



UNIVERSIDAD DE CHILE  
FACULTAD DE DERECHO  
DEPARTAMENTO DE DERECHO PROCESAL

## **LOS JUECES PENALES BAJO EL FOCO**

### **¿Cómo la opinión pública y los medios afectan la independencia del juez?**

*Una mirada a la luz del caso Nabila Rifo y otros procesos mediáticos*

**Víctor Valenzuela Romo**

Memoria para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales

Profesora Guía:

**Flavia Carbonell Bellolio**

SANTIAGO DE CHILE

2018



## **AGRADECIMIENTOS**

A la profesora Flavia Carbonell, por su rigor y paciencia.

A los jueces que compartieron conmigo sus historias.

A María Francisca Zapata, Fernando Guzmán y María Vicenta Silva,  
por su aporte y generosidad.

A mis padres, a mis hermanos y a Mariela.

# INDICE DE CONTENIDOS

AGRADECIMIENTOS.....	iii
INDICE DE CONTENIDOS.....	iv
RESUMEN .....	vii
INTRODUCCIÓN .....	1
HOSTILIDAD HACIA LOS JUECES.....	5
LA POLÉMICA DEL OBSERVATORIO JUDICIAL .....	7
LA POLÍTICA DE COMUNICACIONES.....	10
ALGUNAS CONSIDERACIONES METODOLÓGICAS.....	11
Capítulo I	
JURISDICCIÓN E INDEPENDENCIA.....	16
¿Cuál es la función de los jueces y por qué importa su independencia?	
LA FALTA DE ACUERDO.....	18
DEFINICIONES DE MANUAL .....	19
LA FUNCIÓN DE LOS JUECES .....	21
DOS MODOS DE OPERAR DEL PRINCIPIO DEMOCRÁTICO .....	25
¿QUÉ QUIERE DECIR APLICAR LA LEY?.....	27
DOS EXIGENCIAS: UN PODER “INVISIBLE Y NULO” .....	35
EL SENTIDO CONTRAMAYORITARIO DE LA JURISDICCIÓN PENAL.....	41
IDEAS BAJO ATAQUE: LA EROSIÓN DE LA FUNCIÓN DEL JUEZ.....	44
Capítulo II	
ANOMALÍAS ESTRUCTURALES DE LA JUDICATURA .....	52
¿Resguarda debidamente su diseño institucional la independencia de cada juez?	
ESTRUCTURA JUDICIAL Y CARRERA DE LOS JUECES.....	55
INCENTIVOS INSTITUCIONALES: dispositivos disciplinantes .....	57
A. Sistema de calificaciones .....	58
B. Régimen disciplinario.....	62

C. Otros mecanismos: anotaciones y traslados.....	65
LOS DISPOSITIVOS DISCIPLINANTES EN ACCIÓN.....	66
LA INTERFERENCIA EN CASOS PENALES Y MEDIÁTICOS.....	69
CULTURA ORGANIZACIONAL: REFORMAS Y EVOLUCIÓN .....	76
Capítulo III	
¿CÓMO INFLUYEN LOS MEDIOS Y LA OPINIÓN PÚBLICA EN LA INDEPENDENCIA DEL JUEZ? .....	79
<i>Una mirada a la luz del caso Nabila Rifo</i>	
DE O.J. SIMPSON A NABILA RIFO .....	79
UN RESUMEN DEL CASO .....	87
LA SEVERIDAD DE LOS JUECES DE COYHAIQUE .....	91
LA SUPREMA AL PIZARRÓN .....	96
Una Corte por fuera de sus facultades.....	97
Doctrina cuestionable y decisión insólita del caso.....	103
DE VUELTA A LOS MEDIOS Y LA OPINIÓN PÚBLICA .....	108
Excurso: la problemática doctrina de la Corte Suprema .....	117
CONCLUSIONES .....	123
NUESTRA BRÚJULA.....	123
EL TRAMO AVANZADO .....	124
CONSECUENCIAS PRÁCTICAS.....	132
BIBLIOGRAFÍA GENERAL .....	140
ANEXOS .....	143
Anexo N° 1. Análisis de las solicitudes de prisión preventiva .....	144
Anexo N° 2. Tabla Duración Promedio Juicios Orales por Femicidio .....	145
Anexo N° 3. Tabla Comparativa: Penas impuestas a condenados por femicidio frustrado en idéntica situación que Mauricio Ortega .....	148

