<u>EN LO PRINCIPAL</u>: ACCIÓN DE AMPARO; **<u>PRIMER OTROSÍ</u>:** ACOMPAÑO DOCUMENTOS; **<u>SEGUNDO OTROSÍ</u>:** ASUME PATROCINIO Y PODER

ILUSTRÍSIMA CORTE DE APELACIONES DE PUNTA ARENAS

[redacted], abogado, cédula de identidad [redacted] actuando en representación de [redacted], chileno, sacerdote, cédula de identidad [redacted], procesado en calidad de encubridor en causa seguida ante Ministra en Visita (M.V.) de la Corte de Apelaciones de Punta Arenas, [redacted] sujeto actualmente a medida cautelar de libertad bajo fianza y de arraigo, a SS. I. respetuosamente digo:

Que por este acto y de conformidad con lo dispuesto en el artículo 21 de la Constitución Política del Estado, vengo en interponer **ACCIÓN CONSTITUCIONAL DE AMPARO** en favor de mi mandante y en contra de la resolución de auto de procesamiento dictado por SS. I. [redacted] y, notificada por oficial de Policía de Investigaciones a mi mandante con fecha de 14 de octubre de 2022, al someterlo a proceso de forma ilegal en calidad de encubridor del delito de sustracción de menores con las respectivas medidas que coaccionan su libertad de desplazamiento y hacen procedente esta acción constitucional, solicitando a SS. I. acogerla y reestablecer el imperio del derecho, de acuerdo a los antecedentes de hecho y de derecho que paso a exponer.

I.- <u>RESUMEN</u>

Existe una redacción vaga e indeterminada sobre la imputación fáctica que recae sobre nuestro mandante en el auto de procesamiento, incumpliendo con lo dispuesto en el inciso 2° del artículo 275 del Código de Procedimiento Penal. En los hechos consignados en el auto de reo se describe la *"desaparición"* del menor [redacted] pero sin incorporar algún elemento fáctico relacionado con la coacción necesaria para la ejecución de una sustracción.

No hay ningún vocablo o verbo rector descrito en los presupuestos fácticos exigibles a la acusación que apele a un medio de coacción como lo puede ser la fuerza o intimidación que, a la postre, permita determinar que existió una sustracción en los términos exigibles por

el tipo penal respectivo. De esta forma: ¿qué sentido tiene que el auto de reo describa fácticamente una desaparición sin concurrencia de elementos de fuerza o intimidación para luego calificar la participación de nuestro mandante como encubridor de una "sustracción"? **Ninguna, por ello es que en la especia se procesó a nuestro mandante por encubrir una supuesta sustracción de menores que según los presupuestos fácticos del mismo auto de reo es calificada como desaparición, evento que como mejor sabe S.S. I no es sancionado penalmente.**

No se define en el auto de reo al autor o cómplice de la supuesta sustracción del menor, sino que se menciona vagamente que [redacted] tendría algún grado de participación en su desaparición.

Además, en la declaratoria de reo se pretende construir respecto de mi defendido un encubrimiento a partir de un deber de cuidado sobre los bienes personales (notas, cartas, celular y computador) de [redacted] (sin tener sobre ellos la tenencia o posesión de los mismos) al momento de fallecer éste 10 años después de la desaparición de [redacted]

Sostenemos que ilegalmente se decretó un **arraigo** en contra de mi mandante de conformidad con lo dispuesto en el artículo 305 bis letra C del Código de Procedimiento Penal que es materia de esta acción de amparo.

Así las cosas, el auto de procesamiento infringe las disposiciones del artículo 19 número 7 *"El derecho a la libertad personal de residir y a la seguridad individual"* en lo específico lo relativo a letra a) *"Toda persona tiene derecho a residir y permanecer en cualquier lugar de la República, trasladarse de uno a otro y entrar y salir del territorio, a condición de que se guarden las normas establecidas en la ley y salvo siempre el perjuicio de terceros",* y del artículo 21 en su inciso 3° *"El mismo recurso, y en igual forma, podrá ser deducido en favor de toda persona que ilegalmente sufra otra privación, perturbación o amenaza en su derecho a la libertad personal y seguridad individual"*.

II.- IMPUTACIÓN INDETERMINADA

1.- Supuesto encubrimiento descrito en auto de procesamiento

La única imputación que directamente se realizó a nuestro representado [redacted] en el auto de reo se encuentra en el CONSIDERANDO DÉCIMO SEGUNDO en los siguientes términos:

"que se encuentra suficientemente acreditado que los hechos constituyen el delito de sustracción de la persona del menor [redacted]*, de 17 años de edad, quien el día* [redacted] *salió de su casa en dirección a un cumpleaños de un amigo, que se celebró en un quincho ubicado al interior de calle* [redacted]*, y en horas de la madrugada se retiró, caminó hasta la estación de servicio* [redacted] *(…) y efectuó un consumo de bebida y comestible en promoción, lugar desde donde desaparece. Se encuentra suficiente acreditado además, particularmente de los informes científicos (…). Que, la referida desaparición es atribuible a la participación de terceros quienes podrían presentar alteraciones psicopatológicas y/o poder institucional; y encubiertos por miembros de las referidas instituciones y que corresponde calificar como sustracción de menor de 18 años de edad.*

(…) Además, aparece suficientemente justificada la participación en calidad de encubridores de los sacerdotes [redacted] *"*

