

# JURISPRUDENCIA DESTACADA

## 2018-2020

Instituto Nacional de Derechos Humanos

# **JURISPRUDENCIA DESTACADA**

**Instituto Nacional de Derechos Humanos**

## **2018-2020**



*Jurisprudencia destacada 2018-2020*

**Instituto Nacional de Derechos Humanos**

**Consejo del INDH**

Sergio Micco Aguayo, Director  
Consuelo Contreras Largo  
Sebastián Donoso Rodríguez  
Carlos Frontaura Rivera  
Debbie Guerra Maldonado  
Yerko Ljubetic Godoy  
Branislav Marelic Rokov  
Salvador Millaleo Hernández  
Cristián Pertuzé Fariña  
Margarita Romero Méndez  
Eduardo Saffirio Suárez

**Equipo de Trabajo:**

**Nivel central:**

Julio Cortés Morales (coordinador)  
Natalia Labbé Céspedes  
María Daniela Lara Escalona

**Sedes Regionales:**

Gabriel Aguirre Luco  
Carolina Alvear Durán  
David Bahamondes González  
María Belén Bravo Oyanedel  
Brian Fleet Palma  
Consuelo Gil Bessolo  
María Fernando Glaser Danton  
Ítalo Jaque Ribera  
Jaime Guzmán Chávez  
Ángela Peralta Jordán  
Sebastián Smart Larraín  
Karen Torres Jeréz  
Marcos Rabanal Toro  
Milena Sánchez Caro

**Edición de textos**

Ana María Campillo

**Diseño y diagramación**

Michèle Leighton Palma

**Impresión**

Imprex Impresiones

**ISBN:** XXXX

**Registro de Propiedad Intelectual:** XXXX

**Primera edición**

1.500 ejemplares

Santiago de Chile

Diciembre de 2020

# ÍNDICE

<b>PRESENTACIÓN</b>	<b>6</b>
<b>PARTE I: ACCIONES PENALES</b>	<b>9</b>
• Sentencia del 4° Tribunal Oral en lo Penal de Santiago. Primera condena por delitos de tortura de la Ley 20.968	10
• Sentencia del Tribunal Oral en lo Penal de Cañete contra funcionario de Carabineros por homicidio frustrado en perjuicio de cuatro comuneros mapuche en el sector de Tranaquepe, comuna de Tirúa	34
• Sentencia del Juzgado de Garantía de Rancagua por homicidio frustrado a raíz de disparo de proyectil lacrimógeno por funcionario de Carabineros	49
• Sentencias del Tribunal Oral en lo Penal de Arica y la Corte Suprema por tráfico ilícito de migrantes transnacional (“Operación Desierto”)	57
• Sentencia de la Corte de Apelaciones de Valdivia relativa a tratos degradantes a niños, niñas y adolescentes en establecimiento educacional	72
• Sentencia del Tribunal Oral en lo Penal de Valparaíso por el delito de violencia innecesaria con resultado de lesiones graves en contexto de protesta social	91
• Sentencia del Tribunal Oral en lo Penal de Puerto Montt por el delito de violencia innecesaria con resultado de muerte	101
<b>PARTE 2: ACCIONES CONSTITUCIONALES</b>	<b>115</b>
• Sentencia de amparo constitucional por afectación a la libertad personal en procedimiento policial relativo a una reivindicación territorial mapuche en La Araucanía	116
• Sentencia de la Corte de Apelaciones de Concepción en amparo a favor de adulto con discapacidad intelectual, actualmente desaparecido	133
• Sentencia de la Corte de Apelaciones de Valparaíso acogiendo recurso de amparo en favor de personas en celdas de castigo y aislamiento del complejo penitenciario de Quillota por condiciones de habitabilidad y acceso al agua	140
• Sentencias de la Corte de Apelaciones de Concepción y Corte Suprema en recurso de amparo en favor de familia mapuche afectada por procedimiento policial	149
• Sentencia de la Corte de Apelaciones de Valparaíso en recurso de protección a favor de joven con trastorno del espectro autista	162
• Sentencia de protección en favor de hija póstuma de ejecutado político, no reconocida como hija por el Servicio de Registro Civil e Identificación	170
• Sentencias de amparo de las Cortes de Apelaciones de Valparaíso, Valdivia y Temuco por desnudamientos de personas detenidas	187
<b>PARTE 3: JUSTICIA AMBIENTAL</b>	<b>211</b>
• <i>Amicus Curiae</i> en causa Tronaduras de Mina Invierno del Tercer Tribunal Ambiental	212

# PRESENTACIÓN

El Instituto Nacional de Derechos Humanos fue creado mediante la Ley 20.405, publicada el 10 de diciembre de 2009, y comenzó a funcionar durante el año 2010 en la Región Metropolitana, extendiéndose de a poco al resto del país, primero mediante la figura de abogados/as regionales y luego a través de la creación de sedes regionales.

Diez años después el INDH ya está instalado en todas las regiones del país, llevando a cabo en todo el territorio nacional su encargo de promover y proteger los derechos humanos.

Dentro de la misión del INDH como organismo independiente para la protección de derechos humanos se encuentra la interposición de “deducir acciones legales, dentro del ámbito de su competencia”, como señala el artículo 3 N° 5, en relación con el artículo 2°, ambos de la Ley 20.405, en sintonía con los Principios de París, que al señalar las bases del funcionamiento de las instituciones nacionales de derechos humanos señalan que éstas “dispondrá[n] del mandato más amplio posible en el ámbito de su competencia”.

El aspecto judicial de este mandato es de suyo complejo y profundamente relevante para hacer efectivos los derechos humanos, y es abordado por un equipo humano que lo aborda tanto a nivel de cada Sede Regional de INDH como desde la Unidad de Protección de Derechos, Legislación y Justicia (UPD).

Las diversas acciones judiciales se trabajan desde su diseño, estrategia, decisión, implementación y litigio, conforme a los estándares internacionales de derechos humanos así como por los Protocolos Internos aprobados por el propio Consejo del INDH, órgano superior del organismo.

En este trabajo colectivo también es importante recordar el rol del Área de Comunicaciones en la difusión de las acciones judiciales que se presentan y en la visibilización de las vulneraciones de derechos que activan en casos concretos el cumplimiento del mandato de protección de derechos humanos del INDH.

En esta tercera entrega de la publicación *Jurisprudencia Destacada*, que cubre mediante comentarios algunas de las sentencias más relevantes del período 2018-2020, da cuenta de este trabajo jurídico, y fue elaborado por abogados/as y cientistas sociales de diversas sedes y de la UPD.

La primera parte se refiere a acciones penales en materias tan diversas y relevantes como los delitos de tortura, apremios ilegítimos, homicidios consumados y frustrados cometidos por agentes encargados de hacer cumplir la ley, violencia policial innecesaria con graves resultados en el contexto de protesta social o en otro tipo de procedimientos, tratos degradantes a niño/as que ocurren en el ámbito educativo, y tráfico ilícito transnacional de migrantes.

La segunda parte del libro aborda acciones constitucionales, incluyendo recursos de amparo y de protección interpuestos en relación a acciones ilegales y/o arbitrarias que afectaron la libertad personal y la seguridad individual de distintos grupos de personas, incluyendo familias mapuche y niños, niñas y adolescentes. Algunas de estas acciones abordan la persistente práctica del desnudamiento de personas detenidas, mientras otras estuvieron motivadas en afectaciones a otros derechos fundamentales en materia de salud y reconocimiento de la identidad.

En esta versión se incorpora una sección de Justicia Ambiental, donde se comenta un escrito de *amicus curiae* presentado por el INDH ante el Tercer Tribunal Ambiental, por el uso de tronaduras en una explotación minera en Magallanes.

Quedaron fuera de este trabajo una importante cantidad de sentencias destacadas en materia de acciones constitucionales por temas de migración y refugio, las que esperamos poder abordar próximamente en una nueva publicación especializada, tal como durante este año la Unidad publicó un importante estudio sobre la prohibición de la tortura y otros malos tratos<sup>1</sup>, y en el 2018 se publicó una selección de sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en materia de protección de los derechos de la infancia<sup>2</sup>.

Cada uno de los casos comentados en esta publicación da cuenta de una situación vulneratoria de derechos humanos reconocidos por el ordenamiento jurídico y de la manera en que se

---

1. La prohibición de la tortura y otros malos tratos. Definiciones y jurisprudencia nacional e internacional, INDH, 2020.  
2. La protección de los derechos de la infancia en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, INDH, 2018.

le intentó remediar haciendo uso de las herramientas penales y constitucionales que este mismo ordenamiento pone a disposición de los afectados y de instituciones como el INDH, dedicadas a la promoción y protección de estos derechos.

Al final de cada caso se efectúa un comentario que destaca sus principales alcances, en cuanto contribuciones relevantes a una “doctrina de derechos humanos” en permanente elaboración.

Se entrega estos materiales para que estén a disposición de organizaciones de la sociedad civil, operadores del sistema de justicia, instituciones del Estado en general, así como y de todas las personas interesadas en conocer este conjunto de casos en que de diversas formas se ha ido dando concreción a los derechos reconocidos en la comunidad nacional e internacional. Esperamos que la difusión de estos casos y la manera en que han sido resueltos puedan ser un aporte que contribuya a avanzar en un mayor cumplimiento de la obligación de protección de los derechos humanos por parte del Estado de Chile.

PARTE **1**

ACCIONES PENALES

## SENTENCIA DEL 4° TRIBUNAL ORAL EN LO PENAL DE SANTIAGO. PRIMERA CONDENA POR DELITOS DE TORTURA DE LA LEY 20.968<sup>1</sup>

Gabriel Aguirre Luco  
Sede Regional Metropolitana

### RESUMEN/ABSTRACT

El 14 de septiembre de 2019, el 4° Tribunal Oral en lo Penal de Santiago dictó sentencia definitiva condenatoria en contra de Francisco Arzola Ruiz y Rodrigo Muñoz Cid, funcionarios de Carabineros a la época de comisión de los delitos por los cuales fueron formalizados por la autoría que les cupo en diversos delitos de tortura ocurridos entre el 6 de mayo de 2016 y el 25 de mayo de 2017. Sus víctimas fueron cuatro (4) personas que se dedicaban al comercio ambulante.

La sentencia que se comentará es de suma importancia para el sistema, y especialmente para quienes litigan en estas materias, ya que es el primer veredicto condenatorio que aplica la figura penal de tortura de la Ley N° 20.968, la que trae aparejada una pena en abstracto de presidio mayor en su grado mínimo (5 años y 1 día a 10 años).

Como se podrá observar, la sentencia es destacable ya que califica jurídicamente de manera correcta los hechos y le atribuye participación culpable en los mismos a los dos funcionarios policiales imputados, dando plena credibilidad al relato de las víctimas y los testigos, dejando en claro que la tortura, así como las demás figuras afines, son delitos que, además de quebrantar el orden punitivo doméstico, violentan de manera grave el derecho internacional de los derechos humanos.

**Palabras Clave:** tortura, apremios ilegítimos, *ius cogens*, sufrimientos graves.

---

1. RIT 305-2019, 4to TOP de Santiago.

## ANTECEDENTES RELEVANTES DEL CASO

### I. Datos de la causa

**RIT:** 305-2019

**TRIBUNAL:** 4° Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Santiago

**Imputados:** Francisco Javier Arzola Ruiz y Rodrigo Alberto Muñoz Cid

**Fiscal:** Tania Sironvalle Sosa (Fiscalía Metropolitana Centro Norte)

**Querellantes:** Instituto Nacional de Derechos Humanos (en adelante, indistintamente, Instituto Nacional de Derechos Humanos o INDH); Consejo de Defensa del Estado y Oficina de Derechos Humanos de la Corporación de Asistencia Judicial.

### II. Hechos de la causa

#### Hecho I

El 7 de mayo de 2016, aproximadamente a las 19:30 horas, en las inmediaciones de Plaza Argentina, de la comuna de Estación Central, mientras W. R. N. ejercía el comercio ambulante, fue trasladado por Francisco Arzola y otro funcionario policial al bus de Carabineros que se encontraba estacionado en el lugar y en el cual se transportaban, resultando dicho comerciante privado de libertad sin causa legítima.

Dentro del bus, Francisco Arzola Ruiz obligó a la víctima a sentarse en uno de los asientos del bus procediendo a insultarlo mientras lo golpeaba en el estómago y tórax con su bastón institucional, lo que siguió haciendo después de que la víctima cayera al suelo y resultara lesionado.

Luego, y encontrándose en poder de sus captores, W. R. N es trasladado a constatar lesiones y posteriormente a la 21ª Comisaría de Estación Central, y posteriormente recobró su libertad.

#### Hecho 2

El 6 de mayo de 2017, aproximadamente a las 13:45 horas, en las inmediaciones de Plaza Argentina, comuna de Estación Central, mientras C. C. C. se encontraba ejerciendo el comercio ambulante, fue trasladada por funcionarios policiales, bajo el mando de Francisco

Arzola Ruiz, al bus institucional estacionado en el lugar y en el cual los funcionarios se transportaban, resultando dicha comerciante privada de libertad sin causa legítima. En ese lugar fue tomada del cuello fuertemente por Francisco Arzola con las manos por Francisco Arzola, quien intentó asfixiarla, la tomó del pelo, le arrancó un mechón de raíz y la golpeó en la cabeza con sus puños.

Luego, otros funcionarios de Carabineros subieron al bus a la víctima G. Z. R. y a su pareja, también comerciantes ambulantes, con el objeto de controlar su identidad sin fundamentos legales. En el interior se percataron de la presencia de C. C. C., quien estaba llorando. Cuando G. Z. R. le preguntó a Arzola Ruiz por qué la golpeó, este le respondió: "Qué te metí voh, chanco culiao", y acto seguido, le ordenó a Rodrigo Muñoz Cid que golpeará a G. Z. R., el funcionario procedió a golpearlo con pies y puños, y con el bastón institucional. Arzola Ruiz también lo golpeó dejándolo lesionado.

Todos son trasladados luego a la 21ª Comisaría de Estación Central, donde les consultan sus antecedentes y son liberados.

### **Hecho 3**

El 25 de mayo de 2017, aproximadamente a las 15:30 horas, en las inmediaciones de Plaza Argentina de la comuna de Estación Central, E. G. U. fue sometido a un control de identidad por dos funcionarios de Carabineros al mando de Arzola Ruiz, ello sin fundamento legal. Al demorar E. G. U. en exhibir su cédula de identidad, Arzola Ruiz se la quitó de las manos y, junto a los demás funcionarios que lo acompañaban, condujeron violentamente a la víctima al bus institucional que se encontraba estacionado en el lugar y en el cual se transportaban, lugar en el cual la víctima fue insultada, golpeada y amenazada por Arzola Ruiz, hasta que perdió el conocimiento. Todo esto sucedió con los otros funcionarios de Carabineros presentes dentro del bus.

Las agresiones provocaron en la víctima diversas lesiones.

### III. Desarrollo del Procedimiento

#### IV.1. Fase Investigativa

El 27 de mayo de 2017 se llevó a cabo la audiencia de control de detención de Francisco Arzola Ruiz, en causa RIT 3941-2017 del 6° Juzgado de Garantía de Santiago. En tal oportunidad se le formalizó como autor de los delitos consumados de arresto ilegal y arbitrario, apremios y tormentos ilegítimos, robo calificado, falsificación de instrumento público y amenazas no condicionales, cometidos en contra de las víctimas los días 7 de mayo de 2016, 6 de mayo de 2017 y 25 de mayo de 2017. En dicha oportunidad se ordenó la prisión preventiva del imputado, resolución que fue apelada, pero los recursos fueron declarados abandonados por el tribunal que debía conocer de ellos.

El 10 de agosto de 2017, se agrupó a la causa RIT 3941-2017 del 6° Juzgado de Garantía de Santiago aquella seguida contra Rodrigo Muñoz Cid, que llevaba hasta esa fecha el RIT 4599-2017 del mismo tribunal, por resultar conexas con la investigación seguida en contra de Francisco Arzola Ruiz.

El 15 de junio de 2018 se formalizó a Rodrigo Muñoz Cid como autor de apremios ilegítimos cometidos el 06 de mayo de 2017 en contra de C. C. C. y G. Z. R., en la comuna de Estación Central. En dicha oportunidad y luego del debate de rigor, se ordenó su arraigo nacional y prohibición de acercarse a las víctimas.

El 24 de agosto de 2018 se reformalizó a los imputados: Francisco Arzola como autor de los delitos de apremios ilegítimos sobre el hecho 1; como autor de apremios ilegítimos reiterados en los hechos 2 y 3; falsificación de instrumento público en los hechos 1 y 3; y amenazas en los hechos 1, 2 y 3; y Rodrigo Muñoz Cid, como autor de apremios ilegítimos en el hecho 2.

Todos los ilícitos por los cuales fueron reformalizados los imputados se encontraban en grado de consumados.

El 11 de enero de 2019 el Ministerio Público comunicó el cierre de la investigación.

## **IV.2. Fase de Preparación<sup>2</sup>**

El 18 de enero de 2019 el Ministerio Público dedujo acusación en contra de los imputados. Francisco Arzola fue acusado como autor de los delitos de apremios ilegítimos, del artículo 150 A del Código Penal, por el hecho 1; de apremios ilegítimos reiterados, del artículo 150 D, incisos 1° y 2° del Código Penal, por los hechos 2 y 3; detención ilegal reiterada, del artículo 148 del Código Penal; falsificación de instrumento público, del artículo 193 N° 4 del Código Penal, por los hechos 1 y 3; y amenazas, del artículo 296 N° 3 del Código Penal, por los tres hechos. Asimismo, Rodrigo Muñoz Cid fue acusado como autor del delito de apremios ilegítimos del artículo 150 D, incisos 1° y 2° del Código Penal, por el hecho 2, adhiriéndose a dicha acusación y acusando particularmente, en su caso, el Instituto Nacional de Derechos Humanos (en adelante, indistintamente Instituto Nacional de Derechos Humanos o INDH); el Consejo de Defensa del Estado y la Oficina de Derechos Humanos de la Corporación de Asistencia Judicial, querellantes en la causa.

El 25 de junio de 2019 se llevó a cabo la audiencia de preparación del juicio oral y se dictó el auto de apertura.

## **IV.3. Fase de Juicio<sup>3</sup>**

El juicio oral se desarrolló entre los días 23 de agosto y 5 de septiembre de 2019.

El día 14 de septiembre de 2019 se realizó la audiencia de lectura de sentencia.

El 30 de diciembre de 2019, la Ilustrísima Corte de Apelaciones de Santiago rechazó las nulidades impetradas en contra de la sentencia del 4° Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Santiago, quedando a firme la sentencia.

Posteriormente, el tribunal competente (en este caso, el 6° Juzgado de Garantía de Santiago, en causa RUC 1700492941-I, RIT 3941-2017) dictó el cúmplase, materializándose el ingreso de Francisco Arzola Ruiz (31 de enero de 2020) y Rodrigo Muñoz Cid (13 de enero de 2020) a cumplir sus condenas.

---

2. C. A. C. C. C/ FRANCISCO JAVIER ARZOLA RUIZ. (2019): 6° Juzgado de Garantía de Santiago. 04 de junio de 2019 (preparación de juicio oral), RUC 1700492941-I, RIT 3941-2017, en: Poder Judicial de Chile.

3. C/ FRANCISCO JAVIER ARZOLA RUIZ Y OTRO. (2019): 4° Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Santiago. 14 de septiembre de 2019 (torturas, tormentos o apremios ilegítimos y otros), RUC 1700492941-I, RIT 305-2019, en: Poder Judicial de Chile.

## IV. Posiciones jurídicas invocadas

### V.I. Ministerio Público<sup>4</sup>

El Ministerio Público formalizó y acusó a Francisco Ruiz Arzola por su participación en diversos hechos constitutivos de los siguientes delitos:

- i. Apremios ilegítimos del artículo 150 A del Código Penal de la época (figura introducida en 1998 por la Ley 19.567, y vigente hasta noviembre de 2016, cuando se publicó la Ley 20.968), por el hecho 1.
- ii. Apremios ilegítimos del artículo 150 D, incisos 1° y 2° del Código Penal, reiterado, por los hechos 2 y 3.
- iii. Detención ilegal del artículo 148 del Código Penal, reiterado, por todos los hechos.
- iv. Falsificación de instrumento público del artículo 193 N° 4 del Código Penal, reiterado, por los hechos 1 y 3.
- v. Amenazas del artículo 296 N° 3 del Código Penal, reiterado, por todos los hechos.

Producto de lo anterior, solicitó que se impusieran las siguientes penas:

- i. 541 días de presidio menor en su grado medio, más accesorias legales, más costas, por el delito de apremios ilegítimos del artículo 150 A, inciso 1°, en el hecho 1.
- ii. 5 años y 1 día de presidio mayor en su grado mínimo, más accesorias legales, más costas, por el delito de apremios ilegítimos del artículo 150 D, incisos 2° y 3°, en los hechos 2 y 3.
- iii. 541 días de reclusión menor en su grado medio, más suspensión del empleo en su grado medio, más accesorias, más costas, por el delito de detención ilegal, en todos los hechos.
- iv. 5 años y 1 día de presidio mayor en su grado mínimo, más accesorias legales, más costas, por el delito de falsificación de documento público, en los hechos 1 y 3.
- v. 541 días de presidio menor en su grado medio, más accesorias legales, más costas, por el delito de amenazas, en todos los hechos.

En cuanto a Rodrigo Muñoz Cid, el Ministerio Público instó que se condenara por el delito de apremios ilegítimos del artículo 150 D, incisos 1° y 2° del Código Penal, por el hecho 2,

---

4. *Ibíd.*, Considerando segundo, pág. 10.

atendido lo cual solicitó se le impusiera la pena de 3 años y 1 día de presidio menor en su grado máximo, más accesorias legales, más costas, por el delito de apremios ilegítimos del artículo 150 D, incisos 1° y 2°, reiterado, en el hecho 2.

En su alegato de apertura, el Ministerio Público señaló que el acusado Arzola Ruiz ostentaba el grado de suboficial mayor de la 21ª Comisaría de Estación Central, a cargo de un grupo especial conocido como “Eco 21”, ejerciendo mando sobre 10 (diez) a 12 (doce) funcionarios encargados de realizar el control del comercio ambulante ilegal en el sector de Plaza Argentina de la comuna de Estación Central, entre otros sectores. El acusado Rodrigo Muñoz Cid tenía el grado de cabo 2° y realizaba funciones en el grupo “Eco 21” bajo el mando del co-acusado Arzola Ruiz.

Respecto de las víctimas, indicó que la mayoría ejerce el comercio ambulante sin autorización municipal en el sector, siendo conocidos por ambos imputados porque su función era controlar el comercio ilegal en dicho lugar.

Finalmente, enfatizó que no era menor el hecho de que ambos imputados hayan realizado estas conductas ostentando el carácter de carabineros, porque, efectivamente, para ejercer como tales, dentro de una multiplicidad de requisitos, debieran haber prestado un juramento sobre ciertos deberes que, evidentemente, no respetaron, razón por la cual, indicó, si no fueran severamente castigados nos retrotraeríamos a las épocas más oscuras de nuestra historia.

## **V.2. Consejo de Defensa del Estado<sup>5</sup>**

El Consejo de Defensa del Estado considera, en su acusación particular, que Francisco Arzola Ruiz tuvo participación en los siguientes delitos:

- i. Tormentos y apremios ilegítimos cometidos por empleado público, del artículo 150 A del Código Penal, por el hecho 1. El texto vigente sería el anterior a la entrada en vigor de la Ley 20.968.
- ii. Torturas, del artículo 150 A del Código Penal, por los hechos 2 y 3. El texto vigente sería el actual por la entrada en vigor de la Ley 20.968.
- iii. Falsificación de instrumento público, del artículo 193 N° 4 del Código Penal, por los hechos 1 y 3.

---

5. *Ibíd.*, Considerando tercero, página 14.

Respecto de Rodrigo Muñoz, consideró que su participación es constitutiva de Torturas, del artículo 150 A del Código Penal, por el hecho 2.

Se solicitaron las siguientes penas:

- i. Para Francisco Arzola Ruiz, 15 años de presidio mayor en su grado medio, más accesorias legales, más costas.
- ii. Para Rodrigo Muñoz Cid, 8 años de presidio mayor en su grado mínimo, más accesorias legales, más costas.

### V.3. Instituto Nacional de Derechos Humanos<sup>6</sup>

El INDH adhirió a la acusación del Ministerio Público parcialmente, en cuanto al delito de apremios ilegítimos.

En su alegato de apertura, se sostuvo como posición que los hechos señalados por el Ministerio Público son constitutivos de tortura, de tratos o penas crueles inhumanas o degradantes, por lo que a los acusados les compete responsabilidad en calidad de autores, no solo de conformidad con el Código Penal, sino también por las normas de derecho internacional de los derechos humanos.

Lo anterior motivó que el INDH adhiriera parcialmente a la acusación, entendiendo que el Ministerio Público ha cumplido a cabalidad la obligación de debida diligencia en la investigación de este tipo de delitos, establecida en el artículo 2 N° 1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; en el artículo 1 N° 1 de la Convención Americana de Derechos Humanos; en el artículo 6, N° 2, N° 12 y N° 14 de la Convención contra la Tortura; y, es más, bajo la circunstancia de que existe una víctima mujer, se ha cumplido con lo dispuesto en el artículo 2, letras b) y c); artículo 4, literales b) y d); y en el artículo 7, letra b), de la Convención de Belém do Pará.

Destacó que, para el derecho Internacional de los derechos humanos, la Tortura se encuentra **expresamente prohibida**, no existiendo causal de justificación alguna que la haga admisible, puesto que nos encontramos con una prohibición que posee el carácter de norma de *ius cogens*, sin perjuicio de lo establecido en los tratados internacionales que expresamente la proscriben.

---

6. *Ibíd.*, Considerando tercero, página 17.

En los tres casos, las agresiones se produjeron -según la exposición del INDH- al interior de un bus institucional, patente PPU AB062, ubicado en las inmediaciones de la Plaza Argentina, comuna de Estación Central, dentro del cumplimiento de las funciones de la unidad focalizada "Eco 21", de la cual formaban parte los dos acusados y cuya misión era erradicar el comercio ambulante de la zona.

La víctima E. G. U. no es un comerciante ambulante, sino un guardia de seguridad que ese día se encontraba en la plaza comprando chocolates y que en ese momento fue sometido a una dinámica de control de identidad, por lo que se puso nervioso al tener que sacar su billetera, ante lo cual Arzola Ruiz bajó del bus comenzando a cometerse los ilícitos.

Por último, el fallo destaca que en todos los casos se ha provisto la carpeta investigativa de una prueba específica, conforme al Protocolo de Estambul, lo que a juicio de la Institución no es baladí, toda vez que, de acuerdo con los estándares que regulan esta materia, específicamente dispuestos por el Comité para la Prevención de la Tortura, este informe corresponde al habilitado científicamente a nivel internacional para acreditar la existencia de hechos constitutivos de tortura y cómo la víctima ha reaccionado frente a estos hechos. Así también ha sido sostenido por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en reiterada jurisprudencia<sup>7</sup>. Por último, con este estándar probatorio también se da cumplimiento a uno de los presupuestos básicos del deber de la debida diligencia en la investigación, cual es el contar con el apoyo de expertos para dar con la verdad de los hechos<sup>8</sup>.

#### **V.4. Oficina de Derechos Humanos de la Corporación de Asistencia Judicial<sup>9</sup>**

La Oficina de Derechos Humanos de la Corporación de Asistencia Judicial, en representación de la víctima C. C. C., consideró que la participación de Francisco Arzola Ruiz en el hecho 2 era constitutiva únicamente de apremios ilegítimos del artículo 150 A, y detención ilegal del artículo 148 del Código Penal, y por lo anterior, solicitó los siguientes rangos de penas: Presidio mayor en su grado mínimo, excluido el minimum, respecto del delito de tortura del artículo 150 C del Código Penal.

Reclusión menor y suspensión del empleo en su grado medio, más accesorias legales, por el delito de detención ilegal del artículo 148 del Código Penal.

7. Corte IDH. Caso Vargas Areco Vs. Paraguay. Sentencia. 26 de septiembre de 2006.

8. Gisela de León, Viviana Krsticevic, Luis Obando. Debida Diligencia en la Investigación de Graves Violaciones a Derechos Humanos.

9. *Ibíd.*, Considerando tercero, página 21.

## EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

### VI.I. Extracto de considerandos determinantes en la resolución del asunto

En este aspecto, se consideran pertinentes los siguientes párrafos de los considerandos octavo y noveno, partes del fallo que tiene por establecidos los hechos y la calificación jurídica dada a los mismos.

La sentencia del 4° Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Santiago, establece, en tales considerandos, lo siguiente:

**“OCTAVO:** [...] El día 7 de mayo de 2016 aproximadamente a las 19:30 horas en las inmediaciones de la Plaza Argentina de la comuna de Estación Central y mientras W. R. N. se encontraba realizando labores como comerciante ambulante, sin el debido permiso municipal, es trasladado por la fuerza por el [carabinero] Francisco Arzola Ruiz, junto a otro funcionario policial, hacia el bus de Carabineros conocido como “piquete” [...] al interior de dicho vehículo, Arzola Ruiz procedió a insultarlo, mientras lo golpea con su bastón institucional en el estómago y tórax, siendo golpeado nuevamente por el imputado con un golpe de puño en su ojo derecho, cayendo la víctima al suelo. Arzola Ruiz presiona con sus piernas el pecho de la víctima y lo toma fuertemente con sus manos del cuello. Luego saca su pistola y le dice cuando quiera venga a hacerle algo porque “con esta me defiende de huevones como vos”. Estos golpes generaron en Wilson Romero Narváez contusiones torácicas, contusión cervical anterior y contusión en su ojo derecho, así como un trastorno de adaptación con ánimo ansioso. Estos hechos fueron presenciados por otro comerciante ambulante que se encontraba en dicho vehículo policial, E. W. P. S.

Posteriormente, W. R. N. es trasladado a constatar lesiones al SAPU Raúl Yazigi y luego a dependencias de la 21° Comisaría de Estación Central. Mientras estaba al interior de dicha comisaría, Arzola le dice “te voy a mandar en cana chinche conche tu madre, te voy pa’ la fiscalía”. Momentos después firma un funcionario policial se le acerca con una citación por comercio ambulante informándole que se podía retirar.

[...] El día 6 de mayo de 2017 aproximadamente a las 13:45 horas en las inmediaciones de la plaza Argentina comuna de Estación Central, C. C. C. se encontraba realizando labores de comercio ambulante sin el debido permiso municipal, siendo trasladada por funcionarios policiales al mando del [carabinero] Francisco Arzola Ruiz al bus institucional conocido como “piquete”. Una vez que la víctima ingresa al vehículo, se cierra la puerta detrás de ella y manteniéndose en ese lugar a solas con el imputado, éste le señala “aquí llegaste maraca conche tu madre”, la toma de su ropa y la lanza hasta el fondo del bus. Posteriormente la toma con sus manos fuertemente

*del cuello intentando asfixiarla, tomándola del pelo, sacándole un mechón de raíz y golpeándola con sus puños en la cabeza. Esta violenta agresión solo culminó cuando se escucharon golpes en la puerta del piquete mientras la víctima le decía al imputado que esta situación no se quedaría así, Arzola Ruiz le contestó que nadie le iba a creer porque no tenía testigos y que la iba a cagar, que “en cuanto te pesquen voy a cargarte para pasarte detenida”.*

*Posteriormente, funcionarios de Carabineros subieron al bus institucional a G. Z. R. y a su pareja, ambos comerciantes ambulantes. Una vez en el interior, se percataron que se encontraba en el lugar la víctima C. C., quien estaba llorando y le contó que Arzola Ruiz le había pegado. Cuando G. Z. le pregunta al imputado por qué le había pegado este le responde “que te metí vos chancho culiao”. Acto seguido Francisco Arzola Ruiz le ordena a Rodrigo Muñoz Cid que golpear a G. Z. Muñoz Cid procede a golpear a la víctima en diversas partes del cuerpo con golpes de pies y puños y con el bastón institucional y posteriormente el imputado Arzola Ruiz también procede a golpear a G. Z. con golpes de puños y patadas en el cuerpo. Finalmente, todos son trasladados a dependencias de la 21° Comisaría de Estación Central ubicada en Av. Ecuador N° 4050 donde son dejados en libertad.*

*Las agresiones provocadas por los imputados produjeron en C. C. C., observación TEC, laceraciones y rasguños en el cuello, pérdida de cabello y dolor en cuero cabelludo y un trastorno de adaptación con ánimo ansioso. Respecto de G. Z. R., Observación TEC, rasguño en cuello y laceraciones en cuello, siendo diagnosticado con un trastorno por estrés traumático.*

*[...] El día 25 de mayo 2017, aproximadamente a las 15:30 horas, en las inmediaciones de la plaza Argentina en Estación Central, Esteban Godoy Urquiza fue sometido por funcionarios de Carabineros bajo el mando del imputado Arzola Ruiz a un control de identidad, al demorarse en exhibir su cédula de identidad producto del nerviosismo, el imputado Arzola Ruiz se la arrebató de las manos y junto a otras dos funcionarias de carabineros conducen violentamente a la víctima hasta el bus institucional estacionado en el lugar conocido como “piquete”. Una vez que la víctima se encontraba al interior del bus el imputado ARZOLA RUIZ lo golpea en distintas partes del cuerpo con golpes de pies y puños. Luego, comienza a golpearlo con más fuerza con su bastón institucional, en la espalda, en sus costillas y lo golpeó con su bastón en la cabeza hasta que pierde el conocimiento. Después que la víctima recuperó el conocimiento, recibe la devolución de su billetera percatándose que le faltaba dinero. Arzola Ruiz tomó a E. G. U. fuertemente con sus manos del cuello, casi asfixiándolo y le dijo que si lo acusaba por lo ocurrido lo mataría.*

*Finalmente, el imputado Arzola Ruiz ordenó la liberación de la víctima y entrega la boleta citación n° 276060 de fecha 25 mayo 2017 donde se señala que queda citado al 2° Juzgado de Policía Local de Estación Central por la infracción de “ejercer el comercio ambulante en la vía pública sin permiso municipal”, documento extendido por instrucción del propio imputado y suscrito por él dando cuenta de hechos sustancialmente falsos.*

*Las agresiones provocadas por Francisco Arzola Ruiz produjeron en la víctima las siguientes lesiones: hematoma perioccipital derecha, dolor en cuello, múltiples lesiones de hemicuello izquierdo, equimosis, lesión costrosa en lado izquierdo, múltiples contusiones pequeñas y escoriaciones en región torácica derecha, 2 hematomas con escoriaciones ovaladas muy dolorosas a la palpación de carácter menos grave. Además de lo anterior, esta agresión afectó la pieza dental N° 19 la cual debió ser extraída y le generó un trastorno adaptativo por estrés postraumático”; y,*

**“NOVENO: Calificación jurídica y grado de desarrollo de los delitos.** Que el mérito de la prueba rendida y el tenor de los hechos acreditados, han permitido al tribunal tener por establecido [...] la concurrencia de tres figuras típicas diferenciadas, a saber:

I.- Respecto de W. R. N., el delito de tormentos y apremios ilegítimos previsto y sancionado en el artículo 150 A del Código Penal, vigente al 7 de mayo de 2016;

II.- Respecto de C. C. C., G. Z. R. y E. G. U., el delito de torturas, establecido en el artículo 150 A del Código Penal al mes de mayo de 2017 y finalmente,

III.- El delito de falsificación de instrumento público, previsto y sancionado en el artículo 193 N° 4 del Código Penal referido tanto al parte policial 2288 con sus anexos, relativo a la supuesta riña y amenazas contra carabineros imputada a W. R. N., como a la boleta de citación 276060, relativa al supuesto comercio ambulante imputado a E. G. U..

En primer término, cabe mencionar, que la distinción en la calificación jurídica del delito de tormentos o apremios ilegítimos, recaído en la persona de W. R. N. en relación a los demás ofendidos, se debe exclusivamente a la ley vigente al momento de comisión de los mismos, puesto que el 11 de noviembre de 2016, seis meses después de la ocurrencia de los eventos que afectaron a R. y seis meses antes de los hechos que afectaron a C. C. C., G. Z. R. y E. G. U., se promulgó la Ley N° 20.968 que sustituyó la denominación del párrafo 4 del título III del Libro Segundo del Código Penal, de “agravios inferidos por funcionarios públicos a los derechos garantizados por la Constitución” cambiándola por “De la tortura, otros tratos crueles, inhumanos o degradantes, y de otros agravios inferidos por funcionarios públicos a los derechos garantidos por la Constitución”.

Antes de la dictación de la Ley N° 20.968, la figura del artículo 150 A, sancionaba al “empleado público que aplicare a una persona privada de libertad, tormentos o apremios ilegítimos, físicos o mentales, u ordenare o consintiere su aplicación”, descripción típica que, preliminarmente resulta menos exigente que aquella que lo reemplazó, puesto que en su redacción no se contempla la exigencia de un objetivo específico que motive la aplicación de estos tormentos. Sin embargo, la voz “tormento” se asimila al vocablo tortura. El verbo rector “torturar”, no estaba recogido en nuestro código punitivo, sin embargo, tanto la doctrina como la jurisprudencia nacional, acudían al derecho internacional para dar contenido a esta figura.

*La modificación legal introducida por la dictación de la Ley N° 20.968, luego, surge ante la necesidad de conciliar la legislación nacional con los instrumentos internacionales suscritos y ratificados por Chile que regulan la materia. En particular, la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes, define tortura como “todo acto por el cual se inflija intencionadamente a una persona dolores o sufrimientos graves, ya sean físicos o mentales, con el fin de obtener de ella o de un tercero información o una confesión, de castigarla por un acto que haya cometido, o se sospeche que ha cometido, o de intimidar o coaccionar a esa persona o a otras, o por cualquier razón basada en cualquier tipo de discriminación, cuando dichos dolores o sufrimientos sean infligidos por un funcionario público u otra persona en el ejercicio de funciones públicas, a instigación suya, o con su consentimiento o aquiescencia”. Y agrega que “No se considerarán torturas los dolores o sufrimientos que sean consecuencia únicamente de sanciones legítimas, o que sean inherentes o incidentales a éstas”.*

*En el inciso tercero del nuevo artículo 150 A, se define tortura en términos prácticamente idénticos a los de la Convención, agregando la afectación en la esfera de la sexualidad, puntualizando que ésta consiste en “todo acto por el cual se inflija intencionalmente a una persona dolores o sufrimientos graves, ya sean físicos, sexuales o psíquicos, con el fin de obtener de ella o de un tercero información, declaración o una confesión, de castigarla por un acto que haya cometido, o se le impute haber cometido, o de intimidar o coaccionar a esa persona, o en razón de una discriminación fundada en motivos tales como la ideología, la opinión política, la religión o creencias de la víctima; la nación, la raza, la etnia o el grupo social al que pertenezca; el sexo, la orientación sexual, la identidad de género, la edad, la filiación, la apariencia personal, el estado de salud o la situación de discapacidad”.*

## **EXTRACTOS DE LA SENTENCIA QUE CONTIENEN ESTÁNDARES DE DERECHOS HUMANOS.**

En primer lugar, respecto a este punto, debe señalarse que el fallo del 4° Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Santiago contiene estándares de derechos humanos, los que son casi idénticamente abordados por la resolución de la Ilustrísima Corte de Apelaciones de Santiago, que rechaza los recursos de nulidad intentados contra la referida sentencia por las defensas de Arzola Ruiz y Muñoz Cid.

La sentencia del 4° Tribunal de Juicio Oral en lo Penal, con respecto al 150 A antiguo, precisa:

**“Octavo:** [...] Respecto del hecho N°1 que afecta a W. R. N., el artículo 150 A del Código Penal, vigente al 7 de mayo de 2016 sanciona al “empleado público que aplicare a una persona privada de libertad, tormentos o apremios ilegítimos, físicos o mentales, u ordenare o consintiere su aplicación”.

En consecuencia, para que se verifique la figura de tormentos o apremios ilegítimos es menester que se acredite, en primer término, la existencia de un sujeto activo calificado, esto es, un funcionario público [...]. En segundo lugar, se requiere un comportamiento, esto es, una acción consistente en aplicar, ordenar o consentir en la aplicación de “tormentos” o “apremios ilegítimos”[...] De ahí que tanto los tormentos como los apremios ilegítimos pueden relacionarse con la noción de tortura del Derecho Internacional, puesto que ambos vocablos, en el contexto de una afectación por funcionarios, a los derechos consagrados en la Constitución, resultan compatibles con la definición internacional, que, como se ha dicho, define la tortura como todo acto en que se inflige intencionalmente dolor o sufrimiento grave (tormento) con una finalidad específica”.

El fallo del 4° Tribunal de Juicio Oral en lo Penal, en lo tocante al 150 A nuevo, señala:

**“Octavo:** [...] Por su parte, los eventos acreditados en los **hechos N°2 y N°3**, recaídos en las personas de C. C. C., G. Z. R. y E. G. U., **configuran el delito de torturas**, previsto en el actual artículo 150 A del Código Penal, que castiga al empleado público que, abusando de su cargo o sus funciones, aplicare, ordenare o consintiere en que se aplique tortura.

Según se desprende de la norma, para que se verifique el delito de torturas es menester que concurra un sujeto activo calificado, esto es, un funcionario público, pero además, se requiere que éste abuse de su cargo o funciones y, por otra parte, una conducta consistente en aplicar, ordenar o consentir en que se aplique tortura, voz que, conforme su definición legal exige a) Un acto intencional; b) Consistente en causar dolores o sufrimientos graves, físicos, sexuales o psíquicos y, por último, c) Que persiga una finalidad de aquellas contempladas en la norma o se base en motivos de discriminación, que también se describen.

[...] Francisco Arzola Ruiz a mayo de 2017 se desempeñaba como Suboficial Mayor de Carabineros de Chile y Rodrigo Muñoz Cid se desempeñaba como Cabo Segundo de la misma institución Estatal, dependiente del Ministerio del Interior y Seguridad Pública. Sin embargo, no basta esta calidad para satisfacer el presupuesto de la norma, puesto que se requiere que el agente se prevalezca de su cargo o funciones para cometer el delito.

Por otra parte, respecto de Francisco Arzola Ruiz, se desplegaron acciones orientadas a aplicar directamente, pero también -en el caso de Giovanni Zúñiga Román- a ordenar que se aplique tortura y en el caso de Rodrigo Muñoz Cid sus conductas estuvieron orientadas a aplicarla [...] se

*constató el despliegue de una serie de comportamientos, por medio de los cuales, los funcionarios deliberadamente -en conocimiento de que tenían frente a sí a un ser humano y que sus acciones eran aptas causarles congoja considerable- provocaron en sus víctimas, dolor y sufrimiento grave, en una dimensión tanto física como psicológica.*

*Estima el tribunal, que los sufrimientos reportados por las víctimas son graves -trascendentes, importantes- puesto que han afectado su funcionamiento síquico de manera prolongada en el tiempo, al punto que, respecto de todos los afectados se constató alguna clase de trastorno del ánimo y se sugirió la adopción de tratamiento psicológico para reparar una integridad que se vio afectada como consecuencia de las agresiones vividas.*

*Por otra parte, las conductas que se han tenido por acreditadas resultaban aptas para ocasionar el severo sufrimiento que subjetivamente reportan las víctimas, puesto que consistieron, respecto de C. C. C. en golpes de puños, estrangulamiento y extracción de cabello desde su raíz, amenazas, insultos y privación de libertad a manos de Arzola Ruiz. Respecto de G. Z. R., la conducta consistió fuertes golpes con la porra institucional en su cabeza, unidos a golpes de puños y pies, en distintas partes del cuerpo, por parte de dos funcionarios policiales a la vez, en presencia de su esposa, quien describe el suceso como brutal, al señalar que le pegaban como animales, "como salvajes", luego de lo cual, fue mantenido privado de libertad, al arbitrio de Arzola Ruiz. Finalmente, en el caso de E. G. U., las conductas consistieron en un golpe con la porra institucional tan fuerte, que lo hizo perder la conciencia, golpes con la porra en distintas partes del cuerpo, estrangulamiento con anillos u objetos que dejaron heridas costrosas en el cuello de la víctima, amenazas de muerte e insultos.*

*A juicio del tribunal, la existencia de otras formas más creativas y perversas de concretar el resultado lesivo exigido por la norma, no resta la severidad a las conductas desplegadas, que en la forma en que fueron descritas, aparecen idóneas para infundir en un hombre medio, congoja, humillación y temor como el reportado por los ofendidos, especialmente considerando que como ellos mismos refieren, fueron atacados por quienes debían protegerlos".*

## **PARTE RESOLUTIVA**

En este punto debe tenerse en consideración que en este caso es la sentencia del 4º Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Santiago la que viene a decidir el asunto, toda vez que en su fallo de nulidad, la Ilustrísima Corte de Apelaciones de Santiago rechazó los recursos intentados por las defensas de Arzola Ruiz y Muñoz Cid en contra de la referida sentencia. La sentencia del 4º Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Santiago, en lo pertinente, dispone:

“(..). **I. Se CONDENA a FRANCISCO JAVIER ARZOLA RUIZ**, por su responsabilidad como autor del delito reiterado de falsificación de documento público, previsto y sancionado en el artículo 193 N°4 del Código Penal, en grado de desarrollo de consumado, a la pena de CINCO AÑOS Y UN DÍA de presidio mayor en su grado mínimo, inhabilitación absoluta perpetua para cargos y oficios públicos y derechos políticos y la de inhabilitación absoluta para profesiones titulares mientras dure la condena [...]

**II. Se CONDENA a FRANCISCO JAVIER ARZOLA RUIZ** por su responsabilidad como autor del delito consumado de tormentos o apremios ilegítimos, previsto y sancionado en el artículo 150 A del Código Penal, perpetrado el día 7 de mayo de 2016, en la persona de W. R. N., y como autor del delito reiterado de torturas, previsto y sancionado en el artículo 150 A del Código Penal, en grado de desarrollo de consumado, por los ilícitos perpetrados los días 6 de mayo de 2017, en la persona de C. C. C. y G. Z. R. y 25 de mayo de 2017 en la persona de E. G. U., todos perpetrados en esta ciudad, en la comuna de Estación Central, a cumplir la **PENA ÚNICA de DIECISIETE AÑOS** de presidio mayor en su grado máximo, inhabilitación absoluta perpetua para cargos y oficios públicos y derechos políticos y la de inhabilitación absoluta para profesiones titulares mientras dure la condena [...]

**IV. Se CONDENA a RODRIGO ALBERTO MUÑOZ CID**, por su responsabilidad como autor del delito de torturas, previsto y sancionado en el artículo 150 A del Código Penal, en grado de desarrollo de consumado, a la pena de **OCHO AÑOS** de presidio mayor en su grado mínimo, inhabilitación absoluta perpetua para cargos y oficios públicos y derechos políticos y la de inhabilitación absoluta para profesiones titulares mientras dure la condena, ilícito perpetrado en esta ciudad, en la comuna de Estación Central, el día 6 de mayo de 2017, en la persona de G. Z. R.”.

Debe tenerse presente que la sentencia del 4° Tribunal de Juicio Oral en Lo Penal de Santiago fue unánime.

En cuanto a la resolución de la Ilustrísima Corte de Apelaciones de Santiago, que con fecha 30 de diciembre de 2019 rechazó los recursos de nulidad incoados por las defensas de Francisco Arzola Ruiz y Rodrigo Muñoz Cid, en concordancia con lo sentenciado por el 4° Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Santiago, sostuvo que los actos imputados fueron aptos para causar una congoja considerable y provocar dolor y sufrimiento grave, físico y psicológico, como pudo verse a partir de la declaración de una de las víctimas y de la evaluación pericial, contándose con la declaración de profesionales que examinaron a las víctimas, tanto en el aspecto físico como en el psicológico, contrastando sus relatos con los hallazgos dentro de su especialidad, conforme a las pautas del Protocolo de Estambul.

De esta forma, la Corte estimó que la prueba rendida permitió desprender que las agresiones tuvieron por objeto castigar a las víctimas por desafiar la autoridad, debido a que todas fueron precedidas por alguna clase de desavenencia, por lo cual se cumplirían todos y cada uno de los elementos del tipo penal del artículo 150 A del Código Penal.

## COMENTARIOS Y DOCTRINA DE DERECHOS HUMANOS

I. La sentencia que se comenta es relevante por ser la primera que se dicta sobre tortura en nuestro sistema doméstico, dando aplicación a la nueva legislación sobre la materia. Nos encontramos frente a un caso en el que, habiéndose formalizado la investigación y acusado por tortura, se condenó por este delito.

No obstante, se han dictado sentencias sobre tortura antes del pronunciamiento del fallo comentado, pero estas versan sobre hechos cuyos supuestos fácticos ocurrieron estando vigente la legislación anterior a la Ley 20.968, así como también, en este mismo tipo de casos, se ha empleado la tortura como baremo al resolver sobre su calificación jurídica.

La sentencia en cuestión se erige como paradigmática toda vez que, de la lectura de los párrafos citados, podemos advertir que el 4º Tribunal de Juicio Oral en Penal de Santiago, fallando un caso penal, lo hace utilizando estándares de derecho internacional de los derechos humanos.

Así, la sentencia en cuestión asume una postura que considera tres elementos para la ocurrencia de la tortura, esto es, que estemos frente a: i) Un acto intencional; ii) Consistente en causar dolores o sufrimientos graves, físicos, sexuales o psíquicos y, iii) Que persiga una finalidad de aquellas contempladas en la norma o se base en motivos de discriminación.

Como se puede apreciar, el tribunal recoge los elementos de la tortura tal como han sido entendidos por el derecho internacional de derechos humanos y la jurisprudencia de los órganos de protección.

En efecto, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha sostenido lo siguiente: *“La Corte entiende que los elementos constitutivos de la tortura son los siguientes: a) un acto intencional; b) que cause severos sufrimientos físicos o mentales, y c) que se cometa con determinado fin o propósito”*<sup>10</sup>.

---

10. Corte IDH. Caso Fernández Ortega y otros. Vs. México. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 30 de agosto de 201041, párr. 120; Caso Rosendo Cantú y otra Vs. México. Excepción Preliminar, Fondo,

Y en ese sentido, en casos sometidos a su conocimiento, ha concluido que:

Los actos denunciados en el presente caso fueron preparados e infligidos deliberadamente, con el fin de obtener de E. B. V. información relevante para el Ejército. (...) la supuesta víctima fue sometida a actos graves de violencia física y psíquica durante un prolongado período de tiempo con los fines antes mencionados y, así, puesta en un contexto de angustia y de sufrimiento físico intenso de modo intencional, lo que no puede calificarse sino como tortura, tanto física como psicológica<sup>11</sup>.

En el mismo sentido, ha señalado:

Los actos de violencia perpetrados de manera intencional por agentes del Estado contra el señor D. T. produjeron a éste grave sufrimiento físico y mental. La ejecución reiterada de estos actos violentos tenía como fin disminuir sus capacidades físicas y mentales y anular su personalidad para que se declarara culpable de un delito. En el caso sub judice se ha demostrado, además, que la presunta víctima recibió amenazas y sufrió hostigamientos durante el período de su detención, que le produjeron pánico y temor por su vida. Todo ello constituye una forma de tortura, en los términos del artículo 5.2 de la Convención Americana<sup>12</sup>.

**2.** La sentencia, de acuerdo a los hechos expuestos y a la calificación jurídica otorgada por los jueces o las juezas a los mismos, pone énfasis en la relación existente entre el abuso en el ejercicio de sus funciones públicas de las Policías, y en general de las Fuerzas Armadas y de Orden, y la situación de las víctimas frente al abuso.

En este sentido, consideró que en este caso ellas se encontraban en una situación de vulnerabilidad, toda vez que a la sazón ejercían el comercio ambulante, y por ello, debían estar expuestas a la fiscalización policial efectuada en el sector en el cual se desenvolvían. A mayor abundamiento, que esta violencia excesiva se produce con las víctimas estando privadas de libertad, sin posibilidad de pedir ayuda o defenderse y, en el caso de tres de estas, las agresiones suceden incluso frente a testigos; es decir, las agresiones suceden con una sensación absoluta de impunidad, de que no es necesario ni siquiera frente a ciertos testigos ocultar esta conducta ilegal.

---

Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 201042, párr. 110.

11. Corte IDH. Caso Bámaca Velásquez vs. Guatemala. Fondo. Sentencia de 25 de noviembre de 2000.

12. Corte IDH. Caso Tibi vs. Ecuador. Sentencia de 7 de septiembre de 2004.

A este respecto, resulta pertinente señalar que “(..) el Estado es responsable, en su condición de garante de los derechos consagrados en la Convención, de la observancia del derecho a la integridad personal de todo individuo que se halla bajo su custodia”<sup>13</sup>.

Lo anterior es relevante toda vez que, si bien resulta lícito que el Estado, a través de la autoridad competente y con el auxilio de las Policías “(..) adopte diversas medidas de distinta naturaleza para prevenir y regular las conductas de sus ciudadanos, una de las cuales es promover la presencia de fuerzas policiales en el espacio público”<sup>14</sup>, no es menos cierto que las Policías deben actuar no solo conforme a la legislación doméstica, sino también al derecho internacional de los derechos humanos, ya que en el ejercicio de sus funciones deben interactuar con personas.

**3.** El fallo, conforme a la gravedad de los hechos sometidos al conocimiento de la judicatura, pone en el tapete una cuestión fundamental que, de cierto modo, incide en el *quantum* de las penas -impuestas-, y es que la integridad corporal, bien jurídico protegido las figuras de tortura, los apremios ilegítimos y otras de igual naturaleza prescritas y sancionadas en nuestro Código Penal, que en su formulación actual son tributarias del derecho internacional de los derechos humanos y del derecho internacional humanitario.

La tortura se encuentra proscrita: ello constituye una norma de *ius cogens*. En efecto, la Corte Interamericana ha señalado:

La tortura y las penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes están estrictamente prohibidos por el Derecho Internacional de los Derechos Humanos. La prohibición de la tortura y las penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes es absoluta e inderogable, aun en las circunstancias más difíciles, tales como guerra, amenaza de guerra, lucha contra el terrorismo y cualesquiera otros delitos, estado de sitio o de emergencia, conmoción o conflicto interior, suspensión de garantías constitucionales, inestabilidad política interna u otras emergencias o calamidades públicas.<sup>15</sup>

---

13. Corte IDH. Caso J. Vs. Perú. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 27 de noviembre de 2013. Serie C No. 275, párrafo 343.

14. Corte IDH. Caso Fernández Prieto y Tumbeiro vs Argentina. Fondo y Reparaciones. Sentencia de 1 de septiembre de 2020, párrafo 64.

15. Corte IDH. Caso García Asto y Ramírez Rojas vs. Perú. Sentencia de 25 de noviembre de 2005. Caso Penal Miguel Castro Castro vs. Perú. Sentencia de 25 de noviembre de 2006. Caso Lori Berenson Mejía vs. Perú. Sentencia de 25 de noviembre de 2004, entre otros.

Asimismo, se encuentran prohibidos los actos constitutivos de tratos o penas crueles, inhumanas o degradantes, tal como lo dispone el artículo 16 de la Convención Internacional contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes, cuando dichos actos no lleguen a ser tortura -tal como se define en el artículo 1-, y dichos actos sean cometidos por un funcionario público u otra persona que actúe en el ejercicio de funciones oficiales, o por instigación o con el consentimiento o la aquiescencia de tal funcionario o persona.

En este sentido, el tribunal interamericano ha señalado:

La propia jurisprudencia de este Tribunal así como de otros tribunales y autoridades internacionales, llevan a la Corte a concluir que existe una prohibición universal tanto de la tortura como de otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, independientemente de cualquier codificación o declaración, por ser todos estos violatorios de normas perentorias de derecho internacional<sup>16</sup>.

De ahí la relevancia de la Ley 20.968 y la correcta interpretación realizada en la sentencia que se comenta.

4. En cuanto a las probanzas, en los tres casos sometidos al imperio del 4º Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Santiago, se consideró y dio pleno valor a los testimonios de las víctimas, no solo para acreditar cada caso de tortura imputado, sino también para tener por cumplida la participación de los dos funcionarios de carabineros formalizados, acusados y condenados por el delito de tortura.

5. La sentencia es clara en reconocer que si bien las lesiones físicas provocadas por la tortura son evidencia inequívoca de su ocurrencia, debe ponerse atención también a las secuelas psicológicas.

Es evidente que, tal como señala la sentencia en su considerando noveno:

[La] existencia de otras formas más creativas y perversas de concretar el resultado lesivo exigido por la norma, no resta la severidad a las conductas desplegadas, que en la forma en que fueron descritas, aparecen idóneas para infundir en un hombre medio, congoja, humillación y temor como el reportado por los ofendidos, especialmente considerando que [...] fueron atacados por quienes debían protegerlos.

---

16. Corte IDH. Caso Caesar vs. Trinidad y Tobago. Sentencia 11 de marzo de 2005.

Tal como ha sostenido la Corte IDH:

La infracción del derecho a la integridad física y psíquica de las personas es una clase de violación que tiene diversas connotaciones de grado y que abarca desde la tortura hasta otro tipo de vejámenes o tratos crueles, inhumanos o degradantes cuyas secuelas físicas y psíquicas varían de intensidad según los factores endógenos y exógenos que deberán ser demostrados en cada situación concreta<sup>17</sup>.

En el sentido que señala la misma Corte IDH, al ser la tortura y sus demás figuras afines una violación a los derechos humanos, esta “debe ser comprendida y encarada de una manera integral”<sup>18</sup>.

6. La sentencia reprodujo patrones de conducta ejecutados por funcionarios policiales en el ejercicio de sus funciones, que se acreditaron en juicio y que, atendidas sus formas, se encuentran reñidos con la legislación doméstica y el derecho internacional de los derechos humanos.

- En todos los casos, el agresor Arzola Ruiz les decía a las víctimas que se autodenominaba “El Nazi”, para infundir temor con frases como “Ahora vas a saber por qué me dicen el Nazi”, mientras las agredía.
- En todos los casos, en forma simultánea, las insultaba: les decía garabatos destinados a menoscabar y humillar. Les manifestaba expresamente que no sacaban nada con denunciarlo porque nadie les iba a creer.
- En dos de los casos los amenazó de muerte por si se atrevían a denunciarlo, incluso empleando un arma de fuego.
- Mostró una forma propia de realizar los golpes, ya sea con golpes de pie, de puño, con el bastón retráctil, cuyo sello particular es el estrangulamiento, esto es, la presión realizada con fuerza en el cuello de todas las víctimas, con sus manos. La única agresión que varía en este sentido se dio respecto de la única mujer, C. C. C., porque a todas esas formas de agresión sumó la de tomarla fuertemente del pelo y arrastrarla en el piso con tal fuerza que incluso se desprendió parte importante de sus cabellos.

---

17. Corte IDH. Caso Loayza Tamayo Vs. Perú. Sentencia de 17 de septiembre de 1997, párrafo 57.

18. Corte IDH. Caso Velásquez Rodríguez Vs. Honduras. Fondo. Sentencia de 29 de julio de 1988, párrafo 150.

Por lo anterior, toda investigación que verse sobre violencia institucional es de suyo compleja, por lo que se sugiere identificar y analizar patrones de conducta, enfatizando además en aquellos de acuerdo a parámetros como la gravedad de la lesión o si se trata de víctimas en especial situación de vulnerabilidad, tales como niños, niñas o adolescentes, adultos/as mayores, migrantes, mujeres embarazadas.

Además de contravenir normativa penal interna, el disvalor de las conductas desplegadas contraviene disposiciones de DIDH contenidas en tratados internacionales, como la Convención Internacional para Prevenir y Sancionar la Tortura, la Convención Interamericana contra la Tortura y la Convención Americana de Derechos Humanos.

7. Respecto del cumplimiento de la obligación de garantizar, la sentencia se encuentra en conformidad con el artículo 1.1 de la Convención Americana, *que establece* la obligación de garantizar los derechos reconocidos en los artículos 5.1 y 5.2 de la Convención Americana, obligación en la que subyace el deber del Estado de investigar posibles actos de tortura u otros tratos crueles, inhumanos o degradantes, y en lo concerniente a la debida diligencia en la investigación y sanción de este caso, debe recalcar la seriedad y rapidez con la que se actuó, evidenciando que dicha obligación de garantizar materializada en el deber de investigar se define como:

(...) una obligación de medio y no de resultado, que debe ser asumida por el Estado como un deber jurídico propio y no como una simple formalidad condenada de antemano a ser infructuosa. La obligación del Estado de investigar debe cumplirse diligentemente para evitar la impunidad y que este tipo de hechos vuelvan a repetirse. En este sentido, la Corte recuerda que la impunidad fomenta la repetición de las violaciones de derechos humanos.<sup>19-20</sup>

Dicha obligación se ve reforzada por lo dispuesto en los artículos 1, 6 y 8 de la Convención Interamericana contra la Tortura, que obligan al Estado a “toma[r] medidas efectivas para prevenir y sancionar la tortura en el ámbito de su jurisdicción”, así como a “prevenir y sancionar [...] otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes”. Además, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 8 de dicha Convención, los Estados partes garantizarán, a

---

19. Corte IDH. Caso González y otras (“Campo Algodonero”) Vs. México. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 16 de noviembre de 2009. Serie C N°. 205, párrafo 289.

20. Por otra parte, la Corte IDH “ha advertido que esta obligación se mantiene ‘cualquiera sea el agente al cual pueda eventualmente atribuirse la violación, aún los particulares, pues, si sus hechos no son investigados con seriedad, resultarían, en cierto modo, auxiliados por el poder público, lo que comprometería la responsabilidad internacional del Estado’”. Corte IDH. Caso González y otras (“Campo Algodonero”) Vs. México. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 16 de noviembre de 2009. Serie C N°. 205. Párr. 291.

toda persona que denuncie haber sido sometida a tortura en el ámbito de su jurisdicción, el derecho a que el caso sea examinado imparcialmente.

**8.** Que, si bien, tal como se señaló en I, estamos en presencia de la primera sentencia que en esta materia se dicta aplicando la Ley 20.968, no debe dejar de llamar la atención que la tortura, así como los apremios ilegítimos y los tratos crueles, inhumanos o degradantes sean una práctica de larga data en Chile.

A este respecto, es menester hacer presente que el Informe de la Comisión Nacional de Prisión Política y Tortura<sup>21</sup> (conocido como Informe Valech), que dentro de su competencia conoció y calificó casos de Prisión Política y/o Tortura ocurridos durante la dictadura cívico-militar imperante en Chile desde el 11 de septiembre de 1973 al 11 de marzo de 1990,

---

21. En dicho informe se constataron varias denuncias de aplicación de golpizas reiteradas, lesiones corporales deliberadas, amenazas, posicionamientos forzados, colgamientos, entre otras formas. Sobre lo anterior, la Comisión concluyó que "(...) Era habitual que al momento de efectuarse la detención, la persona afectada, pese a no ofrecer resistencia, y estando incluso maniatada o esposada, fuese golpeada de manera intencional e injustificada. Este tipo de golpes, comúnmente llamados uso excesivo de la fuerza, constituyen tortura, pues no tienen otra finalidad que provocar un sufrimiento innecesario. Consta el caso de personas golpeadas en todo el cuerpo, de manera reiterada, por varios agentes, durante tiempo prolongado. También se dieron los golpes en partes específicas del cuerpo, no rara vez en las más sensibles, a veces hasta el sangramiento. Muchas de las personas golpeadas fueron previamente desnudadas y privadas del sentido de la vista mediante una venda en los ojos o la colocación de una capucha, que les impedía advertir los golpes y les generaba una mayor sensación de indefensión [...]. La mayoría de las secuelas permanentes que pudo conocer esta Comisión corresponden a golpes infligidos a los detenidos; entre otras, pueden mencionarse la pérdida total y parcial de la visión, pérdida total o parcial de la audición, pérdida de piezas dentales, problemas renales, esterilidad y distintas lesiones en la columna", que se recibieron "(...) testimonios de víctimas a quienes se les provocaron lesiones corporales de manera deliberada y no se desconoce que la aplicación de muchos de los métodos de tortura pueden producir distintos daños físicos. La lesión se define como el daño o detrimento corporal causado a una persona por una herida (corte o desgarró) o por un golpe. Si esta lesión es provocada intencionalmente por otro y cuando este otro un agente del Estado, o un particular con el consentimiento de aquel, quien realiza esta acción con la específica intención de provocar una lesión, esta acción es constitutiva de tortura. Lo anterior es válido, por ejemplo, para los golpes, los colgamientos y la aplicación de electricidad. Además, bajo la denominación genérica de lesiones corporales se ha querido reunir hechos perpetrados con la intención precisa de causar un daño puntual en el cuerpo del detenido, provocado cuando éste se encontraba inermes, usualmente maniatado y con la vista vendada o encapuchado. No se trata de lesiones colaterales, previstas como posibilidad, sino de daños en primer grado, medulares del tipo de agresión constitutiva de tortura. Las extracciones de partes menores del cuerpo -como uñas de pies y manos, piezas dentales, pelo, cejas, etc.- resultan ilustrativas de este método de tortura. Valgan como ejemplo las heridas producidas por contacto con el fuego, un objeto caliente o una sustancia cáustica o corrosiva que descompone el tejido orgánico. En efecto, las quemaduras fueron la modalidad de lesión corporal deliberada más común durante el régimen militar. Se provocaron quemaduras en diversas partes del cuerpo de la persona detenida, inclusive en las partes más sensibles, como genitales masculinos y femeninos. Las quemaduras con cigarrillos fueron las más habituales. Pero también constan casos de quemaduras con fierros calientes u otros objetos que provocaron serios daños a quienes fueron las víctimas" y que parte de las personas que se presentaron a la Comisión "señaló haber sido víctimas de amenazas, las que eran recibidas cuando se encontraban en situaciones de radical vulnerabilidad."

entre otras materias, reportó la ocurrencia de variados patrones de conducta dirigidos a torturar, apremiar, tratar cruelmente e inhumanamente, principalmente a la población civil. Lo señalado por esta instancia no es menor, pues entre sus recomendaciones sobre la materia, en el año 2004 ya refería “La necesidad de que la sociedad adopte medidas de prevención que aseguren la no repetición de los hechos y el respeto a los derechos humanos”<sup>22</sup>.