Anexo N° 4. Tabla Comparativa: Penas impuestas a condenados por femicidio frustrado en peor situación que Mauricio Ortega .....	149
Anexo N° 5. Tabla Comparativa: Penas impuestas a condenados por femicidio consumado <i>versus</i> Ambas penas impuestas a Ortega sumadas .....	150
Anexo N° 6. Tabla Comparativa: Penas impuestas a condenados por femicidio consumado con iguales circunstancias modificatorias <i>versus</i> Ambas penas impuestas a Ortega sumadas	152
Anexo N° 7. Resolución del 1° Juzgado de Garantía: Rechaza filmaciones de audiencia de control de detención .....	153

## RESUMEN

En el drama del proceso, Piero Calamandrei reserva un papel estelar al juez. Hoy, tras la consolidación de audiencias orales y públicas, vemos cada vez con mayor frecuencia que este singular personaje debe actuar bajo el asedio de los medios y las cámaras. Ese es el foco de este trabajo: un contexto de creciente mediatización de los juicios penales y la inquietante pregunta por el modo en que dicho fenómeno incide o puede incidir en el desempeño del juez, en la forma en que enfrenta y decide los casos.

¿Son los jueces permeables a la presión de los medios y la opinión pública? Si los flashes y focos televisivos apuntan al estrado, ¿cómo afectan la independencia e imparcialidad del juez? ¿Interfiere en su capacidad para atender al caso y determinar qué es lo que en derecho corresponde? ¿Es posible que frente a la presión pública el juez tome en cuenta consideraciones ilegítimas, más allá de lo que la ley admite? A partir del estudio de un grupo de casos de alto impacto público –donde destaca un acabado análisis del caso Nabila Rifo, probablemente el más mediático de nuestra historia– esta memoria intenta ser un aporte que ilumine el asunto.

## INTRODUCCIÓN

*“...cuando los jueces argumentan, cuando dan u ofrecen algo así como razones en favor de sus fallos, ¿es porque están ellos mismos firmemente persuadidos del valor de esas razones o porque quieren convencer de ellas a las partes, a sus superiores jerárquicos, al conjunto de los actores del sistema legal y, por último, cuando se trate de un caso especialmente relevante, a la sociedad toda? ...las cosas bien podrían no ser así de simples, sobre todo en los casos no rutinarios, porque entonces las auténticas motivaciones de un fallo judicial no tendrían por qué coincidir, necesariamente, con las argumentaciones que el juez da de cara al público que espera ese mismo fallo”*  
–Agustín Squella<sup>1</sup>

*La ciencia se refleja muy bien en esa anécdota de un señor que va por una calle absolutamente oscura caminando. No ve nada, salvo que hay un farol y debajo de ese farol hay un señor que está haciendo algo. Se acerca y le dice:*

- Señor, ¿usted qué hace?
- Busco la llave de mi casa.
- Bueno, pero ¿Por qué busca aquí? ¿Cómo sabe que se le perdió aquí?
- No tengo idea donde se me perdió, pero este es el único lugar donde puedo buscar.

*La ciencia está mirando debajo de ese farol. Estamos absolutamente conscientes que la oscuridad que nos rodea es mucho más grande, pero este es el único lugar en que yo puedo hacer algo útil.*

–José Maza, Astrónomo  
Premio Nacional de Ciencias Exactas<sup>2</sup>

En algún punto de *Proceso y democracia*, Piero Calamandrei dice que el proceso es o puede equipararse a un drama: el desenlace es la sentencia y el personaje principal, pese a su silencio

---

<sup>1</sup> Palabras pronunciadas el 13 de noviembre de 1995, con motivo de la presentación del libro *Razonamiento judicial*, editado por Carlos Cerda. En *Anuario de filosofía jurídica y social 1997. Homenaje a Isaiah Berlin*. p. 566.

<sup>2</sup> *La Belleza de Pensar*. Conversaciones con Cristián Warnken. Invitado: José Maza. Min: 48:50. Disponible en <http://www.otrocanal.cl/video/jos-maza-viaje-a-las-estrellas>



inicial, es el juez<sup>3</sup>. La prensa y la televisión han entendido esta idea a la perfección: un sistema *adversarial* (también llamado acusatorio) como el nuestro, inspirado en el debate entre dos partes que presentan versiones contradictorias ante un tercero imparcial, genera casi inevitablemente una historia de protagonistas y antagonistas, de héroes y villanos. De modo que parte de esta dramatización del proceso se la debemos a la reforma procesal penal.

La denominada “reforma del siglo”<sup>4</sup> implicó un giro copernicano del sistema (separación de funciones, nuevo órgano persecutor autónomo, presunción de inocencia, defensa profesional, entre otras cruciales modificaciones) y en general significó el abandono de un procedimiento escriturado e inquisitivo para abrazar uno de audiencias públicas y abiertas a todos. En efecto, según el mensaje de la Ley 19.696, el juicio oral y público juega un doble papel: primero, como garantía de todo ciudadano frente al poder coactivo del estado; y segundo como un “un mecanismo indispensable” para que el modo de resolver el conflicto penal

sea percibido como legítimo por la comunidad, con miras a reforzar la confianza de la ciudadanía en el sistema jurídico. Esta función difícilmente puede ser cumplida si los actos constitutivos del proceso no son accesibles<sup>5</sup>.