Reiteramos que el procesamiento no describe la conducta calificada como encubrimiento, sino que simplemente se hace una mera referencia a ello al momento de indicar el procesamiento: *"Que, la referida desaparición es atribuible a la participación de terceros quienes podrían presentar alteraciones psicopatológicas y/o poder institucional; y encubiertos por miembros de las referidas instituciones y que corresponde calificar como sustracción de menor de 18 años de edad"*

2.- <u>Elementos normativos que deben concurrir en la calificación del encubrimiento que fueron omitidos por el auto de reo</u>

La doctrina es conteste acerca de los elementos normativos que deben concurrir para calificar una conducta de encubrimiento según nuestra legislación penal, a saber: conocimiento, no ser autor ni cómplice, intervenir con posterioridad a la ejecución del delito e intervenir en alguna de las modalidades establecidas en la ley.

2.1.- Conocimiento: El imputado debe tener conocimiento del hecho delictivo determinado que se encubre o de los actos ejecutados para llevarlo a cabo. En el auto de procesamiento en estudio se omitió la determinación del hecho delictivo (sustracción de menor) ya que se hace referencia a la *desaparición* del menor, de manera que resulta imposible la verificación de esta exigencia normativa. Tampoco se identificó al autor del delito que se encubre (sustracción de menor) sino que se limita a señalar que es *"atribuible a la participación de terceros quienes podrían presentar alteraciones psicopatológicas y/o poder institucional"*.

Para los efectos de esta alegación es importante considerar que, según se analizará, el auto de procesamiento describe un evento distinto a la sustracción, prefiriendo el sustantivo *desaparición*, incluso calificándose otras veces como *presunta desgracia*. Es dable citar al respecto a GARRIDO, autor que, en concordancia con el concepto de conocimiento exigido en este caso, sostiene que *"El conocimiento que se requiere no es del hecho con todas sus circunstancias, suficiente es que se tenga un conocimiento de sus elementos esenciales*[1]*"*. Así, la problemática se verifica en la especie por cuanto ni siquiera el auto de procesamiento dictado en contra de mi mandante hace referencia alguna a los elementos esenciales del supuesto delito de sustracción de menor, limitándose únicamente a describir los elementos fácticos de una *desaparición*, sin especificar el lugar dónde fue sustraído, su autor, las circunstancias de la misma, la coacción u otro elemento coercitivo utilizado, o cualquier otro elemento descriptivo que permita comprender el hecho. Por lo demás, si es definido el evento por SS. I. Instructora como una *desaparición* y *presunta desgracia*, pareciera que la imputación se asimilaría más bien a la hipótesis prevista en el artículo 80 del Código Civil, esto es, que *"Se presume muerto el individuo que haya desaparecido; ignorándose si vive, y verificándose las condiciones que van a expresarse"*. Estos antecedentes normativos revelan claramente que no se cumplen en la especie con una adecuada descripción de los presupuestos fácticos para calificar como sustracción el hecho materia de indagación.

[1] GARRIDO M, Mario: *DERECHO PENAL*, Parte General, Tomo II, *Nociones Fundamentales de la Teoría del Delito,* Editorial Jurídica de Chile, 4ª edición, 423.

2.2.- No ser autor ni cómplice: En esta causa no existe ni autor ni cómplice alguno procesado -tampoco inculpado-, sino que, únicamente, la descripción de una serie de conjeturas sobre la participación de [redacted] que SS. I. Instructor califica como "*participación en algún grado en la desaparición del menor* [redacted].

2.3.- Intervenir con posterioridad a la ejecución: En este caso, el auto de reo en contra de nuestro defendido describe un supuesto encubrimiento acaecido el año 2011, al no cautelar los bienes personales de [redacted] cuando éste falleció (febrero de 2011).

2.4.- Intervenir en las modalidades establecidas por la ley: Al respecto citamos a POLITOFF, MATUS y RAMÍREZ *"Como sea, hay que admitir que la legislación actual considera encubrimiento, al menos los supuestos incorporados en los N° 1° a 3° del art. 17 Cp, como una forma de participación en el hecho ajeno (…) En cambio, puede desprenderse tanto del supuesto de hecho que comprende el N° 4 del art. 17 Cp, como del especial tratamiento penal que le otorga el art. 52 Cp, que la ley ha establecido aquí un tipo delictivo especial, donde el encubridor realiza autónomamente un hecho propio, semejante al encubrimiento, pero que no comparte con él la característica esencial de ser participación en un hecho ajeno*[2]*"*

2.4.1.- Art. 17 N° 1 del Código Penal. Aprovechamiento: *"Aprovechándose por sí mismos o facilitando a los delincuentes medios para que se aprovechen de los efectos del crimen o simple delito"*. Según POLITOFF, MATUS y RAMÍREZ, *"Aprovecharse significa obtener una utilidad o ganancia pecuniaria, de los efectos del crimen o simple delito, esto es, su objeto material y los anexos de éste*[3]*"*. Pues bien, en el auto de procesamiento no se describe *aprovechamiento* alguno imputable al encubrimiento, más aún cuando estamos ante una modalidad de ejecución en que los efectos del delito no pueden ser aprovechados.