Ahondando, en el plano judicial, y en lo concerniente al periodo de tiempo que abarcó la referida dictadura cívico-militar, han existido varias sentencias de ministros en Visita Extraordinaria de diversas Cortes de Apelaciones del país, que han fallado sobre casos de Tortura y que han refrendado lo sostenido por el mencionado Informe de la Comisión Nacional de Verdad y Reconciliación. Paradigmáticas son las sentencias definitivas recaídas en los Episodios “Torturas Presos Políticos”<sup>23</sup> y “Estudiantes de Temuco”<sup>24</sup>; “Torturas: Tejas Verdes”<sup>25</sup> y “Tortura: AGA (Academia de Guerra Aérea de la Fuerza Aérea de Chile)”<sup>26</sup>, por citar algunas.

---

22. Informe de la Comisión Nacional de Prisión Política y Tortura. Edición 2005, página 520.

23. EPISODIO TORTURAS PRESOS POLITICOS TEMUCO. (2009): Dictada por Fernando Carreño Ortega, ministro en Visita Extraordinaria de la Ilustrísima Corte de Apelaciones de Temuco, con fecha 30 de septiembre de 2009, en causa rol N° 113.051. En: <https://expedientesdelarepresion.cl>

24. EPISODIO TORTURAS ESTUDIANTES DE TEMUCO. (2009). Dictada por Fernando Carreño Ortega, ministro en Visita Extraordinaria de la Ilustrísima Corte de Apelaciones de Temuco, con fecha 30 de octubre de 2009, en causa rol N° 113.075. En: <https://expedientesdelarepresion.cl>

25. EPISODIO TORTURAS TEJAS VERDES. (2010). Dictada por Alejandro Solís Muñoz, ministro de Fuero de la Ilustrísima Corte de Apelaciones de Santiago, con fecha 09 de agosto de 2010, en causa rol N° 2.182-98. En: <https://expedientesdelarepresion.cl>

26. EPISODIO TORTURAS DE LA AGA. (2007). Dictada por Juan Fuentes Belmar, ministro en Visita Extraordinaria de la Ilustrísima Corte de Apelaciones de Santiago con fecha 30 de abril de 2007, con fecha 30 de abril de 2007, en causa Rol N° 1.058-2001. En: <https://expedientesdelarepresion.cl>

## SENTENCIA DEL TRIBUNAL ORAL EN LO PENAL DE CAÑETE CONTRA FUNCIONARIO DE CARABINEROS POR HOMICIDIO FRUSTRADO EN PERJUICIO DE CUATRO COMUNEROS MAPUCHE EN EL SECTOR DE TRANAQUEPE, COMUNA DE TIRÚA<sup>1</sup>.

*Carolina Alvear Durán*  
*Sede Regional Biobío*

### ABSTRACT/RESUMEN

En el presente comentario se analiza la sentencia dictada por el Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de la ciudad de Cañete, con fecha 26 de julio de 2019, mediante la cual, por un fallo de mayoría, se condena a un funcionario de Carabineros de Chile por su responsabilidad en calidad de autor del delito de homicidio, en grado de frustrado, en relación a cuatro víctimas pertenecientes a comunidades mapuche del sector. Además, se absuelve a un segundo funcionario de Carabineros de Chile, que también fue acusado por el delito de homicidio frustrado.

**Palabras clave:** homicidio frustrado, uso de la fuerza, legalidad, proporcionalidad, necesidad, legítima defensa.

---

I. RIT 32-2019

## ANTECEDENTES RELEVANTES DEL CASO

El presente caso se inicia el día 26 de diciembre de 2016, fecha en que se realiza el control de detención de ambos imputados, CARLOS F. S. Z. y LEONEL A. F. C., y posterior formalización de la investigación.

En un primer momento, la formalización fue por el delito contemplado en el artículo 330 N° 2 del Código de Justicia Militar, esto es, violencia innecesaria con resultado de lesiones graves. Posteriormente se les reformalizó, con fecha 19 de octubre de 2017, por el delito de homicidio simple, contemplado en el artículo 391 N°2 del Código Penal, en grado de desarrollo de frustrado.

La sentencia del Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Cañete, en causa RIT 32-2019, da cuenta de los hechos contenidos en la acusación presentada por el Ministerio Público indicando:

El día 26 de diciembre del año 2016, en horas de la madrugada, cerca de las 04:00 horas aproximadamente, la víctima, J. E. A. L., conducía su camioneta Toyota patente CKDG II, en dirección norte-sur por la Ruta P70, hoy P 72, a la altura del Km 39, sector Tranaquepe de Tirúa, acompañado de R. U. L. C; J. A. C. A. y J. C. Ñ., quienes venían distribuidas de la siguiente forma en la camioneta: R. U. L. C. como copiloto, y J. A. C. A. y J. C. Ñ. en la parte trasera de la camioneta, siempre dentro de la cabina. Al llegar al sector aldeaño a unos paraderos existentes en el lugar, el conductor, J. E. A. L., vio a dos funcionarios de Carabineros, los acusados CARLOS F. S. Z. y LEONEL A. F. C., quienes, ajenos a todo procedimiento y sin motivo alguno, dispararon contra la camioneta que circulaba frente a ellos utilizando su armamento tipo UZI subametralladora de 9 milímetros y además, las pistolas Taurus también de calibre 9 milímetros.

Ante ello, el conductor J. E. A. L. retrocedió huyendo del ataque hasta lo que se denomina el cruce Butaco y, al momento de virar con el fin de volver en dirección sur-norte, recibieron nuevamente disparos en el costado derecho de la camioneta, por el lado de la puerta trasera del copiloto, ejecutados por CARLOS F. S. Z. y LEONEL A. F. C., recibiendo en total, por ambos momentos, 10 impactos. Como consecuencia de estos disparos, la víctima, R. U. L. C., que iba de copiloto, resultó con una herida que provocó un orificio tipo entrada de bala de 2 cm, en la cara anterosuperior derecha del brazo derecho, lo que le significa que aún mantenga dentro del cuerpo el respectivo proyectil. Estas lesiones fueron calificadas de graves, debiendo curar en 60 días, aproximadamente. Por su parte, la víctima, J. A. C. A., resultó con una herida en la cara anterolateral del hemitórax derecho, a ocho centímetros bajo el pezón derecho, y de un

diámetro de 2 cm y con un orificio típico de entrada de bala de 2, 5 cm de diámetro, que causó una lesión en la cara lateral de la cadera derecha, manteniendo la víctima en su cuerpo ambos proyectiles, los que no han podido ser extraídos debido a que el primero de ellos se encuentra alojado a la altura del corazón y cercano a éste. Las lesiones fueron calificadas, respecto de esta víctima, de graves, debiendo curarse en 60 días, aproximadamente. Las víctimas, R. L. C. y J. C. A, resultaron con las lesiones indicadas, y el conductor, don J. E. A. L., y el otro acompañante, don J. C. Ñ., no resultaron lesionados. A todos los ocupantes de la camioneta señalada no se les provocó la muerte, debido a que la rápida evasión que hizo el conductor y la oportuna intervención que también se efectuó en el tratamiento médico a los lesionados evitó que todos ellos pudieran fallecer. (Sic).

A juicio de la Fiscalía, los hechos descritos constituyen el delito de homicidio simple, previsto y sancionado en el artículo 391 N° 2 del Código Penal, en grado de desarrollo frustrado, atribuyendo a los acusados la calidad de autores ejecutores directos, de conformidad con lo que dispone el artículo 15 número 1 del mismo cuerpo legal.

En cuanto a circunstancias modificatorias de responsabilidad penal, en concepto del Ministerio Público, a ambos imputados les beneficia la atenuante de irreprochable conducta anterior, prevista en el artículo 11 número 6 del Código Penal. Solicita la pena de siete años de presidio mayor en su grado mínimo, las accesorias del artículo 28 del Código Penal y las costas por la responsabilidad que les asiste a cada uno de ellos como autores del delito de Homicidio en grado de frustrado que se acusa.

El INDH adhiere a la acusación presentada por el Ministerio Público concordando con la calificación jurídica de los hechos, circunstancias modificatorias de responsabilidad penal, así como la pena solicitada por el persecutor estatal.

Por su parte, el querellante particular que representa a las víctimas adhiere a la acusación presentada por el Ministerio Público concordando con la calificación jurídica de los hechos, circunstancias modificatorias de responsabilidad penal, así como la pena solicitada por el persecutor estatal respecto del delito de Homicidio Simple en grado de desarrollo de frustrado, previsto y sancionado en el artículo 391 N° 2 del Código Penal.

La defensa de ambos imputados alude a que la narración de los hechos, por los que sus representados fueron formalizados en su momento, y ahora acusados, es incompleta; puesto que no hace referencia a circunstancias inmediatamente anteriores, que dan cuenta de un procedimiento que se desarrollaba en el lugar y que justificaba la presencia de ambos imputados en el sector. Refiere que los imputados se encontraban de patrullaje en unas

parcelas que estaban con medidas de protección, y que recibieron un llamado telefónico de la central gama, informando que en el sector de Tranaquepe había personas efectuando disparos, razón por la que concurren a dicho sector y se percatan de que en ese sitio no había nadie efectuando disparos, pero sí encuentran a un sujeto durmiendo en un vehículo de color rojo estacionado en la berma, el que intenta fiscalizar un miembro de la patrulla, momento en que, desde un camino adyacente, aparece un vehículo de color plomo, Toyota Yaris, que al ver la presencia policial cambia de dirección y se da a la fuga; los funcionarios policiales se suben al vehículo blindado e inician una persecución, no le dan alcance y vuelven al lugar a fin de retomar la fiscalización del vehículo detenido, cuando se percatan de que se acerca un vehículo, razón por la que el imputado Carlos S. Z. se ubica delante levantando la mano para que dicho vehículo se detuviera, momento en el que el vehículo se abalanza sobre el oficial y éste dispara contra la camioneta con la subametralladora UZI de 9 milímetros, con el fin de detenerla. Sin embargo, la camioneta no se detiene ante la orden del oficial y retrocede emprendiendo la huida; es ahí donde el oficial efectúa tres disparos disuasivos que impactan en la puerta lateral trasera del vehículo.

A juicio de la defensa, no concurren los elementos del tipo penal homicidio, por cuanto no existió la intención de provocar la muerte, sino que la única intención habría sido detener el vehículo y sólo fue un acto ajustado a los protocolos de Carabineros de Chile, agregando que, incluso, el sumario administrativo no arroja sanción alguna respecto del uso del arma de fuego, pero sí arroja una sanción por no dar cuenta oportuna a los superiores. Por todo lo anterior, solicita la absolución de ambos acusados.

## EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

**SÉPTIMO:** Que conforme la valoración de las probanzas rendidas en el juicio oral, de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 297 del Código Procesal Penal, el Tribunal ha adquirido convicción, más allá de toda duda razonable, de los siguientes hechos materia de la acusación:

El día 26 de diciembre del año 2016, en horas de la madrugada, cerca de las 04:00 horas aproximadamente, la víctima, J. E. A. L., conducía su camioneta Toyota, patente CKDG II, en dirección norte-sur, por la Ruta P70 -hoy P 72-, a la altura del Km 39, sector Tranaquepe de Tirúa, acompañado de R. U. L. C., J. A. C. A. y J. C. Ñ., quienes venían distribuidas de la siguiente forma en la camioneta: R. L. como copiloto; y J. C. A. y J. C. Ñ. en la parte trasera de la camioneta, siempre dentro de la cabina. Al llegar al sector aldeaño a unos paraderos existentes en el lugar, el conductor, J. E. A. L., sintió disparos, los que fueron percutidos por el acusado

CARLOS F. S. Z., quien, ajeno a todo procedimiento y sin motivo alguno, disparó contra la camioneta que circulaba frente a ellos utilizando su armamento tipo UZI, subametralladora de 9 milímetros.

Ante ello, el conductor J. E. A. L. retrocedió huyendo del ataque hasta lo que se denomina el cruce Butaco y, al momento de virar con el fin de volver en dirección sur-norte, recibieron nuevamente disparos en el costado derecho de la camioneta, por el lado de la puerta trasera del copiloto, ejecutados por el acusado, recibiendo en total, por ambos momentos, 9 impactos. Como consecuencia de estos disparos, la víctima, R. U. L. C., que iba de copiloto, resultó con una herida que provocó un orificio tipo entrada de bala de 2 cm en la cara anterosuperior derecha del brazo derecho, lo que le significa que aún mantenga dentro del cuerpo el respectivo proyectil. Estas lesiones fueron calificadas de graves, debiendo curar en 60 días, aproximadamente. Por su parte, la víctima J. A. C. A. resultó con una herida en la cara anterolateral del hemitórax derecho, a ocho centímetros bajo el pezón derecho, y de un diámetro de 2 cm y con un orificio típico de entrada de bala de 2,5 cm de diámetro, que causó una lesión en la cara lateral de la cadera derecha, manteniendo la víctima en su cuerpo ambos proyectiles, los que no han sido extraídos. Las lesiones fueron calificadas, respecto de esta víctima, de graves, debiendo curarse en 60 días, aproximadamente. Las víctimas, R. L. C. y J. C. A., resultaron con las lesiones indicadas y el conductor, don J. A. L., y el otro acompañante, don J. C. Ñ., no resultaron lesionados. A todos los ocupantes de la camioneta señalada no se les provocó la muerte, debido a que la rápida evasión que hizo el conductor y la oportuna intervención, que también se efectuó en el tratamiento médico a los lesionados, evitó que estos fallecieran.

**UNDÉCIMO:** Así entonces, atendida la exactitud y congruencia de las declaraciones referidas en los considerandos anteriores, las que contienen el modo en que cada testigo se impuso de los hechos, y la concordancia observada entre todas ellas y con la prueba documental, pericial y gráfica, se estimaron verosímiles por estos sentenciadores y, por consiguiente, idóneas para lograr la convicción acerca de la efectividad de los disparos efectuados por parte del acusado Carlos S. Z. en contra de las víctimas R. L. C., J. C. A., J. A. L. y J. C. Ñ., por cuanto estos describen pormenorizadamente la dinámica de los hechos señalando que mientras se movilizaban a la altura del kilómetro 39,5 de la ruta P-70, al interior de la camioneta marca Toyota modelo Hilux, escucharon disparos, y que les decían “Bájate, concha de tu madre”; el conductor, J. A. L., frenó de golpe, puso reversa percatándose a la luz de un foco del alumbrado público que era Carabineros quienes habían disparado, entraron a un camino vecinal hacia la casa de J. A. L.; pasado un puente, R. L. C. dijo que le habían disparado, porque le dolía el pecho y tenía sangre. En ese mismo momento, J. C. A. señaló que al parecer también le habían disparado, porque tenía sangre. Al llegar a la casa

de J. A. L., llamaron al hospital para pedir ayuda. La camioneta recibió nueve disparos: cinco adelante y tres al lado derecho.

Que, además, esta secuencia de los hechos fue ratificada a través de la prueba testimonial, donde los funcionarios policiales que conformaban la patrulla que protagonizó estos hechos confirman a lo menos la existencia de los disparos efectuados por el Teniente Carlos S. Z., quien en estrados ha reconocido haber efectuado los disparos en contra de la camioneta en la cual se desplazaban las víctimas, cuestión que es refrendada por el funcionario Leonel F. C., quien señala haber realizado la cobertura mientras el Subteniente realizó los disparos. Así también lo demuestran los distintos peritajes en cuanto a la existencia de dichos disparos y las consecuencias de los mismos, como lo son aquellos orificios que presenta la camioneta marca Toyota, modelo Hilux, tanto en la parte frontal como lateral, donde se advierte la existencia de a lo menos nueve impactos balísticos, todo ello corroborado con las fotografías exhibidas que dan cuenta tanto de los daños al vehículo como de las lesiones de las víctimas; específicamente, los peritos pudieron identificar aquel impacto balístico en la parte frontal de la camioneta, ubicado cerca del foco derecho, el cual ingresó por debajo del capot hasta la guantera de la camioneta impactando en el brazo derecho de R. L. C. Igual identificación ocurre con aquellos proyectiles que ingresan por la puerta lateral trasera derecha, dos de los cuales impactan a J. C. A., tanto en el tórax como en glúteo. Lesiones que además fueron acreditadas con los Datos de Atención de Urgencia del Cesfam de Tirúa, de fecha 26 de diciembre de 2016, donde [se] refiere las lesiones sufridas por J. C. A., por impacto de bala, en región de parrilla costal izquierda y en región glútea derecha, además del estado de ebriedad en que éste se encontraba, lesiones catalogadas como graves; así también las lesiones sufridas por R. L. C., debido también a un impacto de bala, en cara medial de brazo derecho, en tercio proximal, con posterior dolor e impotencia funcional, lesiones de carácter grave, quien también se encontraba en estado de ebriedad. Todo lo cual, además, es ratificado por la prueba pericial del Servicio Médico Legal, donde el médico describe y confirma pormenorizadamente las lesiones sufridas por las víctimas, agregando que de acuerdo al informe de término de las lesiones, éstas son de carácter grave y con tiempo de incapacidad de 60 días.

**DÉCIMO SEGUNDO:** Que, en cuanto a la calificación jurídica de los hechos en la forma descrita, y tal como ya se adelantó en el veredicto, constituyen, a juicio de la mayoría del Tribunal, el delito de homicidio simple en perjuicio de R. L. C., J. C. A., J. A. L. y J. C. Ñ, contemplado en el artículo 391 N° 2 del Código Penal, en grado de frustrado, toda vez que el acusado, con dolo de matar, efectuó a lo menos nueve disparos, seis de los cuales ingresaron en la parte frontal y otros tres en la puerta lateral trasera derecha de la

camioneta, uno de los cuales impactó al ocupante del móvil, que lo hacía como copiloto, R. L. C., resultando con una herida en la cara anterosuperior derecha del brazo derecho. Por su parte, dos de los proyectiles que ingresaron por la puerta trasera derecha impactaron a J. C. A., producto de lo cual resultó con una herida en la cara anterolateral del hemitórax derecho y otra lesión en la cara lateral de la cadera derecha, manteniendo ambas víctimas en su cuerpo los proyectiles, lesiones que fueron calificadas de graves, debiendo curarse en 60 días, aproximadamente.

El delito se encuentra en grado de desarrollo de frustrado al haber, el acusado, desplegado toda la actividad necesaria para obtener el resultado típico, pero por razones ajenas a su voluntad no se produjo el resultado, teniendo para ello en consideración los dichos de las víctimas, quienes señalan que mientras transitaban al interior de la camioneta marca Toyota, modelo Hilux, a la altura del kilómetro 39,5 de la ruta P-70, al llegar al paradero existente en el lugar, escucharon disparos, y que les decían “Bájate, concha de tu madre”, percatándose, a la luz de un foco del alumbrado público, que era Carabineros quienes habían disparado, resultando R. L. C. y J. C. A. lesionados con los impactos de bala. Que, de acuerdo a la dinámica de los hechos, es posible visualizar que la muerte de los ocupantes de la camioneta no se produce por la rápida evasión que hace del lugar el conductor de la camioneta, por cuanto continuaban los disparos en su contra, lo que quedó en evidencia con los impactos presentados en el vehículo en la parte posterior derecha, y que, de no mediar dicha conducta evasiva y la oportuna atención médica de los heridos, éstos pudieran fallecer a raíz de las graves lesiones sufridas. En consecuencia, el homicidio se vio frustrado por estos dos hechos, independientes de la voluntad del tirador.

**DÉCIMO TERCERO:** Que, en cuanto a la participación de Leonel F. C., el Tribunal, por unanimidad, decidió la absolución del encartado, ello por cuanto, de acuerdo a la prueba incorporada, no es posible atribuirle la conducta que se describe en la acusación, dado que los testigos presenciales, esto es, las cuatro víctimas, sindicaron a dos funcionarios de Carabineros como los autores de los disparos sin lograr identificar a ninguno de ellos; sin embargo, de acuerdo a las versiones de los propios funcionarios policiales que conformaban la patrulla que participó en estos hechos, habría sido el Subteniente Carlos S. Z. quien disparó con la subametralladora Uzi en contra de la camioneta Toyota, modelo Hilux, placa patente única CKDG-II; y que el Cabo Leonel F. C., efectivamente realizó un disparo al aire con la pistola de servicio (...) Esta dinámica resulta más atendible por cuanto era precisamente el Cabo Leonel F. C. quien le prestaba cobertura al Teniente Carlos S. Z.

**DÉCIMO CUARTO:** Que, en cuanto a la participación de Carlos S. Z., con la prueba rendida (...) en cuanto a la dinámica en que se produjeron estos disparos, en primer lugar se pudo establecer, con la prueba rendida, que CARLOS S. Z. actuó fuera de todo margen legal, toda vez que no se encontraba amparado por la causal de justificación de la legítima defensa, por cuanto no se acreditó agresión ilegítima alguna por parte de las víctimas, en el sentido [de] que el conductor de la camioneta, efectivamente haya dirigido el vehículo en contra de CARLOS S. Z., con el propósito inminente de atropellarlo, dado que esta versión sólo es sostenida por éste y el Cabo Leonel F. C., sin embargo, los demás acompañantes nada vieron de ese supuesto acometimiento; por el contrario, probado quedó que el vehículo necesariamente debió detenerse en un momento para luego retroceder y huir hacia un camino vecino que los conduciría hasta el domicilio de J. A. Aún más, el propio acusado Leonel F. C. señala que él sólo disparó al aire, lo que desde ya permite entender que nunca hubo acometimiento en contra del funcionario policial.

(...) Ahora bien, sin perjuicio de estimar el Tribunal que, no concurriendo este requisito de agresión ilegítima, mal podría hablarse de legítima defensa, a mayor abundamiento únicamente, se señalará que, en cuanto a la racionalidad del medio empleado para repeler la supuesta agresión de que era objeto, lo cierto es que, si bien no se trata, según la doctrina, de una igualdad matemática de medios empleados, de acuerdo a la dinámica acreditada de los hechos, tal como se ha descrito anteriormente, tratándose de funcionarios policiales ante un situación límite que pudiera considerarse, efectivamente el uso de las armas de fuego es la última opción que pueden adoptar, dado que si fuera el caso que un vehículo pretendiera evadir un control policial, sólo se está frente a una infracción de tránsito que en caso alguno justifica el uso de las armas; y de acuerdo a como el propio imputado describe los hechos, solo debía salir del medio de la calzada para evitar ser presuntamente alcanzado o atropellado por el vehículo.

En lo tocante a la falta de provocación suficiente, el Tribunal entiende que la provocación, el acto de provocar, definido en el Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española como “buscar una reacción de enojo en alguien irritándolo o estimulándolo con palabras u obras”, no debió venir de quien se defiende. En este caso, no debió venir de don Carlos Sepúlveda, en la tesis de su defensa.

Cabe señalar que, de acuerdo a las normas internacionales sobre Derechos Humanos y los protocolos institucionales, el funcionario de Carabineros debe cumplir con los requisitos exigidos para el uso de la fuerza y, principalmente, en el uso de las armas de fuego, esto es, que el uso de la fuerza debe ser legítimo; así, el objetivo, el método y los medios deben ser legales, en este caso, efectivamente los funcionarios se encontraban de servicio y pudiera

entenderse que existía un objetivo legítimo al pretender fiscalizar un vehículo, lo cierto es que la necesidad en el uso de la fuerza no estaba justificada en lo más mínimo, porque, como se planteó anteriormente, si se trataba de un simple control policial y eventualmente podría haber un acometimiento por parte del vehículo, bastaba que el policía saliera del medio de la calzada y se ubicara en la berma. Lo mismo se puede señalar en cuanto a la proporcionalidad en el uso del arma de fuego, pues dadas las circunstancias descritas no se avizora que el funcionario haya estado en una situación que pusiera verdaderamente en peligro su vida, que lo obligara a utilizar el arma de fuego. De tal manera que, contrariamente a lo sostenido por la defensa, dicho procedimiento no se ajustó a derecho y se deben desechar tales alegaciones. Los mismos fundamentos son válidos para estimar igualmente que no se está frente a un delito de violencias innecesarias, como también lo ha esbozado el defensor, por cuanto las lesiones sufridas por las víctimas tendrían que haberse producido en el contexto de un control policial regular, cuestión que, en concepto de estos sentenciadores, no ha ocurrido, por la ilegitimidad en la adopción de la fiscalización que presuntamente se trataba de realizar por parte de los policías.

**DÉCIMO QUINTO:** Que, por su parte, en cuanto al dolo en la conducta desplegada por el acusado, se pudo desprender de la prueba rendida el dolo de matar, por cuanto la testimonial de las víctimas dio cuenta [de] que, llegados al lugar, inmediatamente sienten disparos, los que, no obstante haber detenido la marcha para retroceder, continuaron impactando en distintas partes del vehículo que ocupaban; en específico, como dio cuenta la pericial, impactaron 6 en la parte frontal y 3 en la parte lateral derecha a la altura de donde viajan los ocupantes. Corrobora la intención del sujeto activo el conocimiento que éste detenta del poder de fuego de las armas que portaba, en el caso, una subametralladora UZI, que es un arma de guerra y alto poder de fuego, unido al calibre de la munición y sus características de encamizado (sic), las que, según el perito presentado por el ente persecutor, puede traspasar fácilmente la carrocería de un vehículo y causar la muerte de sus ocupantes, todas cuestiones perfectamente conocidas por S. Z., atendida la preparación que detenta un funcionario de la policía uniformada (...).

## **COMENTARIO Y DOCTRINA DE DERECHOS HUMANOS**

La presente condena constituye, a nivel de la sede regional Biobío del INDH, la primera que es obtenida desde un Tribunal de Juicio Oral en lo Penal, luego de un proceso que tuvo su inicio en la formalización de la investigación realizada el día 27 de diciembre de 2016, por tanto, debió transcurrir un lapso de dos años y siete meses para obtener una sentencia condenatoria en el caso.

Destaca el fallo al hacer referencias a estándares internacionales en materia de Derechos Humanos, cuando menciona que, de acuerdo a las normas internacionales sobre Derechos Humanos y los protocolos institucionales, el funcionario de Carabineros debe cumplir con los requisitos exigidos para el uso de la fuerza y principalmente en el uso de las armas de fuego, esto es, que el uso de la fuerza debe obedecer principios de legalidad, proporcionalidad y necesidad.

Si bien el considerando decimocuarto del fallo, de alguna manera esboza los estándares internacionales de derechos humanos en la materia, no profundiza respecto del incumplimiento de los Principios Básicos sobre el Empleo de la Fuerza y de Armas de Fuego por los Funcionarios Encargados de Hacer Cumplir la Ley<sup>2</sup> y el Código de Conducta para Funcionarios Encargados de Hacer Cumplir la Ley<sup>3</sup>, así como tampoco se adentra en el incumplimiento de los protocolos internos de Carabineros de Chile en materia de uso de la fuerza y armas de fuego vigentes a la fecha de ocurrencia de los hechos.<sup>4</sup>

Así, se establece, dentro de las **disposiciones generales** de los Principios Básicos sobre el Empleo de la Fuerza y de Armas de Fuego por los Funcionarios Encargados de Hacer Cumplir la Ley, lo siguiente:

*4. Los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley, en el desempeño de sus funciones, utilizarán en la medida de lo posible medios no violentos antes de recurrir al empleo de la fuerza y de armas de fuego. Podrán utilizar la fuerza y armas de fuego solamente cuando otros medios resulten ineficaces o no garanticen de ninguna manera el logro del resultado previsto.*

*5. Cuando el empleo de las armas de fuego sea inevitable, los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley:*

- a) Ejercerán moderación y actuarán en proporción a la gravedad del delito y al objetivo legítimo que se persiga;*
- b) Reducirán al mínimo los daños y lesiones y respetarán y protegerán la vida humana;*
- c) Procederán de modo que se presten lo antes posible asistencia y servicios médicos a las personas heridas o afectadas;*

---

2 Adoptados por el Octavo Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente, celebrado en La Habana (Cuba) desde el 27 de agosto al 7 de septiembre de 1990.

3 Adoptado por la Asamblea General, en su resolución 34/169 de 17 de diciembre de 1979.

4 Circular N° 1756 de fecha 13 de marzo de 2013 y Orden General N° 2287 de fecha 14 de agosto de 2014.

d) Procurarán notificar lo sucedido, a la menor brevedad posible, a los parientes o amigos íntimos de las personas heridas o afectadas.

6. Cuando, al emplear la fuerza o armas de fuego, los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley ocasionen lesiones o muerte, comunicarán el hecho inmediatamente a sus superiores, de conformidad con el principio 22.

Luego, se agrega en las **disposiciones especiales** lo siguiente:

9. Los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley no emplearán armas de fuego contra las personas, salvo en defensa propia o de otras personas, en caso de peligro inminente de muerte o lesiones graves, o con el propósito de evitar la comisión de un delito particularmente grave que entrañe una seria amenaza para la vida, o con el objeto de detener a una persona que represente ese peligro y oponga resistencia a su autoridad, o para impedir su fuga, y sólo en caso de que resulten insuficientes medidas menos extremas para lograr dichos objetivos. En cualquier caso, sólo se podrá hacer uso intencional de armas letales cuando sea estrictamente inevitable para proteger una vida.

10. En las circunstancias previstas en el principio 9, los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley se identificarán como tales y darán una clara advertencia de su intención de emplear armas de fuego, con tiempo suficiente para que se tome en cuenta, salvo que al dar esa advertencia se pusiera indebidamente en peligro a los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley, se creara un riesgo de muerte o daños graves a otras personas, o resultara evidentemente inadecuada o inútil dadas las circunstancias del caso.

Por su parte, el Código de Conducta para Funcionarios Encargados de Hacer Cumplir la Ley establece, respecto al uso de la fuerza y armas de fuego, lo siguiente:

#### Artículo 3

Los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley podrán usar la fuerza sólo cuando sea estrictamente necesario y en la medida que lo requiera el desempeño de sus tareas.

El mismo Código de Conducta realiza los siguientes comentarios a propósito del contenido del artículo 3:

a) En esta disposición se subraya que el uso de la fuerza por los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley debe ser excepcional; si bien implica que los funcionarios encargados

*de hacer cumplir la ley pueden ser autorizados a usar la fuerza en la medida en que razonablemente sea necesario, según las circunstancias para la prevención de un delito, para efectuar la detención legal de delincuentes o de presuntos delincuentes o para ayudar a efectuarla, no podrá usarse la fuerza en la medida en que exceda estos límites.*

*b) El derecho nacional restringe ordinariamente el uso de la fuerza por los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley, de conformidad con un principio de proporcionalidad. Debe entenderse que esos principios nacionales de proporcionalidad han de ser respetados en la interpretación de esta disposición. En ningún caso debe interpretarse que esta disposición autoriza el uso de un grado de fuerza desproporcionado al objeto legítimo que se ha de lograr.*

*c) El uso de armas de fuego se considera una medida extrema. Deberá hacerse todo lo posible por excluir el uso de armas de fuego, especialmente contra niños. En general, no deberán emplearse armas de fuego, excepto cuando un presunto delincuente ofrezca resistencia armada o ponga en peligro, de algún otro modo, la vida de otras personas, y no pueda reducirse o detenerse al presunto delincuente aplicando medidas menos extremas. En todo caso en que se dispare un arma de fuego, deberá informarse inmediatamente a las autoridades competentes.*

Tanto los Principios Básicos sobre el Empleo de la Fuerza y de Armas de Fuego por los Funcionarios Encargados de Hacer Cumplir la Ley, como el Código de Conducta para Funcionarios Encargados de Hacer Cumplir la Ley, han sido expresamente referidos dentro del marco normativo internacional que se señala en los protocolos sobre el uso de la fuerza y armas de fuego al interior de Carabineros de Chile, junto con las disposiciones de la Convención Americana de Derechos Humanos, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, entre otros.

La Circular N° 1756, de fecha 13 de marzo de 2013<sup>5</sup>, de la Dirección General de Carabineros de Chile, que imparte instrucciones respecto al Uso de la Fuerza, reitera las ideas contenidas tanto en los Principios Básicos como en el Código de Conducta ya mencionados. La Circular en comento señala los supuestos básicos para el empleo de la fuerza y de armas de fuego. En primer lugar, respecto del principio de legalidad, establece que “el uso de la fuerza debe efectuarse en el cumplimiento del deber y empleando métodos y medios que hayan sido previamente autorizados por Carabineros”. En segundo lugar, define el principio de

---

5. Normativa vigente al momento que tienen lugar los hechos que fundan la sentencia condenatoria dictada por el Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Cañete, RIT 32-2019.

proporcionalidad como “el equilibrio entre el grado de resistencia o de agresión que sufre un Carabinero y la intensidad de fuerza que se aplica para lograr que la persona se someta al control policial”. En tercer lugar, señala que, según el principio de necesidad, “[E]l empleo [de la fuerza] es el último recurso frente a la resistencia de un fiscalizado o para repeler una agresión ilegítima”.

Luego, conceptualiza el uso diferenciado y gradual de la fuerza como los distintos niveles de reacción que el personal de Carabineros debe emplear, con criterios diferenciados y con una intensidad progresiva, frente a la actitud que adopten las personas en el ejercicio de la función policial.

Así, identifica cinco niveles de colaboración o resistencia de una persona frente a una persona controlada o fiscalizada por Carabineros:

- Nivel 1 de cooperación: el fiscalizado da cumplimiento a las indicaciones del Carabinero sin manifestar resistencia.
- Nivel 2 de resistencia pasiva: no obedece las indicaciones del Carabinero y manifiesta una actitud indolente, haciendo afirmaciones corporales o verbales negativas.
- Nivel 3 de resistencia activa: existe una oposición a la fiscalización directa, que se manifiesta mediante intentos de evasión.
- Nivel 4 de agresión activa: el controlado intenta lesionar al Carabinero para resistir el control o evadirlo. La amenaza no pone en riesgo vidas.
- Nivel 5 de agresión activa potencialmente letal: se da un ataque premeditado con armas o tácticas lesivas graves o potencialmente letales.

Respecto a cada nivel de colaboración u oposición de la persona sujeta al control policial, Carabineros identifica cinco niveles de reacción en el uso de la fuerza, a saber:

- Nivel 1 de fuerza: presencia policial. Empleo de medios preventivos, como la presencia física del Carabinero, el uso de dispositivos institucionales o la exhibición de identificación de parte del personal de civil. Se prioriza el diálogo.
- Nivel 2 de fuerza: Verbalización. Utilización de medios preventivos, como un mandato perentorio, y la persuasión.
- Nivel 3 de fuerza: Control físico. Aplicación de medios reactivos. Reducción del fiscalizado para doblegar su fuerza e inmovilizarlo.
- Nivel 4 de fuerza: Uso de armas no letales. Empleo de medios reactivos, como armas no letales (disuasivos químicos, bastón de servicio, esposas, etc.), o tácticas defensivas para inhibir la agresión.

- Nivel 5 de fuerza: Uso de armas de fuego. Empleo de medios reactivos y de fuerza potencialmente letal para controlar al agresor y defender la vida. Se deben considerar en esta etapa los requisitos de legalidad, necesidad y proporcionalidad.

Luego, a través de la Orden General N° 2287 de fecha 14 de agosto de 2014<sup>6</sup>, que aprueba actualización de los Protocolos de Intervención para el Mantenimiento del Orden Público, se incorporan las siguientes directrices:

Protocolo 2.17 Uso de Armas de Fuego. Principios:

1. *La fuerza solo debe aplicarse cuando sea estrictamente necesaria y en la medida requerida para el desempeño de las funciones policiales. El empleo de armas de fuego debe considerarse una medida extrema. Estas solo pueden emplearse en circunstancias excepcionales que supongan la existencia de un peligro inminente de muerte o lesiones graves, sea para el Carabinero o para cualquier otra persona (legítima defensa). Una vez que ha cesado la situación de peligro no cabe emplear armas de fuego.*
2. *Principio de Legalidad: el uso de la fuerza debe efectuarse de conformidad con la norma legal y atendiendo un objetivo legítimo. Se deben emplear asimismo métodos y medios legales.*
3. *Principio de Necesidad: su empleo requiere del agotamiento de otros medios menos gravosos, considerando un objetivo legítimo y habiéndose descartado otra alternativa.*
4. *Principio de Proporcionalidad: significa que para la aplicación de la fuerza, incluyendo armas de fuego, debe haber un equilibrio entre los medios empleados y la protección de un objetivo legítimo.*

Posteriormente, al describir las etapas de ejecución de este protocolo específico, señala:

5. *Identificarse verbalmente como carabinero:*

ALTO, CARABINERO

6. *Dar al presunto infractor una advertencia clara de su intención de disparar, proporcionándole tiempo suficiente para que entienda y tome una decisión:*

SUELTE EL ARMA -NO SE MUEVA- MANOS ARRIBA

*La identificación y advertencia no se ejecutará si se genera riesgo de muerte o lesiones graves para el personal de Carabineros u otras personas, o si la advertencia resulta evidentemente inadecuada o inútil dadas las circunstancias del caso.*

---

6.. Protocolo vigente a la fecha de ocurrencia de los hechos, esto es, el 26 de diciembre de 2016.

- 7. Verificar que no se ponga en riesgo la vida o integridad de otras personas.*
- 8. Proporcionar auxilio inmediato al lesionado.*
- 9. Dar cuenta a la Jefatura Superior.*
- 10. Elaborar un informe escrito.*

Como se aprecia en el fallo en comento, en particular de lo contenido en el considerando Décimo Cuarto, el acusado, que finalmente resulta condenado, actuó fuera de todo margen legal, toda vez que, a la luz de las pruebas rendidas en el juicio, no se encontraba amparado por la causal de justificación de la legítima defensa, como argumentó la defensa, por cuanto no se acreditó agresión ilegítima alguna por parte de las víctimas, en el sentido de que el conductor de la camioneta efectivamente haya dirigido el vehículo en contra del imputado, con el propósito inminente de atropellarlo.

Así las cosas, la actuación del acusado no dio cumplimiento con los estándares internacionales en la materia, particularmente lo dispuesto en el artículo 4 de las disposiciones generales y en el artículo 9 de las disposiciones especiales contenidas en los Principios Básicos sobre el Empleo de la Fuerza y de Armas de Fuego por los Funcionarios Encargados de Hacer Cumplir la Ley, en cuanto establece como último recurso la utilización de armas de fuego, particularmente en situaciones en que existe riesgo para la vida.

De las probanzas del juicio se demostró que la dinámica de los hechos, en relación a los 9 disparos realizados por el imputado, con su subametralladora UZI de 9 milímetros, en contra de la camioneta en que se desplazaban las cuatro víctimas, no obedeció a un procedimiento justificado en un supuesto riesgo a la vida del funcionario de Carabineros de Chile. Entiende el Tribunal que, atendidas las características del lugar y la dinámica de los hechos, si es que hubo un riesgo para el imputado existían medios menos lesivos para impedir su concreción, sin necesidad de recurrir al uso de un arma de fuego como la utilizada en este caso concreto, particularmente considerando que se trata de un arma de guerra.

# SENTENCIA DEL JUZGADO DE GARANTÍA DE RANCAGUA POR HOMICIDIO FRUSTRADO A RAIZ DE DISPARO DE PROYECTIL LACRIMÓGENO POR FUNCIONARIO DE CARABINEROS

*David Bahamondes González*  
*Sede Regional O'Higgins*

## ABSTRACT/ RESUMEN

Se analiza la sentencia condenatoria del 3 de agosto de 2020 por homicidio frustrado dictada por el Juzgado de Garantía de Rancagua, en contra de una persona que tenía la calidad de sargento de carabineros al momento de perpetrar el delito. Los hechos ocurrieron la noche del 13 de diciembre de 2019 en el marco de las protestas ocurridas en la ciudad de Rancagua durante el “estallido social”.

El entonces funcionario policial, a 8 metros y medio de distancia de un joven que hasta hacía algunos instantes participaba pacíficamente en una manifestación que se desarrollaba en el centro de la ciudad, se agachó, apuntó y disparó su escopeta lanza gases directamente a la cabeza de la víctima, quien se alejaba del lugar caminando lentamente con sus brazos cruzados.

La violencia del impacto a tan corta distancia fue tal que la víctima resultó con fractura de cráneo, con hendidura y hematoma cerebral.

**Palabras claves:** homicidio frustrado, obligaciones y prohibiciones para funcionarios encargados de hacer cumplir la ley, derecho a la vida, derecho a la integridad personal.

## ANTECEDENTES RELEVANTES DEL CASO

Juzgado de Garantía de Rancagua, imputado Juan Gabriel Maulén Báez, por delito de homicidio frustrado previsto y sancionado en el artículo 391 N°2 del Código Penal, hechos ocurridos en la ciudad de Rancagua el 13 diciembre 2019, en perjuicio de la víctima y querellante don E. C., actuando además en la causa el INDH como querellante.

Dirigió la investigación el fiscal Nicolás Núñez, fiscal de alta complejidad de Rancagua<sup>1</sup>.

La Fiscalía sostuvo que el hecho correspondía a homicidio frustrado lo cual es coincidente con la tipificación formulada por el INDH al momento de presentar la correspondiente querrela.

## EXTRACTOS SENTENCIA

**Considerando Primero** [hechos acreditados]. “El día 13 de diciembre de 2019 a eso de las 22:50 horas aproximadamente en la ciudad de Rancagua personal de Carabineros correspondiente a diversas unidades policiales, entre ellas personal de fuerzas especiales de Cachapoal, se desplazaban por Avenida Libertador Bernardo O’Higgins hacia calle Almarza ya que había varias personas en el lugar con ocasión de las manifestaciones sociales. En ese contexto el sargento Juan Gabriel Maulén Báez de fuerzas especiales que se encontraba en labores de control de orden público junto al resto de la patrulla policial a su cargo, llegó hasta calle Almarza, lugar donde se encontraba un grupo de manifestantes que huía de la presencia de carabineros y a pesar de aquello, con pleno conocimiento del poder de fuego de la carabina que portaba e infringiendo la normativa de uso de este armamento, se arrodilló, apuntó y disparó con dicha carabina lanza gases, disparando directamente a la cabeza de E. C. A. quien se encontraba caminando de espaldas al acusado a 8.5 metros de distancia aproximadamente, quien recibió el impacto directamente en la parte posterior de su cabeza, siendo derribado por el golpe. Luego de realizada esta acción el imputado Maulén Báez no avisó a sus superiores de su accionar como tampoco se preocupó de trasladar a la víctima a un hospital. Como consecuencia de la acción del imputado Maulén Báez la víctima sufrió un traumatismo craneoencefálico con fractura, hundimiento temporal izquierdo de carácter grave, afectando una zona vital como es la cabeza de una persona”.

---

I. RIT 957-2020, RUC 2010004279-8

**Considerando décimo cuarto** [Empleo ilícito de proyectil lacrimógeno como proyectil de impacto]:

*“Es relevante que el disparo no fue realizado en parábola o de manera indirecta, sino que se dirigió precisamente en contra de la cabeza de una persona que se encontraba de espaldas al tirador, infringiendo las normas institucionales expresas y perentorias, así como las advertencias del fabricante, que prohíben el uso directo en contra del cuerpo de las personas”.*

[Dolo eventual:] *“Tanto la cercanía respecto de la víctima como la dirección del disparo, convierten la acción en un acto potencialmente letal, realizado por un profesional entrenado para el control del orden público, con preparación suficiente, razonable y objetiva determinar su acción en el contexto de desorden y violencia del momento, y por lo mismo, capaz de representarse el resultado dañoso como posible a partir de su propia acción, esencia del dolo eventual que los acusadores le atribuyen, que la defensa no controvierte y que se asienta en la convicción del tribunal”.*

**Considerando décimo sexto** [Parte resolutive]: *“Considerando el grado de desarrollo del hecho, participación del acusado y concurriendo a favor del acusado tres circunstancias atenuantes y ninguna agravante (...) Por estas consideraciones [visto lo dispuesto en las normas penales y procesales penales aplicables] se declara que: Se condena a Juan Gabriel Maulén Báez (...) ya individualizado en audiencia, a sufrir la pena de CINCO AÑOS (5) presidio menor en grado máximo, accesoria inhabilitación absoluta perpetua para derechos políticos e inhabilitación absoluta para cargos y oficios públicos durante la condena”.*

## COMENTARIO Y DOCTRINA DE DERECHOS HUMANOS

### I. Comentario general en relación con los hechos investigados, su tipificación y su sanción

La sentencia reviste gran importancia, porque se trata hasta el momento de la única sentencia condenatoria dictada en una causa de la llamada irrupción de la crisis social, con el INDH en el rol de querellante. Asimismo, se trataría de una de las primeras causas del INDH desde su creación en la que se da por acreditado un homicidio frustrado por el actuar policial, esto es existencia de dolo de matar (dolo eventual, en opinión del sentenciador) en el marco de

un delito frustrado, esto es, un hecho en el cual el autor desarrolla todos los actos aptos para que se produzca el resultado (en este caso, la muerte) pero dicho resultado no se realiza, por alguna circunstancia independiente de la voluntad del autor del delito.

La sentencia no abunda en estándares de derechos humanos, si bien resalta que en la comisión del hecho ha existido infracción por parte del funcionario en cuanto a los protocolos para el uso de arma de fuego, aspectos en los cuales existen estándares de derechos humanos con los cuales la misma es consistente. En particular, cabe mencionar los Principios Básicos sobre el Empleo de la Fuerza y de Armas de Fuego por los Funcionarios Encargados de Hacer Cumplir la Ley<sup>2</sup>. Al respecto, los Principios mencionados indican, como regla general, que:

*“4. Los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley, en el desempeño de sus funciones, utilizarán en la medida de lo posible medios no violentos antes de recurrir al empleo de la fuerza y de armas de fuego. Podrán utilizar la fuerza y armas de fuego solamente cuando otros medios resulten ineficaces o no garanticen de ninguna manera el logro del resultado previsto”.*

Desde luego, los referidos Principios plantean la situación de que, en efecto, sea necesario recurrir al uso de arma de fuego por parte del funcionario policial:

*“5. Cuando el empleo de las armas de fuego sea inevitable, los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley:*

- a) Ejercerán moderación y actuarán en proporción a la gravedad del delito y al objetivo legítimo que se persiga;*
- b) Reducirán al mínimo los daños y lesiones y respetarán y protegerán la vida humana;*
- c) Procederán de modo que se presten lo antes posible asistencia y servicios médicos a las personas heridas o afectadas;*
- d) Procurarán notificar lo sucedido, a la menor brevedad posible, a los parientes o amigos íntimos de las personas heridas o afectadas.*

*6. Cuando al emplear la fuerza o armas de fuego los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley ocasionen lesiones o muerte, comunicarán el hecho inmediatamente a sus superiores de conformidad con el principio 22”.*

---

2. Adoptados por el Octavo Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente, celebrado en La Habana (Cuba) del 27 de agosto al 7 de septiembre de 1990.

Como puede apreciarse, nada de lo anterior fue realizado por el funcionario condenado, el cual además de ejecutar el delito sin que existiese necesidad ni proporcionalidad, pues ni siquiera hubo alguna “provocación verbal o gestual”<sup>3</sup> por parte de la víctima, no auxilió a ésta, absteniéndose asimismo de informar a sus superiores.

En otro orden, los citados Principios Básicos sobre el Empleo de la Fuerza y de Armas de Fuego indican los procedimientos para hacer uso adecuado del arma, los cuales tampoco fueron observados por el funcionario al momento de perpetrar el delito:

*“9. Los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley no emplearán armas de fuego contra las personas salvo en defensa propia o de otras personas, en caso de peligro inminente de muerte o lesiones graves, o con el propósito de evitar la comisión de un delito particularmente grave que entrañe una seria amenaza para la vida, o con el objeto de detener a una persona que represente ese peligro y oponga resistencia a su autoridad, o para impedir su fuga, y sólo en caso de que resulten insuficientes medidas menos extremas para lograr dichos objetivos. En cualquier caso, sólo se podrá hacer uso intencional de armas letales cuando sea estrictamente inevitable para proteger una vida.*

*10. En las circunstancias previstas en el principio 9, los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley se identificarán como tales y darán una clara advertencia de su intención de emplear armas de fuego, con tiempo suficiente para que se tome en cuenta, salvo que al dar esa advertencia se pusiera indebidamente en peligro a los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley, se creara un riesgo de muerte o daños graves a otras personas, o resultara evidentemente inadecuada o inútil dadas las circunstancias del caso (...)*

*14. Al dispersar reuniones violentas, los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley podrán utilizar armas de fuego cuando no se puedan utilizar medios menos peligrosos y únicamente en la mínima medida necesaria. Los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley se abstendrán de emplear las armas de fuego en esos casos, salvo en las circunstancias previstas en el principio 9”.*

## **2. La tipificación de la conducta realizada como homicidio frustrado**

La conducta realizada por el funcionario policial es la de homicidio, realizado en grado de frustrado, puesto que, en este caso, el autor del delito desarrolla todos los actos apropiados para que se produzca el resultado típico del delito; en este caso, la muerte de una persona.

3. Como se señala en los Protocolos de Carabineros para el mantenimiento del orden público: “El personal de Carabineros no debe reaccionar ante provocaciones verbales o gestuales de algunas personas” (Orden General N°2635, de 1 de marzo de 2019, Protocolo I.I. Resguardo del derecho de reunión, Protección de manifestantes, Conceptos generales derecho de reunión o manifestación, punto 5).

Sin embargo, dicho resultado no llega a realizarse por alguna circunstancia independiente de la voluntad del autor del delito.

En ese sentido, el autor del delito ejecuta los actos aptos para provocar la muerte de la víctima, la cual caminaba alejándose del lugar: se hinca, apunta y percute su arma proyectando el proyectil directamente a la cabeza de la víctima, una zona vital como resalta la misma sentencia. El proyectil impacta con tal violencia que a aquélla se le provocó fractura de cráneo, con hendidura y hematoma cerebral.

Consistentemente con la conducta que acababa de desplegar, el funcionario de Carabineros, en lugar de requerir una ambulancia o proporcionar medidas para asegurar la vida de la víctima, la dejó en manos de personas que habían estado manifestándose en el sector, alejándose del lugar. De manera tal que fueron particulares quienes, ante la crítica situación del herido, se encargaron de trasladarlo en un vehículo particular al Hospital Regional de Rancagua, donde fue intervenido quirúrgicamente de urgencia por un neurocirujano. Es esta intervención posterior al hecho, la que es independiente de la voluntad del autor del delito, la que en definitiva permitió el resguardo de la vida e integridad del afectado por el disparo.

Al respecto, producto del impacto de la lacrimógena, la víctima fue diagnosticada en el centro asistencial donde fue atendida, de la siguiente forma: *“Fecha de ingreso: 13-12-2019. Fecha de egreso: 30-12-19. Diagnóstico de egreso: TEC complicado + fractura con hundimiento temporal izquierda + contusión de lóbulo temporal ipsilateral y HSA traumática. Es intervenido quirúrgicamente el 14-12-19 realizándose retiro de esquirlas óseas, vaciamiento de pequeño hematoma extradural. Buena evolución clínica y tomográfica”.*

### **3. La determinación del tipo subjetivo como dolo eventual**

La sentencia concluyó (considerando décimo cuarto) que el hecho había sido ejecutado con dolo eventual. La determinación del tipo subjetivo a nivel de dolo eventual, satisface la exigencia de que la conducta desplegada por el autor del delito es dolosa. No obstante, para el INDH existieron en esta causa suficientes indicios de que el obrar del entonces funcionario de Carabineros estuvo revestido de dolo directo, es decir de la intencionalidad de provocar el resultado muerte.

Entre esos indicios, está el comportamiento registrado mediante cámaras de video en el cual se aprecia cómo el funcionario directamente ejecuta con gran fluidez y precisión, una

serie de movimientos para apuntar directamente al cráneo de la víctima y percutar su arma, a una distancia tan corta que le permite acertar al cráneo de la víctima con el proyectil lacrimógeno percutado.

En el sentido anterior, para el INDH la posibilidad de ocasionar la muerte no sólo ha sido claramente representada por el autor -esto es, visualizada previamente por éste como una posibilidad cierta- sino que el autor del disparo, habiendo sido capacitado en el uso del arma y estando obligado a conocer los protocolos que regulan su uso, no ha podido menos que saber que su conducta voluntariamente desplegada es un medio claramente idóneo para ocasionar la muerte de la víctima<sup>4</sup>.

#### 4. Concurrencia entre delito frustrado y dolo eventual

Como es sabido, en la frustración el autor realiza una conducta que es apta para el resultado del delito. En el presente caso, el delito es homicidio y su resultado es la muerte de una persona; sin embargo, éste no llega a consumarse por causas independientes de la voluntad del autor.

Desde el primer momento en que presentó la querrela, el INDH sostuvo que la conducta descrita constituía un homicidio frustrado, y esta tesis fue la sustentada por la Fiscalía en la formalización y la acusación. Finalmente, como se ha señalado, la sentencia recoge dicha tesis, indicando además que la conducta se ha ejecutado con dolo eventual.

Es importante señalar que la compatibilidad entre dolo eventual y delito frustrado ha sido un tema no exento de discusión, existiendo incluso alguna jurisprudencia en sentido contrario. Esta posición ha sido analizada críticamente por la doctrina, entre ellos Mañalich, que concluye que no existe incompatibilidad entre ambas circunstancias<sup>5</sup>. Lo anterior resulta de toda lógica, por cuanto la voluntad de cometer el delito es un elemento subjetivo que el autor del ilícito mantiene durante su realización, mientras que el grado de ejecución del

---

4. "El arma utilizada, según la información técnica del fabricante, corresponde a una Carga Múltiple Lacrimógena GL-203/L, cuya operación óptima se produce al ser disparada en un ángulo de 45 grados desde el punto base; indicando además que no debe dispararse directamente en contra de personas porque el tiro puede ser letal, el material es de fácil combustión y puede provocar llamas". Considerando Sexto Número 19 relativo a los antecedentes de la investigación del Ministerio Público, los cuales no fueron controvertidos por la defensa.

5. Juan Pablo Mañalich R. Facultad de Derecho, Universidad De Chile. Mañalich, J. (2017). ¿Incompatibilidad entre frustración y dolo eventual? Comentario a la sentencia de la Corte Suprema en causa rol 19.008-17. *Revista de Estudios de la Justicia*, (27), pp. 171-182. doi:10.5354/0718-4735.2017.47965

mismo, es una consideración a la cual debe atenderse después de realizada la conducta y en la cual la voluntad del autor no interviene, atendida la definición de delito frustrado.

## **5. Quantum de la pena**

Como se ha señalado, la sentencia condena al autor del delito a sufrir la pena de cinco años de presidio menor en su grado máximo y accesoria de inhabilitación absoluta perpetua para derechos políticos e inhabilitación absoluta para cargos y oficios públicos durante la condena, por su responsabilidad como autor del delito de Homicidio, previsto y sancionado en el artículo 391 N°2 del Código Penal, en grado de frustrado, cometido en Rancagua el 13 septiembre 2019. Atendida su renuncia a juicio oral, no se lo condena en costas; disponiéndose el cumplimiento de la pena corporal mediante la pena sustitutiva de Libertad Vigilada Intensiva.

Debe mencionarse que el caso, habiendo tenido cierta notoriedad, generó en determinadas personas cierta crítica, en cuanto no se dispuso por medio de sentencia una privación efectiva de la libertad al autor del delito. Hay que decir al respecto que, atendida la prognosis del caso, la pena solicitada por la fiscalía es probablemente el máximo que podría haberse obtenido en una sentencia dictada tras juicio oral y público, evento en el cual existe siempre la posibilidad de que las expectativas de logro de una condena por parte del ente acusador se vean frustradas. Por lo que no cabe señalar que el autor haya recibido un trato particularmente privilegiado en el marco del término de la causa, cumpliéndose así con el estándar de investigar y sancionar adecuadamente este tipo de ilícitos.

# SENTENCIAS DEL TRIBUNAL ORAL EN LO PENAL DE ARICA Y CORTE SUPREMA POR TRÁFICO ILÍCITO DE MIGRANTES TRANSNACIONAL (“OPERACIÓN DESIERTO”)<sup>1</sup>.

*Consuelo Gil Bessolo*  
*Sede Regional Arica y Parinacota*

## RESUMEN/ABSTRACT

Este caso se inicia al detectarse, por parte del Ministerio Público, una organización delictiva que, desde el año 2011 al 2016, se dedicó al tráfico ilícito transnacional de migrantes a Chile, lo cual se juzga en nuestro país como un delito transnacional contemplado por la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada y el Protocolo contra el Tráfico Ilícito de Migrantes por Tierra, Mar y Aire, tipificado en la ley 20.507. La sentencia establece que, por la naturaleza del delito, que afecta gravemente la dignidad de las personas, se vulneran los derechos humanos de las personas traficadas y, de acuerdo al principio de universalidad, corresponde su conocimiento a la jurisdicción chilena conforme a lo dispuesto en el artículo 6 N° 8 del Código Orgánico de Tribunales, por tratarse de delitos comprendidos en un tratado internacional.

**Palabras claves:** tráfico ilícito de migrantes transnacional, principio de universalidad, Derecho afectado: vida, integridad personal, libertad personal, etc.

---

1. Sentencias TOP Arica RIT 291-2018 y RIT 333-2018, sentencia Corte Suprema rol N° 32695-2018.

## **ANTECEDENTES RELVANTES DEL CASO**

Desde el mes de Septiembre de 2011, Soledad Maquera Clabetia, Reyna Huaranga Maquera, Yemeyel Morales Álvarez, Juan Castillo Vilca, Kharlo Zarate Sunci3n, Kliver Zarate Sunci3n, Gabriel Ayca Lutino, Sulma Ayma de Ayca y Felipe Riascos Palomino conformaron una organizaci3n criminal que, de manera sistemática, se dedicaba al tráfico ilícito de migrantes, especialmente de nacionalidad dominicana, para lo cual les ofertaban traerlos e ingresarlos a Chile a cambio de sumas de dinero que iban desde los US \$ 300 a los US\$ 3.000. De esta forma, la organizaci3n, de manera concertada entre sus miembros y cumpliendo instrucciones de la jefa de la organizaci3n, Soledad Maquera Clabetía, y de su brazo operativo principal, Juan Castillo Vilca, promovía y facilitaba el ingreso a Chile de personas extranjeras, para lo cual disponía de medios logísticos en República Dominicana, Ecuador, Perú, Bolivia y Chile, a efectos de lograr el traslado, la estadía y el ocultamiento de estas personas hasta su ingreso a Chile y llegada a su destino final, el que, por regla general, correspondía a la ciudad de Santiago de Chile.

Para lograr el propósito criminal, la organizaci3n captaba a los extranjeros en su país de origen por medio de contactos telef3nicos, redes sociales o colaboradores, y una vez logrado ese objetivo, los miembros de la organizaci3n les daban a esos extranjeros instrucciones para llegar a Ecuador, donde eran recibidos por un integrante de la misma, quien les procuraba su ingreso a Perú por pasos no habilitados y movilizándose por tierra, ya sea en buses, vehículos o motos, e incluso a pie. En Perú los transportaban por vía terrestre, donde eran ocultados mientras la organizaci3n mantenía miembros encargados de la logística deteniéndose en diversas localidades, como Tumbes, Lima y Tacna. Una vez en Tacna, los extranjeros eran “reunidos o acopiados” en hoteles o casas -elegidos también por la organizaci3n-, en un departamento de Juan Castillo o en la casa de Soledad Maquera. Posteriormente, se definía, para efectos de asegurar su impunidad, una de las dos rutas geográficas que les permitían ingresar extranjeros a Chile:

Ruta Tacna-Bolivia: Ingresarlos a Chile desde Tacna, Perú, a través de Bolivia, trasladando a los migrantes al paso Desaguadero, ubicado en el límite entre Perú y Bolivia, país este último al cual los extranjeros eran ingresados ilegalmente y donde eran llevados a Pisiga, otro lugar de “acopio” de los extranjeros antes de ser ingresados a Chile por pasos no habilitados cercanos a la zona de Colchane. Esta ruta presentaba importantes dificultades a los migrantes y riesgo para su salud, debido a la altura, las condiciones agrestes del terreno y el clima extremo de la zona.

Ruta Tacna-Arica: Corresponde a la ruta más utilizada por la organización, en la que los extranjeros, luego de ser “acopiados” en Tacna, eran trasladados a la frontera con Chile, entre los hitos 1 y 14, ingresando a pie por pasos no habilitados, a veces por el sector costero o siguiendo la línea férrea a través de la Quebrada Escritos, en una zona extremadamente desértica en la que se encontraban enterradas minas antipersonales que podían causar la pérdida de un pie, una pierna o incluso de la vida, y donde se les daba instrucciones de seguir caminando mientras eran conducidos por un guía o “coyote”.

Así, a través de estas rutas, los miembros de la organización trasladaban a las personas migrantes con riesgo para su integridad física, su salud y su vida, en condiciones inhumanas, por lugares aislados y desérticos, privándolas de alimentación y abrigo adecuado. Además, en algunos casos, las víctimas fueron afectadas durante el trayecto por otros delitos, tales como delitos contra su propiedad, su indemnidad sexual y su integridad física. En el desarrollo de este negocio, cada imputado desempeñaba un rol específico, actividades todas que en su conjunto respondían al fin último de la organización criminal.

Las actividades, *modus operandi* y conformación de este grupo delictual organizado transnacional fueron establecidas gracias al testimonio de más de 200 víctimas que prestaron declaración ante el Ministerio Público.

Por ello, el 13 de octubre de 2016, la Fiscalía Regional de Arica y Parinacota formalizó, ante el Juzgado de Garantía de Arica, la investigación de los hechos, en ausencia de los imputados, por los delitos de tráfico ilícito de migrantes, contemplado en el artículo 411 bis, inciso 3º, y asociación ilícita para el tráfico de migrantes, del artículo 411 quinquies, ambos del Código Penal, solicitándose se elevaran los autos a la Corte de Apelaciones de Arica para que ésta se pronunciase respecto de la solicitud de extradición de los imputados desde Bolivia y Perú, la cual fue acogida por la Corte de Apelaciones de Arica el 7 de noviembre de 2016. Los imputados bolivianos no fueron detenidos en su país ni extraditados a Chile. Por otra parte, algunos de los imputados peruanos fueron detenidos ingresando regularmente a Chile, y los demás fueron detenidos en Perú y extraditados a Chile, pero en diferentes fechas, distantes en varios meses, lo que obligó finalmente a realizar dos juicios orales.

En los autos RIT 291-2018 del Tribunal Oral en lo Penal de Arica, se juzgó a los imputados que se mantuvieron antes a disposición de la justicia chilena: Reyna Huaranga Maquera, Yemeyel Morales Álvarez, Kharlo Zárate Sunción, Kliver Zárate Sunción y Felipe Riascos Palomino, por los delitos de asociación ilícita para el tráfico de migrantes y por tráfico ilícito de migrantes agravado de 58 personas extranjeras; por su parte, en los autos RIT 333-2018

del mismo tribunal, se juzgó, por los mismos hechos e ilícitos, a los dos imputados peruanos, líderes de la organización, que fueron extraditados desde Perú con posterioridad al traslado del primer grupo de imputados. En ambos juicios presentaron acusación particular la Intendencia Regional de Arica y Parinacota y el Servicio Jesuita al Migrante, actuando en conjunto con la Corporación Humanas, quienes, además, presentaron demanda civil a favor de 18 víctimas del ilícito. El INDH adhirió a la acusación fiscal en los dos juicios y la Defensoría Penal Pública asumió la defensa de los imputados desde su formalización en ausencia.

El 29 de noviembre de 2018, el Tribunal Oral en lo Penal de Arica dio a conocer la primera sentencia condenatoria respecto de cuatro de los acusados por asociación ilícita y tráfico ilícito de migrantes reiterado, contemplados en el art 411 quinquies y 411 bis, inciso tercero, del Código Penal, en la denominada Operación Desierto. La sentencia absolvió a uno de los acusados de nacionalidad colombiana.

La sentencia se pronuncia en relación con la competencia de los tribunales chilenos para conocer y fallar respecto de delitos de carácter transnacional, además de señalar que en virtud del principio de universalidad los tribunales chilenos tiene jurisdicción para conocer delitos “vinculados a violaciones más extremas y flagrantes de los derechos humanos, los que priman por sobre cualquier soberanía”.