La consecuencia de esta apertura es que las cámaras se agolpan y apretujan cada vez más a menudo en las salas de los tribunales penales. La prensa y la opinión pública se alimentan del drama del proceso, y éste llega así al centro de los hogares y a la conversación de sobremesa. Basta recordar la transmisión casi en directo y por varias semanas del juicio a Mauricio Ortega (agresor de Nabila Rifo): se convirtió en contenido de matinal y los noticieros hacían cada noche un resumen de las pruebas rendidas cada jornada. Años antes había sido el caso Penta, con la formalización de sus controladores y ex ejecutivos. El interés por el caso fue tan alto, que los

---

<sup>3</sup> CALAMANDREI, Piero. *Proceso y democracia*. Conferencias pronunciadas en la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional Autónoma de México. Ediciones Jurídicas Europa-América. Buenos Aires. 1960. p. 57.

<sup>4</sup> Así la llamó Soledad Alvear, ministra de justicia que impulsó la reforma. En La Época: “Trascendencia de una Reforma”. 07.04.1998.

<sup>5</sup> Mensaje del Código Procesal Penal.

canales montaron sets televisivos afuera de los tribunales y, en su momento más álgido, se dice que alcanzó un *rating* cercano a los 20 puntos<sup>6</sup> (una sintonía que ya varios estelares estarían deseosos de alcanzar).

Pero este nivel de cobertura se ha vuelto común: está el caso de María del Pilar Pérez, quien fue apodada “La Quintrala”, el caso del jardín infantil Hijitus o el caso de abusos del cura O’Reilly. También las estafas piramidales, al estilo de Alberto Chang o Rafael Garay, el fraude en Carabineros y el Milicogate, los casos Bombas 1 y 2, el atropello de Martín Larraín (hijo de un senador) y el caso Emilia (que motivó una ley que llevó su nombre). Mención aparte merecen los delitos complejos o ligados al financiamiento de la política como los casos La Polar, Penta, Soquimich, Caval, la colusión de las farmacias, entre otros.

Frente a este fenómeno, surgen numerosas preguntas relativas, por ejemplo, al debido proceso, la presunción de inocencia y el correcto funcionamiento del sistema. Pero en este trabajo nos concentraremos en el personaje que, según Calamandrei, juega un rol estelar: el juez. ¿Son los jueces permeables a la presión de los medios y la opinión pública? Cuando los flashes y los focos apuntan al estrado, ¿cómo afectan la independencia e imparcialidad del juez? ¿Interfiere en su capacidad para atender al caso y determinar qué es lo que en derecho corresponde al imputado? ¿Es posible que frente a la presión de la opinión pública el juez tome en cuenta consideraciones ilegítimas, más allá de lo que la ley admite?

No son pocos, por ejemplo, los casos en que el juez tiene delante un imputado por delitos de penas leves, que por su irreprochable conducta o por ser potencial beneficiario de la remisión condicional u otra pena sustitutiva, aún en el evento de ser condenado, cumpliría la pena de

---

<sup>6</sup> El Mercurio Legal: “Publicidad y transmisión de la audiencia en el caso Penta: más ganancias que problemas”. Por Mauricio Duce. 13.03.2015. <http://www.elmercurio.com/Legal/Noticias/Analisis-Juridico/2015/03/13/Publicidad-y-transmision-de-la-audiencia-en-el-caso-Penta-mas-ganancias-que-problemas.aspx>

todos modos en libertad. En casos como éste, por su desproporción, normalmente la prisión preventiva es simplemente improcedente. Sin embargo, ¿hace alguna diferencia si el caso alcanza gran impacto mediático, de modo que el juez, a la hora de resolver, lo hará ante el lente de todos los noticieros? ¿Es posible que sin cámara el juez resuelva de una determinada forma (deje en libertad al imputado, por ejemplo) y con la presencia de la televisión resuelva en sentido contrario (ordenando la prisión preventiva)?