[2] POLITOFF L., Sergio; MATUS A., Jean Pierre y RAMÍREZ G., Cecilia: *LECCIONES DE DERECHO PENAL*, Parte General, 2ª edición, Editorial Jurídica (2014), p. 434.
[3] Ob. cit., p. 437

2.4.2.- Art. 17 N° 2 del Código Penal. Favorecimiento real: *"Ocultando o inutilizando el cuerpo, los efectos o instrumentos del crimen o simple delito para impedir su descubrimiento"*. Según POLITOFF, MATUS y RAMÍREZ se pueden definir estos elementos en los siguientes términos: *"La ocultación o destrucción de los rastros o huellas del delito ha de ser activa, y debe producirse antes de su descubrimiento por la justicia*[4]*"*. Veremos más adelante que podemos colegir, en esta indeterminada imputación que le hace a nuestro representado SS. I., que se le inculparía de faltar a un deber de cuidado respecto de los bienes personales del sacerdote [redacted] fallecido el año 2011, en contra de quien, no obstante de no identificarlo como autor, cómplice o encubridor del delito de sustracción de [redacted], pareciera de la lectura del auto de procesamiento que existirían sospechas en su contra. Entonces, la conducta reprochada por SS. I. y calificada como encubrimiento, consistiría en no haber cuidado los artefactos personales del sacerdote [redacted] fallecido en 2011, esto es, 10 años después de la desaparición de [redacted], imputación completamente arbitraria por las razones que se expresarán a continuación.

[redacted] declaró en distintas oportunidades en el sumario, así dan cuenta: a fojas 105 donde consta su declaración de fecha 23 de octubre de 2001 y a fojas 241 donde se encuentra su declaración de fecha 05 de agosto de 2002, y **no consta que se le haya solicitado la entrega de sus bienes personales como agenda, notas, celular o computadores u otros**. Entonces, si SS. I. no requirió estos bienes personales de [redacted] ¿cuál sería el motivo por el cual mi representado sí estaba obligado a hacerlo? Siguiendo esta línea argumentativa, tampoco existe en el proceso incautación decretada sobre bienes personales de [redacted] como tampoco existe diligencia o instrucción alguna emanada de dicho sumario que buscara custodiar estos bienes personales.

Razonando y con mayor precisión jurídica, cabe preguntarnos cuál es el motivo o justificación legal que exigía a nuestro mandante hacerse o custodiar los bienes personales de [redacted]. ¿Puede nuestro mandante transgredir la esfera de custodia o intimidad de [redacted] una vez fallecido éste? Pareciera que la

[4] Ob. cit., p. 437.

respuesta a esa interrogante dice relación con el haber incurrido en un hurto o alguna figura especial como la del artículo 146 del Código Penal.

Con todo lo dicho, debemos agregar que tampoco se cumplen los elementos normativos para efectos de calificar un encubrimiento bajo la modalidad descrita en el numeral 2 del artículo 17 Código Penal, esto es, *"Ocultar o inutilizar el cuerpo del delito"*. En efecto, mientras ocultar consiste en "esconder" el objeto del delito, "inutilizar" según ETCHEBERRY es una *"(...) alteración que haga inapta la cosa para el fin a que se encuentra destinada, y ordinariamente se tratará de una destrucción, ya que debe ser una conducta idónea para impedir el descubrimiento del delito*[5]*"*. Por su parte, *"Cuerpo del delito"* corresponde al objeto material del éste, en la especie, y según la calificación planteada por S.S. I, correspondería entonces al propio menor sustraído. Además, por *"Los efectos del delito"* debemos entender las cosas vinculadas con la ejecución del delito, que, en este caso, y según se adelantó, no son descritos en el auto de procesamiento. Incluso, si por analogía colegimos que son los bienes personales de [redacted], no existe ningún elemento determinado en el auto de procesamiento que dé cuenta de que los bienes personales que tenía dicho individuo el año 2011 estén vinculados con la desaparición de [redacted] en 2001. Finalmente, en lo que dice relación con los *"Instrumentos del delito"* el legislador se refiere a los medios utilizados para la ejecución del delito, los que, en el caso *sublite*, <u>tampoco son especificados en el auto de procesamiento,</u> lo que resulta aún más grave considerando, como se explicó, que SS. I. se limita a describir y demostrar la *desaparición*, pero en ningún caso la sustracción. Sin perjuicio de ello, los bienes personales de [redacted] e como el computador, celular o notas son medios **inidóneos** y absolutamente **inconexos** a la ejecución del delito imputado.

Además de los elementos referidos, normativamente se exige otro requisito penalmente relevante para estos efectos que consiste en que la conducta desplegada sea destinada a impedir el descubrimiento del delito, mas no el descubrimiento del imputado o del culpable. En este sentido se pronuncia LABATUT citado por ETCHEBERRY[6], cuyo

[5] ETCHEBERRY O., Alfredo: *DERECHO PENAL*, Parte General, Tomo III, 3ª Edición (actualizada), Editorial Jurídica de Chile (2015), p. 103
[6] Ob. cit.: p. 104

efecto se traduce en que en aquellos casos que se intenta obstaculizar el descubrimiento del imputado debe de aplicarse el numeral 3 del artículo 17 del CP.

Por último, aun en el caso de que la imputación se tratase de un caso en que el delito hubiese sido descubierto -como sostiene el auto de procesamiento- no sería plausible la hipótesis del encubrimiento, sino que la de obstrucción a la investigación prevista en art. 269 bis del Código Penal, cuya verificación no concurre en la especie de acuerdo a lo que analizaremos más delante de esta presentación.

