



**Defensoría**  
Sin defensa no hay Justicia

**4° INFORME DE JURISPRUDENCIA SOBRE  
DEFENSA PENAL DE IMPUTADOS INDÍGENAS**

NOVIEMBRE DE 2017

**DEPARTAMENTO DE ESTUDIOS Y PROYECTOS**  
**Unidad de Defensa Penal Juvenil y Defensas Especializadas**

<b>Presentación .....</b>	<b>4</b>
<b>I. Sentencias que consideran la costumbre indígena. ....</b>	<b>5</b>
1. Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Calama. Absuelve porte ilegal de arma de fuego, fundado en la falta de antijuridicidad de la conducta que se adscribe a la costumbre del pueblo al que pertenece.....	5
2. Tribunal de Juicio Oral de Calama. Absuelve de tenencia ilegal de detonadores por considerar que existe un error de prohibición invencible. ....	16
3. Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Punta Arenas. Condena a uno de los imputados por trata impropia de personas pero sustituye pena y aplica aminorante del artículo 11 N° 1, ambas cuestiones en atención a la calidad del imputado y las prácticas de su cultura.....	21
4. Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Angol. Absuelve de abigeato y porte ilegal de municiones. ....	26
<b>II. Sentencias referidas al uso de la fuerza policial.....</b>	<b>29</b>
1. Corte de Apelaciones de Temuco. Acoge amparo en favor de niños con ocasión de procedimiento policial con vulneración de garantías fundamentales.....	29
2. Corte Suprema. Revoca sentencia apelada y acoge amparo por discriminación de mujer indígena, privada de libertad. ....	32
<b>III. Sentencias en que se sustituye la pena privativa de libertad en aplicación del Convenio 169 OIT.....</b>	<b>43</b>
1. Corte de Apelaciones de Antofagasta. Se revoca la resolución apelada que rechazó la solicitud efectuada por la defensa respecto a cumplir la pena sustitutiva con vigilancia por Carabineros de Chile, imponiéndose la pena sustitutiva de reclusión parcial domiciliaria nocturna con monitoreo telemático. ....	43
2. Corte de Apelaciones de Antofagasta. Acoge apelación. Se concede la aplicación de una pena sustitutiva de reclusión parcial domiciliaria, aun cuando no es posible el monitoreo telemático. ....	46
3. Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Angol. Sustituye pena de reclusión parcial por reclusión nocturna domiciliaria a imputado mapuche. ....	49
4. Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Temuco. Sustituye pena privativa de por la pena sustitutiva de libertad vigilada en vista de la calidad de indígena del acusado. ....	51

5. Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Cañete. Se condena a los imputados, se considera en algunos casos la calidad de indígena. ....	53
6. Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Cañete. Sentencia condenatoria, limita la aplicación del Convenio 169 de la OIT.....	57
<b>IV. Sentencias asociadas a reivindicación territorial mapuche.....</b>	<b>59</b>
1. Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Temuco. Absuelve de delito de incendio con resultado de muerte. ....	59
<b>V. Varios.....</b>	<b>68</b>
1. Corte de Apelaciones de Temuco. Acoge amparo por aplicación del artículo 19 N°7 letra e) de la Constitución Política de la República a un supuesto no contemplado por la norma, lo que tiene como consecuencia la conculcación de la garantía invocada.....	68
2. Corte Suprema. Acoge amparo, disponiendo la inmediata libertad de los amparados que se encontraban en prisión preventiva. ....	71

## **Presentación.**

La Unidad de Defensa Penal Juvenil y Defensas Especializadas pone a disposición de los defensores y profesionales de la Defensoría Penal Pública, el 4° Informe de Jurisprudencia sobre Defensa Penal Indígena, que contiene sentencias dictadas durante los años 2016 a 2017 por la Corte Suprema, algunas Cortes de Apelaciones y Tribunales Orales en lo Penal.

Como es habitual en nuestros informes, cada resolución es precedida de un cuadro resumen que indica el o los temas más relevantes a que se refieren los fallos incluidos. Además, se consigna la identificación del tribunal y los datos de la causa respectiva, se describen sucintamente los principales aspectos del caso y se reproducen aquellos considerandos y/o aspectos decisorios que constituyen la argumentación relevante del tribunal.

Asimismo, desde la tabla de contenidos se puede acceder directamente a cualquier resolución, haciendo un clic en el botón izquierdo del mouse con el cursor sobre el correspondiente fallo, pues están operativos los respectivos hipervínculos. De la misma manera, el Informe tiene activa la función “volver a la tabla de contenidos”, visible en cada página. Asimismo, se cuenta con la función “Seleccionar texto”, lo que permite copiar los contenidos que sean necesarios para el beneficio de los usuarios.

Cualquier interesado en el texto íntegro de alguna de las resoluciones de este Informe, puede solicitarlo a [udpj@dpp.cl](mailto:udpj@dpp.cl).

## I. Sentencias que consideran la costumbre indígena.

1. Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Calama. Absuelve porte ilegal de arma de fuego, fundado en la falta de antijuridicidad de la conducta que se adscribe a la costumbre del pueblo al que pertenece.	
RIT	<u>138-2015</u>
RUC	1401069965-8
MATERIA	Ejercicio legítimo de un derecho a propósito del Convenio N° 169 de la OIT
TIPO DE RESOLUCIÓN	Sentencia de juicio oral
FECHA	12-08-2015

### a) Principales aspectos del caso

El día 03 de noviembre de 2014, mientras personal correspondiente a la comisaría de San Pedro de Atacama, efectuaba labores de vigilancia, procedió a fiscalizar el vehículo del imputado, verificando en ese momento que este portaba consigo un rifle automático, modelo R550, calibre 22, marca Bersa, N° de serie 2791 por lo cual al no mantener el permiso que lo autoriza para el porte ya indicado, se procedió a su detención. El Ministerio Público sostuvo que los hechos descritos son constitutivos de porte ilegal de municiones y porte ilegal de arma de fuego, ilícito que se encuentra en grado de ejecución consumado. La defensa no controvertió los hechos, sino la existencia de antijuridicidad y culpabilidad, la que debe analizarse en el contexto de una práctica cultural del pueblo atacameño y atendiendo la formación académica del acusado y su calidad de indígena.

El tribunal resolvió que, enmarcándose el actuar del acusado al tenor del artículo 10 N° 10 del Código Penal, es decir en el ejercicio legítimo de un derecho a propósito del Convenio N° 169 de la OIT, es reconocido por el derecho y por tanto, permitido.

### b) Argumentación relevante del fallo

**UNDÉCIMO:** *En cuanto a la antijuridicidad. Que conforme lo refiere el profesor Etcheberry, en general cuando una ley señala una pena como consecuencia de una realización del hecho que describe, es porque desea prohibirla, y que, por ende esa acción, además de ser típica será ordinariamente antijurídica. Sin embargo hay casos en los cuales*

*la ley permite u ordena la ejecución de un acto típico. En esas circunstancias el acto, sin dejar de ser típico, ya no es antijurídico, pues no está prohibido por la norma. Esos casos especiales son las llamadas causales de justificación, que hacen que una conducta típica sea lícita. (ETCHEBERRY, Alfredo; Derecho Penal, Parte General, Tomo I, 3° Edición, 1997, p.p 238-239, Editorial Jurídica).Lo anterior, ya que como señala Zaffaroni, a veces se hace necesario reconocer que la realización de una acción antinormativa, es precisamente un derecho que no puede negarse al agente como parte de su ejercicio de libertad social que disuelve el conflicto o, al menos la pretensión de injerencia punitiva. (ZAFFARONI, Eugenio; Manual de Derecho Penal, Parte General, 2° reimpresión corregida, 2005, p.p.455, Ediar).*

*Luego en estas condiciones, una conducta será punible, cuando además de ser típica conforme se ha razonado en el considerando previo, cumpliéndose objetivamente la conducta descrita en el tipo, sea igualmente antijurídica, esto es, al decir del profesor Cury, portadora de un disvalor que contradice las normas de deber contenidas en el ordenamiento jurídico (CURY, Enrique; Derecho Penal Parte General, 9 Edición, 2009, p.p. 353, Ediciones Universidad Católica de Chile), cuestión que no ocurrirá en tanto exista o se configure una causal de justificación, en este caso conforme lo esgrimió la defensa, bajo la forma del ejercicio legítimo de un derecho.*

*Que la anterior causal de justificación, se configurará precisamente en tanto concurra su requisito esencial, como lo es la existencia del derecho, con todo conforme lo refiere el ya citado profesor Cury, no es necesario que la facultad aparezca expresamente establecida por la ley; la existencia de un derecho puede también deducirse de normas consuetudinarias o mediante una interpretación analógica; lo decisivo es el contexto del ordenamiento en su conjunto; debiendo igualmente considerar que su ejercicio sea legítimo, en contrapartida a la figura del abuso del derecho. (CURY, Enrique; Ob. Citada. p.p 382).*

*Es del caso, que en este punto, la defensa del acusado P.P, señaló que si bien éste portaba un arma de fuego al interior del vehículo en que se desplazaba por la ruta 23 CH al interior de esta provincia, con la cual fue sorprendido por los funcionarios policiales al registro del móvil, aquello obedeció simplemente a la realización de una práctica cultural, ya que finalmente el encartado regresaba de realizar labores propias de "pastoreo" en la*

*alta montaña, en la cual ésta era utilizada para ahuyentar animales que pudieran atacar el ganado; práctica que encontraría amparo en nuestra legislación vigente, y que excluiría el reproche penal.*

*Luego, lo anterior será efectivo, en tanto pueda establecerse que el actuar del encartado se encuentra motivado culturalmente y se establezca igualmente que aquello implicaba un actuar de conformidad con la cultura o costumbre de su pueblo o etnia, en este caso el atacameño o licanantay, al que afirma pertenecer y por ende merezca el reconocimiento del Estado a su respecto, puesto que como se dijo ya en la deliberación, efectivamente el Convenio N° 169 de la OIT, en tanto normativa vigente, si bien viene a enriquecer la ley N° 19.253 sobre fomento y desarrollo de los indígenas, conforme lo han señalado nuestros tribunales superiores, resulta ser clara la protección y reconocimiento a los pueblos indígenas existentes al interior de los Estados. En efecto, la normativa en cuestión luego de disponer en su artículo 2, que los Gobiernos deben promover la plena efectividad de los derechos sociales, económicos y culturales de los pueblos, respetando su identidad social y cultural, sus costumbres y tradiciones, y sus instituciones; agrega, en el artículo 5, un principio denominado como de maximización de la autonomía indígena y minimización de restricciones, que implica, que al aplicar las disposiciones del convenio deberán reconocerse y protegerse los valores y prácticas sociales, culturales, religiosos y espirituales propios de dichos pueblos y deberá tomarse debidamente en consideración la índole de los problemas que se les plantean, tanto colectiva como individualmente; estableciéndose luego, en el artículo 8, que dichos pueblos deberán tener el derecho de conservar sus costumbres e instituciones propias, siempre que estas no sean incompatibles con los derechos fundamentales; todo lo cual viene a brindar sustento al actuar y desenvolvimiento de un individuo dentro del marco de una cultura indígena - colectivo- en tanto grupo minoritario, aceptando conforme cita efectuada en Informe elaborado por la Defensoría Penal Pública (N° 1, abril de 2010), que los indígenas constituyen agrupaciones humanas previas al Estado, que tienen -o tuvieron- un territorio común, una historia, cultura y conocimiento; pero además que se identifican con sus pares y a la vez se sienten diferentes de otros grupos. Cuerpo normativo citado al que debe sumarse, necesariamente, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, que en su artículo 27, señala que en los Estados en que existan minorías étnicas, religiosas o lingüísticas, no se negará a las personas que pertenezcan a dichas minorías el derecho que les corresponde, en común con los demás miembros de su grupo, a tener su propia*

*vida cultural, a profesar y practicar su propia religión y a emplear su propio idioma; lo que ha sido denominado en doctrina como un derecho a la cultura entre los derechos fundamentales. En este último sentido (DE MAGLIE, Cristina; Los Delitos Culturalmente Motivados, Madrid 2010, p.p. 188, Marcial Pons).*

*Que en este orden de ideas y a fin de determinar si nos encontramos frente a un hecho culturalmente motivado -y por ende sustentado en la costumbre-merecedor de reconocimiento y protección, de conformidad con nuestra legislación, nos estaremos a lo señalado por la profesora Cristina de Maglie, ya citada, quien manifiesta que aquello sucederá cuando concurren: a) el motivo cultural, siendo necesario determinar si la causa psíquica que ha determinado al sujeto a cometer el delito encuentra explicación en el bagaje cultural del que es portador el agente; b) la coincidencia de reacción, ya que será necesario demostrar que la motivación cultural del individuo tiene una dimensión objetiva o, en otras palabras, que el motivo cultural no solo forma parte de la ética individual del autor, sino que es también expresión de bagaje cultural consolidado del grupo étnico al que se pertenece. Será necesario comprobar que los componentes del grupo étnico del que forma parte el sujeto, valoran la situación concreta en la que el delito se ha realizado del mismo modo en la que la ha valorado el imputado; y, c) la diversidad entre culturas, ya que la cultura del grupo étnico al que pertenece el autor deberá finalmente compararse con la del país anfitrión, de forma que se puedan identificar las diferencias de la valoración y de tratamiento entre los dos sistemas: si la diversidad es consistente, también este test se entenderá superado y se podrá concluir que subsiste un hecho culturalmente motivado (DE MAGLIE, Cristina; Ob. Citada, p.p. 68-69); todo lo cual permitirá determinar la naturaleza del actuar del encartado y por sobre todo su motivación cultural o no, reflejo de un actuar en base a la costumbre, debiendo tener presente en esta parte que aquella al tenor del artículo 54 de la ley N° 19.253, se puede probar por cualquier medio, teniendo especialmente presente la realización de una pericia al respecto.*

*En cuanto al primer punto, esto es el hecho de que la **causa psíquica que ha determinado al sujeto a cometer el delito encuentra explicación en el bagaje cultural del que es portador el agente**, se contó principalmente con la declaración de doña Cristina Garrido Contreras, quien en su calidad de perito antropóloga, manifestó en juicio que realizó una pericia en este sentido, estableciendo como una de sus conclusiones, la calidad de "pastor" del acusado, y su relación con el paisaje de conformidad con la etnia a que*



adscribe, de acuerdo a la costumbre que practica y las representaciones asociadas, en las que el arma dentro de este contexto es una herramienta. Manifestó que en el desarrollo de su trabajo, efectuó un viaje junto al encartado al sector donde refirió éste que trabajaba, denominado Pular, a fin de comprender de qué se estaba hablando, y saber si el acusado era poseedor y digno de aquel conocimiento del que manifestaba formar parte; fue así que en estas condiciones, y ya en el lugar, solicitó a éste la explicación del paisaje cultural que enfrentaban, asociados a prácticas, horas, espacios-tiempos, de los cuales ella es conocedora, atendida precisamente su labor profesional, lo que fue realizado por el acusado quien manejaba los conceptos propios que debía conocer, ya que luego de dar cuenta de la significación de la "apacheta", en tanto hito importante en la cultura atacameña o de la cultura de montaña, al ser un dispositivo que constituye un umbral de conexión entre diversas dimensiones y también un lugar donde se deja el cansancio, ya en la vega -de Pular- le pidió que le explicara una serie de cosas en relación a la entrevista previa al resto de los testigos -informantes-, así como que le mostrara los corrales y diera cuenta de su estructura, buscara los animales, que los llamara porque no estaban ahí, lo que hizo, ya que los animales comenzaron a aparecer, solicitándole igualmente que le indicara ciertas marcas asociadas con los pastores de Socaire, lo que igualmente realizó. Dio cuenta la perito, que el uso de herramientas está asociado a unidades de subsistencia, las que son necesarias en distintas actividades, ya que si es alguien que explota yareta, necesita ciertas herramientas, así, un macho, un chuzo y eventualmente dinamita; luego, si es alguien que explota azufre, necesita ciertas herramientas, eventualmente dinamita, un vehículo para transportarlo; si es agricultor, ciertas herramientas; y si es "pastor", necesita ciertas herramientas, luego, el acusado dice que es "pastor", últimos que si bien en un comienzo utilizaban boleadoras así como fuego, de manera posterior a conocer la pólvora, advirtieron que ésta les permitía generar cierto ruido, adquiriendo luego de la Guerra del Pacífico, rifles Winchester, el que era utilizado en el campo, siendo el elemento más efectivo que se conocía entre las posibilidades del "pastor". Afirmó la perito que, en estas condiciones, es posible situar al acusado con la práctica referida -pastoreo-, ya que tiene las capacidades y competencias para realizarla, derivadas precisamente de su bagaje cultural, el cual sustentó la mentada actividad, de todo lo cual se sigue que éste psicológicamente actúa en esta labor de pastor, utilizando un arma, en la convicción de realizar una conducta asociada al conocimiento y costumbre de su etnia, esto es la atacameña, a la cual pertenece, conforme el certificado extendido por la CONADI, residiendo en la localidad de Socaire al tenor del documento allegado con este fin, mediante

*el cual el Presidente de la Comunidad Indígena Atacameña de la localidad de Socaire, certifica que éste reside en el poblado referido; máxime si aquello igualmente fue explicado por el acusado en audiencia, donde manifestó que el arma de fuego era utilizada por su ruido para espantar a zorros y pumas, que pudieren atacar el ganado, y que pastoreaba desde pequeño, junto a su abuelita.*

*En este orden de ideas, necesariamente debe señalarse que logró establecerse igualmente de manera suficiente el hecho de que el acusado al ser fiscalizado por carabineros, regresaba del sector fronterizo de Pular, donde había ido a ver los animales de A.P, quien le había solicitado aquello, llevando el rifle para ahuyentar los animales que pudieren acechar al ganado.*

*En efecto, en esta parte se contó con la declaración del dueño de los animales que pastoreaba el encartado, A.P, tío del encartado y poblador de la localidad de Socaire, perteneciente de igual forma a la etnia atacameña, quien señaló que el acusado es nacido y criado allá, y que le ayuda ocasionalmente con su ganado, en actividades de esquila, vacuna, y que a veces va a verlos ya que se encuentran en las vegas de Pular, al sur de Socaire, en el sector fronterizo con Argentina. Relató que la última vez que le pidió al encartado ayuda, fue para vacunar a los animales, en el mes de mayo de este año, y que antes, en noviembre del año pasado, igualmente le pidió que los fuera a ver, ya que en el lugar hay ataques de pumas y zorros, los que espantan con un arma, efectuando tiros al aire. Refirió que el acusado dispuso la hora de salida, que no se pactó hora de regreso, y que solo supo que luego se lo llevaron detenido.*

*Complementario al anterior relato, fueron los asertos de doña Janette Cruz Cruz, quien señaló que el acusado se dedica al pastoreo, y que cuida cerca de 400 animales que son de alguien de su familia.*

*En igual forma, Emiliano Ramos, luego de referir que era agricultor y ganadero, señaló que los animales hoy se encuentran el sector de Pular, y que con el acusado fue varias veces a esquilar y vacunar al ganado, y que en el sector existe un refugio donde poder llegar, que es de piedra y barro, donde es posible hacer fuego.*

*Por su parte fue el propio funcionario policial Torres Lastra, el que corroboró el hecho de que el testigo A.P mantiene un ganado de "liamos" en el sector fronterizo de Pular, donde existe una estancia de piedra con madera.*

Que si bien conforme se aprecia de los relatos expuestos, que ninguno de los testigos de la defensa concurrió a las vegas de Pular, acompañando a Plaza en la labor de pastoreo que afirma realizó antes de ser controlado por personal policial, lo cierto es que la mentada versión resulta verosímil y sustentada en indicios concordantes y convergentes, al ser compatibles y apuntar a una misma dirección, teniendo especial consideración, el hecho que el acusado se dedicaba al pastoreo; que le fue solicitado por A.P, su tío, que fuera a ver sus animales al sector de Pular en aquella época, por lo cual le pagó; a que fue habido en la ruta internacional que comprendía el regreso de la mentada zona hacia la localidad de Socaire, en tempranas horas de la mañana; a que en el sector de Pular era siempre posible alojar y hacer fuego; y a que finalmente A.P, supo que luego de haberle requerido al acusado que fuera a ver sus animales, éste quedó detenido, sin que conste algún otro procedimiento policial en el cual se hubiere visto involucrado en aquella época; con todos estos antecedentes, se logra a juicio del tribunal un nivel de corroboración de la escueta versión del acusado, calificable como suficiente y que implica la posibilidad de colegir que aquello fue de la forma por éste descrita, siendo controlado al interior del vehículo por funcionarios de carabineros, en tanto regresaba del sector de Pular, donde realizó actividades de "pastor" en las cuales utilizó el arma que portaba.