## **EXTRACTOS DE LA SENTENCIA<sup>2</sup>**

### **Considerando Décimo Noveno**

*Al respecto, el Protocolo contra el Tráfico Ilícito de Migrantes por Tierra, Mar y Aire, que complementa la Convención de las Naciones Unidas Contra la Delincuencia Organizada Transnacional, dispone en su artículo 4, que “a menos que contenga una disposición en contrario, el presente Protocolo se aplicará a la prevención, investigación y penalización de los delitos tipificados con arreglo al artículo 6 del presente Protocolo, cuando esos delitos sean de carácter transnacional y entrañen la participación de un grupo delictivo organizado, así como a la protección de los derechos de las personas que hayan sido objeto de tales delitos”. Por su parte, el artículo 6.1.a), del mismo Protocolo, viene a enumerar, entre estos delitos transnacionales, al tráfico ilícito de migrantes.*

---

2. Tribunal Oral en lo Penal de Arica, RIT 291-2018.

*Como queda claro, se trata de una actividad de carácter transnacional, cuyo reprochable se ha transformado en una problemática de preocupación internacional, por lo mismo se hace relevante entender que para combatir eficazmente estos ilícitos, es esencial que los Estados sometan a su jurisdicción conductas que posiblemente hayan tenido lugar más allá de sus fronteras nacionales, a fin de posibilitar, por ejemplo, el enjuiciamiento de personas que intenten sin éxito introducir a otras personas en su territorio desde otro Estado o que organicen y dirijan el tráfico clandestino de migrantes desde un lugar seguro en un tercer país distinto. Por ello, es importante establecer una jurisdicción más allá de los territorios nacionales, que además tenga repercusiones en la extradición y la asistencia judicial recíproca.*

*Chile ha realizado esfuerzos significativos para adecuar su legislación a los estándares internacionales del Protocolo de Palermo, ratificado el 29 de noviembre del 2004. Como ya se apuntó más arriba, la aprobación de la Ley N°20.507, promulgada el 1 de abril del 2011, que entró en vigor 7 días después, donde se tipifican los delitos de tráfico ilícito de migrantes y trata de personas, modificando el Código Penal, muestra palpablemente el cambio legislativo y de rol que el Estado chileno pretende adoptar respecto al tema. Sin perjuicio de lo anterior, en algo que se debe conceder al punto planteado por las Defensas, efectivamente la modificación introducida por la Ley N°20.507 no se refirió en ningún momento a materias relacionadas con la jurisdicción de los tribunales nacionales, pues, como es sabido, en materia penal rige el principio de la territorialidad de la ley chilena, lo que implica que ésta sólo se aplicará dentro de los límites del territorio chileno; entonces, qué pasa con estos hechos ocurridos fuera de Chile, serán competentes los tribunales chilenos para resolver estos casos según las leyes de la República de Chile.*

*Al explorar la respuesta a esta interrogante, necesariamente debe indicarse que este principio no es absoluto, pues nuestra legislación admite excepciones que se refieren precisamente a casos en que la ley chilena tiene aplicación extraterritorial. Estas excepciones al principio de territorialidad de la ley chilena están asociadas a ciertos principios que las hacen plausibles, como el Principio de personalidad, que se sustenta en la nacionalidad del sujeto imputado; el Principio real o de defensa, que atiende a que con un delito se pongan en compromiso los intereses de la nación; y el Principio de universalidad, en virtud del cual ciertos delitos comprometen los intereses de la comunidad universal en su integridad, usualmente vinculados a violaciones más extremas y flagrantes de los derechos humanos, los que priman por sobre cualquier soberanía.*

*En el escenario de la comisión de delitos como la asociación ilícita para cometer tráfico de migrantes y el tráfico de migrantes -como los que se están juzgado en este juicio-, aspectos como el lugar de comisión y la nacionalidad del autor del ilícito dejan de ser*

*esenciales, ya que por su carácter de delitos transnacionales, detenerse en dichos aspectos para determinar la facultad o poder que un Estado detenta para juzgar estos hechos, podría llevar al tremendo injusto de dejarlos sin sanción. Conforme al Principio de universalidad, la ley chilena es aplicable para juzgar hechos que afecten ciertos bienes jurídicos considerados de máxima relevancia, internacionalmente protegidos y que son patrimonio de todos los Estados, y eso es precisamente lo que ocurre en el caso de los delitos incluidos en los tratados internacionales firmados por Chile, según el N°8 del artículo 6 del Código Orgánico de Tribunales, pues lo que se busca es que estos delitos, cuya dañosidad es aceptada a nivel universal por prácticamente todos los Estados de la comunidad mundial, dado que se trata de ilícitos que atentan contra bienes jurídicos de una manera brutal o derechamente afectan los derechos humanos más fundamentales, sus autores no encuentre lugar donde puedan evadir la persecución penal y el juzgamiento de los mismos.*

*Tanto el delito de asociación ilícita para cometer tráfico de migrantes como el tráfico de migrantes son conductas proscritas por el "Protocolo para prevenir, reprimir y sancionar la trata de personas, especialmente mujeres y niños" y el "Protocolo contra el tráfico ilícito de migrantes por tierra, mar y aire", que a su vez devienen de la "Convención contra la Delincuencia Organizada Transnacional" o "Convención de Palermo" del año 2000, por tanto el Estado de Chile se encuentra obligado, como estado parte de estos instrumentos internacionales, a investigar y perseguir estas conductas como delitos, por su carácter transnacional, dando aplicación a lo dispuesto en el artículo 6 N°8 del Código Orgánico de Tribunales, en relación con el artículo 15 de la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional, que dispone, en lo pertinente, que "Con sujeción a lo dispuesto en el artículo 4 de la presente Convención, un Estado Parte también podrá establecer su jurisdicción para conocer de tales delitos cuando: i) Sea uno de los delitos tipificados con arreglo al párrafo 1 del artículo 5 de la presente Convención y se cometa fuera de su territorio con miras a la comisión de un delito grave dentro de su territorio. En tanto que el artículo 5 del citado cuerpo legal dispone que "Cada Estado Parte adoptará las medidas legislativas y de otra índole que sean necesarias para tipificar como delito, cuando se cometan intencionalmente: a) Una de las conductas siguientes, o ambas, como delitos distintos de los que entrañen el intento o la consumación de la actividad delictiva: i) El acuerdo con una o más personas de cometer un delito grave con un propósito que guarde relación directa o indirecta con la obtención de un beneficio económico u otro beneficio de orden material y, cuando así lo prescriba el derecho interno, que entrañe un acto perpetrado por uno de los participantes para llevar adelante ese acuerdo o que entrañe la participación de un grupo delictivo organizado; ii) La conducta de toda persona que, a sabiendas de la finalidad y actividad delictiva general de un grupo delictivo organizado o de su intención de cometer los delitos en cuestión, participe activamente en: a. Actividades ilícitas del grupo delictivo organizado; b. Otras actividades del grupo delictivo organizado, a sabiendas de que*

su participación contribuirá al logro de la finalidad delictiva antes descrita; b) La organización, dirección, ayuda, incitación, facilitación o asesoramiento en aras de la comisión de un delito grave que entrañe la participación de un grupo delictivo organizado.

Por ende, conforme al artículo 15, en relación el artículo 5, de la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional, el Estado de Chile se encuentra obligado a perseguir y castigar la comisión tanto del delito de asociación ilícita para cometer tráfico de migrantes como del delito tráfico de migrantes, quedando sometidos a la jurisdicción chilena de conformidad a lo dispuesto en el artículo 6 N°8 del Código Orgánico de Tribunales, lo que llega a desestimar la tesis de las Defensas en cuanto a la falta de jurisdicción de los tribunales chilenos para conocer de este asunto.

Con respecto a la absolución de uno de los imputados<sup>3</sup>, se señala:

Ahora bien, al examinar la conducta típica que se castiga, tratándose del delito de tráfico de migrantes, repitiendo el ejercicio que ya se realizó en el considerando precedente, sólo queda por concluir que, pese a la amplitud de los términos empleados por la ley, la promoción o facilitación que describe la conducta típica deben tener la suficiente entidad como para vincularse causalmente con la entrada ilegal al país de un extranjero, por lo que no pueden considerarse actos de facilitación aquellos que se imputan al acusado, que consisten en la colaboración y ayuda a migrantes ilegales ejecutados con posterioridad a su ingreso al país, pues en tal caso el peligro que se pretende evitar ya se ha realizado y la conducta del acusado sólo podría verse como un acto de encubrimiento de los eventuales delitos de ingreso clandestino o fraudulento de los artículos 68 y 69 del D.L. N°1.094 de 1975. Sin embargo, como ya se concluyó al examinar las consecuencias del obrar de este encartado con relación al Hecho N°1 de la acusación, tales infracciones no debieran aplicarse al migrante que es víctima del delito de tráfico de migrantes, según dispone el artículo 5 del Protocolo Contra el Tráfico Ilícito de Migrantes, como ocurre en el caso de marras; por lo que sólo cabe la absolución del acusado Riascos Palomino respecto de este delito.

---

3. Tribunal Oral en lo Penal de Arica, sentencia definitiva RIT 291-2018, considerando Décimo Octavo, inciso final.

## Parte resolutive

La sentencia, en su parte resolutive, establece:

a) En cuanto al delito de Asociación Ilícita para cometer el delito de tráfico ilegal de migrantes: Se condena a Reyna Isamar Huaranga Maquera y Kliver Zarate Sunción, a sufrir, cada uno de ellos, la pena de cinco (5) años y un (1) día de presidio mayor en su grado mínimo, a Kharlo Zarate Sunción a sufrir la pena de seis (6) años de presidio mayor en su grado mínimo, a Yemeyel Morales Álvarez, a sufrir la pena de diez (10) años y un (1) día de presidio mayor en su grado medio, a las accesorias de inhabilitación absoluta perpetua para cargos y oficios públicos y derechos políticos y de inhabilitación absoluta para profesiones titulares mientras dure la condena, por su participación en calidad de autores del delito consumado de asociación ilícita para el tráfico de migrantes, previsto en el artículo 411 quinquies y sancionado en el artículo 293, ambos del Código Penal, perpetrado a través de pasos fronterizos no habilitados cercanos a la zona de Colchane, en la Frontera con Bolivia; y entre los hitos 1 al 14, que delimitan la línea fronteriza con Perú; y por el Complejo Fronterizo Chacalluta, en un período que se prolonga desde a lo menos junio de 2013 a mayo de 2016, éste último inclusive. b) En cuanto al delito de tráfico ilegal de migrantes: Se condena a Reyna Isamar Huaranga Maquera y Kliver Zarate Sunción, a sufrir, cada uno de ellos, la pena de diez (10) años y un (1) día de reclusión mayor en su grado medio, a Kharlo Zarate Sunción a sufrir la pena de once (11) años de reclusión mayor en su grado medio, a Yemeyel Morales Álvarez, a sufrir la pena de doce (12) años y seis (6) meses de reclusión mayor en su grado medio, al pago de una multa de cincuenta (50) unidades tributarias mensuales, a las accesorias de inhabilitación absoluta perpetua para cargos y oficios públicos y derechos políticos y de inhabilitación absoluta para profesiones titulares mientras dure la condena, por su participación en calidad de autores del delito consumado de tráfico de migrantes, en calidad de reiterado, previsto y sancionado en el artículo 411 bis, inciso tercero, del Código Penal, perpetrado a través de pasos fronterizos no habilitados cercanos a la zona de Colchane, en la Frontera con Bolivia; y entre los hitos 1 al 14, que delimitan la línea fronteriza con Perú; y por el Complejo Fronterizo Chacalluta, en un período que se prolonga desde a lo menos junio de 2013 a mayo de 2016, éste último inclusive. No se aplica pena sustitutiva alguna de la Ley N°18.216, por resultar improcedente, por lo que los sentenciados deberán cumplir en forma efectiva las penas impuestas, principiando por la más grave, pero sirviéndoles de abono el tiempo que estuvieron privados de libertad.

Se absuelve a Felipe Riascos Palomino, ya individualizado, de las imputaciones formuladas en su contra, que le suponía autor del delito consumado asociación ilícita para cometer el delito de tráfico ilegal de migrantes, previsto en el artículo 411 quinquies del Código Penal, y del delito consumado de tráfico de migrantes, en calidad de reiterado, previsto y sancionado en el artículo 411 bis, inciso tercero, del mismo cuerpo legal.

*c) En cuanto a la demanda civil interpuesta por el Servicio Jesuita al Migrante y Corporación Humanas en representación de algunas de las víctimas, esta fue acogida, señalando el tribunal que en cuanto al daño moral que se produjo, el que se encuentra representado por el sufrimiento de los demandantes civiles, el que no solo se traduce en su padecimiento físico sino también en la afectación de su futuro en lo que dice relación con su desenvolvimiento personal y laboral, existiendo un nexo causal entre el daño y la acción desplegada por los agentes, de tal forma que los demandados deben responder por las consecuencias de sus actos, por cuanto participaron como autores en los hechos delictuales que dieron origen al daño, de una manera inmediata y directa. El daño moral provocado no exige mayor prueba que las propias lesiones sufridas por las víctimas, como ya se ha dicho, lo que debió causar un gran sufrimiento y angustia en sus personas, circunstancia que pudieron constatar estos sentenciadores al ver la angustia, pena y dolor en las palabras de las víctima que concurrieron a declarar a estrado, así como también se pudo apreciar las condiciones psíquicas en que han quedado a consecuencia del hecho por las apreciaciones profesionales de quienes explicaron las condiciones en que quedaron estas víctimas luego de haber sido “colocadas” en nuestro país en forma clandestina, sin cumplirse las expectativas de trabajo ni de vida que ellos proyectaban al monto de salir de su país de origen.*

*Ahora bien, la determinación de la cuantía de este daño moral se aprecia en forma prudencial, tomando en consideración la extensión del dolor causado y en una suma de dinero que no resulte desproporcionada al patrimonio e ingresos que pudieren tener los demandados, en atención a lo cual este Tribunal lo fijará en la suma de cuatro millones de pesos (\$4.000.000.-) por este concepto, para cada uno de los actores.*

## RECURSO DE NULIDAD

La Defensoría Penal Pública, en representación de los condenados KHARLO ZÁRATE SUNCIÓN, KLIVER ZÁRATE SUNCIÓN, REYNA ISAMAR HUARINGA MAQUERA Y YEMEYEL MORALES ÁLVAREZ, presentó ante la Excelentísima Corte Suprema recurso de nulidad alegando como causal principal de tal nulidad la contemplada en el artículo 373 a) del Código Procesal Penal, fundando tal indicación en una presunta infracción a la garantía de un juez natural, la que ocurriría dado que, a su juicio, los hechos imputados habrían ocurrido en otro país y por ello los tribunales chilenos no tendrían jurisdicción para conocerlos. Y si se estimare que los tribunales chilenos sí tienen jurisdicción al respecto, conforme a lo dispuesto en el artículo 167 del CPP, la competencia queda inmediatamente radicada en los Tribunales de la jurisdicción de la Corte de Apelaciones de Santiago, siendo esos tribunales los únicos habilitados para conocer de ello<sup>4</sup>.

4. Rol No 32.695-2018, Corte Suprema

La Excelentísima Corte Suprema desestimó el recurso de nulidad en su totalidad. La sentencia, en su considerando Undécimo, señala:

(...) Sin embargo, no se debe perder de vista que instrumentos como la Convención de Palermo y sus Protocolos, persiguen la protección de la persona ante violaciones de sus derechos humanos y no de las políticas migratorias de los estados parte. Al respecto, el Tribunal Supremo Español, ha fijado el criterio que el bien jurídico protegido en estas hipótesis típicas, necesariamente deberá ser la dignidad de la persona, constituyendo el tráfico ilegal de migrantes "un verdadero delito de riesgo abstracto, para proteger a todos los (...) extranjeros frente a una nueva forma de explotación (...) en la que) se les seduce, abusando de su situación de necesidad y exigiéndoles a cambio de una cantidad de dinero para ellos desorbitada, (que) abandonen su país y vayan a otro que ofrece, en principio, mayores posibilidades de bienestar, pero que en la condición de inmigrantes ilegales les expone con bastante probabilidad a la marginación" (STS (S.2da) de 5 de febrero de 1998).

## **SEGUNDO JUICIO**

Ante el Tribunal Oral en lo Penal de Arica, en un segundo juicio se juzgó, por los mismos hechos y por los mismos ilícitos, a los imputados líderes de la organización, Soledad Martha Maquera Clabetia y Juan Richard Castillo Vilca.<sup>5</sup> La defensa sostuvo nuevamente que estos hechos se cometieron fuera del territorio nacional y que no existe competencia para juzgar delitos cometidos en el extranjero. Que la convención de Palermo no autoriza a juzgar delitos cometidos en el extranjero, que su objetivo es promover el combate de organizaciones criminales internacionales, y que su artículo 4 establece que se debe respetar la igualdad soberana de los Estados partes y, además, que no se faculta a un Estado parte para ejercer jurisdicción en el territorio de otro Estado. Ni la Convención ni el artículo 411 bis del Código Penal plantean el caso de los delitos cometidos en el extranjero. Además, agrega que las normas que regulan la jurisdicción y competencia, esto es, el artículo 157 del Código Orgánico de Tribunales, se establece que es competente el tribunal donde se dé el principio de ejecución, y la excepciones están contenidas en el artículo 6, en las que se señala cuando quedan sometidos a la jurisdicción de los tribunales chilenos hechos ocurridos en el extranjero, artículo que entrega una nómina de delitos que son de jurisdicción de los tribunales chilenos y en la que no están los delitos cometidos en el extranjero. Toda la prueba que se rendirá en el juicio y todos los elementos del tipo ocurrieron en Perú, Ecuador y en República Dominicana, y sus representados nunca entraron a Chile.

---

5. Tribunal Oral en lo Penal, sentencia definitiva, RIT 333-2018

## EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

El Tribunal Oral en lo Penal de Arica señala que el principio de ejecución de estos ilícitos tiene lugar en el extranjero:

*Así, la defensa tiene razón al sostener que el principio de ejecución de todos los delitos por los que se acusó en este juicio se dio en el extranjero, cosa que quedó demostrada con toda la prueba rendida en el juicio (las declaraciones de todas las víctimas, así como con las declaraciones de los funcionarios de la PDI que señalaron que los acusados no tuvieron ingresos a Chile desde al menos el año 2011), estableciéndose que los acusados no desplegaron acción alguna dentro de Chile que permita probar que el principio de ejecución del delito se radicó en nuestro país, ya que por el contrario, se probó que el delito se iniciaba con la promoción y captación de los migrantes en su país de origen, para luego iniciar el viaje, desde Rep. Dominicana a Ecuador, y de ahí los acusados, como la organización de la que participaban, comenzaba a dar instrucciones a los migrantes con el propósito final de ingresarlos ilegalmente a Chile. De este modo el principio de ejecución de los delitos por los que se acusó era en Rep. Dominicana o bien en Perú desde donde se hacía la llamada o mandaba el mensaje a los extranjeros para promover la entrada de ellos a Chile<sup>6</sup>.*

Y a continuación, los sentenciadores agregan:

*Despejado lo anterior, estos sentenciadores desestimaron la alegación de falta de jurisdicción de la defensa, por estimar aplicable el N° 8 del artículo 6 del Código Orgánico de Tribunales, entendiendo que el Protocolo para Prevenir, Reprimir y Sancionar la Trata de Personas, Especialmente de Mujeres y Niños (firmado y ratificado por Chile el año 2004), que complementa la Convención de Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional, aplicando criterios, principios y directrices recomendados sobre los Derechos Humanos y la Trata de Personas, cumple con los requisitos legales y constitucionales para estimar que contiene los delitos de tráfico de migrantes, así como asociación ilícita para tráfico de migrantes, quedando entonces comprendido el juzgamiento de estos delitos, aun cuando se hayan cometido en el extranjero, por considerarse delitos comprendido en tratados internacionales celebrados por Chile.*

*Por otra parte, el artículo 15 de la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional, dispone, en lo pertinente, que "Con sujeción a lo dispuesto en el artículo 4 de la presente Convención, un Estado Parte también podrá establecer su*

---

6. Sentencia Tribunal Oral en lo Penal de Arica, Rit 333-2018, Considerando 123.

*jurisdicción para conocer de tales delitos cuando: i) Sea uno de los delitos tipificados con arreglo al párrafo 1 del artículo 5 de la presente Convención y se cometa fuera de su territorio con miras a la comisión de un delito grave dentro de su territorio.*<sup>7</sup>

*Que, además, si bien es cierto que el artículo 4 de la Convención establece el principio de respeto a la soberanía nacional de los estados contratantes, no lo es menos que quedó asentado en el presente juicio que los acusados fueron extraditados desde Perú, país con quien eventualmente se produciría la contienda de jurisdicción para conocer del presente juicio. Sin embargo lo anterior, se dictó sentencia de extradición en contra de ambos acusados, la que se incorporó como documento en este juicio, por lo que en el evento que existiera la colisión alegada por la defensa, la misma carece de relevancia toda vez que, por sentencia ejecutoriada de extradición, Perú ha cedido su jurisdicción a los tribunales chilenos para conocer de los hechos cuyo principio de ejecución se verificó en Perú. De este modo cae el fundamento de la defensa en cuanto interpretar de modo restrictivo el artículo 6 numeral 8° del Código Orgánico de Tribunales en relación con el artículo 4° de la Convención, máxime si en los hechos, con el juicio de extradición, justamente se respetó la soberanía del vecino país.*<sup>8</sup>

*Que, en todo caso, si todo lo anterior no fuera suficiente, igualmente estos sentenciadores estimamos tener jurisdicción para conocer de los hechos por los que se acusó a CASTILLO VILCA y MAQUERA CLABETÍA, ello por aplicación del Principio de Universalidad de la jurisdicción para conocer de los delitos cometidos en el extranjero. Ello porque se estima que los delitos de tráfico de migrantes y asociación ilícita para el tráfico de migrantes, son delitos que la propia Convención y el Protocolo consideran de comisión transnacional, y cuya proscripción tiene como causa el interés público internacional, considerado como universal, toda vez que, por la naturaleza de ellos, son delitos que atentan de modo grave los derechos humanos, específicamente la dignidad de la persona humana al hacerla objeto de comercio y lucrar con ella, debido a su estado de necesidad y legítima expectativa de progreso y bienestar material.*

*El principio de universalidad es reconocido en el N°8 del artículo 6 del Código Orgánico de Tribunales, al extender la jurisdicción de los tribunales chilenos a delitos cometidos en el extranjero pero que se encuentren contenidos en tratados internacionales, lo que en la especie se da en el presente caso, tal y como ya se señaló en el considerando 122°.*

---

7. Sentencia Tribunal Oral en lo Penal de Arica, Rit 333-2018, Considerando 124.

8. Sentencia Tribunal Oral en lo Penal de Arica, Rit 333-2018, Considerando 125

9. Sentencia Tribunal Oral en lo Penal de Arica, Rit 333-2018, Considerando 126.

El Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Arica, por sentencia de veintidós de diciembre de dos mil dieciocho, acoge la acción civil de responsabilidad extracontractual intentada por los demandantes, el daño moral demandado se cuantifica prudencialmente, tomando en consideración la extensión del dolor causado a los demandantes en la suma de cuatro millones de pesos (\$4.000.000.-) por este concepto, para cada uno de los actores, a las que estarán obligados los demandados de modo solidario de acuerdo a lo dispone el artículo 2317 del Código Civil. Condena a ambos imputados por los delitos de tráfico ilícito de migrantes reiterados y asociación ilícita para el tráfico de migrantes. Por el delito de Asociación Ilícita para cometer el delito de tráfico ilegal de migrantes se condenó a SOLEDAD MARTHA MAQUERA CLABETÍA a sufrir, la pena de cinco (5) años de presidio menor en su grado máximo, y a JUAN RICHARD CASTILLO VILCA, se le condenó a la pena de tres (3) años de presidio menor en su grado medio. Por el delito de tráfico ilegal de migrantes se condenó a SOLEDAD MARTHA MAQUERA CLABETÍA a la pena de doce (12) años de reclusión mayor en su grado medio y a JUAN RICHARD CASTILLO VILCA a la pena de diez años (10) y un (1) día de reclusión mayor en su grado medio.

## RECURSO DE NULIDAD

La defensa de ambos imputados dedujo recurso de nulidad ante la Excelentísima Corte Suprema aduciendo como causal principal de nulidad aquella contemplada en el Artículo 373 letra a) del Código Procesal Penal, esto es, *“cuando, en cualquier etapa del procedimiento o en el pronunciamiento de la sentencia, se hubieren infringido sustancialmente derechos o garantías asegurados por la Constitución o por los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes”*. Se invoca esta causal en atención a que, en el pronunciamiento de la sentencia, se habría infringido el derecho al “juez natural”, por la inexistencia de mandato del cual pueda extraerse la jurisdicción del tribunal para conocer y juzgar los asuntos que en este juicio fueron sometidos a su decisión. Argumenta la defensa recurrente que el hecho de que sea el tribunal establecido por la ley con anterioridad a la perpetración del hecho es precisamente lo que en doctrina se ha entendido como el derecho a un juez natural, aspecto que forma parte del debido proceso, siendo consustancial a aquel juzgador el tener jurisdicción, la que deberá ejercer en la forma prevista por la ley, previa investidura regular y dentro del ámbito de su competencia. Entiende el recurrente que, en este caso, el tribunal que dictó la sentencia carece de la antedicha potestad, pues no hay norma legal, constitucional o internacional que se la otorgue, y así las cosas, no existiendo jurisdicción no existe un tribunal establecido con anterioridad a la perpetración del hecho señalado por la ley; por tanto, no existe un juez natural y con ello se vulnera el debido proceso, garantía

fundamental resguardada tanto por la Constitución como por los tratados internacionales ratificados y vigentes en Chile.

La Corte Suprema rechaza el recurso de nulidad<sup>10</sup> señalando lo siguiente:

*(...) a aparente falta de jurisdicción alegada por la defensa, no es tal, puesto que es la propia Convención de Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional, ratificada por Chile junto a sus dos Protocolos adicionales, con fecha 29 de noviembre de 2004, la que consagra la norma de conocimiento, misma que es adecuadamente incorporada al ordenamiento jurídico nacional, por no ser autoejecutable, a través del numeral 8 del artículo 6° del Código Orgánico de Tribunales, cuando refiere que quedan sometidos a la jurisdicción chilena los crímenes y simples delitos perpetrados fuera del territorio de la República, comprendidos en los tratados celebrados con otras potencias. Lo anterior entonces implica por un lado, que mientras la labor de recepción de los tipos penales, realizada a través de la dictación de la Ley 20.507, permitió incorporar a nuestro catálogo de delitos, con una fecha cierta, las conductas comprendidas en un tratado ratificado por Chile, cumpliendo así el Estado con su obligación internacional de dar cumplimiento a aquello a lo cual se obligó, no fue necesario realizar el mismo ejercicio, en aquella parte referida a la atribución de jurisdicción a nuestros Tribunales de Justicia, para conocer de aquellos delitos, puesto que la norma habilitante, preexistía en nuestro ordenamiento jurídico, en el Código Orgánico de Tribunales.*

## COMENTARIO Y DOCTRINA DE DERECHOS HUMANOS

En este caso, en las sentencias del Tribunal Oral en lo Penal de Arica y de la Excelentísima Corte Suprema se reconoce la jurisdicción de los tribunales chilenos para conocer los delitos de tráfico ilícito de migrantes transnacional, cometidos por un grupo delictivo organizado trasnacional. Se fundamenta la decisión en que nuestra legislación admite excepciones que se refieren precisamente a casos en que la ley chilena tiene aplicación extraterritorial, y uno de estos se basa en el Principio de Universalidad, en virtud del cual ciertos delitos comprometen los intereses de la comunidad universal en su integridad, interesada en la protección de los derechos humanos, los que son universales y priman por sobre cualquier soberanía. Conforme al Principio de Universalidad, la ley chilena es aplicable para juzgar hechos que afecten ciertos bienes jurídicos considerados de máxima relevancia, como los derechos humanos, internacionalmente protegidos, que son patrimonio de todos los Estados y respecto de los cuales quienes los vulneren no encuentren lugar donde puedan evadir la persecución penal y el juzgamiento de los mismos.

---

10. Rol 331-219, Excelentísima Corte Suprema

Eso es, precisamente, lo que ocurre en el caso de los delitos de tráfico de migrantes transnacional cometidos por un grupo organizado, contemplados en tratados internacionales firmados por Chile, como la Convención contra la Delincuencia Organizada y sus Protocolos Adicionales, los cuales, conforme a lo dispuesto en el N° 8 del artículo 6 del Código Orgánico de Tribunales, son de competencia de los tribunales chilenos.

Los tribunales chilenos, en las sentencias analizadas sobre este caso, afirman que instrumentos como la Convención de Palermo y sus Protocolos persiguen la protección de la persona ante violaciones de sus derechos humanos y no de las políticas migratorias de los Estados partes.

Es la propia Convención de Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional, junto a sus dos Protocolos adicionales, ratificados por Chile, la que consagra la norma de conocimiento que le da jurisdicción a los tribunales chilenos para conocer un delito que se desarrolla a través de varios países; norma que es adecuadamente incorporada al ordenamiento jurídico nacional, por no ser autoejecutable, a través del numeral 8 del artículo 6° del Código Orgánico de Tribunales, cuando refiere que quedan sometidos a la jurisdicción chilena los crímenes y simples delitos perpetrados fuera del territorio de la República, comprendidos en los tratados celebrados con otras potencias. Lo anterior, entonces, implica, por un lado, que mientras la labor de recepción de los tipos penales, realizada a través de la dictación de la Ley 20.507, permitió incorporar a nuestro catálogo de delitos -con una fecha cierta- las conductas comprendidas en un tratado ratificado por Chile, cumpliendo así el Estado con su obligación internacional, no fue necesario realizar el mismo ejercicio en aquella parte referida a la atribución de jurisdicción a nuestros Tribunales de Justicia para conocer de aquellos delitos, puesto que la norma habilitante preexistía en nuestro ordenamiento jurídico, en el Código Orgánico de Tribunales.

Esta interpretación contribuye a que el tráfico ilícito de migrantes transnacional, que se desarrolla a través de varios países, por su naturaleza vulneradora de los derechos humanos y en virtud del Principio de Universalidad, pueda ser juzgado en Chile.

## SENTENCIA DE LA CORTE DE APELACIONES DE VALDIVIA RELATIVA A TRATOS DEGRADANTES A NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES EN ESTABLECIMIENTO EDUCACIONAL<sup>1</sup>

Sebastián Smart Larráin  
Sede Regional Los Ríos

### ABSTRACT/ RESUMEN

Durante el año 2018, el niño V.A.C, de cinco años de edad, sufrió tratos degradantes en los que se incluyen tratos denigratorios verbales y uso de cinta adhesiva en su boca, todo ello mientras cursaba pre kínder en la Escuela España, dependiente de la I. Municipalidad de Valdivia. El curador *ad litem* decidió imponer querrela contra la educadora de párvulo en su calidad de autora del delito de trato degradante a persona vulnerable, descrito y sancionado en el artículo 403 ter del Código Penal. Por su parte el INDH consideró que los hechos eran constitutivos de tratos degradantes establecidos en el artículo 150 D del Código Penal. En procedimiento abreviado el Juzgado de Garantía de Valdivia condena a la educadora de párvulo en calidad de autora del delito de trato degradante a menor de edad, previsto y sancionado en el artículo 403 ter del Código Penal.

La apelación presentada por el INDH señala en lo fundamental que hay un aparente concurso de normas entre el artículo 403 ter y el 150D, donde se debe decidir por la especialidad del artículo 150 D, particularmente en lo que refiere al sujeto activo (funcionario público). Dicha interpretación, debiese hacerse además considerando el control de convencionalidad y la aparente falta de distinción clara en la normativa interna como internacional para distinguir entre actos que constituyen tortura y aquellos que constituyen tratos crueles, inhumanos o degradantes.

La Corte de Apelaciones de Valdivia decide revocar la sentencia apelada y condena a la educadora de párvulos, en calidad de autora del delito previsto y sancionado en el artículo 150 D del Código Penal, en grado consumado, esgrimiendo principalmente el argumento de la especialidad del artículo 150 D del Código Penal, pero sin considerar la diferencia

1. Corte de Apelaciones de Valdivia, Rol N° 78-2020.

entre torturas y tratos crueles inhumanos y degradantes y sin detenerse en la necesidad de aplicación del control de convencionalidad.

**Palabras claves:** Tortura, tratos degradantes, abusos, niños, niñas y adolescentes, integridad psíquica.

## ANTECEDENTES RELEVANTES DEL CASO<sup>2</sup>

### HECHOS:

Durante el año 2018, el niño V.A.C, de cinco años de edad, cursaba pre kínder en la Escuela España, dependiente de la I. Municipalidad de Valdivia. Según lo señalado por los padres, durante el primer semestre del año 2018, la educadora de párvulo señora María Eugenia Arriagada se quejó de su hijo, indicando que era un niño inmaduro, que solo quería jugar, que no hacía tareas. Cada vez que el niño V.A.C. era retirado por su madre del establecimiento escolar, la educadora insistentemente se quejaba del niño indicando, delante del menor y de cualquiera que estuviera en el lugar, que V.A.C “se porta mal”, “es muy conversador”, “no hace tareas”.

La informalidad de los reclamos de la profesora cambió en el mes de mayo de 2018, cuando la madre recibe una nota en la libreta de comunicaciones, indicándole que V.A.C molestaba a una compañera de clases y la hacía llorar, sin dar mayor información.

La situación tenía preocupado al seno familiar, sin embargo, en una reunión familiar el menor V.A.C. de modo inesperado reta a un primo y le dice “cállate o te pongo un scotch en la boca”. Aquello impacta a la familia, por lo que comienzan a preguntarle por qué dice tal cosa a su primo. Es en ese momento cuando el niño V.A.C refiere que la Tía Pamela (asistente de párvulo) le puso un scotch en la boca durante la disertación de una compañera de curso. Agregando el niño, que era una situación habitual que, usualmente le gritaban para que se callara y le ponían scotch en la boca.

Ante tamaña revelación, el 25 de mayo de 2018, la madre y padre de V.A.C., concurren al establecimiento educacional, buscando explicaciones de estos hechos, sin embargo, aquello

---

2. Causa RUC N° 1800542628-2, RIT N° 6295-2018, Juzgado Garantía de Valdivia; ROL Corte de Apelaciones de Valdivia N° 78-2020.

no fue fructífero por lo que deciden interponer una denuncia a la Superintendencia de Educación, denunciar al Ministerio Público y llevar al niño a una psicóloga para que les ayude a abordar la situación vivida.

Desafortunadamente, con el paso de los días, el pequeño V.A.C fue relatando más situaciones vividas al interior de la sala de clases, de este modo, con un alto nivel de ansiedad y angustia, relata que “él era desordenado y por eso lo retaban”, que “a veces lo tironeaban para sentarlo en su silla y que la tía le decía groserías al oído”. Del análisis inicial de la psicóloga, evidencia que el daño que ha sufrido V.A.C. es grave en la esfera emocional y relacional, pues del relato del niño, se observa no un caso aislado de violencia, sino, un ejercicio sistemático en una relación de poder Adulto-Niño, cuestión que le habría generado un estrés que sobrepasó su capacidad de comprensión y autocontención emocional, desbordándolo y angustiándolo. Prosigue la profesional precisando, que el niño manifiesta una desvaloración hacia su persona, producto de la violencia diaria tanto con actos físicos como psicológicos, siendo especialmente relevante, la exposición de la educadora de párvulo y su asistente a una desvalorización de su persona con frases maltratantes negativa, generando todo aquello en el niño dolor, miedo y rabia hacia las personas que lo agredieron, evidenciando desde la perspectiva clínica un Estrés Post Traumático y en Observación de Depresión Infantil.

## **POSICIONES INVOCADAS POR LAS PARTES**

### **Posición curador ad-litem**

La ONG Proyecta a través del programa “Reparación y Justicia Los Ríos”, representada por don José Miguel Salazar Isla, curador ad-litem en la causa, presenta querrela en contra de PAMELA MARGARITA SALDIVIA ARAVENA, C.I. N°18.775.564-6, Asistente de Párvulos, domiciliada en Pasaje Santa Adela N°3768, Villa San Pedro, Valdivia, en calidad de autor del delito de trato degradante a persona vulnerable, descrito y sancionado en el artículo 403 ter del Código Penal, en relación al artículo 403 bis inciso primero del mismo cuerpo legal, cometido en contra del niño ya individualizado.

### **Posición INDH**

Basado en la Convención sobre Derechos del Niño y en estándares de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH), principalmente en su opinión sobre la “Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño” y jurisprudencia pertinente, el INDH basó su posición en la prohibición de ser sometido a torturas y a otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes.

Además de prohibir de forma absoluta este tipo de hechos, la posición del INDH se basa en las obligaciones para los Estados de recuperación de todo niño, niña o adolescente que haya sido víctima de torturas o tratos crueles, inhumanos y degradantes.

Desde una perspectiva del derecho nacional, la querrela presentada por el INDH se basa en el tipo penal configurado en el artículo 150 D, “la situación sufrida por la víctima del caso, configura y realiza total e íntegramente el tipo penal citado”. En particular, se configuraría el elemento material, es decir, se inflige intencionadamente a una persona dolores o sufrimientos, físicos o psicológicos. En el caso particular la recurrente argumenta que las prácticas que aún sin causar dolor, tienden a anular la personalidad de la víctima o disminuir su capacidad física o mental, configurarían el elemento material de apremio ilegítimo o tormento. En el caso sub lite, debe entenderse que el trato que sufrió de forma continua y sistemática, tanto física como psicológica en niño V.C.A son especialmente graves, en atención a ser la víctima un menor de edad de 5 años.

En relación a la intencionalidad, esta quedaría en evidencia, ya que las agresiones sufridas por el menor, fueron actos plenamente voluntarios y conscientes, realizados por la educadora de párvulo que tenía a la víctima bajo su cuidado. Respecto al elemento teleológico, la querrela presentada por el INDH se basa en que las acciones de la educadora de párvulo tendrían una finalidad intimidatoria y punitiva. Finalmente, en virtud del requerimiento especial de la legislación chilena de que el delito de tortura sea realizado por funcionario público u otra persona en el ejercicio de funciones públicas, o un particular a instigación de alguno de los anteriores o que hubiese actuado con el consentimiento o aquiescencia de aquellos, este se cumpliría, en cuanto la educadora de párvulos es funcionaria dependiente de la Ilustre Municipalidad de Valdivia.

### **Posición Ministerio Público**

La acusación del Ministerio Público, adherida posteriormente por el INDH, establece que los hechos antes descritos, son constitutivos del delito de Trato Degradante, previsto y sancionado en el art. 150 D del Código Penal, en el que le atribuye a la acusada PAMELA MARGARITA SALDIVIA ARAVENA, participación en calidad de Autor, en los términos de lo dispuesto en los art. 14 N°1 y 15 N°1 del Código Penal, en grado de Consumado, con la atenuante del art. 11 N°6 del Código Penal. Por lo que requiere se le impongan las siguientes penas a la acusada:

1. Cuatro años de presidio menor en su grado máximo
2. Accesorias legales establecidas en el artículo 29 del Código Penal;
3. Se condene a la requerida al pago de las costas del procedimiento según lo prescrito en el artículo 45 y siguientes del Código Procesal Penal.

## EXTRACTOS DE LAS SENTENCIAS

### **Causa RUC N° 1800542628-2, RIT N° 6295-2018, Juzgado Garantía de Valdivia**

Con fecha 20 de enero de 2020 se celebró un procedimiento abreviado en esta causa, en el contexto de la audiencia de preparación de juicio oral. En la audiencia existió pleno acuerdo entre el Ministerio Público, la parte querellante INDH y la abogada representante del padre y madre de la víctima menor de edad, tanto en la calificación jurídica del delito por los hechos contenidos en la acusación, esto es 150 letra D del código penal, solicitando como pena quinientos cuarenta y un días de presidio menor en su grado medio, accesorias legales y pago de las costas del procedimiento.

La defensa, acepta el procedimiento abreviado, y solicita la absolución por la descripción de los hechos, pues le parece que la figura que se le acuso tiene exigencias bastante mayores pues está dentro de la tortura y apremios ilegítimos; en subsidio, solicita recalificación al artículo 403 ter.

En la audiencia de lectura de fallo se procedió a la lectura de la sentencia que resolvió lo siguiente:

*“4° Cabe tener presente que la descripción típica del artículo 150 D del Código Penal en su inciso 2° debe leerse conjuntamente con normativa de carácter internacional que fueron suscritas por Chile en esta materia que dicen relación con el alcance que se debe dar a la Convención contra la Tortura y otros tratos crueles, inhumanos y degradantes (...). Cabe tener presente lo expuesto en el preámbulo de dicha normativa que discurre sobre la base de hechos relevantes en relación a los derechos humanos, de tal forma no cualquier hecho esta circunscrita a esa normativa, considerando fundamentalmente si se analiza a la luz de la historia de la ley 21.013 que aprobó el artículo 403 bis y ter del código penal. Al respecto cabe tener presente, el boletín 9279 del año 07 en que indica expresamente que en general se ha conseguido un pleno consenso entre las personas respecto a la necesidad que existe de protección a los niños frente a las formas de maltrato físico y psicológico, en ese sentido se ha tratado en materias legislativas del parlamento en reforzar las normas existente en materias*

de delito de connotación sexual y frente a maltrato de padres hacia los hijos, sin embargo, se ha desestimado que la violencia infantil puede provenir no solo de padres y familiares, sino que es cada día más frecuente desde los entorno no familiar, es decir, amigos compañeros de colegio, educadores etc. Al revisar nuestra legislación queda de manifiesto que tras la modificación del año 1994 y de las que vinieron en lo sucesivo se dio amplia cobertura y protección a los niños frente a la violencia cometidos en el entorno familiar y por otro lado, se relegó a otros que incurren en estas conductas a norma común, es decir, el código penal. Autores de esta moción estiman que es preciso corregir este vacío de la legislación y actuar de manera preventiva incorporando a nuestra ley penal un título especial que contempla las sanciones propias y específicas de conducta de maltrato infantil en cualquier entorno y/o persona que provenga. Esto es especialmente relevante por cuanto la legislación a esa fecha consideró que la conducta de trato degradante prevista en el artículo 403 bis y ter del código penal no estaba amparada en nuestra legislación en circunstancias que la ley 20.968 que incluyó el artículo 150 D entre otros del código penal había sido publicada en el diario oficial con anterioridad a esa normativa el 22 de noviembre del año 2016. Quiere decir que el legislador estableció que esas circunstancias no estaban tipificadas e implementó un tipo penal respecto de esos hechos.

En ese contexto, la descripción típica efectuada por el Ministerio Público respecto de la conducta efectuada por Pamela Saldivia Aravena parece más encasillarse en el tipo penal del artículo 403 ter del código penal y no en el artículo 150 D, cuyo contexto aparece más encasillarse en la protección de los derechos establecidos en la convención contra la tortura y otros tratos crueles, inhumanos y degradantes.

En ese contexto en consecuencia se acoge parcialmente la petición de la defensa, si bien no se absuelve a la imputada de estos delitos si se recalifica el hecho al tipo penal del artículo 403 ter del código penal en la forma que se establecerá en la parte resolutive de la sentencia.

5°. De esta forma los hechos descritos por el Ministerio Público constituyen el tipo penal del artículo 403 ter en grado de consumado y en el cual le corresponde participación a la acusada PAMELA SALDIVIA ARAVENA en calidad de autora del 15 N° 1 del código penal.

6°. Que favorece a la acusada dos circunstancias atenuantes de responsabilidad penal 11.6 y 11.9 del código penal por haber aceptado los hechos de la acusación y por no tener condenas anteriores por lo cual deberá rebajarse la pena en un grado por ley establecida al delito.

7°. En atención a la penalidad que se impondrá a la sentenciada y al hecho de no tener condenas anteriores se concederá pena sustitutiva remisión condicional de la pena y se omitirá en el certificado de antecedentes de esta la anotación de la presente condena.

*Por estas consideraciones y lo dispuesto en el artículo 1° 7° 11 n° 6 y N°9, 14 N°1, 15 N° 1, 30, 50, 67, 69, 403 ter del Código Penal; 1 y 52, 295,297, 406 y siguientes, 483, 484 del Código Procesal Penal y el artículo 38 de la ley 18.216. Se condena a doña PAMELA MARGARITA SALDIVIA ARAVENA en calidad de autora del delito de trato degradante a menor de edad previsto y sancionado en el artículo 403 ter del código penal, en grado consumado a la pena de 41 días de prisión en su grado máximo más accesorias de suspensión cargos y oficios públicos mientras dure su condena.” (Audio00-04 06:07- 17:17 min)*

### Recurso de apelación interpuesto por el INDH

Ante esta sentencia el INDH interpuso recurso de apelación en virtud de que modificaría equívocamente la calificación jurídica solicitada por el Ministerio Público y la parte querellante (artículo 150 letra D del Código Penal), descartando la configuración de los hechos en el tipo penal del artículo 403 ter, como erradamente determino la sentencia impugnada, pues *“el tribunal aquo en primer termino confunde los elementos constitutivos del artículo 150 D, interpretando equívocamente las normas contenidas en la Convención contra la Tortura y otros Tratos Inhumanos y Degradantes, y por otro lado omite en la ponderación de los hechos la especial situación de ser un delito cometido por un empleado público en el ejercicio de su cargo, circunstancia que es gravitante y determinante para la aplicación del tipo penal del artículo 150 letra D”. Estimando además que “aún cuando es valioso el ejercicio de control de convencionalidad de la normativa interna a los estándares internacionales de derechos humanos, es una ponderación incorrecta y carente de fundamentos”*

Antes de reproducir parte de la sentencia de la Corte de Apelaciones de Valdivia, corresponde brevemente describir los argumentos propuestos por el INDH que servirán luego para hacer el comentario respectivo.

En primer lugar, el INDH argumenta que existiría una presunta **subsunción de la norma** y una falta a la **sana crítica** y al **control de convencionalidad**. En ello argumenta que la determinación de calificar los hechos en base al artículo 403 bis y ter *“no es el producto de un análisis conforme a las reglas de la sana crítica o por control de convencionalidad y aplicación del derecho internacional de los derechos humanos, pues se limita a encasillar simplemente hechos en lo que le parece es el mejor tipo penal, se aprecia un ejercicio de subsunción de una norma, sin dar mayor fundamentación de por qué a juicio del sentenciador, los hechos no serían de aquellos que merecen “la protección de los derechos establecidos en la Convención contra la Tortura”. Agregando que “Se echa de menos en esta afirmación gravitante en la sentencia, una revisión más acabada, de los hechos que configuran a su juicio un delito y no otro, pues desestima un tipo penal sin hacerse cargo de cuales serían a juicio del sentenciador los elementos que no*

*se encuentran presente en el artículo 150 letra D, y si en el 403 ter, sin explicar tampoco por qué decide que el trato degradante recibido por la víctima es maltrato infantil y no un apremio ilegítimo del Artículo 150 letra D inciso 2°, pues ambas normas abordan la situación del trato degradante cometido en contra de un menor de edad.”*

Reconoce la parte querellante, que el “trato degradante” es el mismo en los dos tipos penales en comento, tanto el contenido en el 150 letra D como en el 403 bis y ter del Código penal. **El único elemento diferenciador -a juicio de la querellante- es el sujeto activo del tipo penal**, que en el caso del 150 letra D sólo recae en empleados públicos, y en el 403 ter en cualquier persona.

A juicio de la querellante, ante este potencial concurso de normas se debe decidir por la **especialidad** del artículo 150 D, particularmente en lo que refiere al sujeto activo y a la finalidad. Por ello solicita que se revoque la sentencia recurrida y en consecuencia que se condene a la acusada a la pena quinientos cuarenta y un días de presidio menor en su grado medio, accesorias legales, por el delito de apremios ilegítimos previsto en el artículo 150 letra D del Código Penal.

Además del argumento de la especialidad, la querellante también hace énfasis en la **definición de tortura** que hace la Convención Internacional Contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos y Degradantes y como de ella no se desprende -como si ocurre en la legislación nacional- la diferencia clara entre tortura y otros tratos crueles inhumanos y degradantes. En este sentido señala que la definición internacional tiene *“múltiples semejanzas a la definición de tortura que prescribe el artículo 150 letra A del Código Penal, que a diferencia de la Convención incorpora con mayor detalle múltiples formas de comisión y participación en el delito, alcanzando niveles de mayor amplitud, con una técnica legislativa cuyo tipo penal se asemeja en la finalidad a la definición que nos proporciona la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura. De tal forma, **para la ley 20.968 será preponderante el grado de violencia aplicada a la persona, lo que define la diferencia entre la tortura (150 letra A), de apremios ilegítimos y vejaciones (150 letra D), entendiéndose por tanto que cada tipo penal regula situaciones diversas en intensidad”** (énfasis propio).*

### **Corte de Apelaciones de Valdivia Rol N° 78-2020**

El 13 de febrero de 2020, la Corte de Apelaciones de Valdivia decide revocar la sentencia apelada y condena a Pamela Margarita Saldivia Aravena, en calidad de autora del delito previsto y sancionado en el artículo 150 D del Código Penal, en grado consumado. Se

pasan a reproducir algunos extractos determinantes y aquellos que contienen estándares de derechos humanos.

**SEGUNDO:** *Que, el hecho objeto de reproche penal dice relación con la colocación de una cinta adhesiva en la boca de un niño de cinco años, humillándolo frente a sus demás compañeros, menoscabando su dignidad, teniendo la autora la condición de asistente de párvulos de una escuela pública municipal, siendo una de sus salas el lugar de ocurrencia de los hechos. En tal sentido quedó asentado en el fallo que la profesional, al momento de los hechos, tenía la calidad de empleada pública y se encontraba en ejercicio de sus funciones. Es un hecho establecido que tal conducta queda comprendida en el concepto tratos degradantes.*

**TERCERO:** *Que el sometimiento a tratos degradantes se encuentra sancionado por dos normas penales cuya incorporación al Código Penal es de reciente data. En primer lugar, el artículo 150 D, agregado por ley 20.968, publicada en el Diario Oficial el 22 de noviembre de 2016, sanciona al “empleado público que, abusando de su cargo o sus funciones, aplicare, ordenare o consintiere en que se apliquen apremios ilegítimos u otros tratos crueles, inhumanos o degradantes, que no alcancen a constituir tortura”. El inciso segundo agrava la pena si la conducta descrita se cometiere en contra de una persona menor de edad o en contra de una persona que se encuentre bajo el cuidado, custodia o control del empleado público, entre otras. En segundo lugar, el artículo 403 ter, consecuencia de la ley 21.013 de 6 de junio de 2017, sanciona al que “sometiere a una de las personas referidas en los incisos primero y segundo del artículo 403 bis a un trato degradante, menoscabando gravemente su dignidad”. Dentro de las personas contempladas en el artículo 403 bis se encuentran los niños, niñas o adolescentes.*

**CUARTO:** *Que tal como lo expresa la recurrente, en el presente caso se ha producido lo que se conoce en doctrina como un concurso aparente de leyes penales, pues el hecho acreditado parece satisfacer las exigencias de dos tipos penales, siendo este un problema de interpretación que debe ser resuelto conforme principios de orden lógico o valorativo. En este sentido cobra relevancia el principio de especialidad, de carácter lógico, debiendo favorecerse la tipificación de la figura especial por sobre la general. De esta manera se comparte el argumento de la recurrente en el sentido de entender que el sometimiento a tratos degradantes tiene una regulación especial en el artículo 150 D del Código Penal, relacionada con el sujeto activo, pues dicha norma se aplica al empleado público, mientras que el artículo 403 ter del Código Penal no hace distinción al respecto.*

*En este orden de ideas se aprecia una errónea calificación jurídica de los hechos en el entendido que la autora debió ser sancionada por el ilícito descrito y sancionado en el artículo*

*150 D del Código Penal, más no por la figura del artículo 403 ter que se ve desplazada por un criterio de especialidad.*

**QUINTO:** *Que recalificado el delito procede ajustar la penalidad, teniendo en consideración la pena base de presidio menor en grado medio a máximo, el aumento de penalidad de un grado en consideración al sujeto pasivo y la rebaja de penalidad por concurrencia de dos circunstancias atenuantes de irreprochable conducta anterior y colaboración sustancial en el esclarecimiento de los hechos. En definitiva, la pena a imponer corresponde a quinientos cuarenta y un días de presidio menor en su grado medio y accesorias del artículo 30 del Código Penal, teniendo especial consideración a la limitante impuesta en el artículo 412 del Código Procesal Penal, manteniéndose la concesión de pena sustitutiva de remisión condicional, por el tiempo de la condena, al concurrir todos sus requisitos legales.*

*Por estas consideraciones y visto lo dispuesto en los artículos 1, 7, 11 número 6 y 9, 14 número 1, 15 número 1, 30, 50, 67, 69 y 150 D del Código*

*Penal, artículos 1, 52, 295, 297, 406 y siguientes del Código Procesal Penal, ley 18.126, se REVOCA la sentencia apelada de veinte de enero de dos mil veinte y se declara que se condena a Pamela Margarita Saldivia Aravena, RUN 18.775.564-6, en calidad de autora del delito previsto y sancionado en el artículo 150 D del Código Penal, en grado consumado, a la pena de quinientos cuarenta y un días de presidio menor en su grado medio, más accesorias de suspensión para cargos u oficios públicos durante el tiempo de la condena.*

## COMENTARIO Y DOCTRINA DE DERECHOS HUMANOS

El fallo de la Corte de Apelaciones de Valdivia es argumentativamente breve, sin ingresar necesariamente a varios de los aspectos de fondo señalados en el recurso de apelación interpuesto por el INDH. No considera el fondo respecto al control de convencionalidad ni a la importancia o no de distinguir la definición de tortura de otros tratos crueles inhumanos o degradantes.

A pesar de ello desarrolla una argumentación coherente con los argumentos esgrimidos por el INDH, en torno al concurso de normas entre el artículo 403 ter y el artículo 150 D del Código Penal.

En este sentido y, a modo de análisis de la sentencia, este comentario se dividirá en dos secciones. La primera parte se basará en el punto de fondo de esta sentencia, es decir,

el potencial concurso entre el artículo 403 ter y el 150 D del Código Penal. En segundo lugar, se analiza la importancia del reconocimiento del control de convencionalidad en la judicatura chilena y se trata un tema que la Corte de Apelaciones no indaga, cual es el de las potenciales diferencias existentes entre el Artículo 150 A y el Artículo 150 D del Código Penal, es decir, sobre las definiciones del delito de tortura y aquellos relativos a tratos crueles, inhumanos y degradantes, desde una perspectiva del derecho internacional de los derechos humanos.

### **I. Sobre el potencial concurso entre el artículo 403 ter y el artículo 150 D**

La sentencia de alzada acoge el argumento del INDH al señalar en su considerando cuarto que *“la autora debió ser sancionada por el ilícito descrito y sancionado en el artículo 150 D del Código Penal, más no por la figura del artículo 403 ter que se ve desplazada por un criterio de especialidad.”*

La Ley N° 21.013 promulgada el 06 de junio de 2017 tipifica dos nuevos delitos de maltrato y aumenta la protección de las personas en situación de especial protección, y se refiere fundamentalmente a los malos tratos físicos y verbales, además de los tratos degradantes de niños, niñas y adolescentes, adultos mayores y personas en situación de discapacidad. Mediante dicha disposición se agregan los artículos 403 bis y ter que forman parte fundamental de los argumentos de las partes y de las decisiones que se analizan. Por su parte la ley 20.968 publicada con fecha 22 de noviembre de 2016, principalmente vino a reformar totalmente el párrafo y delito de tortura ya existente y a tipificar el delito de tratos crueles, inhumanos y degradantes, creando a su vez una serie de figuras derivadas de las anteriores.

Al tratar ambas leyes sobre potenciales tratos degradantes, es necesario entonces identificar las diferencias existentes entre los delitos de maltrato corporal relevante a personas vulnerables (403 bis inciso primero), el maltrato corporal relevante a persona vulnerable por quien tiene un especial deber de cuidado o protección respecto de la víctima (403 bis inciso segundo), los tratos degradantes a personas vulnerables (403 ter) y los delitos de apremios ilegítimos u otros tratos crueles, inhumanos o degradantes (150 D). La tabla de abajo simplifica el análisis de dichas disposiciones:

	403 BIS, INCISO 1	403 BIS, INCISO 2	403 TER	150 D
<b>VERBO RECTOR</b>	<p><i>“maltratar corporalmen- te a otro de manera relevante”; excluyendo con ello su acción por omisión.</i><sup>3</sup></p> <p>En cuanto al maltrato corporal, se ha entendido que el delito establecido en el artículo 403 bis inciso primero es residual, en cuanto no se requiere un resultado visible u ostensible en la víctima para su configuración.</p>	<p>El <b>verbo rector</b> del inciso segundo reconoce la posibilidad de comisión por omisión, pues expresamente sanciona al que sanciona al que, teniendo un deber especial de cuidado o protección respecto de alguna de las personas indicadas como vulnerables, la maltrata corporalmente de manera relevante o no impidiere su maltrato debiendo hacerlo.</p>	<p>El <b>verbo rector</b> es someter y el bien jurídico protegido es la dignidad humana. No nos detendremos a analizar lo que significa trato degradante en este caso, cuestión que se realizará en mayor detalle más adelante. Llama la atención la decisión del legislador de utilizar el verbo someter, siendo que el proyecto original -lo mismo que la legislación española- utilizaba el verbo infringir. Tal como se deriva de la historia fidedigna de la ley, el legislador propuso cambiar el término infligir por el de someter; toda vez que infligir significa irrogar algún tipo de daño en otro, mientras que someter alude a efectuar alguna clase de acción sobre el otro.</p>	<p>El empleado público que, abusando de su cargo o sus funciones, aplicare, ordenare o consintiere en que se apliquen [...], conociendo de la ocurrencia de estas conductas, no impidiere o no hiciere cesar Los verbos rectores apuntan tanto a la comisión del delito por acción u omisión. En este sentido se utilizan los verbos aplicare, ordenare o consintiere en que se apliquen. Es importante detenerse en la faz omisiva de la conducta exigida. Esto es, se sanciona el sujeto activo funcionario público que, conociendo de la ocurrencia de estas conductas, no impidiere o no hiciere cesar la aplicación de tortura, teniendo la facultad o autoridad necesaria para ello o, cuestión que se agrega, estando en posición para hacerlo.</p>

3. Respecto de las fuentes que determinan la posición de garante hay discusión en la doctrina. Etcheberry y Cury consideran que la ley y los contratos son fuentes de dicha posición. Con diferentes énfasis los autores también señalan que la profesión, por ejemplo de policía, bombero/a o enfermero/a, podría constituir una posición de garante. Incluso parte de la doctrina agrega situaciones particulares de solidaridad o lealtad. Ver Cury E. (2009). Derecho Penal Parte General. Santiago, Chile: Editorial Universidad Católica de Chile, novena edición, pp. 681-683; y Etcheberry, A. (2016). Op. Cit. pp. 206 – 207.

<p style="writing-mode: vertical-rl; transform: rotate(180deg);"><b>SUJETO PASIVO</b></p>	<p>El <b>sujeto pasivo</b> es un niño, niña o adolescente menor de dieciocho años, a una persona adulta mayor<sup>4</sup> o a una persona en situación de discapacidad en los términos de la Ley N° 20.422.</p>	<p>El <b>sujeto pasivo</b> es el mismo contemplado en el inciso primero, es decir; niños, niñas o adolescentes, adultos mayores y personas en situación de discapacidad.</p>	<p>El <b>sujeto pasivo</b> es el mismo contemplado en el inciso primero del artículo 403 bis, es decir; niños, niñas o adolescentes, adultos mayores y personas en situación de discapacidad.</p>	<p>El <b>sujeto pasivo</b> es universal, puede ser cualquier persona. Sin embargo, el inciso segundo del artículo 150 D agrava el tipo si los tratos crueles inhumanos o degradantes se aplican contra una persona menor de edad o en situación de vulnerabilidad por discapacidad, enfermedad o vejez; o en contra de una persona que se encuentre bajo el cuidado, custodia o control del empleado público.</p>
<p style="writing-mode: vertical-rl; transform: rotate(180deg);"><b>SUJETO ACTIVO</b></p>	<p>El <b>sujeto activo</b> es universal. El artículo 403 bis indica al sujeto activo como “<i>el que</i>” sin referirse expresamente a sujetos que tengan determinadas características.</p>	<p>En cuanto al <b>sujeto activo</b> hay una variación importante, pues el inciso segundo requiere que el sujeto activo tenga un un especial deber de cuidado o protección respecto de la víctima. Esta cuestión no es zanjada por el legislador, dando flexibilidad al juez para determinar; en base a la prueba rendida si el sujeto activo ostenta el grado de especial cuidado o protección.<sup>5</sup></p>	<p>En cuanto al <b>sujeto activo</b>, la formulación del artículo 403 ter es de carácter universal, en cuanto utiliza “<i>el que</i>”, tal como lo hace el artículo 403 bis en su inciso primero.</p>	<p>El <b>sujeto activo</b> es un empleado público. Sin embargo, es perfectamente posible que el sujeto activo sea también un particular que, bajo determinadas condiciones, esto es, en el ejercicio de funciones públicas o a instigación de un empleado público, o con el consentimiento o aquiescencia de éste, realice los actos sancionados.</p>

4. Se entiende mayor de 60 años.

5. Respecto de las fuentes que determinan la posición de garante hay discusión en la doctrina. Etcheberry y Cury consideran que la ley y los contratos son fuentes de dicha posición. Con diferentes énfasis los autores también señalan que la profesión, por ejemplo de policía, bombero/a o enfermero/a, podría constituir una posición de garante. Incluso parte de la doctrina agrega situaciones particulares de solidaridad o lealtad. Ver Cury E. (2009). Derecho Penal Parte General. Santiago, Chile: Editorial Universidad Católica de Chile, novena edición, pp. 681-683; y Etcheberry, A. (2016). Op. Cit. pp. 206 – 207.

ASPECTO SUBJETIVO

<p>En cuanto al <b>aspecto subjetivo</b> del tipo penal, de la redacción y la historia fidedigna de la ley, se entiende que el artículo 403 bis requiere trata de un tipo doloso en el que el sujeto activo deberá estar en conocimiento de los elementos que conforman el tipo, es decir, que está maltratando corporalmente y de manera relevante a un sujeto protegido por la norma.</p>	<p>En cuanto al <b>aspecto subjetivo</b>, al agregarse la conciencia de detentar un especial deber de cuidado, en este caso podría perfectamente admitirse su comisión culposa. Sin embargo, de la pena atribuida al delito y de la discusión de la ley, no queda claridad sobre dicha posibilidad.<sup>6</sup></p>	<p>En cuanto al <b>aspecto subjetivo</b> del tipo, el artículo 403 ter, tal como fue señalado el verbo rector es "someter", lo que en principio detenta la redacción de una acción dolosa. En este sentido se requiere la intención de degradar a la víctima, debiendo el sujeto activo estar consciente de la antijuricidad que sus actos así como los elementos que configuran el ilícito. Sin embargo, si este artículo se lee en concordancia con los artículos 490 y 492 del Código Penal su concurrencia culposa también podría ser penada.</p>	<p>Respecto de la faz activa del delito de tratos crueles inhumanos o degradantes, es un tipo subjetivo doloso pues el empleado público debe aplicar; ordenar o consentir en la aplicación de la tortura. Sin perjuicio de ello, no es del todo imposible pensar en encajar en él situaciones de dolo eventual.<sup>7</sup> En relación a la comisión por omisión, hay dos personas el particular y el funcionario público. Respecto del particular; también es un tipo subjetivo doloso. Ello porque el particular, en el ejercicio de funciones públicas o a instigación de un empleado público, o con el consentimiento o aquiescencia de éste, debe ejecutar actos de tortura. Lo que implica entender; conocer y aceptar la realización de tales actos. Aquí, con mayor razón, es dable pensar; en situaciones de dolo eventual. Respecto del funcionario público, claramente es más estricta y exige Dolo Directo. En ella, el funcionario que no impide ni hacer cesar la aplicación de torturas, debe hacerlo con conocimiento de la ocurrencia de estas conductas. Razón por la cual son discutibles, por tal exigencia típica, situaciones de Dolo eventual.</p>
---	---	---	--

6. Recabarren, F. (2019) Op. Cit. pp. 109.

7. Respecto del tipo en España ver Lamarca, Carmen, et al, *Derecho penal: Parte Especial*, 3° Ed, Madrid: UNED-Colex, 2005, pp.139-146, p.144.