2.4.3.- Art. 17 N° 3 CP. Favorecimiento personal ocasional: *"Albergando, ocultando o proporcionando la fuga del culpable"*. El procesamiento no describe alguno de estos verbos rectores, porque claramente no concurren para configurar esta modalidad de encubrimiento: *albergar, ocultar* o *proporcionar la fuga*. Además, el culpable no ha sido identificado en el auto procesamiento sino que existen una serie de conjeturas relacionadas con una definida por el auto de procesamiento como *"participación en algún grado"* de [redacted], pero sin definir que esta persona fue la que sustrajo al menor. Así se desprende del CONSIDERANDO SEXTO del auto de procesamiento que al efecto concluye *"Que se encuentra suficientemente justificado que el carabinero* [redacted] *controló al sacerdote* [redacted] *en las afueras del quincho donde se desarrollaba la fiesta a la cual asistió* [redacted]*, desde donde fue visto alejarse (…)"*.

Además, con absoluta vaguedad el CONSIDERANDO SEGUNDO sostiene *"que se encuentra suficientemente justificado que el sacerdote de la orden salesiana,* [redacted]*, estuvo involucrado, con algún grado de participación, en la desaparición del menor de edad* [redacted] *(..)"*. ¿A qué tipo de participación se refiere? ¿autor, cómplice o encubridor? ¿no es el auto de procesamiento la oportunidad procesal para definirlo?

Finalmente, en lo que se refiere a este aspecto, entre el año 2001 y hasta su muerte acaecida en 2011 [redacted] fue una figura pública en la Región de Magallanes, en contra de quien no existió orden de detención u otra medida que permitiera sostener que él se estaba ocultando, habiendo incluso declarado en al menos dos oportunidades en este sumario.

2.4.4.- Art. 17 N° 4 CP. Favorecimiento personal habitual *"Acogiendo, receptando o protegiendo habitualmente a los malhechores, sabiendo que lo son, aun sin conocimiento de los crímenes o simples delitos determinados que hayan cometido, o facilitándoles los medios de reunirse u ocultar sus armas o efectos, o suministrándoles auxilios o noticias para que se guarden, precavan o salven"*.

A este respecto, tampoco se cumplen las condiciones normativas para su procedencia. En primer lugar, se trata de una sola desaparición calificada por el auto de procesamiento como sustracción de menor, conducta que, como se dijo, no es punible. En primer lugar, la desaparición de una persona no es punible, sino que lo es su secuestro o sustracción. En segundo lugar, esta modalidad de encubrimiento requiere un imputado conocido y, además, el auto de procesamiento no describe ninguno de los elementos normativos de esta modalidad de encubrimiento.

3.- Conceptos vagos y poco definidos para un auto de procesamiento por una investigación con más de veinte tomos y 21 años de tramitación

No existe claridad sobre cuál es la conducta imputada al encubridor ni menos la modalidad del supuesto encubrimiento con la cual esa sustracción se habría llevado a cabo. Existe principalmente vaguedad sobre estos tópicos esenciales para un correcto ejercicio del derecho a defensa según hemos explicado.

3.1.- No se encuentra acreditada la sustracción, pero sí la desaparición del menor

Tal como se ha señalado reiteradamente, el CONSIDERANDO SEGUNDO del auto de procesamiento describe la desaparición, mas **no** una sustracción en los siguientes términos *"que se encuentra suficientemente justificado que el sacerdote de la orden salesiana* [redacted] *estuvo involucrado, con algún grado de participación, en la desaparición del menor de edad* [redacted] *"*.

Por su parte, con el objeto de vincular, para justificar la vinculación entre [redacted] con la desaparición, SS. I. realiza tres subcategorías de hipótesis que analizamos a continuación (reproducimos cada una de las hipótesis promovidas por SS. I. en su auto de reo en cada título que sigue).

3.1.1.- *"Presencia de* [redacted] *en los alrededores de la fiesta de cumpleaños realizada en* [redacted] *donde participó* [redacted] El primer elemento divergente surge con la contradicción definida en el propio auto de procesamiento, en cuanto a que el menor no desaparece en dicho lugar, sino que la última vez que es visto es en una estación de servicios donde estaba consumiendo un completo de acuerdo al CONSIDERANDO PRIMERO (p. 118 del auto de procesamiento) de la siguiente forma *"(...) Posteriormente,* [redacted] *fue visto en la estación de servicio* [redacted]*, donde saludó al dependiente* [redacted] *quien lo percibió bastante ebrio, solicitó una promoción a* [redacted] *consistente en un completo con una bebida"*. De esta forma, el lugar en donde se celebró la fiesta de cumpleaños y la conexión con quienes se encontraban en ella, es del todo irrelevante, pues según los propios hechos determinados en el auto de procesamiento, la desaparición ocurrió en un lugar absolutamente diverso y distante al de la celebración de esa fiesta.

3.1.2.- *"Influencia y contactos que poseía* [redacted] Acápite donde se describe a [redacted] como una persona que intercedía a favor de sus alumnos cuando éstos se encontraban en un procedimiento dirigido por Carabineros, no realizando ninguna imputación relacionada con el asunto indagado.