A su turno, respecto de **que la motivación del sujeto no solo forma parte de la ética individual del autor, sino que es también expresión de bagaje cultural consolidado del grupo étnico al que se pertenece**, se contó con los testimonios de los testigos directos J.C, E.R y A.P, quienes fueron contestes en señalar que siendo atacameños desarrollan actividades de ganadería y pastoreo, y que en esta labor se mantienen ganados en distintos sectores de montaña o cordillerano, y que Pular es uno de éstos; afirmando que en aquella labor se utilizan armas de fuego, en este caso rifles, para ahuyentar los zorros y pumas que pudieren atacar a los animales, contextualizando así el uso del mentado armamento solo al desempeño de aquella labor; agregando que aquellas armas son las que les fueron dejadas por padres o abuelos, retrotrayendo así la práctica a aquello realizado por sus antepasados, quienes llevaban los rifles en millares hacia la zona. Es del caso que tanto A.P y J.C, cuentan con el certificado correspondiente, que acredita su calidad de indígenas, pertenecientes a la etnia atacameña.

Por su parte **A.P** y **E.R**, complementaron su testimonio, reconociendo y explicando en audiencia las fotografías a ellos exhibidas, que dan cuenta del paisaje geográfico donde se ubica Pular o la vegas de Pular, esto es en un sector fronterizo con Argentina, situando

los espacios físicos donde se ubica el ganado y pudiendo observar la estancia o lugar de alojamiento, así como un cordón montañoso cubierto de nieve; lo que le brinda sustento a sus asertos y abona a su credibilidad.

Luego, doña **Cristina Garrido Contreras**, en esta parte, señaló que lleva 19 años trabajando con comunidades de San Pedro de Atacama, que efectuó su maestría en la Universidad Católica del Norte, con "pastores de alta puna", que son los "Coyas". Empezó trabajando en la tercera región en traspaso de tierras y que luego regresó para teorizar y trabajar con "pastores" de la segunda región. Luego, señaló que para un atacameño que vive en Calama, que está criado en la ciudad, que porte un objeto como ese, para ella es un arma, pero el mismo atacameño que porta un objeto como ese, dentro de un contexto que está asociado al pastoreo, es una herramienta, y que una herramienta puede ser un arma, y un arma una herramienta, y que este es el caso de "los pastores". Explicó que si bien las armas son utilizadas en la cacería y el pastoreo, la arqueología a través del estudio del arte rupestre ha comprendido que la sociedad de cazadores recolectores cayó en desgracia, bajó en estatus frente a sociedades más complejas como lo son las de caravana, y ser cazador no tiene estatus importante como ser caravanero, en que se es más civilizado, se relaciona con otros sujetos y habla otras lenguas; entonces el arte rupestre de los cazadores recolectores está escondido en el paisaje, mientras que el arte rupestre de las sociedades más complejas son como carteles luminosos, entonces el ser cazador es un tema que no tiene prestigio en la actualidad. Manifiesta que, por su parte, los pastores la utilizan -armas-, y ha evolucionado su uso, precisando que el pastor empezó con la boleadora y el fuego, que es lo más espectacular que puede hacer un pastor, hasta que conoce la pólvora, la que comienza a llegar con la explotación minera en el siglo XIX, y también con las colonias españolas. Señala que la pólvora es un elemento que permite generar cierto ruido y que luego de la guerra del 79, como le llaman los atacameños a la Guerra del Pacífico, adquieren Winchester y que lo que más ha visto dentro de los pastores, es esa arma. Afirmó que hay orgullo en tenerlos y en utilizarlos, cuando se les usa en el campo. Agrega que se deriva al rifle, porque es más efectivo que otra cosa que se conozca, en las posibilidades del "pastor", ya que el rifle es fácil de portar y produce un gran ruido. Señala que ella sabe que es costumbre, desde hace 20 años, porque hizo su tesis de magíster donde se habla del "Pastoreo del alta Puna", lo que es corroborado por la literatura, así de Sousa, quien es el principal, ya que es el gran arqueólogo de proyectiles en Atacama, mismo que está asociado un equipo de trabajo llamado Arqueonorte, liderado por Lautaro Nuñez, quienes se dedican a cazadores recolectores y a rifles. Señaló en esta

*parte a la pregunta del fiscal que su afirmación es comprobable. Complementando los anteriores testimonios, la socióloga, doña Amanda Fabián Salas, encargada de la Unidad de Cultura y Educación de la CONADI, dio cuenta de una entrevista que habría realizado a distintas personas cercanas a la comunidad de Socaire o Atacama La Grande, así al presidente de la comunidad de Toconao, al del Ayllu de Collo, a una ex dirigente de Peine y algunos del Alto el Loa de la comunidad de Lavanda, a quienes les preguntó si el uso del arma de fuego fue una práctica habitual y si aún lo era, afirmando que toda la gente a quien consultó, respondió afirmativamente, señalando que esto siempre ha sido una práctica asociada al pastoreo, utilizada como una herramienta de protección de animales silvestres, o ataques de pumas y zorros, indicando que aquello era una práctica cultural.*

*Es del caso que si bien la testigo Fabián Salas, es de oídas respecto de aquello que le fue manifestado por terceras personas pertenecientes a distintas comunidades de la zona, que no comparecieron a estrados, su declaración finalmente es corroborada por los dichos de los dos testigos previos, pertenecientes a la etnia atacameña, así como por lo señalado por la antropóloga Garrido Contreras, quien dio cuenta precisamente del carácter de práctica cultural asociada al pastoreo del uso de armas de fuego, que en aquél contexto pasan a ser una "herramienta del pastor", de lo que se sigue la credibilidad de su testimonio.*

*Por lo anterior es posible tener por cierto el hecho que el actuar del encartado, no solo obedeció a un conocimiento o ética individual, sino que a la práctica de la costumbre asociada a un pueblo o etnia a la que pertenece, en este caso el atacameño o licanantay, en el que el uso de un rifle en el contexto del "pastoreo" es una herramienta de trabajo, usada en razón de la protección de sus animales, de aquellos depredadores, tales como zorros y pumas, a la cual como "colectivo" tuvieron acceso e hicieron propia luego de la Guerra del Pacífico, con la llegada de la industria minera y las colonias españolas; en lo que se debe considerar el dinamismo de la cultura contraria a una concepción estática, en que pudiera sostenerse que solo es práctica cultural aquella realizadas hace milenios; ya que finalmente al decidir un pueblo asentarse y vivir de la agricultura y ganadería, en base a intercambio y recolección, aquello conlleva evolución y utilización de distintos implementos y herramientas para cada una de estas actividades, en las que se agregarán otras para cumplir los mismos fines.*

*Que a juicio del tribunal, la declaración de la perito, resultó de vital relevancia en este*

caso, ya que se trata de una profesional antropóloga experta en la materia, quien cuenta con diversos estudios sobre pastoreo de alta montaña, desempeñándose cerca de 20 años en la zona, lo que permiten considerarla con la suficiente experiencia y conocimiento técnico actualizado en la materia, pues, según indicó, además se encuentra realizando su tesis doctoral; misma profesional que se planteó frente a la problemática desde una perspectiva de investigación -deductiva- a fin de validar o refutar hipótesis, realizando un trabajo de campo que incluyó la búsqueda de evidencias y patrones que le permitieran arribar a conclusiones; logrando contestar cada una de las preguntas formuladas en audiencia, dando siempre razón de sus dichos y del sustento fáctico de aquello que afirmaba, así como de los fundamentos teóricos existentes sobre la materia, lo que le brinda sustento en tanto conocimiento científicamente afianzado, cuyo objeto de estudio recae precisamente en la realidad humana y los comportamientos sociales, por lo que no se duda de su contenido.

Finalmente respecto de la **diferente valoración que existe del hecho, al compararse con la cultura del país anfitrión**; clara resultó en esta parte la perito antropóloga al señalar que la connotación de herramienta que se le atribuye a un arma, se verifica en un contexto determinado, y que implica tanto tener el conocimiento, aptitudes y capacidades de hacerlo así como el desempeño de una actividad específica, como lo es "el pastoreo", en un paisaje igualmente determinado, con sus lecturas, tiempos y espacios; contexto que en manera alguna se da en nuestra cultura -como país anfitrión- en la que un rifle es derechamente un arma de fuego, que por regla general es utilizado para herir a otro, ya defendiéndose, ya atacando o para generar disuasión en el actuar humano, lejos a simple vista de aquella connotación meramente utilitaria brindada en el desempeño de la actividad de pastorear animales en la alta montaña; lo que no hace más que evidenciar la contradicción existente entre ambas culturas en las que además resulta evidente la diferenciación de sus prioridades en las que la tierra y el agua resultan ser aquello que mueve su actuar diario en cuanto colectivo, y en el cual se sustenta su economía, a diferencia de la nuestra sustentada en servicios y la minería, en los que prima la visión individualista del hombre.

Dilucidado lo anterior, y ya corroborados los requisitos en cuestión, es dable afirmar que nos encontramos frente a un acto culturalmente motivado, en el ámbito de la práctica cultural de un sujeto perteneciente a una etnia reconocida legalmente de conformidad con

lo señalado en el artículo 1° y 62 de la ley N° 19.253, por lo que necesariamente encuentra sustento o justificación legal el actuar del acusado, al tenor del Convenio N° 169, y del artículo 27 del Pacto de Internacional de Derechos Civiles y Políticos, ya citados, quien al ser fiscalizado por funcionarios policiales fue sorprendido portando un rifle y municiones al interior del vehículo en que se movilizaba, el que previamente había utilizado en sus labores propias de "pastoreo" en el sector fronterizo de las vegas de Pular, al interior de esta provincia; encontrándose aquella práctica reconocida y permitida, en el contexto de la labores propias del "pastoreo", en que un arma, y en este caso, un rifle, pasa a ser una herramienta de trabajo del "pastor", quien necesariamente debe regresar con aquella desde el lugar en que fue utilizada, sin perder la connotación que le fue dada en principio, en tanto era trasladada nuevamente por el acusado hasta su localidad de origen, esto es, Socaire, no siendo así reprochable penalmente el hecho, al contar con una causal de justificación, conforme se afirmó por la defensa, sustentada en el artículo 10 N° 10 del Código Penal, en tanto Andrés Plaza, no hizo más que ejercer un derecho reconocido legalmente, al actuar conforme su cultura.

**DECIMOTERCERO:** Absolución. Que enmarcándose el actuar del encartado al tenor del artículo 10 N° 10 del Código Penal, en el ejercicio legítimo de un derecho a propósito del Convenio N° 169 de la OIT, y del Pacto de Derechos Civiles y Políticos ya citado, en los que se reconoce y protege la práctica cultural a los integrantes de los pueblos indígenas, en tanto portadores de derechos colectivos, y habiéndose acreditado debidamente la motivación cultural de su actuar, y más allá del conocimiento que hubiere tenido de la existencia de la prohibición respecto del porte de arma de fuego, su accionar finalmente se encontraba reconocido por el derecho y por ende permitido, debiendo así absolverse del delito de porte de arma por el cual fue acusado Plaza Plaza; desestimándose igualmente en este orden de ideas y en base a los mismos argumentos ya vertidos, la aplicación del inciso segundo del artículo 11 de la ley N° 17.798, solicitada por el Ministerio Público, pues resultando lícito el actuar del encartado, al existir una causal de justificación, su conducta bajo ningún respecto merece reproche, ni aun a la multa establecida en la norma en cuestión.

**Volver al índice**

2. Tribunal de Juicio Oral de Calama. Absuelve de tenencia ilegal de detonadores por considerar que existe un error de prohibición invencible.	
RIT	<u>213-2016</u>
RUC	1600246268-4
MATERIA	Tenencia ilegal de detonadores en paso fronterizo.
TIPO DE RESOLUCIÓN	Sentencia de juicio oral.
FECHA	22-03-2017

#### **a) Principales aspectos del caso**

El día 12 de Marzo de 2016, funcionarios del Ejército de Chile sorprendieron un vehículo en el sector de Coska, lugar ubicado cerca del Hito fronterizo N° 64, en el cual se movilizaba la imputada, por lo que los escoltaron hasta el pueblo de Ollagüe, hasta la Avanzada para ser revisados, advirtiendo la PDI que se encontraba la imputada en situación irregular y en posesión de siete detonadores de explosivos, los que mantenía guardados al interior de su cartera, los cuales fueron incautados, no contando ella con la autorización correspondiente para portarlos. El ente persecutor centra su análisis en el cumplimiento de los elementos del tipo penal de posesión, tenencia o porte ilegal de detonadores. La defensa por su parte, señala que los hechos imputados se enmarcan dentro de una práctica cultural quecha, la que opera en el marco de la trashumancia. En subsidio, la defensa sostiene que se trata de un error de prohibición invencible por cuanto la imputada no tenía la posibilidad de acceder al conocimiento de la norma y por tanto, desde la teoría del delito, no existirían los elementos culpabilidad ni antijuricidad.

El tribunal considera que la defensa es capaz de probar la concurrencia de solamente dos de tres requisitos exigidos por la doctrina para considerar un delito como un acto culturalmente motivado, a saber, el motivo cultural y la coincidencia de reacción, sin que se haya probado la diversidad entre culturas. Sin embargo, decide absolver por considerar que la inculpada ha incurrido en un error de prohibición atendida su nacionalidad, estudios y contexto cultural.



## **b) Argumentación relevante del fallo**

**DECIMOCTAVO.** *Error de prohibición invencible.* Que, en subsidio de la tesis absoluta principal, la defensa de la encartada reclamó la declaración de absolución por falta de culpabilidad, al concurrir en la conciencia de la enjuiciada un **error de prohibición invencible**. A este respecto, resulta preciso sostener que Incorre en error de prohibición, quien cree que su conducta es lícita, sea porque ignora que en general, está sancionada por el ordenamiento jurídico; sea porque supone que en el caso dado está cubierta por una causal de justificación que no existe o a la que atribuye efectos más extensos de los que realmente produce; sea, en fin, porque supone la presencia de circunstancias que en el hecho no se dan, pero que, de concurrir, fundarían una auténtica justificación.-

Conforme a lo anterior, el error de prohibición puede presentar tres modalidades:

a) *Desconocimiento del mandato jurídico general, esto es, el autor no sabe que existe una norma prohibitiva general y estima que su actuar es jurídicamente indiferente o lícito. Esto es lo que se conoce como error de prohibición abstracto o directo.-*

b) *Error en la inaplicabilidad de la norma, caso en que el autor conoce la existencia de la norma prohibitiva, no obstante, lo cual supone que está autorizado para actuar, sobre la base de un determinado permiso, llamada error concreto o indirecto, y que, en definitiva, es un error acerca de la existencia y alcance de una causal de justificación,-*

c) *Como una representación equivocada de la fuerza determinante de la norma, es un error acerca de una causal de exclusión de responsabilidad par el hecho.-*

Ahora bien, para que alguno de estos errores excluya la culpabilidad, y exima totalmente de responsabilidad penal, es preciso que dicho error será inevitable o invencible, es decir, que no haya podido ser evitado por el agente, aun empleando toda la diligencia que le era exigible. Para arribar a esta conclusión, debe estarse al cumplimiento o presencia de ciertos parámetros, tales como: las características personales del autor, sus condiciones culturales, su instrucción, valores, personalidad, sexo, condiciones físicas, etc. (Sentencia de la Corte de Apelaciones de San Miguel, de fecha 24 de octubre

de 2.007, dictada en causa rol N° L477-2007, considerando 9°). El juicio de reproche, entonces, dice relación con un sujeto concreto puesto o enfrentado a una situación concreta y en relación al hecho específico de que se trata, no es un análisis en abstracto (CURY, URZÚA, Enrique, Derecho Penal, parte general, Santiago; ed. Universidad Católica de Chile, 7<sup>3</sup> ed., 2.005, pp.436 y ss.). Por consiguiente, es preciso que el autor ignore la existencia de la norma penal prohibitiva de la conducta, y que dicha Ignorancia le sea invencible. Lo anterior, lleva a plantear la pregunta, ¿puede considerarse vencible el error de la acusada, que ni siquiera se representa la posibilidad de cometer un injusto? La respuesta a ello es que la vencibilidad radica, precisamente, en dicho desconocimiento, pues para quien no se representa siquiera esa posibilidad, su error resulta invencible (Sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago, de fecha 12 de enero de 2007, en causa rol N° 2476-2006, considerando 11°).-

Como indica nuestra doctrina nacional, "La razón interna del reproche de culpabilidad está en que el ser humano está constituido para autodeterminarse libre, responsable y moralmente, por ello es capaz de decidirse por el Derecho y en contra de lo antijurídico, de adecuar su comportamiento a las normas del deber jurídico y de evitar lo que se halla prohibido por el Derecho y ello en cuanto ha alcanzado la madurez moral y mientras su capacidad de autodeterminación libre y moral no se halle paralizada pasajeramente o destruida permanentemente\_ En otros términos, al agente se le reprocha el haber realizado una conducta antijurídica cuya ilicitud conocía o pudo haber conocido mediante un esfuerzo diligente habiendo tenido la chance de actuar de forma distinta, esto es, conforme a Derecho" (KÜNSEMÜLLER L., Carlos, "Notas sobre el error de prohibición", en Derecho Penal y Política Criminal. Compilación de artículos, Santiago: ed., Legal Publishing, 2.012, la ed., p. 315).-