<b>NATURALEZA JURÍDICA</b>	<p>Respecto de la <b>naturaleza jurídica</b> del delito, el tipo penal del artículo 403 bis inciso primero es un delito formal en cuanto este se agota con la sola realización.<sup>8</sup> En lo relativo al iter criminis, si se analiza el artículo 403 inciso primero en relación al artículo 7 del Código Penal, al ser este una falta, no puede ser sancionado en sus grados de tentado o frustrado.</p>	<p>Respecto a la <b>naturaleza jurídica</b>, se trata de un delito de mera actividad en el que no se exige un resultado materialmente concreto para que la conducta sea antijurídica, pues "con su sola ejecución produciría una efectiva afectación del bien jurídico protegido por la norma, referido a la integridad física de personas vulnerables"<sup>9</sup>. Al tratarse de un delito de mera actividad, el iter criminis se aumenta en el caso del inciso segundo cuando se le compara con el delito contemplado en el inciso primero y perfectamente podría darse el caso de una situación de delito en grado de tentado o frustrado.</p>	<p>En cuanto a la <b>naturaleza jurídica</b>, de la redacción del artículo 403 ter, uno podría entender que es un delito de resultado en cuanto se espera que el resultado sea el menoscabo de la dignidad del sujeto vulnerable. En dicho sentido y atendida la penalidad del delito, el iter criminis del 403 ter admite la posibilidad de sancionar la tentativa o frustración.</p>	<p>En cuanto a la <b>naturaleza jurídica</b>, de la redacción del artículo 150 D, uno podría entender que es un delito de resultado en cuanto se espera que el resultado sea el menoscabo de la dignidad o del sujeto vulnerable. En dicho sentido y atendida la penalidad del delito, el iter criminis del 150 D admitiría en principio la posibilidad de sancionar la tentativa o frustración.</p>
<b>PENALIDAD Y PRESCRIPCIÓN</b>	<p>En cuanto a la <b>penalidad</b> la sanción es prisión en cualquiera de sus grados o multa de una a cuatro unidades tributarias mensuales, salvo que el hecho sea constitutivo de un delito de mayor gravedad. Ello en concordancia con el artículo 21 del Código Penal obedece a penas propias de faltas. En dicho sentido su <b>prescripción</b> es de 6 meses.</p>	<p>Finalmente, en cuanto a su <b>penalidad</b>, la figura agravada de maltrato corporal tiene pena de simple delito y su sanción es la de presidio menor en su grado mínimo, esto es de 61 a 540 días. En este sentido, la acción penal <b>prescribe</b> en el plazo de cinco años en virtud del artículo 94 y 97 del Código Penal.</p>	<p>Finalmente, respecto a la <b>penalidad</b>, el autor del delito consagrado en el artículo 403 ter será sancionado con la pena de presidio menor en su grado mínimo, la que va desde 61 días a 540 días; en este sentido es un delito que <b>prescribe</b> en cinco años.</p>	<p>El artículo 150 D establece penas de presidio menor en sus grados medio a máximo y la accesoria correspondiente. El inciso segundo agrava la pena. De acuerdo al derecho internacional de los derechos humanos los delitos de tortura y tratos crueles inhumanos y degradantes, son imprescriptibles.</p>

8. Etcheberry, A. (2016). Derecho Penal Parte General. Santiago, Chile: Editorial jurídica de Chile, Tomo I, 3ra edición, pp. 185.

9. Idem.

De lo dicho hasta ahora queda en evidencia que hay importantes diferencias en los verbos rectores, sujetos (pasivo y activo), naturaleza jurídica, el iter criminis, el bien jurídico protegido, la penalidad y períodos de prescripción entre los delitos tipificados en el artículo 403 bis, 403 ter y el 150 D todos ellos del Código Penal. Si bien a primera vista podría existir un potencial concurso de normas, principalmente en lo relativo a los tratos degradantes señalados en el artículo 403 ter y el 150 D, de lo hasta acá expuesto queda en evidencia que ese el grado de especialidad remarcada por el artículo 150 D en contraste con las otras normas señaladas.

En particular la Corte de Apelaciones de Valdivia en el caso en comento se basa en dos de las pretensiones establecidas por el INDH, esto es la especialidad del 150 D por sobre el criterio universal establecido en el 403 ter y, en particular, en lo referente a el sujeto activo, que en el 150 D, dice relación con agentes estatales. Esto lo hace con una argumento sencillo, señalando expresamente: *“En este orden de ideas se aprecia una errónea calificación jurídica de los hechos en el entendido que la autora debió ser sancionada por el ilícito descrito y sancionado en el artículo 150 D del Código Penal, más no por la figura del artículo 403 ter que se ve desplazada por un criterio de especialidad”*.

Despejado este punto, creemos que la Corte de Apelaciones de Valdivia llega a una conclusión que desde el derecho internacional de los derechos humanos es correcta, sin embargo, pierde la oportunidad para elaborar dos puntos que están dentro de las pretensiones presentadas por la querellante (INDH) y que permiten entender de forma más clara la importancia que revisten los delitos cometidos por agentes estatales y su consiguiente especialidad. Lo primero es la necesidad de que los tribunales chilenos interpreten los delitos cometidos por agentes estatales en base al control de convencionalidad y por otra parte que se desarrolle en el fondo qué debe entenderse por tratos degradantes desde una perspectiva del derecho internacional de los derechos humanos.

## **2. La necesaria aplicación de estándares internacionales para interpretar los delitos de tortura y tratos crueles inhumanos y degradantes**

La aplicación de torturas y otros tratos crueles inhumanos y/o degradantes además de ser un delito en Chile desde el 22 de noviembre del año 2016, constituye una violación grave a los derechos humanos reconocidos por tratados internacionales vigentes en Chile. Por otra parte, el rol de protección del sistema interamericano se materializa, entre otros a través de la ejecución de estándares internacionales de derechos humanos a través por parte de las autoridades judiciales a nivel interno. En este ámbito de ideas, la diseminación del

denominado “control de convencionalidad” cuya expresión se utiliza por primera vez en el caso *Almonacid Arellano y otros vs. Chile* aunque su significado ya se encontraba presente en otros pronunciamientos de la Corte IDH y de la CIDH, se basa en la idea de que las disposiciones de derecho interno contrarias a la Convención Americana no surten efectos jurídicos.

En una pretendida aplicación de estándares internacionales el tribunal a quo señala expresamente: *“Cabe tener presente que la descripción típica del artículo 150 D del Código Penal en su inciso 2° debe leerse conjuntamente con normativa de carácter internacional que fueron suscritas por Chile en esta materia que dicen relación con el alcance que se debe dar a la Convención contra la Tortura y otros tratos crueles, inhumanos y degradantes (...). Cabe tener presente lo expuesto en el preámbulo de dicha normativa que discurre sobre la base de hechos relevantes en relación a los derechos humanos, de tal forma no cualquier hecho esta circunscrita a esa normativa”*. Pero aun así desestima la pretensión de que los actos a los que fue sujeto el niño de cinco años por parte de un agente estatal (educadora de párvulos de una escuela pública) puedan constituir tratos crueles, inhumanos y degradantes.

Dicho ello, parece importante describir la evolución que ha tenido el concepto de tratos crueles inhumanos y degradantes en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, por dos situaciones particulares del caso en comento. Primero para entender que la interpretación del tribunal a quo respecto a qué constituye o no tratos degradantes según lo dispuesto en el artículo 150 D es errónea, y segundo para complementar la decisión de la Corte de Apelaciones que como ya dijimos va en la dirección correcta, pero no elabora en profundidad este punto.

Sin ánimo de analizar en profundidad este tema, es importante señalar que a diferencia de lo hecho por el tribunal *a quo* que tiende a reducir el campo de aplicación de los tratos crueles inhumanos o degradantes, el derecho internacional de los derechos humanos ha generado un campo de expansión de los mismos.

Así, por ejemplo, el caso *Irlanda con Reino Unido*<sup>10</sup> marca un quiebre importante en la jurisprudencia del sistema europeo, en cuanto establece un umbral basado en una escala de gravedad móvil, con fuerte énfasis en el elemento subjetivo. El caso *Irlanda c. Reino Unido* trataba sobre el trato recibido por los sospechosos de pertenecer al Ejército Republicano Irlandés (IRA por su sigla en inglés) por parte de las tropas del Reino Unido en Irlanda del

---

10. *Irlanda c. Reino Unido*, N° 5310/71, ECHR (Serie A) No. 25, fallo del 18 de enero de 1978

Norte<sup>11</sup>. Según esta distinción, el trato degradante que alcanza una gravedad determinada puede redefinirse como trato inhumano el cual, a su vez, si es lo suficientemente serio, puede ser redefinido como tortura. De esta forma se reemplazó de manera efectiva la distinción basada en el propósito del acto (caso Griego<sup>12</sup>) por una evaluación subjetiva de la gravedad del sufrimiento ocasionado por el mismo. No obstante, no puede establecerse una distinción entre los tres actos (tortura, tratos inhumanos y degradantes) simplemente mediante una medición cruda del nivel de dolor o sufrimiento causado. La evaluación es relativa y “dependerá de todas las circunstancias del caso, como la duración de los tratos, sus efectos físicos y mentales y, en algunos ejemplos, el sexo, edad y estado de salud de la víctima”. En general, a partir de este caso, el sistema jurídico europeo se abstuvo de confeccionar una lista de actos que serían automáticamente considerados lo suficientemente severos como para constituir tortura.

Siguiendo los desarrollos en el sistema europeo, la Comisión y la Corte Interamericana de Derechos Humanos han seguido un criterio casuístico para determinar qué actos constituyen tratos crueles, inhumanos y degradantes.<sup>13</sup> Tanto la Comisión como la Corte han dicho que tienen cierto grado de discrecionalidad para decidir la calificación de uno u otro hecho. Dicha clasificación debe hacerse en base a cada caso, teniendo en cuenta sus particularidades, la duración del sufrimiento, los efectos físicos y mentales generados en la víctima y sus circunstancias personales.<sup>14</sup>

- 
11. A los sospechosos detenidos se les aplicó de forma combinada las siguientes cinco técnicas durante los interrogatorios: a) obligación de permanecer durante varias horas apoyados contra la pared en una posición determinada; b) uso de bolsas negras para cubrir la cabeza, las que se sacaban sólo durante los interrogatorios; c) entre los interrogatorios, se mantenía a los detenidos en cuartos donde se los sometía a un fuerte ruido constante; d) privación de la posibilidad de dormir entre los interrogatorios; e) severa reducción de agua y comida.
12. El caso Griego fue evaluado por la Comisión Europea, e involucraba la conducta de las fuerzas de seguridad griegas tras el golpe militar de 1967. La Comisión adoptó un enfoque general que distinguía entre la “tortura”, el trato “inhumano” y el “degradante”. La característica definitoria de la tortura no es necesariamente la naturaleza o la gravedad del acto sino más bien el propósito con el que el acto ha sido perpetrado. Así, “todo caso de tortura debe ser un tipo de trato degradante e inhumano, al tiempo que el trato inhumano debe ser también degradante. La noción de trato inhumano cubre al menos aquel caso en el que el trato busque deliberadamente causar sufrimientos, ya sean mentales o físicos que, en la situación en particular, sean injustificables...La tortura...tiene su propio objetivo, como puede ser la obtención de información o confesiones, o bien infligir algún tipo de pena y suele tratarse, en general, de una forma agravada de trato inhumano. Los tratos o penas infligidos a un individuo pueden considerarse degradantes si se somete a este individuo a una grave humillación frente a terceros, o bien si se le obliga a actuar en contra de su voluntad o conciencia”. Ver El Caso Griego, N° 3321/67, 3322/67, 3323/67 y 3344/67, 1969 Anuario del Convenio Europeo de Derechos Humanos, N° 12, p. 186.
13. Ello está expresado, por ejemplo en Lizardo Cabrera c. República Dominicana, Caso 10832, Informe N° 35/96, 17 de febrero de 1998, párrafo 76 y en Corte IDH. Caso Loayza Tamayo vs. Perú. Fondo. 1997, párr. 57
14. Lizardo Cabrera c. República Dominicana, Caso 10832, Informe N° 35/96, 17 de febrero de 1998, párrafos 82-83.

Así, al igual que en el sistema europeo, la vulnerabilidad particular de la víctima puede ser el factor agravante que convierta el trato que en otras circunstancias hubiera sido calificado como cruel, inhumano o degradante, en tortura. La Corte ha señalado que la distinción entre tortura y otros actos prohibidos no es rígida sino que evoluciona a la luz de las demandas crecientes de protección de los derechos y las libertades fundamentales. En consecuencia, un acto que en el pasado pudo haberse considerado una pena o trato cruel, inhumano o degradante, puede constituir tortura en el futuro.<sup>15</sup>

En definitiva, tomando este caso que la Corte de Apelaciones termina considerando como tratos degradantes según lo dispuesto en el artículo 150 D, cabe señalar que, a la luz de las obligaciones internacionales del Estado de Chile, los conceptos de torturas y tratos crueles inhumanos y degradantes deben ser analizados tratando de evitar ideas preconcebidas sobre las mismas; en particular la idea de que dichos delitos están asociados exclusivamente a los casos de personas que están bajo la custodia estatal, como lo interpreta el tribunal a quo. Además, se debe evaluar las características de la víctima, vulnerables y especialmente protegidas y reconocer la constante existencia de nuevos métodos y formas de tratos crueles inhumanos y degradantes que, posiblemente podrían fácilmente -a la luz del derecho internacional de los derechos humanos-, calificar como tortura en el futuro.

---

15. Cantoral Benavides c. Perú, Corte IDH (Serie C) N° 69, sentencia del 18 de agosto de 2000.

# SENTENCIA DEL TRIBUNAL ORAL EN LO PENAL DE VALPARAÍSO POR EL DELITO DE VIOLENCIA INNECESARIA CON RESULTADO DE LESIONES GRAVES EN CONTEXTO DE PROTESTA SOCIAL<sup>1</sup>

*Ángela Peralta Jordán*  
*Sede Regional Valparaíso*

## ABSTRACT/RESUMEN

En este comentario se analiza la sentencia del Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Valparaíso, que condenó a cumplir la pena remitida de dos años de presidio menor en su grado medio a un funcionario de Carabineros de Chile, “pitonero” del carro lanza agua, como autor del delito consumado de violencia innecesaria tipificado en el artículo 330 N°2 del Código de Justicia Militar. Esto, por haber lanzado a corta distancia un chorro de agua directamente al cuerpo de un estudiante que se retiraba de la jornada de protesta del 21 de mayo de 2015.

La valoración de la distancia y el tipo de chorro de agua utilizado permitió establecer que la actuación del acusado no se ajustó a la normativa interna de la institución, por lo que vulneraba los principios de legalidad, necesidad y proporcionalidad imperativos en la función de control del orden público.

**Palabras clave:** Violencia innecesaria, violencia institucional/policial, homicidio frustrado, derechos a la vida y a la integridad.

---

1. Tribunal de Juicio Oral de Valparaíso, causa RIT N° 13-2019, RUC 1500493669-5, 11 de marzo de 2019.

## ANTECEDENTES RELEVANTES DEL CASO

### Cuestión previa sobre legitimación activa del INDH

Inicialmente el INDH dedujo querrela por el delito de lesiones graves, la que fue declarada admisible por el Juzgado de Garantía de Valparaíso<sup>2</sup>. Sin embargo, al solicitar una ampliación de la misma, ahora por el delito de homicidio simple frustrado en concurso ideal con el delito de lesiones graves, el tribunal cuestionó la legitimación activa del INDH para intervenir en la causa.

En particular, el Juzgado de Garantía de Valparaíso excluyó al organismo del procedimiento penal, basándose en una interpretación restrictiva del artículo 3.5 de la Ley 20.405 que creó el INDH. Argumentó que dicha norma solo lo facultaba para deducir querrela respecto de determinados ilícitos (crímenes de genocidio, de lesa humanidad o de guerra, tortura, desaparición forzada de personas, tráfico ilícito de migrantes o trata de personas), ninguno de los cuales se investigaba en la referida causa, por lo que carecía de autorización legal para accionar.

Mediante recurso de reposición con apelación en subsidio el INDH sostuvo que sus facultades debían interpretarse teleológicamente conforme a lo establecido en los artículos 2° y 3° de la Ley 20.405. El primero de ellos fija el objetivo de la institución (promover y proteger los derechos humanos de las personas que habiten en el territorio de Chile), mientras que el segundo señala las facultades que le permiten cumplir con dicho objetivo. Entre estas se encuentra la de deducir acciones legales ante los tribunales de justicia, en el ámbito de su competencia, estableciendo una enumeración no taxativa de delitos por los cuales accionar. Aludiendo a la historia fidedigna de la Ley 20.405, los principios generales del Derecho y las definiciones de la jurisprudencia nacional, la Contraloría General de la República y la doctrina, se sostuvo en dicho recurso una interpretación amplia de las atribuciones de INDH para deducir querrela, todo en plena armonía con el mandato legal contenido en la referida ley.

Rechazándose la reposición por el Juzgado de Garantía, la Ilustrísima Corte de Apelaciones de Valparaíso<sup>3</sup> acogió el recurso de apelación interpuesto subsidiariamente, reconociendo al INDH como interviniente en el procedimiento penal, debiendo el juez *a quo* dar lugar a la tramitación de la ampliación de la querrela deducida.

2. Juzgado de Garantía de Valparaíso, RIT N° 4734-2015, RUC 1500493669-5, 12 de julio de 2018.

3. Corte de Apelaciones de Valparaíso, Rol N° 1533-2018, 13 de agosto de 2018.

## Hechos acreditados en juicio

El Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Valparaíso estableció que “[s]iendo aproximadamente las 12:15 horas, del día 21 de mayo del año 2015, en circunstancias que el acusado Manuel Noya Pavis, Sargento 2° de Carabineros, se desempeñaba como pitonero derecho del carro lanza aguas N°LA-044, es solicitada la concurrencia de dicho móvil a Avenida Pedro Montt con Carrera de esta ciudad, atendido que se estaba produciendo un robo en el local comercial “Nextel” ubicado en dicho lugar. Al ingresar el carro citado desde calle Edwards hacía la Avenida Pedro Montt, a la altura del número 1766 de dicha arteria, el acusado accionó, sin justificación, el mecanismo para arrojar agua, lanzando un chorro de agua a las personas que se encontraban en la vereda opuesta al lugar donde ocurría el robo, golpeando a la víctima R.A.B., a una distancia aproximada de 4,7 metros, quien cayó al suelo producto de la fuerza del agua, resultando con un traumatismo encéfalo craneano grave, en Glasgow 7, con pérdida de conciencia, hematoma subdural en hemisferio derecho, contusión del lóbulo frontal y temporal bilateral, y un daño axonal difuso, con un tiempo de enfermedad e incapacidad para el trabajo superior a treinta días”<sup>4</sup>.

## Posiciones jurídicas de los intervinientes

Las posiciones invocadas por los intervinientes respondieron a diversas calificaciones jurídicas. Por una parte, el Ministerio Público estimó que los hechos imputados al acusado encuadraban en el delito de lesiones graves del artículo 397 N°2 del Código Penal cometido con dolo eventual. Concurriendo la atenuante del artículo 11 N°6 del Código Penal, solicitó se condenara al acusado a la pena de quinientos cuarenta y un días de presidio menor en su grado medio, más las penas accesorias del artículo 30 del mismo cuerpo legal.

El querellante particular, por su parte, invocó el tipo penal de violencia innecesaria con resultado de lesiones graves tipificado en el artículo 330 N°2 del Código de Justicia Militar, así como las agravantes de los numerales 1, 6, 10, 11 y 18 del artículo 12 del referido código punitivo, solicitando, por tanto, la pena de diez años de presidio mayor en su grado mínimo, más las accesorias legales.

El INDH, sosteniendo acusación particular aunque basada en los mismos hechos fijados por el ente persecutor, calificó los hechos como constitutivos del delito de homicidio frustrado, previsto y sancionado en el artículo 391 N°2 del Código Penal, en concurso ideal con el

---

4. Tribunal de Juicio Oral de Valparaíso, op. cit., considerando decimoquinto.

delito de lesiones graves, cometido con dolo eventual. Concurriendo las agravantes de los numerales 6 y 12 del artículo 12 del mismo cuerpo normativo, solicitó la pena de quince años de presidio mayor en su grado medio, más las accesorias legales.

La defensa técnica, por otro lado, sostuvo que la actuación de su representado emanó de una voluntad colectiva, no dependiente única y exclusivamente del acusado y ajustada al Manual de Operaciones Policiales del Control de Orden Público, en lo referente a la distancia de lanzamiento y el tipo de chorro utilizado. Agregó que el acusado nunca vio a la víctima acercarse al carro lanza agua y que habría sido ésta la que avanzó hasta la mitad de la extensión del chorro, lo que habría provocado que cayera al suelo. En definitiva, la defensa solicitó la absolución del acusado por ampararlo la excusa legal absolutoria prevista en el artículo 10 N°10 del Código Penal, esto es, la de haber obrado en cumplimiento de un deber, y por no haberse acreditado en el juicio, más allá de toda duda razonable, que este haya actuado con dolo, ni siquiera eventual.

## **EXTRACTOS DE LA SENTENCIA**

**DECIMOSÉPTIMO: CALIFICACIÓN JURÍDICA.** *Que, de la unión lógica y sistemática de los hechos fácticos consignados en esta sentencia, permiten calificarlos como constitutivos del delito de **VIOLENCIAS INNECESARIAS CAUSANDO LESIONES GRAVES**, previsto y sancionado en el artículo 330 N°2 del Código de Justicia Militar, en grado consumado, en razón de concurrir copulativamente todos y cada uno de los elementos objetivos y subjetivos del ilícito penal mencionado, como a continuación se analiza [...]*

*Sobre este tema no se debe desatender lo relatado por el testigo **Ricardo Cartagena Palacios**, quien indicó a le época de los hechos era General de Carabineros y como jefe del orden público impartía instrucciones a fuerzas especiales, porque estaba dentro de sus atribuciones, recordando que el 21 de mayo de 2015, se hizo una reunión a nivel general en Valparaíso, para coordinar y dar instrucciones sobre los procedimientos policiales y participaron todos los oficiales involucrados, donde el impartió instrucciones para efectos del obrar de los carros lanza agua, incluso quedó grabado que pidió que se usara el carro con agua lluvia y sin gas.*

*De este modo, ante tal orden que en definitiva fue “Ingresen y despejen”, lo era para finalidad, tal como lo refirió el policía Godoy Alarcón, que debido a que estaban saqueando la tienda Nextel con personas en el interior, tenían que prestar el auxilio a las posibles víctimas de esa tienda, para lo cual tenían que despejar a los encapuchados o a los que estaban saqueando, aislar el sitio del suceso del robo y despejar el área para que personal*

de infantería procediera. No obstante, en base a dicha dinámica es posible desprender de manera fehaciente, que en el ejercicio de sus funciones del acusado, éste empleo sin motivo racional y absolutamente innecesario lanzo un chorro de agua, sin cumplir con el Manual de Operaciones Policiales en Control del Orden Público de Carabineros de Chile correspondiente al Capítulo IV “Responsabilidad de los Pitoneros en el Lanzamiento de Agua”, ya que si bien el acusado refirió haber aplicado el agua directa, pero en forma de abanico, o sea, movió el pitón de derecha a izquierda, razón por la cual, se le formó la neblina en ese quiosco, y cuando ésta desapareció pudo ver al sujeto en el piso. No obstante, a juicio de estos jueces en ese contexto se ha estimado que el acusado actuó con dolo eventual, ya que del cúmulo de antecedentes recabados en ese momento, no actuó de conformidad con el mencionado manual, desde que no tuvo presente la escasa distancia que mantenían en relación con la masa de gente a donde dirigió el chorro de agua y tampoco en ese lado de la vereda se estaba presentando una manifestación beligerante ni agresiva, toda vez que quedó acreditado que la tienda Nextel, donde se producía el saqueo se encontraba en la vereda de al frente, y en el lugar donde el afectado recibió el chorro, las personas, únicamente, se iban desplazando hacia la Plaza Victoria. En este sentido el Capitán **Francisco Febre Santis**, indicó que el dispositivo que él comandaba, era el carro LA 042, le tiró agua hacia al grupo de personas y, por eso, él ordenó que se cortara, porque no era necesario.

También consta de la exhibición de los registros fílmicos, que en el momento de los hechos no se vio que estuvieran atacando al carro LA 044.

Asimismo, la técnica de despeje por abanico importa lograr un despeje y desplazamiento hacía un sector determinado, lo que en la especie no sucedió, ya que los manifestantes se vieron enfrentados en ambos lados por carros lanza aguas, a saber el LA N°044, donde iba el acusado y de frente el carro LA N°042, lo que era una situación inusual como lo relataron algunos testigos. De este modo, se pudo ver que debido a la forma que estaban actuando los carros lanza aguas y la geografía del lugar, se produjo prácticamente un encerramiento y en ese momento el acusado decide disparar el chorro de agua, quien si bien no buscaba lesionar a la víctima, si se evidencia una intencionalidad con dolo eventual, ya que con sus años de experiencia en esa función –como lo sostuvieron el testigo Hector Godoy y el propio acusado- se representó el hecho como una consecuencia posible, es decir, él controlando ese chorro, se representó y aceptó la conducta capaz de producir un resultado y que era golpear a alguien en esa multitud, pero de manera innecesaria e irracional decidió lanzar el chorro de agua a una muy corta distancia de los manifestantes y con una presión de ocho bares, lo que constituye una presión fuerte considerando el escaso espacio que contaba para dirigir el chorro de agua, lo que hizo que en ese momento fuera desplazándose la víctima, quien fue impactada de lleno en su cuerpo a una distancia aproximada de 4,7 metros, y salió expedita al suelo golpeándose la cabeza con las consabidas consecuencias, descartándose

*desde luego que haya sido pisado, tal como lo explicó la perito Alejandra Moreira en su declaración prestada en estrados [...]*

*Así las cosas, frente al escenario en que estaba el acusado el día de los hechos, donde no era necesario disparar el chorro por las condiciones con las que contaba, era absolutamente innecesario que lanzara el chorro de agua, y lo que debió hacer fue abstenerse de hacerlo, situación que no ocurrió; descartándose, además, por este Tribunal la “imprudencia temeraria”, ya que desde que el encartado aceptó que su actuar podría ser peligroso y capaz de producir un resultado dañoso, se descarta la mera imprudencia temeraria, que constituye sólo una “negligencia” o “ligereza”, como lo señala el profesor Roxin. En efecto, el acusado en estos hechos no actuó de manera descuidada e irreflexiva, donde se confía que nada ocurrirá, sino que por el contrario en todo momento desplegó su conducta con pleno conocimiento de la peligrosidad a la que exponía a los manifestantes en ese momento, y que de manera innominada resultó lesionado el afectado, de quien tampoco se le puede reprochar el haberse cruzado al chorro de agua, ya que en materia de lesiones, como lo indica la doctrina, no existe la compensación de culpas.*

*En definitiva, de lo ya analizado es posible concluir que al acusado de marras le cabe una responsabilidad en calidad de autor en el delito que se ha tenido por probado, de conformidad con el artículo 15 N°1 del Código Penal, por haber tenido una participación inmediata y directa en dicho ilícito, desestimándose desde ya todas las alegaciones de la defensa del acusado, incluso la excusa legal absolutoria prevista en el artículo 10 N°10 del Código Penal -invocada solo en la apertura-, desde que en este caso de marras no se dan sus requisitos para acogerla, ya que el acusado actuó de manera autónoma, desde que el cumplimiento del deber decía relación con despejar el área y proteger a las posibles víctimas del local Nextel, donde se estaba cometiendo un saqueo, lo que quedaba al frente del lugar de los hechos, no avizorándose tampoco que el enjuiciado haya actuado en el legítimo ejercicio de un derecho, desde que su conducta fue contraria al ordenamiento jurídico chileno.*

**DECIMOCTAVO: DESESTIMACIÓN DE LAS CALIFICACIONES JURÍDICAS INTENTADAS POR EL MINISTERIO PÚBLICO Y EL INSTITUTO NACIONAL DE DERECHOS HUMANOS.** *Que, tal como se adelantó en el veredicto, atendido al principio de especialidad de la ley penal, y a la dinámica, modalidad e intencionalidad de la que se valió el enjuiciado, esto es, dolo eventual, en la ejecución del hecho punible que se ha tenido por acreditado, de conformidad con el mérito de las probanzas rendidas en el juicio oral, este Tribunal estimó que no se reúnen los requisitos para tener por configurada las calificaciones jurídicas de lesiones graves del artículo 397 N°2 del Código Penal propuesta por el ente persecutor, y ni el delito de homicidio frustrado en concurso ideal con lesiones graves. En efecto, se ha estimado que en la especie, tal como quedaron asentados los hechos, los*

*mismos se encuadran perfectamente en el delito del artículo 330 del Código de Justicia Militar, operando en este caso el principio de especialidad, que hace primar la aplicación del tipo especial en comento, por sobre el delito de lesiones generales intentado por el Ministerio Público, desde que el sujeto activo se trató de un Carabinero, lo que se condice con lo que se prevé, expresamente, en los artículos 6 y 330 del Código de Justicia Militar, no advirtiéndose de la lectura de este tipo penal de violencias innecesarias causando lesiones graves, que se pueda lesionar el principio non bis in ídem, ya no hay una doble valoración en este caso.*

*Que, en cuanto a los delitos pretendidos por la querellante Instituto Nacional De Derechos Humanos, tampoco fue posible acogerlo, ya que este Tribunal sigue la posición doctrinal que exige dolo directo para poder cometer homicidio frustrado teniéndose en consideración el tenor del artículo 7 del Código Penal, cuando refiere que hay crimen o simple delito cuando el delincuente pone de su parte todo lo necesario para que el ilícito se consuma y ello no se verifica por causas independientes de su voluntad. En efecto, en la especie el acusado, solamente, actuó con dolo eventual, para el delito de lesiones, no habiéndose probado que el acusado haya tenido ánimo homicida, ya sea con dolo directo o eventual, desde que en los hechos no estaba apuntando con arma de fuego por ejemplo, sino que se encontraba maniobrando un pitón de agua, el cual a ocho bares de presión era factible que resultara herida una persona.*

*Aun considerando que el homicidio frustrado pudiera perpetrarse con dolo eventual, tampoco éste sería el caso, ya que se estima que no era altamente probable que al disparar un chorro de agua desde el carro policial diseñado para ese efecto, pudiera producirse la muerte de un transeúnte o manifestante, de tal modo que el acusado no puede haber actuado representándose la realización de dicho hecho y consecuencia y por lo mismo, tampoco estaba en condiciones de aceptar ese tipo de riesgo producido por su acción, motivos por los cuales, la pretensión de la querellante en comento, respecto de esta parte de su acusación, no puede prosperar.*

## COMENTARIO Y DOCTRINA DE DERECHOS HUMANOS

En cuanto a la legitimación activa del INDH para presentar querrela por delitos no contemplados expresamente en el artículo 3.5 de la Ley 20.405, la resolución de la Ilustrísima Corte de Apelaciones de Valparaíso que incorporó a este organismo como interviniente en el proceso penal que se analiza, marcó sin duda un precedente en la región. La interpretación amplia de dicha norma en concordancia con los objetivos de promoción y protección de los derechos humanos de los habitantes de Chile permitió al INDH impulsar una acción criminal por el delito de homicidio frustrado en concurso ideal con el delito de

lesiones graves, solicitando una pena proporcional a la vulneración de los derechos a la vida y la integridad personal del joven lesionado.

La inclusión de este tipo penal, distinto a los invocados por el Ministerio Público (lesiones graves) y el querellante particular (violencia innecesaria), puso de relieve el grado de lesividad de las llamadas “armas no letales” contenidas en el Manual de Operaciones Policiales del Control de Orden Público, vigente a la época de los hechos, entre las que se encuentra el carro lanza agua. En efecto, para destacar la capacidad de causar la muerte de las personas contra quienes se utilizan estas armas, incluso cumpliéndose con los protocolos que regulan su uso, la reciente *Guía de Derechos Humanos de Naciones Unidas sobre Armas Menos Letales para el cumplimiento de la Ley (United Nations Human Rights Guidance on Less-Lethal Weapons in Law Enforcement)* utiliza la expresión “armas menos letales” para referirse, entre otras, al cañón de agua. Señala dicha guía que esta arma en particular genera el riesgo específico de que las personas resbalen o sean forzadas por el chorro de agua contra paredes u otros objetos duros, tal como ocurrió en el caso que se analiza<sup>5</sup>. En otras palabras, la calificación de los hechos por el INDH conforme al tipo penal de homicidio simple manifiesta que, en determinadas circunstancias, el medio utilizado por el autor, este es, el chorro del carro lanza agua, es idóneo para causar la muerte de una persona.

Dicho argumento fue desechado por el Tribunal de Juicio Oral en lo Penal en el presente caso, en tanto descartó el ánimo homicida del acusado señalando que “en los hechos no estaba apuntando con arma de fuego por ejemplo, sino que se encontraba maniobrando un pitón de agua, el cual a ocho bares de presión era factible que resultara herida una persona”, y concluyendo que “no era altamente probable que al disparar un chorro de agua desde el carro policial diseñado para ese efecto, pudiera producirse la muerte de un transeúnte o manifestante”. Sin más, el tribunal no valoró las características específicas del medio empleado en términos de capacidad de resultado mortal en el caso concreto, desestimando en este punto lo referido por la perito médico legista Moreira Aguilera que calculó en un 85,87% el riesgo de muerte de la víctima en las primeras 42 horas, o por el testigo Giménez Sánchez, médico que atendió al afectado en la unidad de urgencia con riesgo vital, quien indicó que sin atención médica oportuna este habría fallecido<sup>6</sup>.

Pues a la luz de los hechos de este caso, resulta evidente que el lanzamiento de un chorro de agua de ocho bares de potencia, a una distancia de 4,7 metros, directamente a la zona

---

5. ONU. (2019). *United Nations Human Rights Guidance on Less-Lethal Weapons in Law Enforcement*. Advanced Unedited Version. Ginebra.

6. Tribunal de Juicio Oral de Valparaíso, *op. cit.*, considerando decimosexto.

superior del cuerpo de una persona, puede ocasionar la muerte de ésta. El acusado se representó estas circunstancias antes de disparar y, pese a prever el posible resultado de muerte de la víctima, continuó con su accionar, no realizando acción alguna para evitarlo, por lo que su obrar resulta del todo doloso en la modalidad de dolo eventual.

Con todo, la diversa calificación jurídica de los intervinientes en este proceso penal da cuenta de la poca claridad que existe, tanto desde el punto de vista doctrinal como jurisprudencial, entorno a los tipos penales que subsumen los hechos de violencia institucional/policial en contexto de protesta social. Esto dificulta, en primer lugar, valorar las circunstancias específicas de la agresión profundizando, por ejemplo, en el grado de indefensión de la víctima cuando se ve enfrentada a un arsenal de armas y funcionarios blindados que hacen uso de la fuerza para resguardar la seguridad y mantener el orden público; o en la capacidad de causar daño de las armas utilizadas en el contexto específico de manifestaciones sociales teniendo presente, por ejemplo, que el propósito de uso de las armas menos letales (como el cañón de agua) es precisamente “restringir cada vez más el empleo de medios que puedan ocasionar lesiones o muerte”<sup>7</sup>.

Luego, la falta de consideración del contexto obstaculiza también la posibilidad de aplicar una pena proporcional a la agresión y a la vulneración de derechos fundamentales que hay detrás de ella, cometida por agentes del Estado. En efecto, la subsunción de este tipo de hechos en la categoría de violencia institucional/policial permite diferenciar estos casos de otros cometidos por particulares, y con ello, cualificar la conducta en términos de constatar la prevalencia de los medios estatales para la vulneración de los derechos a la vida y a la integridad de las y los manifestantes<sup>8</sup>.

El análisis del contexto y la consecuente categorización de los hechos en la figura de violencia institucional/policial exige que los jueces indaguen en los estándares internacionales que regulan la acción estatal en el uso de la fuerza policial. La labor jurisdiccional del tribunal penal que conoce de este tipo casos cualificados, no se debe limitar a constatar la infracción de los protocolos administrativos que rigen la actividad policial, como ocurrió en el caso que se analiza, sino más bien examinar el cumplimiento de los principios de legalidad, necesidad, proporcionalidad y distinción, por una parte, y de la obligación de los Estados

---

7. ONU. (1990). *Principios Básicos sobre el Empleo de la Fuerza y de Armas de Fuego por los Funcionarios Encargados de Hacer Cumplir la Ley*. La Habana, Cuba.

8. Un avance en este aspecto significó la Ley 20.968 que tipificó los delitos de torturas y otros tratos crueles, inhumanos o degradantes, vigente desde el 22 de noviembre de 2016, en tanto cualificó por especialidad los delitos cometidos por funcionarios públicos.

de respetar y garantizar los derechos humanos. Esto teniendo presente además que, en virtud del principio de reserva legal consagrado en los artículos 19 N° 26 y 63 N° 20 de la Constitución, la normativa administrativa de las fuerzas de orden no puede restringir o limitar derechos fundamentales, por lo que se torna del todo inconstitucional.

En resumen, si bien la sentencia condenatoria del Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Valparaíso significó un avance en términos de castigar al autor de un acto de violencia institucional/policial, ésta carece de un análisis más profundo acorde a esta categoría ampliamente desarrollada en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Sin duda la incorporación de esta figura hubiese permitido al tribunal aplicar una sanción mayor a la pena remitida de dos años de presidio menor en su grado medio fijada en el presente caso.

# SENTENCIA DEL TRIBUNAL ORAL EN LO PENAL DE PUERTO MONTT POR EL DELITO DE VIOLENCIA INNECESARIA CON RESULTADO DE MUERTE<sup>1</sup>.

*Milena Sánchez Caro*  
*Sede Regional Los Lagos*

## RESUMEN

El fallo comentado condena a un funcionario de Carabineros de Chile por ejercer violencia innecesaria en contra de un ciudadano en el contexto de un control policial en la costanera de la ciudad de Calbuco, lo que culmina en el deceso de la víctima por caída de altura. La sentencia incorpora estándares en materia de control de orden público y uso de la fuerza por parte de funcionarios policiales, así como la concurrencia de los principios de legalidad, necesidad y proporcionalidad en el desempeño de sus funciones de orden público.

**Palabras clave:** función policial, proporcionalidad, uso de la fuerza, violencia innecesaria

---

1. Tribunal Oral en lo Penal de Puerto Montt, RIT O-104-2018, RUC 1700613778-4, 19 de marzo de 2019.

## **ANTECEDENTES RELEVANTES DEL CASO**

La sentencia condenatoria del Tribunal Oral en lo Penal de Puerto Montt acredita conforme a la prueba presentada determinados hechos que se dieron por probados respecto de un acusado por el delito de violencia innecesaria con resultado de muerte, del artículo 330 número 1 del Código de Justicia Militar.

Al respecto, los hechos acreditados dan cuenta que el día 2 de julio de 2017 en horas de la noche, en circunstancias que el Cabo Segundo de Carabineros Fabián Cortez Torres desempeñaba funciones propias de su calidad de Carabinero en el sector de Avenida Brasil de la comuna y ciudad de Calbuco, junto al Suboficial a cargo, Héctor Núñez Melo y al cabo Primero Andrés Urbina Ahumada, cerca de las 21:30 horas practicaron un procedimiento de la ley de alcoholes por haber sorprendido a un grupo de personas bebiendo alcohol en la vía pública.

Entre los controlados figuraba la víctima J.G.O, quien se encontraba en estado de ebriedad, en el sector de Avenida Brasil frente a la esquina de calle Francisco Bilbao, de la comuna de Calbuco, en una plataforma de hormigón, aledaña a la playa. En el contexto del procedimiento policial, el funcionario Fabián Cortez Torres empleó, sin causa justificada, violencia innecesaria en contra de la víctima, golpeándolo con uno de sus hombros en la zona superior del cuerpo, lo que provocó que Jorge González perdiera el equilibrio y cayera de espaldas, desde una altura cercana a los dos metros, golpeándose la cabeza en una rampla de concreto existente en el lugar.

A raíz de esta caída, el referido resultó con una fractura oblicua fronto temporoparietal derecha, que desencadenó un traumatismo craneo encefálico, que tras provocarle una depresión respiratoria desencadenó su muerte el día 8 de julio de 2017, mientras se encontraba hospitalizado en el Hospital Base de Puerto Montt.

Adicionalmente, la sentencia analiza la participación del funcionario Héctor Núñez Melo, quién es finalmente absuelto de las acusaciones del Ministerio Público y querellantes<sup>2</sup>, por

---

2. A este respecto, el Ministerio Público presenta acusación en su contra por el delito de obstrucción a la investigación, previsto y sancionado en el artículo 269 bis del Código Penal. Lo anterior, bajo los antecedentes de que "tomando conocimiento de la caída que afectó a la víctima Jorge González Oyarzo, y no obstante haber sindicación por terceros de la participación en los hechos de personal a su cargo, puntalmente del imputado Cortez Torres, obstaculizó gravemente el esclarecimiento de dicho hecho, y de la investigación que permitiera determinar la participación del imputado Cortez Torres, aportando el antecedente falso de constarle de que dicha caída era casual, para de esta forma y no obstante el riesgo vital que presentaba la víctima durante la madrugada, incumplir la obligación de comunicarse

los delitos de obstrucción a la investigación y delito de violencia innecesaria con resultado de muerte, en calidad de encubridor.

Ante estos hechos, el Instituto Nacional de Derechos Humanos por su parte se adhirió a la calificación típica del Ministerio Público en lo que respecta a la imputación del acusado Fabián Cortez, como autor del delito de violencia innecesaria con resultado de muerte, ya indicado, incorporando en su argumentación la necesaria atención a las normas que rigen el desempeño de los funcionarios de Carabineros de Chile, cuyo fundamento dice directa relación con las obligaciones internacionales adoptadas por el Estado chileno de establecer normas que limiten el uso de la fuerza y permitan en este sentido el respeto y garantía de los derechos humanos, conforme a los instrumentos del derecho internacional de los derechos humanos. Por otro lado, respecto del acusado Héctor Núñez Melo, se presentó acusación particular por el mismo delito de violencia innecesaria con resultado de muerte, atribuyéndole participación en calidad de encubridor del mismo, habida consideración de los antecedentes por lo que se formalizó al funcionario por parte de la Fiscalía, y considerando que ellos constituían conductas tendientes al ocultamiento del hecho en cuanto tal mediante afirmaciones falsas.

En lo resolutivo, el fallo en comento resuelve condenar al acusado Fabián Cortez Torres a la pena de cinco años y un día de presidio mayor en su grado mínimo, en calidad de autor del delito consumado de violencias innecesarias con resultado de muerte, con las penas accesorias de inhabilitación absoluta perpetua para cargos y oficios públicos y derechos políticos y la inhabilitación absoluta para profesiones titulares, mientras dure la condena. Finalmente, y dada la extensión de la pena privativa de libertad, se determinó que el condenado cumpliera de manera íntegra y efectiva la sanción impuesta, con los abonos correspondientes.

Finalmente, el segundo acusado, Héctor Núñez Melo, fue absuelto de las imputaciones realizadas a su respecto por los delitos de obstrucción a la justicia y violencia innecesaria con resultado de muerte en calidad de encubridor.

---

por la vía más expedita con el fiscal de turno. Asimismo, posteriormente, cerca de las 09:00 horas del día siguiente, a través de parte policial N°652, de fecha 02 de julio de 2017 de la Cuarta Comisaría de Carabineros de Calbuco, dio cuenta de "otros hechos no constitutivos de delito", el que fue ingresado a la fiscalía local en horas de la mañana del día 03 de julio de 2017, donde se contenía la información mendaz de que el afectado perdió el equilibrio producto del estado etílico, información falsa, ya que al imputado Núñez Melo le constaba la sindicación efectuada por terceros de la participación del Funcionario Policial Fabián Cortez, actuación que impidió al Ministerio Público disponer la concurrencia inmediata de personal especializado e instruir el trabajo del sitio del suceso por éstos, el resguardo del sitio del suceso, previo a los cambios de mareas, y el contexto climatológico del lugar."

Ante esta resolución, se presentó ante la Corte de Apelaciones de Puerto Montt un recurso de nulidad por parte de la defensa jurídica del condenado Fabián Cortez Torres, la que en resolución de 1 de julio de 2019 resuelve rechazar el recurso presentado, confirmando de esta manera lo resuelto en la sentencia del Tribunal Oral en lo Penal de Puerto Montt.

## **EXTRACTOS DE LA SENTENCIA<sup>3</sup>**

***DUODÉCIMO:** Que la adecuada resolución del caso, demanda tener en consideración que la figura de violencias innecesarias contemplada en el artículo 330 del Código de Justicia Militar, se estructura sobre la base de una figura simple contenida en numeral 4 primera parte de la regla en mención, y tres hipótesis calificadas, descritos en los numerales 1, 2 y 3 de la misma norma.*

*De acuerdo a lo anterior entonces, se puede sostener que el delito simple de violencias innecesarias, conforme a lo dispuesto en el artículo 330 N°4 primera parte del Código de Justicia Militar, lo comete el militar que, con motivo de ejecutar alguna orden superior o en el ejercicio de funciones militares, empleare o hiciere emplear, sin motivo racional, violencias innecesarias para la ejecución de los actos que debe practicar, sin causarle lesiones al ofendido.*

*Valga consignar en esa parte, que si bien es cierto, pareciera que el delito se calificara por el mero acaecimiento de uno de los resultados previstos en la regla, dicha hermenéutica atenta contra el principio de culpabilidad, limite al ius puniendi, y aceptarlo sería consagrar una suerte de versari in re ilícita, alternativa que obliga a interpretar el tipo exigiendo en el resultado concurrente, al menos imprudencia. En palabras de Bascuñán, se trataría de delitos complejos formados por un delito doloso (el empleo de violencias innecesarias) y un resultado más grave atribuible al menos a culpa del militar.*

*De igual modo resulta pertinente realizar un alcance en torno a la exigencia de dolo respecto del resultado calificante de la figura, esto es, si la interpretación correcta de la misma, demanda determinar en cada caso, que la ejecución del agente, respecto a dicho resultado se verifique o sea perpetrado con dolo. Sin embargo, es posible sostener que la exigencia de dolo solo se impone respecto de las acciones que configuran el delito base, esto es, las violencias innecesarias, mientras que respecto del resultado calificante, resulta suficiente su comisión imprudente.*

---

3. Los destacados son nuestros.

Conforme a lo anterior entonces, previo a determinar la calificación consecuente, en la especie la del numeral I del artículo 330 ya citado, resulta ineludible establecer previamente la configuración de la figura simple, tal como ocurre en el tratamiento sistemático que le dispensa el legislador al delito de homicidio.

En el caso concreto la descripción típica impone que el golpe, empujón, o empujón del carabainero Cortez Torres a la víctima, en el ejercicio de sus funciones empleó, sin motivo racional, violencias innecesarias para la ejecución de los actos que debió practicar la noche en que sucedieron los hechos.

En este sentido, ha resultado pacífico que las acciones ejecutadas por el agente se verificaron en el marco de un procedimiento policial, en particular un control de identidad preventivo, y la acción ejecutiva de Cortez, transita en circunstancias que la víctima se encontraba reclamando verbalmente por el procedimiento que se resolvía a su respecto. **Amén de lo afirmado por los acusadores en torno a la innecesaridad y desproporcionalidad de los actos realizados por el acusado, su verificación en el contexto en que fue desarrollado, se encuentra regulado institucionalmente, lo que permite añadir un fundamento en torno a lo racional o no de dichas acciones. En efecto, la Circular N°001756 de la Dirección General de Carabineros de fecha 13 de Marzo de 2013, que imparte instrucciones en relación al uso de la fuerza, junto con señalar que la fuerza solo debe aplicarse cuando sea estrictamente necesaria y en la medida requerida para el desempeño de las funciones policiales, e imponer como supuestos básicos para el empleo de la misma, los principios de legalidad, necesidad y proporcionalidad, obliga a su uso diferenciado y gradual, de acuerdo al ordinal IV de dicha normativa, que en lo que nos interesa, señala que “la actuación policial, especialmente la preventiva, impone la necesidad de fiscalizar personas. Estas pueden adoptar diversas actitudes frente a las indicaciones de la autoridad policial, que van desde la normal cooperación, hasta la adopción de una posición de resistencia, o incluso de agresión. La colaboración o resistencia de una persona que ésta siendo controlada o fiscalizada puede darse en cinco niveles: Nivel 2 de resistencia pasiva: No obedece las indicaciones del Carabainero y manifiesta una actitud indolente, haciendo afirmaciones corporales o verbales negativas. Ejemplo: Una persona es controlada y no acata las indicaciones expresando su desagrado con gestos faciales o expresiones de brazos.” El mismo ordinal es el que gradúa la fuerza a utilizar, pormenorizando que, “Frente a los distintos niveles de oposición o agresión, se pueden distinguir iguales niveles de fuerza que el personal de Carabineros debe emplear, con criterios diferenciados y con una intensidad progresiva, para vencer la resistencia o repeler la amenaza: Nivel 2 de fuerza: verbalización. Utilización de medios preventivos como un mandato perentorio, y la persuasión.”**

*Que en el contexto que se anota, es posible suponer que ni siquiera la regulación institucional ampara el proceder del carabinero Cortez Torres, desde que en el evento que los reclamos que verbalmente y mediante gestos realizaba la víctima por el proceder policial, es posible subsumirlo dentro de lo que la propia institución describe como “resistencia pasiva”, el referido Cortez, a lo único que se encontraba autorizado, era a utilizar medios preventivos, como un mandato perentorio, o bien persuadirlo verbalmente a deponer su actitud, desde que dichas acciones son las que se consideran institucionalmente ajustadas a los principios de necesidad, legalidad y proporcionalidad, y que en su calidad de carabinero debían haber gobernado sus actuaciones en la oportunidad en que sucedieron los hechos.*

*En el sentido que se viene reflexionando entonces, las acciones ejecutadas por el acusado Cortez, solo pueden ser consideradas como acciones violentas e irracionales en la demanda normativa que contiene la figura contemplada en el artículo 330 del Código de Justicia Militar y completa de este modo el imperativo que el tipo exige en esta parte.*

**DECIMOTERCIO:** *Que para estar en presencia de la figura calificada en concurso, resta establecer aún las circunstancias de la muerte de J.G.O desde la perspectiva de la imputación de la misma al actuar previo del agente.*

*En el caso concreto, conforme ya se ha expresado, no existe disputa, en orden a que siguiendo la teoría de la equivalencia de las condiciones o de la condición suficiente, al menos, las acciones ejecutadas por Cortez Torres fueron la causa o determinaron la muerte de J.G.O, resultado que, de este modo, se encuentra vinculado causalmente con dicho actuar precedente.*

*Con todo, configurado el injusto objetivo, resta determinar si en el obrar del acusado Cortez, se puede reconocer la tipicidad subjetiva que sugieren los acusadores, esto es que dichas acciones se hubieren verificado con dolo eventual al menos. Atentos a las alegaciones formuladas en esta parte deberá determinarse entonces no solo la concurrencia de la tipicidad objetiva ya resuelta, sino que además, debe resultar posible imputar subjetivamente dicho resultado al acusado Cortez. La pregunta que se busca responder en esta parte es, si se requiere exigir del agente, una voluntad positiva de realizar el tipo penal en concurso, y en este sentido verificar una distinción entre dolo eventual y culpa o imprudencia consciente, que descansa sobre un plus de gravedad que permita sostener que la verificación del tipo ha sido abrazada por la voluntad de realización del agente y de este modo ha sido deseada por éste.*

(...)

*Lo determinante en la especie en esta parte, a efectos de imputación, es si Cortez Torres se representó con una probabilidad suficiente la posibilidad concreta de que sus acciones determinaran o concluyeran con el desequilibrio y posterior caída de la víctima desde la posición en que se encontraba y que se golpeará en la cabeza con las consecuencias posteriores, y conforme a lo determinado en el desarrollo de la audiencia, teniendo en cuenta los elementos de juicio incorporado a dichos efectos, no resulta posible atribuir a su accionar una conducta dolosa, o al menos, no más allá de toda duda razonable.*

*Con todo, descartado el dolo, la pregunta es si resulta posible reconocer en su actuar imprudencia, con lo cual sería posible configurar un delito culposo de homicidio, desde que en este orden de ideas, la imprudencia reemplaza al dolo como criterio de imputación y en esa medida resulta suficiente para afirmar la antijuridicidad de la conducta, pues aun, careciendo Cortez Torres del conocimiento mínimo para el dolo, subsiste la pregunta en torno a la ausencia de capacidad para evitar el resultado lesivo, pues como ya se ha dicho, **podría haber ajustado su accionar a los requerimientos institucionales, y en esa consecuencia haber actuado conforme a dicho mandato corporativo, (circular 001756) contexto que le aseguraba su capacidad futura de evitación de infracción de la norma.***

*En términos generales, la imprudencia alude a la comprobación de que, si bien un sujeto no estaba capacitado para evitar una conducta que satisface la descripción típica, sí estaba capacitado para evitar tal situación de incapacidad. Para ello, le resultaba exigible adoptar medidas de precaución contextualmente pertinentes con el objeto de asegurar su capacidad de seguimiento futuro de la norma. El estudio de la imprudencia se enmarca en el ámbito subjetivo del injusto, en donde se examina la posibilidad de atribuir una conducta que realiza alguna descripción típica a un determinado sujeto. Es decir, comprobar si el autor estaba en posición de seguir la norma al disponer de las capacidades necesarias para la evitación del resultado típico.*

(...)

*En otros términos, el accionar del agente, reúne todos los requisitos que se exigen a nivel de imputación a título de imprudencia, esto es, la exigencia de cuidado infringida según ya se ha señalado previamente, desde que este vulneró el estándar objetivo de cuidado, de acuerdo al contexto en que desarrolló sus acciones, a la sazón, que J.G.O se encontraba en estado de ebriedad, que se ubicaba en el borde del paseo peatonal, de pie y a espaldas de una caída cercana a los dos metros, sin baranda o estructura de protección alguna, alternativas todas*

que el policía conocía y que por lo demás, se podían percibir a ojo desnudo como lo sostienen todos los testigos que se encontraban en el lugar de los hechos al momento de ocurrir los mismos, y como logró advertir el tribunal, en las impresiones fotográficas que por sistema de data show se incorporaron en la audiencia. **En este contexto, la medida de precaución, era enfrentar la supuesta “resistencia pasiva de la víctima” verbalizando, dándole una orden perentoria o persuadiéndolo para que depusiera su actitud, la verificación de estas acciones, hubiesen impedido que el agente se pusiera en la situación futura de ser incapaz de evitar los resultados lesivos que en definitiva sufrió la víctima.** En términos concretos, se ha logrado comprobar que Cortez Torres estaba en posición de adherir al comportamiento reglado, desde que disponía de las capacidades necesarias para la evitación del resultado típico, lo que no verificó. De este modo, el proceso de imputación que ha puesto en disputa la relación entre el comportamiento antinormativo y el acusado Cortez, ha mantenido su conexión con éste, pudiendo afirmarse que tal conducta es suya, -le resulta imputable- y en esta medida debe tolerar el reproche en su contra por haberla ejecutado

**DECIMO CUARTO:** Establecido como ha quedado, que la muerte de J.G.O, es imputable a título de imprudencia, es posible subsumir las acciones desplegadas por Cortez Torres y el resultado respectivo en la figura del artículo 330 N°1 del estatuto de justicia militar, pues si bien es cierto a priori se podría pensar en un concurso ideal entre el delito de violencias innecesarias simples y el delito culposo de homicidio, se trata en la especie de un concurso aparente entre esta última figura y el delito de violencias innecesarias con resultado de muerte, donde éste injusto subsume el injusto del primero, siendo esta la calificación jurídica correcta que debe tenerse por concurrente respecto a los hechos que ha tenido por establecido el tribunal, a la sazón un delito de violencias innecesarias con resultado de muerte en la persona de J.G.O, perpetrado en la ciudad de Calbuco el 02 de julio de 2017.

**DÉCIMO SEXTO:** Que sin perjuicio de haberse cubierto en los motivos que preceden, a propósito del tratamiento de la estructura del tipo penal, gran parte de los requerimientos a título de culpabilidad, valgan algunas referencias generales en torno a este requisito del castigo. En efecto, establecido en el caso de marras, la tipicidad objetiva y subjetiva, como la antijuridicidad de las acciones ejecutadas por Cortez Torres, no basta para ejercer sobre éste, el ius puniendi estatal, sino que se debe determinar su culpabilidad, esto es, que se le pueda reprochar su actuar, porque en definitiva pudiendo haber adoptado una conducta conforme a derecho no lo hizo.

*Conditio sine qua non para ser declarado culpable, es tener la calidad de imputable, es decir, haber tenido la capacidad de comprender, al momento de los hechos, las acciones que se ejecutaban, y haber dirigido sus actos conforme a esa comprensión.*

*La exclusión de imputabilidad, debe verificarse entonces, conforme a las reglas generales con la acreditación de alguno de los presupuestos que regulan los distintos numerales del artículo 10 del Código Penal. Sin embargo, estos juzgadores, conforme a la prueba incorporada en audiencia, no se logró establecer la concurrencia de ninguna de dichas causales, las que tampoco fueron alegadas por la defensa.*

*Que sin perjuicio de lo que se viene sosteniendo, a efectos de culpabilidad, no basta con que el agente sea imputable, sino que **además se requiere, que éste comprenda la antinormatividad de sus actos, que se entere en forma íntima que actúa ilícitamente, requisito que en el caso del delito de violencias innecesarias con resultado de muerte que nos ha ocupado, estos juzgadores lo tienen por concurrente respecto del acusado Cortez Torres, conforme al conjunto de razonamientos que se han expuesto en los motivos que preceden, amén de que cualquier funcionario policial sabe o debe saber que debe regular sus actuaciones a su regulación interna y que aplicar violencias fuera de dicho marco regulativo, en forma innecesaria, y causando la muerte de una persona, constituyen acciones prohibidas y penadas por la ley.***

*De este modo, siendo la base de la ilicitud, de una evidencia elocuente, y no habiéndose alegado por la defensa causal de inexigibilidad de la conducta, o que libere de culpabilidad, alternativa que estos juzgadores como se viene expresando tampoco advierten, es que se concluye que los actos desplegados por el agente le resultan reprochables, o dicho en términos normativos, conforme a la teoría general, imputables a título de culpabilidad.*

#### **VIGÉSIMO PRIMERO:**

*III. Que se CONDENA a FABIÁN EDUARDO CORTEZ TORRES, ya individualizado, a la pena de CINCO AÑOS Y UN DIA de presidio mayor en su grado mínimo, en calidad de autor del delito consumado de violencias innecesarias con resultado de muerte en la persona de J.G.O, perpetrado el 02 de julio de 2017 en la ciudad de Calbuco.*

*IV. Que se le condena además, a las penas accesorias de inhabilitación absoluta perpetua para cargos y oficios públicos y derechos políticos y a la inhabilitación absoluta para profesiones titulares mientras dure la condena.*

V. Que atendida la extensión de la sanción privativa de libertad impuesta, no se sustituye la pena por ninguna de las que establece la ley N°18.216 y, en consecuencia, Cortez Torres, deberá cumplir íntegra y efectivamente la sanción corporal impuesta, abonándose a su cómputo los días que ha permanecido privado de libertad por estos hechos, esto es, un total de ciento ochenta y tres días (183) según aparece en el certificado del Ministro de fe de este tribunal.

Que de acuerdo a los fundamentos expuestos en los motivos precedentes de esta resolución no se condena en costas al acusado Cortez Torres, ni a los acusadores respecto del acusado Núñez Melo.

## COMENTARIO Y DOCTRINA DE DERECHOS HUMANOS

La sentencia del Tribunal Oral en lo Penal de Puerto Montt refleja la evaluación de un tipo penal escasamente abordado en la jurisprudencia penal nacional. En efecto, el artículo 330 N° 1 del Código de Justicia Militar indica que:

*“El militar que, con motivo de ejecutar alguna orden superior o en el ejercicio de funciones militares, empleare o hiciere emplear, sin motivo racional, violencias innecesarias para la ejecución de los actos que debe practicar, será castigado:*

*1° Con la pena de presidio mayor en sus grados mínimo a medio si causare la muerte del ofendido (...).”*

Se ha señalado por la Excelentísima Corte Suprema que lo que se sanciona mediante este tipo penal es “el empleo de fuerza más allá de lo permitido, el exceso de ejecución, o cuando no sea necesario el uso de la fuerza por no presentar la persona en que se ejecuta resistencia de ninguna especie”<sup>4</sup>. Esta descripción demuestra de por sí que los elementos que deben observarse en su calificación no se subsumen simplemente en la comisión de actos de agresión física o maltrato empleados por el militar, sino que además, es imperativo que la misma sea “innecesaria”, es decir, que para la satisfacción del tipo penal, su empleo se haga sin motivo racional.

El requisito de irracionalidad del actuar funcionario hace necesaria, y así se verifica en la sentencia, la incorporación de las normas a las que se sujeta el uso de la fuerza por parte de funcionarios de Carabineros de Chile, en atención al caso concreto. Lo anterior, recordando que la facultad de los funcionarios policiales para emplear la fuerza y armas de fuego en el cumplimiento de sus deberes deriva de la Constitución Política de la República.

4. Corte Suprema, 14 de diciembre de 2015, Rol 7315-15, Considerando Sexto.

En este sentido, a la hora de analizar los elementos de la conducta del funcionario policial para establecer la irracionalidad de su actuar, el sentenciador recurre directamente a la Circular N° 1756 de la Dirección General de Carabineros de 13 de marzo de 2013<sup>5</sup>, que imparte instrucciones en relación al uso de la fuerza, estableciendo perentoriamente que ella sólo debe aplicarse cuando sea estrictamente necesaria y en la medida requerida para el desempeño de las funciones policiales, estableciendo como presupuestos básicos para el empleo de la misma, los principios de legalidad, necesidad y proporcionalidad.

Esta premisa, responde a la necesidad de que los lineamientos institucionales de Carabineros de Chile deben ajustarse a estándares internacionales de Derechos Humanos en materia de uso de la fuerza pública. En efecto, si bien la referencia a las normas internacionales que regulan esta materia no se hace explícitamente en la sentencia, está contenida en la misma Circular mencionada, al señalar que la aplicación de la fuerza debe realizarse considerando el estándar internacional, y referenciando el Código de conducta para funcionarios encargados de hacer cumplir la Ley, adoptado por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su resolución 34/169 de 17 de diciembre de 1979, así como a los Principios básicos sobre el empleo de la fuerza y las armas de fuego por los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley, adoptados por el Octavo Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del delito y Tratamiento del Delincuente, del año 1990.

En torno al Derecho Internacional de los Derechos Humanos, las normas que regulan el uso legal, necesario y proporcional de la fuerza encuentran su razón de ser en los derechos humanos reconocidos a las personas en torno a la vida, integridad física y psíquica, libertad, prohibición de la tortura y otros tratos crueles inhumanos y degradantes y otros derechos vinculados. En este sentido, el derecho internacional reconoce que las actuaciones policiales que involucran el uso de la fuerza requieren normas definidas y claras que establezcan las potestades y los límites de la policía en sus intervenciones. Con este fin, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha establecido que la observancia de las medidas de actuación en caso que resulte imperioso el uso de la fuerza impone a los Estados satisfacer los principios de legalidad, absoluta necesidad y proporcionalidad<sup>6</sup>, definiendo en este

---

5. Actualmente derogada y reemplazada por la Circular N° 1832 de la Dirección General de Carabineros de Chile, de 1 de marzo de 2019 que actualiza instrucciones respecto del uso de la fuerza. Sin embargo, en lo sustancial a efectos de considerar los principios para el uso de la fuerza policial, mantiene los supuestos básicos de legalidad, necesidad y proporcionalidad.

6. Corte IDH. Caso Cruz Sánchez y otros Vs. Perú. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 17 de abril de 2015. Serie C No. 292. Párrafo 265.

sentido qué debe interpretarse por cada uno de estos elementos<sup>7</sup>, consideraciones que en conjunto con las normas internacionales precitadas sirvieron de base para la incorporación de estos estándares en la normativa interna que regula el actuar de las fuerzas policiales y de orden público. Existe, por ende, una vinculación indisoluble entre el límite al uso de la fuerza estatal por parte de los funcionarios policiales, y las obligaciones internacionales de respeto, protección y garantía de derechos humanos adquiridas por Chile mediante la ratificación de los tratados internacionales del sistema internacional de Derechos Humanos.

A este respecto, la aplicación que realiza el tribunal a la hora de contrastar la actuación del acusado con las conductas normadas en la Circular, verificando que no se cumplen las condiciones para considerar el actuar del funcionario como ajustado a los principios de legalidad, necesidad y proporcionalidad<sup>8</sup> determina la concurrencia del actuar exigido por el tipo penal, concluyendo en definitiva el sentenciador que *“es posible suponer que ni siquiera la regulación institucional ampara el proceder del carabnero Cortez Torres (...) desde que dichas acciones [las contempladas en la Circular sobre Uso de la Fuerza] son las que se consideran institucionalmente ajustadas a los principios de necesidad, legalidad y proporcionalidad y que en su calidad de carabnero debían haber gobernado sus actuaciones en la oportunidad en que sucedieron los hechos”*.

Adicionalmente, el tribunal vuelve a recurrir a las normas de legalidad, necesidad y proporcionalidad vinculantes para el actuar policial a la hora de analizar el elemento subjetivo de la conducta desplegada respecto del resultado de muerte establecido en el tipo penal. En este sentido, y en atención a que el tribunal adhiere a la doctrina que señala que el tipo penal de violencia innecesaria -en cualquiera de sus numerales- resultan ser tipos complejos,

---

7. En este sentido, establece las siguientes definiciones:

*Legalidad:* el uso de la fuerza debe estar dirigido a lograr un objetivo legítimo, debiendo existir un marco regulatorio que contemple la forma de actuación en dicha situación.

*Absoluta necesidad:* el uso de la fuerza debe limitarse a la inexistencia o falta de disponibilidad de otros medios para tutelar la vida e integridad de la persona o situación que pretende proteger, de conformidad con las circunstancias del caso.

*Proporcionalidad:* los medios y el método empleados deben ser acorde con la resistencia ofrecida y el peligro existente. Así, los agentes deben aplicar un criterio de uso diferenciado y progresivo de la fuerza, determinando el grado de cooperación, resistencia o agresión de parte del sujeto al cual se pretende intervenir y con ello, emplear tácticas de negociación, control o uso de fuerza, según corresponda.

