

**CASO NABILA RIFO**  
**COMENTARIO AL FALLO DE LA CORTE SUPREMA**

**Cristóbal Patricio Bonacic Midane**  
**Abogado y Postítulo en Criminología. Pontificia Universidad Católica de Chile**  
**Profesor de Derecho Penal. Pontificia Universidad Católica de Chile**  
**Profesor de Derecho Penal. Universidad Nacional Andrés Bello**  
**cbonacic@bcbabogados.**

---

Sin temor a equivocarnos, podemos sostener que el juicio oral desarrollado ante el Tribunal de Juicio Oral en Lo Penal de Coyhaique, y que tuvo por objeto juzgar los violentos hechos sufridos por doña Nabila Rifo en el año 2016, no dejó indiferente a nadie. Situación motivada tanto por la crueldad de los mismos, como por la exposición pública de dicha instancia procesal, que fue transmitida en vivo por varios canales de televisión, lo que incluso derivó en la sanción que impuso el Consejo Nacional de Televisión a uno de ellos.

Especial relevancia jurídica despierta el fallo pronunciado por la Excelentísima Corte Suprema el pasado 11 de julio (Causa Rol N° 19.008- 2017), que acogió parcialmente el recurso de nulidad intentado por la defensa del señor Ortega, y que implicó una rebaja de la pena impuesta originalmente. Esta reducción provocó las más diversas opiniones tanto de expertos en derecho como de autoridades políticas, quienes en su gran mayoría discreparon del sentir de nuestro máximo tribunal en orden a recortar la pena aplicada a quien fuera el responsable de una agresión tan brutal.

En un primer término el señor Ortega fue condenado como autor de los delitos de violación de morada violenta, lesiones graves gravísimas y femicidio, en grado de frustrado. Este último ilícito fue objeto de revisión por la Segunda Sala de la Corte Suprema, debido a que no fue posible apreciar en la dinámica de los hechos probados en el juicio oral que el imputado haya actuado con dolo directo homicida, lo que forzó a recalificarlo como constitutivo de lesiones simplemente graves, en los términos previstos en el artículo 397 N°2 del Código Penal. Con ello se soslayó la realización de un nuevo juicio oral, al amparo del artículo 385 del Código Procesal Penal que autoriza al tribunal revisor a dictar sentencia de reemplazo si el fallo anulado hubiere impuesto una pena superior a la que legalmente correspondiere.

Resulta indispensable tener en consideración que la revisión de la calificación jurídica debe realizarse sobre la base de los hechos que resultaron probados en el juicio, y que en este caso corresponden a los siguientes: *“el acusado golpeó en retiradas oportunidades en la cabeza de la víctima con dos trozos de concreto que portaba en sus manos, provocando múltiples fracturas en su cráneo, para luego 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”*.

Es sobre estos hechos, y no otros, que la Corte Suprema debió decidir, primero, si debían ser considerados como una unidad natural de acción - un solo delito independiente de la calificación jurídica que reciba - como esgrimió la defensa; y luego si eran constitutivos de dos delitos de lesiones - simplemente graves y graves gravísimas - o, en su defecto, constitutivos de femicidio frustrado y lesiones graves gravísimas, respectivamente.

La Excelentísima Corte, con razón, optó por estimar que ambos hechos configuran un concurso real y no ideal, al no superar el llamado test de *“necesidad”* o *“evitabilidad”*, al ser perfectamente concebible la realización de cada acto por separado - agresión con trozos de concreto y posterior extracción de ojos - sin que la omisión del primero conlleve forzosamente la omisión del segundo. Esto implicó descartar la tesis levantada por la defensa, como uno de los fundamentos subsidiarios del recurso de nulidad deducido, en orden a que ambos hechos configuran la reclamada unidad natural de acción.

Despejado el punto anterior, que a nuestro entender resulta evidente, nos invita al análisis el elemento subjetivo presente en el primer acto del llamado *“Hecho N° 2”* de la acusación fiscal. Esto es, si los golpes realizados mediante los dos trozos de concreto revelan un dolo directo homicida; un dolo eventual homicida, o tal como lo estimó la Corte, sólo un dolo de lesiones simplemente graves.