**A juicio de la mayoría de este Tribunal, la inculpada ha incurrido en un error de prohibición invencible dada la nacionalidad, estudios y contexto cultural y familiar de la enjuiciada,** ésta no tenía conocimiento de que su conducta estuviese reñida con la legislación nacional, lo cual se desprende de su conducta anterior y posterior al descubrimiento del ilícito en comento, toda vez que siempre mantuvo en su poder dichos detonadores explosivos, incluso al Interior del vehículo en que se trasladaba junto a su hijo recientemente nacido y a su cónyuge, los mantuvo en su hogar y se trasladó con ellos al control policial cuando se le requirió, pudiendo no haber concurrido con aquellos, demostrando una conducta de ignorancia de la ley que estaba infringiendo. Quien actúa

*en error de prohibición no es libre, pues al desconocer la ley se destruye, en la práctica, la presunción puramente legal de conocimiento del Injusto penal prevista en el inciso 2 del artículo 1 del Código Penal, no pudiendo entonces elegir actuar conforme a derecho, pues no tenía motivos para abstenerse de ejecutar la conducta, la voluntariedad ha de entenderse como referida a la conciencia e intención de actuar en contra del bien jurídico amparado por el respectivo tipo penal; no hay conducta voluntaria si no es libre, y no se es libre sin conocimiento de los hechos y de su significación jurídica. Así lo indicó nuestro máximo Tribunal al señalar "la conciencia de la Ilícitud es un componente indispensable de la voluntariedad exigida por el artículo 1° del Código Penal como requisito del delito y en consecuencia con arreglo a lo dispuesto en el inciso 2° de dicho precepto, ella sólo puede presumirse legalmente pues admite expresamente prueba en contrario; de suerte que a este respecto, no tiene cabida lo prescrito en el artículo 3° del Código (Sentencia de Corte Suprema, de fecha 23 de marzo de 1.999, en causa rol N° 2,133-98, considerando 9°).-*

*En el caso de autos, se trata de una mujer extranjera, boliviana, con educación incompleta, que toda su vida ha vivido en la frontera entre Chile y Bolivia, circulando entre pueblos pequeños y aislados, quien no distingue del todo las fronteras territoriales de los países de Chile y Bolivia, porque ambos espacios territoriales se refieren a lo que siempre ha entendido como el territorio de su pueblo quechua y de su familia, la cual no tiene mayor instrucción (sólo alcanzó la enseñanza media en su país), y que es absolutamente ignorante de las leyes de nuestro país, quien no se da cuenta de la ilicitud de su comportamiento, puesto que en Bolivia durante mucho tiempo era posible comprar explosivos y detonadores en cualquier almacén, sin mayor inconveniente ni exigencias, lo que la confunde frente a la prohibición existente en nuestro país.*

*Que si bien, conforme se ha dicho, el informe de la perito antropóloga no logró vincular la conducta de la acusada concerniente al traslado de detonadores, en tanto prácticas culturales, por cuanto en esencia, aquello no fue corroborado por sujetos de la misma etnia; lo cierto es que de sus dichos, si es posible colegir que la encartada en su fuero interno, al llevar consigo detonadores desde Bolivia a Chile, lo hacía en cumplimiento de ciertos deberes conyugales que explicó la perito, a propósito de su colaboración en la economía familiar, ya que su marido trabajaba la piedra Ilparita en una cantera de Coska, y aquel implemento servía precisamente para su extracción conforme lo ratificó la geóloga Bravo Salazar, sin cuestionar el peligro o licitud de su conducta, conforme se advierte*

*claramente del hecho de transportar los detonadores sin más en una cartera, cubiertos con papel de diario, estando acompañada de su familia y ni siquiera haber intentado ocultarlos una vez que en 011agüe bajó del móvil en que se trasladaba y almorzó en una casa del poblado, para solo luego concurrir al registro de Aduanas.-*

*Por consiguiente, si bien la prueba de la defensa fue insuficiente para demostrar que la acción de la acusada fue un hecho culturalmente motivado, no se debe soslayar que permitió a la mayoría formar convicción de que nos encontramos ante una persona que su cultura, vivencia y estilo de vida gira en torno a la cultura Quechua y, en segundo plano, la cultura boliviana. La prueba de descargo evidenció que la encartada vive en un lugar rural -Coska, alejada completamente de la ciudad -en la frontera de Chile y Bolivia-, y que no se siente cercana o reflejada con el habitante urbano y su estructura de vida, tal como indicó la perito Garrido Contreras.-*

*Además, la prueba de descargo nos otorgó indicios que en Bolivia la venta de estos detonadores bajo ciertas condiciones es común y aceptado, ya que el testigo Atahuichl Callisaya, quien es cónsul de Bolivia en Calama, manifestó que para las festividades - además del ámbito minero- y cuando el gerente lo aprueba se venden explosivos a los mineros miembros de la cooperativa, lo que pudo ser ratificado por la fotografía de la tienda "Comercial Marca", que en su frontis aparece como los productos que tienen a la venta dinamita y fulminantes, lo que permite deducir que la información que tenía a su disposición la acusada no era la óptima e impedía salir del velo de ignorancia sobre el injusto penal por el que **fue** juzgada.-*

*Es por todos estos motivos que la mayoría del Tribunal estima que la enjuiciada incurre en un error de prohibición Invencible o inevitable, dado que por sus especiales características personales, sociales y geográficas estuvo imposibilitada de tomar conocimiento acerca de la ilicitud de la conducta que realizaba.*

**Volver al índice**

3. Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Punta Arenas. Condena a uno de los imputados por trata impropia de personas pero sustituye pena y aplica aminorante del artículo 11 N° 1, ambas cuestiones en atención a la calidad del imputado y las prácticas de su cultura.	
RIT/ROL	<u>113-2015</u>
RUC	
MATERIA	Trata impropia de personas, práctica cultural, sustitución pena, Convenio 169 OIT.
TIPO DE RESOLUCIÓN	Sentencia de juicio oral
FECHA	31-12-2016

**a) Principales aspectos del caso**

En dos ocasiones distintas, L.T.T y su cónyuge M.L.C.G, ambos de nacionalidad ecuatoriana, pertenecientes a la etnia kichwa otavaleña, con permiso de residencia definitiva en Chile, trasladaron niñas menores de edad desde la ciudad de Otavalo, República del Ecuador, hasta Punta Arenas. Lo anterior tuvo como fin que las menores trabajaran cocinando, cuidando a la hija de los acusados, haciendo artesanía y comercializándola de manera ambulante.

El ente persecutor señala los hechos son constitutivos del delito consumado de trata de personas menores de edad con fines de trabajos forzados, servidumbres, esclavitud o prácticas análogas, cometido en carácter de reiterado y en el que a los acusados les ha correspondido participación en calidad de autores. La defensa por su parte, solicitó se considerara la procedencia de la eximente prevista en el artículo 10 N° 10 del CP fundada en la condición de indígena de los imputados y las prácticas comerciales de la cultura a la que pertenecen.

El tribunal considera que los imputados se han amparado indebidamente en una costumbre de su etnia, sin que le sea admisible alegar desconocimiento de la normativa interna sobre protección de infancia o trabajo infantil, en atención a su ya prolongada estadía en el país ejerciendo reglamentariamente su oficio según los documentos del SII citados por su defensa, incurriendo de esta manera en un error de prohibición vencible, el que por su naturaleza no lo exime de responsabilidad pero permite considerar la atenuación del castigo que le corresponde.

**b) Argumentación relevante del fallo**

**VIGESIMOQUINTO:** *Que, en la oportunidad prevista en el artículo 343 del Código Procesal Penal, la defensa del acusado L.T. solicitó se considerara en favor de su representado la concurrencia de la circunstancia eximente prevista en el artículo 10 N° 10 del Código Penal en su carácter de eximente incompleta de conformidad a lo previsto en el artículo 11 N° 1 de dicho cuerpo legal, fundada en su condición de extranjero indígena de la etnia otavaleña, la que se caracteriza por la trashumancia de sus integrantes para el ejercicio del comercio, según lo expuso el perito antropólogo Cristian Carrere Alvarez y lo refrendan principalmente la pericia elaborada por Luis De la Torre Amaguaña y la meta pericia realizada por Fabien Le Bonniec, ambos también antropólogos y cuyos informes fueron acompañados en dicha instancia procesal.*

*Sobre el particular y sin perjuicio de las observaciones que la meta pericia concluyó respecto del informe del perito Carrere, éste y De la Torre están contestes en que la externalización de la producción de artesanía es una situación generalizada en la cultura kichwa otavaleña, ya sea como estrategia de ascenso social o como finalidad de sustento a sus familias, cuestión esta última que también indicó la asistente social Sandra Chicaíza Díaz.*

*Entonces, entendida tal actividad como una norma de comportamiento en el seno de la etnia kichwa otavaleña, destinada a la regulación de su orden económico y social desde una larga data (década de los 50 expuso el perito Carrere), bien puede concluirse que la práctica del oficio de comerciante extranjero de sus productos constituye una costumbre para dicha etnia y no una mera práctica o uso. Su generalidad entre los jóvenes fue descrita por el citado perito y aludida por la perito Chicaiza como una exigencia que éstos hacen a sus padres para la satisfacción de sus necesidades económicas, práctica que en su descripción y finalidad en nada se opone a los derechos fundamentales.*

*En inmediata relación con lo antes expuesto ha de tenerse presente que el artículo 54 de la ley 19.253, que establece normas de protección, fomento y desarrollo de los indígenas, dispone que: la costumbre hecha valer en juicio entre indígenas pertenecientes a una misma etnia, constituirá derecho, siempre que no sea incompatible con la Constitución Política de la República. En lo penal se la considerará cuando ello pudiere servir como antecedente para la aplicación de una eximente o atenuante de responsabilidad; y que el Convenio 169 de la OIT, antes citado, en su artículo 8.2 señala*

*que las autoridades y los tribunales llamados a pronunciarse sobre cuestiones penales deberán tener en cuenta las costumbres de dichos pueblos en la materia.*

*De tal forma, el acusado según los hechos que se han dado por probados en lo que dice relación al delito de trata impropia de las niñas J.M.A.M y N.M.A.M obró en el ejercicio de su oficio al cual ellas contribuyeron, ilegítimamente a su respecto, según se estableció, amparándose indebidamente en una costumbre de su etnia, sin que le sea admisible alegar desconocimiento de la normativa interna sobre protección de infancia o trabajo infantil, en atención a su ya prolongada estadía en el país ejerciendo reglamentariamente su oficio según los documentos del SII citados por su defensa, incurriendo de esta manera en un error de prohibición vencible, el que por su naturaleza no lo exime de responsabilidad pero permite considerar la atenuación del castigo que corresponda imponer haciendo aplicación de la eximente del artículo 11 N° 1 del código punitivo la que opera ante la ausencia del elemento de legitimidad que exige la causal de justificación.*

*No obsta a lo anteriormente concluido que ley 19.253 disponga exclusivamente su aplicación a la etnias que su artículo 1 refiere, entre las cuales no se menciona por cierto la kichwa otavaleña, toda vez que el Convenio 169 ninguna restricción plantea al respecto, norma esta última que por aplicación de lo dispuesto en el artículo 5 inciso 2 de la Constitución Política, deber preferir a aquella (Paredes Peña Pedro, La Costumbre Indígena y la Responsabilidad Penal. Tesis de Grado de Magister, Universidad de Chile, Santiago 2015, pp 67); ni que no se cuente en esta causa con el informe de la CONADI para acreditar la costumbre a que alude el artículo 54 de la ley, por regir en nuestro proceso penal el principio de libertad de prueba habiéndose recibido las declaraciones e informes idóneos para ello de conformidad a lo antes señalado.*

*Finalmente, en cuanto a la oposición a tal pretensión por parte del Ministerio Público y los querellantes corresponde indicar, que en consideración a la teoría del caso de la defensa, que postuló siempre la absolución de sus representados, no se estima exigible su planteamiento en forma previa a la audiencia del artículo 343, pudiendo incluso el tribunal haberla decretado sin previo debate.*

*En cuanto a que la eximente del artículo 10 N° 10 exige que el ejercicio del oficio por parte de quien la alega sea bajo un vínculo de jerarquía, tal consideración es más bien propia de la alegación que se fundamente en el cumplimiento de un deber cuyo no es el caso, ni tampoco se exige la proporcionalidad en su ejercicio a que aludió el acusador; además y de contrario a lo sostenido por dichos intervinientes el acusado efectuó las conductas de traslado y su acogimiento de las niñas precisamente para la realización de su*

oficio.

**VIGESIMOCTAVO:** *Que, en cuanto a la pena sustitutiva de libertad vigilada intensiva solicitada por la defensa del acusado, sus antecedentes personales y socio económicos dan cuenta de circunstancias que hacen recomendable dicha forma de cumplimiento; a saber, es con motivo de esta causa la primera vez que se ve enfrentado al sistema penal; ha desempeñado su actividad comercial de conformidad a la normativa reglamentaria interna contando con los permisos y autorizaciones respectivas; su situación de migrante se encuentra regularizada y si bien se aludió a una condena que le fue impuesta con posterioridad a estos hechos por un delito de amenazas, se trata de un reproche por un ilícito de menor lesividad.*

*Debe considerarse además en abono de tal decisión lo dispuesto en el artículo 10.2 del ya citado Convenio 169, el cual instruye que tratándose de miembros de pueblos indígenas debe darse la preferencia a tipos de sanción distintos del encarcelamiento*

*De tal forma se accederá a la petición de la defensa, estimándose que una intervención individualizada parece eficaz para su efectiva reinserción social, la que se complementará con la obligación de cumplir un programa formativo en materias laborales, que también a solicitud de su defensa se dispondrá.*

**VIGESIMONOVENO:** *Que, por no haber resultado condenado por todos los hechos contenidos en la acusación fiscal, se exime al acusado L.T.T del pago de las costas de la causa.*

*Igualmente, no se condena al Ministerio Público ni a los querellantes por las decisiones absolutorias antes referidas, por estimar que tuvieron motivo plausible para litigar.*

**I.-** *Que, **SE ABSUELVE** a los acusados **M.L.C.G y L.T.T**, ya individualizados, del cargo formulado en su contra de ser autores del delito de trata impropia de personas, respecto de la presunta víctima de iniciales Ñ.S.R.F, supuestamente acaecido en esta ciudad entre los meses de octubre de 2012 y marzo de 2013.*

**II.-** *Que, **SE ABSUELVE** a la acusada **M.L.C.G**, ya individualizada, del cargo formulado en su contra de ser autora del delito de trata impropia de personas, respecto de las víctimas de iniciales J.M.A.M y N.M.A.M, acaecido en esta ciudad entre los meses de octubre de 2012 y marzo de 2013.*

**III.-** *Que, se **CONDENA** al acusado **L.T.T** como **AUTOR** del delito consumado de trata*



*impropia de personas, previsto y sancionado en el artículo 411 quáter del Código Penal, cometido en esta ciudad entre los meses de octubre de 2012 y marzo de 2013 contra las víctimas de iniciales J.M.A.M y N.M.A.M, a sufrir las siguientes penas:*

**Volver al índice**

4. Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Angol. Absuelve de abigeato y porte ilegal de municiones.	
RIT	40-2016
RUC	1400560872-5
MATERIA	Pastoreo colectivo en predios comunitarios es práctica cultura y no configura abigeato.
TIPO DE RESOLUCIÓN	Sentencia de juicio oral
FECHA	23-05-2016

**a) Principales aspectos del caso**

El día 09 de junio de 2014, personal policial sorprendió al acusado R.E.H.C manteniendo en su poder 58 animales vacunos, sin que pudiera justificar la legítima tenencia de los mismos. El acusado además mantenía en su poder dos cartuchos, sin contar con la autorización de la autoridad correspondiente. El ente persecutor presenta una abundante cantidad de material probatorio para dar cuenta de la existencia de los delitos objetos de la acusación y la autoría del enjuiciado. La defensa, por su parte, sostiene respecto del abigeato que el acusado poseía animales sin poder identificar cuáles, y que el arreo de vacas en praderas colectivas es parte de la cultura mapuche. El tribunal llegó a la convicción de que la prueba valorada, no constituye un plexo probatorio suficiente e infranqueable, que permita alcanzar el estándar de convicción exigido por nuestro legislador.

**b) Argumentación relevante del fallo**

**DÉCIMO CUARTO:** *Que conforme la restante prueba de la Defensa, se pudo inferir que el acusado R.E.H.C, era propietario de animales el día 09 de junio de 2014, sin haberse podido acreditar cuáles eran éstos en particular, pues los elementos de prueba valorados en la forma que señala el artículo 297 del Código Procesal Penal, solo permitieron formarnos convicción, más allá de toda duda razonable, que desde el año 2013 el enjuiciado poseía la cantidad aproximada de 23 vacunos, de los cuales 15 se encontraban debidamente trazados, la mayoría overos colorados a excepción de una vaca overo negro, de distintas edades y sexo. Así se advirtió del formulario de inscripción de establecimientos, del Servicio Agrícola y Ganadero, de fecha 31 de julio de 2013, y de las declaraciones del*

técnico agrícola del Eduardo Curinao Purran, quien narró que el Programa PDTI tiene por labor asesorar a los agricultores en distintos rubros, dentro de los cuales está don R.E.H.C. Sostuvo que se han efectuado distintos operativos veterinarios y que respecto del acusado se ha realizado desparasitación de animales y él fue uno de los pioneros en inscribirlos con RUC. Refirió que concurren a desparasitar en compañía del SAG, areteándose a unos 15 animales, porque los otros eran terneros, asumiendo que el encartado poseía entre 23 a 25 animales; que la última vez que concurreó donde don Rubén fue aproximadamente en marzo o abril de 2014; que actualmente ve el tema de cultivo con él porque ya no tiene animales.

Lo anterior fue refrendado por el médico veterinario del SAG, Rolando Sepúlveda Figueroa, y por los peritos Fabiene Le Bonniec y Carlos Woldarsky Cea.

El primero de los nombrados manifestó que el 31 de junio de 2013 se participó en un operativo sanitario en conjunto con personal de una empresa consultora y el Programa de Desarrollo Territorial Indígena (PDTI) que labora en Temucuicui, dirigiéndose al domicilio del señor R.E.H.C explicándole el programa e identificándose 15 bovinos de su propiedad. Los animales estaban en una manga. No recuerda los nombres de las personas con quienes se trabajó pero eran dos técnicos del PDTI, quienes apoyaron a las labores, y realizaron la vacunación y desparasitaciones del ganado. Recuerda que los números de los DIOS que instalaron fueron el 8489086 en orden correlativo hasta el 8489100. Refirió además que lleva trabajando con las comunidades desde el año 2007 y que normalmente los animales pastorean en predios que son comunitarios. No hay cercos limitantes en los potreros. En un sector puede haber animales de distintos propietarios.

**El perito antropológico Fabiene Le Bonniec concluyó en su peritaje que había un terreno de 70 hectáreas que está usado para pastoreo colectivo de las distintas familias de la comunidad Pancho Curamil y Temucuicui Tradicional, donde está la familia de don R.E.H.C, sosteniendo que éste logró tener como 25 animales, y que esta costumbre de las praderas colectivas tiene que ver con la cultura mapuche; y el perito criminalístico Carlos Woldarsky Cea, al exponer sobre su informe indicó que el PDTI, en conjunto con el SAG realiza visitas prediales al domicilio del imputado, a objeto de desparasitar y vitaminizar animales y según señalan los funcionarios, en el predio del imputado había alrededor de 22 animales vacunos, dos de los cuales eran bueyes. El médico veterinario que acompañaba al procedimiento, Rolando Sepúlveda agrega que se procedió a instalar aretes a 15 de estos animales. Asimismo el PDTI certifica el año 2014**

que el imputado poseía 25 cabezas de ganado.