8. En concreto, el nivel de resistencia de la víctima controlada en este caso correspondía, en criterio del tribunal, al nivel de resistencia pasiva, o nivel 2 de resistencia, es decir, “el fiscalizado o controlado no obedece las indicaciones del carabnero y manifiesta una actitud indolente, haciendo afirmaciones corporales o verbales negativas”. Ante este nivel de resistencia, la Circular en comento considera que procede un nivel de fuerza que el personal debe emplear, con intensidad progresiva, correspondiente en este caso al nivel 2 de fuerza, consistente en la verbalización, la utilización de medios preventivos como un mandato perentorio, y la persuasión.

formados por un delito doloso (el empleo de violencias innecesarias) y un resultado más grave atribuible al menos a culpa del militar<sup>9</sup>, su razonamiento analiza los elementos propios de cada uno de estos momentos.

Sin adentrarnos en la discusión de los elementos subjetivos del tipo, y habiendo corroborado que existió efectivamente una determinada intención en la violencia innecesaria ejercida por el funcionario, el tribunal se pregunta si el autor estaba en condiciones de evitar el resultado de muerte, o si estaba en posición de adoptar las conductas necesarias para evitarlo. Para analizar este elemento (y finalmente considerar concurrente un actuar imprudente respecto al resultado de muerte por parte del funcionario policial), el tribunal considera que el funcionario *“podría haber ajustado su accionar a los requerimientos institucionales, y en esa consecuencia haber actuado conforme a dicho mandato corporativo (circular 001756), contexto que le aseguraba su capacidad futura de evitación de infracción de la norma”*. En este sentido, se incorpora por el tribunal la debida sujeción a la conducta que el ordenamiento imprime a la acción policial, como un elemento que el autor debía conocer y aplicar a la hora de resolver la resistencia del fiscalizado, circunstancia que no fue considerada por el funcionario, y que en definitiva contempla la concurrencia de una conducta prohibida para el mismo.

Finalmente, la necesaria sujeción de los funcionarios a los principios y normas que regulan el uso de la fuerza estatal es nuevamente incorporada en el análisis del tipo penal. En este sentido, a la hora de evaluar la culpabilidad del acusado y la comprensión de la ilicitud de sus actos, el tribunal considera que *“cualquier funcionario policial sabe o debe saber que debe regular sus actuaciones a su regulación interna y que aplicar violencias fuera de dicho marco regulativo, en forma innecesaria, y causando la muerte de una persona, constituyen acciones prohibidas y penadas por la ley”*.

La incorporación de estos estándares y de la premisa de uso de la fuerza legal, necesario y proporcional, permite a través de esta sentencia destacar la necesaria atención a un ejercicio de la fuerza policial reglado, como un fundamento esencial de protección y garantía de los derechos humanos de todas las personas sometidas a los procedimientos policiales propios del control de orden público ejercido por las fuerzas de orden y seguridad pública. Adicionalmente, la condena aplicada en este caso, así como la pena accesoria de inhabilitación absoluta perpetua para cargos y oficios públicos, armoniza con esta afirmación, en tanto materializa la imposibilidad de desempeño como agente estatal al haberse verificado una

9. BASCUÑÁN Rodríguez, Antonio, *“Agraviados inferidos por funcionarios públicos a las libertades garantizadas por la Constitución”*, Materiales de Estudio, curso de Derecho Penal II (parte especial) 2ª versión actualizada, Santiago, Julio de 1998, p. 67

conducta antinormativa y vulneratoria de derechos humanos, y que en el caso concreto, significó la afectación de la vida de una persona.

Esta sentencia resulta relevante por cuanto en el análisis de concurrencia de los elementos propios del tipo penal de violencia innecesaria con resultado de muerte, incorpora el estándar de conducta de los funcionarios policiales y la necesaria sujeción a los límites impuestos al uso de la fuerza policial, todo lo cuál lleva a relevar los estándares de derechos humanos en materia de acción policial, determinando que el uso de la fuerza en procedimientos con personas controladas o fiscalizadas por funcionario policiales debe necesariamente considerar los principios de legalidad, necesidad y proporcionalidad.

Finalmente, no puede desconocerse que en el análisis de los estándares de conducta que deben regular el uso de la fuerza por parte de funcionarios policiales, resulta del todo necesario considerar los estándares contenidos en los instrumentos del derecho internacional de los derechos humanos, los que deben ser incorporados como normativa aplicable por parte de los tribunales nacionales en el ejercicio judicial, ya que constituyen el fundamento y génesis de las obligaciones del Estado en torno al desempeño de sus agentes, con miras al respeto irrestricto de los derechos de todas las personas.

PARTE **2**

ACCIONES  
CONSTITUCIONALES

## SENTENCIA DE AMPARO CONSTITUCIONAL POR AFECTACIÓN A LA LIBERTAD PERSONAL EN PROCEDIMIENTO POLICIAL RELATIVO A UNA REIVINDICACIÓN TERRITORIAL MAPUCHE EN LA ARAUCANÍA<sup>1</sup>.

*Marcos Rabanal Toro*  
*Sede Regional Araucanía*

### ABSTRACT/RESUMEN

El presente caso trata de una acción de amparo constitucional interpuesta en favor de una niña, dos mujeres y cinco hombres mapuche, que fueron objeto de un desalojo por parte de funcionarios de Carabineros, en un predio que reivindican como parte de su territorio ancestral, el Lof Mallekoche, sector Bajo Malleco de la comuna de Collipulli, Región de La Araucanía.

Con motivo de este caso, la Corte Suprema, revocando el fallo de la Corte de Temuco, fija el criterio conforme al cual el plazo de flagrancia en el delito de usurpación, que legitima el actuar de las Policías para actuar con facultades propias, de conformidad al Código Procesal Penal –al igual que en otros delitos–, es de 12 horas, transcurridas las cuales el desalojo del inmueble requiere autorización judicial. La afectación del derecho a la libertad ambulatoria en un contexto de desalojo de inmueble solo procede en aquellas casos expresamente contemplados en la ley, en consideración a que dichas conductas representan una severa limitación del derecho a la libertad personal, así como de los derechos a la privacidad, indemnidad y guardar silencio. Mayor celo en el ejercicio de aquellas facultades es exigible a los agentes del Estado cuando las personas objeto de dichas medidas son niños, niñas y adolescentes (NNA). La Corte recuerda que, siendo los/as amparados/as niños/as, no podían ser objeto de control de identidad preventivo por expresa prohibición legal, y tampoco podían ser interrogados/as. Se reprocha igualmente que de este procedimiento policial no haya quedado registro de ninguna especie.

**Palabras claves:** flagrancia, usurpación, libertad personal

---

1. Corte de Apelaciones de Temuco, Rol 32-2018. Corte Suprema Rol N° 5427-18.

## ANTECEDENTES DEL CASO

Las familias mapuche pertenecientes a la Comunidad Mallekoche del Bajo Malleco, en acción reivindicativa y esgrimiendo derechos ancestrales sobre el territorio en disputa, realizaron ocupación pacífica efectiva de terrenos ubicados en el llamado “Fundo el Fiscal”, un predio del sector Bajo Malleco sobre el cual se habría establecido una medida de Protección de la Fiscalía Local de Collipulli tres días antes del desalojo que se reprocha en el recurso de amparo. Se trataría de un espacio actualmente ocupado por un particular, de valor cultural para la comunidad mapuche por la presencia de un cementerio indígena antiguo en el que ellos, en honor a los muertos, han instalado unos *chemamull* (figura de madera con apariencia humana).

De acuerdo a los testimonios recibidos por el INDH, el día lunes 19 de febrero de 2018, por decisión de la comunidad, hicieron ingreso al espacio, por medios pacíficos, para realizar ocupación efectiva de lo que consideran propio, y construyeron ese mismo día una mediagua (vivienda cuyo techo tiene una sola vertiente) e instalaron los postes para levantar otra vivienda. Estuvieron al interior del predio dos noches completas trabajando en el levantamiento de tales viviendas, y al tercer día, el miércoles 21 de febrero de 2018, en el transcurso de la mañana, se produjo un violento desalojo.

Según lo relatado, entre las 8:00 h y las 9:00 h a. m., habrían llegado al predio unos 40 carabineros de FF. EE. en unos 20 carros blindados, quienes rodearon a los/as comuneros/as que en ese momento se encontraban en el lugar, y que no eran más de diez, incluida una niña de tres años. Lo carabineros les dijeron que debían hacer abandono del lugar. El werkén de la comunidad refiere que se le exigió a Carabineros que exhibieran la orden de desalojo y recibieron por respuesta que no contaban con dicha orden y que el desalojo respondía a un “procedimiento civil”. Ante la sola intimación verbal y la inexistencia de una orden debidamente diligenciada que autorizara la intervención policial, los integrantes de la comunidad se negaron, pues, como lo señala el werkén Mirko Collío, consideran dichas tierras como propias y son parte del Lof al que ellos pertenecen “sabiendo y apelando al derecho ancestral propiamente mapuche (...) y haciendo uso de este derecho, desconocido en este caso por la autoridad chilena (...)”<sup>2</sup>.

En el momento en que llegaron los efectivos de la policía de Carabineros, los ocupantes se encontraban preparando el inicio de una ceremonia mapuche, la plantación de un canelo,

---

2. Sr. Mirko Lizardo Collío Huentecol, Werkén Comunidad. Testimonio recibido por el INDH el 23 de febrero de 2018.

y manifiestan que la intención de los efectivos habría sido proceder inmediatamente al desalojo sin parlamentar o negociar. De acuerdo a los testimonios recibidos, Carabineros actuó con prepotencia amenazando con que “O salen por las buenas o salen por las malas”<sup>3</sup>.

En el proceso de desalojo resultó lesionada doña P. H. P., con una “fractura nasal no desplazada”; además, conforme a la observación de funcionarios del INDH, presentaba heridas sobre la nariz, manos hinchadas, herida en el dedo meñique de la mano izquierda y dedo medio de su mano derecha.

Fueron detenidas 8 personas, incluida una niña de tres años de edad: la señora B. M. H. N., la niña A. M. D. H.; la señora P. H. P.; además de J. H. H.; L. D. R.; J. H. H.; M. C. G., y don J. C. H.

Luego de practicadas las detenciones, Carabineros procedió a destruir la media agua que habían logrado construir y a romper las tablas y pilotes que estaban instalando, lanzando un carro policial sobre estas precarias construcciones.

Los/as detenidos/as quedaron en libertad el mismo día, salvo L. D. R. y J. H. H., quienes pasaron a control de detención el día siguiente.

Según los antecedentes señalados, con fecha 9 de marzo de 2018 el INDH presentó un amparo constitucional, el cual se tramitó ante la Corte de Apelaciones de Temuco bajo el Rol N° 32-2018. La acción constitucional se presenta en contra de la IX Zona Araucanía de control de orden público de Carabineros, representada por el general Andrés Gallegos Durán.

Inicialmente, el recurso presentó a consideración de la Corte dos líneas de argumentación que daban cuenta de hechos constitutivos de vulneración del derecho a la libertad ambulatoria y la seguridad individual, amén de otras infracciones a derechos fundamentales.

Por un lado se reprocha la falta de justificación formal del procedimiento de desalojo, la inexistencia de un pronunciamiento jurisdiccional que, resolviendo sobre alguna pretensión de quien o quienes se erigen como titulares del dominio respecto del predio denominado “El Fiscal”, resolviera y justificara la acción de la fuerza pública con una orden de desalojo en contra de los/as amparados/as, con expresas facultades para descerrajar las viviendas

---

3. Sr. Mirko Lizardo Colló Huentecol, Werkén Comunidad. Testimonio recibido por el INDH el 23 de febrero de 2018.

y demolerlas. Esto, debido a la experiencia de observación a procedimientos de desalojo en la Región de La Araucanía, en el contexto de la protesta social mapuche y en que con frecuencia se recibían antecedentes dando cuenta de que en ellos no se exhibían órdenes judiciales, e incluso, los desalojos de predios se desplegaban esgrimiendo instrucciones particulares del Ministerio Público<sup>4</sup>. A ello se sumaba el hecho de que dichos desalojos se practicaban habiendo transcurrido latamente el tiempo de flagrancia señalado en la ley, contraviniendo incluso los Protocolos de actuación de Carabineros vigentes a la fecha, que señalan lo siguiente en el N° 3.2 del denominado “Desalojo frente a Ocupación o Usurpación de Inmueble”:

*Es importante considerar que el desalojo puede ser practicado por Carabineros en dos casos: a) a petición del dueño o encargado del inmueble cuando la ocupación no ha excedido 12 horas. Después de ese lapso el interesado debe recurrir al Ministerio Público para conseguir orden judicial de desalojo. b) ante delito flagrante no se requiere solicitud, ni autorización del dueño.*

En la especie, los/as amparados/as y su comunidad se encontraban ejerciendo posesión y realizando hechos positivos de dominio desde a lo menos tres días, específicamente construyendo viviendas.

En otro aspecto se señaló que las actuaciones reprochadas estaban reñidas y alejadas de estándares mínimos de excepcionalidad, necesidad, proporcionalidad y humanidad en el uso de la fuerza. Se han realizado sin consideración alguna de que dichos operativos se ejecutaban contra miembros de una comunidad mapuche, y que en el grupo de personas se encontraban mujeres y una niña de tres años. Se reclamó por el abuso verbal, calificado de denigrante, pues no es parte de los medios que debe utilizar el personal que, se supone, es entrenado y profesional; es innecesario, no cumple con ningún objetivo legítimo y sólo contribuye a aumentar la ignominia que representa dicha situación. Expresiones como “Indios muertos de hambre”, “mapuchona de mierda”, “indios concha de tu madre”, “indios

---

4. Corte de Apelaciones de Temuco, recurso de amparo Rol N° 78-2016. Carabineros desaloja un predio que se encontraba en proceso de reivindicación territorial por comuneros/as del Lof Rankilko, quienes permanecían en el lugar por meses; y al informar, justifican el proceder sobre la base de instrucciones particulares del Ministerio Público; una de ellas de fecha 19 de octubre de 2015, Oficio N° 4662 de la Fiscalía Local de Collipulli dispuso la realización de la diligencia consistente en “verificar la efectividad de los hechos denunciados. de ocupación en el predio El Retiro III, propiedad de Forestal Mininco S. A., del caso de ser efectiva situación de flagrancia proceder al desalojo y detención inmediata en hipótesis de flagrancia a los ocupantes...”; lo anterior basado en la solicitud de desalojo presentada por la víctima el 15 de octubre de 2015, es decir, la instrucción particular ordenaba desalojar y detener bajo hipótesis de flagrancia a los ocupantes del predio según una solicitud o denuncia presentada cuatro días antes, en una ocupación que se materializó por meses.

culiaos”, no son sino expresiones de racismo que no se conciben con una correcta actuación de funcionarios del Estado respecto de personas que pertenecen a un grupo especialmente protegido.

Se privó de su derecho a la libertad personal y seguridad individual a una niña que, a la fecha de ocurridos los hechos, aún no cumplía tres años de edad, que aún es amamantada por su madre conforme a la observación de funcionaria del INDH; y ello ocurrió por cuanto no se ejecutó ninguna acción tendiente a evitar el traslado de la misma a un centro de detención. Los/as propios/as amparados/as solicitaron expresamente a los funcionarios ejecutores del procedimiento que, respecto de la niña y la madre, se hiciera cargo una mujer, funcionaria carabinera, lo que fue ignorado por dichos funcionarios. Pero, más que eso, no se realizó ninguna acción destinada a destinar a personal idóneo para proteger a la niña hasta que concurriese algún adulto responsable que se hiciera cargo de ella, pues no se contaba con ese personal y se adoptó como primera acción lo que debiera ser el último recurso: detenerla junto con los adultos.

Por cierto, también se reprochó las lesiones causadas a una de las amparadas como parte de la vulneración a su integridad en lo que dice relación con su seguridad individual.

En el transcurso de la tramitación del recurso y los alegaciones presentadas en estrados ante los ministros de la Corte, y atentos a los antecedentes agregados, se persevera fundamentalmente en la reclamación de la falta de legitimación formal para dar inicio al procedimiento de desalojo en relación con la flagrancia en el delito de usurpación, entendiendo que de ello se derivan las posteriores vulneraciones a los derechos de los/as amparados/as y, en particular, porque, como se señala en la siguiente minuta:

*(...) el desalojo como actuación policial reviste las características de ser una privación de libertad porque limita el actuar ambulatorio de quien es objeto de la misma, de ahí que le es aplicable el estatuto de la detención establecido en el Código Procesal Penal. En tal sentido está sometida al Código Procesal Penal, el que expresamente en su artículo 5 dispone el principio de legalidad de las medidas privativas y restrictivas de libertad y la interpretación restrictiva de disposiciones que limitan derechos<sup>5</sup>.*

La recurrida insiste en que no resultaba necesario expedir una orden judicial previa para ejecutar el desalojo en la especie, esgrimiendo que el delito de usurpación es uno de consumación permanente y, en consecuencia, la flagrancia sigue dicha suerte.

---

5. Lara, Daniela. “Minuta sobre entrada, registro y desalojo facultades del Ministerio Público”, INDH, Unidad Jurídica y Judicial, septiembre de 2016.

## EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

La Corte de Apelaciones de Temuco, por la unanimidad de los miembros de la Segunda Sala, desestima la acción de amparo<sup>6</sup> entendiendo que la interacción inicial entre los funcionarios de Carabineros se encuentra legitimada en hipótesis de flagrancia, y que, en consecuencia, todas las acciones posteriores de Carabineros se encuentran a su vez legitimadas en ese contexto. Es así como los sentenciadores señalan<sup>7</sup>:

**SEXO:** *Que de los antecedentes que obran en el proceso, se ha podido apreciar que los comuneros en cuyo favor se recurre, en forma violenta, se opusieron al accionar de la policía, actuación que evidentemente está al margen del derecho. Dicha oposición tenía por claro objetivo impedir que la policía cumpliera con su deber ante una **situación de flagrancia** (...)*

Luego, derechamente los sentenciadores emiten de manera clara su opinión doctrinaria en relación con la flagrancia en el delito de usurpación, señalando:

**OCTAVO:** *Que junto con el reproche a la proporcionalidad de la fuerza utilizada por los funcionarios policiales, reclama el recurrente -y en ello puso especial énfasis en su alegato ante esta Corte- que el procedimiento de desalojo derivaría en ilegal consecuencia de la ausencia de una orden judicial que amparara el proceder policial. **Al respecto estos sentenciadores discrepan de la posición del recurrente, pues dado el especial tipo penal sobre el que versan los hechos -usurpación de inmueble- es posible avizorar hipótesis de flagrancia más amplias que en relación a otros tipos penales, no debiendo perderse de vista que resulta ser un hecho pacífico el que los amparados habían ingresado y ocupaban un bien raíz ajeno, concurriendo en la especie la hipótesis que contempla el n° 1 del artículo 130 del Código Procesal Penal.***

Finalmente, en la sentencia se pretende reafirmar lo que se venía razonando, argumentando que existiría una orden judicial previa en relación con el predio, lo que -adelantamos- constituye un error de apreciación de los antecedentes del recurso:

**NOVENO:** *Que sobre el punto cabe resaltar además, que resulta un hecho pacífico que el predio en cuestión por orden judicial ya contaba con ciertas medidas de protección (...).*

Lo cierto es que el Ministerio Público había dispuesto algunas medidas de protección, no así algún Tribunal.

6. Corte de Apelaciones de Temuco, Rol 32-2018, sentencia de fecha veintiuno de marzo de dos mil dieciocho.

7. Los destacados son nuestros.

## RECURSO DE APELACIÓN

Ante la sentencia referida se interpone recurso de apelación<sup>8</sup>. La Excelentísima Corte Suprema conserva únicamente la parte expositiva, pues se eliminó expresamente lo demás y se redactaron nuevos considerandos resolutivos que decantan en la decisión de revocar la sentencia apelada y acoger el amparo basándose en las siguientes consideraciones:

En primer término, la Corte Suprema concluye correctamente que en la especie no existe orden judicial que avale la actuación llevada a cabo por Carabineros, por lo que a continuación se da a la tarea de examinar si se presentaba en la especie “una situación de flagrancia que autorizara el actuar autónomo de parte de los policías, para expulsar del predio, compulsivamente, a sus ilegítimos ocupantes”<sup>9</sup>. En este derrotero analiza las normas constitucionales, partiendo por el inciso 3° del artículo 83 de la Constitución Política de la República, que prescribe que “las actuaciones que priven al imputado o a terceros del ejercicio de los derechos que esta Constitución asegura, o lo restrinjan o perturben, requerirán de aprobación judicial previa”. Luego se cita el artículo 19, N° 7 letra c, del mismo texto, que señala lo siguiente:

*Nadie puede ser arrestado o detenido sino por orden de funcionario público expresamente facultado por la ley y después de que dicha orden le sea intimada en forma legal. Sin embargo, podrá ser detenido el que fuere sorprendido en delito flagrante, con el solo objeto de ser puesto a disposición del juez competente dentro de las veinticuatro horas siguientes*<sup>10</sup>.

Seguidamente, se analiza la normativa legal regulada en el artículo 5 del Código Procesal Penal, que expresa:

*[N]o se podrá citar, arrestar, detener, someter a prisión preventiva ni aplicar cualquier otra forma de privación o restricción de libertad a ninguna persona, sino en los casos y en la forma señalados por la Constitución y las leyes. Las disposiciones de este Código que autorizan la restricción de la libertad o de otros derechos del imputado o del ejercicio de alguna de sus facultades serán interpretadas restrictivamente y no se podrán aplicar por analogía.*

Luego, el artículo 9 del mismo Código agrega:

---

8. Corte Suprema, Rol N° 5427-18, sentencia de fecha cuatro de abril de dos mil dieciocho.

9. Considerando Segundo, Rol N° 5427-18, Corte Suprema.

10. Considerando Tercero, Rol N° 5427-18, Corte Suprema.

*[T]oda actuación del procedimiento que privare al imputado o a un tercero del ejercicio de los derechos que la Constitución asegura, o lo restringiere o perturbare, requerirá de autorización judicial previa (...) En consecuencia, cuando una diligencia de investigación pudiere producir alguno de tales efectos, el fiscal deberá solicitar previamente autorización al juez de garantía<sup>11</sup>.*

De este modo, se concluye en el considerando cuarto de la sentencia referida de la Corte Suprema que, de acuerdo a las normas constitucionales y legales revisadas, debe concluirse que las hipótesis de “situación de flagrancia” que establece el Código Procesal Penal en su artículo 130 deben ser interpretadas restrictivamente y no se pueden aplicar por analogía, pues se trata de una excepción a la regla general consagrada a nivel constitucional, que impone que toda privación o restricción a la libertad personal debe ser autorizada judicialmente.

Posteriormente, los sentenciadores revisan el segundo aspecto que, en la situación de facto propuesta, entra en directa conjunción, adentrándose en la naturaleza del delito de usurpación no violenta, y en cuyo considerando Quinto se señala:

*Que, por otra parte, si bien el delito de usurpación no violenta es uno de carácter permanente, ya que “su consumación dura mientras dura la ocupación o usurpación” (Etcheberry, Derecho Penal, Parte Especial, Ed. Jdca., T. III, 2001, p. 369), en este caso, cabe considerar la especial naturaleza de este ilícito, **donde la extensión en el tiempo de esa ocupación naturalmente otorgan una “aparente” legitimidad al ocupante frente a terceros** -sin que ello implique afirmar que el caso de autos corresponda al reglado en el inciso 2º del artículo 457 del Código Penal, que requiere más que el mero apoderamiento material-, al contrario del delito de secuestro, por ejemplo, donde la prolongación de la privación de libertad del afectado hace aún más patente la antijuridicidad de la conducta del hechor y todavía más urgente la intervención de la autoridad para ponerle término.*

Continúa el análisis señalando lo que sigue:

*Sexto: Que, en razón de lo anterior, y de lo más arriba explicado, es que para efectos de definir si nos encontramos frente a una situación de flagrancia de aquellas que trata el artículo 130 del Código Procesal Penal, en el caso del delito de usurpación no violenta que se viene estudiando, **debe estarse al momento de la ocupación del inmueble, esto es, al momento del ingreso al mismo por medios no violentos, pues el paso del tiempo desde que se inició esa ocupación impedirá afirmar que resulta, flagrante, evidente o patente la comisión del delito y, por ende, no justificará una actuación autónoma por parte de los policías que los libere del deber de requerir, por intermedio de la Fiscalía, de autorización judicial para realizar acciones que priven o limiten los derechos de terceros, en este caso, los ocupantes.***

---

11. Ídem.

Luego, se continúa en la sentencia analizando los antecedentes de hecho del caso concreto, y se concluye que desde que es verificada la ocupación del predio por medios no violentos:

*(...) en ese momento -y por no más de 12 horas como establece el mismo artículo 130-, se encontraban los agentes estatales en una situación de flagrancia de aquellas que trata el artículo 130 del Código Procesal Penal y que los habilitaba, si bien no para detener a los ocupantes, al proceder respecto de ellos únicamente la citación conforme a los artículos 124 y 134 del mismo código -por no sancionarse el delito en examen del artículo 458 del Código Penal con una pena restrictiva o privativa de libertad, sino sólo con multa-, sí para conducirlos al recinto policial -con el consiguiente, desalojo pretendido por la víctima-, para efectuar allí la citación a la presencia del fiscal -previa comprobación del domicilio- como prescribe el citado artículo 134<sup>12</sup>.*

Cerrando los argumentos para concluir en la revocación de la sentencia de la Corte de Apelaciones, se reafirma que en la especie la Policía no obró conforme a derecho, pues procedió a desalojar a sus ocupantes dos días después del ingreso, sin orden judicial que los autorizara para ello, y sin facultad legal que los habilitara para actuar autónomamente, pues el auxilio de la víctima que ordena prestar sin orden judicial ni instrucción del Ministerio Público el artículo 83 letra a) del Código Procesal Penal, no comprende actuaciones que afecten la libertad personal de terceros, y es así como se concluye que la conducta desplegada por los agentes policiales es ilegal, resolviendo que:

*(...) se revoca la resolución apelada de veintiuno de marzo del año en curso, dictada por la Corte de Apelaciones de Temuco en el Ingreso de Corte N° 32-18, y en su lugar, se declara que se acoge el recurso interpuesto de favor de los amparados (...) declarándose que el procedimiento llevado a cabo el 21 de febrero de 2018 por Carabineros de Chile en el Fundo "El Fiscal" ubicado en la Ruta R-182 de la comuna de Collipulli fue ejecutado sin orden judicial o norma legal que lo ordenara o autorizara, afectándose de esa forma, ilegalmente, la libertad personal y seguridad individual de los amparados que fueron sujetos de ese procedimiento, debiendo Carabineros en el devenir, ajustarse estrictamente a las normas que autorizan su actuación autónoma en la forma en que se razona en este fallo.*

---

12. Considerando Séptimo, Rol N° 5427-18, Corte Suprema.

## COMENTARIO Y DOCTRINA DE DERECHOS HUMANOS

En el contexto de la protesta social mapuche en la Araucanía, el tema de la reivindicación territorial ha sido permanentemente abordado por el Estado y los particulares afectados por ella, desde el derecho penal, a partir del delito de usurpación -normalmente no violenta-. Esta imputación se usa como contrapartida a acciones de *recuperación territorial*, una vía de hecho, azuzada por el hastío en las distintas comunidades mapuche ante la falta de respuestas adecuadas desde la institucionalidad vigente en materia de restitución territorial.

Éste ha sido un escenario propicio en el que, desde la instalación del INDH en la Araucanía, se han observado y reclamado diversas vulneraciones de derechos humanos de quienes resultan afectados por la herramienta utilizada como respuesta desde el Estado: las fuerzas de orden y seguridad, en especial Carabineros, en ausencia de un diálogo político más profundo y fecundo.

En la labor institucional de observación y acción se podía constatar la más completa informalidad en el modo de justificar formalmente los desalojos por parte de Carabineros, entregando, a modo de explicación desde que éstos habían sido solicitados por el dueño o que habían sido ordenados por un Fiscal -como de hecho se constató en un recurso de amparo del INDH<sup>13</sup>-. Es decir, acciones que en muchas ocasiones culminaban con la restricción de la libertad ambulatoria de personas mapuche, nunca eran sometidas a una consideración jurisdiccional previa.

Aclaremos todo esto para representar cómo la sentencia dictada por la Corte Suprema caló hondo en los obligados al cumplimiento de la misma, directamente la recurrida, Carabineros de Chile, e indirectamente, por el Ministerio Público. En efecto, a partir de ella, Carabineros representó de manera expresa al Ministerio Público, y por su intermedio a un Juzgado de Garantía, por una parte, el límite temporal que fija la sentencia en comento para la flagrancia en el delito de usurpación no violenta, y consecuentemente, la necesidad de orden judicial para la ejecución de un desalojo frente a la constatación de haberse excedido las 12 horas de la ocupación.

Es así como, en resolución de fecha 27 de febrero de 2019 del Juzgado de Garantía de Collipulli, se lee:

---

13. Ver nota 3.

*3° Que, frente a dicha instrucción, Carabineros de Pailahueque, a través de Oficio N°30, de fecha 21 de febrero de 2019, indicó que concurrió hasta el Fundo "TRES MONTES Y MELA", en donde verificó que actualmente éste se encuentra en toma por una cantidad de 15 personas adultas de la etnia mapuche. Frente a aquella constatación, Carabineros refiere que no procede a efectuar el desalojo requerido por la víctima, invocando lo resuelto por la Excm. Corte Suprema en causa ROL 5427-2018 que acogió un recurso de amparo interpuesto por ocho integrantes de la comunidad Malle Koche, declarando ilegal la actuación de carabineros frente a una situación similar, en la que obró entendiendo que se encontraba en hipótesis de flagrancia. De acuerdo a Carabineros, "el fallo en cuestión establece criterios que las policías deben considerar y aplicar en relación a la flagrancia del delito de usurpación no violenta y es que el límite temporal, es de 12 horas, desde verificada la ocupación, momento en el cual se justifica la actuación autónoma, pasado ese tiempo carabineros requiere de una orden judicial requerida al Tribunal correspondiente por el Ministerio Público"<sup>14</sup>.*

En este mismo sentido se manifiesta un escrito del Ministerio Público ingresado a la causa RIT 836-2019 del Juzgado de Garantía de Collipulli, en el que se lee:

*En cuanto no se está en situación de flagrancia y en razón del criterio asentado por la Excelentísima Corte Suprema en autos sobre recurso de amparo rol 32-2018, se solicita a SS. autorizar el desalojo del predio indicado por parte de personal de Fuerzas Especiales de Carabineros de Chile en un lapso no superior a 48 horas.*

Esta presentación provocó, a su vez, la resolución de fecha 6 de noviembre de 2019, que señala:

*Como se pide, se autoriza el desalojo del predio denominado Fundo La Fusta y la Fusta Spa de la comuna de Lonquimay, por parte de personal de Fuerzas Especiales de Carabineros de Chile, dentro de un plazo de 48 horas desde la concesión de la medida.*

Pareciera, por todo lo anterior, que a partir de la sentencia en comento se ha producido un control jurisdiccional de los antecedentes que justifican las órdenes de desalojo, al que se ajustarían tanto Carabineros como el Ministerio Público; y posteriormente, ellas han emanado precisamente de la judicatura, aunque no se podría decir que se haya cumplido con esto en todas las ocasiones, dado el número de acciones de esta naturaleza que se realizan en la Región de La Araucanía.

Con todo, podemos mencionar que al menos en otra causa revisada puede constatarse un efectivo control jurisdiccional. En la causa RIT 7174-2020 del Juzgado de Garantía de Temuco,

---

14. Causa RIT 62-2019.

con fecha 06 de agosto de 2020, el Ministerio Público presenta un escrito solicitando el desalojo y argumentando lo siguiente:

*En relación con estos hechos se ha interpuesto denuncia por el delito de usurpación, en la que se ha requerido que se proceda al desalojo del señalado predio. Que los hechos descritos se han mantenido en el tiempo, actuando sus ocupantes como propietarios del predio. En cuanto no se está en situación de flagrancia y en razón del criterio asentado por la Excma. Corte Suprema, en autos sobre recurso de amparo ROL 32-2018, se solicita a US autorizar el desalojo del predio indicado por parte de personal de Carabineros de Chile.*

La petición del MP fue resuelta en los siguientes términos en resolución de fecha 10 de agosto de 2020:

Estimándose que la solicitud de la Fiscalía excede las medidas de protección a que alude el artículo 78 b) del Código Procesal Penal, ya que las mismas más bien aluden a la persona física de quien se reputa víctima y que en la especie según los datos proporcionados el afectado es una persona jurídica que denuncia una ocupación irregular; aparece como antecedente necesario para el desalojo solicitado establecer previamente si se configura algún delito, no se hace lugar por ahora a lo solicitado.

Luego de diversas peticiones, aporte de antecedentes y resoluciones en esta referida causa, se realizó incluso una audiencia que culminó con la autorización del desalojo, no sin antes analizar lo siguiente:

*Tercero, que cabe señalar que los actos de dominio y actos (...) y para efectos de poder reestablecer la propiedad, el legislador ha establecido normas en materia civil, que permiten ejercer acciones reivindicatorias para el caso de que se haya visto privado de su dominio el propietario y que pudiese incluso ejercer acciones ya de precario o reivindicatorias o posesorias no obstante ello, (...) como lo han indicado las partes querellantes debe estar determinado aquellas personas que realizan estos actos posesorios que privan del dominio del propietario, en éste sentido no consta ni se ha podido determinar, quienes son los que están realizando estos actos, (...) si bien uno de los querellantes ha sindicado a dos personas, (...) no hay claridad si éstas personas participan de éstos actos o son quienes dirigen estas acciones y actos de dominio en el predio, en ese sentido, no se cuenta con claridad a quienes pudiese ejercerse ésta acción civil, en ese sentido, (...) si bien es cierto, el desalojo en si en materia penal, no figura como una diligencia, se debe desprender de las normas del Código Procesal Penal, claramente el artículo 6 inciso primero hace referencia a que el Ministerio Público debe velar por la protección de la víctima y no estamos hablando solamente de una protección de la integridad física de la víctima, si no que también debe garantizar sus derechos por lo que también*

*señala la norma que debe acudir ante el tribunal para que se garantice, teniendo presente que el juzgado de garantía, en si los tribunales de garantía, no solo deben velar por las garantías del imputado si no que también existe esta obligación de velar por las garantías de las víctimas, acá claramente existen dos víctimas que están precisadas y que están siendo afectados uno de sus derechos que es el derecho a la propiedad, en tal sentido el tribunal debe garantizar también la privación de estos derechos, que están claramente relacionados con el artículo 78 que ha hecho referencia la fiscalía letra b), en el sentido que se deben realizar por parte tanto de la fiscalía como del tribunal normas de protección a la víctima y su familia y de protección de sus derechos como en este caso es del derecho a la propiedad, en consecuencia entonces (sic) y teniendo presente todos los antecedentes que se han expuesto y las normas legales, considerando también lo establecido en el artículo 9 del Código Procesal Penal, que establece y que permite que todos estos tipos de diligencias deben ser solicitadas a un juez cuando exista una aplicación o ejercicio de derechos constitucionales, en este caso existe una situación donde se está solicitando el desalojo de determinadas personas un número indeterminado que se desconoce la cantidad aproximadamente, se hace referencia a 15 pero se desconoce si son más o menos y en consecuencia entonces este tribunal en base a lo establecido en las normas ya aludidas, artículo 6, en relación con el artículo 78 y artículo 9 del Código Procesal Penal, que autoriza al tribunal para decretar diligencias durante la investigación, es que este tribunal va a acceder a la petición de la fiscalía y de los querellantes, en el sentido de autorizar el desalojo de todas aquellas personas, grupo de personas indeterminadas que se encuentra en el predio la "Quinta Ritz" ubicada al costado de la ruta 5 sur, a la altura kilómetro 685 cercano a Metrenco, comuna de Padre Las Casas, la que deberá ser realizada por con el apoyo necesario que se gestionara internamente por dicha policía.*

Llegados a este punto, en todo caso, observamos cómo la sentencia de la Corte Suprema superó de manera categórica aquella concepción que respaldó la Corte de Apelaciones de Temuco<sup>15</sup> y que en los hechos propiciaba ciertos márgenes de discrecionalidad en la valoración de la flagrancia, que no resultan aceptables en tanto los desalojos en los hechos llegan a afectar otros derechos constitucionales de los sujetos pasivos de los mismos, particularmente la libertad ambulatoria; y ello, no obstante mantenerse por parte de la Corte Suprema la interpretación de que el delito de usurpación no violenta es de carácter

---

15. Rol 32-2018, CA de Temuco: "OCTAVO: Que junto con el reproche a la proporcionalidad de la fuerza utilizada por los funcionarios policiales, **reclama el recurrente -y en ello puso especial énfasis en su alegato ante esta Corte- que el procedimiento de desalojo derivaría en ilegal consecuencia de la ausencia de una orden judicial que amparara el proceder policial. Al respecto estos sentenciadores discrepan de la posición del recurrente**, pues dado el especial tipo penal sobre el que versan los hechos -usurpación de inmueble- es posible avizorar **hipótesis de flagrancia más amplias que en relación a otros tipos penales**, no debiendo perderse de vista que resulta ser un hecho pacífico el que los amparados habían ingresado y ocupaban un bien raíz ajeno, concurriendo en la especie la hipótesis que contempla el n° I del artículo 130 del Código Procesal Penal".

permanente<sup>16</sup>, aclarando cómo es que en la especie no opera una hipótesis más amplia que en otros tipos penales, como sostiene la Corte de Temuco, pues dada la especial naturaleza de este ilícito, la extensión en el tiempo de esa ocupación naturalmente otorga una “aparente” legitimidad al ocupante frente a terceros<sup>17</sup>, que requiere más que el mero apoderamiento material, estableciendo vía ejemplar una clara distinción con otro delito que también se dice es de carácter permanente: el delito de secuestro, en que, por el contrario, la prolongación de la privación de libertad del afectado hace aún más patente la antijuridicidad de la conducta del hechor y todavía más urgente la intervención de la autoridad para ponerle término.

En otro orden de cosas, un diagnóstico efectuado en una publicación de Naciones Unidas resulta ser palmario en relación a lo que se lee como falencia en el respeto de los derechos humanos y las garantías procesales en el contexto de los desalojos forzados:

*Una característica común en muchos desalojos es la falta de garantías procesales (el derecho a ser tratado de manera imparcial, eficiente y eficaz por la administración de justicia) y mecanismos significativos de recurso. En algunos avisos de desalojo se indica expresamente que el desalojo se llevará a cabo incluso aunque se haya presentado una denuncia. Algunos tribunales funcionan como una cámara de compensación de las decisiones de las autoridades y no tienen en cuenta los derechos fundamentales protegidos por la legislación nacional e internacional en sus resoluciones. **En muchos casos, las casas se destruyen sin una orden judicial o sin dar a los residentes tiempo suficiente para apelar contra la decisión de desalojar**<sup>18</sup>.*

En la especie, si bien la sentencia de la Corte Suprema significó un avance en los puntos que se han desarrollado, no es menos cierto que no existe una consideración que desarrolle la posibilidad de que las o los sujetos pasivos del desalojo puedan recurrir frente a una decisión jurisdiccional que evidentemente les afecta y que puede tener consecuencias en sus derechos, resolución respecto a la cual, con seguridad, en la mayoría de los casos que dicen relación con la llamada reivindicación territorial mapuche no han tenido oportunidad de conocer sus fundamentos o antecedentes agregados, ni han sido emplazados previamente y, por la misma razón, se les priva del derecho a recurrir a objeto de exponer lo que estimen conducente a sus derechos.

16. Ya que “su consumación dura mientras dura la ocupación o usurpación” (Etcheberry, Derecho Penal, Parte Especial, Ed. Jdca., T. III, 2001, p. 369), se dice.

17. No es difícil descubrir cómo es que en nuestra legislación civil un poseedor no inscrito puede llegar a consolidar derechos sobre un inmueble en base a, precisamente, el transcurso del tiempo. Muestra más concreta de ello es el DFL 2605 sobre regularización de la pequeña propiedad raíz.

18. “Desalojos forzosos; Folleto informativo N° 25/Rev.1”; NACIONES UNIDAS, Nueva York y Ginebra, 2014, pág. 33. El destacado es nuestro.

Al respecto, el artículo 25.I de la CADH establece:

*Toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la presente Convención, aun cuando tal violación sea cometida por personas que actúen en ejercicio de sus funciones oficiales.*

Teniendo presente, como se ha dicho en los antecedentes, que el desalojo como actuación policial reviste las características de una privación de libertad porque limita el actuar ambulatorio de quien es objeto de la misma, lo cierto es que aparece como razonable la exigencia de un recurso judicial efectivo que, en el concepto de la Corte IDH “implica que el análisis por la autoridad competente de un recurso judicial no puede reducirse a una mera formalidad, sino que debe examinar las razones invocadas por el demandante y manifestarse expresamente sobre ellas”<sup>19</sup>; y que, en tanto recurso, debe ser tramitado de conformidad con las reglas del debido proceso legal (art. 8.I), “todo ello dentro de la obligación general a cargo de los mismos Estados, de garantizar el libre y pleno ejercicio de los derechos reconocidos por la Convención a toda persona que se encuentre bajo su jurisdicción (art. I)”<sup>20</sup>.

En el contexto en que se sitúa la sentencia comentada, donde el conflicto intercultural arrecia, mirando la aplicación de la herramienta penal constituida por el delito de usurpación respecto de la reivindicación territorial mapuche, en la que debieran observarse con aún mayor profundidad los límites de la última ratio del derecho penal, porque además se encuentra en juego el cumplimiento del Estado de sus obligaciones internacionales en materia de restitución territorial a los pueblos indígenas, resulta necesario insistir en el derecho a recurrir de las decisiones jurisdiccionales, como la que ordena el desalojo de un inmueble respecto del cual se esgrimen derechos ancestrales, entre otras cosas por lo siguiente:

*Como ha sido establecido por este Tribunal, la salvaguarda de la persona frente al ejercicio arbitrario del poder público es el objetivo primordial de la protección internacional de los derechos humanos. En este sentido, la inexistencia de recursos internos efectivos coloca a la víctima en estado de indefensión*<sup>21</sup>.

19. Corte IDH. Caso Trabajadores Cesados de Petroperú y otros Vs. Perú. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de noviembre de 2017. Serie C No. 344. Párr. 155.

20. Corte IDH. Caso Velásquez Rodríguez Vs. Honduras. Excepciones Preliminares. Sentencia de 26 de junio de 1987. Serie C No. 1. Párr. 91.

21. Corte IDH. Caso del Tribunal Constitucional Vs. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de enero de 2001. Serie C No. 71, Párr. 89.

A mayor abundamiento, cabe recordar lo siguiente respecto de los desalojos forzados:

*(...) constituyen graves violaciones de una serie de derechos humanos internacionalmente reconocidos, en particular los derechos humanos a una vivienda adecuada, a la alimentación, al agua, a la salud, a la educación, al trabajo, a la seguridad de la persona, a la libertad de tratos crueles, inhumanos y degradantes, y a la libertad de circulación (...)*<sup>22</sup>.

Ante ello, el Estado tiene un deber de respeto que se traduce en la obligación negativa de abstenerse de realizar una acción constitutiva de eventuales violaciones a los derechos fundamentales:

*La obligación de los Estados de abstenerse de los desalojos forzados y de proteger contra los desalojos de los hogares y de la tierra se deriva de varios instrumentos jurídicos internacionales que protegen el derecho humano a una vivienda adecuada y otros derechos humanos conexos. Entre éstos figuran la Declaración Universal de Derechos Humanos, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (párr. 1, art. 11), la Convención sobre los Derechos del Niño (párr. 3, art. 27), las disposiciones sobre la no discriminación que figuran en el párrafo 2 h) del artículo 14 de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer y el artículo 5 e) de la Convención sobre la Eliminación de la Discriminación Racial (...). Además, y de acuerdo con el criterio de la indivisibilidad de los derechos humanos, en el artículo 17 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos se dice “nadie será objeto de injerencias arbitrarias o ilegales en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia”, y se añade que “toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra esas injerencias o esos ataques”. En el párrafo 1 del artículo 16 de la Convención sobre los Derechos del Niño figura una disposición análoga. Entre otras referencias en el derecho internacional figuran el artículo 21 de la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados, de 1951; el artículo 16 del Convenio N° 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) sobre pueblos indígenas y tribales independientes (1989); y el artículo 49 del Convenio de Ginebra relativo a la protección debida a las personas civiles en tiempo de guerra, de 12 de agosto de 1949 (Cuarto Convenio de Ginebra)*<sup>23</sup>.

22. <http://www.ohchr.org/SP/Issues/Housing/Pages/ForcedEvictions.aspx> El destacado es nuestro.

23. “Principios básicos y directrices sobre los desalojos y el desplazamiento generados por el desarrollo”; Anexo I del Informe del Relator Especial sobre una vivienda adecuada, como parte del derecho a un nivel de vida adecuado. IMPLEMENTATION OF GENERAL ASSEMBLY RESOLUTION 60/251 OF 15 MARCH 2006, ENTITLED “HUMAN RIGHTS COUNCIL”; Report of the Special Rapporteur on adequate housing as a component of the right to an adequate standard of living, Miloon Kothari.

En: <http://daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G07/106/28/PDF/G0710628.pdf?OpenElement>  
[http://www2.ohchr.org/english/issues/housing/docs/guidelines\\_sp.pdf](http://www2.ohchr.org/english/issues/housing/docs/guidelines_sp.pdf)

En esta línea argumentativa se inscribe otra sentencia de la Excelentísima Corte Suprema, en la que se señala:

*Que, arribados a este punto, resulta pertinente consignar que la Constitución Política de la República prescribe, en el inciso cuarto de su artículo 1º: “El Estado está al servicio de la persona humana y su finalidad es promover el bien común, para lo cual debe contribuir a crear las condiciones sociales que permitan a todos y cada uno de los integrantes de la comunidad nacional, su mayor realización espiritual y material posible, con pleno respeto a los derechos y garantías que esta Constitución establece”. En consonancia con tal disposición, la adecuada resolución del presente arbitrio constitucional requiere abordar el conflicto de una manera integral, procurando el respeto y protección de los derechos de todas las partes involucradas. En otras palabras, la solución que se adopte debe necesariamente significar un mejoramiento de la actual situación de los recurrentes afectados, pero también la entrega de una solución integral que ceda en beneficio de los ocupantes, quienes actualmente se hayan en precarias condiciones de vida y cuya seguridad debe también ser resguardada por la autoridad, todo lo cual requiere de la actuación coordinada de una serie de actores, según se dirá.*

*Por estas consideraciones y de conformidad y lo dispuesto por el artículo 20 de la Constitución Política de la República y el Auto Acordado de esta Corte Suprema sobre la materia, se revoca la sentencia apelada de veinticuatro de julio de dos mil diecinueve, dictada por la Corte de Apelaciones de Valparaíso y, en su lugar, se declara que se acoge el recurso de protección deducido por la Junta de Vecinos Los Limonares, sólo en cuanto se dispone que los propietarios de los terrenos involucrados, Carabineros de Chile, la Municipalidad de Viña del Mar, la Seremi de Salud de Valparaíso, el Servicio de Vivienda y Urbanismo y el Ministerio de Desarrollo Social deberán coordinarse a fin que, de manera conjunta, se otorgue una solución global y efectiva a la situación que actualmente viven los miembros de la recurrida Comunidad Naciones Unidas, de manera tal que sus derechos sean igualmente resguardados<sup>24</sup>.*

Pues bien, en la especie, aunque el sustrato reivindicativo resulta diverso al de la referida sentencia, claramente existe también un titular del dominio inscrito, que eventualmente pudiera ser sujeto pasivo del delito de usurpación, y en que la Corte Suprema ha dispuesto que deben realizarse las coordinaciones necesarias entre ese titular privado y distintas instituciones del Estado concernidas, con el fin de otorgar una solución global y efectiva -se dice-, lo que, en las reivindicaciones territoriales mapuche como la del Lof Mallekoche, conduce inevitablemente al análisis y consideración del Convenio 169 de la OIT y las obligaciones que de dicho tratado emanan para el Estado de Chile.

---

24. Excelentísima Corte Suprema, Rol N° 22086 2019; sentencia de fecha treinta de octubre de dos mil diecinueve, Considerando Duodécimo y parte resolutive.

# SENTENCIA DE LA CORTE DE APELACIONES DE CONCEPCIÓN EN AMPARO A FAVOR DE ADULTO CON DISCAPACIDAD INTELECTUAL, ACTUALMENTE DESAPARECIDO<sup>1</sup>.

*Karen Torres Jerez*  
*Sede Regional Biobío*

## ABSTRACT / RESUMEN

El Instituto Nacional de Derechos Humanos, presenta un recurso de amparo ante la Ilustrísima Corte de Apelaciones de Concepción, en contra del General de Carabineros, Jefe de la VIII Zona de Carabineros de Chile, Rodrigo Medina Silva, y en favor de un adulto en situación de discapacidad intelectual, de iniciales G. I. M. P., actualmente desaparecido, quien, conforme al relato entregado por una familiar del amparado, habría sido detenido el día 28 de octubre de 2019 por Carabineros de Chile.

La acción constitucional entablada se fundamenta en la vulneración del derecho constitucional de la libertad personal y seguridad individual, establecido en el artículo 19 N° 7 de la Constitución Política de la República, y cautelado por la acción de amparo consagrada en el artículo 21 de nuestra Carta Fundamental, en contra de un acto ilegal y arbitrario de Carabineros que lesionó derechos garantizados por la Constitución. Además en el recurso se hace presente la situación de discapacidad del amparado destacando lo dispuesto en el artículo 14 de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad.

La Ilustrísima Corte de Apelaciones de Concepción, conociendo del recurso, decide acogerlo ordenando las siguientes medidas: 1.- La Policía de Investigaciones de Chile se encargará de la búsqueda del amparado debiendo realizar todas las diligencias que permitan ubicarlo, impartiendo las comunicaciones necesarias a las diferentes reparticiones del país, incluyendo la fotografía del amparado, si la tuviere; 2.- Una vez habido el amparado, éste deberá ser puesto a disposición de esta Ilustrísima Corte de Apelaciones; 3.- La Policía de Investigaciones de Chile deberá informar a esta Corte, los días lunes de cada semana, sobre los avances de la búsqueda del amparado.

**Palabras clave:** amparo, personas en situación de discapacidad, desaparición, discriminación.

---

1. Rol 227-2019, Corte de Apelaciones de Concepción.

## **ANTECEDENTES RELEVANTES DEL CASO<sup>2</sup>**

El día 28 de octubre de 2019, aproximadamente a las 15:30 h, el amparado fue detenido por funcionarios de Carabineros de Chile pertenecientes a la 4° Comisaría de Hualpén, frente a la Residencia de Lactantes Tupahue de dicha comuna.

La detención del amparado fue observada por su sobrina política, quien se acercó a los funcionarios aprehensores -que tenían al amparado reducido, esposado a un costado del furgón policial y bajo la lluvia- identificándose ante Carabineros de Chile como familiar de la persona detenida, e informando a los policías que se trataba de una persona en situación de discapacidad psíquica producto de un déficit intelectual severo debidamente diagnosticado. Frente a este requerimiento, Carabineros le respondió que no era ella, sino la madre del detenido, quien tenía la facultad de solicitar su liberación.

Una vez que la madre del amparado tomó conocimiento de su detención, se contactó con Carabineros de Chile, cuyos funcionarios negaron tenerlo bajo su custodia, razón por la cual ella estampó la correspondiente denuncia por presunta desgracia en dependencias de la 2ª Comisaría de Talcahuano.

A la fecha no hay ningún antecedente o indicio que permita dar con el paradero del amparado, sin que tampoco se tenga conocimiento respecto del motivo de su detención, siendo el último antecedente conocido el hecho de haber sido visto por última vez mientras era detenido por personal de la 4ª Comisaría de Carabineros de Hualpén.

Dados estos hechos, el Instituto Nacional de Derechos Humanos (INDH) presenta un recurso de amparo (artículo 21 de la Constitución Política de la República) fundando su reclamación en la infracción de diversas normas, tanto de derecho interno como de derecho internacional, entre las cuales se cuentan: artículo 19 N° 7 de la Constitución Política de la República; artículo 14 de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad; artículo 3 de la Declaración Universal sobre Derechos Humanos, y artículo 7.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos.

En el recurso interpuesto por el INDH se hace presente a la Ilustrísima Corte de Apelaciones el rol de los Tribunales Superiores de Justicia en el caso de acciones constitucionales, por cuanto se revela particularmente la importancia del Poder Judicial como un poder

---

2. Recurso de Amparo Rol 330-2016 (acumulado Rol 336-2016) Iltma. Corte de Apelaciones de Concepción.

contramayoritario, que necesariamente debe actuar para la protección de los derechos fundamentales, agregando que la vinculación del órgano jurisdiccional a los derechos fundamentales puede calificarse como aquella que mayor relevancia presenta para el Estado de Derecho. Y esto se explica por la doble faz de la judicatura: como destinataria de los derechos fundamentales y como principal garante de los mismos.

La Ilustrísima Corte de Apelaciones de Concepción, tiene por interpuesto recurso de amparo, y resuelve, entre otras cosas, que se pida informe a Carabineros de la VIII Zona del Biobío, y a la Fiscal Regional del Ministerio Público, al tenor del recurso.

Conforme a lo solicitado por la Ilustrísima Corte de Apelaciones de Concepción, informa doña Marcela María Cartagena Ramos, Fiscal Regional del Biobío, en representación del Ministerio Público, señalando que el día 28 de octubre de 2019 no existió comunicación alguna al fiscal de turno en relación a que estaría detenida una persona identificada como el amparado, agregando que este no tiene calidad de imputado en ninguna otra causa que se haya iniciado en alguna Fiscalía de la Región, y que no existe ninguna orden de detención vigente a su respecto. En relación con diligencias ordenadas a propósito de la denuncia por presunta desgracia realizada por familiares del amparado, señala que se despachó una orden de investigar a la Brigada de Homicidios de la Policía de Investigaciones de Chile, con una serie de diligencias para dar con el paradero del amparado. A saber: 1. Ubicar e individualizar a la víctima, desaparecida desde el 28 de octubre de 2019 en la comuna de Hualpén y requerirle que preste declaración voluntaria acerca del hecho denunciado; 2. Indagar si en el Servicio Médico Legal de Concepción, y en hospitales, consultorios, centros de salud y postas de la zona ha sido recibida, desde la fecha de desaparición de la víctima, alguna persona que no haya sido identificada y que reúna las características de ésta; 3. Solicitar fotografía reciente de la presunta víctima y con ella llevar a cabo diligencias de investigación de acuerdo al delito; 4. Asimismo, se informa que se solicitó realizar todas las gestiones pertinentes a fin de lograr la ubicación o paradero del amparado, y verificar cada uno de los datos que arroje la investigación, cualquiera sea su ubicación; 5. En caso de ser encontrada la víctima, tomarle declaración y fotografiarla, y remitir tales antecedentes a la mayor brevedad posible a la Fiscalía; 6. Hace presente que la denunciante es una persona mayor de edad, por lo que deben contactarse con otra familiar de la persona desaparecida, quien se individualiza. Además, se agrega que la persona desaparecida habría sido vista por última vez a las afueras del hogar Tupahue de Hualpén, donde fue detenida por Carabineros.

Por su parte, informa el general de Carabineros, Rodrigo Medina Silva, que al momento de ser consultada la Cuarta Comisaría de Carabineros de Hualpén, por medio de la Prefectura

de Carabineros de Talcahuano, se informó que el subcomisario de los Servicios, capitán V. J. A., procedió a efectuar una revisión del sistema de traspasos de datos (Aupol) constatando que el amparado no ha sido ingresado como detenido en dependencias de dicha Unidad Policial. A su vez, se efectuó una revisión detallada del sistema de búsqueda de RUT SAIT, la cual no arrojó resultados positivos por no haberse efectuado control de detención alguno al amparado. Luego, una vez efectuada la revisión de los libros de Guardia y Población de la referida unidad policial, el 28 de octubre de 2019, que involucre al citado, se verificó que no existe constancia del amparado de autos. Sin embargo, se solicitó verificar los antecedentes por medio de las diferentes Unidades Policiales dependientes, señalándose que luego de efectuada la revisión de los antecedentes indicados y el análisis de los mismos, no existen otros antecedentes, salvo un parte de denuncia por presunta desgracia, interpuesto con fecha 28 de octubre de 2019 en la Segunda Comisaría de Carabineros de Talcahuano. Hace presente que se trata de la tercera denuncia por presunta desgracia que involucra al amparado de autos, desde julio del presente año hasta la fecha. Sostiene que el día 28 de octubre de 2019 no se desarrolló ningún procedimiento policial que involucrase al amparado de autos ni a su sobrina, por lo que no existen antecedentes, argumentos ni elementos de juicio que permitan acreditar, sustentar ni admitir el presente recurso de amparo, razón por la cual se solicita su rechazo, ya que Carabineros de la Cuarta Comisaría de Hualpén no incurrió en ningún acto que haya podido producir privación, perturbación o amenaza a la libertad personal o seguridad individual del amparado, actuando así en conformidad a la ley.

## **EXTRACTOS DE LA SENTENCIA**

### **Sentencia de la Ilustrísima Corte de Apelaciones de Concepción**

**SEGUNDO:** *Que el fundamento de la presente acción de amparo lo constituye la circunstancia que doña L. Z. P. dice haber visto el 28 de octubre del año en curso, alrededor de las 15:30, frente al Hogar de Lactantes Tupahue de la comuna de Hualpén, a su tío político G. I. M. P. -el amparado- que era detenido por Carabineros de la Comisaría de Hualpén, quienes lo subieron a un carro policial sin darle mayores explicaciones porque, según ellos, sólo se lo iban a decir a la madre.*

*Doña L. Z. P., en declaración en estrados, ratificó lo anterior expresando que no pudo fijarse en mayores antecedentes de los funcionarios policiales que detuvieron al amparado, el cual nunca llegó a la unidad policial y que desde ese día no se ha sabido más del amparado. Agregó que su tío anteriormente había salido de la casa y demorado su retorno, pero finalmente llegaba a la casa.*

**TERCERO:** Que el General de Zona de Carabineros de la VIII Zona, informando el recurso y en su ampliación, señaló que ese día no hubo ningún procedimiento de detención relacionado con la persona del amparado, ni con doña L. Z. P., que no hubo ningún llamado desde el Hogar Tupahue o de vecinos del sector por algún altercado y que los componentes de la patrulla asignada al cuadrante realizaban los patrullajes correspondientes por el sector.

En su ampliación de informe menciona que el día 28 de octubre del presente año, personal de servicio de primer patrullaje se encontraba de servicio en las cercanías del hogar de lactantes Tupahue, ubicado en calle Sabadell N° 4036 de la comuna de Talcahuano, correspondiente al cuadrante I de la 4ª Comisaría de Hualpén. Que dicho personal corresponde al suboficial P. M. I. y el sargento 1º L. A. C. en el vehículo policial Z-7143, siendo su horario entre las 08:00 a 20:00 horas.

**CUARTO:** Que también informó doña V. S. O., Directora de la Residencia para Lactantes y Preescolares Tupahue I, manifestando que el día 28 de octubre pasado desde la referida residencia no se realizó ningún llamado telefónico a Carabineros alertando de algún desorden en las afueras del recinto y que la señora L. Z. P. se presenta visitar a su hija, ingresando a las 13:42 horas y retirándose a las 15:30 horas de la residencia.

**QUINTO:** Que puede advertirse que existen antecedentes que permiten situar al amparado en las afueras del Hogar Tupahue, pues así lo manifestó la testigo L. Z. P. que había un carro policial en las cercanías del hogar, así reconocido por Carabineros de Chile y que, efectivamente, L. Z. P. había estado en el Hogar Tupahue, situación refrendada por la directora de dicho centro.

Que, según L. Z. P., el amparado G. I. M. P. fue detenido por Carabineros de la Comisaría de Hualpén, que luego de haber interactuado con ellos, en horas de la tarde la madre concurrió hasta la unidad policial, sin que hubiera registro de su detención, perdiéndose toda noticia del amparado.

**SEXTO:** Que conforme lo informó el Ministerio Público, se inició la investigación por presunta desgracia de G. I.M.P., decretándose las diligencias propias en este tipo de situaciones.

**SÉPTIMO:** Que atendida la especial naturaleza de la acción constitucional de amparo, bastan indicios serios -como son los antecedentes referidos en el considerando quinto- para estimar verosímil el hecho denunciado, luego de lo cual se perdió todo rastro del amparado G. I. M. P.

**OCTAVO:** *Que, de esta forma, resulta de toda evidencia que en un Estado de Derecho, todo procedimiento policial debe realizarse con estricta sujeción y respeto a los derechos y garantías de las personas, por lo que se hace indispensable acoger esta acción constitucional deducida respecto de Carabineros de Chile, para los efectos de la adopción inmediata de las providencias necesarias para restablecer el imperio del derecho y asegurar la debida protección del amparado, según se dirá en lo resolutive. Por estas consideraciones y visto además lo prevenido en el artículo 21 de la Constitución Política de la República y el Auto Acordado de la Excelentísima Corte Suprema sobre Tramitación de Recurso de Amparo, se declara: Que, SE ACOGE el recurso de amparo deducido por Carolina Chang Rojas, abogada del Instituto Nacional de Derechos Humanos, a favor de G. I. M. P., en contra de Rodrigo Medina Silva, General de Carabineros, Jefe de la VIII Zona de Carabineros de Chile, sólo en cuanto se ordenan las siguientes medidas:*

*1.- La Policía de Investigaciones de Chile se encargará de la búsqueda del amparado G. I. M. P., debiendo realizar todas las diligencias que permitan ubicarlo, impartiendo las comunicaciones necesarias a las diferentes reparticiones del país, incluyendo la fotografía del amparado, si la tuvieren.*

*2.- Una vez habido el amparado, éste deberá ser puesto a disposición de esta Illtma. Corte de Apelaciones.*

*3.- La Policía de Investigaciones de Chile deberá informar a esta Corte, los días lunes de cada semana, los avances de la búsqueda del amparado.*

## COMENTARIO Y DOCTRINA DE DERECHOS HUMANOS

La sentencia pronunciada por la Ilustrísima Corte de Apelaciones de Concepción, con fecha 24 de diciembre de 2019, contiene ciertos aspectos relevantes, especialmente contenidos en el considerando OCTAVO del fallo, reconociendo y destacando la importancia de que, en un Estado de Derecho, todo procedimiento policial deba realizarse con estricta sujeción y respeto a los derechos y garantías de las personas, agregando que se hace indispensable acoger la acción constitucional deducida respecto de Carabineros de Chile, para los efectos de la adopción inmediata de las providencias necesarias para restablecer el imperio del derecho y asegurar la debida protección del amparado.

Estimamos que con aquello se reconoce expresamente el importante rol que deben cumplir los Tribunales Superiores de Justicia en el caso de las acciones constitucionales, como principales garantes de los derechos fundamentales, rol que, en este caso particular, aparece como relevante en atención a que se trata de un hecho grave como lo es la desaparición de una persona en situación de discapacidad mental.

Del mismo modo, se valora la decisión de la Corte de ordenar a la Policía de Investigaciones la adopción de las medidas necesarias para la adecuada búsqueda del amparado, y la necesidad de informar semanalmente de sus avances.

Sin embargo, consideramos que el fallo carece de referencias al reconocimiento de los estándares internacionales en materia de derechos humanos, pues no hace referencia alguna a las normas de derecho internacional plasmadas en el recurso presentado por el INDH, tales como el artículo 3 de la Declaración Universal sobre Derechos Humanos y el artículo 7.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos, entre otras.

Por último, no se realiza ninguna mención a la situación de discapacidad del amparado y, por consiguiente, no se refiere a la especial obligación del Estado de Chile, conforme a lo dispuesto en el artículo 14 de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, para asegurar que las personas con discapacidad, en igualdad de condiciones con las demás:

- a) Disfruten del derecho a la libertad y seguridad de la persona;
- b) No se vean privadas de su libertad ilegal o arbitrariamente y que cualquier privación de libertad sea de conformidad con la ley; y que la existencia de una discapacidad no justifique en ningún caso una privación de libertad.

## SENTENCIA DE LA CORTE DE APELACIONES DE VALPARAÍSO ACOGIENDO RECURSO DE AMPARO EN FAVOR DE PERSONAS EN CELDAS DE CASTIGO Y AISLAMIENTO DEL COMPLEJO PENITENCIARIO DE QUILLOTA POR CONDICIONES DE HABITABILIDAD Y ACCESO AL AGUA<sup>1</sup>

*Daniela Lara Escalona*

*Unidad de Protección de Derechos, Legislación y Justicia*

### ABSTRACT/RESUMEN

Sentencia sobre acción constitucional de amparo, interpuesta en favor de los ocupantes de las celdas de aislamiento y castigo del establecimiento penitenciario de Quillota. Además de consignar la vista de la fiscal judicial que comprueba los hechos denunciados, la sentencia destaca por qué se pronuncia en favor de un grupo de personas determinadas, pero no individualizadas en el recurso en cuestión, garantizando -a nuestro parecer- la confidencialidad y el anonimato de los denunciados.

