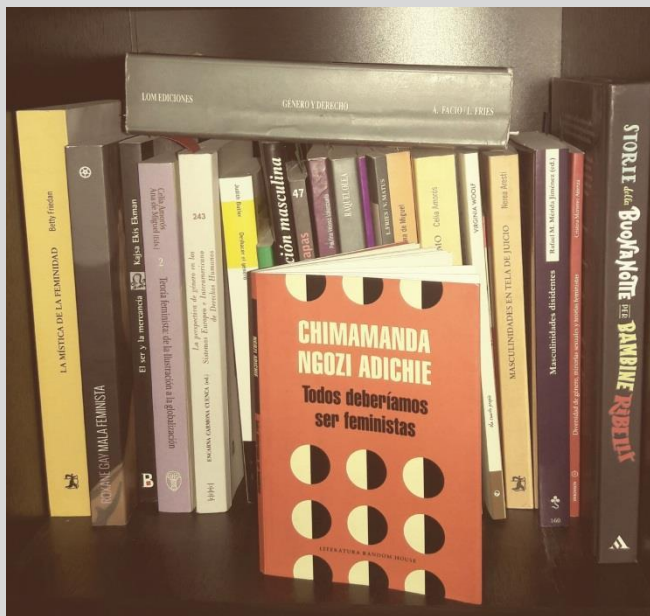


## LO QUE ESTAMOS LEYENDO

Esta sección surgió luego de la primera reunión del directorio de Machi, cuando nos dimos cuenta cuantos amábamos los libros, y la importancia de compartir con los demás aquellos que han significado un desafío, que nos han abierto la mente, y quizás también el corazón, y con los que hemos aprendido en las distintas materias de nuestro interés. Ahora no solo queremos compartirlos entre nosotras, sino también con ustedes.

Todos deberíamos ser feministas (*We Should All Be Feminist*)

Chimamanda Ngozi Adichie



En las cincuenta y cinco páginas que tiene el libro, la escritora argumenta, desde la simpleza pero también desde la profunda convicción, el porqué todos deberíamos ser feminista. El libro comienza con la siguiente historia: uno de los mejores amigos de Chimamanda le pregunta: ¿Sabes que eres feminista?, y la pregunta parece equivalente a ¿apoyas el terrorismo?, constatando con ello que la palabra feminismo está “sobrecargada de connotaciones, connotaciones negativas”. En las hojas que siguen la autora cuestiona la construcción machista del propio lenguaje, la baja participación de las mujeres en los cargos de poder y representación, la manera en que criamos a nuestros hijos e hijas, y la correspondiente imposición de roles. Finalmente, se declara feminista, respondiendo así a la pregunta que cuando niña le hizo un buen amigo.

Sobre la autora

Si bien su nombre nos parece impronunciable, y desde ahí lejana, la escritora nigeriana que vive entre Estados Unidos y su país natal, ha escrito no solo novelas sino también libros de cuentos y de poesía. Los y las invito a leer sus libros y a escuchar sus discursos.

Abrazos sororos.



## **DIRECTORIO:**

Presidenta: María Francisca Zapata

Vicepresidenta: Carola Rivas

Secretaria: Carolina Garrido

Tesorera: Pilar Maturana

Directora: Lidia Poza

Directora: Ymay Ortiz

Director: Fernando Guzman

Edición y diagramación: Macarena Rebolledo Rojas

Directora Técnica de Comunicaciones de Machi

[macarebol@gmail.com](mailto:macarebol@gmail.com)

Invitamos a todos los socio/as a enviar sus fotos, colaboraciones y artículos.

Asociación de Magistradas Chilenas  
[contacto@magistradaschilenas.cl](mailto:contacto@magistradaschilenas.cl)  
[www.magistradaschilenas.cl](http://www.magistradaschilenas.cl)