Para dicho análisis el máximo tribunal descartó de plano que la dimensión o faz subjetiva de un delito que se encuentra en una etapa imperfecta de desarrollo - tentativa o frustración - esté conformada por un dolo distinto al directo o de primer grado - la realización del hecho delictivo es la meta del sujeto que actúa -, desechando, por ende, la concurrencia del dolo eventual.

Si bien lo anterior pudo haber sido objeto de mayor discusión, en atención a que no pocos autores entregan poderosos argumentos que permiten sustentar un delito frustrado con dolo eventual, ello, a nuestro entender, hubiera resultado estéril por cuanto la dinámica de los hechos probados revela indefectiblemente un dolo de lesionar, no de matar.

Resulta indispensable en este punto recordar que todos los elementos del delito deben ser probados en el respectivo juicio, no pudiendo darse por supuesto ninguno de ellos. En ese sentido, despierta especial dificultad la prueba de aquel que solo encuentra su asiento en la mente de quien actúa, como el dolo. Este debe ser precisado a partir de un juicio de inferencia, que tiene como punto de partida los comportamientos del sujeto activo que trasuntan a lo subjetivo, y que desencadenan un cambio en el mundo exterior perceptible por los sentidos; resultando ser dicha prueba meramente indiciaria.

Para el Tribunal Oral de Coyhaique, contrario a lo que en definitiva resolvió la Corte Suprema, resultó inequívoco - como se expresa en el considerando 85° - que el acusado, al extraer los dos ojos, modificó la forma de su primitivo accionar, el cual evidenció un *“claro propósito de privarle la vida a la víctima, abandonando su conclusión a su curso natural”*. En ello no tuvo incidencia la enucleación, acción desprovista de intencionalidad homicida, como revelaron los informes médicos evacuados a su respecto, y que concluyeron que dicha acción no imprimió al cuadro general de salud un riesgo vital adicional.

La reflexión realizada por el Tribunal de Instancia no responde, en nuestra opinión, a un juicio de inferencia, si no más bien a la necesidad de condenar de manera ejemplar al responsable de actos que implicaron una violenta transgresión a los más elementales derechos humanos, modificando para siempre la vida de una persona.

Este juicio de inferencia exige ponderar el orden de los ataques, siendo este clave a la hora de precisar el fin, meta o propósito perseguido por el acusado al golpear a la víctima; esta determinación jurídica habría variado diametralmente si el acusado hubiera actuado en un orden inverso, realizando primero la enucleación, y luego el ataque con los dos pedazos de concreto.

Las máximas de la experiencia, tal como lo refiere el considerando sexagésimo del fallo de la Corte Suprema, indican que quien persigue una finalidad homicida realiza todos los actos objetivamente idóneos y necesarios para la consecución de dicho fin. De esta manera, no resulta razonable pensar que quien ejecuta, primero, una acción con miras a provocar la muerte, realice, después, una segunda acción - enucleación - que se encuentra desprovista de dicha finalidad, guiada más bien por el objetivo de provocar un daño permanente en la víctima, al transformarla en una persona distinta, y que solo cobra sentido si esta no fallece.

Este simple, pero razonable análisis, nos permite sostener que la finalidad perseguida por el acusado no resulta conciliable con un dolo directo homicida, el cual, de estar presente, no lo hubiera guiado a volver al sitio del suceso, primero. Y luego, al percatarse que su víctima aún se encontraba con vida - testigos indican que ello era evidente - sería lógico pensar que hubiera completado la obra iniciada con

el primer ataque, en desmedro de la acción efectivamente ejecutada, y que técnicamente no contribuyó a la consecución del supuesto fin original.

Sin duda lo aquí sostenido puede despertar opiniones contrarias para quienes aprecian la concurrencia de un dolo directo homicida, pero estas discrepancias son naturales. Responden a la intrínseca dificultad que estriba el esfuerzo por tratar de precisar un elemento que no encuentra su correlato en el mundo físico. Así, el juzgador debe realizar un esfuerzo intelectual por descubrir la finalidad perseguida por personas que, en la mayoría de los casos, son guiadas por las más oscuras motivaciones, que ni siquiera el mismo actor está en condiciones de precisar a ciencia cierta.

No resulta razonable pensar que quien ejecuta, primero, una acción con miras a provocar la muerte, realice, después, una segunda acción - enucleación - que se encuentra desprovista de dicha finalidad.