Que la misma prueba de los acusadores reafirma lo que se viene señalando, pues el Sargento 2° de Carabineros Manuel González Aguilar, aseveró haber tomado declaración a Héctor Curinao Currán, quien trabaja para una empresa externa de la Municipalidad de Ercilla, que hace asesorías técnicas agrícolas y ganaderas, quien manifestó que el 2013 había concurrido al predio de don R.E.H.C a efectuar asesoría técnica de algunos animales que estaban al interior de la comunidad. Posteriormente se tomó declaración a Alejandro Curinao Currán, quien señaló que también concurrió al predio del acusado y dijo que vio un piño de animales pero solamente fue a prestar asesoría técnica. Don Alejandro no señaló cantidad exacta de animales, dice que vio aproximadamente 22 animales. Señaló que también le tomó declaración a la persona del SAG, Rolando Sepúlveda, quien le dijo que el 31 de julio de 2013, concurrió por una asesoría de la Municipalidad de Ercilla a la comunidad de Temucuicui, conjuntamente con estos hermanos a realizar una instalación de DIOS a algunos animales, del N°9086 al 9100, eran 15 animales, de don R.E.H.C.

Que lo que se viene sosteniendo en este acápite, encuentra también sustento en la copia de certificado de fecha 09 de junio de 2014, de asesoría Programa de Desarrollo Indígena PDTI de la empresa TWOPOWERMENT, que documenta la asesoría realizada al acusado y que en la actualidad (al 9 de junio de 2014) posee 25 cabezas de ganado las que han sido visitadas consecutivamente tanto por el jefe técnico a cargo, como por el técnico asesor; y en el Acta N° 000131 de fecha 31 de julio de 2013, acta de inspección de trazabilidad del Servicio Agrícola y Ganadero, que corrobora que en esa fecha se realizó un operativo sanitario y la identificación de ganado en pequeños propietarios de la comunidad Temucuicui.

**DÉCIMO QUINTO:** Que lo razonado en las motivaciones previas impiden a los infrascritos adoptar una decisión de condena para don R.E.H.C como autor del delito de abigeato, pues la prueba valorada, no constituye un plexo probatorio suficiente e infranqueable, que permita alcanzar el estándar de convicción exigido por nuestro legislador, no pudiendo derribarse por los acusadores la presunción de inocencia que ampara al enjuiciado.

**Volver al índice**

## II. Sentencias referidas al uso de la fuerza policial

1. Corte de Apelaciones de Temuco. Acoge amparo en favor de niños con ocasión de procedimiento policial con vulneración de garantías fundamentales.	
RIT	<u>74-2017</u>
RUC	
MATERIA	Intervención de Fuerzas Especiales con resultado de lesiones a menor de edad, proporcionalidad, estándares internacionales que deben cumplir los procedimientos policiales.
TIPO DE RESOLUCIÓN	Sentencia de amparo.
FECHA	20-06-2017

### a) Principales aspectos del caso

El INDH interpone recursos de amparo en contra de la ZONA ARAUCANIA CONTROL DE ORDEN PÚBLICO por estimar que se vulneraron los derechos constitucionales de la libertad personal y seguridad individual de la familia Torres Toro compuesta por S.A.T.T, N.T.T, F.T.T, D.N.T.T, A.L.T.T, y los padres de los mencionados, don J.B.T.T y doña G.R.T. El día 20 de Abril de 2017 Carabineros entró en el inmueble de los recurridos portando implementos antimotines, en cuyo interior se encontraban cuatro menores de edad, uno de los cuales resultó herido con cinco perdigones. Posteriormente tuvo lugar un enfrentamiento con disparos en el inmueble de los amparados con individuos encapuchados quienes se habrían parapetado en la casa habitación de la familia Torres Toro.

El tribunal considera que los hechos relatados configuraban una situación de flagrancia que habilitaba a Carabineros a desplegar el ejercicio de la fuerza. Sin embargo, sostiene que es deber de los mismos, el efectuar los procedimientos policiales con estricta sujeción a la normativa constitucional y legal vigente, observando no sólo sus propios protocolos, sino que asumir estándares internacionales de respeto de derechos humanos de cualquier niño o niña o adolescente, debiendo abstenerse, aún en una situación de flagrancia con entrada y registro del inmueble en que ellos se encuentren, de exponerlos a cualquier situación que implique un menoscabo o vulneración de los anteriores .derechos.

**b) Argumentación relevante del fallo**

**QUINTO:** *Que, no obstante lo anterior, la eventual existencia de flagrancia en la comisión de un delito no exonera a las fuerzas de Orden y seguridad de su responsabilidad de ajustarse estrictamente al derecho y a los protocolos establecidos para este tipo de intervenciones atendida la circunstancia de que en el lugar se encontraban no sólo menores de edad, si no que niños pequeños lo cual sí era de su conocimiento ya que se habían constituido unos meses atrás el 06 de Septiembre de 2016 en el mismo lugar e interactuado con el mismo niño hoy amparado de iniciales F.T.T., por lo que resulta razonable exigir una especial atención por parte de quien ejerce la fuerza en circunstancias como las que motivan la interposición del presente recurso.*

**SÉPTIMO:** *Que, a la luz de la Convención de los derechos del Niño y de la Infancia de cual Chile es parte, es deber de los Estados procurar el máximo desarrollo de los niños en un clima de paz y seguridad, teniendo en vista la materialización del principio fundamental del interés superior del niño, el cual si bien no lo ha definido, se ha entendido como la plena satisfacción de los derechos fundamentales de niños y niñas (C.A de Temuco, causa Rol 1136-2011), principio que ya ha sido recogido por esta misma Corte en fallos sobre amparo de niños mapuche y ratificados por la Corte Suprema en diversas sentencias tales como las recaídas en las causas roles: 7132-2012, 7551-2013, 12.164-2015, esta última, otorgó una definición más amplia de lo que debe entenderse por este concepto y señaló: “Principio interés superior del niño implica considerar necesidades materiales, afectivas, emocionales y psicológicas del niño y efectos que en su fuero interno puede provocar cualquier cambio de situación en su vida presente”, todo lo que autoriza a esta Corte para dictar las medidas conducentes para restablecer el imperio del derecho y asegurar la debida protección de los afectados, como lo dispone la Carta Fundamental.*

**NOVENO:** *Que, es deber de Carabineros de Chile así como de cualquier órgano del Estado que ejerza la fuerza el efectuar los procedimientos policiales con estricta sujeción a la normativa constitucional y legal vigente, observando no sólo sus propios protocolos, sino que asumir estándares internacionales de respeto de derechos humanos de cualquier niño o niña o adolescente, debiendo abstenerse, aún en una situación de flagrancia con entrada y registro del inmueble en que ellos se encuentren, de exponerlos a cualquier situación que implique un menoscabo o vulneración de los anteriores derechos.*

## **Y VISTO**

*Disposiciones legales y tratados internacionales citados, y lo dispuesto en el artículo 5º y 21 de la Constitución Política de la República, se declara que **SE ACOGE** el recurso de amparo preventivo en sólo en favor de los niños N. T. T. de 8 años de edad y F. T. T. de 5 años de edad y del adolescente S.A.T.T., sólo en cuanto se instruye a Carabineros de Chile a efectuar los procedimientos policiales con estricta sujeción a la normativa constitucional y legal vigente, absteniéndose, en lo sucesivo, de afectar los derechos fundamentales de las personas amparadas, debiendo tener una especial atención en cuanto a la proporcionalidad en el uso de la fuerza que se utilice para controlarlos en caso de que se vean envueltos en hechos que pudieran revestir los caracteres de delitos, debiendo adoptar las siguientes medidas concretas e informar a esta Corte de lo obrado en el plazo de un mes:*

*1.- Disponer de vehículos civiles para el caso de que necesario el traslado de menores de edad no involucrados en hechos que pudieran revestir el carácter de delictivos.*

*2.- Abstenerse de trasladar de su domicilio a niños cuyos parientes cercanos se encuentren involucrados en hechos que pudieran revestir el carácter de delictivos, disponiendo á de personal idóneo que los acompañe hasta que concurra a este algún adulto responsable.*

**Volver al índice**

2. Corte Suprema. Revoca sentencia apelada y acoge amparo por discriminación de mujer indígena, privada de libertad.	
RIT/ROL	<u>92795-2016</u>
RUC	
MATERIA	Libertad personal y seguridad individual.
TIPO DE RESOLUCIÓN	Sentencia sobre amparo
FECHA	01-12-2016

### **a) Principales aspectos del caso**

La amparada L.C.L, quien tenía a la sazón un embarazo de 32 semanas, fue derivada por personal del área de enfermería del Centro de Detención Preventiva de Arauco al Servicio de Urgencia del Hospital de la misma ciudad. El traslado se efectúa en un vehículo privado y manteniendo a la amparada “engrilletada” en circunstancias en que ella sufría una complicación de tal entidad, que ponía en riesgo su vida y la de la criatura que estaba por nacer. El tribunal estima que en el caso subjudice existe una situación paradigmática de interseccionalidad en la discriminación en tanto la amparada recibió un trato injusto, denigrante y vejatorio, dada su condición de mujer, gestante y parturienta, privada de libertad y perteneciente a la etnia mapuche. Realiza un análisis in extenso de las garantías fundamentales conculcadas y revoca la sentencia apelada, acogiendo el amparo no obstante de que, a la sazón, pudieran haber dejado de existir las medidas que fundamentan el amparo en revisión.

### **b) Argumentación relevante del fallo**

7°) Que tal obrar por parte de los agentes estatales, como se demostrará, contraviene la normativa nacional e internacional a la que Chile se ha obligado en el tratamiento de personas privadas de libertad y, en particular de mujeres en estado de gravidez.

En efecto, el artículo 1° de la Ley Orgánica de Gendarmería de Chile dispone que “Gendarmería de Chile... tiene por finalidad atender, vigilar y contribuir a la reinserción social de las personas que por resolución de autoridades competentes, fueren detenidas o privadas de libertad y cumplir las demás funciones que le señale la ley”. El artículo 15 del mismo texto prescribe que “El personal de gendarmería deberá otorgar a cada persona bajo



su cuidado un trato digno propio de su condición humana. Cualquier trato vejatorio o abuso de autoridad será debidamente sancionado conforme a las leyes y reglamentos vigentes”. Por su parte, el Reglamento de Establecimiento Penitenciarios, en su artículo 1° señala que “La actividad penitenciaria ... tendrá como fin primordial tanto la atención, custodia y asistencia de detenidos, sujetos a prisión preventiva y condenados ...” Agrega el artículo 2 de ese Reglamento que “Será principio rector de dicha actividad el antecedente que el interno se encuentra en una relación de derecho público con el Estado, de manera que fuera de los derechos perdidos o limitados por su detención, prisión preventiva o condena, su condición jurídica es idéntica a la de los ciudadanos libres” y el artículo 6 declara que “Ningún interno será sometido a torturas, a tratos crueles, inhumanos o degradantes, de palabra u obra, ni será objeto de un rigor innecesario en la aplicación de las normas del presente Reglamento... La Administración Penitenciaria velará por la vida, integridad y salud de los internos y permitirá el ejercicio de los derechos compatibles con su situación procesal”.

**8°)** Que la normativa interna antes enunciada es concordante con el Derecho Internacional. Así, el artículo 10 N° 1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos dispone que “toda persona privada de libertad será tratada humanamente y con el respeto debido a la dignidad inherente al ser humano”, disposición que también contiene el artículo 5.2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, normas que, al estar contenidas en un Tratado Internacional suscrito por el Estado de Chile y que se encuentra plenamente vigente, tienen primacía incluso por sobre las normas del derecho interno, según lo preceptuado en el artículo 5° de la Carta Fundamental, que señala en su inciso segundo que: “El ejercicio de la soberanía reconoce como limitación el respeto a los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana. Es deber de los órganos del Estado, respetar y promover tales derechos garantizados en la Constitución, así como por los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes”. Cabe recordar, en este punto, que el artículo 25 del Reglamento de Establecimientos Penitenciarios dispone que “El régimen de los detenidos, sujetos a prisión preventiva y penados se sujetará a lo establecido en la Constitución Política de la República, los tratados internacionales ratificados por Chile y vigentes, la ley procesal pertinente, la Ley Orgánica de Gendarmería de Chile y otras leyes y reglamentos relacionados con materias penitenciarias, y las normas del presente reglamento”.

**9°)** Que lo antes expuesto configura el marco normativo que rige al Estado chileno en cuanto a la situación jurídica de los privados y privadas de libertad en orden a ser un mandato legal, suprallegal y constitucional el respeto a la dignidad humana como principio básico rector de la relación entre Gendarmería de Chile y los y las internas, sujetos a su protección, cuidado y custodia, lo que deviene en un límite a cualquier acción de Gendarmería de Chile.

**10°)** Que, todavía más, el derecho internacional se ha preocupado por establecer reglas mínimas para el tratamiento de mujeres privadas de libertad y, en particular, para quienes de ellas se encuentren embarazadas, en período de lactancia o al cuidado de hijos menores.

En relación con las medidas de seguridad usadas contra la amparada en las circunstancias ya asentadas arriba, esto es, durante los traslados entre los recintos hospitalarios como durante su permanencia en los mismos, las Reglas mínimas de las Naciones Unidas para el tratamiento de los reclusos (Reglas de Mandela), en particular los artículos 47, 48 y 49, señalan:

**“Regla 47**

1. Se prohibirá el empleo de cadenas, grilletes y otros instrumentos de coerción física que por su naturaleza sean degradantes o causen dolor.

2. Otros instrumentos de coerción física sólo podrán ser utilizados cuando la ley los autorice y en los siguientes casos:

a) como medida de precaución contra la evasión durante un traslado, siempre que sean retirados en el momento en que el recluso comparezca ante una autoridad judicial o administrativa;

b) por orden del director del establecimiento penitenciario, si han fracasado los demás métodos de control, a fin de impedir que el recluso se lesione a sí mismo o lesione a terceros, o que produzca daños materiales, en cuyos casos el director deberá alertar inmediatamente al médico u otros profesionales de la salud competentes e informar a la autoridad administrativa superior.

**Regla 48**

Cuando la utilización de instrumentos de coerción física esté autorizada de conformidad con el párrafo 2 de la regla 47 habrán de aplicarse los siguientes principios:

a) emplear instrumentos de coerción física únicamente cuando ninguna otra forma menor de control resulte eficaz frente a los riesgos que entrañaría la libre movilidad;

b) optar por el menos invasivo de los métodos de coerción física que sean necesarios para controlar la movilidad del recluso y que puedan aplicarse razonablemente, en función del nivel y la naturaleza de los riesgos en cuestión;

c) aplicar instrumentos de coerción física únicamente durante el tiempo necesario, y retirarlos lo antes posible una vez que desaparezcan los riesgos planteados por la libre movilidad.

2. No se utilizarán instrumentos de coerción física en el caso de las mujeres que estén por dar a luz, ni durante el parto ni en el período inmediatamente posterior.

#### Regla 49

La administración penitenciaria tratará de utilizar técnicas de control para evitar la necesidad de imponer instrumentos de coerción física o reducir el carácter invasivo de esos instrumentos, y ofrecerá capacitación en esas técnicas.”

**11°)** Que resulta patente que conforme a la normativa internacional antes reproducida, en particular la sección 2) de la Regla 48, que se repite en la Regla 24 de las Reglas de las Naciones Unidas para el tratamiento de las reclusas y medidas no privativas de la libertad para las mujeres delincuentes (Reglas de Bangkok), no resultaba admisible en el caso de marras el uso de grilletes en contra de la amparada, atendido que su traslado de urgencia desde la unidad penal a los distintos recintos de salud a que fue conducida, obedeció a su estado de gravidez y a la inminencia de un parto complejo desde el punto de vista médico, constituyendo el uso de grilletes una forma de represión y sujeción y, por ende, de coerción, que resultaba improcedente por la específica norma citada. Aún más, por aplicación de las otras Reglas mencionadas, desde que el empleo de grilletes en las circunstancias ya referidas adquirieron un carácter “degradante”, contraviniendo la Regla 47 N° 1, desde que ante la absoluta innecesariedad de esa medida, su único objeto fue el de resaltar la situación procesal de condenada de la amparada frente al personal médico que la atendía, lo que en el contexto ya conocido, resultaba del todo inútil. También se quebranta la Regla 47 N° 2, por cuanto las circunstancias ya comentadas hacían innecesario el uso de grilletes como medida de precaución de la evasión de la amparada durante los traslados de que fue objeto. Asimismo se conculca la Regla 48 en sus letras a), b) y c) dado que el mero acompañamiento de una funcionaria de Gendarmería durante sus traslados en la ambulancia -siempre que ello no dificulte las labores de los profesionales de la salud, o la mera custodia en otro vehículo en su caso-, y la sola vigilancia al exterior de las salas en que fue atendida e intervenida la amparada resultaba ya suficiente para

controlar un eventual -y, cabe insistir, casi inexistente- riesgo de evasión, o la intervención de terceros con ese objeto -si eso era lo que en verdad buscaba precaverse-. Por consiguiente, Gendarmería no empleó la forma de menor control y menos invasiva que resultaba suficiente para manejar la supuesta movilidad de la amparada en la situación particular que padecía.

**12°)** Que ahora bien, el Oficio N°202/2015 del 20 de mayo de 2015 de Gendarmería de Chile, que reitera Instrucciones de buen servicio sobre Servicios Hospitalarios y Salidas al Exterior, acompañado a estos autos, al cual se habrían ceñido los funcionarios que actuaron como custodios de la amparada, tampoco se adecúa a la normativa internacional precitada.

En efecto, señala dicho instructivo: “Se tendrá por regla general una estricta aplicación de medidas de seguridad, a todas las personas que por resolución de autoridades competentes, fueren detenidas o privadas de libertad y que se encuentren hospitalizadas en recintos externos a los institucionales./ De manera excepcional, el encargado de custodia considerará la posibilidad de no aplicar alguna de estas medidas de seguridad o retirarlas en su caso, cuando su uso se considere un riesgo a la integridad física y psíquica del interno hospitalizado lo cual procederá sólo cuando el médico tratante o de turno del recinto hospitalario lo solicite por escrito a los funcionarios de custodia, facultativo que deberá argumentar la solicitud en el informe emitido, en caso contrario, cuando no se indique y argumente los motivos de salud, el funcionario de custodia no deberá acceder a lo solicitado, comunicando de manera inmediata al oficial de guardia de la unidad, con el objeto que éste a su vez, lo informe a la jefatura de la unidad para mejor resolver./ En los casos de urgencia de salud de un interno, podrá el funcionario de custodia obviar la solicitud escrita de retiro de las medidas de seguridad, pudiendo hacerlo de inmediato, siempre y cuando el propio funcionario de custodia evalúe y determine que las condiciones del entorno sean apropiadas para dicho fin./ En caso de cirugías, partos u otros que obliguen el ingreso de interno a pabellón quirúrgico bastará con el requerimiento verbal del médico”.