3.1.3.- *"Antecedentes que dan cuenta de mayor involucramiento de* [redacted] *en la investigación de los hechos de presunta desgracia de* [redacted] En este acápite se refiere a una persona del Colegio [redacted] sacando unas copias del sumario de autos a petición de [redacted] consignadas en el testimonio de [redacted] a fojas 2889 y, también, en la declaración de [redacted] a fojas 1846 que describe que [redacted] junto a Policía de Investigaciones y Carabineros realizaban búsqueda de [redacted] Así ¿qué relación tiene ello con la sustracción del menor por la cual se le imputa a mi representado que sería encubrir?

3.1.4.- *"Testigos que dan cuenta de que* [redacted] *recogía alumnos en las noches los fines de semana que concurrían a alguna discoteque o invitaba a alojar a las dependencias de la comunidad* [redacted] *a los alumnos"*: Para interés de este asunto, no se ha acreditado que [redacted] sea el responsable de la

sustracción de [redacted] sino que se le asocia en el auto procesamiento como la persona responsable en algún grado la desaparición de éste.

3.2.- No está determinada la participación de [redacted]

Lamentablemente, el auto de procesamiento no determina quién sustrajo al menor [redacted], sino que califica el hecho como *desaparición* y otras veces como *presunta desgracia*, conceptos que jurídicamente tiene efectos distintos a los provocados en autos.

No obstante lo anterior, de forma vaga, según explicaremos a continuación, el auto de procesamiento se refiere a [redacted] como el responsable *"con algún grado de participación"*, es decir sin definir si es autor, cómplice o encubridor, hecho que imposibilitar absolutamente la labor de esta defensa. En efecto, si [redacted] es encubridor de la supuesta sustracción en algunas de las modalidades descritas en los números 1 a 4 del artículo 17 del Código Penal, no cabe la imputación de encubridor a mi mandante. Ello pues no se puede ser encubridor de otro encubridor. Ello exigiría entonces que [redacted] o es autor o es cómplice y, en consecuencia, tendríamos que preguntarnos ¿qué permite sostener su imputación? ¿se ejerció violencia contra el menor? ¿fue golpeado? ¿fue subido a un auto? ¿lo amarraron? ¿existen evidencias de haber forcejeado? Ninguno de esos elementos propios de una conducta de sustracción se describe en el auto de procesamiento, y, es por ello, precisamente, que SS. I. es en definitiva leal con los hechos definidos y esclarecidos hasta ahora a los que refiere y califica como el evento de una desaparición.

Por su parte, cuando el CONSIDERANDO SEGUNDO establece *"que se encuentra suficientemente justificado que el sacerdote de la orden* [redacted] *estuvo involucrado, con algún grado de participación, en la desaparición del menor de edad* [redacted] *"*, solo cabe considerar que la desaparición de una persona no constituye delito por lo que malamente se puede hablar de participación criminal (autor, cómplice y encubridor), todo cual en su conjunto constituye un grave error de la que adolece la declaratoria de reo y fundamenta también la presente acción de amparo constitucional.

3.3.- <u>Supuesto deber de cuidado de bienes personales de [redacted] 10 años después de acaecida la desaparición</u>

El supuesto deber de cuidado de bienes personales se desprende del CONSIDERANDO QUINTO del auto de procesamiento, el que al efecto señala *"Que, se encuentra suficientemente justificado que con ocasión del fallecimiento del sacerdote [redacted] (...) hubo ocultamiento de antecedentes e instrumentos probatorios sobre la relevancia de los hechos de esta causa en la perspectiva de las razones que explicarían el fallecimiento de dicho sacerdote, en las condiciones que habría ocurrido"* Es incomprensible la imputación que realiza SS. I. por cuanto no queda claro si lo que se imputa es el ocultamiento de antecedentes e instrumentos probatorios para obstruir la investigación (sumario) o bien las causas de la muerte de [redacted] (suicidio).

Prosigue este CONSIDERANDO QUINTO señalado que *"En efecto la investigación de la causa del fallecimiento de [redacted], en este proceso han aparecido elementos que permiten levantar hipótesis de haber habido obstrucción a la investigación del Ministerio Público, que significa en definitiva ocultamiento de los hechos".*

3.3.1.- <u>Supuestas cartas dejadas por el sacerdote fallecido en su habitación</u>: No se encuentra acreditado la existencia de estas cartas, sino que son meras suposiciones que no pueden constituir un hecho base de presunción a la luz de lo dispuesto en el artículo 488 del Código de Procedimiento Penal. Además, la única declaración que se refiere a estas supuestas misivas no vincula sus dichos con nuestro representado. A Fojas 4915 de autos declara con fecha de 25 de octubre de 2013 [redacted] en los siguientes términos: *"(...) cómo actúan los religiosos al interior de la casa de reposo, no me extrañaría que los padres [redacted] hayan tenido conocimiento de los sobres, por cuanto a la hora que regresé, la habitación que ocupaba el padre [redacted] se encontraba cerrada y con llaves, la que solamente tenía el sacerdote que se encuentra a cargo, en este caso [redacted], ya que el padre [redacted] se encontraba de vacaciones (...)"*. Como resulta evidente, no se identifica a nuestro mandante en el sitio del suceso, además la supuesta vinculación con las cartas es una mera

suposición que el testigo reconoce con sus propias palabras al señalar que *"…no me extrañaría que…"*.