**Palabras claves:** privación de libertad, seguridad personal, dignidad personal, derecho al agua, condiciones materiales de privación de libertad.

---

1. Corte de Apelaciones de Valparaíso, Rol N° 791 de 2018.

## ANTECEDENTES RELEVANTES DEL CASO

Mediante sentencia del 19 de diciembre de 2018, la Ilustrísima Corte de Apelaciones de Valparaíso acogió recurso de Amparo Constitucional, interpuesto por el Instituto Nacional de Derechos Humanos en Contra de Gendarmería de Chile, en favor de los “internos privados de libertad en el módulo de aislamiento y castigo del complejo penitenciario de Quillota, que se encontraban en dicho módulo el 4 de diciembre de 2018”. Señala la acción interpuesta -lo que es recogido por la sentencia- que los objetivos de la acción son: “... que se examine las condiciones de habitabilidad en que se encuentran los internos de dicho módulo y se disponga las medidas pertinentes para resguardar sus derechos y garantías”.

### Hechos que dieron lugar al caso

El 3 de diciembre del 2018, el Instituto Nacional de Derechos Humanos (INDH), en su sede de la Región de Valparaíso, recibió una denuncia sobre las condiciones en que se encontraban los ocupantes del módulo de aislamiento y castigo del Complejo Penitenciario de Quillota. En la denuncia, según expone la acción constitucional, se solicitaba verificar las condiciones en que se encontraban varios internos, sin individualizarlos, quienes estaban sin acceso a agua potable y con lesiones por acción de terceros.

El 4 de diciembre de 2018, funcionarios de la sede del INDH concurren a verificar estos hechos y dejaron constancia de lo siguiente:

1. Las celdas carecen de suministro de agua potable;
2. Escasa luz natural en las celdas de aislamiento;
3. Plaga de vinchucas en paredes, camas y suelo;
4. Hedor penetrante proveniente de desechos de orina y vómito, los que, por la ausencia de agua, se acumulaban en la celda;
5. Restos de alimentos en estado de putrefacción;
6. Aislamiento prolongado de los internos; “víctimas” de agresiones de otros internos;
7. Presencia de internos con lesiones y enfermedades cutáneas avanzadas.

Conjuntamente, en la acción interpuesta se describen las condiciones de habitabilidad de las cinco celdas del módulo y la situación de los ocupantes, deteniéndose el análisis en el acceso limitado al agua y las deplorables condiciones de salubridad, ventilación e iluminación.

## **Posición del INDH**

El INDH indica que el recurso se interpone “a favor de toda la población penal del referido módulo de aislamiento del complejo penitenciario de Quillota”.

Expresa que la seguridad individual se ha visto privada, perturbada y amenazada, señalando que el derecho internacional de los derechos humanos expresa las garantías específicas comprendidas en la seguridad individual. De este modo, refiere que en la Convención Americana de Derechos Humanos la seguridad está dada por la ausencia de perturbaciones que restrinjan la libertad más allá de lo razonable, pero que la seguridad también puede entenderse como la protección contra toda interferencia ilegal o arbitraria de la libertad física.

La acción constitucional continúa indicando que una de las garantías de la seguridad internacional, conforme al derecho internacional de los derechos humanos, es el derecho a recibir un trato digno en los recintos de detención o prisión y, de este modo, las condiciones de vida al interior del módulo en análisis constituyen un atentado a la integridad física y psíquica de sus ocupantes.

Señala que el derecho humano al agua está reconocido y es vinculado a la dignidad humana, atendida su característica de elemento vital para la supervivencia, y que también se une, a su nivel más alto, al derecho a la salud, la vivienda y la alimentación adecuadas.

Afirma que los hechos descritos vulneran la ley, la Constitución Política de la República y los Tratados Internacionales ratificados por Chile y que se encuentran vigentes.

Por lo anterior, y ante una privación, perturbación y amenaza clara de los derechos constitucionales señalados anteriormente, el INDH solicitar acoger la acción presentada, y que se ordenen todas las medidas necesarias para reparar la situación denunciada, tendientes a restablecer el imperio del derecho y asegurar la tutela de las personas vulneradas. Específicamente, solicita:

- a) Se declare la ilegalidad de (I) acceso insuficiente al agua potable y (II) deplorables condiciones de salubridad e higiene.
- b) Que, como consecuencia de lo anterior, se adopte todo tipo de medidas dirigidas a restablecer el imperio del Derecho y asegurar la tutela de todos los derechos fundamentales violados.

- c) Ordenar a Gendarmería de Chile coordinar con las instituciones competentes, o efectuar inversiones, para solucionar de manera definitiva el problema de provisión de agua.
- d) Informar sobre las medidas que se implementen para asegurar la provisión de agua segura, salubre, de manera continua y constante, sin interrupciones.
- e) Ordenar a Gendarmería de Chile a fin de que adopte todas las medidas necesarias para superar el problema de ausencia de luz natural y falta de aire en las celdas de aislamiento: coordinar con las instituciones competentes o efectuar inversiones para dar una solución definitiva a esta situación.
- f) Ordenar a Gendarmería de Chile acondicionar e implementar el excusado que existe en el patio del módulo de aislamiento del Complejo Penitenciario de Quillota, para el normal uso de los internos.

### **Posición de Gendarmería de Chile**

Según refiere la sentencia que se comenta, el informe de la autoridad penitenciaria del referido complejo penitenciario expresa la realización de diversas gestiones en la mira de solucionar las problemáticas presentes, a saber: enviar oficios por problemas en ventilación e iluminación natural de baños y dormitorios de la celda de aislamiento y población penal en general; gestionar nuevas fumigaciones acortando los tiempos entre una y otra; realizar un nuevo arranque de agua potable para la Sección Femenina, para que el resto de la Unidad tenga un flujo constante del caudal de agua. Al mismo tiempo, señala las sumas invertidas en la entrega de materiales a los distintos sectores de la unidad penal, para cumplir con el aseo de esta.

Afirma que no existen internos con lesiones de gravedad: que las enfermedades cutáneas presentadas son leves y tratadas de forma inmediata, y que hasta la fecha no han existido infecciones leves ni de gravedad en los internos habitantes de celdas de aislamiento.

Esta información es reiterada por la Dirección Regional, la cual reafirma lo informado por el alcaide del Centro de Detención Preventiva de Quillota.

### **Informe de la fiscal judicial**

La Corte de Valparaíso ordenó que la fiscal judicial emitiera un informe de la situación. Dicho informe, referido en sus conclusiones en la sentencia, describe las condiciones observadas y las entrevistas realizadas a los internos, individualizando a las personas que ocupan este espacio. En sus conclusiones, expresa textualmente lo siguiente:

1) Las condiciones de higiene y salubridad del módulo de aislamiento y castigo son deplorables y pueden calificarse de inhumanas. Las dimensiones de las celdas impiden mantener a más de un interno en cada una de ellas, a fin de no transformar el encierro en un hacinamiento humanamente insoportable.

2) Resulta intolerable mantener un módulo de encierro de internos que carezca de agua potable, elemento vital del que ningún ser humano puede prescindir, pues de su consumo depende su salud y las condiciones higiénicas en que se desenvuelve. No soluciona este problema la provisión de agua que actualmente se observa en el módulo, la que resulta del todo insuficiente. La falta de agua potable hace insostenible la permanencia de personas en el lugar.

3) El sistema de baños con que cuentan tanto las celdas como el espacio común, impiden satisfacer de manera digna e higiénica las necesidades de las personas allí reclusas. A la falta de agua potable se suma el número de internos que ocupa cada celda y la ausencia de puerta en el baño común.

4) Las celdas carecen de electricidad, lo que las hace lúgubres y oscuras, y la escasa luz que existe en el sector común es insuficiente para el lugar. El tamaño de las ventanas tampoco soluciona este problema.

5) La mayoría de los internos permanece allí voluntariamente, y no en situación de castigo. En todo caso, ninguna de estas situaciones justifica la forma en que actualmente se encuentran viviendo en ese módulo.

6) Las condiciones de habitabilidad observadas en el módulo visitado permiten afirmar que existe una grave vulneración a la integridad física y psíquica de los internos que se encuentran viviendo en el lugar. En efecto, el hacinamiento en celdas que impiden mantener más de una persona en el lugar, la higiene, la falta de luz y de ventilación, así como la presencia de basura, de insectos y de otros agentes que pueden transmitir enfermedades al ser humano, hacen insostenible el encierro prolongado de personas en estas dependencias sin transgredir seriamente su dignidad. Por lo demás, la mayoría de ellas está solicitando su traslado a otros recintos carcelarios donde puedan compartir con la población penal, peticiones que no han sido resueltas hasta esta fecha por Gendarmería de Chile, si bien en la misma data en que esta Fiscalía Judicial realizó esta visita, por Ordinario N° 3590, del Alcaide del CDP de Quillota, dirigido al Director Regional de la institución, se pidió el traslado de los internos a otros centros. En opinión de esta Fiscalía Judicial, debiera disponerse su inmediato traslado a otros recintos, pues su permanencia allí está afectando seriamente la salud psíquica y física de los internos.

7) Las circunstancias descritas han deteriorado de manera evidente la salud mental de los internos, los que se observan estresados y muy afectados por la situación y condiciones en que están viviendo. Ello exige adoptar medidas inmediatas, destinadas a poner término a esta realidad.

8) La situación del interno J. A. R. B.<sup>2</sup>, amerita un control médico psiquiátrico que determine su real estado de salud mental, el que no ha tenido hasta esta fecha, pues de no ser tratado puede tener consecuencias insospechadas.

## EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

### Parte resolutive

Con lo relacionado y considerando:

1. Que la privación de libertad no puede importar amenaza o directa afectación a otras garantías constitucionales en especial el derecho a la vida y a la salud, que siempre deben quedar asegurados. De no ser así, la privación de libertad no puede mantenerse, pues el deber del Estado de garantizar la vida y la seguridad de los internos en establecimientos penitenciarios es absoluto y no admite, por lo tanto, excepciones.

2. Que de lo acompañado al recurso, del propio informe del Centro Penitenciario de Quillota y muy principalmente del informe de la Sra. Fiscal de esta Corte, resulta claro que en las actuales condiciones del CDP de Quillota no sólo no puede estar habilitado para mantener reclusos en aislamiento, sea o no por razones de castigo, sino que ese módulo tal como ahora está, representa un directo atentado contra la seguridad de los reclusos, poniendo en grave peligro la salud física y mental de esas personas, lo cual, cualesquiera que sean las razones de tales anomalías y cualesquiera sean las razones de la permanencia de internos en ese módulo, determina que el recurso de amparo intentado deba ser acogido, disponiéndose el traslado de todos los internos recluidos en el módulo de aislamiento y castigo del CDP de Quillota a otros módulos o a otros penales, de ser necesario, y cerrando el pabellón de que se trata a todo uso, en tanto no se superen sus actuales condiciones de insalubridad e inhabilitación, lo que, antes de cualquier reapertura, deberá ser comprobado por alguna de las Sras. Fiscales de esta Corte.

Y de conformidad con lo dispuesto en el artículo 21 de la Constitución Política de la República y Auto Acordado de la Excm. Corte Suprema sobre tramitación y fallo del recurso de amparo, se acoge la acción de amparo intentada por el Instituto Nacional De Derechos Humanos a favor de los internos actualmente habitantes del Módulo de Aislamiento del Centro de Detención Preventiva de Quillota y, en consecuencia, se dispone que Gendarmería de Chile procederá de inmediato a desalojar completamente el señalado módulo, trasladando sin dilación a los internos ocupantes a

---

2 Las siglas son nuestras, para no afectar la privacidad del interno señalado.

*otros módulos o a otros centros penales, según lo exija la seguridad de cada uno de tales reclusos, y sin volver a utilizar el módulo de que se trata, hasta que se cumplan las exigencias referidas en el segundo motivo de este fallo y, cuando se lleguen a reabrir, no se volverá a instalar en cada una de sus celdas a más de un recluso, velando siempre porque se respete la dignidad y la seguridad individual de todos y cada uno de los reclusos.*

## COMENTARIO Y DOCTRINA DE DERECHOS HUMANOS

Los estándares internacionales de derechos humanos en materia penitenciaria se pronuncian latamente sobre las condiciones de vida al interior de las prisiones.

El INDH, en sus informes anuales, pero más profundamente en sus diversos Estudios de Condiciones Carcelarias, da cuenta de la actualidad de dicha problemática y de cómo se traducen los diversos aspectos desde un deber ser establecido por los estándares internacionales de derechos humanos, a una realidad fáctica que está muy lejos del cumplimiento de los diversos preceptos establecidos en estos cuerpos.

Los instrumentos internacionales de derechos humanos en materia de privación de libertad entregan las directrices para realizar esta evaluación.

Tanto el *Protocolo Facultativo de la Convención contra la Tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes* (Naciones Unidas, 2002), como los otros cuerpos específicos: *Conjunto de Principios para la Protección de Todas las Personas Sometidas a Cualquier Forma de Detención o Prisión* (Naciones Unidas, 1988); *Principios Básicos para el Tratamiento de los Reclusos* (Naciones Unidas, 1990); *Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para el Tratamiento de los Reclusos (Reglas Mandela)* (Naciones Unidas, 2015); *Principios y Buenas Prácticas Sobre la Protección de las Personas Privadas de Libertad en las Américas (CIDH, 2008)*; *Reglas de las Naciones Unidas para el Tratamiento de las Reclusas y Medidas No privativas de la Libertad para las Mujeres Delinquentes (Reglas de Bangkok)* (Naciones Unidas, 2010); y el *Convenio n.º 169 sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países independientes* (Organización Internacional del Trabajo, 1989), entre otros, proporcionan los parámetros básicos para poner la mirada en cómo están respetándose estos estándares al interior de las prisiones.

Esos aspectos son los que se aprecian en el módulo al interior del establecimiento penitenciario de Quillota objeto de este recurso, y que latamente podrían exponerse en torno a condiciones de infraestructura, acceso al agua y atención médica, aspectos

que, en algunos casos, se han desarrollado en comentarios anteriores de esta colección, específicamente en un caso bastante similar cuyo análisis es susceptible de ser aplicado en este mismo caso<sup>3</sup>.

Más allá de aquello, el presente caso destaca por un aspecto que constituye un notorio avance en la jurisprudencia nacional.

Dirige la acción constitucional expresamente con amparados, en favor de “internos del módulo de aislamiento y castigo del centro penitenciario Quillota”, como se ha mencionado, donde no se individualiza la nómina de ocupantes. Del mismo modo, la sentencia se pronuncia a favor de los ocupantes sin expresar una individualización.

Ello implica que la acción constitucional se ha establecido en favor de una o más personas no individualizadas, pero determinadas, determinables y concretas, en este caso ocupantes del módulo de aislamiento y castigo.

La norma constitucional, en su artículo 21, establece el recurso de amparo o *habeas corpus* -además de aquel que ha sido arrestado, detenido o preso con infracción de lo dispuesto en la Constitución o en las leyes- en favor de “toda persona que ilegalmente sufra cualquiera otra privación, perturbación o amenaza en su derecho a la libertad personal y seguridad individual”. Ello, desde ya es complementado con la Convención Americana de Derechos Humanos en su disposición 25.1.

Humberto Nogueira, en su texto “El *Habeas Corpus* o Recurso de Amparo en Chile”<sup>4</sup>, al pronunciarse sobre el solicitante o sujeto activo, señala que la Carta Fundamental no solicita una individualización del solicitante, sosteniendo que una eventual exigencia de individualización deja de lado la necesidad de tutela efectiva de la libertad personal o seguridad individual, en el sentido de que, desde ya, la puede ejercer un tercero sin necesidad de poder. De ahí que sitúa como prevalente dicha tutela ante un requisito que se podría considerar más bien formal.

En el ámbito penitenciario y en el quehacer diario de los órganos estatales a cargo de recoger y recibir denuncias, esto resulta de gran relevancia, ya que la denuncia concreta de

---

3. “Comentario sobre Sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago en recurso de amparo por condiciones sanitarias y acceso a agua potable en Colina I”, en: INDH, Jurisprudencia Destacada 2016-2018, página 60 y ss.

4. Nogueira Humberto. “El *Habeas Corpus* o Recurso de Amparo en Chile”, en *Revista de Estudios Políticos* (Nueva época) N° 102, Madrid, octubre-diciembre 1998, pág. 260.

una víctima específica implica diversos riesgos, ya sea por eventuales represalias, necesidad de medidas para asegurar el anonimato de la denuncia, seguridad para la o el denunciante, entre otros elementos, todo lo cual influye al momento de llevar una situación a instancia judicial.

Este aspecto es recogido por el Protocolo de Estambul, un Manual para la investigación y documentación eficaces de la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes<sup>5</sup>. Es así como, en el contexto del procedimiento para la investigación legal de casos de tortura, se pronuncia sobre la seguridad de los testigos señalando que incluso los investigadores deberán tener en consideración los efectos de su investigación sobre la seguridad de la presunta víctima de torturas y testigos (Párrafo 95), pero explicita el caso de las personas privadas de libertad señalando que “Los reclusos corren un peligro mayor que las personas que no están detenidas” (Párrafo 97).

Más adelante indica que hay situaciones en las que los reclusos pueden estar demasiado intimidados como para confiar, y que se pueden hacer entrevistas en grupo para obtener la información. Más aún, especifica que “si el temor a las represalias, justificado o no, es demasiado grande, puede ser necesario entrevistar a todos los reclusos en un determinado lugar de custodia de manera que no se pueda señalar a ninguna persona en concreto” (Párrafo 97).

Lo señalado se enlaza con el caso expuesto, en tanto una acción interpuesta en favor de una persona o grupo de personas no individualizadas como víctimas o amparados, pero sí determinables, permite, conjuntamente con hacer más eficaz la acción de la justicia y de instituciones como el INDH -que tienen a su cargo llevar a las Cortes estos casos- un efectivo resguardo de los denunciantes.

---

5. Naciones Unidas. Presentada a la Alta Comisionada de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, el 9 de agosto de 1999.

# SENTENCIAS DE LA CORTE DE APELACIONES DE CONCEPCIÓN Y CORTE SUPREMA EN RECURSO DE AMPARO EN FAVOR DE FAMILIA MAPUCHE AFECTADA POR PROCEDIMIENTO POLICIAL<sup>1</sup>.

*Jaime Guzmán Chávez*  
*Sede Regional Biobío*

## ABSTRACT / RESUMEN

El 21 de marzo de 2018, la Sede Regional del Biobío interpone acción de amparo ante la Ilustrísima Corte de Apelaciones de Concepción, en favor de los miembros de una familia que residía en un terreno ubicado en el sector rural de Cerro Negro en la comuna de Tirúa, cuya libertad y seguridad individual fue vulnerada como consecuencia de un procedimiento policial motivado por una diligencia de investigación respecto de un delito de hurto de madera cometido en el predio contiguo.

En virtud del cumplimiento de ésta diligencia de investigación ingresó al terreno contingente de Carabineros de Chile con carros blindados, personal con uniformes de camuflaje portando armas de grueso calibre, exhibiendo una orden cuyo plazo se encontraba vencido. Ante la negativa de los habitantes del predio los funcionarios policiales procedieron a retirarse y cometieron diversas agresiones en contra de algunos de los integrantes de la familia.

La acción constitucional fue acogida por la Ilmta. Corte de Apelaciones de Concepción, aduciendo que el obrar de los funcionarios de Carabineros fue exagerado, intimidatorio y desproporcionado.

Apelado el fallo por la parte recurrida, la sentencia es confirmada por la Excelentísima Corte Suprema.

**Palabras clave:** amparo, derechos de la mujer, derechos del niño, derechos indígenas, proporcionalidad, violencia, libertad personal, seguridad individual.

---

1. Corte de Apelaciones de Concepción, Rol 67-2018. Corte Suprema, Rol 6382-2018.

## **ANTECEDENTES RELEVANTES DEL CASO<sup>2</sup>**

El 13 de marzo del año 2018, alrededor de las 11:30 horas, funcionarios de Carabineros de Chile ingresaron al terreno de la familia amparada, ubicado en el sector rural de Cerro Negro en la comuna de Tirúa, contingente que estaba constituido por tres tanquetas, que trasladaban a doce funcionarios, algunos con vestimenta de civil y otros con uniforme de camuflaje, armados.

En éste sentido, una de las amparadas de iniciales R.Q.B., recibió a los efectivos policiales, quienes le informaron que se encontraban en el lugar debido a una investigación por un supuesto robo de madera que habría ocurrido en un terreno contiguo correspondiente a un señor de apellidos S.S. y que su familia cuida. Agrega que la amparada les informó que la persona que ellos buscaban no vive en el lugar, ante lo cual los policías procedieron a presionarla con el fin que les entregara mayor información, momentos en que fue tomada del cuello y sujeta desde atrás.

En el mismo acto, se acercó otra de las amparadas de iniciales D.R.Q., hija de R.Q.B. y del amparado F.R.Q., quien encontrándose embarazada y en compañía de su hijo de tres años, pudo constatar que dicho operativo policial se realizaba en razón de una orden de investigación proveniente de la Fiscalía Local de Cañete, mediante la cual se instruí la realización de distintas diligencias de investigación, disponiéndose que el informe requerido debía remitirse dentro del plazo de 30 días contados desde la recepción del oficio respectivo. A este respecto indica que la realización de estas diligencias se encontraba más allá de los plazos establecidos por la propia orden de investigación emanada por el Fiscal a cargo.

Ante el bullicio generado por la presencia de las tres tanquetas y el contingente policial, llega también al lugar el marido de D.R.Q., el amparado de iniciales J.O.F., quien igualmente intenta dialogar con el personal policial, consultando los motivos de esa gran presencia de funcionarios de Carabineros de Chile. Sin obtener mayor información que la ya proporcionada respecto de la orden de investigar ya referida. En el intertanto el personal policial se dispersó por el terreno e incluso se habría utilizado un dron que realizó sobrevuelo en los terrenos contiguos al de la referida familia.

Que, así las cosas, una vez que el personal policial se retiraba del lugar se generó otro altercado, ahora entre R.Q.B. y Carabineros de Chile, lo cual se encontraba registrado en

---

2. Recurso de Amparo Rol 67-2018 Itma. Corte de Apelaciones de Concepción.

grabación de vídeo obtenido por el celular de su hija y en el que se aprecia los empujones de los recurridos, quienes se encontraban fuertemente armados y que, incluso, arrebataron el celular aludido, arrojándolo al suelo y tirándole tierra. Asimismo, respecto del amparado de iniciales J.O.F., un funcionario policial lo tomó del cuello levantándolo en el aire y lo dejó caer al suelo.

En el caso del amparado F.R.Q. - quien había sido alertado por su señora de la presencia policial- , estando aproximadamente a unos 800 metros del lugar de los hechos, impidió el retiro de Carabineros, frente a lo cual éstos le dijeron “saca la camioneta chucha de tu madre”, siendo apuntado con las armas del personal policial, mientras uno de ellos lo toma fuertemente y lo saca del asiento del conductor de su propia camioneta, dejándolo a un lado del camino propinándole golpes de pie.

Otro de los funcionarios de Carabineros de Chile se sube a la camioneta de F.R.Q., procediendo a conducir la misma para dejarla a un costado del camino, con el propósito que las tanquetas que venían descendiendo pudieran pasar libremente; para posteriormente, una vez logrado el objetivo, descender de la camioneta y arrojar las llaves de la misma en el descampado, sólo pudiendo las mismas ser encontradas cerca de la medianoche de aquel día.

Dados estos hechos, la Sede Regional del Biobío del Instituto Nacional de Derechos Humanos presentó un recurso de amparo (artículo 21 de la Constitución Política de la República), fundando su reclamación en la infracción de diversas normas de derecho interno como de derecho internacional, entre ellas: el artículo 19 N° 7 de la Constitución Política de la República, artículo 3 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, artículo 7.I de la Convención Americana de Derechos Humanos, artículo 3 del Convenio N° 169 sobre Pueblo Indígenas y Tribales, artículo 7 de La Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas, el artículo 4 de La Convención contra la discriminación de la Mujer, así como también las normas de la Convención de Derechos del Niño, entre otras.

Por su parte, el General de Carabineros, Jefe de Zona, al informar el recurso de amparo, señala que efectivamente de conformidad a orden de investigación emanada del Fiscal a cargo, se procedió a la práctica de diligencias de investigación necesarias para consignar la comprobación del hecho investigado y que dicen relación con una denuncia presentada por el propietario de un fundo ubicado en el camino al sector “Los Maquis”, de la Comuna de Tirúa, por el corta de árboles de Eucalipto.

Señala que el 13 de marzo pasado, personal de Carabineros de Chile concurrió al lugar de los hechos objeto del recurso, donde desde una vivienda aparecen tres personas adultas y una menor de edad, quienes se interponen en el camino con la finalidad de bloquear el paso a los dispositivos que operaban en el procedimiento, motivo por el que se les informó sobre la diligencia que se estaba llevando a efecto y se les solicitó autorización para continuar el recorrido, lo cual fue negado.

Expresa que con objeto de evitar complicaciones se procedió a cancelar la diligencia, emprendiendo su retirada. Sin embargo, las personas que se mantenían en el lugar impidieron el retroceso de los efectivos policiales, utilizando sus cuerpos y de un menor para bloquear el camino, en vista de lo cual los funcionarios solicitaron que depusieran su actitud, lo que no lograron y por ello se debió hacer uso de la fuerza racional, proporcional y necesaria para habilitar el paso de los dispositivos, ya que las personas se encontraban empujando y agrediendo al personal que se encontraba armado, situación que evidentemente constituía una situación peligrosa para todos los involucrados. Agrega que al continuar con el desplazamiento, se generaron dos cortes de ruta, consistentes en la instalación de camionetas en el camino y, al no existir una ruta alternativa, se debió empujar la camioneta que obstaculizaba la vía. Al continuar con el retiro del lugar, se encontraron con otra camioneta, en la que se encontraba su conductor, quien se negó tajantemente a mover el vehículo, por lo que uno de los funcionarios debió moverla hasta un costado. Finalmente se arriba a un lugar seguro, en donde se realiza el chequeo de equipo, haciendo presente que no se utilizaron armas de fuego ni disuasivos químicos.

Concluye su informe señalando que el accionar por el cual se recurre, fue efectuado en base a procedimientos policiales, no existiendo ilegalidades y/o arbitrariedades en su actuar, razón por la cual no se ha vulnerado el derecho constitucional consagrado en el artículo 19 N° 7 de la Constitución Política de la República, como ninguna otra norma legal.

## EXTRACTOS SENTENCIA

### Sentencia de la Ilustrísima Corte de Apelaciones de Concepción:

**OCTAVO:** *Que, como consideración general, es del caso consignar que llama la atención tanto el equipamiento operativo del pelotón policial -dotado de especial vestuario protector, casco metálico y otros- como las armas de combate que portaba el pelotón, así como el medio de transporte utilizado, consistente en carros blindados que se emplean normalmente en operaciones especiales que el denominado GOPE debe realizar.*

*Como contraposición de lo anterior, debe considerarse que la acción policial se dirigía con respecto de un grupo de civiles de desmedrada condición material y cultural, mayormente de extracción indígena, desarmado, sito en el lugar de su domicilio, afectando igualmente a mujeres, una de ellas embarazada y a un menor de edad, habiendo acaecido todos los sucesos en territorio rural alejado de todo centro urbano.*

**NOVENO:** *Que, por último, es dable considerar que no aparece explicado en los antecedentes, por los recurridos, que el predio relacionado con el delito investigado no tuviese un acceso propio ni demostrara que la investigación debía realizarse necesariamente en o a través del terreno de los amparados, quienes se opusieron a las acciones policiales advirtiéndoles que el ilícito investigado se habría cometido en lugar distinto.*

**DÉCIMO:** *Que el artículo 1° de la Constitución Política de la República previene que: “Las personas nacen libres e iguales en dignidad y derechos.*

*La familia es el núcleo fundamental de la sociedad.*

*El Estado reconoce y ampara a los grupos intermedios a través de los cuales se organiza y estructura la sociedad y les garantiza la adecuada autonomía para cumplir sus propios fines específicos.*

*El Estado está al servicio de la persona humana y su finalidad es promover el bien común, para lo cual debe contribuir a crear las condiciones sociales que permitan a todos y a cada uno de los integrantes de la comunidad nacional su mayor realización espiritual y material posible, con pleno respeto a los derechos y garantías que esta Constitución establece.*

*Es deber del Estado resguardar la seguridad nacional, dar protección a la población y a la familia, propender al fortalecimiento de ésta, promover la integración armónica de todos los sectores de la Nación y asegurar el derecho de las personas a participar con igualdad de oportunidades en la vida nacional”.*

**UNDÉCIMO:** *Que de otro lado el artículo 19 N° 1 del mismo texto constitucional previene que:*

*“La Constitución asegura a todas las personas:*

*1°.- El derecho a la vida y a la integridad física y psíquica de la persona.*

*La ley protege la vida del que está por nacer...”.*

*En su número 7°, el mismo precepto reconoce que: “El derecho a la libertad personal y a la seguridad individual...”.*

**DUODÉCIMO:** *Que “La dignidad de la persona humana se entiende como el valor espiritual y moral inherente al individuo íntimamente vinculado al desarrollo de la personalidad y a los derechos a la integridad física y moral, a la libertad de ideas y creencias, al honor, la intimidad personal y la propia imagen, que se manifiesta singularmente en la autodeterminación consciente y responsable de la propia vida y que lleva consigo la pretensión de respeto por parte de los demás. Implica el respeto a la persona como ser humano y a los derechos inherentes al mismo”. (Del Diccionario Jurídico Espasa. Editorial Espasa Calpe. España. 2007. Fragmento de una sentencia de un Tribunal Superior de España).*

**DÉCIMOTERCERO:** *Que conforme a la integridad de lo expresado, cabe concluir que el obrar de la fuerza pública -precedentemente relacionado- fue, a todas luces, exagerado, intimidatorio y desproporcionado; en suma, atentatorio a la dignidad de la persona de los amparados, valor jurídico que primariamente es llamado a salvaguardar, precisamente, por la primera de las disposiciones de la Constitución Política de la República de Chile, como también por la legislación internacional inserta en los Tratados de este carácter suscritos por nuestro país y que se encuentran vigentes -pormenorizados en el recurso- de aplicación imperativa conforme a lo dispuesto en el artículo 5 de la Carta Fundamental.*

*Igualmente se infiere que del mismo modo resulta afectada la seguridad individual de los amparados, que constituye un bien jurídicamente que igualmente es objeto de los recursos de esta clase y elevado a la condición de garantía constitucional reconocida en el artículo 19 N° 7 de la Constitución de 1980.*

**DÉCIMOCUARTO:** *Que lo reflexionado llevará ineludiblemente a estos sentenciadores al acogimiento del recurso intentado, disponiéndose al efecto las medidas que se precisarán en lo resolutivo.*

*Por estos fundamentos y lo dispuesto en el artículo 21 de la Constitución Política de la República y la demás normativa citada, SE ACOGE, sin costas, el recurso de amparo intentado por do a Carolina Constanza Chang Rojas, abogada, Jefa de la Sede Regional del Biobío del Instituto Nacional de*

*Derechos Humanos, actuando en representación del Instituto de Derechos Humanos, y en favor de XXXXXX; en contra de Carabineros de Chile, representada por el General de la VIII Zona Biobío, sólo en cuanto se dispone:*

*A.- Que Carabineros de la VIII Zona Biobío y de la Zona de Araucanía Control Orden Público, deber cumplir con sus protocolos de actuación y aquellos otros que la institución hubiera adecuado a lo establecido en la Constitución Política de la República, Leyes y en los Tratados Internacionales, informando a esta Corte sobre las medidas concretas que adopten a los fines dispuestos;*

*B.- Que la misma institución deberá instruir los sumarios administrativos que correspondan a fin de dilucidar las responsabilidades administrativas que se susciten, debiendo informar a esta Corte respecto del resultado de dichos sumarios, en el plazo de 30 días de ejecutoriada esta sentencia;*

*C.- Que, de igual forma, se deberá adoptar las medidas necesarias para impedir que se repitan actos que importen atentados a la libertad personal y a la seguridad individual de los amparados de autos;*

*D.- Que, por último y oportunamente, habida cuenta de la gravedad de los hechos materia del recurso, comuníquese al Ministerio Público mediante oficio, adjuntando copia íntegra de estos antecedentes con las pruebas reunidas a fin que proceda a investigar la eventual comisión de hechos de carácter ilícito en la diligencia policial llevada a cabo, estimarlo procedente.*

### ***Sentencia de la Excelentísima Corte Suprema***

*Se confirma la sentencia apelada de cinco de abril de dos mil dieciocho, dictada por la Corte de Apelaciones de Concepción en el Ingreso Corte N° 67- 2018.*

*Se previene que el Ministro Sr. Cisternas concurre a la confirmatoria teniendo especialmente presente que se ha tenido por establecido en la primera instancia el ejercicio de fuerza indebida por Carabineros respecto de algunos de los amparados; y que no se ha aclarado, ni por el Ministerio Público, ni por Carabineros, por qué motivo se sostiene que debe necesariamente ingresarse por el predio donde ocurrieron los hechos que motivan el amparo para llegar a aquel en que debía realizarse la diligencia ordenada, ni por qué, en tal circunstancia, no se obtuvo autorización judicial para actuar de esa forma. Acordada con el voto en contra del Ministro Sr. Valderrama, quien fue del parecer de revocar la resolución apelada y rechazar el recurso de amparo deducido teniendo en consideración para ello que Carabineros de Chile actuó dentro del marco de sus atribuciones y bajo el imperio del derecho.*

## COMENTARIO Y DOCTRINA DE DERECHOS HUMANOS

La sentencia dictada por la Ilustrísima Corte de Apelaciones de Concepción con fecha 5 de abril de 2018, y posteriormente confirmada por la Excelentísima Corte Suprema con fecha 16 de abril de 2018, resolvió que en los hechos objeto de éste recurso, el obrar de los funcionarios de Carabineros de Chile fue evidentemente exagerado, intimidatorio y desproporcionado.

Bajo estas consideraciones, la sentencia reconoce dos hechos: en primer lugar, la presencia policial obedecía sólo a la realización de diligencias de investigación en una causa iniciada por un delito de hurto, sin siquiera tratarse de un procedimiento en situación de flagrancia, cuestión que, aún así, no justificaría el actuar del personal de Carabineros de Chile, sino que, al menos, vendría a entregar un motivo que diera a entender el porqué del gran despliegue vehicular y de personal armado; y en segundo lugar, no es posible dilucidar justificación alguna respecto a que el predio relacionado con el delito investigado no tuviese un acceso propio ni que demostrara que la investigación debía realizarse necesariamente en o a través del terreno de los amparados, quienes se opusieron a las acciones policiales advirtiéndoles que el ilícito investigado se habría cometido en lugar distinto.

En virtud a estos hechos, la Ilustrísima Corte de Apelaciones de Concepción resuelve que la acción policial vulnera al derecho a la libertad personal y seguridad individual de los amparados, siendo éste interpretado en su sentido amplio, es decir, protegiendo la integridad personal, en armonía con lo dispuesto en el artículo 7.6 de la Convención Americana de Derechos Humanos. Respecto a lo anterior, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha establecido en su jurisprudencia lo siguiente: *“En este sentido, el habeas corpus representa, dentro de las garantías judiciales indispensables, el medio idóneo tanto para garantizar la libertad, controlar el respeto a la vida e integridad de la persona, e impedir su desaparición o la indeterminación de su lugar de detención, así como para proteger al individuo contra la tortura u otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes”*<sup>13</sup>.

En el ámbito internacional de los derechos humanos, existen diversos instrumentos normativos que aluden a la obligación del Estado de garantizar la seguridad personal de los individuos. Vale decir, en términos del artículo 3 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos: *“Todo individuo tiene derecho a la vida, a la libertad y a la seguridad de su persona”*. El artículo 1 de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre indica: *“Todo ser humano tiene derecho a la vida, a la libertad y a la seguridad de su persona”*. El

3. Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso Juan Humberto Sánchez vs. Honduras, de 7 de junio de 2003, Serie C N° 99, párrafo 122.

artículo 7 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos expresa: *“Toda persona tiene el derecho a la libertad y a la seguridad personales”*. Por último, el artículo 9 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos señala: *“Todo individuo tiene derecho a la libertad y a la seguridad personales”*.

De esta forma es posible advertir que el derecho a la libertad y seguridad individual se vincula directamente con otros derechos fundamentales, como la vida; la integridad personal; la libertad y la seguridad personales, la protección judicial y las garantías procesales; la privacidad; la honra; la libertad de expresión, de reunión y de asociación; el derecho a participar en los asuntos de interés público; derecho al disfrute pacífico de los bienes y, como consecuencia de todos los anteriores, el derecho a la dignidad de las personas. En concordancia con ésta afirmación, la Ilustrísima Corte de Apelaciones de Concepción establece en el considerando duodécimo del fallo en comento, que el actuar desproporcionado de los funcionarios policiales atentó directamente en contra de la dignidad de la persona de los amparados, e incluso nos remite a un concepto de dignidad extraído del fragmento de una sentencia de un Tribunal Superior de España, el cual señala que *“La dignidad de la persona humana se entiende como el valor espiritual y moral inherente al individuo íntimamente vinculado al desarrollo de la personalidad y a los derechos a la integridad física y moral, a la libertad de ideas y creencias, al honor, la intimidad personal y la propia imagen, que se manifiesta singularmente en la autodeterminación consciente y responsable de la propia vida y que lleva consigo la pretensión de respeto por parte de los demás. Implica el respeto a la persona como ser humano y a los derechos inherentes al mismo”*<sup>4</sup>.

En cuanto a la ilegalidad de la actuación policial, es menester establecer en primer lugar que la facultad de Carabineros para emplear la fuerza y las armas de fuego en el cumplimiento de sus deberes deriva de la Constitución Política de la República que, en el artículo 101 inciso segundo, deposita en las Fuerzas de Orden y Seguridad el ejercicio del monopolio estatal de la fuerza en el ámbito interno. Sin embargo, ésta facultad de la que gozan los funcionarios policiales reconoce límites que no pueden ser transgredidos bajo ningún respecto, ya que ésta potestad lleva consigo obligaciones y responsabilidades que deben cumplir los referidos funcionarios, enfatizando en que en el ejercicio de la función policial éstos deben tener una consideración particular con respecto a los derechos humanos que pueden verse afectados por el ejercicio de la misma y que el Estado y sus agentes policiales están obligados a respetar y proteger, asimismo, en el uso de sus atribuciones legales y en la ejecución de las actuaciones policiales que le corresponden llevar a cabo, el personal de Carabineros de

---

4. Diccionario Jurídico Espasa. Editorial Espasa Calpe. España. 2007. Fragmento de una sentencia de un Tribunal Superior de España.

Chile deberá garantizar a toda persona, sin discriminación arbitraria, el goce y ejercicio de sus derechos y libertades reconocidos por la Constitución Política de la República, las leyes y los tratados internacionales ratificados por Chile.

En esta misma línea, el ejercicio del uso de la fuerza por parte de Carabineros de Chile debe contemplar el respeto a dos importantes principios: En primer lugar, el principio de Proporcionalidad, lo que significa que debe haber un equilibrio entre el grado de resistencia o de agresión que sufre un Carabinero y la intensidad de fuerza que se aplica para lograr que la persona se someta al control policial. Igualmente este principio conlleva que el uso de la fuerza tiene como límite que no puede infligir más daño, que aquel que se pretende evitar con su empleo y, en su caso, considerar las características particulares de la persona, como por ejemplo, ser un niño, niña o adolescente o un adulto mayor. En segundo lugar, tenemos el principio de Necesidad, el cual obliga a que los funcionarios policiales utilicen, en la medida de lo posible, medios no violentos antes de recurrir al uso de la fuerza, correspondiendo hacer uso de esta cuando los otros medios resulten ineficaces o no garanticen el logro del resultado previsto. De acuerdo a éste último principio, el uso de la fuerza constituirá siempre el último recurso.

En este contexto, el nivel de proporcionalidad aplicado a la fuerza pública, siempre deberá considerar los hechos específicos de cada caso donde la peligrosidad de las personas que son afectadas por una acción estatal y la conducta asumida por ellas, constituyen un elemento relevante para determinar la licitud de la interferencia al derecho a la vida e integridad física y, en el presente caso, a su derecho a la libertad personal y seguridad individual. Es así como las necesidades de la situación y el objetivo que se trata de alcanzar son relevantes para determinar la legalidad y proporcionalidad de la medida.

En la especie, la acción policial fue ejercida sin siquiera ponderar las diversas circunstancias que se presentan en el caso concreto, y que decían relación con la condición material y cultural de los amparados, mayormente de extracción indígena, desarmados, situados en el lugar de su domicilio, habiendo mujeres, una de ellas embarazada y un menor de edad; siendo todas ellas circunstancias que constituyen estándares de protección especial reconocidos y regulados por los diversos tratados internacionales reconocidos y ratificados por Chile, según lo que establece el artículo 5 inciso 2° de la Constitución Política de la República.

A saber, respecto del menor de edad de tres años de edad, evidentemente existe una vulneración a su dignidad, al ser testigo de las agresiones a los miembros de su familia y

de, además, estar expuesto a un procedimiento que se llevó a cabo sin existir un criterio mínimo de proporcionalidad en el que no hubo consideración alguna por el Interés Superior del Niño, el cual constituye un principio básico que, a la luz del actual estado del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, puede definirse como la plena satisfacción de los derechos fundamentales de niños y niñas y constituye uno de los principios guías de la Convención de Derechos del Niño.

La Corte IDH ha sostenido en Opinión Consultiva N° 17-2002, que el Interés Superior del Niño es un principio regulador de la normativa de derechos del niño y se funda “en la dignidad misma del ser humano, en las características propias de los niños...”, la necesidad de propiciar su desarrollo así como en la naturaleza y alcances de la propia convención. La Corte IDH estima que la Convención de Derechos del Niño alude al Interés Superior del Niño como punto de referencia, para asegurar la efectiva realización de todos los derechos contemplados por la Convención, y que las acciones del Estado y de la Sociedad han de ceñirse a este criterio en lo que respecta a la protección de los niños y la promoción y preservación de sus derechos. Por otra parte, agrega la Corte, para observar la mayor prevalencia del Interés Superior del Niño, el preámbulo de la Convención establece que éste requiere cuidados especiales, que en concordancia con el art. 19 de la Convención Americana, implica que el Estado ha de adoptar medidas y cuidados especiales, necesidad que proviene de la situación específica de los niños, tomando en cuenta su debilidad, inmadurez o inexperiencia. En síntesis, la Corte IDH alude al Interés Superior del Niño, como principio regulador y punto de referencia, así como límite a la acción del Estado y origen de obligaciones.

En dicho escenario, las violaciones a los derechos a la libertad personal y sobre todo a la seguridad personal representan también una evidente violación al derecho a la vida y a la integridad física y síquica de los niños y todos los demás afectados por la acción policial en la medida que impiden el acceso a las condiciones que les garanticen una existencia digna, por lo que, el Comité de Derechos del Niño entiende que en situaciones de violencia que afecten a niños y niñas en situaciones de violencia, los Estados asumen ciertas obligaciones especiales: “los Estados partes se asegurarán de que todas las personas que sean responsables de prevenir y combatir la violencia y de brindar protección frente a esta, en su trabajo y en los sistemas judiciales, respondan a las necesidades de los niños y respeten sus derechos”.

Respecto de las amparadas, una de ellas embarazada, la Convención contra la discriminación de la Mujer establece en su artículo 4 señala que: “*Toda mujer tiene derecho al reconocimiento, goce, ejercicio y protección de todos los derechos humanos y a las libertades consagradas por los*

*instrumentos regionales e internacionales sobre derechos humanos. Estos derechos comprenden, entre otros: b) El derecho a que se respete su integridad física, psíquica y moral; c) El derecho a la libertad y a la seguridad personales; y, e) El derecho a que se respete la dignidad inherente a su persona y que se proteja a su familia"; y como ha señalado la Ilustrísima Corte de Apelaciones el actuar desproporcionado de los funcionarios policiales atentó directamente en contra de la dignidad de la persona de las amparadas, toda vez que ambas fueron víctimas de la agresión por parte de Carabineros de Chile.*

Además, tratándose de una familia que pertenece a un pueblo originario, dicho estándar igualmente se encuentra protegido por el derecho internacional. El Convenio N° 169 sobre Pueblo Indígenas y Tribales establece en su artículo 3 que: "*1. Los pueblos indígenas y tribales deberán gozar plenamente de los derechos humanos y libertades fundamentales, sin obstáculos ni discriminación. Las disposiciones de este Convenio se aplicarán sin discriminación a los hombres y mujeres de esos pueblos; 2. No deberá emplearse ninguna forma de fuerza o de coerción que viole los derechos humanos y las libertades fundamentales de los pueblos interesados, incluidos los derechos contenidos en el presente Convenio*"; y por su parte, la Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas declara en su artículo 7 que: "*1. Las personas indígenas tienen derecho a la vida, la integridad física y mental, la libertad y la seguridad de la persona. 2. Los pueblos indígenas tienen el derecho colectivo a vivir en libertad, paz y seguridad como pueblos distintos y no serán sometidos a ningún acto de genocidio ni a ningún otro acto de violencia, incluido el traslado forzado de niños del grupo a otro grupo*".

En este punto, llama la atención el lenguaje que se usa en la redacción del fallo, cuando refiere que la acción policial se dirigió en contra de "un grupo de civiles de desmedrada condición material y cultural, mayormente de extracción indígena". "Desmedrar", según la RAE, es sinónimo de "deteriorar", y de este modo al describir lo que en principio podría ser una situación objetiva de carencias socioeconómicas se expresaría adicionalmente la comprensión de que su situación involucra un deterioro "cultural", que asocia a su "extracción indígena", lo cual se inscribiría en una perspectiva etnocéntrica que considera "desmedradas" las formas de vida que se apartan del modelo occidental dominante.

Entendemos que esta comprensión iría en sentido contrario a lo que señala el artículo 5 a) del Convenio 169 en cuanto a que "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 es planten tato colectiva como individualmente".

Desde una perspectiva de derechos humanos la situación “desmedrada” de parte de esta parte de la población dice relación con lo señalado en el Preámbulo del mismo Convenio, cuando observa que “en muchas partes del mundo esos pueblos no pueden gozar de los derechos humanos fundamentales en el mismo grado que el resto de la población de los Estados en que viven y que sus leyes, valores, costumbres y perspectivas han sufrido a menudo una erosión”.

En resumen, el actuar policial de los funcionarios de Carabineros en el caso concreto, no respetó los criterios o principios básicos que autorizan el uso legítimo de la fuerza, es decir, no hubo agotamiento de medios no violentos para el cumplimiento de la instrucción particular emitida por el Ministerio Público; el uso de la fuerza infligió más daño, que aquel que se pretendía evitar con su empleo y, además, no hubo consideración alguna por parte de los funcionarios policiales sobre las características particulares de los miembros de la familia, como ya se expuso de forma detallada. En este sentido, el fallo reconoce que a todas luces el obrar policial fue exagerado, intimidatorio y desproporcionado; por consiguiente, éste tuvo el carácter de atentatorio a la dignidad de la persona de los amparados, desatendiendo los principios por los cuales el uso legítimo de la fuerza se encuentra limitada y al cual están obligados Carabineros de Chile, por lo que, la actuación policial es considerada arbitraria.

## SENTENCIA DE LA CORTE DE APELACIONES DE VALPARAÍSO EN RECURSO DE PROTECCIÓN A FAVOR DE JOVEN CON TRASTORNO DEL ESPECTRO AUTISTA<sup>1</sup>

*María Belén Bravo Oyaneder  
Sede Regional Valparaíso*

### ABSTRACT/RESUMEN

La Corte de Apelaciones de Valparaíso acogió recurso de protección deducido por el Instituto Nacional de Derechos Humanos (INDH), a favor de un joven mayor de edad, que padece de discapacidad intelectual y que, por otra parte, no contaba con una red de apoyo familiar ni con recursos económicos. Debido a esta situación de vulnerabilidad, desde el año 2016 hasta el año 2018, estuvo hospitalizado de manera intermitente en distintos centros de salud de la Región, bajo la custodia del Servicio Nacional de Menores (Sename), hasta que cumplió la mayoría de edad y, posteriormente, por orden judicial, quedó al cuidado del área de Salud<sup>2</sup>.

Los servicios públicos mencionados, garantes de la salud del joven, no pudieron otorgar una solución integral y definitiva, que implicaba el ingreso a una residencia conforme a su perfil y diagnóstico, por lo cual, la falta de coordinación entre dichos servicios significó una perturbación y una amenaza a su derecho a la integridad física y psíquica, vulnerando lo estipulado en el artículo 19 N° 1 de la Constitución Política de la República debido a las permanentes omisiones ilegales del servicio de Salud y contraviniendo lo señalado en la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad y la Convención Interamericana para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad.

**Palabras claves:** Discapacidad, integridad física y psíquica, omisiones ilegales, protección, posición de garante, tratados internacionales.

---

1. ROL N° 8961-2018

2. Servicio de Salud Valparaíso-San Antonio; Servicio de Salud Viña del Mar-Quillota; Subsecretaría de Redes Asistenciales del Ministerio de Salud; Secretaría Regional Ministerial de Salud de Valparaíso.

## ANTECEDENTES RELEVANTES DEL CASO

Con fecha 12 de octubre del 2018, el INDH presentó recurso de protección ante la Corte de Apelaciones de Valparaíso, a favor de un joven que se encontraba en una situación de particular vulneración. En primer lugar, presentaba al menos un grado de discapacidad intelectual con diagnóstico de Trastorno del Espectro Autista (TEA) severo. En segundo lugar, no poseía una red de apoyo familiar y, además, no contaba con recursos económicos, por lo que se encontraba en situación de calle, sin perjuicio de que estaba bajo custodia estatal del Sename desde el año 2016.

En el año 2018, por resolución judicial del Tribunal de Familia de Viña del Mar, quedó sujeto al cuidado del área de Salud en un recinto psiquiátrico de la comuna de Putaendo y, debido a su condición, estuvo hospitalizado en cinco dispositivos de salud de manera intermitente desde el año 2016.

La situación en la que se encontraba y los constantes cambios de entorno a los que fue sometido, provocaron en el joven una alteración y un grave retroceso para su salud. Así lo indicaron los distintos informes médicos emitidos por los recintos hospitalarios en los que estuvo, de manera que se fue extendiendo en el tiempo su situación de especial vulnerabilidad. Dado este escenario, resultaba importante que los organismos recurridos pudieran efectuar una coordinación interinstitucional, que permitiera disponer el ingreso a una residencia de acuerdo a su perfil y diagnóstico, con un plan de tratamiento y personal idóneo suficiente, puesto que el autismo no corresponde a una enfermedad psiquiátrica o mental, por tanto, su permanente estadía en recintos psiquiátricos no se encontraba justificada.<sup>3</sup>

El INDH sostuvo que los recurridos en este caso incurrieron en permanentes omisiones. En cuanto al Sename, al ser el joven sujeto de protección por dictamen del Tribunal de Familia de Viña del Mar, el organismo estatal técnico encargado de velar por el recurrente era precisamente ese organismo<sup>4</sup>.

En este sentido, cabe destacar que en mayo del año 2016, por orden del Tribunal de Familia, el joven ingresó como residente al Centro Pequeño Cottolengo de la ciudad de Quintero,

---

3. Corte de Apelaciones de Valparaíso. ROL N° 8961-2018. Sentencia 10 de abril de 2019. Considerando décimo sexto.

4. Véase Decreto Ley N°2465, que Crea el Servicio Nacional de Menores.

sin embargo, esta institución advirtió que la condición del adolescente no sería compatible con los cuidados y prestaciones que efectuaba dicho centro.

No obstante, a principios del año 2017, en el contexto de una misión de observación, el INDH visitó el Pequeño Cottolengo, donde se constató la falta de tratamiento adecuado y se pudo observar que el espacio en el que se encontraba el joven se reducía a una sala vacía, donde permanecía aislado de todo contacto con otras personas, lo que constituía una forma de maltrato que afectaba gravemente su derecho a la integridad física y psíquica.

Dicha situación fue puesta en conocimiento del Tribunal de Familia de Viña del Mar, y el Sename se comprometió a elaborar y remitir una oferta programática para dar solución a este caso, en virtud de los artículos 71 letra c) y 80 bis, de la Ley N° 19.968. Para ello, propuso una oferta que consistía en la entrega de un monto determinado de dinero, como fondo de emergencia, con el objeto de construir un espacio con condiciones adecuadas a los requerimientos del cuidado del joven en el Centro Pequeño Cottolengo. Sin embargo, el mencionado centro se negó a firmar el convenio por no contar con los profesionales adecuados para asistir al joven y porque la Municipalidad de Quintero objetó la construcción de dicha obra.

Finalmente, el proyecto no pudo ser ejecutado. La Dirección Regional de Sename informó, además, que todos los organismos colaboradores de la Región, así como cinco instituciones privadas, se negaron al proyecto propuesto. El Sename indicó en su defensa que no había incurrido en la comisión de actos u omisiones arbitrarias e ilegales, puesto que su institución no era un organismo público con las competencias y recursos para atender a la población que presenta problemas propios del ámbito de la salud.<sup>5</sup>

En lo que respecta a las omisiones ilegales del área de Salud, dada la condición del joven, los organismos encargados no cumplieron con sus obligaciones legales y reglamentarias en cuanto a disponer un recinto apropiado para la internación y permanencia del joven.

El Tribunal de Familia de Viña del Mar, en distintas fechas, ofició a cuatro dispositivos de Salud, tanto de la Región de Valparaíso como de la Región Metropolitana de Santiago, a efectos de que atendieran el caso. Sin embargo, los hospitales rechazaron la internación del joven impidiendo que recibiera un tratamiento adecuado a su condición.

---

5. Corte de Apelaciones de Valparaíso. ROL N° 8961-2018. Sentencia 10 de abril de 2019. Considerando tercero.

En este sentido, el INDH indicó en el recurso que la actuación de los recurridos se apartó de la normativa jurídica que regula sectorialmente la observación y reclusión de personas con enfermedades mentales, lesionando con esta conducta los derechos del recurrente garantizados por la Constitución en el artículo 19 N° 1. Frente a esto, la Secretaría Regional Ministerial de Salud de la Región de Valparaíso señaló que, orgánicamente, la Seremi carecía de competencias para haber dado solución a la situación del joven de autos, y expresó lo siguiente:

No existe dispositivo de salud al que destinar al joven ni en la red dependiente de los servicios de salud, ni en el ámbito privado, que reciban a personas con el perfil del joven y que cuenten con las condiciones estructurales, y de personal -tanto en términos cuantitativos como cualitativos- como para responder adecuadamente a sus necesidades.<sup>6</sup>

Finalmente, el INDH sostuvo que, dadas las omisiones ilegales de parte de las recurridas, entidades que en su conjunto no pudieron alcanzar una solución intersectorial para el caso, resultaba indispensable que se adoptaran medidas que cambiaran las condiciones de vida del joven, disponiendo su traslado a un lugar que contara con la infraestructura y con el equipo humano y técnico necesarios para darle tratamiento, a fin de evitar que se continuara dañando la salud e integridad del joven recurrente dentro de una institución directamente vinculada al Estado.

La Corte de Apelaciones de Valparaíso acogió el recurso de protección deducido por el INDH y señaló que el área de Salud debía actuar coordinadamente para hacer efectivo el traslado del joven a una Residencia Protegida. Cabe hacer presente que, respecto del Sename, la Corte indicó que el organismo ya no tenía competencia, pues el joven ya era mayor de edad.

Con fecha 16 de abril de 2019, el Consejo de Defensa del Estado, en representación del subsecretario de Redes Asistenciales del Ministerio de Salud, dedujo recurso de apelación. Igualmente lo hizo el Servicio de Salud Valparaíso–San Antonio, empero, con fecha 22 de mayo de 2019, la Corte Suprema resolvió lo siguiente: “Se confirma la sentencia apelada de fecha diez de abril de dos mil diecinueve”.

---

6. Corte de Apelaciones de Valparaíso, Considerando noveno.

## EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

**Décimo séptimo:** *Que de este modo, si bien puede entenderse justificado el ingreso del joven al Hospital Psiquiátrico, en una primera instancia, con la finalidad de compensarlo farmacológicamente, lo cierto es que ya normalizado su ajuste conductual, ha decaído la necesidad de mantenerlo hospitalizado en semejante recinto, puesto que no aparece que esa medida responda exclusivamente a una finalidad terapéutica, más allá que igualmente deba ser supervisado médicamente, ayudado de manera permanente por un cuidador y recibir terapias ocupacionales. La mantención del joven en un establecimiento psiquiátrico indudablemente afecta su derecho a la integridad psicológica, reconocido por el artículo 19 N° 1 de la Constitución Política de la República. En este mismo sentido, el propio Ministerio de Salud, a través de su División Jurídica, ha calificado la internación en un Hospital Psiquiátrico como vulneradora de los Derechos que consagra la Convención de los Derechos de las Personas con Discapacidad, entendiéndose que se trata de un usuario que no padece de enfermedad psiquiátrica y que desde el punto de vista de esa rama de la medicina podría encontrarse en situación de alta médica, en cuanto estaría compensado farmacológicamente.*

**Décimo octavo:** *Que desde luego surge la interrogante acerca de si existe otro dispositivo de salud menos restrictivo y menos atentatorio a sus derechos respecto a las atenciones de salud en materia de cuidados apropiados, atendido que el Ministerio de Salud en su último informe complementario (División Jurídica) ha manifestado que en la red de salud, pública y privada, no existe una residencia a la que pueda ingresar dado su perfil.*

*Esta Corte de Apelaciones estima que dicha afirmación no es efectiva, puesto que la Resolución Exenta N° 392, que aprueba la Norma Técnica N° 87, sobre Residencias Protegidas, de 13 de junio de 2006, del Ministerio de Salud, de la Subsecretaría de Salud, División de Prevención y Control de Enfermedades, del Departamento de Salud Mental, dispone que la residencia protegida es una instancia residencial para personas con un trastorno mental severo, quienes estando compensados clínicamente, muestran un alto grado de discapacidad psíquica y dependencia requiriéndose por ello un ambiente terapéutico con un alto nivel de protección y de cuidados de enfermería. Señala la preceptiva que la condición de severidad de su discapacidad les impide tener habilidades para vivir en forma dependiente, realizar actividades de auto cuidado básico y de participación, debiendo requerir la asistencia y supervisión permanente de un tercero para ello. Se agrega que estas personas no cuentan con el apoyo de sus familias y/o éstas no cuentan con los soportes apropiados para su cuidado. Se indica que la residencia protegida es una casa habitación con espacios adecuados para un buen desplazamiento de los residentes en su interior. Manifiesta la normativa que se requiere para su ingreso, entre otras condiciones, la existencia de una discapacidad psíquica severa y dependencia, que no tengan las habilidades necesarias para vivir en forma independiente y para cuidados básicos de sí mismos, que no cuenten con el apoyo de sus familiares para vivir con ellos, y necesidad temporal de un ambiente terapéutico con un alto nivel de protección y/o de cuidados de enfermería.*

Conforme al concepto y condiciones que establece la Norma Técnica es posible que el joven, pueda ingresar a una Residencia Protegida. Esta conclusión encuentra además fundamento en el mérito de los antecedentes.

**Décimo noveno:** Que de este modo resulta carente de justificación y razonabilidad que los Servicios de Salud de Viña del Mar-Quillota y Valparaíso San Antonio, en conjunto con el Ministerio de Salud a través de la Subsecretaría de Redes Asistenciales, no hayan actuado coordinadamente para hacer efectivo el traslado del joven hasta una Residencia Protegida, implementando las medidas de reforzamiento de cuidados debidos, recomendadas por los Hospitales Psiquiátricos El Salvador y Philippe Pinel. Solo con tales medidas podrá efectivamente restablecerse el imperio del Derecho, protegiendo y asegurando el goce pleno y en condiciones de igualdad. En este sentido, la estadía del joven importará reforzar a la Residencia Protegida con las siguientes medidas: Dos o más cuidadores estables las 24 horas del día con el conocimiento para manejo de cuadro base, pasando por proceso de inducción respecto a cuidados y estrategias de manejo acordes a los diagnósticos del usuario; implementación de un espacio físico que le permita interactuar con otras personas pero a la vez tener momentos de aislamiento; mantención en el tiempo de una rutina estructurada en cuanto a horarios y actividades; apoyo terapéutico que acompañe y organice, ideación, planeamiento y ejecución para lograr que el joven mejore su praxis y module su participación; sesiones de intervención terapéutica ocupacional para atención diaria; supervisión de un equipo capacitado en el manejo del Trastorno del Espectro Autista, para evitar malas prácticas como violencia o contención excesiva; supervisión de trabajo en equipo multidisciplinario formado por neurólogo o psiquiatra, psicólogo y terapeuta ocupacional, que aborde manejo de desajustes; implementación de un protocolo de atención y contención en caso de presentarse situaciones de crisis con el adolescente designando claramente acciones y personas responsables, suministro de insumos requeridos, tales como pañales para uso diario en cantidad suficiente, ropa, útiles de aseo diario. El seguimiento y evaluación de las medidas deberá ser controlado por la Comisión Regional de Protección de los Derechos de las Personas con Enfermedades Mentales, de acuerdo con lo dispuesto en la Ley N° 20.584.

Por estas consideraciones y visto además lo dispuesto en el artículo 20 de la Constitución Política de la República y Auto Acordado de la Excm. Corte Suprema sobre la materia, se acoge el recurso de protección deducido por el Instituto Nacional de Derechos Humanos, en favor del joven de iniciales I. E. P. A, en cuanto los Servicios de Salud Valparaíso-San Antonio, Viña del Mar-Quillota y la Subsecretaría de Redes Asistenciales del Ministerio de Salud, deberán actuar coordinadamente para hacer efectivo el traslado del joven I. E. P. A. a una Residencia Protegida, previa constatación de su alta clínica por parte de profesionales del Hospital Psiquiátrico Philippe Pinel y de la implementación de las medidas de reforzamiento singularizadas en el considerando décimo noveno, las cuales deberán ser controladas y supervisadas por la Comisión Regional de Protección de los Derechos de las Personas con Enfermedades Mentales, de acuerdo con lo dispuesto en la Ley N° 20.584.

## COMENTARIO Y DOCTRINA DE DERECHOS HUMANOS

Hasta el año 1993, las personas con discapacidad se encontraban en una situación de bastante vulnerabilidad; en condiciones desfavorables, jurídica y socialmente. Es por ello que la Asamblea General de la ONU, el 20 de diciembre de 1993, aprobó los instrumentos de Normas Uniformes sobre la Igualdad de Oportunidades para las Personas con Discapacidad. Luego, en diciembre de 2006, se adoptó la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (CDPD).<sup>7</sup> En América del Sur, al 3 de diciembre de 2011, la Convención había sido ratificada por países como Argentina, Bolivia, Brasil, Chile, Colombia, Ecuador, Paraguay, Perú y Uruguay.<sup>8</sup>

En este sentido, la CDPD establece lo siguiente en su preámbulo, letra e): *“La discapacidad es un concepto que evoluciona y que resulta de la interacción entre las personas con deficiencias y las barreras debidas a la actitud y al entorno que evitan su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás”*. Asimismo, el artículo 1.2 de la CDPD señala que las personas con discapacidad *“incluyen a aquellas que tengan deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales a largo plazo que, al interactuar con diversas barreras, puedan impedir su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás”*. Por su parte, el artículo 19 establece el derecho a vivir de forma independiente y a ser incluido en la comunidad, e indica lo siguiente:

Los Estados Partes en la presente Convención reconocen el derecho en igualdad de condiciones de todas las personas con discapacidad a vivir en la comunidad, con opciones iguales a las de las demás, y adoptarán medidas efectivas y pertinentes para facilitar el pleno goce de este derecho por las personas con discapacidad y su plena inclusión y participación en la comunidad, asegurando en especial que:

- a) Las personas con discapacidad tengan la oportunidad de elegir su lugar de residencia y dónde y con quién vivir, en igualdad de condiciones con las demás, y no se vean obligadas a vivir con arreglo a un sistema de vida específico;
- b) Las personas con discapacidad tengan acceso a una variedad de servicios de asistencia domiciliaria, residencial y otros servicios de apoyo de la comunidad, incluida la asistencia personal que sea necesaria para facilitar su existencia y su inclusión en la comunidad y para evitar su aislamiento o separación de ésta;

7. La Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos. (2010). Disponible en <https://acnudh.org/load/2010/12/Foll-Discapacidad-ESP.pdf>

8.. *Ibíd.*

c) Las instalaciones y los servicios comunitarios para la población en general estén a disposición, en igualdad de condiciones, de las personas con discapacidad y tengan en cuenta sus necesidades.

Otro instrumento relevante en esta materia es la Convención Interamericana para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad (Ciaddis), que establece lo que debemos entender por discapacidad. Así, el artículo 1.1 indica:

El término «discapacidad» significa una deficiencia física, mental o sensorial, ya sea de naturaleza permanente o temporal, que limita la capacidad de ejercer una o más actividades esenciales de la vida diaria, que puede ser causada o agravada por el entorno económico y social.

Resulta relevante destacar el énfasis que hizo la Corte de Apelaciones en su sentencia, con respecto a instrumentos internacionales en materia de discapacidad. Al mismo tiempo, es esencial la aplicación de la normativa interna para que el Estado pueda responder eficientemente ante la situación del recurrente, comprendiendo que el Estado de Chile, a través del área de Salud, resulta ser garante de la salud del joven.