Dicho instructivo, amén de imponer formalidades que no parecen razonables en circunstancias médicas de urgencia, como una solicitud escrita fundada del facultativo, en el caso de la mujer embarazada privada de libertad, deja a la discreción de los funcionarios de Gendarmería actuantes el uso de medidas de coerción en los momentos anteriores y posteriores a la intervención médica directa, como ocurrió en este caso -durante los traslados y con posterioridad a la evaluación e intervención-, en circunstancias que las

reglas 48 de las Reglas de Mandela y 24 de las Reglas de Bangkok, prohíben su uso, sin necesidad de requerimiento del médico tratante en los momentos anteriores, durante y posteriores al parto.

**13°)** Que, por otra parte, las actuaciones de Gendarmería antes descritas constituyen un atentado contra el derecho de la amparada a vivir una vida libre de violencia, el que se encuentra garantizado por la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer –conocida como Convención de Belem Do Pará– suscrita por nuestro país. Dicha Convención trata la violencia contra las mujeres como una violación de sus derechos humanos, como una ofensa a su dignidad y como una manifestación de las relaciones de poder históricamente desiguales entre mujeres y hombres; y comprende la violencia que tenga lugar, no solo dentro de la unidad doméstica, sino aquella ejercida fuera del ámbito de la familia, en los lugares educativos, establecimientos de salud o cualquier otro lugar y también, y de especial interés en lo que interesa al presente recurso, a aquella derivada del uso del poder del Estado en forma arbitraria. En efecto, en conformidad a lo dispuesto en el artículo 2° de la Convención, “Se entenderá que violencia contra la mujer incluye violencia física, sexual y psicológica, que tenga lugar dentro de la familia o unidad doméstica, o en cualquier otra relación interpersonal, ya sea que el agresor comparta o haya compartido el mismo domicilio que la mujer y que comprende, entre otros, violación, maltrato y abuso sexual, que tenga lugar en la comunidad y sea perpetrada por cualquier persona y que comprende entre otros, violación, abuso sexual, tortura, trata de personas, prostitución forzada, secuestro y acoso sexual en el lugar del trabajo, así como en instituciones educativas, establecimientos de salud o cualquier otro lugar, y; que sea perpetrada o tolerada por el Estado o sus agentes, donde quiera que ocurra”. En este caso, el Estado ha transgredido su obligación de proteger a la amparada de la violencia ejercida por funcionarios de Gendarmería, al permitir que aquella, que se encontraba en una especial condición de vulnerabilidad, dado su estado de embarazo y su privación de libertad, fuera sometida a tratos vejatorios e indignos, que debieron evitarse.

**14°)** Que, asimismo, no puede dejar de observarse que la vulneración de derechos en que Gendarmería de Chile ha incurrido en contra de la amparada, como ha sido demostrado, constituye también un acto de discriminación en su condición de mujer, pues el trato recibido por ésta de parte de los agentes estatales desconoció dicho estado de

vulnerabilidad y, por ende, de necesidad de protección, en circunstancias que, desde una perspectiva de igualdad de género, se debió haber tomado en consideración la situación particular que experimentaba al acercarse el proceso del parto -más aún en las difíciles circunstancias de salud y de privación de libertad en que éste se desarrolló-, como, por otro lado, la especial significación vital para ella del mismo, sobre todo dentro de la comunidad mapuche a la que pertenece, y el impacto negativo que una aplicación no diferenciada de las normas y reglamentos penitenciarios podía ocasionar en aquella mujer.

Los funcionarios de Gendarmería, como revelan los hechos ya comentados, asimilaron este complejo y único proceso que vive la mujer, al de cualquier intervención quirúrgica al que podría ser sometido un interno privado de libertad, descuidando las especiales características del mismo, así como el atento cuidado que la mujer requiere en esas condiciones, haciendo primar por sobre cualquier otra consideración y, por ende, careciendo de toda proporción, el deber de evitar una eventual evasión o fuga por parte de la amparada, la que, conviene reiterar, en el contexto antedicho resultaba inviable.

De ese modo, lo referido contraviene los compromisos pactados en la Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación sobre la Mujer –conocida como CEDAW- suscrita por nuestro país, primer instrumento internacional que recoge el principio mundial para erradicar la discriminación contra la mujer y que confiere derechos a las mujeres frente al Estado, implicando obligaciones de éstos frente a las ciudadanas. Es importante hacer notar que la CEDAW establece que la discriminación puede presentarse por cualquier distinción o restricción y prohíbe no sólo los actos que tienen la intención de discriminar, sino también aquellos que, aunque no la tuvieren, el resultado de los mismos genera una discriminación. En tal sentido, es útil reseñar lo que ha establecido la Recomendación General N° 25 del Comité de la CEDAW: “un enfoque jurídico o pragmático puramente formal, no es suficiente para lograr la igualdad de facto con el hombre, que el comité interpreta como igualdad sustantiva. Además, la Convención requiere que la mujer tenga las mismas oportunidades desde un primer momento y que disponga de un entorno que le permita conseguir la igualdad de resultados. No es suficiente garantizar a la mujer un trato idéntico al del hombre. También debe tenerse en cuenta las diferencias biológicas que hay entre las mujeres y el hombre y las diferencias que la sociedad y la cultura han creado. En ciertas circunstancias será necesario que haya un trato no idéntico de mujeres y hombres para equilibrar esas diferencias...”

En concordancia con lo anterior, el principio segundo de los Principios y Buenas Prácticas sobre la Protección De las Personas Privadas de Libertad en las Américas

establece “que no serán consideradas discriminatorias las medidas que se destinen a proteger exclusivamente los derechos de las mujeres, en particular de las mujeres embarazadas y de las madres lactantes” y en el mismo sentido el principio 5.2 del Conjunto de Principios para la protección de todas las personas sometidas a cualquier forma de detención o prisión establece que “Las medidas que se apliquen con arreglo a la ley y que tiendan a proteger exclusivamente los derechos y la condición especial de la mujer, en particular de las mujeres embarazadas y las madres lactantes, los niños y los jóvenes, las personas de edad, los enfermos o los impedidos, no se considerarán discriminatorias”. Y en cuanto a la situación de particular cuidado y que demanda especial atención del Estado respecto de los organismos que custodian a las mujeres privadas de libertad, la Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación sobre la Mujer en su artículo 12.2 prescribe que “los Estados Partes garantizarán a la mujer servicios apropiados en relación con el embarazo, el parto y el período posterior al parto, proporcionando servicios gratuitos cuando fuere necesario, y le asegurarán una nutrición adecuada durante el embarazo y la lactancia”. Por su parte, el Comité de Derechos Humanos en su Observación General N° 28 sobre igualdad de derechos entre hombres y mujeres, en su artículo 3 (15) refiere que “las mujeres embarazadas que estén privadas de libertad deben ser objeto de un trato humano y debe respetarse su dignidad inherente en todo momento, y en particular durante el alumbramiento y el cuidado de sus hijos recién nacidos. Los estados partes deben indicar qué servicios tienen para garantizar lo que antecede y qué formas de atención ofrecen a esas madres y a su hijos”.

**15°)** Que, es posible constatar indicios que permiten tener por acreditado que el maltrato recibido por la amparada también encuentra explicación en su pertenencia a una comunidad mapuche, lo que refuerza el origen discriminatorio de las actuaciones de Gendarmería. De otra forma no se explica el desmesurado y, por ende, desproporcionado operativo de seguridad que a su salida de la unidad penal para su atención médica en un recinto asistencial llevó a cabo Gendarmería. En efecto, la amparada está condenada por delitos comunes de receptación y robo con intimidación, además su clasificación es de bajo compromiso delictual según Ficha Única de condenada de fecha 17 de octubre acompañada por Gendarmería, a lo que cabe agregar que su estado de salud restaba toda posibilidad de que durante su traslado pudiera atacar a terceros o intentar su huida. Tales circunstancias no resultan coherentes con el inusual despliegue de medidas de custodia y coerción en los traslados y durante su permanencia en los recintos hospitalarios,

donde, como el Director Regional de Gendarmería reconoce en su informe, la salida de la unidad penal en la comuna de Arauco se realizó con escolta de otro carro institucional en el que se trasladaban cuatro funcionarios, además de su conductor. Sumado a ello una escolta de dos motoristas de carabineros, más la custodia directa ejercida por dos funcionarios en el mismo taxi en que iba la amparada. Estas importantes medidas de seguridad se reiteraron luego en su traslado a Concepción y durante su permanencia en los distintos recintos por los que debió transitar para obtener la adecuada asistencia médica.

Es así como tal despliegue de medidas únicamente se explica por el hecho de tratarse de una condenada de origen mapuche, lo que se confirma con la observación que se consigna en la orden de salida hacia el hospital de Arauco, también acompañada a este expediente por Gendarmería, donde se indica: interna que debe ser trasladada al servicio de urgencias del Hospital de Arauco, se adjunta salida al hospital, “ojo interna comunera mapuche, adoptar las medidas de seguridad correspondiente”. Su carácter de “comunera mapuche” se vuelve a destacar en los Parte N° 238 y 239 de 13 de octubre, Parte N° 239 de 14 de octubre, e Informes de Novedades de 13 de octubre -documentos todos también incorporados a este legajo-, en los que se consignan los egresos y hospitalizaciones de la amparada, destacando siempre el ser ésta “comunera mapuche”. Así se habla, respectivamente, de Salida de Urgencia del Hospital de Arauco “de comunera mapuche” que indica; Hospitalización de “comunera mapuche condenada” que indica; interna “comunera mapuche” da a luz en clínica de Concepción; Sale “comunera mapuche” al Servicio de Urgencia; y, Hospitalización de condenada “perteneciente a comunidad mapuche”.

En este caso se adoptaron medidas de seguridad para el traslado de una interna en razón de su pertenencia a una comunidad mapuche, y que si no concurriera esta cualidad adscrita en la amparada, no se habrían implementado. Estos antecedentes constituyen prueba irrefragable de discriminación, pues no obedecen a la gravedad de los delitos por los que cumple condena, ni a su alto grado de compromiso delictual, ni a indicios o noticias que permitan siquiera sospechar un intento de fuga, sino en forma exclusiva a su etnia de origen.

**16°)** Que, así las cosas, se estima que en el caso sub judice hay una situación paradigmática de interseccionalidad en la discriminación, donde se observa una confluencia de factores entrecruzados de discriminación que se potencian e impactan negativamente en la amparada, pues ésta recibió un trato injusto, denigrante y vejatorio,



dada su condición de mujer, gestante y parturienta, privada de libertad y perteneciente a la etnia mapuche, lo que en forma innecesaria puso en riesgo su salud y vida, así como la de su hijo, todo ello, en contravención a la normativa nacional e internacional vigente en la materia. Estas reglas, han advertido que la convergencia de múltiples formas de discriminación aumenta el riesgo de que algunas mujeres sean víctimas de discriminación compuesta, por lo cual la entidad recurrida, Gendarmería de Chile, afectó la seguridad personal de la amparada durante la privación de libertad que sufría con motivo del cumplimiento de las penas impuestas y su dignidad como persona, en contravención a la Constitución Política y las leyes, debiendo en consecuencia ser acogida la acción de amparo interpuesta en su favor, adoptándose las medidas necesarias para restablecer el imperio del Derecho.

**17°)** Que, resta expresar que no es obstáculo para hacer lugar a la acción constitucional la circunstancia de que, a la sazón, pudieran haber dejado de existir las medidas descritas precedentemente y que afectaron la seguridad personal de la amparada, porque una acción de este tipo busca restablecer el imperio del derecho, lo que comprende la precisión del sentido de los derechos fundamentales, su respeto, el de las garantías que los protegen y la eventual corrección funcionaria, como con tanta precisión lo señalaba el artículo 313 bis del Código de Procedimiento Penal;

Por estas consideraciones y visto, además, lo dispuesto en el artículo 21 de la Constitución Política de la República, **se revoca** la sentencia apelada de nueve de noviembre de dos mil dieciséis, dictada por la Corte de Apelaciones de Concepción en el Ingreso Corte N° 330-2016 sólo en cuanto rechazó la acción de amparo deducida en favor L.C.L y, en su lugar, se declara que **se acoge el recurso** de amparo interpuesto, a fin de dejar establecida la ilegalidad que fundamenta su acogida. Para restablecer el imperio del derecho y asegurar la debida protección de la recurrente, se decretan las siguientes medidas:

1. La custodia de la amparada y las medidas de seguridad que se adopten por Gendarmería durante los traslados de aquélla a algún recinto asistencial de salud se efectuarán dando estricto cumplimiento a lo previsto en las Reglas 47, 48 y 49 de la Reglas mínimas de las Naciones Unidas para el tratamiento de los reclusos.

2. Durante dichos traslados, así como durante su permanencia en dichos recintos, su custodia directa será ejercida exclusivamente por personal femenino de

Gendarmería de Chile.

3. Gendarmería de Chile deberá revisar y adecuar sus protocolos de actuación en materia de traslado a hospitales externos, conforme a la normativa Internacional suscrita por Chile relativa a mujeres privadas de libertad, embarazadas o con hijos lactantes, así como a aquella relativa a la erradicación de todas las formas de violencia y discriminación en contra de las mujeres.

4. Gendarmería de Chile deberá remitir copia de los resultados del sumario administrativo que lleva adelante con motivo de estos hechos a la Ilustrísima Corte de Apelaciones de Concepción, dentro de un plazo no superior a 30 días, además de informar a dicho tribunal sobre las medidas adoptadas en cumplimiento de los tres puntos precedentes.

**Volver al índice**

### III. Sentencias en que se sustituye la pena privativa de libertad en aplicación del Convenio 169 OIT

1. Corte de Apelaciones de Antofagasta. Se revoca la resolución apelada que rechazó la solicitud efectuada por la defensa respecto a cumplir la pena sustitutiva con vigilancia por Carabineros de Chile, imponiéndose la pena sustitutiva de reclusión parcial domiciliaria nocturna con monitoreo telemático.	
RIT	<u>149-2017</u>
RUC	
MATERIA	Penal sustitutiva a imputado indígena, Convenio 169 OIT
TIPO DE RESOLUCIÓN	Sentencia
FECHA	20-06-2017

#### a) Principales aspectos del caso

La Defensoría Penal Público dedujo recurso de apelación en contra de la resolución de fecha once de mayo de dos mil diecisiete, que intensificó la pena sustitutiva de reclusión parcial domiciliaria nocturna por la de reclusión nocturna en recinto especial por el hecho de no existir factibilidad técnica para el cumplimiento de la pena sustitutiva en el domicilio del imputado. El 2 de octubre de 2015, su representado fue condenado a la pena de 301 días de presidio menor en su grado mínimo, más multa de cuatro Unidades Tributarias Mensuales, suspensión de su licencia de conducir por el plazo de cinco años, más la accesoria de suspensión de cargo u oficio público durante el tiempo de la condena, como autor del delito consumado de conducción en estado de ebriedad causando daños. La defensa arguye que lo resuelto resulta gravoso para su representado, pues no le es imputable que en su domicilio actual no existe factibilidad técnica, además que lo resuelto implica él debe viajar diariamente desde su comunidad en el Ayllu de Solcor a Calama para poder cumplir con la pena sustitutiva, lo que atenta contra lo dispuesto en el artículo 7° de la Ley 18.216 y el artículo 10 N° 1 y 2 del Convenio 169 de la OIT.

El tribunal considera que existen elementos suficientes para formar convicción respecto de la eficacia de la pena sustitutiva solicitada, teniendo en cuenta la calidad del imputado y los fines de rehabilitación y reinserción que se persiguen mediante la pena solicitada.

## **b) Argumentación relevante del fallo**

**SEXTO:** Que teniendo presente en primer lugar que la pena sustitutiva de reclusión parcial domiciliaria no fue revocada en la audiencia del día 26 de marzo de 2017 y que al momento de la vista de la causa la defensa ad effectum videndi incorporó un peritaje intercultural elaborado por doña Marioli Isabel Ligue Mondaca, facilitadora intercultural, del cual no es posible desconocer que en éste aparecen antecedentes que permiten sostener las siguientes conclusiones: El acusado Miguel Ángel Puca Colque pertenece a un grupo cultural diferenciado, con condiciones culturales denominadas indígena Atacameña, cuya crianza y formación familiar estuvo ligada a los códigos andinos y en el mismo territorio andino, por tanto con un fuerte arraigo, teniendo una relación estrecha con el territorio y sus sentidos culturales. En la actualidad tiene su domicilio en callejón Vilama S/N, Ayllu de Solcor de la comuna de San Pedro de Atacama y si bien tiene una problemática de consumo de alcohol, éste se encuentra en tratamiento de Cefam de San Pedro de Atacama, y cuenta con una red de apoyo familiar (padre y hermana). Por otro lado, para el caso de que tenga que cumplir de manera privativa la pena impuesta, debiendo separarse de la comunidad en la cual vive, constituye un factor que puede desmejorar su problema con el consumo abusivo del alcohol. A lo anterior, se debe agregar que de cumplirse la pena en la forma dispuesta por el fallo en estudio, se vulneran los numerales 1 y 2 del artículo 10 del Convenio N° 169 sobre Pueblos Indígenas y Tribales en países independientes, adoptado el 27 de junio de 1989 por la conferencia general de la Organización Internacional del Trabajo, estatuto aprobado por el Estado de Chile y promulgado el 2 de octubre de 2008.

**SÉPTIMO:** Que de lo señalado precedentemente, se desprende que existen elementos suficientes para formar convicción respecto de la eficacia de la pena sustitutiva solicitada, teniendo además en cuenta que los fines de rehabilitación y reinserción que se persiguen se podrán cumplir, evitando un mayor contacto criminógeno para el sentenciado, lo que permitiría su reinserción social

**OCTAVO:** Que si bien, en atención al nuevo domicilio del sentenciado, en Callejón Vilama S/N de San Pedro de Atacama, existe imposibilidad técnica de controlar mediante monitoreo telemático la ejecución de la pena por parte de Gendarmería de Chile, el control de ésta corresponderá a la Unidad de Carabineros más cercana de la Comunidad de San

Pedro de Atacama donde está ubicado el domicilio del sentenciado, mediante controles aleatorios y con una frecuencia no inferior a 20 días. Con dicho objeto, la Unidad deberá llevar un registro en el que consignará el día y hora en que se verifica el control.