Así, no solamente no hay indicios claros de la existencia de estas cartas, sino que, obviamente, tampoco de su contenido, por lo que las afirmaciones vinculadas a las mismas constituyen meras suposiciones de SS. I. sobre hechos que no se encuentran suficientemente acreditados a la luz de lo dispuesto en el art. 274 N° 2 del Código de Procedimiento Penal. Tampoco se levantó el sitio del suceso elementos o se realizaron peritajes ni se incautaron o resguardaron documentos ni instrumentos electrónicos como computador y teléfono, cuestiones que debieron ser decretadas por el Instructor a cargo de la indagación. Al efecto, cabe recordar que la incautación no es un acto autónomo de las policías en el Código de Procedimiento Penal en virtud de lo dispuesto en su artículo 172 sino que constituyen actos derivados de la instrucción de un Juez con las formalidades establecidas en la ley. Por último, debido a la protección penal de estas cartas -de existir éstas- en virtud de lo dispuesto en el artículo 146 del Código Penal solo pueden ser revisadas o periciadas en virtud de una orden o resolución judicial que altere la referida protección normativa.

Además de lo señalado, el auto de reo hace hincapié a supuestas innumerables contradicciones entre las versiones de la Policía de Investigaciones, de la administradora de la Casa de reposo, del hermano del difunto y de otros sacerdotes, ocurridas supuestamente en el año 2011, es decir 10 años después de la desaparición materia de este sumario, pero relacionada con la muerte de [redacted] y no con la desaparición de [redacted]. La muerte de [redacted] no es objeto de este sumario al tenor de lo dispuesto en los artículos 108 y siguientes del Código de Procedimiento Penal y tampoco es objeto de otra causa penal. Entonces ¿qué sentido tiene aludir a estas contradicciones que, en caso de existir, son irrelevantes para este proceso? Por último, estas contradicciones no constituyen conductas penalmente relevantes sino que *faltas a la verdad*, conducta esta última que **no** es descrita en el auto de procesamiento, y que resulta obligación del instructor de esclarecerlas, en caso de existir.

3.4.- Afectación derecho a defensa y restricción ilegal de la libertad ambulatoria

El artículo 19 N° 7 CPE garantiza que *"Nadie puede ser privado de su libertad personal ni ésta restringida sino en los casos y en la forma determinados por la Constitución y las leyes"*. Para que pueda restringirse la libertad de mi representado requiere copulativamente que se configuren las dos hipótesis previstas en el artículo 274 del C. Procedimiento Penal, a saber:

"1° Que está justificada la existencia del delito que se investiga, y

2° Que aparecen presunciones fundadas para estimar que el inculpado ha tenido participación en el delito como autor, cómplice o encubridor"

En la especie, se ha acreditado la desaparición del menor en este sumario según se explica en la declaratoria de reo, pero sin que se haya justificado la existencia de coacción o apremio necesario para configurar el tipo penal de sustracción de menores. La sola desaparición de de una persona no constituye una conducta típica. Sin embargo, y como se ha explicado reiteradamente, no se determinó cuáles serían las presunciones fundadas para estimar que mi representado tuvo participación en un hecho que solamente puede calificarse como desaparición.

Por último, si se considera el supuesto ocultamiento o destrucción de los bienes personales de [redacted] como conducta de encubrimiento, cabe subrayar que ello <u>no tampoco puede ser constitutivo de delito,</u> por las breves razones que exponemos a continuación: (i) no se encuentra acreditado que dichos objetos estuvieran vinculados con la investigación de autos; (ii) se trataría de una supuesta obstrucción a la investigación que no cumple con los elementos de tipicidad (tipo penal y dolo) entre otros; (iii) nunca se decretó diligencia alguna -menos intrusiva o bajo otra modalidad- respecto de los bienes personales de [redacted] en este proceso no obstante que declaró en dos oportunidades; y, (iv) SS. I. es incompetente para conocer de dicho asunto no solamente porque habría ocurrido fuera de la competencia de la ciudad de Punta Arenas sino que por sobre todo por encontrarse, a esa fecha, vigentes las normas aplicables de la Reforma Procesal Penal.

Al no describirse claramente la conducta penalmente reprochable a nuestro mandante y la forma en que ésta se encuentra acreditado, se incumple por parte de

SS. I. la obligación que tiene con el art. 275 del Código de procedimiento Penal, esto es, *"La resolución en que el inculpado sea sometido a proceso o mandado poner en libertad será fundada y expresará si se han reunido o no las condiciones determinadas en el artículo 274"* y que agrega que *"La que someta a proceso enunciará, además, los antecedentes tenidos en consideración y describirá sucintamente los hechos que constituyan las infracciones penales imputadas"*.

Así las cosas, la falta de claridad y comprensibilidad de esta declaratoria de reo perjudica los derechos del encausado. En efecto, citando en nuestra defensa a MAIER *"La imputación correctamente formulada es la llave que abre la puerta de la posibilidad de defenderse eficientemente, pues permite negar todos o alguno de sus elementos para evitar o aminorar la consecuencia jurídico-penal a la que, se pretende, conduce o, de otra manera, agregar los elementos que, combinados con los que son afirmados, guían también a evitar la consecuencia o a reducirla[7]"* agregando más adelante *"Pero, para que la posibilidad de ser oído sea un medio eficiente de ejercitar la defensa, ella no puede reposar en una atribución más o menos vaga o confusa de malicia o enemistad con el orden jurídico, esto es, en un relato impreciso y desordenado de la acción u omisión que se pone a cargo del imputado, y mucho menos en una abstracción (cometió homicidio o usurpación), acudiendo al nombre de infracción, sino que por el contrario, debe tener como presupuesto la afirmación clara, precisa y circunstanciada de un hecho concreto, singular, de la vida de una persona[8]"*.