Por todo ello, a pesar de la situación de dependencia permanente en la que estaba el recurrente producto de su condición mental, no se justificaba mantenerlo en un recinto psiquiátrico, puesto que aquello implicaba transgredir los derechos que contemplan los tratados internacionales de derechos humanos, en los que se establece que la institucionalización permanente no debe ser la respuesta en estos casos.

# SENTENCIA DE PROTECCIÓN EN FAVOR DE HIJA PÓSTUMA DE EJECUTADO POLÍTICO, NO RECONOCIDA COMO HIJA POR EL SERVICIO DE REGISTRO CIVIL E IDENTIFICACIÓN<sup>1</sup>

*María Fernanda Glaser Danton*

*Ítalo Jaque Ribera*

*Sede Regional Coquimbo*

## RESUMEN/ABSTRACT

El fallo analizado trata sobre la negativa del Servicio de Registro Civil e Identificación (SRCel) al reconocimiento de Tamara Lagos Castro, como hija póstuma de Mario Lagos Rodríguez, ejecutado por agentes de la CNI en Concepción el 23 de agosto de 1984, pocos meses antes de su nacimiento. La negativa del Servicio se fundó, en suma, en que la sentencia civil invocada por la actora para afirmar su pretensión, que data de 1993, no obligaba al Servicio a practicar inscripción alguna, y que hacer constar su calidad de hija ilegítima al margen de su inscripción de nacimiento constituiría una vulneración de los principios generales en materia de igualdad jurídica de toda clase de hijos.

La sentencia de la Corte Suprema -que revoca un fallo de primera instancia de la Corte de Apelaciones de Santiago- es relevante, a lo menos porque armoniza el principio de igualdad entre hijos e hijas, el derecho a la identidad que reconoce en la Convención de Derechos del Niño, y otros dos cuerpos normativos en materia de reparación y reconciliación, para reinterpretar una sentencia civil del año 1993 bajo el prisma del derecho constitucional a la igualdad ante la ley.

Finalmente, el artículo ofrece un breve análisis histórico y antropológico sobre el impacto simbólico de este fallo en la cultura chilena, relevando el rol de la irreversibilidad y la no regresividad en las discriminaciones estructurales que han vulnerado los derechos de la niñez y de las mujeres en materia de filiación.

**Palabras clave:** igualdad y no discriminación, filiación, derecho a la identidad.

---

1. Causa Rol 82.399-2018 ICA Santiago – Rol 2771-2019 Corte Suprema.

## ANTECEDENTES RELEVANTES DEL CASO

El 23 de agosto del año 1984, en el contexto de la operación denominada “Alfa Carbón”<sup>2</sup>, destinada a eliminar a miembros de la cúpula del MIR que operaban entre las regiones del Biobío y de Los Ríos, agentes de la CNI ejecutaron a Mario Lagos Rodríguez durante el episodio conocido como la “Matanza de la Vega Monumental”, en Concepción<sup>3</sup>. Su hija, Tamara Lagos Castro, nació pocos meses después del fallecimiento de su padre.

En el año 1992, y con el objeto de obtener la pensión de reparación que establece el Título II de la Ley N° 19.123 sobre Reparaciones en beneficio de los familiares de las víctimas de violaciones a los derechos humanos o de violencia política, la madre de Tamara Lagos interpuso una acción civil que, en conformidad con la normativa vigente en la época, fue acogida por el 13° Juzgado de Letras de Santiago. Así, falló en diciembre de 1993 declarando que “Tamara José Rossana Lagos Castro es **hija ilegítima** de Mario Octavio Lagos Rodríguez, calidad que se le reconoce para los efectos de la pensión de reparación establecida en el Título II de la Ley N° 19.123”<sup>4</sup>.

Varios años después, en junio del año 2018, Tamara Lagos solicitó al SRCel que subinscribiera esta sentencia ejecutoriada por el 13° Juzgado Civil de Santiago al margen de su partida de nacimiento, con el objeto de obtener un reconocimiento póstumo de paternidad, y un certificado de nacimiento que diera cuenta de su condición de hija de Mario Lagos. Así, considerando que desde el año 1998 fueron suprimidas las categorías de hijos(as) legítimos(as), naturales e ilegítimos(as)<sup>5</sup>, la consecuencia del requerimiento de Tamara Lagos

2. “Ministro Aldana condenó a 17 ex CNI por homicidios en la operación Alfa Carbón de 1984”. El Mostrador, 4 de mayo de 2018. Disponible en <https://www.elmostrador.cl/noticias/pais/2018/05/04/ministro-aldana-condeno-a-17-ex-cni-por-homicidios-en-la-operacion-alfa-carbon-de-1984/> (consultado el 4-11-2020).
3. Todo lo anterior fue acreditado en primera instancia en la causa que conoció el ministro en Visita de la Corte de Apelaciones de Concepción, Carlos Aldana, quien dictó sentencia en la causa Rol 11-2019, caratulada “Vega Monumental, Luciano Humberto Aedo Arias y otros”, con fecha 4 de mayo de 2018. Es llamativo que, en primera instancia, el fallo no acoge la acción civil intentada por Tamara Lagos Castro, por falta de legitimación activa, al considerar que no estaba establecida la filiación entre ambos. Como se explica más adelante, ni en la partida ni en el certificado de nacimiento figuraba Mario Lagos como el padre de Tamara Lagos.
4. 13° Juzgado Civil de Santiago. Rol C-2824-92. Sentencia de 17 de diciembre de 1993. Parte resolutive. El destacado es nuestro.
5. Cuestión que ocurrió recién el año 1998, con la Ley N° 19.585 que modifica el Código Civil y otros cuerpos legales en materia de filiación.

consistiría en que el Servicio reconociera su filiación, y el estado civil de hija -simplemente de hija- de Mario Lagos.

Sin embargo, el SRCel no dio lugar a la solicitud. Fundó su negativa en que la referida sentencia no ordenaba al SRCel a practicar anotación ni subinscripción alguna, y que hacer constar al margen de la inscripción de su nacimiento la calidad de hija ilegítima de su padre biológico, era una vulneración de los principios generales en materia de igualdad jurídica de toda clase de hijos. A lo anterior agregó que la Ley N° 19.123, en virtud de la cual se acogió la sentencia ejecutoriada que se solicitaba subinscribir, dispone que “los hijos gozarán de la pensión que les corresponda (...) hasta el último día del año en que cumplan 25 años”, de manera que la solicitud formulada por Tamara Lagos no produciría ningún efecto, toda vez que a la fecha de dicha solicitud ella tenía 33 años de edad y, por ende, no era causante de la pensión de reparación a que daba lugar la Ley N° 19.123.

Pues bien, el INDH interpuso un recurso de protección en contra del SRCel, por estimar que la respuesta otorgada a Tamara Lagos infringió el derecho constitucional a la igualdad ante la ley, establecido en el artículo 19 N°2 de la CPR, por las razones que serán explicadas a continuación.

## **POSICIONES JURÍDICAS INVOCADAS POR EL INDH Y POR LA RECURRIDA SRCel**

### **Posición jurídica del INDH**

Para argumentar la existencia de un acto arbitrario e ilegal por parte de la recurrida SRCel, el INDH sostuvo, en suma, las siguientes ideas:

En primer lugar, que la actuación de la recurrida desconocía el derecho a la identidad de Tamara Lagos. Si bien este derecho no está expresamente reconocido en instrumentos internacionales, se desprende del artículo 8.º de la Convención de Derechos del Niño, tal como lo ha sostenido la Corte IDH en el caso *Gelman V/s Uruguay* en sentencia dictada con fecha 24 de febrero de 2011:

La referida situación afectó lo que se ha denominado el derecho a la identidad, que, si bien no se encuentra expresamente contemplado en la Convención, en las circunstancias del presente caso es posible determinarlo sobre la base de lo dispuesto por el artículo 8 de la Convención sobre los Derechos del Niño, que establece que tal derecho comprende, entre otros, el derecho

a la nacionalidad, al nombre y a las relaciones de familia. Asimismo, el derecho a la identidad puede ser conceptualizado, en general, como el conjunto de atributos y características que permiten la individualización de la persona en sociedad y, en tal sentido, comprende varios otros derechos según el sujeto de derechos de que se trate y las circunstancias del caso<sup>6</sup>.

A este razonamiento abonan resoluciones de la OEA y del Comité Jurídico Interamericano en el mismo sentido, también citadas<sup>7-8</sup>. De éstas, destaca el reconocimiento del derecho a la identidad como un núcleo central de elementos identificables, que incluyen el derecho al nombre, a la nacionalidad y a las relaciones familiares, lo que trae aparejada la obligación del Estado de reconocerlos y garantizarlos, incluyendo especialmente “el derecho de inscripción del niño después del nacimiento y la correspondiente emisión y entrega del documento de identidad correspondiente”<sup>9</sup>.

En segundo lugar, el INDH sostuvo que la actuación de la recurrida vulneraba el principio de no discriminación por razones de filiación, recogido en el PIDESC, en su artículo 10.3, el cual dispone que “[s]e deben adoptar medidas especiales de protección y asistencia en favor de todos los niños y adolescentes, sin discriminación alguna por razón de filiación o cualquier otra condición”; así como también lo recoge la CADH en su artículo 17.5, al establecer que “[l]a ley debe reconocer iguales derechos tanto a los hijos nacidos fuera de matrimonio como a los nacidos dentro del mismo”.

En tercer lugar, el INDH alegó que la actuación del SRCel vulneraba los principios actuales en materia de filiación, particularmente el de igualdad de todos los hijos e hijas, de modo

---

6. Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Gelman Vs. Uruguay. Fondo y Reparaciones. Sentencia de 24 de febrero de 2011. Serie C No. 221, párrafo 122.

7. OEA, “Programa Interamericano para el Registro Civil Universal y Derecho a la Identidad”, resolución AG/RES. 2286 (XXXVII-O/07), de 5 de junio de 2007; resolución AG/RES. 2362 (XXXVIII-O/08) de 3 de junio de 2008, y resolución AG/RES. 2602 (XL-O/10), sobre seguimiento al programa, del 8 de junio de 2010. Al respecto, la Resolución señala que “el reconocimiento de la identidad de las personas es uno de los medios a través del cual se facilita el ejercicio de los derechos a la personalidad jurídica, al nombre, a la nacionalidad, a la inscripción en el registro civil, a las relaciones familiares, entre otros derechos reconocidos en instrumentos internacionales como la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre y la Convención Americana”.

8. OEA, Resoluciones AG/RES. 2286 (XXXVII-O/07); 2362 (XXXVIII-O/08) y 2602 (XL-O/10), supra nota 133, párrafo 12.

9. OEA. Opinión aprobada por el Comité Jurídico Interamericano sobre el alcance del derecho a la identidad. Disponible en [http://www.oas.org/es/sla/cji/docs/cji\\_agenda\\_derecho\\_identidad.pdf](http://www.oas.org/es/sla/cji/docs/cji_agenda_derecho_identidad.pdf)

que no sean discriminados cualquiera que sea la circunstancia de su nacimiento, es decir, sean habidos dentro o fuera del matrimonio<sup>10</sup>.

En efecto, como se adelantó, la Ley N° 19.585 del 26 de octubre de 1998 introdujo modificaciones en el régimen de filiación, fundamentalmente orientadas a eliminar las diferencias entre hijos/as nacidos/as dentro y fuera del matrimonio, y a establecer un estatuto igualitario para todos/as ellos/as, cualquiera sea el origen de su filiación. El correlato de lo anterior es la modificación al artículo 33 del Código Civil, que dispone actualmente lo siguiente: “Tienen el estado civil de hijos respecto de una persona aquellos cuya filiación se encuentra determinada de conformidad a las reglas previstas por el Título VII del Libro I de este Código. La ley considera iguales a todos los hijos”.

Por lo anterior, el INDH hizo notar que la Ley N° 19.980 modificó la Ley N° 19.123 para reemplazar en todos los artículos de esta última la expresión “hijos legítimos” por «hijos de filiación matrimonial», y las expresiones «hijos naturales» e «hijos ilegítimos», por «hijos de filiación no matrimonial»<sup>11</sup>, cuestión especialmente relevante para la lectura de la sentencia del 13.º Juzgado Civil de Santiago bajo el prisma de la normativa vigente, la cual reconoció, como ya se dijo, “[q]ue doña Tamara José Lagos Castro es hija ilegítima de don Mario Octavio Lagos Rodríguez, calidad que se le reconoce para los efectos de la pensión de reparación establecida en el Título II de la Ley 19.123”. Así, al aplicar un criterio de interpretación sistemática entre estas normas, ambos regímenes de filiación -el anterior y el posterior a la Ley N° 19.585- y los derechos fundamentales citados en el recurso, resultaba claro que las distintas “categorías” de hijos/as habían sido definitivamente suprimidas por el legislador, a diferencia de lo que sugería la recurrida con su negativa a reconocer a Tamara Lagos como hija de Mario Lagos, entendiendo que aquella mantendría su calidad de “hija ilegítima”.

En síntesis, la infracción a cada uno de estos derechos se tradujo en otorgar a la afectada, Tamara Lagos, un trato distinto del que se habría dado a otras personas en la misma situación, o que cumplieran con los mismos requisitos para acceder a su solicitud: el reconocimiento

---

10. Como se detallará más adelante, el Mensaje de la Ley N° 19.585 anuncia que “[l]a propuesta -sobre la cual se articulan prácticamente todas las reformas que contiene el proyecto- es la idea de igualdad. En consecuencia, lo que se ha hecho es eliminar la diferenciación entre los hijos que han nacido dentro o fuera del matrimonio estableciendo un estatuto igualitario para todos ellos, cualquiera sea el origen de su filiación”.

11. Tal como lo indica su Mensaje, entre otros motivos, la Ley N° 19.980 introduce modificaciones a la Ley 19.123 para adecuarla a la legislación vigente en materia de filiación. Así, en su artículo 1 establece lo siguiente: 1) Reemplázase en todos los artículos de esta ley, la expresión “hijos legítimos” por “hijos de filiación matrimonial” y las expresiones “hijos naturales” e “hijos ilegítimos” por “hijos de filiación no matrimonial”.

de su filiación póstuma mediante la inscripción de una sentencia que reconocía dicha circunstancia. De esto se sigue la infracción a la garantía constitucional a la igualdad ante la ley y no discriminación.

Para construir el estándar internacional de derechos humanos, aplicable en particular a este derecho, el INDH invocó en primer término la dignidad humana como el valor fundamental que irradia todo el ordenamiento jurídico, en los términos que consagra en el artículo 1° de la CPR, así como el artículo 1° de la DUDH. Luego, citó los artículos 2°, 3° y 26° del Pidesc, el último de los cuales consagra la igualdad ante la ley de todas las personas, en términos similares al artículo 2° de la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre, también citado. Asimismo, los artículos 1.1 y 2.4 de la CADH.

Para reforzar lo anterior, se trajeron a la vista las opiniones consultivas de la Corte IDH, que se refieren al derecho a la igualdad ante la ley, igual protección ante la ley y no discriminación, como normas de *ius cogens*, vinculadas, asimismo, a la dignidad esencial de la persona<sup>12-13</sup>; además de la jurisprudencia de la Corte IDH en el Caso Furlán y familiares Vs. Argentina, y en el Caso Artavia Murillo y otros («Fecundación in vitro») Vs. Costa Rica, que se pronuncia sobre estas mismas materias.

Finalmente, se citó jurisprudencia de la Corte Suprema, que falló en causas de naturaleza similar, donde el SRCel había rechazado posesiones efectivas con fundamento en normas que regulaban la filiación antes de la Ley N° 19.585<sup>14-15-16</sup>.

### Posición jurídica del SRCel

El SRCel informó, en lo medular, que, dado que la sentencia de 17 diciembre de 1993, del 13° Juzgado Civil de Santiago, fue dictada antes de la entrada en vigencia de la Ley N° 19.585, de 26 de octubre de 1998, no podía practicar la subinscripción como fue solicitado, porque dicha sentencia no ordenó practicar anotación ni subinscripción alguna.

---

12. Corte Interamericana de Derechos Humanos, Opinión Consultiva N°18/03 de 17 de septiembre de 2003, párrafos 100 y 101.

13. Corte Interamericana de Derechos Humanos, Opinión Consultiva N°24/17 de 24 de noviembre de 2017, párrafo 61.

14. Corte Suprema. Rol N°1659-2017. Sentencia del 11 de abril de 2017. Párrafo 2°.

15. Corte Suprema. Rol N° 38.743-2017. Sentencia del 29 de diciembre de 2017. Considerandos 6° y 7°.

16. Corte Suprema. Rol N° 6.160-2012. Sentencia del 18 de abril de 2013. Considerandos 4°, 5° y 8°.

Asimismo, siempre según el SRCel, hacer constar al margen de la inscripción del nacimiento de Tamara Lagos la referida declaración de que la titular de la partida es hija ilegítima de su padre biológico, además de constituir una abierta vulneración de los principios generales que orientan la legislación interna en materia de igualdad jurídica de toda clase de hijos, no tendría ningún efecto, por cuanto Tamara Lagos tenía, a la fecha de formulada esta solicitud, 34 años de edad, por lo que no era beneficiaria de la pensión establecida en la Ley N° 19.123 sobre reparación y reconciliación, y tampoco beneficiaria de alimentos, por ser mayor de edad.

En cuanto al fundamento del recurso, basado en el presunto hecho de que la decisión de la administración afecta el derecho a la igualdad ante la ley, el SRCel argumenta que no incurriría en discriminación al aplicar las normas vigentes; por el contrario, afirma, no resultaría procedente para el Servicio hacer distinciones de ninguna especie.

Agrega que, en todo caso, informó a la actora que, de conformidad con el artículo 8° N°8 de la Ley N° 19.968, podría comparecer ante un juez de familia para que éste declare la posesión notoria de hija de filiación no matrimonial, respecto de su padre fallecido antes de su nacimiento, ejerciendo la acción de reclamación correspondiente, dirigida en contra de los hermanos de su padre fallecido en el caso de que los hubiese tenido.

Concluye señalando que las normas jurídicas son iguales para todas las personas que se encuentren en las mismas circunstancias, y diversas para aquellas que se encuentren en situaciones diferentes.

## **EXTRACTOS DE LAS SENTENCIAS**

### **Sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago, causa Rol 82.399-2018<sup>17</sup>**

*Sexto: Que no aparece que el Servicio de Registro Civil haya actuado en forma arbitraria o ilegal, puesto que, como se señaló, la sentencia ejecutoriada del año 1993, que estableció que doña Tamara Lagos Castro es hija póstuma e ilegítima de don Mario Lagos Rodríguez, para efectos de la pensión de reparación establecida en el Título II de la Ley 19.123, no ordenó practicar inscripción ni subinscripción alguna. Por este motivo, y de conformidad a lo dispuesto en los 17 y siguientes de la Ley de Registro Civil, N° 4808, y de los artículos 101 y siguientes del DFL N° 2128, Reglamento*

---

17. Para una mejor comprensión del caso, se incluye en primer lugar el fallo que rechaza en primera instancia el recurso intentado, correspondiente a la causa Rol 82.399-2018 de la Corte de Apelaciones de Santiago, que, como se explicará a continuación, fue revocado por la Corte Suprema en la causa Rol 2771-2019.

Orgánico del Registro Civil, que ordenan al Registro Civil practicar las inscripciones o subinscripciones cuando hayan sido determinadas judicialmente, este servicio no ha actuado en forma ilegal, puesto que no le resulta posible efectuar inscripciones que no le hayan sido ordenadas. En este sentido, debe tenerse además presente que los órganos del Estado actúan válidamente sólo si lo hacen en el ámbito de su competencia, de conformidad a lo [que] dispone el artículo 7 de la Constitución Política de la República, y que excedería su ámbito de actuación, un pronunciamiento, por parte del Servicio en el sentido que doña Tamara Lagos Castro tiene la condición de hija de filiación no matrimonial, declaración que sólo puede ser formulada a través de una sentencia judicial.

### Sentencia de la Corte Suprema, causa Rol 2771-2019<sup>18</sup>

**Cuarto:** Que el artículo 33 del Código Civil dispone que: “Tienen el estado civil de hijos respecto de una persona aquellos cuya filiación se encuentra determinada, de conformidad a las reglas previstas por el Título VII del Libro I de ese Código. **La ley considera iguales a todos los hijos**”. A su vez, la Ley N° 19.980 de 2004, que modificó el texto de la Ley N° 19.123 que establece pensión de reparación y otorga otros beneficios, prescribe en su artículo 1°: “1) Reemplázase en todos los artículos de esta ley, la expresión “hijos legítimos” por “hijos de filiación matrimonial” y las expresiones “hijos naturales” e “hijos ilegítimos” por “hijos de filiación no matrimonial””. Asentado lo anterior, se debe recordar que **la sentencia dictada en la causa Rol C- 2824-92 del 13° Juzgado Civil de Santiago, declaró la calidad de hija ilegítima de Tamara José Rossana Lagos Castro respecto de Mario Octavio Lagos Rodríguez, “para los efectos de la pensión de reparación establecida en el Título II de la Ley N° 19.123”. Así las cosas, considerando que la Ley N° 19.980 es muy posterior a la sentencia precitada, la interpretación armónica y sistemática de este cuerpo legal, a la luz del principio de igualdad entre los hijos consagrado en el artículo 33 del Código Civil, y del derecho a la identidad personal establecido en los artículos 7 y 8 de la Convención sobre los Derechos del Niño, permite concluir que Tamara Lagos Castro es “hija de filiación no matrimonial” respecto de Mario Octavio Lagos Rodríguez, por expreso mandato del legislador, encontrándose, por tanto, determinada su filiación no matrimonial. En otras palabras, el estado civil es una de las consecuencias que trae aparejada la filiación legalmente determinada (Abeliuk, René, La filiación y sus efectos, Tomo I, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2000, p. 290; Ramos, René, Derecho de Familia II, Cuarta edición, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2003, p. 492).**

**Quinto:** Que, como lo ha señalado esta Corte a propósito de otros casos similares (CS N° 8473-2013, N° 1659-2017, N° 8133-2017 y N° 22.071-2018) la negativa del Servicio de Registro Civil e Identificación a subinscribir la sentencia dictada en la referida causa Rol C-2824-92 del 13° Juzgado Civil de Santiago, se funda en una serie de disquisiciones sobre las normas, ya derogadas, que regulaban esta materia con antelación a la Ley N° 19.585.

18. El destacado es nuestro.

En efecto, es útil tener presente que el reconocimiento que se realiza al consignar el nombre del padre o de la madre, a petición de cualquiera de ellos, al momento de practicarse la inscripción del nacimiento, conocido por la doctrina como “reconocimiento espontáneo, voluntario y presunto”, fue establecido por primera vez por la Ley N° 4.808 sobre Registro Civil, en su artículo 32, para los efectos de permitirle al hijo ilegítimo demandar alimentos. Después, fue trasladado al artículo 280 del Código Civil y, finalmente, la Ley N° 10.271 de 2 de abril de 1952, le dio el efecto de otorgar al hijo el carácter de natural y hoy con la Ley de Filiación, simplemente de hijo (Abeliuk, op. Cit., p. 86).

**Sexto:** Que también debe considerarse que la Ley N° 19.585 eliminó las diferencias entre las distintas categorías de hijos que existían hasta antes de su dictación, esto es, “legítimo”, “natural” e “ilegítimo”, y lo propio hizo el artículo 1° de la Ley N° 19.980, al modificar el texto de la Ley N° 19.123, por lo que **pretender que en definitiva la recurrente, por no haber sido reconocida por su padre, aún mantendría la calidad de hija ilegítima, es un criterio que repugna tanto con la letra de la ley vigente en materia de filiación como con su espíritu, que persiguió terminar con las diversas categorías de hijos y, con ello, las discriminaciones a que daba lugar.**

**Séptimo:** Que en el caso de autos la determinación de la filiación no matrimonial de la recurrente respecto de su padre, se desprende de lo resuelto por sentencia firme recaída en los autos Rol C-2824-92 del 13° Juzgado Civil de Santiago, en plena correspondencia y armonía con lo dispuesto en el artículo 33 del Código Civil y en el artículo 1° de la Ley N° 19.980, toda vez que ha sido el propio legislador el que ha suprimido la categoría de “hijo natural” y de “hijo ilegítimo”, reemplazándola por la de “hijo de filiación no matrimonial”, para los efectos de la Ley N° 19.123, que es precisamente el cuerpo normativo a cuyo amparo se incoó la causa Rol C-2824-92 del mencionado tribunal.

**Octavo:** Que, por las razones precedentemente expuestas, queda de manifiesto que la acción del recurrido es ilegal, puesto que junto con desconocer la filiación de la actora y reconocer que tiene el estado civil de hija de Mario Octavio Lagos Rodríguez, rechaza practicar la subinscripción correspondiente, lo que se traduce en una discriminación que va más allá de las diferencias que contempla la ley y, por consiguiente, en una afectación de la garantía contemplada en el numeral 2° del artículo 19 de la Constitución Política de la República, esto es, la igualdad ante la ley respecto de la recurrente en relación a aquellas personas a quienes se les ha aceptado la solicitud de subinscripción, cumpliendo los mismos requisitos.

**Noveno:** Que, finalmente, no parece razonable exigir a la recurrente que ejerza las acciones de filiación tendientes a investigar la paternidad conforme a los artículos 195 y siguientes del Código Civil, como lo plantea el recurrido en su informe, pues en este caso concreto se cuenta con una sentencia ejecutoriada dictada en el marco de la única acción que podía ejercer la madre de Tamara Lagos Castro, en su representación, antes de la entrada en vigencia de la Ley N° 19.585, esto es, aquella prevista en el derogado artículo 272 del Código Civil, que obligaba a dirigirse en contra de

*los herederos del padre o madre que hubiere fallecido sin reconocer al hijo o hija. En este orden de ideas, si bien la sentencia en comento no ordenó practicar ninguna subinscripción, es claro que luego de la entrada en vigencia de la Ley N° 19.980 y la subsecuente eliminación de las categorías de “hijo natural” y de “hijo ilegítimo”, por la de “hijo de filiación no matrimonial” para los efectos de la Ley N° 19.123, dicha subinscripción deviene en obligatoria, sin necesidad de ejercer ninguna otra acción de filiación en relación con su progenitor.*

**Décimo:** *Que al resolver administrativamente de la forma en que lo hizo la autoridad recurrida, afecta la garantía de igualdad ante la ley y la justicia que la Carta Fundamental reconoce a la actora, puesto que en iguales circunstancias ha debido proceder a reconocer los efectos de una determinación jurisdiccional, respecto de la cual no está habilitada para revisar sus fundamentos, como por el hecho que, igualmente, ha debido proceder de la forma en que se ha razonado en esta sentencia.*

## COMENTARIO Y DOCTRINA DE DERECHOS HUMANOS

En primer lugar, es destacable que la Corte Suprema parece acoger la interpretación sistemática que propone el INDH para la lectura de una sentencia civil del año 1993, pronunciada en conformidad con las normas del legislador de la época, bajo la perspectiva del derecho internacional de los derechos humanos.

En efecto, recordemos que el INDH se refirió al derecho a la identidad, a propósito de la jurisprudencia de la Corte IDH en el caso *Gelman V/s Uruguay*, como un derecho determinado a partir del artículo 8° de la CDN y que comprende “entre otros, el derecho a la nacionalidad, al nombre y a las relaciones de familia”<sup>19</sup>. Luego, se refirió al principio de igualdad entre hijos e hijas, que consagra el artículo 33 del Código Civil, en relación a la Ley N° 19.123 y sus posteriores modificaciones dispuestas por la Ley N° 19.980, que tenía por objeto precisamente armonizar el régimen de filiación que estableció la Ley N° 19.585.

Pues bien, la Corte razona en el sentido de que la filiación de Tamara Lagos está determinada por mandato expreso del legislador, no a partir del texto expreso de la sentencia del 13° Juzgado de Letras de Santiago -que determinaba su condición de “hija ilegítima” y no obligaba a inscripción alguna, como pretendía la recurrida-, sino de una “interpretación armónica y

19. Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso *Gelman Vs. Uruguay*. Fondo y Reparaciones. Sentencia de 24 de febrero de 2011. Serie C N.° 221, párrafo 122.

sistemática”<sup>20</sup> de las normas que suprimieron la distinción entre distintas clases de hijos e hijas, y el derecho a la identidad recogido en la CDN, que conduce, necesariamente, a establecer su “filiación no matrimonial” como hija de Mario Lagos. Es la única sección de la sentencia que hace mención expresa a un estándar de derechos humanos contenido en un instrumento internacional, directamente aplicable al caso.

En segundo lugar, la Corte recurre a un elemento lógico en la interpretación de la Ley N° 19.585 para, primero, sincerar que la recurrida sostiene -aunque no lo reconoce en su informe- que Tamara Lagos mantendría su calidad de hija ilegítima por no haber sido reconocida al momento de su nacimiento; y luego afirmar, de manera categórica, que esta interpretación “repugna tanto con la letra de la ley vigente en materia de filiación como con su espíritu, que persiguió terminar con las diversas categorías de hijos y, con ello, las discriminaciones a que daba lugar”<sup>21</sup>.

Al examinar el *espíritu* de la Ley N° 19.585, que podemos reconocer en la “historia fidedigna de su establecimiento”<sup>22</sup>, su Mensaje explicita nuevas referencias al estándar de derechos humanos que resulta aplicable en el caso:

Las discriminaciones que nuestra actual legislación contiene en materia de filiación, además, son contrarias a los principios contenidos en las diversas convenciones internacionales sobre derechos humanos de las que Chile es parte y respecto de las cuales, de acuerdo con el actual artículo 5° de la Constitución Política, los órganos del Estado han contraído el compromiso de hacer respetar y promover. En efecto, numerosos son los instrumentos en materia de derechos humanos que recogen el principio de la dignidad de las personas, que impide toda suerte de discriminación en función de hechos no imputables a los sujetos, como resulta ser la circunstancia de haber sido concebidos dentro o fuera del matrimonio de sus padres<sup>23</sup>.

Es posible inferir que la Corte tuvo presente la tesis sobre la infracción al principio de no discriminación por razones de filiación, no solo contenida en el derecho interno -ampliamente citado-, sino también en lo dispuesto en el artículo 10.3 del PIDESC y en el artículo 17.5 de la CADH, ambos instrumentos invocados en el recurso. Al menos es un hecho objetivo que la historia de la Ley N° 19.585 hace referencia a las obligaciones del Estado en la materia.

---

20. Considerando cuarto, causa Rol 2771-2019 Corte Suprema. Reitera la idea de “correspondencia armónica” de la Ley N° 19.980 con la Ley N° 19.123 citada en la sentencia de la causa Rol C-2824-92 del 13° Juzgado Civil de Santiago.

21. Ídem. Considerando sexto.

22. Art. 19 inc. 2° del Código Civil.

23. Mensaje de la Ley 19.585, 22 de julio de 1993. Disponible en <https://www.bcn.cl/historiadelaley/nc/historia-de-la-ley/6627/> (consultado el 8 de noviembre de 2020).

En tercer lugar, dado que la Corte acude a principios interpretativos para la lectura de la sentencia del 13° Juzgado Civil de Santiago, a la luz de la normativa vigente en materia de filiación y los instrumentos internacionales de derechos humanos aplicables al caso, corresponde hacer mención, al menos, a algún principio de interpretación de derechos fundamentales que podría inferirse de su razonamiento.

A efectos de lo anterior, conviene tener presente que el recurso intentado en el caso fue rechazado en primera instancia por la Corte de Apelaciones de Santiago, que tuvo a la vista la Ley N° 4808 de Registro Civil y su Reglamento Orgánico, para estimar que el Servicio sólo está obligado a practicar las inscripciones o subinscripciones cuando estas hayan sido determinadas judicialmente, y que, en virtud de ello y del principio de legalidad del artículo 7.º de la CPR, solicitar al SRCel un pronunciamiento para la determinación de la filiación de Tamara Lagos con fundamento en la sentencia del 13.º Juzgado de Letras de Santiago -que determinó su calidad de hija ilegítima- excedería su ámbito de actuación, toda vez que esa declaración sólo puede ser formulada mediante una sentencia judicial.

La Corte Suprema supera este razonamiento estrictamente formal al señalar que la filiación no matrimonial de Tamara Lagos quedó determinada por la sentencia del 13.º Juzgado Civil de Santiago, “en plena correspondencia y armonía con lo dispuesto en el artículo 33 del Código Civil y en el artículo 1.º de la Ley N° 19.980”<sup>24</sup>. Este paso adicional al realizado por el tribunal a quo para resolver el recurso encierra una preferencia por el conjunto de normas que brindan una mayor protección a la persona que aquellas que restringen los derechos afectados en el caso.

En esto consiste el principio de interpretación *pro homine*, que puede ser definido como sigue:

[U]n criterio hermenéutico que informa todo el derecho de los derechos humanos, en virtud del cual se debe acudir a la norma más amplia, o a la interpretación más extensiva, cuando se trata de reconocer derechos protegidos e, inversamente, a la norma o a la interpretación más restringida cuando se trata de establecer restricciones permanentes al ejercicio de los derechos o su suspensión extraordinaria.<sup>25</sup>

24 Ibíd. Considerando séptimo.

25. Pinto, Mónica. “El principio *pro homine*. Criterios de hermenéutica y pautas para la regulación de los derechos humanos”. En Aguilar Cavallo, Gonzalo. (2016). Principios de interpretación de los derechos fundamentales a la luz de la jurisprudencia chilena e internacional. *Boletín mexicano de derecho comparado*, 49(146), 13-59. Disponible en [http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0041-86332016000200013&lng=es&tlng=es](http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0041-86332016000200013&lng=es&tlng=es) (consultado el 8 de noviembre de 2020).

Justamente, caracteriza el caso en estudio, en relación a este principio, el hecho de que “no importando dónde se encuentre la norma, ya sea de nivel legal, constitucional o internacional, prevalecerá la que otorgue mayor protección a los derechos del individuo, o bien la que sea menos dañosa o restrictiva de estos derechos”<sup>26</sup>, y que “en caso de duda, debe optarse por la interpretación que proteja, asegure, garantice los derechos humanos en su conjunto, en una estructura coherente a la luz de los valores que los informan”<sup>27</sup>. Todo lo anterior resulta plenamente concordante con la diversa jerarquía de normas invocadas para la resolución del caso, y entre ellas, la interpretación que mejor se aviene con la protección de los derechos de la actora.

Como comentario final, coincidimos con otra autora en la importancia de este fallo en su componente de reparación simbólica, aunque no se citó como fundamento el derecho internacional relativo a la reparación<sup>28</sup>. Al menos esta vez, la intervención de la Corte Suprema impidió que el Estado de Chile le fallara a Tamara Lagos, una vez más.

### **I. Principios *pro homine* de no regresividad e igualdad y no discriminación: una mirada desde las ciencias sociales**

La inscripción del nombre tiene profundas consecuencias en el orden simbólico de la cultura, y por consecuencia, en la estructura psíquica de las personas y su sentido de identidad. El fallo de la Corte Suprema en el caso de Tamara Lagos se convierte en jurisprudencia destacada toda vez que reconoce el derecho a la identidad desde una interpretación *pro homine*, acorde con el principio de igualdad y no discriminación, obligando a la no regresividad.

Al armonizar y sistematizar normativa de siglo XXI, la Corte Suprema viene a subsanar una injusticia histórica en materia de discriminación hacia la niñez y las mujeres. La distinción entre categorías de hijos/as legítimos/as e ilegítimos/as, diferenciándose estos(as) últimos(as) entre los(as) reconocidos(as) por el padre o “naturales”, y los(as) no reconocidos(as) por el padre o “ilegítimos”, marcó las intersecciones de la historia, el género y la formación del Estado en Chile durante los siglos XIX y XX.

---

26. Pérez Tremps, Pablo. (1992). “Garantías constitucionales y la jurisdicción internacional en la protección de los derechos fundamentales”. *Anuario de la Facultad de Derecho*, núm. 10, pp. 73-86. En Aguilar Cavallo, Gonzalo. (2016). Op. cit.

27. Nogueira A., Humberto. (2008). *Derechos fundamentales y garantías constitucionales*, 2.a ed., t. I, Santiago, Librotecnia, p. 233. En Aguilar Cavallo, Gonzalo. (2016). Op. cit.

28. Centro de Derechos Humanos, Universidad Diego Portales. (2019). *Informe anual sobre derechos humanos en Chile 2019*.

La historia de la Ley de Familia y los derechos de las mujeres en Chile ilustra claramente dos visiones competitivas o contrapuestas del rol de la ley en nuestro país: como una expresión de un ideal al cual aspirar, por un lado, y como reflejo de la estructura social de las familias y el parentesco, por otro. Al respecto, la autora Nara Milanich, quien ha iluminado asuntos centrales de la historiografía moderna de Latinoamérica a partir de la historia social de la infancia, sostiene:

La historia del derecho de familia en Chile ilustra con particular claridad la tensión perdurable entre dos visiones diferentes del papel del derecho: como expresión de un ideal aspiracional que actúa en detrimento de quienes no la cumplen, o como un intento pragmático de reconocer y, por lo tanto, dar cierto grado de legitimidad a toda la gama de prácticas imperantes.<sup>29</sup>

Milanich demuestra, en un exhaustivo análisis de casos judiciales, registros notariales e investigación de archivos provenientes de la “Casa de Expósitos”, cómo los niños y niñas ilegítimos y sus madres navegaron en un mundo legal complejo y cambiante buscando un lugar en una sociedad que, formal e informalmente, se definía por la familia y las jerarquías de clase entre 1850 y 1930<sup>30</sup>.

El impacto cultural del fallo analizado en este artículo radica justamente en el potencial de reducir la brecha entre el ideal al cual aspirar -aquellos presentes en el imaginario de la colonización y el catolicismo en cuanto a la estructura de la “sagrada familia”, esto es, hijos e hijas derivados del vínculo matrimonial- y la realidad de la estructura familiar indomestiza y afromestiza, en el Chile colonial y poscolonial, descrita magistralmente por la antropóloga Sonia Montecino en *Madres y huachos: alegorías del mestizaje chileno*<sup>31</sup>.

Esta distancia abismal entre el ideal y la realidad también ha permeado históricamente a las instituciones y su relación con la ciudadanía<sup>32</sup>. En todas las Constituciones políticas

29. Milanich, N. (2009). *Children of fate: childhood, class & the state in Chile, 1850–1930*, p. 234. Duke University Press: Durham.

30. Sobre la infancia en el período colonial y poscolonial, ver también Delgado, M. & Salinas, R. (1990). *Los Hijos del Vicio y el Pecado: La mortalidad de los niños abandonados 1750-1930*, junto con Salazar, G. (2007). *Ser niño “huacho” en la historia de Chile (siglo XIX)*. Sobre el estado civil de las mujeres y sus hijos en este mismo periodo, ver Stuvén, A. & Fermandois, J. (2010). *Historia de las Mujeres en Chile*, Tomo I.

31. Montecino, S. (1993). *Madres y huachos: Alegorías del mestizaje chileno*. Cedom, Santiago de Chile: Cuarto Propio.

32. Ad portas de un proceso constituyente originado precisamente en esta distancia abismal, vale la pena mencionar que existe una definición de familia vigente en la Constitución de 1980, de la que se siguen derivando una serie de consecuencias legales para el pleno ejercicio de los derechos civiles y políticos de mujeres, niños, niñas y adolescentes en sus diversas interseccionalidades de raza, clase, nacionalidad, etnia, condición migratoria, pertenencia a pueblos

redactadas en Chile durante el siglo XIX por la élite criolla, la reproducción social, cultural y sexual está estrictamente ligada al discurso judeocristiano sobre una familia que es heterosexual, monógama y monoteísta, fundada en los privilegios del padre (Montecino, 1993, Thomas, 2011). En contraste con la jerarquía patriarcal, las masas populares mantuvieron una constitución familiar formada por la madre, sus hijos huachos y el padre ausente, personificado en la figura del peón-gañán<sup>33,34</sup>

La ilegitimidad de los hijos e hijas tuvo tremendas resonancias sociales y políticas durante el siglo XX en Chile, continuando un ordenamiento de clase y de raza en torno a una noción de familia que fuera legitimada desde la formación del Estado-Nación en el siglo XIX. Este ordenamiento ha fijado roles y funciones para las mujeres desde la creación del Código Civil en 1855, a saber:

El Derecho Civil en definitiva establece normativamente las relaciones y acciones posibles para configurar la legitimidad del ser mujer en nuestra sociedad. La prescripción normativa a su vez, obliga a la mujer a su cumplimiento, en tanto cada ruptura con la norma jurídica conlleva una sanción que opera indistintamente a través de este u otros sistemas normativos (cultural, moral, etc.). Así, hasta hace poco y por la vía de la desigualdad jurídica de los hijos se situaba a la madre soltera en una categoría inferior a la de la madre casada<sup>35</sup>.

La relación estructural entre la ley y el patriarcado crea formas de control de la sexualidad y los cuerpos de las mujeres, que reproducen jerarquías de clase y procesos de racialización incluso durante períodos en los que el sistema democrático le dio beneficios sociales a las peticiones de las y los trabajadores, como sucedió con las políticas familiares durante los Frentes Populares (1937-1941). Al respecto, la historiadora Karin Roseblatt concluye, en *Por un hogar bien constituido: el Estado y su política familiar en los Frentes Populares* (1995), que las fuerzas progresistas crearon políticas sociales cuya aplicación fue condicionada al comportamiento de los trabajadores. En otras palabras, el Estado podía garantizar ciertos derechos sociales y económicos, siempre y cuando los hombres pertenecientes a la clase

---

originarios, etc. Ver en Martínez, A. et al. (2017). Cambios constitucionales y derechos humanos de las mujeres: por un proceso constituyente inclusivo, participativo y paritario. Santiago: Corporación Humanas.

33. Salazar, G. (2007). *Ser niño "huacho" en la historia de Chile (siglo XIX)*. Santiago: LOM Ediciones.

34. Sin ir más lejos, el marcado contraste entre el ideal estatal de familia y la conformación real de las familias en Chile es icónicamente evidente en la vida de nuestra Lucila Godoy Alcayaga, quien fue criada por su madre y su hermana debido a la ausencia del padre. Lucila, quien fuera conocida universalmente como Gabriela Mistral, creció como la mayoría de las niñas chilenas pobres de finales del siglo XIX: criada entre mujeres. Bedard, B. & Glaser, M. F. (2017). *Criatura regional: introducción a Gabriela Mistral/Regional creature: Introduction to Gabriela Mistral*. Coquimbo: Letrarte.

35. Fries, L. & Matus, V. (2000). *La ley hace el delito*, p. 8. Santiago: LOM Ediciones.

obrera se comportaran como “buenos jefes de familia”, lo que implicaba optar por el vínculo matrimonial, evitar la prostitución y el alcoholismo, entre otras prescripciones de conducta. Lo mismo ocurrió con fuerzas de liberación feminista, como el movimiento MEMCh, quienes, paulatinamente, se fueron conformando según un ideal de familia nuclear cuya autoridad era el varón y donde las demandas de emancipación de género debieron ser subsumidas a las de clase<sup>36</sup>.

Posteriormente, durante la segunda mitad del siglo XX, el esfuerzo incansable del Estado en conformar a las familias pobres con tipos ideales llevó a disciplinas como el trabajo social y la enfermería a enfocar poblaciones-objetivo para convencerlas del matrimonio religioso y la legitimización de sus hijos e hijas. Es posible afirmar, entonces, que los discursos familiares a la base de la estructura social y jurídica de Chile no cuestionaron la posición subordinada de la mujer dentro de la familia, ni el hecho de que haya sido solo vía reconocimiento paterno la posibilidad de que sus hijos e hijas fueran considerados ciudadanos de primera o segunda clase, adoptando de ese modo discursos sobre la maternidad de corte conservador, en todo el espectro político y durante todo el siglo XX<sup>37</sup>.

Fue sólo hacia finales de siglo, en el año 1998, que un proyecto de ley promovido por la diputada Laura Rodríguez, entre otras mujeres congresistas, logró la plena igualdad de los hijos e hijas ante la ley, independiente del vínculo matrimonial de sus padres y madres, luego de cinco arduos años de intensos debates y resistencias culturales<sup>38</sup>.

En *La verdad y las formas jurídicas* (1992), Michel Foucault<sup>39</sup> señala que el análisis histórico de las prácticas judiciales permite identificar las subjetividades en un determinado momento, observando cómo el sistema legal designa la existencia individual e inscribe el lugar del sujeto en una determinada trama discursiva de poder. Los efectos de las prácticas judiciales producen verdades que, a su vez, definen a los sujetos y su identidad, generando determinados efectos psico-jurídicos. Desde esta perspectiva, el fallo de la Corte Suprema que ordena la inscripción de Tamara Lagos como hija de Mario Lagos por parte del SRCel no sólo constituye un contundente acto administrativo de no discriminación e igualdad ante

---

36. Roseblatt, K. (1995). Por un hogar bien constituido: el Estado y su política familiar en los Frentes Populares. En Godoy, L. et al., *Disciplina y Desacato: Construcción de Identidad en Chile, siglos XIX y XX*. Santiago de Chile: Ed. SUR/Cedem.

37. Pieper Mooney, J. (2009). *The Politics of Motherhood: Maternity and Women's Rights in Twentieth Century Chile*. Pittsburgh: University of Pittsburgh Press.

38. Ver el trámite del Proyecto en el Boletín N.º 1060-07, disponible en [https://www.senado.cl/appsenado/templates/tramitacion/index.php?boletin\\_ini=1060-07](https://www.senado.cl/appsenado/templates/tramitacion/index.php?boletin_ini=1060-07)

39. Foucault, M. (1992). *La verdad y las formas jurídicas*. Barcelona: Gedisa.

la ley, sino también un acto póstumo de justicia de significativo impacto simbólico-cultural y progresivo reconocimiento de los derechos consagrados en la CDN. Este impacto radica en el hecho de que el mismo Estado que ejecutó extrajudicialmente a Mario Lagos es capaz de reparar, en parte, a Tamara Lagos inscribiendo su filiación y reconociendo su derecho a la identidad, materializando así el indeleble vínculo entre un padre y su hija, más allá de la muerte.

# SENTENCIAS DE AMPARO DE LAS CORTES DE APELACIONES DE VALPARAÍSO, VALDIVIA Y TEMUCO POR DESNUDAMIENTOS DE PERSONAS DETENIDAS<sup>1</sup>

*Julio Cortés Morales*

*Unidad de Protección de Derechos, Legislación y Justicia*

## ABSTRACT/RESUMEN

En este comentario se abordan tres sentencias que acogen recursos de amparo presentados por el INDH durante el año 2019 ante diferentes Cortes de Apelaciones del país por casos de desnudamiento de personas detenidas o bajo custodia del Estado, una práctica que sigue ocurriendo a pesar de su expresa prohibición en protocolos policiales y de que constituye una manifiesta violación de derechos humanos, con aptitud para generar importantes daños psicológicos.

**Palabras clave:** desnudamiento, apremios ilegítimos, detención ilegal, derechos del niño, violencia contra la mujer, uso de la fuerza

---

1. Corte de Apelaciones de Valparaíso, Rol N° 200-2019; Corte de Apelaciones de Valdivia, Rol N° 96-2019; Corte de Apelaciones de Temuco, Rol N° 237-2019.

## **ANTECEDENTES RELEVANTES DE LOS CASOS**

### **Caso I: Valparaíso**

El primer caso se produce durante abril de 2019 en la ciudad de Valparaíso en el contexto de movilizaciones estudiantiles, cuando a requerimiento de las autoridades universitarias las Fuerzas Especiales de Carabineros (rebautizadas como Control de Orden Público tras el “estallido social” de octubre de 2019) proceden a desalojar una “toma feminista separatista” que se mantenía en la Facultad de Artes y Casa Central de la Universidad de Playa Ancha. En el procedimiento siete estudiantes fueron trasladadas a la 2da Comisaría Central de la ciudad de Valparaíso, donde fueron trasladadas al interior de un calabozo, dándoseles la orden de desvestirse y luego ingresar a un baño contiguo para ser revisadas, instruyéndoseles que debían quitarse toda la ropa, darse vuelta y realizar tres sentadillas mientras se encontraban desnudas. Este procedimiento fue realizado y supervisado por dos funcionarias de sexo femenino.

Por estos hechos la Sede Regional del Instituto Nacional de Derechos Humanos interpuso un recurso de amparo constitucional, sosteniendo que la actuación policial vulneraba el derecho a la libertad personal y seguridad individual de las siete estudiantes, constituyendo un atentado contra su dignidad, prohibido por la legislación nacional e internacional, solicitando entre otras cosas que Carabineros ajuste sus protocolos a la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW) y la Convención Interamericana para Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer.

El Informe de la Prefectura de Fuerzas Policiales señala que las siete estudiantes fueron llevadas a constatación de lesiones en el consultorio de Quebrada Verde y luego a la comisaría “en calidad de conducidas con la finalidad de comprobar su identidad y recabar antecedentes personales, para ser incorporados a la denuncia” respectiva por usurpación no violenta. Además señala que las conducidas “fueron revisadas de manera superficial por única vez en las dependencias de la Casa Central, no existiendo constancia que haga presumir que fueran desnudadas”, y se adjuntó una copia de grabación del registro de la cámara Go-Pro, que daría cuenta del procedimiento de desalojo, hasta que son ingresadas al carro policial.

A su vez el Informe del Comisario de la 2da Comisaría Central ratifica lo señalado por la Prefectura y agrega que no pudieron encontrar registros de lo sucedido en los calabozos pues la capacidad de los discos duros de las cámaras hace que la grabación se mantenga sólo por un lapso de siete días.

## Caso 2: Río Bueno

El segundo caso, conocido por la Corte de Apelaciones de Valdivia, ocurrió en la ciudad de Río Bueno durante las protestas del 20 de octubre de 2019, ocasión en que se tomó detenidos a dos adolescentes.

El primero de ellos fue detenido mientras grababa actos de violencia policial contra otros manifestantes. Además de ser golpeado al momento de su detención, en la comisaría fue desnudado parcialmente, quedando en ropa interior, para luego ser conducido al calabozo, donde nuevamente fue sujeto de golpes y vejaciones. Aduce que estando en el calabozo se le prohibió tomar agua y se le negó el derecho a hablar con algún familiar o adulto responsable, para luego ser conducido en calidad de detenido al centro de salud con el objeto de constatar lesiones, oportunidad en que no fue revisado adecuadamente ni se le entregó el certificado correspondiente.

El segundo adolescente fue detenido mientras se manifestaba en la Plaza 21 de Mayo. También fue golpeado, tanto al ser detenido como al ingresar a la Cuarta Comisaría, donde además se le insultó y fue obligado a desnudarse parcialmente, quedando solo en ropa interior, siendo conducido hasta un calabozo completamente mojado.

La Sede Regional de Los Ríos señaló en su recurso que el accionar policial, arbitrario e ilegal, había lesionado la libertad personal y seguridad individual de los adolescentes, haciendo ver que ante la presencia de niños, niñas y adolescentes en las manifestaciones, Carabineros debe cumplir con los protocolos de actuación de la institución y hacer un uso proporcional de la fuerza, lo que en la especie no aconteció, pues los menores de edad fueron detenidos ilegalmente, golpeados y maltratados, vulnerando normas internacionales y constitucionales. En su Informe el Jefe de Zona de Carabineros señala que los adolescentes amparados fueron detenidos por causar desórdenes públicos junto a personas mayores de edad, y que se usó violencia necesaria y proporcional ante una "agresión activa". Después fueron entregados a sus adultos responsables. Agrega que pese a la legalidad del procedimiento policial, se dispuso un procedimiento administrativo a cargo de la Fiscalía Administrativa de la Prefectura Valdivia N° 23 con el objeto de transparentar el actuar del personal de Carabineros.

### **Caso 3: Temuco**

Este caso surge de las observaciones en terreno realizadas por la Sede Araucanía del INDH a contar del 18 de octubre de 2019, en las que pudo recibir diversas denuncias acerca de desnudamientos de detenidos realizados mientras éstos se encontraban bajo custodia de Gendarmería de Chile en dependencias del Juzgado de Garantía de Temuco.

Las personas por las cuales se recurre de amparo son dos adolescentes y cuatro adultos. De acuerdo a sus relatos, la mayoría habían sido golpeados, y todos ellos fueron desnudados por Carabineros en la 2da Comisaría, para ser nuevamente desnudados en el tribunal por gendarmes.

De acuerdo a uno de los relatos: “Gendarmería también me hizo desnudar, antes de la audiencia. Cuando llegamos nos tuvieron como a 10 personas en la celda de 2x2. Nos sacaron a otra celda en el pasillo, dentro de la celda había 2 gendarmes y revisaban a otra persona al lado, nos hicieron hacer sentadillas. En ese instante entró otra persona y otro gendarme que también le hicieron desnudar”.

Otro de los amparados refirió lo siguiente: “Abajo del tribunal nos hicieron desnudarnos de nuevo, me hicieron hacer entre 5 a 10 sentadillas y uno de los gendarmes tocó mis partes. Fue debajo de los tribunales, antes de ingresar a la reja común. Me tocó los testículos, los apretó y me tocó el pene, mientras me tenía de espaldas a él. Luego de eso, me ingresaron a la celda común”.

El recurso del INDH hace ver que el Reglamento Penitenciario contiene una regulación de los registros corporales y de vestimentas, que no habría sido respetada en estos casos. El INDH además acompañó informes psicológicos de los dos amparados adolescentes y de un adulto, realizadas por una perito experta en Protocolo de Estambul.

En su Informe el Director Regional Gendarmería parte por señalar que no tenía noticia de estas denuncias, pues no había recibido reclamos y tampoco fueron señalados estos hechos durante las audiencias de control de detención respectivas en el Juzgado de Garantía de Temuco. Explica que por eso instruyó la realización de una investigación breve cuyos resultados le fueron remitidos el 26 de diciembre de 2019.

El resultado de esa investigación no es concluyente. De todos modos se señala la existencia de una Providencia N° 25 de fecha 25.09.19 del jefe de dispositivo de Tribunales y personal

en general de la USEP de Temuco que señala: “El procedimiento de revisión o registro corporal de los detenidos (as), como medida de seguridad, tiene como finalidad detectar si éste oculta y/o porta entre sus vestimentas elementos prohibidos que puedan ser utilizados para la autoagresión o contra el personal, por tanto la razón principal será la protección de un bien superior como es el cumplimiento irrenunciable de la protección de la integridad física y psicológica de las personas que interactúan en las zonas de recepción de ingreso tanto de Tribunales como en la sala de audiencia”.

El Informe del Tribunal de Garantía señala que los registros de cámaras en tribunales se guardan por 15 días. Hace presente que “durante el periodo de mayor ingreso de detenidos a causa de las manifestaciones sociales, que va desde el 18 de Octubre de 2019 al 30 de Noviembre de 2019, se han recibido en el tribunal 36 denuncias formuladas en audiencia por malos tratos, ofensas al pudor y abuso en el ejercicio de las funciones, todas han sido debidamente remitidas a Ministerio Público de esta ciudad”. En uno de los casos incluidos en este recurso de amparo se señalaron por el defensor en audiencia los malos tratos a que fuera sometido el defendido, pero no se explicita si se refiere a Carabineros o Gendarmería.

## EXTRACTOS DE LAS SENTENCIAS

### I. Sentencia de la Corte de Apelaciones de Valparaíso<sup>2</sup>:

**Octavo:** *Que el relato de los hechos efectuado por parte de todas y cada una las afectadas ante la psicóloga doña María Isabel Valenzuela Paci, en la parte pertinente, permite tener como establecido que efectivamente el día de los hechos las detenidas, al interior de la Comisaría, fueron obligadas a desnudarse dentro de un baño en el sector de los calabozos, darse vuelta y realizar sentadillas mientras se encontraban desnudas, todo en presencia de personal femenino de carabineros de las fuerzas especiales. Se trata de relatos múltiples, coherentes, armónicos, plausibles y concordantes entre sí, y en donde se explica de manera consistente por todas, la forma en que ocurrieron los hechos, no solo en sus aspectos esenciales, sino que también en cuestiones de detalle.*

**Noveno:** *Que los informes psicológicos practicados por la mencionada profesional a las estudiantes afectadas, señalan que el relato de ellas presenta un hilo conductor coherente en toda la narración, con cantidad de detalles basados en percepciones visuales como kinéticas, y que contiene información que permite una ubicación espacio temporal al relatar claramente el lugar y los tiempos en los que ocurrieron los hechos, sin que se adviertan posibles ganancias secundarias o motivaciones ocultas para denunciar las situaciones padecidas.*

2. Rol 200-2019, 23 de marzo de 2019. Confirmada por la Corte Suprema, Rol 10.571-2019.

**Décimo:** Que, por otro lado, llama la atención que los dos informes de la recurrida, el de fojas 67 y el de fojas 105, soslayan referirse en específico a la situación denunciada por las afectadas al interior del recinto policial, limitándose a reconocer su detención y posterior registro, sin que se advierta un explicación, narración o negativa concreta de lo allí sucedido.

**Undécimo:** Que Carabineros se encuentra sujeto a los protocolos de actuación establecido en la Orden General N° 2.287, de 2014, de Carabineros de Chile, que aprueba la actualización de Protocolos de Intervención del Orden Público; Circular N° 1.756, de 2013, de Carabineros de Chile, que imparte instrucciones sobre el uso de la fuerza y Orden General N 2.505, de 2017, de Carabineros de Chile, que aprueba la Cartilla de instrucciones frente a detenidos por disturbios, el que dispone el procedimiento de Registro de detenidos.

**Duodécimo:** Que, juicio de esta Corte, frente a las denuncias realizadas por parte de ciudadanas detenidas, la naturaleza de los hechos, las circunstancias de la detención, las causas por las que ella ocurrió y las supuesta falta cometida, no resultaba razonable someter a las afectadas al registro del que fueron objeto y en la forma en que ello aconteció, sin que se advierta una racional motivo para disponer que ellas se desnudaran y agacharan, razón la que se deber acoger el presente recurso de amparo, sin perjuicio de remitir los antecedentes al Ministerio Público, con el fin de investigar los hechos que pudiesen ser constitutivos de delito.

#### Parte Resolutiva:

(...) se dispone que:

I. En los procedimientos de detención y registro en las unidades policiales en lo sucesivo los funcionarios de Carabineros deben ceñir su actuar estrictamente a los protocolos institucionales, a la normativa legal existente y a los Tratados Internacionales de Derechos Humanos suscritos por Chile, tanto respecto de las amparadas como de cualquier persona que se encuentre detenida en sus dependencias, procurando incluso mantener registros fiables de estos procedimientos.

II. Se ordena remitir copia de esta resolución y de los antecedentes de esta causa a la Fiscalía Regional de Valparaíso, a fin de que se investiguen eventuales vulneraciones a los protocolos de registro corporal de las amparadas con relación a lo que disponen las normas nacionales e internacionales sobre esta materia.

## 2. Sentencia de la Corte de Apelaciones de Valdivia<sup>3</sup>:

**SEGUNDO:** *Que, previo al análisis sobre el fondo de lo debatido, resulta útil consignar que los niños, niñas y adolescentes constituyen un sujeto de especial protección para el ordenamiento jurídico, en términos que toda la actividad que despliega el Estado frente a la comisión de eventuales ilícitos debe tener en cuenta que ha de ejecutarse sin desatender su interés superior.*

*En efecto, el artículo 3 de la Convención sobre Derechos del Niño, aplicable en virtud de la norma de reenvío prevista en el artículo 5 inciso segundo de la Carta Fundamental, consagra el principio de interés superior del niño, niña o adolescente, que ha sido entendido como la satisfacción integral de sus derechos, y cuya función primordial en sede judicial, consiste en un análisis conjunto de los derechos afectados y de los que se puedan afectar por la resolución de la autoridad. Así, siempre debe adoptarse aquella medida que asegure la máxima satisfacción de los derechos que sea posible y la menor restricción de ellos, no sólo considerando el número de derechos afectados, sino también su importancia relativa. Es decir, los niños, niñas y adolescentes tienen derecho a que antes de tomar una medida respecto de ellos se adopten aquellas que promuevan y protejan sus derechos y no las que los conculquen.*

*Lo expuesto, resulta relevante para resolver el presente amparo, pues los adolescentes deben ser tratados de acuerdo con su particular dignidad. Ello explica que exista un sistema o régimen de responsabilidad especial y diferenciado del de los adultos, que tiene en consideración su interés superior en todas las actuaciones judiciales o administrativas relativas a procedimientos, sanciones y medidas, conforme lo dispuesto en el artículo 2 de la Ley N° 20.084 y artículo 40.1 de la citada Convención.*

*Lo hasta aquí analizado, se erige como un criterio interpretativo importante, si se tiene en cuenta que en la especie se trata de adolescentes respecto de los cuales rige sin atenuación el principio de inocencia y, por ende, impone a los órganos del estado un especial deber de cuidado en el trato que reciben en el marco de un procedimiento policial, precisamente, porque la detención debe asegurar que los niños, niñas y adolescentes sean tratados de manera apropiada para su bienestar, guardando la necesaria proporción entre el uso de la fuerza pública y las circunstancias que rodean la privación de libertad.*

**TERCERO:** *Que, en el ámbito internacional las Reglas de las Naciones Unidas para la Protección de los Menores Privados de Libertad, establecen que la privación de libertad debe efectuarse en condiciones y circunstancias que garanticen el respeto de los derechos humanos de los menores de edad, siendo una medida de último recurso que debe durar lo menos posible y estar limitada a casos excepcionales. Por su parte, el artículo 10.12 de las Reglas de Beijing, dispone que cada vez que un*

---

3. Rol N° 96-2019, sentencia de 7 de noviembre de 2019.

*menor sea detenido, la detención se notificará inmediatamente a sus padres o su tutor, y cuando no sea posible dicha notificación inmediata, se notificará a los padres o al tutor en el más breve plazo posible.*

*Por consiguiente, tratándose de personas privadas de libertad, aun en caso de detención transitoria, el Estado se ha autoimpuesto un deber especial de custodia, atendido su evidente estado de desprotección, obligándose internacional, constitucional, legal y reglamentariamente a proteger sus derechos fundamentales, siéndole por lo demás imposible proceder de otro modo, ya que “está al servicio de la persona humana y su finalidad es promover el bien común”, según lo ordena el artículo 1 inciso 2° de la Constitución Política de la República.*

**SEXTO:** *Que, de los hechos asentados surge que se detuvo a dos adolescentes de 16 años de edad que participaban en una manifestación, sufriendo uno de ellos lesiones que puede atribuirse, vía presunción grave, al actuar de personal policial. Del mismo modo, se encuentra establecido -al menos respecto de uno de los adolescentes- que no se contactó a ningún adulto responsable, ni que se haya subsidiariamente contactado al defensor penal adolescente. En este punto cabe dejar establecido que no consta que el personal policial haya dado a los adolescentes un trato diferenciado, conforme lo dispone el artículo 48 de la Ley N° 20.084, esto es, que debieron desde el inicio de su detención permanecer separados de los adultos, conforme presunción legal de menor edad. Todos estos aspectos constituyen, además, una contravención al “Protocolo para el Mantenimiento del Orden Público”, de fecha 1 de marzo de 2019, emanado de la Dirección General de Carabineros de Chile, Orden General N° 2635.*

*Asimismo, se encuentra acreditado que luego de ser trasladados al centro asistencial para la correspondiente constatación de lesiones, ambos adolescentes permanecieron privados de libertad por el lapso de tres horas antes de ser puestos a disposición de sus familiares.*

*En este orden de ideas, además, cabe consignar que no obran en autos antecedentes útiles de los momentos previos a la detención, que justifiquen la efectiva necesidad de ejercer fuerza proporcional de cualquier tipo respecto de los amparados, lo que debe colacionarse con la afirmación de los adolescentes en orden a que ejercían su legítimo derecho a manifestarse libremente y a reunirse de manera pacífica, consagrados en los numerales 12 y 13 del artículo 19 de la Carta Fundamental, lo que trae como necesaria consecuencia que la reacción policial debía ser justificada, racional y proporcional, máxime cuando esa ciudad no estaba sujeta a estado de emergencia constitucional. Finalmente, tampoco se acreditó que en este procedimiento se hubieran utilizados elementos destinados a obtener un registro fílmico del mismo.*

**SÉPTIMO:** Que, en las circunstancias antes indicadas, el procedimiento de detención de los adolescentes se llevó a cabo en contravención al bloque de constitucionalidad referido, así como a las normas reglamentarias que disciplinan el proceder de Carabineros de Chile, más aun si se considera que la privación de libertad se extendió por un lapso no razonable de tiempo, pues ambos menores de edad quedaron citados ante el Ministerio Público.

**OCTAVO:** Que, conforme se ha venido razonando, no es posible concluir que la conducta desplegada por Carabineros de Chile haya sido proporcional a los hechos que enfrentaba, enmarcados en el ordenamiento jurídico y cumpliendo sus propios protocolos, por lo que la privación de libertad de los amparados es ilegal y resulta desproporcionada a la luz de la normativa que protege la dignidad de los adolescentes, en consonancia con su especial condición de seres humanos que, por no haber alcanzado el pleno desarrollo físico y mental, requieren de un mayor estándar de protección de sus derechos.