**Volver al índice**

2. Corte de Apelaciones de Antofagasta. Acoge apelación. Se concede la aplicación de una pena sustitutiva de reclusión parcial domiciliaria, aun cuando no es posible el monitoreo telemático.	
RIT	<u>272-2016.</u>
RUC	
MATERIA	Pena sustitutiva.
TIPO DE RESOLUCIÓN	Sentencia
FECHA	28-10-2016

**a) Principales aspectos del caso**

Que la defensa del sentenciado J.C.B.L ha deducido recurso de apelación en contra de la sentencia pronunciada el 4 de octubre de 2016 por don José Luis Ayala Leguas, titular del Juzgado de Garantía de Calama, que sustituyó la pena privativa libertad impuesta por la pena de *reclusión parcial nocturna en recinto especial*, por igual término de la pena privativa de libertad, consistente en el encierro en el Centro de Reinserción Social de El Loa Calama, para el cumplimiento de dicho de dicha pena sustitutiva. La sentencia establece que si bien se reunían *los requisitos de los artículos 7 y 8 de la ley 18,216, por lo que este imputado podría optar a una pena sustitutiva reclusión parcial pero, para que sea domiciliaria, el legislador ha establecido una forma única de control, cual es, el monitoreo telemático, por lo que en aquellos casos en los que ese monitoreo no es posible o falla, no es posible acceder a esa pena sustitutiva de reclusión domiciliaria de ninguna especie*”.

La defensa sostiene que la sentencia es agravante, puesto que la ley 18.216 autoriza a decretar de forma excepcional otros mecanismos de control similares, de no existir factibilidad técnica, en la forma que determine el Tribunal. En consecuencia, señala que debe interpretarse favorablemente la ley en virtud de la calidad del acusado y sus particulares circunstancias.

**b) Argumentación relevante del fallo**

**QUINTO** : *Que el examen del Peritaje Social Integral del acusado J.B.L, -incorporado tanto en la audiencia de juicio como en aquella en que la Corte conoció del recurso- unido*

a los demás antecedentes ventilados en la última audiencia, permiten extraer las siguientes conclusiones:

*El penado J.B.L, de etnia atacameña, tiene domicilio en la Localidad Atacameña de Cupo, ubicada a cien kilómetros –aproximadamente- de la ciudad de Calama. La Comunidad carece de energía eléctrica y agua potable.*

*Cuenta con el apoyo de los miembros de la Comunidad y de sus familiares.*

*Aun cuando presenta consumo abusivo del alcohol, puede controlar dicho problema mientras permanece en el Poblado de Cupo. De estas conclusiones se colige, naturalmente la razón por la que no existe factibilidad técnica para controlar una pena sustitutiva mediante monitoreo telemático, inconveniente que –por lo demás y llegado el caso- afecta a todos los miembros de esa Comunidad que potencialmente estuvieren llamados a cumplir una pena sustitutiva como la impuesta al sentenciado.*

*También debemos convenir que la medida de separarlo de su comunidad para cumplir su pena en un recinto especial, podría agudizar su problema con el consumo abusivo del alcohol, sin considerar los inconvenientes personales que acarrearía la obligación de viajar cerca de 200 kilómetros diarios mientras dure la condena.*

*Por último, la ejecución de la pena en la forma dispuesta por el fallo en estudio, vulnera los numerales 1 y 2 del artículo 10 del Convenio Nº 169 sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes, adoptado el 27 de junio de 1989 por la Conferencia General de la Organización Internacional del Trabajo, Estatuto aprobado por el Estado de Chile y promulgado el 2 de octubre de 2008.*

**SEXTO:** *Que, como corolario de lo que se viene reflexionando, no puede sino convenirse que la ausencia de factibilidad técnica para controlar la pena sustitutiva que debe purgar J.B.L es excepcional y, por lo mismo, autoriza al Tribunal para disponer una medida de control similar, dada la particular situación del penado.*

*De consiguiente, la decisión cuestionada en el recurso de apelación no se ajusta a derecho, comoquiera que hace una interpretación parcial y sesgada de la Ley 18.216;*

**SÉPTIMO:** *Que, como corolario de las reflexiones que preceden, -y concurriendo los presupuesto legales- resulta evidente que la resolución en alzada debe revocarse, sustituyendo la pena privativa impuesta en el fallo, por la de reclusión parcial nocturna domiciliaria, dado que el condenado reúne los presupuestos del artículo 8 de la Ley 18.216.*

*Por estas consideraciones y de conformidad con lo dispuesto en los artículos 1, 7, 8,*

y 37 de la Ley 18.216, y 352 y 370 del Código Procesal Penal, **SE REVOCA, en lo apelado,** la sentencia pronunciada el cuatro de octubre actual por el Juzgado de Garantía de Calama, en cuanto por su decisión II sustituyó la pena privativa de libertad impuesta al sentenciado J.B.L por la de reclusión parcial nocturna en recinto especial y, en su lugar, se decide que aquélla se sustituye por de la reclusión parcial nocturna domiciliaria contemplada en el artículo 7 N° 2 de la Ley 18.216.

*Dada la imposibilidad técnica de controlar mediante monitoreo telemático la ejecución de la pena, el control de ésta corresponderá a la Unidad de Carabineros más cercana a la Comunidad de Cupo donde se halla el domicilio del sentenciado –en este caso el Retén Fronterizo de Toconce- mediante controles aleatorios y con una frecuencia no inferior a veinte días; condicho objeto, la Unidad llevará un registro en el que consignará el día y hora en que se verificó el control.*

*Si el imputado quebrantare las condiciones impuestas, deberá cumplir efectivamente la pena privativa, imputándose a ella el abono que la sentencia revisada le reconoció.*

**Volver al índice**



3. Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Angol. Sustituye pena de reclusión parcial por reclusión nocturna domiciliaria a imputado mapuche.	
RIT/ROL	<u>87-2016</u>
RUC	1400958016-7
MATERIA	Incendio y daños, pena sustitutiva por aplicación del Convenio 169 OIT.
TIPO DE RESOLUCIÓN	Sentencia de juicio oral
FECHA	06-10-2016

**a) Principales aspectos del caso**

El día 2 de octubre de 2014, con ocasión del cortejo fúnebre de un comunero mapuche, E.R, previamente concertada con D.M, J.P.L y otros sujetos viajaron desde Ercilla a las comunas de Chol Chol y Galvarino con la finalidad de cometer diversos delitos. El ente persecutor estima que los hechos constituyen los delitos de incendio, lesiones menos grave, robo con intimidación y daños. La defensa sostiene que tanto la acusación como el procedimiento fueron defectuosos, indicando además que hubo vulneración de garantías fundamentales. Solicita absolución de los imputados por falta de participación en los hechos, en dos casos, en el resto por la imposibilidad de derribar la presunción de inocencia.

El tribunal desestimó los argumentos de la fiscalía y de la defensa que apuntaron a obtener la condena y absolución, respectivamente, de los acusados en todos los delitos de la acusación. Con todo, da por acreditado los hechos constitutivos de los delitos de incendio y la participación en ellos respecto de dos imputados, entre ellos D.M, werken mapuche, a quien se le sustituye el cumplimiento de la pena privativa de libertad impuesta por la de reclusión nocturna en su domicilio en atención a su calidad de indígena.

**b) Argumentación relevante del fallo**

**TRIGÉSIMO QUINTO:** Que, en cuanto a la petición de la defensa de E.R.H, de calificar la atenuante de su irreprochable conducta anterior, fundado en el informe social realizado por Víctor Hugo Bustamante Lavado, no podrá prosperar, por cuanto del mismo no se desprende un comportamiento positivo extraordinario ni alguna trayectoria de

prestación de servicios a la comunidad u otra situación, que la destaque de una persona promedio, inserta en la sociedad.

Sin perjuicio de las penas que en definitiva se impondrá, no se considerará para su determinación el Convenio 169 de la OIT, por cuanto no hay antecedentes que permitan determinar que E.R pertenece a algún pueblo originario. Situación que sí favorece al condenado D.M.M, pues consta del informe social elaborado por Ida Orellana Solis, lo cual resultó corroborado con el Informe para efectos de pena sustitutiva elaborado por el CRS de Angol, que pertenece a la etnia mapuche, que es werken de la comunidad Wente Winkul Mapu, que su función es la de asesorar al Lonco y ser vocero de este y que como tal participa activamente de su cultura mapuche, además, de momento detenta el rol de Lonco de la comunidad, siendo relevante su presencia en la misma. La cultura y la lengua la recibió de sus padres, celebra el We Tripantu y organiza el juego del palín. Así las cosas, se ha de considerar su pertenencia tribal a la etnia mapuche, para efectos de determinación de su pena y concesión de sustitución de la misma, haciendo de este modo aplicación al Convenio 169 de la OIT., especialmente artículo 10 N° 1, que prescribe que cuando se impongan sanciones penales previstas por la legislación general a miembros de dichos pueblos (originarios) deberán tenerse en cuenta sus características económicas, sociales y culturales; y, N° 2, deberá darse la preferencia a tipos de sanción distintos del encarcelamiento.

Que entonces, considerando que en el caso de D.M, quien además, quedó en situación procesal de acuerdo a la legislación nacional, en los delitos de daños, de ser castigado con una pena alternativa a la privativa de libertad y en el de incendio de obtener una pena sustitutiva, corresponde sancionarlo a penas no constitutivas de encierro, de manera de cumplir con los tratados internacionales suscritos por nuestro país y favorecer su reintegro a su comunidad, donde además D.M cumple el rol fundamental de Werken, contribuyendo de esta forma a la subsistencia de su cultura manteniendo la cosmovisión de la misma.

**[Volver al índice](#)**

4. Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Temuco. Sustituye pena privativa de por la pena sustitutiva de libertad vigilada en vista de la calidad de indígena del acusado.	
RIT	<u>28-2017</u>
RUC	1401101439-K
MATERIA	Violación impropia.
TIPO DE RESOLUCIÓN	Sentencia de juicio oral
FECHA	07-11-2016

#### a) Principales aspectos del caso

Que el día 27 de octubre de 2015, a las 23:00 horas aproximadamente, P.S.Q.L en estado de ebriedad llegó hasta el domicilio de sus padres, en la comuna de Carahue, al cual ingresó pidiéndole comida, y procediendo luego a tirar los platos, insultarles y amenazarles que los mataría, zamarreando varias veces a su padre. El tribunal a quo condenó al imputado a dos penas sesenta y un días de presidio menor en su grado mínimo, por dos delitos consumados de amenazas no condicionales y asimismo a dos penas de quinientos cuarenta y un días de presidio menor en su grado medio, por dos delitos de desacato, lo anterior, conjuntamente con las pena accesoria de suspensión de cargo y oficio público mientras dure la condena. La defensa dedujo recurso de nulidad y en subsidio apelación. Aduce que ha habido una errónea aplicación del derecho por cuanto el imputado tiene la calidad de indígena por tanto se debe aplicar el Convenio 169 de la OIT, en concreto, el artículo 10 n°2.

#### b) Argumentación relevante del fallo

**SEGUNDO:** *Que, a mayor abundamiento, vista las circunstancias personales del acusado y lo dispuesto en el artículo 2° de la Ley N° 19.253 letras a), b) y c), artículo 10 N° 2 del Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo, artículo 18 del Código Penal y artículos 5° inciso 2° y 19 N° 7° de la Constitución Política de la República, la pena sustitutiva solicitada es más beneficiosa y de menor intensidad que la pena efectiva impuesta por la sentencia recurrida, lo que determina la imposición de la primera como se dirá en lo resolutivo.*

*Y visto además, lo dispuesto en el artículo 37 inciso 1° de la Ley N° 18.216, se declara: Que SE REVOCA, en lo apelado la sentencia de fecha doce de noviembre de dos mil dieciséis, en aquella parte que ordenó el cumplimiento efectivo de las penas impuestas en orden sucesivo y, en su lugar, se declara que se sustituyen las penas privativas de libertad impuestas por la pena sustitutiva de libertad vigilada intensiva respecto de P.S.Q.L , sujeto a las condiciones establecidas en el artículo 17 de la Ley 18.216, por el total del tiempo de sus condenas privativas de libertad , debiendo tenerse en especial consideración, en la elaboración ó del respectivo plan de intervención, la situación de alcoholismo que le aqueja. El Tribunal a quo, arbitrará las medidas necesarias para la ejecución de la pena sustitutiva impuesta. Para el caso que sea revocada esta pena sustitutiva, se debe abonar los días que ha permanecido privado de libertad por esta causa, esto es, 275 días, o los días que el Juzgado de Garantía determine con más y mayores antecedentes. Manteniéndose en todo lo demás la sentencia recurrida.*

**Volver al índice**

5. Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Cañete. Se condena a los imputados, se considera en algunos casos la calidad de indígena.	
RIT/ROL	<u>69-2017</u>
RUC	1600761037-1
MATERIA	Penas sustitutivas, atenuantes especiales, Convenio 169 OIT.
TIPO DE RESOLUCIÓN	Sentencia de juicio oral.
FECHA	17-08-2017

**a) Principales aspectos del caso**

“El día 12 de agosto del año 2016 entre las 22:00 y 22:20 horas aproximadamente los acusados R.E.M.L, D.E.Q.A, M.A.L.C, J.H.M.P, N.A.R.A, C.L.M.M, R.C.P.H, este último menor de edad a la época de los hechos, previamente de acuerdo, se trasladaron en camionetas hasta el sector norte de la ciudad de Cañete, en específico hasta un predio rural de propiedad de Bosques Una vez en el lugar cubrieron sus rostros, y premunidos de armas de fuego de intimidaron y violentaron a los y luego utilizando bencina rociaron cuatro maquinarias para incendiarlas.

A juicio de la Fiscalía, los hechos antes descritos son constitutivos de los siguientes delitos de incendio, robo con violencia, porte ilegal de armas de fuego convencional, porte ilegal de municiones y receptación. La defensa sostiene que el proceso se desarrolló de manera irregular, comenzó con una detención y recolección de evidencias fuera del ámbito de las facultades propias del actuar policial, que no se pueden encuadrar dentro del artículo 85 ni del 130 del Código Procesal Penal. Se solicita la absolución de los acusados por cuanto la prueba disponible o es ilegal, o es insuficiente para formar la convicción. Posteriormente, solicita la aplicación de penas sustitutivas a la privativa de libertad de conformidad con el Convenio 160 de la OIT. . Respecto de los delitos de la Ley de Control de Armas, solicitó la rebaja en grado la pena asignada por ley a estos delitos, y que el Tribunal, en consideración a ser sus representados miembros de la etnia mapuche, prime el Convenio, y se proceda directamente a la aplicación de las normas constitucionales de nuestro país.

## **b) Argumentación relevante del fallo**

**CUADRAGESIMOSÉPTIMO:** Que respecto del acusado P.H, corresponde considerar su carácter de adolescente a la fecha de comisión de los ilícitos, respecto de lo cual no hubo controversia en el juicio, y lo que se confirma con la incorporación por la defensa de su extracto de filiación y antecedentes, por lo que corresponde aplicarle el estatuto de la Ley 20.084. Teniendo presente lo anterior, conforme al artículo 21 de dicha normativa, la pena asignada a los delitos cometido por un adolescente es la inferior en un grado al mínimo señalado en la ley, y considerando como ya se señaló en el motivo anterior, que por los delitos de incendio y porte ilegal de arma de fuego, previene en abstracto penas de presidio menor en su grado máximo a presidio mayor en su grado mínimo y de presidio menor en su grado máximo, respectivamente, concurriendo respecto de ambos una atenuante de responsabilidad penal y ninguna agravante, el rango de pena será de presidio menor en su grado medio respecto de ambos ilícitos.

De esta forma, según el número 3 del artículo 23, y conforme a los criterios establecidos en el artículo 24, ambos de la Ley 20.084, el tribunal impondrá una pena única de libertad asistida especial respecto de ambos delitos. Para tomar esa decisión se considera que la extensión del mal causado ya referida; que el menor tenía 17 años cuando cometió los delitos, vale decir, en el rango superior de la minoría de edad; la gravedad del delito de que se trata, pues se está en presencia de un delito de incendio y portes de arma de fuego, que se perpetró en calidad de autor por el encartado y que se encuentran ambos ilícitos en grado de consumado; criterios que conducen a la conclusión que la sanción a imponer debe ser de una entidad tal, que permita al adolescente comprender la gravedad de sus acciones y hacerse responsable de ellas, pero que su vez sea útil para fortalecer el respeto del adolescente por los derechos y libertades de las personas, y para asegurar su adecuada reinserción social. Además, se ha acreditado que el encartado presenta arraigo social, toda vez que está inserto en una familia biparental, con arraigo sociocultural y socioterritorial mapuche-lafkenche, y con su enseñanza completa como lo acredita su informe antropológico y certificado referidos en el considerando 40°. Por último, se debe considerar que el artículo 26 de la Ley 20.084 establece que la privación de libertad se utilizará sólo como último recurso, por lo que su aplicación debe ser excepcional.

Debido a todo lo argüido, en esta oportunidad se estima suficiente sancionar al adolescente con la sanción de libertad asistida especial, ya que implica un mayor control por parte del delegado y la realización de un mayor número de actividades que promoverán su adecuada reinserción social y respeto a las libertades individuales, por el cuántum que

se indicará en la resolutive.

**CUADRAGESIMOCTAVO:** Que considerando lo indicado en el artículo 1° inciso final de la Ley 18.216, y las penas que deben imponerse a los condenados D.E.Q.A y M.A.L.C, por los delitos de incendio y porte ilegal de arma de fuego, dada la extensión resultante de la suma de ambas, resulta improcedente la concesión de pena sustitutiva. Por lo que se rechaza la solicitud de aplicación de pena única en los términos efectuados por su defensa.

Sin perjuicio de lo anterior, y desprendiéndose de los hechos acreditados, que el delito de porte ilegal de arma de fuego fue el medio empleado para cometer el delito de incendio, existiendo por tanto una “conexión ideológica entre ambos ilícitos de acuerdo con el plan de los hechos”, (Couso, Salas; Código Penal Comentado; Editorial Jurídica de Chile; 2011; pág.678), de acuerdo a lo establecido en el artículo 75 segunda parte del Código Penal, corresponde imponer por ambos delitos la pena mayor asignada al delito más grave, estos es, cinco años y un día de presidio mayor en su grado mínimo, lo que resulta más favorable que aplicar la acumulación aritmética o material consagrada en el artículo 74 del mismo cuerpo legal.

Se debe señalar además, que tampoco resulta procedente la solicitud de la defensa de los encartados Railaf y Meliman, en orden de aplicar directamente las normas constitucionales que garantizan los derechos de igualdad ante la ley y debido proceso, y de esta manera no dar aplicación a la normativa consagrada en el artículo 17 B inciso segundo de la Ley 17.798, dado lo razonado en los considerandos previos, toda vez que el Tribunal sólo concedió una de las atenuantes solicitadas por las defensas impidiendo la rebaja en grado de la pena en cualquier hipótesis.