III.- EL PROCESAMIENTO NO HACE REFERENCIA AL ELEMENTO NORMATIVO PARA DETERMINAR UNA SUSTRACCIÓN

1.- Distinción entre desaparición, presunta desgracia y secuestro

No existe un delito que sancione la desaparición de una persona como tampoco la presunta desgracia. Para que la desaparición constituya delito, la ley exige la concurrencia de una coacción vinculada a aquella, transformando el hecho en un secuestro o sustracción.

[7] MAIER, Julio: *DERECHO PROCESAL PENAL*, Tomo I, *Fundamentos*, Editores del Puerto s.r.l, 2ª edición (2004), p. 553
[8] Ob. cit., p. 553.

En este caso se procesó a nuestro representado como encubridor de una sustracción de menores de 18 años tipificado en el artículo 142 del Código Penal de la siguiente forma *"La sustracción de un menor de 18 años será castigada (…)"*.

"Sustraer" es el verbo rector del tipo penal descrito en el artículo 142 del Código Penal. Para POLITOFF, MATUS y RAMÍREZ: *"El verbo rector es sustraer, que significa básicamente sacar al menor de la esfera de resguardo en que se encontraba (…)"*. Requiere una coacción para ejecutarse este delito, más aún cuando se trata de un adolescente de 17 años quien se encuentra en una mejor condición para disponer de su libertad. Se debe acreditar la coacción que en este caso en el auto procesamiento nada se dice.

Por otro lado, la presunta desgracia se encuentra regulada en el Código Civil, y constituye una presunción legal de la muerte de una persona cuando concurren las hipótesis descritas por el legislador (artículos 80, 85 y 92 del Código Civil). Tampoco existe un tipo penal para un hecho calificado como presunta desgracia.

La declaratoria de reo de autos es la que describe la presunta desgracia del menor [redacted], así el CONSIDERANDO SEGUNDO subtítulo III.- *Antecedentes que dan cuenta de mayor involucramiento de* [redacted] *en la investigación de los hechos de presunta desgracia de* [redacted]. Es penalmente relevante para estos efectos calificar SS. I. de *presunta desgracia* la desaparición de [redacted] porque con ello SS. I. está declarando formalmente para los efectos de este proceso que ha fallecido.

Sabemos que no se puede secuestrar o sustraer a un muerto, por lo que de habérsele sustraído (con vida claramente), el plazo de prescripción de este delito empieza a correr desde que la persona secuestrada falleció cuestión que ocurre formalmente en este proceso al momento de SS. I. realizar la declaratoria de reo.

2.- Acreditación de la desaparición del menor [redacted]

Son varios las afirmaciones fácticas realizadas por el auto de procesamiento que dan cuenta de esta desaparición, entre ellas el CONSIDERANDO DÉCIMO que establece *"que, se encuentra suficientemente justificado que Carabineros de Chile,* [redacted]*, tuvo responsabilidad en la desaparición del menor* [redacted]*, lo que se sustenta con los siguientes antecedentes"* y el CONSIDERANDO SEGUNDO *"que se encuentra*

suficientemente justificado que el sacerdote de la orden [redacted]*, estuvo involucrado, con algún grado de participación, en la desaparición del menor de edad* [redacted] *"*

En conclusión, se encuentra acreditado o justificada la desaparición de [redacted] es decir según la definición del diccionario de la Real Academia Española: *"estar en un lugar que se desconoce"* o bien *"dejar de estar a la vista o en determinado lugar"*, pero no la sustracción propiamente tal, conducta a la que en los presupuestos fácticos no se hace mención alguna, no obstante de ser una obligación legal para el Instructor de conformidad con el citado artículo 275 del Código de Procedimiento Penal

IV.- SUPUESTO DEBER DE GARANTE: IMPUTACIÓN DE UNA CONDUCTA PENALMENTE NO RELEVANTE

1.- Imputación de una supuesta comisión por omisión de una conducta atípica

En la difícil tarea de entender qué es lo que se imputa realmente a nuestro mandante, es decir, cuál es la imputación fáctica, encontramos el CONSIDERANDO QUINTO del auto de procesamiento que es del siguiente tenor: *"Que se encuentra suficientemente justificado que con ocasión del fallecimiento del sacerdote* [redacted]*, el 28 de febrero de 2011 (…) hubo ocultamiento de antecedentes e instrumentos probatorios sobre la relevancia de los hechos de esta causa en la perspectiva de las razones que explicarían el fallecimiento de dicho sacerdote, en las condiciones que habría ocurrido".* Sin una ilación comprensible SS.I. en este mismo considerando sostiene que existe una contradicción entre la declaración de [redacted] *"Una de las contradicciones relevante es la fecha o la oportunidad en que se puso en conocimiento del investigado la apertura del procedimiento canónico puesto que por una parte dice que esto sucedió pocos días antes de su fallecimiento y por otra consta en las copias de la investigación canónica que* [redacted]*, le notificaron el 26 de octubre de 2010".*

¿Qué vinculación tiene esto con una calificación de encubridor? O bien ¿Qué relación tiene con la desaparición de [redacted]? ¿Por qué una supuesta discrepancia en cuanto a la fecha de una apertura de un proceso canónico transforma a una persona en inculpado de una desaparición acaecida 10 años antes?