**NOVENO:** Que, encontrándose establecido que el actuar de los funcionarios de Carabineros de Chile se apartó del ordenamiento jurídico constitucional y legal, esta Corte se encuentra autorizada para dictar las medidas conducentes a asegurar la debida protección de los afectados, por lo que se acogerá el presente recurso de amparo, tal como se dirá en lo resolutive de este fallo.

Parte Resolutiva y voto disidente:

Por estas consideraciones, y visto además, lo establecido en los artículos 19 N° 7 y 21 de la Constitución Política de la República, se **ACOGE** el recurso de amparo interpuesto a favor de los adolescentes J.E.C.V. y S.G.G.R., solo en cuanto, se ordena a Carabineros de Chile que en lo sucesivo deberá ejecutar los procedimientos policiales con estricta sujeción a la normativa constitucional, legal y reglamentaria vigente, absteniéndose de afectar el derecho fundamental de los amparados a la libertad personal y seguridad individual, con especial atención cuando los detenidos son menores de edad.

Acordada con el voto en contra del Ministro señor Mario Julio Kompatzki Contreras quien estuvo por rechazar el recurso de amparo, en atención a que Carabineros de Chile cumplió el protocolo institucional, dio aviso al Ministerio de Público y a los padres de los adolescentes, por lo que no se avizora ilegalidad y/o arbitrariedad en su actuar.

### 3. Sentencia de la Corte de Apelaciones de Temuco<sup>4</sup>:

**QUINTO:** *Que sin perjuicio de lo anterior, Gendarmería de Chile existen para dar eficacia al derecho, y proporcionar una atención y un trato digno a la población puesta bajo la custodia del Servicio, reconociendo y respetando los derechos inalienables de las personas, entregando un conjunto de condiciones básicas de vida que faciliten el ejercicio de los derechos no restringidos por la privación de libertad, en la forma que lo determinan sus respectivos reglamentos, encontrándose limitada por el respeto de las garantías constitucionales, que la misma Carta Fundamental consagra, entre las cuales se encuentra la integridad personal de las personas y la libertad personal de las mismas, en todas sus variantes de ejercicio, como lo prescribe el artículo 19 N°7 del mismo cuerpo legal, el cual establece que la persona no puede ser privada ni restringida, sino en los casos y en la forma determinados por la Constitución y las leyes, además, de los derechos que instrumentos internacionales consagran.*

*En este mismo orden de ideas, efectivamente Gendarmería de Chile, tiene un Reglamento Penitenciario, que señala en su artículo 4° “La actividad penitenciaria se desarrollará con las garantías y dentro de los límites establecidos por la Constitución Política de la República, los tratados internacionales ratificados por Chile y vigentes, las leyes y sus reglamentos y las sentencias judiciales. Los funcionarios que quebranten estos límites incurrirán en responsabilidad, de acuerdo con la legislación vigente”*

*Por su parte, el artículo 27 bis del Reglamento penitenciario señala lo siguiente:*

*“La administración penitenciaria, como medida de seguridad, y con el objeto de detectar la tenencia de elementos declarados prohibidos por la autoridad, podrá disponer la realización de registros corporales a los internos, que consistirán en una revisión visual y táctil exhaustiva de la vestimenta y especies que éstos porten. Dichas actuaciones se realizarán por funcionarios del mismo sexo de la persona a quien se registra, en espacios previamente determinados y de conformidad a los procedimientos establecidos por resolución del Director Nacional.*

*Con todo, en la realización de los registros corporales, quedará prohibido el desprendimiento integral de la vestimenta de los internos, la ejecución de registros intrusivos, la realización de ejercicios físicos y, en general, cualquier otra actividad que menoscabe la dignidad de éstos. Para tales efectos, la administración penitenciaria propenderá a la utilización de elementos tecnológicos.*

*Cuando existan antecedentes que hagan presumir que un interno oculta en su cuerpo algún elemento prohibido, susceptible de causar da o a la salud o integridad física de éste, o de otras personas, o de alterar la seguridad del establecimiento, el interno será derivado a la respectiva unidad médica para la realización del procedimiento correspondiente”.*

---

4. Rol N° 237-2019, sentencia de 11 de enero de 2020.

**SEXTO:** *Que bajo tales circunstancias, a juicio de esta Corte, frente a denuncias realizadas por parte de ciudadanos detenidos, no resulta razonable que la institución recurrida no cuente con los medios suficientes para controlar y registrar de forma eficiente tales circunstancias, evitando de esta forma que la investigación quede sujeta a meros registros de papel y a declaraciones de los propios funcionarios policiales involucrados en los hechos sin que demuestre, hasta ahora, haber adoptado las medidas necesarias para evitar estos reprochables hechos, que para el caso de ser efectivos, constituyen, por cierto, un atentado a la dignidad de las personas detenidas, motivo por el que se deberá acoger el recurso en este aspecto en virtud de las facultades oficiosas que permite el amparo constitucional.*

*Teniendo presente que como se ha señalado por la recurrente y habiéndose ingresado querelladas, signadas con los roles N°12.666- 2019 y Rol N°11372-2019, ante el Juzgado de Garantía de Temuco, no se remitirán los antecedentes al Ministerio Público, con el fin de investigar los hechos que pudiesen ser constitutivos de delito, por encontrarse en curso una actual investigación.*

Parte resolutive:

Se ACOGE el recurso (...) SOLO en cuanto se declara que:

*1. En los procedimientos de detención o privación de libertad en las reparticiones de los Tribunales, en lo sucesivo los funcionarios de Gendarmería deberán contar con protocolos institucionales, que den garantía de seguimiento y revisión posterior de sus actuaciones a la luz a la normativa legal existente y a los Tratados Internacionales de Derechos Humanos suscritos por Chile, tanto respecto de los amparados como de cualquier persona que se encuentre detenida o privada de libertad a disposición de Gendarmería de Chile, procurando incluso mantener registros fiables de estos procedimientos.*

*2. Atendido lo informado por el Juez Presidente del Juzgado de Garantía de Temuco, pasen los antecedentes a Pleno, de esta Ilustrísima Corte de Apelaciones, a fin que tome conocimiento del informe.*

## COMENTARIO Y DOCTRINA DE DERECHOS HUMANOS

### La práctica de los desnudamientos y su regulación jurídica

Desde los inicios de la labor del INDH se ha detectado la práctica del desnudamiento de personas que están bajo custodia del Estado, sean personas que se encuentran detenidas o conducidas por control de identidad a recintos policiales, o personas que están privadas de libertad en recintos de Gendarmería de Chile.

Esta práctica parece fundarse en criterios relativos a la necesidad de evitar posibles agresiones a los aprehensores o a otras personas mediante objetos que se puedan mantener ocultos en las vestimentas o el cuerpo, o a la necesidad de hacer un registro en busca de posibles evidencias de la comisión de ilícitos. No obstante, las regulaciones contenidas tanto en el Código Procesal Penal como en la normativa interna de las policías y Gendarmería de Chile hablan de registros de vestimentas o de registros corporales, pero prohibiendo el desprendimiento integral de vestimentas y la realización de ejercicios.

El Código Procesal Penal se refiere en su artículo 89 al “examen de vestimentas, equipaje o vehículos”, dentro del Párrafo dedicado a La policía dentro del Título IV (Sujetos procesales) del Libro I.

Ahí dispone que:

*Se podrá practicar el examen de las vestimentas que llevare el detenido, del equipaje que portare o del vehículo que condujere.*

*Para practicar el examen de vestimentas, se comisionará a personas del mismo sexo del imputado y se guardarán todas las consideraciones compatibles con la correcta ejecución de la diligencia.*

También en ese párrafo se regula el control de identidad llamado “investigativo”. El inciso del artículo 85 señala en su versión actual que “sin necesidad de nuevo indicio, la policía podrá proceder al registro de las vestimentas, equipaje o vehículo de la persona cuya identidad se controla, y cotejar la existencia de las órdenes de detención que pudieren afectarle”.

Mediante el Boletín 12.506-25 se pretendía extender la posibilidad de realizar registros superficiales de vestimentas durante un control preventivo de identidad (regulado en el artículo 12 de la Ley 20.931).

Los Protocolos de Carabineros, que hasta hace pocos años tenían el carácter de secretos, en aplicación del artículo 436 del Código de Justicia Militar, no contenían una regulación explícita del registro de vestimentas ni una prohibición del desnudamiento en la versión que fue entregada por la Dirección General de Carabineros al INDH por oficio de 24 de abril de 2013.

En esa versión de los protocolos, dada a conocer públicamente durante el año 2014, la parte 4 se refiere a la privación de libertad de manifestantes adultos (4.1), de niños, niñas y adolescentes (4.2), el empleo de esposas de seguridad (4.3) y el traslado de imputados (4.4). En el protocolo 4.1 la sección titulada “Trato Humano” señala que “toda persona sometida a cualquier forma de privación de libertad será tratada humanamente y con el respeto debido a la dignidad inherente al ser humano”.

Nada adicional se señala en el protocolo 4.2, que a pesar de señalar en su marco normativo a la Convención sobre los Derechos de Niño en este punto se limita a señalar que “la aprehensión física estará sujeta a los pasos establecidos en el Protocolo 4.1”.

El 4.3 señala que todos los detenidos mayores de edad deberán ser esposados durante los traslados, con esposas que “deberán ser puestas en las muñecas del imputado y con sus brazos en la espalda”, y quedando prohibido “esposar a un imputado a un objeto fijo, como árboles, postes de alumbrado, etc.”.

Finalmente el protocolo 4.4 sólo establece la obligación de separar a las personas privadas de libertad por edad sexo (“La obligación del personal que traslada a los detenidos es de custodia permanente, diferenciando por edad y sexo”), y de verificar su estado de salud, realizando si procede la respectiva constatación de lesiones, además de monitorearlas permanentemente mientras se encuentren en los calabozos. Nada señala sobre registros ni desnudamientos.

Con motivo del acuerdo suscrito el 9 de marzo de 2018 para el cumplimiento de recomendaciones efectuadas por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en el caso de Alex Lemún<sup>5</sup>, se incluyó dentro de las “garantías de no repetición” la obligación

---

5. Adolescente mapuche que resultó muerto en el año 2012 por el disparo de un perdigón de plomo efectuado por el carabinero Marcos Treuer durante un procedimiento policial. El Acuerdo incluye como primer punto el reconocimiento público de la responsabilidad del Estado de Chile: *por la violación a los derechos humanos que derivaron de esos hechos, y que están contenidos en los artículos 4.1, 5.1, 24, 19, 8.1, 25.1, en relación con el artículo 1.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH), en perjuicio de Alex Lemún y su familia.* De este modo, las autoridades se comprometieron

de “aprobar antes del 11 de marzo de 2018 un Decreto Presidencial que establecerá los lineamientos sobre el uso de la fuerza en conformidad con los estándares internacionales sobre derechos humanos en esta materia. Dicho decreto debe contener el mandato de revisar los protocolos de Carabineros a la luz de los estándares de derechos humanos, incluyendo a la sociedad civil y al INDH en el proceso de revisión, y también mandará a reportar anualmente estadísticas relativas al uso de la fuerza y episodios violentos, las que deberán ser publicadas anualmente”.

Producto de dicho compromiso y tras un proceso de revisión de los protocolos anteriores, en marzo de 2019 se publicó en el Diario Oficial la Circular 1832, sobre uso de la fuerza, y la Orden General 2635, que contiene los nuevos protocolos en la versión aún vigente<sup>6</sup>.

Esta versión de los Protocolos reconstituye la parte 4, titulándola como “procedimientos con infractores de ley”, agregando como protocolo 4.1 el referido a ingreso a establecimientos educacionales para la detención de manifestantes en comisión de delito flagrante, y suprimiendo el relativo a las esposas.

Además se incorpora el nuevo protocolo 4.5 sobre “Registro de personas privadas de libertad”. En la parte de obligaciones generales se señalan consideraciones sobre la posición de garante que tiene el Estado sobre las personas privadas de libertad, la obligación de garantizarles un trato humano y justo, y se agrega explícitamente que “se prohíbe estrictamente desnudar a las personas sometidas al registro”.

A pesar de dicha prohibición, en la parte relativa a pasos para el registro se señala que “el registro de vestimentas se realiza usando guantes de plástico desechables” y que “las mujeres mayores de 18 años deberán entregar su sostén para su custodia antes de ingresar a los calabozos”.

Finalizando este protocolo 4.5 se agregan prohibiciones expresas de la tortura (siguiendo la definición del artículo 150 A del Código Penal, incorporada por la Ley 20.968 de 2006) y de tratos inhumanos (definidos como “actos u omisiones intencionales que causen graves

---

a publicar este Acuerdo: en el sitio web del Ministerio de Relaciones Exteriores, Ministerio del Interior y Seguridad Pública y Carabineros de Chile, agregando que dicha publicación deberá mantenerse visible y accesible por el plazo de un año desde la firma del Acuerdo.

6. A excepción del Protocolo 2.8, sobre uso de la escopeta antidisturbios, que fue modificado mediante la Orden General 2.780 publicada el 17 de julio de 2020. Además se modificó lo relativo a la puesta en libertad de adolescentes detenidos, mediante la Orden General 2785, de 22 de julio de 2020.

sufrimientos o daños mentales y/o físicos, o que constituyan un serio ataque a la dignidad humana”) o degradantes (“entendiendo como tales aquellos que generan un sentimiento de miedo e inferioridad y que tienen la finalidad de humillar, degradar y de romper la resistencia física y moral de la víctima”).

En cualquiera de esas situaciones los actos (constitutivos de tortura, tratos inhumanos o degradantes) “son infracciones legales y éticas que deberán ser denunciadas de inmediato tanto a la justicia criminal como a la instancia administrativa. Las investigaciones administrativas deberán ser exhaustivas, rápidas e imparciales”.

Dado que el uso de la fuerza en Chile no está regulado en normativa de rango legal, a pesar de que la Corte IDH ha sentenciado que la falta de una adecuada legislación sobre el uso de la fuerza constituye un incumplimiento de la obligación de garantizar los derechos a la vida y a la integridad, que compromete la responsabilidad internacional del Estado<sup>7</sup>, son por ahora estos Protocolos los instrumentos que vienen a dotar de contenido las obligaciones de los funcionarios policiales en esta materia, y por eso es que resulta tan grave que se sigan produciendo hechos que están expresamente prohibidos en esta normativa interna, y que en la medida que constituyen formas de malos tratos prohibidos por el Derecho internacional pueden además generar responsabilidades penales y políticas.

### Regulación penitenciaria

En materia penitenciaria los artículos 27 bis y 29 bis del Reglamento de Establecimientos Penitenciarios (Decreto 518, del Ministerio de Justicia, del año 1998), agregados por el Decreto 617 del Ministerio de Justicia en el año 2011, se refieren a los registros corporales de los internos. El artículo 27 bis prohíbe el “desprendimiento integral de la vestimenta de los internos, la ejecución de registros intrusivos, la realización de ejercicios físicos y, en general, cualquier otra actividad que menoscabe la dignidad de éstos”, agregando que “la administración penitenciaria propenderá a la utilización de elementos tecnológicos”.

El artículo 29 bis se refiere a los tres posibles tipos de registro corporal: el cotidiano o en situación normal; el especial y el correspondiente a situaciones de emergencia<sup>8</sup>.

---

7. Caso Nadege Dorzema y otros vs. República Dominicana, Sentencia de 24 de octubre de 2012 (Fondo, Reparaciones y Costas), párr. 82.

8. “El registro cotidiano o en situación normal consiste en una revisión visual y táctil superficial. Se propenderá a que este registro se realice una vez terminado el horario de visita. El registro especial consiste en la realización de una revisión corporal visual y táctil de las prendas y especies que porte el interno en el contexto de procedimientos especiales o preventivos

Esta regulación que data del año 2011 está en abierta contradicción con una Circular interna de Gendarmería, la N° 110 del año 2010, que tras referir los tipos de registro que es posible realizar, coincidiendo en lo esencial con lo que señala el actual artículo 29 bis del Reglamento Penitenciario, en el apartado A3 el Oficio 110 refiere una situación adicional que va mucho más allá de lo autorizado para estas revisiones, configurando una especie de cuarto tipo, en un párrafo que reproducimos íntegramente:

*“El registro corporal, en ninguno de sus tres niveles y bajo ninguna circunstancia permitirá la realización de ejercicios físicos en el afán de la búsqueda de elementos prohibidos, limitándose, en estos casos de situación de emergencia y con el interno desprovisto de ropas, exclusivamente a una revisión visual, prohibiendo absolutamente los registros intrusivos vaginales y anales. Ante la sospecha de ocultamiento en las zonas íntimas se solicitará al interno retirar voluntariamente el objeto, arma u otra especie oculta, en caso de no acceder se solicitará al interno flectar voluntariamente, por una vez sus piernas agachándose, lo que eventualmente permitiría que la especie oculta cayera. De no acceder se dispondrá la revisión por parte de personal médico o paramédico en sector de enfermería u otro habilitado en condiciones de reserva para el efecto y, en caso de negarse a este proceder, se dará cuenta al Ministerio público, en cumplimiento de la obligación de denunciar un delito flagrante y la responsabilidad de proteger la integridad física de los internos”.*

Ante denuncias de desnudamientos con sentadillas realizados a mujeres internas en Valdivia, la Sede Regional Los Ríos del INDH interpuso en el año 2017 un recurso de amparo ante la Corte de Apelaciones de Valdivia. En su razonamiento para acoger el recurso, la sentencia explica esta práctica y su supuesta fundamentación en el citado oficio, en el siguiente considerando:

*“Enseguida, debe dejarse establecido que las gendarmes consultadas por la Ministra a cargo de la inspección ocular del tribunal, explicaron con todo detalle las llamadas sentadillas a las que se refiere el recurso, consistentes en que, previo a registrar el sostén de las internas, éstas deben desnudarse de la cintura hacia abajo y efectuar ejercicios consistentes en encluquillarse, con el propósito que caigan al suelo objetos tales como armas o teléfonos celulares que puedan haber escondido en sus genitales.*

---

*relacionados con salidas fuera del establecimiento penitenciario o ante procedimientos catalogados como sensibles, a juicio del Jefe de Unidad, al interior del mismo, tales como los allanamientos.*

*El registro en situación de emergencia, se realizará cuando exista la necesidad real y urgente de pesquisar, detectar o incautar cualquier elemento prohibido por la Administración o este Reglamento, respecto de situaciones que revistan características de delito o quiebre del régimen interno, a partir de la vulneración de la seguridad integral del establecimiento. Los procedimientos de registro corporal deben ser realizados por funcionarios del mismo sexo del interno a quien se registra”*

*Las mismas señalaron ceñirse a los procedimientos señalados en una circular interna, misma a la que se ha hecho referencia con anterioridad y que fuera remitida a esta Corte.*

*El oficio circular N° 110 de 2010, de dicho Director, entre otras materias, señala en el apartado A3 que en caso de situaciones de emergencia como intento de fuga, motines, riña masiva u otras, podrá requerir a los infractores el desprendimiento de todas sus vestimentas. Y en el segundo párrafo segundo, luego de señalar que en ningún caso procederá la realización de ejercicios físicos en el afán de búsqueda de elementos prohibidos y prohibir los registros intrusivos anales o vaginales, se indica que en caso de sospecha de ocultamiento en las zonas íntimas, se solicitará al interno retirar voluntariamente el objeto, arma u otra especie oculta y en caso de no acceder se solicitará al interno flectar voluntariamente sus piernas agachándose, lo que eventualmente permitiría que la especie cayera y, en caso de negativa, se dispondrá la revisión por personal médico o paramédico.*

*Tratándose de personas privadas de libertad y vigiladas por personal que porta conocidos elementos disuasivos, no es posible que tengan plena voluntad y la hagan valer para negarse a tales procedimientos, por lo que la voluntariedad de entregar el objeto de que se trate, desnudarse, agacharse y demás actuaciones de los procedimientos establecidos en la circular referida, parece más bien un eufemismo.*

*Dicha Circular, entonces, en lo referido al apartado A3, no podrá ser aplicada por ser contraria a la Constitución, a lo dispuesto por el artículo 5° de la Convención Americana de Derechos Humanos, a las Reglas de Bangkok de las Naciones Unidas para el tratamiento de reclusas, en particular las N°19 y N°20 que obligan a adoptar medidas especiales para asegurar el respeto de las reclusas durante los registros personales, que serán realizados únicamente por personal femenino y que se deberán preparar otros métodos de inspección, por ejemplo, de escaneo, para sustituir los registros sin ropa o corporales invasivos. Y por constituir un vejamen que atenta contra la integridad y dignidad de la persona humana y excede, incluso, los términos del Reglamento de Establecimientos Penitenciarios que regula la materia en su artículo 27 bis, como fuera dicho más arriba, normas que deberá ser respetadas en toda su integridad”<sup>9</sup>.*

La conclusión no puede ser más clara: existía una discrepancia profunda entre la normativa constitucional/legal y la regulación interna de Gendarmería, y ante eso la Corte ordena de manera general que el apartado en cuestión, que autoriza la práctica ilegal del desnudamientos con sentadillas, no puede seguir siendo aplicado.

---

9. Corte de Apelaciones de Valdivia, Rol N° Crimen-140-2017, sentencia de 8 de agosto de 2017, considerando Décimo Quinto.

La relevancia de la contradicción normativa señalada llevó al INDH a plantear el problema ante la Contraloría General de la República, haciendo ver que el Oficio 110 contiene una regulación que en efecto vulnera el derecho a la integridad personal, consagrado en el artículo 5 de la Convención Americana de Derechos Humanos, el artículo 7 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, y en el art. 19 N° 1 de la Constitución Política de la República, además de otros instrumentos internacionales como el que en dicho caso se citó (las Reglas de Bangkok, dado que en efecto en ese caso se trataba de vulneraciones de derechos de mujeres privadas de libertad), y también resulta contraria al propio Reglamento de Establecimientos Penitenciarios en sus disposiciones ya citadas (art. 27 bis y 29 bis).

Además se señaló a la Contraloría que la infracción al derecho de integridad personal puede llegar a ser constitutiva de tortura u otros malos tratos que de acuerdo al Derecho internacional de los derechos humanos están absolutamente prohibidos, y que acababan de ser incorporados plenamente al ordenamiento jurídico interno mediante a Ley 20.968, de noviembre de 2016, que tipifica delitos de tortura y de tratos crueles, inhumanos o degradantes<sup>10</sup>.

En su pronunciamiento 16.163 de 17 de junio de 2019 la Contraloría, tras analizar las normas referidas y las opiniones solicitadas tanto a Gendarmería de Chile como a la Subsecretaría de Derechos Humanos, señala que el Reglamento Penitenciario prohíbe en su art. 27 bis el “desprendimiento integral de la vestimenta de los internos”, y señala en el art. 29 bis que de ser necesario realizar un registro corporal debe hacerse de manera individual y respetando su integridad y dignidad.

De este modo, la facultad de dictar circulares e instrucciones para dar aplicación práctica a leyes y reglamentos debe “conformarse con la normativa vigente”, y por eso se dispone que Gendarmería “deberá ajustar el contenido del oficio N° 110, de 2010, a lo dispuesto en el decreto 518, de 1998, del Ministerio de Justicia, y abstenerse de ejecutar actuaciones que contravengan lo previsto en el citado reglamento”, de lo que deberá informar a la Contraloría en el plazo de 45 días.

## **Desnudamiento y violencia sexual**

Llama la atención que la prohibición del desnudamiento (o “strip-searching” como se le denomina en inglés) en los Protocolos de Carabineros no se haya agregado en esta misma

---

10. Sobre este tema y la evolución de la normativa y jurisprudencia ver “La prohibición de la tortura y otros malos tratos. Definiciones y jurisprudencia nacional e internacional”, INDH, 2020.

parte sobre tortura y otros malos tratos, quedando la duda de si las medidas a adoptar son las mismas que en dichos casos. En efecto, como ya señalamos, la práctica del desnudamiento de personas detenidas no sólo constituye en tanto infracción de estas regulaciones internas sobre uso de la fuerza un acto atacable por la vía del amparo constitucional, sino que es considerada una forma de violencia sexual que puede ser calificada como un tipo de trato cruel, inhumano o degradante, y que incluso puede llegar a constituir una forma de tortura sexual o psicológica.

En el Manual para la investigación y documentación eficaz de la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanas o degradantes (conocido como “Protocolo de Estambul”) se señala dentro de la sección de “métodos de tortura” determinadas “condiciones de detención, como celdas pequeñas o atestadas, confinamiento en solitario, condiciones antihigiénicas, falta de instalaciones sanitarias, administración irregular de alimentos y agua o de alimentos y agua contaminados, exposición a temperaturas extremas, negación de toda intimidad y desnudez forzada”<sup>11</sup>.

Posteriormente el Protocolo señala:

*“La tortura sexual empieza por la desnudez forzada, que en muchos países es un factor constante en las situaciones de tortura. La persona nunca es tan vulnerable como cuando se encuentra desnuda y desvalida. La desnudez aumenta el terror psicológico de todos los aspectos de la tortura pues abre siempre la posibilidad de malos tratos, violación o sodomía. Además, las amenazas verbales, los insultos y las burlas sexuales forman parte de la tortura sexual pues incrementan la humillación y sus aspectos degradantes, todo lo cual forma parte del procedimiento”<sup>12</sup>.*

Si bien probablemente excede los límites de este comentario, cabe referir que en Canadá la práctica del “stip-searching” fue declarada ilegal por la Corte Suprema hace dos décadas, por ser inherentemente humillante y degradante. A pesar de ello existen estudios que demuestran cómo sigue siendo una práctica usual y rutinaria de la policía canadiense<sup>13</sup>.

En Chile también estamos en una situación en que la práctica del desnudamiento de personas detenidas o presas parece haber persistido en la cultura de los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley, resistiendo hasta ahora todos los embates jurídicos e intentos del Derecho por erradicar estas prácticas.

---

11. Protocolo de Estambul, Párrafo 145 letra m).

12. Protocolo de Estambul, párr. 215.

13. Office of the Independent Police Review Director (OIPRD), Breaking the Golden Rule: A review of police tip searches in Ontario, 2019. En: [https://www.oiprd.on.ca/wp-content/uploads/OIPRD\\_Breaking-the-Golden-Rule\\_Report.pdf](https://www.oiprd.on.ca/wp-content/uploads/OIPRD_Breaking-the-Golden-Rule_Report.pdf).

En este esfuerzo parece necesario seguir atacando estos casos por vía tanto constitucional como penal, dando aplicación a los nuevos tipos penales incorporados hace cuatro años por la Ley 20.968.

La nueva regulación contenida en los Protocolos de marzo de 2019 resultó abiertamente infringida por el personal de Carabineros en los hechos que dieron lugar al amparo relatado en el Caso I (Valparaíso) un mes después de la publicación de estos nuevos protocolos y su prohibición estricta del desnudamiento. De ahí que resulta relevante el que la Corte de Apelaciones de Valparaíso se haya podido referir directamente al problema al resolver el amparo constitucional presentado por el INDH en el caso I, constatando esta contradicción evidente, y ordenando entre otras cosas que los antecedentes sean enviados al Ministerio Público para investigar su dimensión penal.

El principio de responsabilidad, tal cual aparece señalado en la Circular 1832, sobre uso de la fuerza, contempla no sólo la responsabilidad penal individual de los que hacen mal uso de la fuerza, sino que también implica “la responsabilidad de los mandos llamados a dictar órdenes, supervisar y/o controlar la legalidad, necesidad y proporcionalidad en el ejercicio de esta por parte de los subalternos”.

De ahí que la subsistencia de la práctica de los desnudamientos de detenidos a pesar de su prohibición expresa sea tan grave, sobre todo considerando la gran cantidad de denuncias recibidas en el contexto del “estallido social” de octubre de 2019 y los meses posteriores, lo que ha llevado a la Contraloría General de la República a investigar la posible responsabilidad de los altos mandos policiales<sup>14</sup>.

### **Aspectos probatorios**

En el caso I la Corte tuvo por acreditado lo señalado por las víctimas en base a informes psicológicos presentados por el INDH, que daban cuenta de un relato coherente y creíble por parte de las estudiantes, contrastando esos antecedentes con una versión oficial por parte de Carabineros que más que negar los hechos denunciados hizo ver la falta de registros audiovisuales por el “autoborrado” que se produce en las respectivas cámaras. Por ello la Corte entiende que “no resultaba razonable someter a las afectadas al registro del que fueron objeto y en la forma en que ello aconteció, sin que se advierta una racional

---

14. Sumario Administrativo de la CGR instruido mediante Resolución Exenta N° 4.427 de 2019, actualmente en curso y en que se han formulado cargos en contra de siete generales.

motivo para disponer que ellas se desnudaran y agacharan, razón la que se deber acoger el presente recurso de amparo”.

El problema técnico del “autoborrado” de las cámaras es un argumento usual en estas situaciones, que también se señala en relación a los hechos referidos en el caso 3 (Temuco). En este último caso la Corte fue clara en señalar que “no resulta razonable que la institución recurrida no cuente con los medios suficientes para controlar y registrar de forma eficiente tales circunstancias, evitando de esta forma que la investigación quede sujeta a meros registros de papel y a declaraciones de los propios funcionarios policiales involucrados en los hechos sin que demuestre, hasta ahora, haber adoptado las medidas necesarias para evitar estos reprochables hechos, que para el caso de ser efectivos, constituyen, por cierto, un atentado a la dignidad de las personas detenidas”. Al establecer correctamente en el órgano estatal la obligación de refutar estas acusaciones, en ausencia de registros audiovisuales la Corte opta por acoger el recurso.

En cambio en el caso 2 (Río Bueno) los desnudamientos no se dan por probados, aunque de todos modos la Corte de Apelaciones de Valdivia acoge el recurso por haber quedado demostrado que la detención de los adolescentes se apartó del “bloque de constitucionalidad”, teniendo en cuenta especialmente las disposiciones pertinentes de la Convención sobre los Derechos del Niño, además de las Reglas de Beijing y las Reglas para la protección de menores privados de libertad, desde el que se “impone a los órganos del Estado un especial deber de cuidado en el trato que reciben en el marco de un procedimiento policial, precisamente, porque la detención debe asegurar que los niños, niñas y adolescentes sean tratados de manera apropiada para su bienestar, guardando la necesaria proporción entre el uso de la fuerza pública y las circunstancias que rodean la privación de libertad”.

En efecto, la Corte tiene por acreditado que los adolescentes fueron detenidos, que al menos uno resultó con lesiones certificadas, que al menos en uno de los casos no se dio aviso a los adultos responsables y tampoco al Defensor Público, que no se les dio el trato diferenciado en relación a personas adultas que se contempla en la Ley 20.084, dado que estuvieron detenidos tres horas más después de las constataciones de lesiones a pesar de que no iban a ser pasados a audiencia de control de detención, y que “tampoco se acreditó que en este procedimiento se hubieran utilizados elementos destinados a obtener un registro fílmico del mismo”.

Resulta muy destacable en el razonamiento de la sentencia del caso 2 la aplicación que se hace del principio del interés superior del niño, contemplado en el artículo 3 de la

Convención sobre Derechos del Niño y desarrollado en detalle por el Comité de Derechos del Niño en su Observación General N° 14 (2013). En el Considerando Segundo se señala que la función primordial de este principio en sede judicial es realizar un análisis conjunto de los derechos afectados y lo que se pudieran afectar por las decisiones de la autoridad, de manera de adoptar siempre “aquella medida que asegure la máxima satisfacción de derechos que sea posible y la menor restricción de ellos”, considerando tanto su número como su importancia relativa. Por eso es que debían adoptarse medidas que promovieran y protegieran sus derechos, y no aquellas que los conculcaran.

También es digno de destacar el señalamiento que se hace en el Considerando Sexto acerca de que por un lado “no obran en autos antecedentes útiles de los momentos previos a la detención, que justifiquen la efectiva necesidad de ejercer fuerza proporcional de cualquier tipo”, lo que “debe colacionarse con la afirmación de los adolescentes en orden a que ejercían su legítimo derecho a manifestarse libremente y reunirse de manera pacífica, consagrados en los numerales 12 y 13 del artículo 19 de la Carta Fundamental”. De este modo, el tribunal valida el ejercicio legítimo de diversas formas de participación social y política de estos sujetos adolescentes.

### **Análisis de la parte resolutive de las sentencias**

En primer lugar cabe destacar que en el caso 2 existió un voto de minoría que estuvo por rechazar el recurso de amparo, que evidenciando una lectura débil de las obligaciones estatales en materia de privación de libertad de menores de edad entendía que “Carabineros de Chile cumplió el protocolo institucional, dio aviso al Ministerio de Público y a los padres de los adolescentes, por lo que no se avizora ilegalidad y/o arbitrariedad en su actuar”.

En el caso 1 la Corte resolvió que Carabineros “deben ceñir su actuar estrictamente a los protocolos institucionales, a la normativa legal existente y a los Tratados Internacionales de Derechos Humanos suscritos por Chile (...) procurando incluso mantener registros fiables de estos procedimientos”, y además dispone enviar los antecedentes al Ministerio Público para investigar estos hechos.

En el caso 2 la Corte por mayoría se limitó a señalar que “se ordena a Carabineros de Chile que en lo sucesivo deberá ejecutar los procedimientos policiales con estricta sujeción a la normativa constitucional, legal y reglamentaria vigente, absteniéndose de afectar el derecho fundamental de los amparados a la libertad personal y seguridad individual, con especial atención cuando los detenidos son menores de edad”.

Por último, en el caso 3 lo que se resuelve es más acotado y preciso, pues ya se habían interpuesto dos querellas por esos hechos, así que se concentra en disponer que en relación al trabajo en Tribunales de Justicia “en lo sucesivo los funcionarios de Gendarmería deberán contar con protocolos institucionales, que den garantía de seguimiento y revisión posterior de sus actuaciones a la luz a la normativa legal existente y a los Tratados Internacionales de Derechos Humanos suscritos por Chile, tanto respecto de los amparados como de cualquier persona que se encuentre detenida o privada de libertad a disposición de Gendarmería de Chile, procurando incluso mantener registros fiables de estos procedimientos”. Además se ordena que el Informe del Juzgado de Garantía, que da cuenta de varias denuncias efectuadas por personas detenidas en el contexto del estallido, pasen al Pleno de la Corte.

Cabe destacar que en los tres casos la parte resolutive acoge sólo parcialmente las solicitudes efectuadas por el INDH, que incluían entre otras peticiones la de ordenar adoptar las medidas necesarias para impedir que se repitan este tipo de actos, obligando a la institución recurrida a informar a la Corte respectiva acerca de las mismas.



PARTE  
**3**

JUSTICIA AMBIENTAL

## **AMICUS CURIAE EN CAUSA TRONADURAS DE MINA INVIERNO DEL TERCER TRIBUNAL AMBIENTAL**

*Brian Fleet Palma*

*Sede Regional Magallanes y Antártica Chilena*

*Natalia Labbé Céspedes*

*Unidad de Protección de Derechos, Legislación y Justicia*

### **RESUMEN**

Este comentario trata sobre la decisión del Tercer Tribunal Ambiental de Valdivia, el cual, considerando los alcances del derecho a vivir en un medioambiente libre de contaminación, y los deberes del Estado en relación a dicha obligación al interpretar y aplicar la normativa contenida en la Ley N° 19.300 relativa al SEIA, anuló la Resolución de Calificación Ambiental del Proyecto Tronaduras de Mina Invierno. En dicho procedimiento judicial, el Instituto Nacional de Derechos Humanos intervino mediante la presentación de un *amicus curiae* (informe sobre estándares de derechos humanos aplicables).

**Palabras claves:** Medioambiente, Derecho a vivir en un medioambiente libre de contaminación, *amicus curiae*, Tribunales Ambientales.

## ANTECEDENTES RELEVANTES DEL CASO

Mina Invierno<sup>1</sup>, ubicada en Isla Riesco<sup>2</sup>, comuna de Río Verde<sup>3</sup>, Región de Magallanes y la Antártica Chilena, es la mina de carbón a cielo abierto más grande de Chile. El Proyecto Mina Invierno<sup>4</sup> busca la extracción de 72.000.000 (setenta y dos millones) de toneladas de carbón sub-bituminoso, para abastecer a las centrales termoeléctricas situadas principalmente en las Zonas Centro y Norte del país, y también a destinos internacionales. La iniciativa considera una inversión global estimada de USD\$ 18.000.000 (dieciocho millones de dólares)<sup>5</sup> y una vida útil de 12 años.

El 9 de noviembre de 2015, Mina Invierno ingresó al Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental (en adelante SEIA) la Declaración de Impacto Ambiental (en adelante DIA) del Proyecto Tronaduras. Este proyecto contemplaba la incorporación de tronaduras (explosivos) como método complementario en la extracción mecánica de material estéril en Mina Invierno.

1. Mina Invierno es una sociedad anónima cerrada, constituida en 2006. Los accionistas de la compañía son Empresas Copec S. A. e Inversiones Ultraterra Limitada. El yacimiento Invierno se ubica en el Km 40 de la ruta Y-560, que bordea la Isla por el sector de Seno Otway. <https://www.minainvierno.cl/quienes-somos/>
2. Isla Riesco es una isla de Chile localizada en el extremo meridional de América del Sur, en la ribera septentrional del estrecho de Magallanes. Administrativamente, la Isla pertenece a la comuna de Río Verde, Región de Magallanes y de la Antártica Chilena. Tiene una superficie de 5.005 km, que la convierten en la cuarta isla más grande de Chile; en parte de ella se encuentra el Parque Nacional Kawésqar y posee una gran diversidad de flora y fauna. Sus principales actividades productivas son la ganadería ovina y bovina, turismo, pesca y piscicultura. Para mayor información, véase [https://reportescomunales.bcn.cl/2017/index.php/R%C3%ADO\\_Verde](https://reportescomunales.bcn.cl/2017/index.php/R%C3%ADO_Verde)
3. La comuna de Río Verde se encuentra ubicada en la zona occidental del Archipiélago de la Provincia de Magallanes, a 82 Km de la ciudad de Punta Arenas. Su territorio alcanza 13.508,5 Km<sup>2</sup> y consta de territorio insular (Isla Riesco en su mayoría) y territorio continental, ambos separados por el canal Fitz Roy, el cual une los senos Otway y Skyring. De acuerdo al Plan de Desarrollo Comunal de Río Verde (2018-2022), en el territorio comunal habitan aproximadamente 250 personas de manera estable, sin embargo, debido a las empresas emergentes en Isla Riesco, existe una población flotante de aproximadamente 800 personas. La densidad poblacional es de 0,04 hab/km<sup>2</sup>. Con respecto al sexo de la población, un 78,2 % corresponde a población masculina, y un 21,8 % a población femenina, debido al tipo de actividad productiva de la comuna (<https://www.rioverde.cl/comuna/resena-de-rio-verde>). En el año 2017 aumentó considerablemente la PEA masculina, agudizando la desproporción entre ambas poblaciones, especialmente entre las cohortes 20-24 y 60-64 años. Según la distribución de la población comunal reflejada en el Censo de Población y Vivienda de 2017, Río Verde es una comuna absolutamente rural, ya que un 100 % de su población radica en dicho sector y carece de asentamientos definidos como urbanos desde el punto de vista censal. Para mayor información, véase [http://www.rioverde.cl/transparencia\\_activa/index.php?action=plantillas\\_generar\\_archivo&ig=171&m=3&a=2019&ia=6890](http://www.rioverde.cl/transparencia_activa/index.php?action=plantillas_generar_archivo&ig=171&m=3&a=2019&ia=6890)
4. El proyecto carbonífero de Mina Invierno se emplaza específicamente en la estancia del mismo nombre, ocupando 1.509 hectáreas que representan un 0,3 % de la superficie total de Isla Riesco. (<https://www.minainvierno.cl/quienes-somos/>)
5. [http://seia.sea.gob.cl/expediente/ficha/fichaPrincipal.php?modo=normal&id\\_expediente=4326580](http://seia.sea.gob.cl/expediente/ficha/fichaPrincipal.php?modo=normal&id_expediente=4326580)

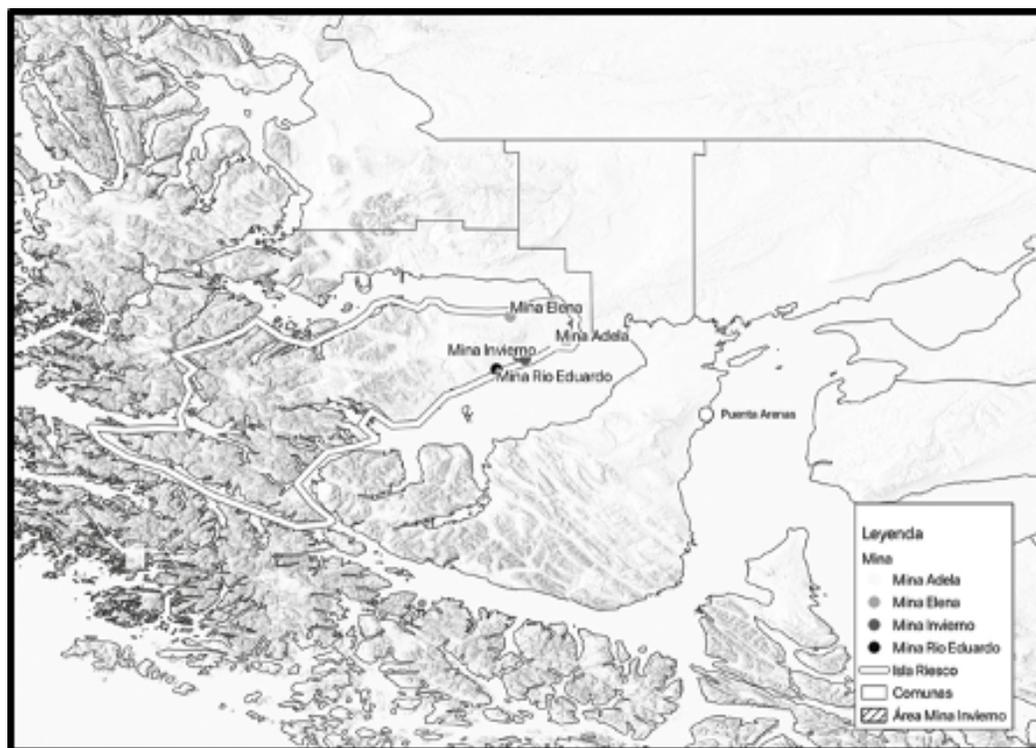


Ilustración I. Localización Mina Invierno | Fuente: Elaboración propia.

Mediante Resolución Exenta N° 098 del 26 de julio de 2016 (en adelante RCA), la Comisión de Evaluación Ambiental de Magallanes (en adelante Coeva) dictó la RCA del Proyecto Tronaduras calificándolo como ambientalmente favorable<sup>6</sup>. Sin embargo, el 16 de marzo de 2017, la Excm. Corte Suprema<sup>7</sup>, en causa sobre apelación de recurso de protección, dejó sin efecto dicha RCA ordenando retrotraer el proceso de evaluación a efecto de someterlo a participación ciudadana (PAC), proceso que en un comienzo había sido negado por el Servicio de Evaluación Ambiental (en adelante SEA) aludiendo a que la Ley 19.300 establece que, para dar curso a la PAC en las DIA, además de que debe ser solicitada por la comunidad<sup>8</sup>, debe generar externalidades ambientales negativas en localidades próximas durante su construcción u operación, y beneficios para la comunidad (Artículo 30 bis

6. Ante este proyecto, la ciudadanía (más de 20 personas naturales y ONG) solicitó abrir un proceso de participación ciudadana.
7. ROL 55.203-2016 Excm. Corte Suprema.
8. A lo menos dos organizaciones ciudadanas con personalidad jurídica, por medio de sus representantes, o como mínimo diez personas naturales directamente afectadas.

de la Ley 19.300)<sup>9</sup>. En este caso, las autoridades consideraron que, si bien se generaban externalidades negativas, la comunidad no tendría ningún beneficio con las tronaduras, pese a haber sido estos solicitados por diversas organizaciones de la sociedad, las cuales efectuaron las oportunas diligencias de reclamación para lograr el proceso de participación ciudadana, cuestión que finalmente incidió de este modo en la resolución del caso.

Durante la etapa de PAC, diversas personas y organizaciones de la sociedad civil efectuaron observaciones al Proyecto sobre la evaluación del Proyecto Tronaduras, en relación con: (i) la información esencial en el componente paleobotánico (restos fósiles vegetales); (ii) el cambio climático; (iii) la falta de evaluación íntegra del Proyecto Tronaduras; (iv) la infracción al “principio preventivo” para evitar daños al medioambiente; (v) la subestimación de emisiones de ruido, y (vi) el fraccionamiento de proyectos para eludir una evaluación ambiental más rigurosa.

El 10 de enero de 2018, el Proyecto Tronaduras fue rechazado por la Coeva Magallanes, y luego, en virtud de las Reclamaciones interpuestas por el titular Mina Invierno, la decisión fue revertida y las tronaduras fueron calificadas favorablemente por el Director Ejecutivo del SEA, con fecha 24 de septiembre de 2018.

Frente a la aprobación del Proyecto Tronaduras, los observantes del PAC dedujeron, con fecha 8 de noviembre de 2018, un recurso de reclamación ante el Tercer Tribunal Ambiental de Valdivia<sup>10</sup>, en contra de la Resolución que calificó favorablemente dicho Proyecto.

La reclamante -comunidad- sostuvo, al igual que en las observaciones ciudadanas, que el Proyecto presentaba las siguientes objeciones: (i) falta de información esencial sobre los impactos en el componente paleobotánico; (ii) la evaluación ambiental no incorporó el cambio climático como impacto que debía ser evaluado; (iii) los impactos acumulativos

---

9. Artículo 30 bis.- Las Direcciones Regionales o el Director Ejecutivo, según corresponda, podrán decretar la realización de un proceso de participación ciudadana por un plazo de veinte días, en las Declaraciones de Impacto Ambiental que se presenten a evaluación y se refieran a proyectos que generen cargas ambientales para las comunidades próximas. Todo ello, siempre que lo soliciten a lo menos dos organizaciones ciudadanas con personalidad jurídica, a través de sus representantes, o como mínimo diez personas naturales directamente afectadas. Esta solicitud deberá hacerse por escrito y presentarse dentro del plazo de 10 días, contado desde la publicación en el Diario Oficial del proyecto sometido a Declaración de Impacto Ambiental de que se trate.

Para los efectos de este artículo, se entenderá que provocan cargas ambientales aquellos proyectos que generan beneficios sociales y que ocasionan externalidades ambientales negativas en localidades próximas durante su construcción u operación.

10. R-77-2018 Tercer Tribunal Ambiental de Valdivia.

en el componente agua del Proyecto Mina Invierno y del Proyecto Tronaduras no fueron considerados adecuadamente; (iv) La modelación acústica del Proyecto tiene errores metodológicos graves, por lo que subestimaron las emisiones de ruidos; (v) El Proyecto Tronaduras se encuentra fraccionado, ya que es una etapa del proyecto original de la explotación de Mina Invierno, la que no fue considerada en la primera evaluación.

Por su parte el Reclamado, SEA, señaló que: (i) la evaluación ambiental caracterizó correctamente el componente paleontológico; (ii) las tronaduras se desarrollarán en un área menor de la formación Loreto, en consecuencia, los hallazgos paleontológicos no tienen características de singularidad distintas a los del resto de la formación, por lo que sus alteraciones no serían significativas; (iii) El Servicio de Evaluación Ambiental no puede incorporar en los procesos de evaluación ambiental la evaluación al cambio climático, porque la ley no lo considera; (iv) El Proyecto Tronaduras no genera efectos significativos en el componente agua y los posibles impactos acumulativos fueron evaluados correctamente; (v) las metodologías utilizadas para evaluar el impacto acústico son idóneas; (vi) no existe fraccionamiento de proyecto. El Proyecto Tronaduras no es una etapa, sino que modifica al proyecto original de Mina Invierno.

Con fecha 10 de diciembre de 2018, el **Instituto Nacional de Derechos Humanos** presentó opinión de *amicus curiae*, es decir, un **informe sobre estándares de derechos humanos**, donde dio a conocer su opinión jurídica en materia de medioambiente, consulta indígena, tierras y territorios indígenas.

El *amicus curiae* del INDH destaca que, para los pueblos indígenas -en este caso kawésqar- su derecho sobre las tierras y territorios indígenas está revestido de una trascendental importancia, lo que lo diferencia de la concepción clásica del dominio, establecida en el Código Civil. Su fundamento no descansa en la existencia de un título o registro oficial del Estado, sino, principalmente, en la ocupación y el uso tradicional de las tierras y territorios por parte de los pueblos indígenas.

A su vez, la presentación buscó informar al Ilustre Tribunal Ambiental de Valdivia sobre los contenidos del derecho a vivir en un medioambiente libre de contaminación, y sobre la responsabilidad de las empresas de respetar los derechos humanos.

Finalmente, con fecha 20 de agosto de 2019, con votación dividida, el Tribunal Ambiental de Valdivia **anuló la RCA de Tronaduras de Mina Invierno, acogiendo la Reclamación de los observantes PAC.**

## EXTRACTOS DE LA SENTENCIA<sup>II</sup>

### PARTE RESOLUTIVA

Se transcriben algunos párrafos relevantes de la sentencia del 3.er Tribunal Ambiental:

**SÉPTIMO.** *Con relación a la primera materia, el INDH indicó que existen instrumentos a nivel comparado que, si bien «reconocen de manera explícita la garantía de vivir en un medio ambiente sano, ninguna se traduce en una norma vinculante del Sistema Internacional de los Derechos humanos para nuestro país» (fs. 16887). En este ámbito, citó como ejemplos a la Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo de 1992 y la Conferencia de Naciones Unidas sobre el Desarrollo Sostenible.*

*Destacó el INDH que el vínculo entre los derechos humanos y la protección del medio ambiente es materia de interés de la comunidad internacional, que desde el año 2018 se encuentra «(...) discutiendo un tratado internacional que aborde de manera vinculante las obligaciones estatales (...) en el denominado Pacto por el Medio Ambiente» (fs. 16887). En el ámbito regional, este reconocimiento se encuentra tanto en el Protocolo de San Salvador como en los casos contenciosos y opiniones consultivas ante la Corte y Comisión Interamericana de Derechos Humanos, respectivamente (fs. 16889).*

*También expuso el INDH sobre el compromiso de Naciones Unidas, manifestado en directrices hacia los Estados al definir la normativa, respecto de la responsabilidad de las empresas para con la prevención o mitigación de las «consecuencias negativas sobre los derechos humanos directamente relacionadas con operaciones, productos o servicios prestados por sus relaciones comerciales, incluso cuando no hayan contribuido a generarlo» (fs. 16.892). Por último, en el ámbito interno, el INDH expuso sobre criterios de jurisprudencia adoptados tanto por el Excmo. Tribunal Constitucional como por la Excmo. Corte Suprema a partir del art. 19 N° 8 de la Constitución Política de la República («CPR»).*

*En materia de consulta indígena, el INDH sostuvo el carácter primordial del art. 6 del Convenio 169, junto con los derechos a decidir sus propias prioridades y al autogobierno (fs. 16896). Agregó que el contenido del derecho a consulta es una materia que se ha determinado a través de las decisiones e informes de la Organización Internacional del Trabajo, por lo que ésta debe ser: i) previa; ii) mediante procedimientos apropiados; iii) por intermedio de instituciones representativas; iv) de buena fe; v) apropiadas a las circunstancias; vi) con la finalidad de llegar a un acuerdo o lograr un consentimiento acerca de las medidas propuestas (fs. 16897).*

---

II. Los destacados son nuestros.

El INDH se refirió respecto de cada uno de estos elementos, en general. Luego, refiriéndose al concepto de territorio indígena al que se refiere el art. 14 del Convenio, destacó que éste posee una «dimensión individual y también colectiva, en relación con la necesidad de resguardar la propiedad comunitaria y otras formas tradicionales de posesión y dominio» (fs. 16.901). Por último, destacó que la noción de territorio indígena se encuentra incorporada al ordenamiento jurídico interno a partir de la ratificación del Convenio 169.

**OCTAVO.** De forma previa a referirnos a las controversias de autos, el Tribunal observa que, en relación con la opinión de Amicus Curiae, queda claro que su objetivo fue ilustrar al Tribunal sobre los alcances del derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación y los deberes del Estado relativos a dicha obligación; además de exponer la institución de la consulta indígena en nuestro país y lo relacionado con tierras y territorios indígenas. Respecto de los alcances del derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación y los deberes del Estado relativos a dicha obligación, el Tribunal los ha considerado a efectos de interpretar y aplicar la normativa contenida en la Ley N° 19.300, relativa al SEIA, así como en el reglamento de dicho instrumento de gestión ambiental. Mientras que, respecto de la consulta indígena, en relación con el art. 6 del Convenio 169, el Tribunal considera que dicha materia no fue objeto de reclamación en autos.

## VOTO DE MINORÍA MINISTRO IVÁN HUNTER AMPUERO

### TRIGÉSIMO OCTAVO

**Que, el objetivo de la Ley N° 19.300 consistente, precisamente, en compatibilizar el ejercicio de dos derechos fundamentales y un deber del Estado. Por un lado, el derecho a desarrollar actividades económicas, y por el otro, el derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación. A su vez, el Estado tiene el deber de proteger el medio ambiente y preservar la naturaleza.** En este aspecto, la Administración cuenta con una organización y procedimientos que le permiten ejercer sus intensos poderes de regulación de la actividad económica para coordinar y compatibilizar con el desarrollo sustentable. En la especie, esto se traduce en permitir la realización de la actividad en términos de no afectar significativamente a los fósiles existentes en la Formación Loreto. Así entonces, los fines regulatorios ambientales no son mantener los fósiles intactos, esto es, no persiguen asegurar la intangibilidad del material fosilífero, sino asegurar que el desarrollo de la actividad sea compatible con su remoción y rescate.

## COMENTARIO Y DOCTRINA DE DERECHOS HUMANOS

El fallo en el caso “Mina Invierno” refleja la recepción del derecho internacional y nacional de los derechos humanos al interior de la justicia especializada -Tribunales Ambientales-. En ese caso, las normas que consagran derechos fundamentales -por un lado “la libertad de empresa” y por otro “el derecho a vivir en un medioambiente libre de contaminación”- se presentan, tanto en el voto de mayoría de los ministros, Sr. Michael Hantke Domas y Sra. Sibel Villalobos Volpi, como en el voto de disidencia del Sr. Iván Hunter Ampuero, en convivencia dentro de nuestro ordenamiento jurídico, pero no exenta de conflictos. El conflicto del caso Tronaduras: la presión que dicha relación pone sobre el medioambiente y que, para el caso de Mina Invierno, se traduce principalmente en la afectación al componente paleobotánico.

En la interpretación del **voto de mayoría**, el Tribunal afirmó que los efectos de las explosiones (tronaduras) iban a producirse por, sobre y en parte de la formación Loreto, la cual no fue considerada en la evaluación ambiental del Proyecto. Así, Minera Invierno, al no presentar informe alguno sobre el efecto de las tronaduras sobre el material fosilífero, no describió todos los antecedentes necesarios de la inexistencia de los efectos, características y circunstancias sobre el medioambiente (artículo II LGBMA) que podrían dar origen a la necesidad de efectuar un Estudio de Impacto Ambiental para el Proyecto Tronaduras.<sup>12</sup>

12. En esta interpretación se observa coherencia con los elementos que señala la Corte IDH en su OCC 23/7, en la cual refiere que “se pueden precisar ciertas obligaciones mínimas que los Estados deben adoptar dentro de su obligación general de tomar las medidas apropiadas para prevenir violaciones de los derechos humanos como consecuencia de daños ambientales. Entre estas obligaciones específicas de los Estados se encuentran los deberes de: i) regular; ii) supervisar y fiscalizar; iii) requerir y aprobar estudios de impacto ambiental; iv) establecer un plan de contingencia, y v) mitigar en casos de ocurrencia de daño ambiental. (Párrafo 144). En este orden de ideas, la Corte IDH considera que, al determinarse que una actividad implica un riesgo de daño significativo, es obligatoria la realización de un estudio de impacto ambiental. Dicha determinación inicial puede hacerse, por ejemplo, mediante un estudio inicial de impacto ambiental o en virtud de que la legislación interna -o alguna otra norma- precise actividades que obligatoriamente requieran la realización de un estudio de este tipo. En cualquier caso, la obligación de realizar un estudio de impacto ambiental cuando hay riesgo de daño significativo es independiente del hecho de que se trate de un proyecto realizado directamente por el Estado o de uno efectuado por personas privadas.

En esta línea, la Corte IDH ha señalado que los estudios de impacto ambiental deben realizarse conforme a los estándares internacionales y buenas prácticas a ese respecto, estableciendo ciertas condiciones que deben cumplir dichos estudios.

Tales condiciones se resumen básicamente en la necesidad de que el estudio de impacto ambiental debe ser concluido de manera previa a la realización de la actividad o antes del otorgamiento de los permisos necesarios para su realización. Además, se indica que este estudio debe ser realizado por entidades independientes, bajo la supervisión del Estado, así como también abarcar el impacto acumulado. Junto con esto, se menciona como de suma **importancia** la participación de las personas interesadas; que se respeten las tradiciones y la cultura de los pueblos indígenas; y por último, la importancia del contenido de los Estudios de Impacto Ambiental. [https://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea\\_23\\_esp.pdf](https://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_23_esp.pdf)

En consecuencia, los sentenciadores consideraron que la DIA de Minera Invierno no describió todas las acciones del Proyecto Tronaduras al no hacerse cargo del impacto que las tronaduras podrían tener en el componente paleobotánico, (Considerando Quincuagésimo Quinto) y, en consecuencia, acogieron la reclamación de los recurrentes.

Por su parte, la interpretación del **Ministro Hunter** afirma que la Ley N° 19.300 Sobre Bases Generales del Medio Ambiente vino a compatibilizar el ejercicio de estos dos derechos fundamentales -el derecho a vivir en un medioambiente libre de contaminación y el derecho a desarrollar actividades económicas-, además de consagrar una obligación del Estado, cual es la de proteger el medioambiente y preservar la naturaleza. En el caso de Mina Invierno, en el voto del disidente esto se traduce en la posibilidad de extracción del mineral “no afectando significativamente al componente paleobotánico”, respecto de lo cual, a juicio del ministro, era posible descartar los efectos, características y circunstancias del artículo 11 de la Ley N° 19.300, sin hacer una línea de base del componente paleontológico.

Así, esta jurisprudencia en comento -tanto en su voto de mayoría como en el de la disidencia- contribuye a desarrollar la doctrina de derechos humanos ambientales al incorporar expresamente, en el razonamiento judicial para fundamentar sus decisiones, garantías fundamentales consagradas en el derecho internacional y nacional de los derechos humanos.

En un sentido similar, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha señalado lo siguiente:

Quando un Estado debe determinar cuestiones complejas de política medioambiental y económica, el proceso de toma de decisiones debe, en primer lugar, incluir investigaciones y estudios adecuados que les permitan predecir y evaluar con anticipación los efectos de aquellas actividades que puedan dañar el medioambiente e infringir los derechos de los particulares y permitirles encontrar un justo equilibrio entre los distintos intereses en conflicto<sup>13</sup>.

En relación con lo medular del asunto sometido a conocimiento del Tercer Tribunal Ambiental -afectación al componente paleobotánico-, cabe señalar que el voto de mayoría definió los estándares de protección y garantía del derecho a vivir en un medioambiente libre de contaminación que debe observar el SEA en la evaluación ambiental.

**Septuagésimo Cuarto:** “(..) En el presente caso se vulnera el art. 11 ter LBGMA, puesto que el Director Ejecutivo del SEA, a diferencia del caso de la RCA 25/2011, tenía antecedentes de la

---

13. Corte Interamericana de Derechos Humanos OC-23/17 Medio Ambiente y Derechos Humanos.

existencia de hallazgos fósiles que no existían en dicha evaluación. A pesar de que las variables evaluadas y contempladas en el plan de seguimiento sobre las cuales fueron establecidas las condiciones o medidas del Proyecto Mina Invierno, variaron sustantivamente en relación con lo proyectado en aquella RCA, el Director Ejecutivo no exigió ni un informe paleontológico ni un informe sobre el efecto de las tronaduras, que le permitiese descartar los efectos del art. 11 literal f) LBGMA. Esta conducta del Director Ejecutivo vulnera lo dispuesto en el art. 11 ter LBGMA y art. 19 inc. 3° RSEIA, que establece que, «Tratándose de una modificación a un proyecto o actividad en ejecución, los antecedentes presentados que se señalan en los literales del presente artículo, deberán considerar la situación del proyecto o actividad, y su medio ambiente, previa a su modificación».

*Si previo a la modificación del Proyecto Mina Invierno por el Proyecto Tronaduras, no existían elementos paleontológicos, resultaba mandatorio para el Director Ejecutivo del SEA haber evaluado la variación sustancial que los mismos antecedentes presentados por Minera Invierno mostraban. Esta información estuvo ausente durante la tramitación del procedimiento de evaluación ambiental del Proyecto Tronaduras que terminó, precisamente por esa circunstancia, mediante la RCA 6/2018”.*

El Tribunal concluye que la Resolución Reclamada -calificación favorable del Proyecto Tronaduras- fue dictada en contra del art. 12 bis LBGMA, que requiere que las DIA consideren los “[...] antecedentes necesarios que justifiquen la inexistencia de aquellos efectos, características o circunstancias del artículo 11 que pueden dar origen a la necesidad de efectuar un Estudio de Impacto Ambiental”, siendo que la DIA adolecía de omisiones, y que estas no fueron subsanadas durante el procedimiento de evaluación ambiental, por lo que Minera Invierno no acreditó el cumplimiento de la normativa ambiental aplicable, en particular respecto de no producir los efectos del art. 11 literal f) LBGMA. **(Septuagésimo primero).**

Esta falta de información, indica el Tribunal:

(...) implica que Minera Invierno no describió en su DIA todos los antecedentes necesarios justificatorios de la inexistencia de aquellos efectos, características o circunstancias del art. 11 LBGMA **que podían dar origen a la necesidad de efectuar un Estudio de Impacto Ambiental para el Proyecto Tronaduras, vulnerando lo dispuesto en los arts. 12 bis literal b) LBGMA y 19 literal b) RSEIA (...).** En consecuencia, estos sentenciadores son de la opinión que la DIA de Minera Invierno no describió todas las acciones del Proyecto Tronaduras al no hacerse cargo del impacto que las explosiones podrían tener en el componente paleontológico, vulnerando lo dispuesto en los arts. 12 bis literal b) LBGMA 19 literal b) RSEIA. **(Quincuagésimo cuarto).**

Ahora bien, en relación a la obligación de exigir la realización de Estudios de Impacto Ambiental, cabe señalar que los estándares en la materia se encuentran contenidos principalmente en la **Opinión Consultiva 23/17 sobre Medio Ambiente y Derechos Humanos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos**, citada en el escrito de *amicus curiae* presentado por el INDH. Esta resolución establece que, para garantizar los derechos a la vida e integridad, y a vivir en un medioambiente sano o libre de contaminación:

*“174. Los Estados tienen la obligación de prevenir daños ambientales significativos, dentro o fuera de su territorios (...). A efectos de cumplir con esta obligación los Estados deben: (i) regular las actividades que puedan causar un daño significativo al medio ambiente, con el propósito de disminuir el riesgo a los derechos humanos; (ii) supervisar y fiscalizar actividades bajo su jurisdicción que puedan producir un daño significativo al medio ambiente, para lo cual deben poner en práctica mecanismos adecuados e independientes de supervisión y rendición de cuentas, entre los cuales se incluyan tanto medidas preventivas como medidas de sanción y reparación; (iii) **exigir la realización de un estudio de impacto ambiental cuando exista riesgo de daño significativo al medio ambiente**, independientemente que la actividad o proyecto sea realizado por un Estado o por personas privadas. Estos estudios deben realizarse de manera previa, por entidades independientes bajo la supervisión del Estado, abarcar el impacto acumulado, respetar las tradiciones y cultura de pueblos indígenas que podrían verse afectados y su contenido debe ser determinado y precisado mediante legislación o en el marco del proceso de autorización del proyecto, tomando en cuenta la naturaleza y magnitud del proyecto y la posibilidad de impacto que tendría en el medio ambiente; (iv) establecer un plan de contingencia, a efecto de disponer de medidas de seguridad y procedimientos para minimizar la posibilidad de grandes accidentes ambientales y (v) mitigar el daño ambiental significativo, inclusive cuando hubiera ocurrido a pesar de acciones preventivas del Estado, utilizando la mejor tecnología y ciencia disponible (...).”*

En ese sentido, el criterio del voto de mayoría tiene concordancia con los estándares internacionales en la materia, en el sentido de que, contrario sensu, si no es posible descartar que una actividad conlleve un riesgo de daño significativo al medioambiente, tampoco lo es el descartar la realización de un Estudio de Impacto Ambiental. Así, la resolución del 3.er TA:

**Trigésimo Séptimo.** *A lo anterior se debe sumar que no consta, ni en el expediente administrativo ni en el judicial, estudio paleontológico alguno que le hubiese permitido al SEA realizar un juicio que hubiera justificado la inexistencia de efectos, características o circunstancias que pudiesen dar origen a la necesidad de efectuar un Estudio de Impacto Ambiental.*

En virtud de lo anterior, el Tercer Tribunal Ambiental decidió anular totalmente la RCA del Proyecto Tronaduras de Mina Invierno, incorporando en su resolución estándares internacionales y nacionales sobre derechos humanos ambientales.





[www.indh.cl](http://www.indh.cl)