**CUADRAGESIMONOVENO:** Que, sin perjuicio que respecto de los acusados R.E.M.L y N.A.R.A, concurre la hipótesis del concurso medial referida en el considerando anterior, la aplicación de la pena conforme lo dispone el artículo 75 del Código Penal, claramente resulta ser más gravosa que la solución aritmética del artículo 74 del mismo cuerpo legal, toda vez que en este último caso, la sumatoria de ambas penas es inferior a presidio mayor en su grado mínimo, razón por la cual se aplicarán por separado. De esta forma en relación al delito de porte ilegal de municiones por el que han sido condenados los encartados referidos, teniendo presente lo dispuesto en el artículo 1° de la Ley 18.216, no procede la aplicación de pena sustitutiva alguna, de allí que deban cumplirla de manera efectiva. En cuanto al delito de incendio se procederá a la sustitución de la pena privativa

de libertad que se impondrá por la pena de libertad vigilada intensiva, por reunirse los requisitos exigidos por el artículo 15 bis de la Ley 18.216, modificada por la Ley 20.603. En efecto, como ya se señaló, la pena a imponer es superior a tres años y no excede de cinco, no se trata de alguno de los delitos señalados en la letra b) del mentado artículo, y tampoco los sentenciados han sido condenados anteriormente por crimen o simple delito. Además, considerando la exigencia del N°2 del artículo 15, aplicable por orden expresa del artículo 15 bis inciso final, estos sentenciadores estiman que una intervención individualizada de conformidad al artículo 16 de dicha ley parece eficaz, teniendo presente que de los informes sociales de los acusados, y certificado de alumno regular del acusado N.A.R.A, se puede constatar que presentan arraigo social, familiar y territorial y están adscritos a la cultura mapuche, es posible inferir, teniendo presente además su extracto de filiación y antecedentes, que los hechos en los que se vieron involucrados constituyen un caso aislado, que no conforma un patrón de conducta delictual habitual, y que por lo tanto, la pena sustitutiva en análisis resulta idónea a su respecto.

**Volver al índice**



6. Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Cañete. Sentencia condenatoria, limita la aplicación del Convenio 169 de la OIT.	
RIT/ROL	<u>63-2017</u>
RUC	1500910351-9
MATERIA	Sustitución de pena, atenuantes, Convenio 169 OIT.
TIPO DE RESOLUCIÓN	Sentencia de juicio oral
FECHA	27-06-2016

#### a) Principales aspectos del caso

Con fecha 22 de septiembre del año dos mil quince, alrededor de las 10:50 horas, en el sector Antiquina comuna de Cañete, los acusados S.I.C.H, E.F.C.H., M.A.O.L, L.A.C.L, L.B.C.L, C.I.C.A Y J.E.C.A junto a un grupo aproximado de cinco personas más, no individualizadas, previamente concertados, emboscaron a un grupo de trabajadores forestales de la empresa FUMIVAR, intimidándolos con armas, y amenazándolos de quemar la camioneta en la que transportaban. Posteriormente sustrajeron los bienes que se encontraban al interior del vehículo.

A juicio del Ministerio Público los hechos corresponden a los delitos consumados de robo con intimidación y tenencia ilegal de armas de fuego y municiones. La defensa señala que el proceso está teñido por de ilegalidad por la forma irregular del actuar policial. Además, señala que se ha vulnerado el principio de congruencia. Procedería, por tanto, aplicar la teoría del árbol envenenado. En cuanto a la determinación de la pena, la defensa solicita la calificación de la atenuante del artículo 11 número 6 del Código Penal para sus tres representados para lo cual incorpora informes sociales. Invoca además el convenio 169 de la OIT, para que tenga presente sus costumbres y se prefiera el cumplimiento de la pena en libertad.

#### b) Argumentación relevante del fallo

**QUINCAGESIMOCUARTO:** Que verificando lo anterior los acusados L.B.C.L, J.E.C.A, C.I.C.A y , L.A.C.L, todos C, además de M.O, no tienen derecho a pena sustitutiva

alguna considerando la cuantía de las penas, por lo que deberán cumplirla efectivamente, no ponderándose para dichos efectos la prueba documental incorporada en la etapa procesal respectiva ya que al no cumplirse el requisito objetivo, la procedencia del subjetivo es inoficiosa al tratarse de requisitos copulativos. Máxime si tratándose de los delitos de tenencia ilegal debe aplicarse lo dispuesto en el artículo 1 inciso segundo de la ley 18.216. Sin perjuicio de lo anterior si resulta procedente la aplicación de la pena sustitutiva de libertad vigilada intensiva respecto de los acusados E.F.C.H y S.I.C.H, ambos C, por cuanto carecen de anotaciones prontuariales pretéritas, la pena que arriesgan no supera los 5 años de privación de libertad y la prueba documental incorporada por su defensa, permite concluir que una intervención individualizada parece eficaz para una efectiva reinserción social. Todo lo anterior sin considerar que a su vez corresponde se aplique a su respecto lo dispuesto en el punto 10.2 del Convenio 169 de la OIT, en que *“Deberá darse la preferencia a tipos de sanción distintos del encarcelamiento”*, por lo que reuniéndose los requisitos cumplirán su pena en libertad.

**QUINCAGESIMOQUINTO:** [...] Por otra parte tratándose de la aplicación del Convenio 169 de la OIT en particular su artículo 10 para efectos de calificar la morigerante del artículo 11 número 6 del Código Penal, estima el tribunal que las *características económicas, sociales y culturales* acreditadas en los informes sociales no son suficientes para concederla por cuanto todos cuentan con trabajo, educan a sus hijos, y cuentan con apoyo familiar, por lo que no se encuentran en una hipótesis distinta al común de las personas, que les permita acceder a la calificación solicitada; en cuanto al punto 2 que sí fue considerado respecto de los mayores, es menester recalcar que una acertada interpretación armónica de la legislación nacional con los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes, que evite arbitrariedades, supone que frente a una determinada hipótesis fáctica igualitaria se otorgue la pena en libertad al integrante del pueblo originario, así frente a una pena de presidio menor en su grado máximo tanto el integrante del pueblo originario como aquél que no lo es, tienen igual acceso a la pena sustitutiva por lo que aplicando el instrumento procede concederla, mas no así para efectos de rebajar la pena de presidio mayor en su grado mínimo, por cuanto las condiciones sociales acreditadas son las mismas para el integrante del pueblo originario como para el que no lo es, por lo que si no es posible rebajárselo a éste, tampoco procede hacer lo propio con aquél.

**Volver al índice**

#### IV. Sentencias asociadas a reivindicación territorial mapuche

1. Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Temuco. Absuelve de delito de incendio con resultado de muerte.	
RIT/ROL	<u>150-2017</u>
RUC	1300701735-3
MATERIA	Estándar de valoración de la prueba y convicción judicial, presunción de no culpabilidad, ley antiterrorista.
TIPO DE RESOLUCIÓN	Sentencia de juicio oral
FECHA	14-11-2017

##### a) Principales aspectos del caso

*Que, en la madrugada del día 4 de enero de 2013, siendo aproximadamente la 01:00 horas, un grupo indeterminado de personas concurrió al denominado Fundo La Granja Lumahue, de la localidad de General López, comuna de Vilcún, habitado por el matrimonio compuesto por WERNER LUCHSINGER LEMP y VIVIAN MACKAY GONZÁLEZ, quienes en ese momento se encontraban en el interior de la casa principal. Que, los integrantes de ese grupo se dirigieron a dicho lugar, provistos de diversos elementos, entre ellos, armas de fuego de distintos calibres, cuerpos portadores de llama y elementos acelerantes y/o combustibles, con el propósito de atacar la vivienda e incendiarla, a pesar de haber constatado la presencia de ocupantes en su interior. Que, una vez en el lugar, los sujetos atacaron el inmueble por el sector de la cocina, efectuando diversos disparos con armas de fuego, ante lo cual, la víctima WERNER LUCHSINGER LEMP lo repelió haciendo uso de su arma de fuego una pistola marca Browning calibre 7.65 mm. Que, en este contexto, los victimarios iniciaron el fuego en el sector de la cocina, mediante cuerpos portadores de llama, dejando a Werner LUCHSINGER LEMP y a Vivian MACKAY GONZÁLEZ al interior del inmueble, el que se consumió en su integridad por la acción de las llamas, provocando a ambas víctimas la muerte por carbonización en incendio.*

A juicio del Ministerio Público y de todos los querellantes, los hechos descritos constituyen, respecto de todos los imputados, el delito de incendio con resultado de muerte

en carácter de terrorista, delito que se encuentra en grado de desarrollo consumado. El ente acusador señala haber acreditado tanto el tipo penal como la participación de los encausados, haciendo una relación de la forma en que ocurrieron los hechos, a la luz de las pruebas rendidas. La defensa por su parte, solicita la absolución de todos los acusados. A grandes rasgos, señalan que no hay pruebas de cargo que derriben la presunción de inocencia y, que a falta de probanzas se recurre a declaraciones inculpatorias de co acusados obtenidas con vulneración a sus garantías fundamentales. Asimismo, niegan el carácter terrorista de los delitos que se imputan.

#### **b) Argumentación relevante del fallo**

En el presente juicio, por cada una de las proposiciones fácticas que constituyen el núcleo de la acusación penal, el Ministerio Público rindió una o más probanzas, correspondiendo a este tribunal trazar la línea entre aquellas suficientemente probadas y aquellas que no lo están, efectuando un correlato entre cada hecho relevante de la acusación y las respectivas evidencias que lo acreditan o descartan.

Sin perjuicio que no es posible establecer categorías de dudas razonables, hay ciertas deficiencias en el material probatorio que, cuando concurren, restan mérito importante a su capacidad de producir convicción y, en consecuencia, dificultan la superación del estándar legal referido.

Entre tales deficiencias, tal vez la más relevante, sea la existencia de prueba de cargo divergente, en relación con alguno de los hechos relevantes de la acusación. Para estos efectos, entenderemos por pruebas divergentes aquellas “que están en conflicto entre sí, pues unas confirman la proposición sostenida en la acusación y otras en cambio la niegan” (Daniela Accatino, Ob. cit. pag. 506). El carácter divergente de los medios de prueba resulta importante en este caso, como quiera que parte del material probatorio aportado por los acusadores presenta, precisamente, esta dificultad.

Otra dificultad que puede disminuir el peso de las evidencias de cargo, particularmente en el caso de actuaciones policiales, está dada por la falta de sujeción a estándares mínimos establecidos legalmente para su realización; el no respeto a deberes de registro u otros exigidos expresamente por el Código Procesal Penal aminora la capacidad de estos elementos como medio de acreditación en juicio. Lo mismo puede ocurrir con las pruebas científicas, cuando ellas no reúnen estándares de rigor técnico suficiente. Otra característica que puede debilitar el material probatorio incorporado por el

acusador está dado por la aportación de prueba única, entendiendo por tal no solo aquella evidencia que, en forma exclusiva, acredita la ocurrencia de uno de los hechos de la acusación, sino que además, aquellas que, aun cuando múltiples, provienen de la misma fuente de información, de modo tal que, para determinar su real peso entre el conjunto de probanzas, resulta indispensable analizar la calidad de la fuente de información primigenia, situación que también se produjo en el presente juicio oral.

Por otra parte, será relevante también la solidez de la prueba de descargo –bastante abundante, en este caso- destinada a refutar la ocurrencia de las proposiciones fácticas efectuadas en la acusación, a fin de introducir la existencia de una duda razonable y evitar, de este modo, la superación de la presunción de inocencia. Los elementos de análisis contenidos en las reflexiones precedentes son los que encausarán -primordial pero no únicamente- el razonamiento de este tribunal, al momento de valorar los medios de prueba aportados por los diversos litigantes.

#### ***DECIMO SÉPTIMO: Calificación terrorista del delito de incendio.***

Como primera cuestión, señalaremos que el terrorismo, más que un concepto jurídico, constituye un fenómeno social cuyas complejidades no resulta pertinente abordar en el contexto de una sentencia judicial. Lo único relevante a efectos del razonamiento que, por esta vía se pretende construir, dice relación con exponer de manera breve las normas jurídicas de derecho interno que regulan penalmente las conductas terroristas. En tal sentido, comenzaremos señalando que la referencia a los ilícitos de carácter terrorista en nuestro ordenamiento jurídico nacional, parte desde la propia Carta Fundamental, que en su artículo 9 dispone: “El terrorismo, en cualquiera de sus formas, es por esencia contrario a los derechos humanos”. Posteriormente, el inciso segundo de la citada disposición entrega a una Ley de Quorum Calificado la determinación de las conductas terroristas y su penalidad, además de fijar un listado de penas accesorias cuyo análisis -para efectos de esta sentencia- no resulta relevante. Esta Ley de quorum especial es la N° 18.314. Una de las características fundamentales de este último cuerpo normativo, es que construye su penalidad a través de la agravación o calificación de las penas asignadas a delitos comunes que, cuando son ejecutados con la finalidad prevista en su artículo 1°, devienen en terroristas.

No cualquier delito común puede transformarse en terrorista por el solo hecho de

cometerse con la finalidad prevista en el artículo 1°, pues el legislador ha reservado esa calificación únicamente para aquellos delitos base estimados suficientemente graves, atendidos los bienes jurídicos individuales que se vulneran con su comisión y que se encuentran enumerados en el artículo 2° de la referida ley. Entre tales delitos, por cierto, se encuentra el de incendio con resultado de muerte, previsto y sancionado en el artículo 474 del Código Penal.

En cuanto a la finalidad con que se comete el delito base, ella es la que agrava el disvalor de la conducta, transformando un delito común en terrorista y justifica el aumento en uno, dos o tres grados de la penalidad ordinaria asignada por ley al mismo. Esta finalidad, descrita en el artículo 1° consiste en “producir en la población o en una parte de ella el temor justificado de ser víctima de delitos de la misma especie, sea por la naturaleza y efectos de los medios empleados, sea por la evidencia de que obedece a un plan premeditado de atentar contra una categoría o grupo determinado de personas, sea porque se cometa para arrancar o inhibir resoluciones de la autoridad o imponerle exigencias”.

De la redacción anterior, es posible advertir que nuestra legislación interna responde a un modelo subjetivo de tratamiento del terrorismo, que define dicho fenómeno con referencia a la existencia de una determinada finalidad que debe estar presente en su autor: la de causar en la población o una parte de ella, el temor justificado de ser víctima de delitos de la misma especie. Las referencias posteriores efectuadas por dicha disposición, en relación con la naturaleza y medios de comisión, existencia de un plan premeditado de atentar contra cierto grupo de personas, o bien, la pretensión de arrancar decisiones de parte de la autoridad, constituyen intentos por dotar de cierta concreción objetiva a este elemento subjetivo del tipo, transformándose en indicadores externos de esta finalidad atemorizante. Esta psicologización del concepto de terrorismo provoca varias consecuencias. Por lo pronto, genera evidentes dificultades de prueba, pues obliga al Ministerio Público a demostrar la disposición interna del sujeto activo, en cuanto a que su propósito o finalidad era –precisamente causar temor en la población.

Debe tenerse presente que la dificultad es mayor si se considera que, en la generalidad de los delitos, los propósitos del sujeto activo pueden ser muy variados, empezando por el deseo de consumar el ilícito efectivamente cometido (homicidio, secuestro, incendio, etc.) pero, en el caso de los delitos de carácter terrorista, el acusador

fiscal deberá acreditar, más allá de toda duda razonable, no sólo la existencia de la intención de causar temor en la población o en una parte de ésta, sino que dicha intención era la primordial en el designio criminal respectivo. En palabras del profesor Héctor Hernández “Esto implica que, si el sujeto no ha actuado con el preciso propósito de crear temor en el conjunto o en parte de la población, aun cuando en los hechos efectivamente provoque ese efecto y aun cuando sus fines sean tanto o más reprobables, no es posible aplicar en la especie la legislación especial anti terrorista” (Hernández Basualto, Héctor, “Algunas modificaciones a la Ley 18.314, Informe en Derecho N° 3, 2011).

En segundo lugar, impide establecer una diferencia adecuada entre delitos terroristas y otros ilícitos penales que carecen de tal carácter, pero que igualmente pueden provocar serio temor en la población. Supóngase, por ejemplo, el caso de una red de pedófilos que opere en una determinada ciudad de nuestro país; buena parte de los padres y madres de dicha localidad experimentarían un justificado temor de que sus hijos pudieran ser víctimas de este delito, lo que no transforma el ilícito en terrorista por esa sola circunstancia. Lo mismo puede ocurrir en el caso de los “portonazos” que frecuentemente se comenten en determinadas comunas de la ciudad de Santiago.

Una de las críticas que la doctrina ha formulado a la construcción jurídica de delito terrorista que hace la Ley 18.314 está, precisamente, en esta finalidad de causar temor en la población, elemento subjetivo del tipo que, además, se erige como el objetivo central del acto terrorista. En efecto, en palabras de Juan Andrés Iriarte Ávila: “Respecto de la finalidad terrorista, creemos que ésta debe relacionarse con el bien jurídico contra el que se atenta, esto es: el ordenamiento constitucional democrático de derecho. Es a través de la significación o finalidad política que el terrorismo adquiere su contenido subjetivo desde el punto de vista jurídico-penal. En otras palabras, el elemento subjetivo del tipo debiera estar determinado por un atentado en contra de las bases institucionales del ordenamiento constitucional democrático de derecho, y no como lo hace actualmente la ley chilena aduciendo en el artículo 1° a la finalidad de producir en la población o en una parte de ella el temor justificado de ser víctima de delitos de la misma especie. El producir temor en la población, como lo establece la ley chilena, es uno de los efectos del terrorismo, es una consecuencia que atiende a los medios de comisión relacionados con la estrategia comunicacional de la organización terrorista...” (Iriarte, Juan Andrés, “El delito terrorista: Bases conceptuales para su justificación punitiva”, 2016, pag. 51).

De lo anterior, es posible desprender que la Ley 18.314 -particularmente después de la modificación introducida mediante la Ley 20.467- opta por una protección de carácter dual: resguardando, en primer lugar, bienes jurídicos individuales (vida, integridad física, libertad, etc.), para cautelar, asimismo, un interés colectivo o general, que se identifica con la seguridad pública, tanto porque se hace directa mención a ella en el Mensaje Presidencial ya reseñado, como porque la finalidad de provocar temor en la población o en una parte de ella supone, necesariamente, la afectación de un bien jurídico de carácter general que va más allá de aquellos bienes jurídicos individualmente considerados en cada uno de los delitos comunes mencionados en su artículo 2°.

Sin embargo, existe una serie de conductas que pueden provocar alarma en la población y, por lo tanto, afectar la seguridad pública como bien jurídico colectivo, sin llegar a constituir delitos terroristas, de modo que todavía resulta necesario acotar los elementos de este ilícito, a fin de evitar una punibilidad exagerada y que se extienda a comportamientos que sólo constituyen delitos comunes, por mucho temor que puedan provocar en la población. Para ello, buena parte de la doctrina ha sostenido que el gran elemento distintivo en el delito terrorista es la existencia de una finalidad de carácter político; el acto terrorista se comete con el objetivo de atentar contra el régimen constitucional del Estado Democrático. En tal sentido, la profesora Myrna Villegas ha señalado que "...en los delitos de terrorismo el principio de lesividad exige no tanto atentar (bajo forma de lesión o puesta en peligro) contra bienes jurídicos individuales, sino contra un bien jurídico colectivo, el orden constitucional democrático, entendido éste restrictivamente como la garantía constitucional de manifestarse a través de los cauces legales y materiales de participación democrática" (Villegas, Myrna, "Contribuciones para un concepto de terrorismo en el derecho penal chileno", 2016, pag. 160).