Después, en este mismo CONSIDERANDO QUINTO SS. I. continúa con una calificación de interés para estos efectos ya que se refiere al padre [redacted] y no a nuestro representado *"Es de importancia destacar que con los elementos reunidos no es factible aceptar que después de haber sido él quien cerró la puerta del dormitorio con llave no haya tenido ninguna intervención en el impedimento para ingresar a ella por parte de la Policía de Investigaciones para realizar las diligencias como parte del sitio del suceso, lo que hubiera permitido rescatar todas las evidencias de interés"*.

[redacted] no se encontraba en Santiago al momento de fallecer [redacted] sino que en Olmué según consta en su propia declaración a fojas 2435 *"Sobre el fallecimiento del padre* [redacted]*, debo decir que yo estaba de vacaciones en la localidad de Olmué, me avisó, como a las 07:30 horas, el mismo día, el padre* [redacted] *y él fue que concurrió a la casa de salud, ubicada en la comuna de Macul. (…) Yo fui posteriormente, a ver el sitio en que se había muerto, pero a la pieza del padre* [redacted] *(…) Supe que quién entró el día en que murió el padre, a esa habitación fue otro sacerdote que vivía en la misma casa, el padre* [redacted]*, actualmente fallecido"*.

2.- <u>Encubrimiento u obstrucción a la investigación</u>

En este párrafo volvemos a plantear un asunto que ya ha sido abordado en esta presentación: ¿Encubrimiento u obstrucción a la investigación? En nuestro país según se señaló, el encubrimiento no es abordado como un delito autónomo como ocurre en derecho comparado. En Chile, en cambio, el encubrimiento es una forma de participación del hecho ajeno en sus modalidades de los numerales 1 a 3 del artículo 17 del Código Penal, mientras que respecto del número 4 existe cierta discusión doctrinaria.

El encubrimiento cuando es un delito autónomo tiene como bien jurídico protegido la administración de justicia, es decir, debe existir un proceso investigativo de naturaleza penal ya iniciado.

El CONSIDERANDO QUINTO del auto de reo establece *"Que se encuentra suficientemente justificado que con ocasión del fallecimiento del sacerdote* [redacted] *(…) hubo ocultamiento de antecedentes e instrumentos*

probatorios sobre la relevancia de los hechos de esta causa en la perspectiva de las razones que explicaría el fallecimiento de dicho sacerdote, en las condiciones que habría ocurrido"

Si el hecho que se califica como encubrimiento en la parte final de este auto de procesamiento es respecto de los bienes personales de [redacted] o circunstancias de su muerte (suicidio), entonces estaríamos frente a una figura de obstrucción a la investigación del artículo 269 bis del CP, hechos sobre los cuales SS. I. no solamente no tiene competencia (ocurrido en Santiago) sino que resultan aplicable las normas procesales propias de la Reforma Procesal Penal recogidas en el Código Procesal Penal.

3.- <u>No concurre la obstrucción a la investigación</u>

En el CONSIDERANDO QUINTO el auto de procesamiento hace referencia al *"ocultamiento de antecedentes e instrumentos probatorios sobre la relevancia de los hechos de esta causa en la perspectiva de las razones que explicaría el fallecimiento de dicho sacerdote"*. Pero por qué el fallecimiento de [redacted] en 2011 tendría vinculación con el hecho materia de este sumario.

Para que exista obstrucción a la investigación debe de existir una investigación abierta, en este caso, no existía una investigación abierta respecto del fallecimiento de [redacted] y, de existir ésta, debió ser iniciada por el Ministerio Público y no por SS. I.

Además, como se dijo, no existe ninguna diligencia decretada en este sumario destinada a incautar los bienes personales de [redacted] no obstante de que éste si declaró en dos oportunidades en el sumario.

Y, por último, de considerarse que existe obstrucción a la investigación, el delito se encontraría prescrito por cuanto acaeció de acuerdo a lo razonado por SS. I. en el año 2011, es decir, hace 11 años.

V.- <u>AFECTACIÓN LIBERTAD DE DESPLAZAMIENTO</u>

El artículo 21 de la Constitución Política del Estado establece en su último inciso la acción de amparo en caso de privación, perturbación o amenaza en su derecho de libertad, en este caso invocamos la libertad de desplazamiento porque si bien se encuentra nuestro

mandante en libertad bajo fianza, existe una medida de arraigo en su contra en virtud de lo dispuesto en el artículo 305 bis C del Código de Procedimiento Penal.

POR TANTO;

PIDO A SS. I.: Acoger esta acción de amparo y restablecer el imperio del derecho.

PRIMER OTROSÍ: Pido a SS. I. tener por acompañados los siguientes documentos:

1. Mandato judicial
2. Auto de procesamiento

SEGUNDO OTROSÍ: Pido a SS. I. en mi calidad de abogado habilitado para el ejercicio de la profesión, tener presente que asumiré personalmente el patrocinio y poder conferido por mi mandante, indicando mi correo electrónico [redacted] y domicilio en [redacted]