En consecuencia, otra conclusión que contribuye a trazar las fronteras de esta calificante, permite sostener que no cualquier hecho que produzca temor en la población o en una parte de esta -y por ende, afecte a la seguridad pública- reviste carácter terrorista, sino que sólo lo será, cuando, además, tenga por finalidad atentar contra el orden constitucional democrático. Esta conclusión parece la más razonable, si se considera que la utilización de esta legislación de excepción afecta severamente el campo de las garantías constitucionales de quienes se someten a ella, de modo tal que la rigurosidad en la configuración de sus elementos constituye uno de los límites más importantes, a fin de



evitar que la punibilidad asociada a esta normativa, se extienda de manera exagerada.

**VIGESIMO PRIMERO:** Que, tal como se señalara en la decisión comunicada el pasado veinticinco de octubre, el tribunal no ha podido arribar a la convicción acerca de la participación de los acusados, en relación con el delito que ha sido acreditado. Lo anterior, atendido que la única fuente de información de la que derivan todas las demás probanzas de imputación, respecto de la participación de los acusados, está constituida por las dos declaraciones de J.P.H prestadas en fase de investigación.

En cuanto a la declaración de fecha 08 de noviembre de 2013 ella adolece de vicios de legalidad que impiden otorgarle mérito probatorio, por lo que sólo subsiste como evidencia de cargo aquella prestada con fecha 23 de octubre de 2015, cuyo relato fue válidamente introducido a juicio, a través de las declaraciones de los testigos de referencia Claudio Leiro y Guillermo Vilches. No obstante, tales testimonios de referencia, así como el resto de la evidencia de cargo proveniente de la misma fuente de información, sólo puede hacer fe acerca de la circunstancia de haberse prestado la referida declaración por parte del acusado J.P.H, del contenido y formalidades de la misma y de la identidad de quien la emitió, mas no respecto de su veracidad y confiabilidad, requisito indispensable en este caso, atendida la existencia de importantes vacíos y contradicciones con el resto de la prueba, en el relato del acusado ya mencionado. En consecuencia, resultaba imprescindible la existencia de elementos de acreditación, obtenidos a través de otras fuentes probatorias, diferentes y autónomas, que permitieran corroborar el contenido de dichas afirmaciones, lo que no ocurrió en este juicio. Para efectos de orden, se expondrán, en primer lugar, los razonamientos que se refieren al valor probatorio asignado a las declaraciones prestadas en etapa de investigación por parte del imputado J.P.H, por considerar que dicho antecedente resulta central, al momento de analizar la participación de todos los imputados. En efecto, durante el juicio no fue discutido que tales declaraciones constituyen uno de los elementos fundamentales de cargo utilizado por el Ministerio Público para establecer la identidad de los ejecutores de este ilícito. Una vez despejadas las controversias esenciales, relacionadas con las declaraciones de J.P.H, nos referiremos al peso que corresponde asignar a los testimonios de referencia

que reprodujeron tales afirmaciones en sede de juicio oral. Finalmente, después de haber resuelto estas dos cuestiones fundamentales y que atraviesan todo el material probatorio presentado por los acusadores y vinculado a participación, se expondrán las reflexiones relacionadas directamente con las evidencias de cargo y descargo aportadas

respecto de cada uno de los imputados, por separado.

**CUADRAGESIMO QUINTO:** Que, finalmente, debe dejarse muy en claro que nuestro sistema de valoración de prueba no requiere la existencia de evidencia directa para la superación de la presunción de inocencia. Por el contrario, la libertad que otorga el artículo 297 del Código Procesal Penal a estos Jueces, lo es, precisamente, para apreciar cada elemento de prueba en su real mérito y en conjunto con el resto de aquella que se haya incorporado a juicio. Pero no puede

pretenderse la obtención de una sentencia condenatoria sobre la base de un relato proporcionado hace dos años por un co acusado, incorporado a juicio por dos testigos de oídas, que evidencia serias contradicciones con el resto de la prueba de cargo y que, además, fue objeto de retractación en fase judicial.

Todos estos defectos en el material probatorio de la Fiscalía debilitaron ostensiblemente su mérito, de cara a la obtención de una sentencia condenatoria.

También nos hacemos cargo de la frustración que han experimentado las víctimas, por no obtener una respuesta judicial favorable a sus intereses, frente a la existencia de un delito tan brutal como aquel que terminó con la vida de sus padres la madrugada del 04 de enero de 2013. Lo anterior no sólo es legítimo, sino que comprensible y absolutamente respetable. Sin embargo, no podemos perder de vista que nuestro sistema procesal penal se ha construido sobre la base de una premisa fundamental: es preferible declarar inocente a un culpable, que asumir el costo que significaría declarar culpable a un inocente. En este juicio, el riesgo de condenar a personas eventualmente inocentes era demasiado alto y estos sentenciadores, transformados en el último bastión que debe ser traspasado en un Estado de Derecho, para legitimar el ejercicio del poder punitivo estatal, tenían la obligación de ajustar su decisión al estándar de valoración de prueba

vigente; que se encuentra amparado por normas legales y constitucionales de derecho interno, pero además, blindado por normativa internacional de DDHH, que por decisión institucional, nos resulta jurídicamente vinculante.

**CUADRAGÉSIMO SEXTO:** Que nadie puede ser condenado por delito sino cuando el Tribunal que lo juzga haya adquirido, más allá de toda duda razonable, la convicción que realmente ha ocurrido el hecho punible objeto de la acusación y que en él hubiere

correspondido al acusado participación culpable y penada por la ley.

**EN ESTE MISMO SENTIDO CAUSA RIT: 125-2016; RUC: 1600214649-9**

**[Volver al índice](#)**

## V. Varios.

1. Corte de Apelaciones de Temuco. Acoge amparo por aplicación del artículo 19 N°7 letra e) de la Constitución Política de la República a un supuesto no contemplado por la norma, lo que tiene como consecuencia la conculcación de la garantía invocada.	
RIT	<u>38-2016</u>
RUC	
MATERIA	Penal sustitutiva.
TIPO DE RESOLUCIÓN	Sentencia sobre amparo
FECHA	05-10-2016

### a) Principales aspectos del caso

Se interpone recurso de amparo en favor de la Machi F.L, en contra del ministro de la ICA de Temuco, Sr. Luis Alberto Troncoso Lagos respecto del voto de minoría que dicho ministro dictó en la resolución recaída en causa rol 1366-2016. La referida resolución se pronuncia respecto de una apelación interpuesta por el Fiscal Adjunto de la Fiscalía Local de Temuco, y por el abogado querellante por la Familia Luchsinger Mackay contra la resolución del Juzgado de Garantía de Temuco, que, con fecha 14 de diciembre pasado sustituyó la medida cautelar de prisión preventiva por arresto domiciliario total y arraigo.

En la resolución precitada la ICA por mayoría de sus integrantes confirma la resolución apelada, salvo el ministro Troncoso quien estuvo por revocar la resolución alzada por lo que finalmente se ordena al juez a quo, conforme a lo dispuesto en el artículo 19N° 7 letra e) de la CPR, adoptar las medidas pertinentes. En consecuencia, se mantiene la prisión preventiva por estimar el ministro disidente que la libertad de la imputada constituye un peligro para la sociedad. La defensa sostiene que el ministro Troncoso se limitó a enunciar la peligrosidad del imputado sin que se haya fundamentado, eludiendo de este modo el deber que le impone el art 143 del CPP y las Convenciones Internacionales y en tal sentido, el voto de minoría deviene en una resolución arbitraria e ilegal.

## **b) Argumentación relevante del fallo**

**10.-** Que, tampoco resulta discutido que la resolución de fecha 22 de diciembre de 2016, librada por la Primera Sala de esta Corte resolvió por mayoría confirmar la resolución dictada por el juzgado de Garantía de Temuco, que disponía a su vez la sustitución de la medida cautelar de prisión preventiva por la de arresto domiciliario total y arraigo nacional; ello, con el voto en contra tantas veces mencionado, razón por la que, la privación de libertad domiciliaria decretada por el tribunal de primera instancia fue dejada sin efecto, restableciéndose la privación de libertad de la amparada en el Centro de Detención respectivo, y que materialmente hoy se cumple en el Hospital Intercultural de Nueva Imperial, efecto este último no contemplado por el legislador en la norma citada para la hipótesis de hecho antes señalada.-

**11.-** Que en efecto, **la resolución dictada por el Tribunal de Garantía no dispuso la liberación de la amparada, sino por el contrario, ordenó que la privación de libertad que le fuere impuesta sea cumplida en un lugar distinto al centro de detención dependiente de Gendarmería de Chile, esto es, en el domicilio fijado por la defensa en el proceso respectivo; razón por la que, los supuestos requeridos por el legislador en el inciso segundo de la letra e) del numeral 7 del artículo 19 de la Constitución Política de la Republica, no se cumplen**, en particular, por cuanto no se ha ordenado la libertad de la amparada.- Que en la hipótesis de hecho antes advertida, la resolución dictada con fecha 22 de diciembre de 2016 que confirmó la primera instancia por mayoría, tiene el efecto de mantener firme la decisión antes señalada y sustituir la forma en que debe cumplirse la privación de libertad, pues no requiere de la unanimidad prevista en la norma constitucional mencionada al no haberse dispuesto la libertad de la amparada, consecuencia de lo que el voto de mayoría tiene los efectos naturales previstos en el artículo 85 del Código Orgánico de Tribunales, y no aquel que se produjo en los hechos.-

**12.-** Que como consecuencia de lo anteriormente razonado, esta Corte ha advertido que, no obstante encontrarse debidamente fundada la resolución en cuestión, y librada además por un Tribunal legalmente investido, con sustento en la normativa legal pertinente, ha sido el efecto de la misma, ya descrito precedentemente, el que ha conculcado la garantía invocada por la actora, cuestión que debe ser corregida por esta vía, mediante la reposición de los efectos naturales que posee la confirmatoria por mayoría, de fecha 22 de diciembre de 2016.-

Y teniendo además en consideración lo previsto en el artículo 19 N° 7 letra b) y letra e) inciso segundo; y artículo 21 de la Constitución Política de la República, Ley N° 18.314; artículo 85 del Código Orgánico de Tribunales; y Auto Acordado sobre Tramitación del Recurso de Amparo, se resuelve que

**SE ACOGE** la acción constitucional de amparo deducida a fojas 1 en favor de doña F.L.H, solo en cuanto se ordena la reposición de los efectos naturales de la resolución confirmatoria de 22 de diciembre de 2016 dictada por esta Corte, debiendo en consecuencia operar la sustitución del lugar en que debe cumplirse la medida de coerción procesal consistente en la privación de libertad que pesa sobre la amparada, en el domicilio fijado por esta última en la causa respectiva, y el arraigo nacional decretado en su oportunidad además por el Juzgado de Garantía de Temuco.-

**Volver al índice**

2. Corte Suprema. Acoge amparo, disponiendo la inmediata libertad de los amparados que se encontraban en prisión preventiva.	
RIT/ROL	<u>40860-2017</u>
RUC	
MATERIA	Falta de fundamentación requerida por las disposiciones constitucionales y legales para decretar prisión preventiva.
TIPO DE RESOLUCIÓN	Sentencia sobre amparo
FECHA	19-10-2017

### a) Principales aspectos del caso

Los amparados C.A.L.R, D.E.C.A, R.N.H.C, J.E.H.C, M.D.C.C, F.T.N, H.J.L.C y E.L.L.P fueron formalizados como autores del delito de asociación ilícita terrorista y, además, a dos de ellos se les imputó autoría en el delito de incendio, solicitando el Ministerio Público y la parte querellante en base a dicha imputación, su prisión preventiva, exponiendo en la audiencia los antecedentes que en su parecer acreditaban el requisito de la letra b) del artículo 140 del Código Procesal Penal, la que finalmente, fue decretada por el Juzgado de Garantía de Temuco.

El tribunal resuelve acoger la apelación interpuesta en contra de la sentencia de primera instancia, que rechazó el amparo, disponiendo la inmediata libertad de los imputados por considerar que ha existido una afectación personal de la libertad personal de los recurrentes al privárseles de ésta mediante una resolución que, al menos en relación al requisito de la letra b) del artículo 140 del Código Procesal Penal, es carente de toda fundamentación, de hecho y de derecho, que la justifique.

### b) Argumentación relevante del fallo

1º) Que en el artículo 19 N° 7 de la Constitución Política de la República se asegura a todas las personas el derecho a la libertad personal y, en consecuencia, precisa su letra b), nadie puede ser privado de esa libertad ni ella restringida *“sino en los casos y en la forma determinados por la Constitución y las leyes”*. Agrega la letra e) del mismo precepto citado que *“La libertad del imputado procederá a menos que la detención o prisión preventiva sea considerada por el juez como necesaria para las investigaciones o para la seguridad del ofendido o de la sociedad”*.

El texto reproducido demuestra que la libertad personal es un derecho con reconocimiento constitucional que obedece a la situación normal o general de todo ciudadano, quien sólo podrá verse privado o restringido del mismo, excepcionalmente, en los casos y siguiendo las formas que definan la misma Constitución y las leyes, de manera que de no presentarse alguna de tales situaciones o no respetarse dichas formas, tal privación o restricción deviene en contraria a la Constitución y las leyes.

Por otra parte, se señala también en el fallo citado, que no puede ignorarse que los tratados internacionales sobre derechos esenciales de la persona humana, integrados a nuestro ordenamiento jurídico, excluyen la prisión preventiva como regla general respecto de quienes están sometidos a juzgamiento, señalando, no obstante, que la libertad puede estar subordinada a garantías que aseguren la comparecencia del acusado en el acto del juicio, o en cualquier otro momento de las diligencias procesales y, en su caso, para la ejecución del fallo (PIDCP, artículo 9).

**3°)** Que, en cuanto a los “casos” en que puede decretarse la prisión preventiva, la misma disposición constitucional en comento expresa que ello procederá cuando dicha medida sea considerada por el juez *“necesaria para las investigaciones o para la seguridad del ofendido o de la sociedad”*. Esta norma debe ser complementada con la de rango legal del artículo 140 del Código de Procesal Penal que prescribe que el tribunal podrá decretar la prisión preventiva del imputado *“siempre que el solicitante acredite que se cumplen los siguientes requisitos: a) Que existen antecedentes que justificaren la existencia del delito que se investigare; b) Que existen antecedentes que permitieren presumir fundadamente que el imputado ha tenido participación en el delito como autor, cómplice o encubridor, y c) Que existen antecedentes calificados que permitieren al tribunal considerar que la prisión preventiva es indispensable para el éxito de diligencias precisas y determinadas de la investigación, o que la libertad del imputado es peligrosa para la seguridad de la sociedad o del ofendido, o que existe peligro de que el imputado se dé a la fuga”*.

**4°)** Que en lo concerniente a las “formas” que deben seguirse para privar de la libertad personal a un imputado mediante la medida cautelar de prisión preventiva, el artículo 36 del Código Procesal Penal, norma que rige para toda resolución y actuación judicial y, por tanto, también para aquella que resuelve una petición de esa medida, dispone que *“Será obligación del tribunal fundamentar las resoluciones que dictare, con excepción de aquellas que se pronunciaren sobre cuestiones de mero trámite. La fundamentación expresará*



*sucintamente, pero con precisión, los motivos de hecho y de derecho en que se basaren las decisiones tomadas. La simple relación de los documentos del procedimiento o la mención de los medios de prueba o solicitudes de los intervinientes no sustituirá en caso alguno la fundamentación.”* El artículo 122 del mismo código, consagra como principio general de toda medida cautelar personal, que éstas “*serán siempre decretadas por medio de resolución judicial fundada*” y el artículo 143 del citado cuerpo legal, ya específicamente en relación a la prisión preventiva, señala que al concluir la audiencia respectiva, “*el tribunal se pronunciará sobre la prisión preventiva por medio de una resolución fundada, en la cual expresará claramente los antecedentes calificados que justificaren la decisión.*”

[...]

**11°)** Que frente a las solicitudes y oposiciones para decretar la prisión preventiva de los imputados y dar por concurrente el requisito de la letra b) del artículo 140 del Código Procesal Penal, esto es, las presunciones fundadas de participación en los delitos de asociación ilícita terrorista e incendio, el tribunal, según su propia transcripción que se lee en el acta de la respectiva audiencia, expresó “*Haciéndonos cargo de la petición del señor fiscal de prisión preventiva de todos y cada uno de los imputados presentes, habiendo oído a los querellantes, habiendo oído a cada uno de los defensores estimándose que respecto de cada uno de los imputados se reúnen los requisitos establecidos en la letra a y b del artículo 140 del Código Procesal Penal, con la senda información entregada por el Ministerio Público el día de hoy en el cual a concepto de la suscrita se encuentran acreditados el hecho delictivo y la participación en ellos por parte de cada uno de los imputados ...*” (luego sigue la resolución analizando aspectos propios de la letra c) del artículo 140).

**12°)** Que, como resulta de claridad meridiana, la resolución antes transcrita está lejos de acercarse al cumplimiento de las formas que la ley prevé para autorizar a un órgano jurisdiccional para decretar la prisión preventiva y así privar de su libertad personal a una persona.

La resolución en estudio señala que tiene por acreditada la participación con la información entregada por el Ministerio Público, es decir, hace una remisión general a lo expuesto en dicha audiencia por el Fiscal compareciente sin siquiera identificar o aludir a los elementos principales de dicha exposición que le permitieron construir las presunciones fundadas de participación respecto de cada uno de los acusados. Repárese que el artículo 36 del Código Procesal Penal establece que no puede sustituir la fundamentación de una sentencia -y, por ende, no constituye tal- la simple mención de los medios de prueba de los

intervinientes, con lo que por sobre una exposición de antecedentes, la norma ordena un análisis de los mismos “preciso y claro” -como surge de los artículos 36 y 143, cual ya se explicó-, en los hechos y en el derecho. Pues bien, en el caso sub judice ni siquiera se alcanza lo que la misma norma expresamente señala que es insuficiente para considerar una sentencia como debidamente motivada, pues la juzgadora se conforma con remitir a los imputados privados de su libertad personal, a sus defensores preocupados del respeto de ese derecho, y a la sociedad interesada en la correcta administración de justicia, a todo lo expuesto y dicho por el representante del Ministerio Público -antecedentes que, a mayor abundamiento, ni siquiera están resumidos en el acta de la audiencia y, por ende, son totalmente ignorados-.

De ese modo, el dictamen en examen no expone en forma “clara y precisa” los antecedentes calificados que le permitieron presumir fundadamente, pese a las alegaciones en contrario de las defensas -de las cuales, desde luego, igualmente debe hacerse cargo en forma “clara y precisa”-, que cada uno de los imputados tuvo participación en los delitos de asociación ilícita terrorista y, en el caso de los encartados C.C y T.N, además, en el delito de incendio, con lo cual no se ha cumplido con las formas que la Constitución y las leyes demandan para autorizar al tribunal recurrido para decretar la prisión preventiva de los amparados.

**13°)** Que todo lo que se ha venido razonando, demuestra claramente que en la especie ha existido una manifiesta afectación de la libertad personal de los recurrentes al privárseles de ésta mediante una resolución que, al menos en relación al requisito de la letra b) del artículo 140 del Código Procesal Penal, es carente de toda fundamentación, de hecho y de derecho, que la justifique, lo que es de mérito suficiente para acoger la acción constitucional intentada en estos antecedentes.

**[Volver al índice](#)**