Con motivo de esta investigación, he podido conversar con varios jueces y un magistrado de garantía piensa que los jueces “le tienen pánico a las cámaras”. No tanto a los periodistas, sino más bien a las cámaras, porque en audiencias orales y públicas, “puede entrar cualquiera sin que nadie se entere de que es periodista”. Lo que cambia drásticamente la situación del juez de garantía en la audiencia son los focos y la certeza de aparecer en los noticieros. De hecho, el juez sabe desde antes cuándo hay interés televisivo, porque en una especie de ritual, lo visita el jefe de comunicaciones para advertirle. Y entonces, como me confesó este magistrado:

Ya vamos arreglándonos, a ponernos la corbata, a tomar la peineta, a pintarnos, empezamos a sentarnos y a expresarnos de forma distinta. Todos reaccionamos de forma distinta cuando hay una cámara

Nótese, entonces, que la afectación adopta diversas modalidades. Un juez de garantía, que normalmente debe resolver en la audiencia, podría decidir “en vivo”, ante el ojo de las cámaras. Los jueces del tribunal oral en lo penal, en contraste, pueden deliberar en privado y redactar el fallo con la calma del despacho, pero aún en ese caso el juicio mismo y su sentencia son públicos, de modo que es igualmente esperable que sus autores aparezcan en el noticiero al final de la jornada.

## HOSTILIDAD HACIA LOS JUECES

Este fenómeno de exposición se da en un contexto especialmente hostil a los jueces. Por un lado, están los períodos ya cíclicos en que los políticos y las editoriales de prensa despliegan el discurso contra la delincuencia y se reprocha habitualmente a los jueces la llamada “puerta giratoria”<sup>7</sup>. Como dice Rodrigo Quintana, “existe en el imaginario de nuestra clase política, la convicción de que la demanda por más 'mano dura' genera votos”, de modo que “todos (gobierno y oposición)” tienen incentivos para endosar el malestar y la inseguridad ciudadana al juez<sup>8</sup>.

Correlativamente, el prestigio del poder judicial está por el suelo: según los sondeos de opinión, los tribunales de justicia son la tercera institución que menos confianza despierta, sólo unos pocos puntos por sobre el congreso y los partidos políticos, que son los peor evaluados.<sup>9</sup> Dentro de las instituciones de la reforma, los jueces reciben la peor nota (2,5), por debajo del ministerio público, la defensoría, las policías y gendarmería<sup>10</sup>.

De modo que la cámara apunta a los jueces en medio de noticieros y prensa amarillista, obsesionados con la delincuencia, tema que, durante la última década, ha sido supuestamente la principal preocupación de los chilenos<sup>11</sup>. Se hace eco así de los alarmantes niveles de

---

<sup>7</sup> "Entendida como benevolencia o mano blanda de parte de los jueces para con la delincuencia, ha calado hondo en la percepción ciudadana chilena. Sin embargo, las cifras... demuestran lo contrario", apuntó Luis Bates: "Jueces, delito y prensa". En La Tercera, Opinión. 01.09.2015. <http://www.latercera.com/noticia/jueces-delito-y-prensa/>

<sup>8</sup> QUINTANA, Rodrigo. “Administración de justicia y opinión pública: una relación compleja”. En COUSO, Javier y ATRIA, Fernando (Editores). *La Judicatura como organización*. Instituto de Estudios Judiciales. Expansiva. 2007. pp. 194

<sup>9</sup> Los tribunales son superados en confianza por las policías, las iglesias, las FFAA, el Ministerio Público, los sindicatos, el movimiento estudiantil, etc. (Encuesta CEP. *Estudio nacional de opinión pública N° 78*. Nov-Dic 2016. p. 9)

<sup>10</sup> Es un sesgo expresivo de la incomprensión del rol de los jueces que la pregunta de la encuesta asuma o presuponga que el juez tiene como tarea “combatir la delincuencia” (“¿Qué nota de 1 a 7 pondría usted a cada una de las autoridades, respecto de cómo lo están haciendo en su tarea de combatir la delincuencia?”). Profundizaremos sobre esta forma de hostilidad a los jueces en el primer capítulo. (Véase *Índice Paz Ciudadana– GfK Adimark*. Noviembre 2016. p. 39).

<sup>11</sup> Encuesta CEP. *Estudio nacional de opinión pública N° 78*. Nov-Dic 2016. p. 8.

victimización<sup>12</sup> o de la sensación de temor e inseguridad<sup>13</sup>. Incluso se llega a justificar la idea de tomar justicia por las propias manos: según un reciente estudio, el 76% de la población justifica que “algunas personas persigan y golpeen a un ‘delincuente’ que acaba de cometer un asalto”<sup>14</sup>, cuestión grave, pues “detenciones ciudadanas” han terminado con la muerte del presunto ladrón<sup>15</sup>.

Al parecer lo más importante, como dijo la productora periodística Andrea Vial, es tocar el tema, aun en base a historias “imaginarias”, como la de Pablo Oporto, el falso justiciero desenmascarado por la revista *El Sábado*<sup>16</sup> y que en el programa *Aquí está Chile* había interpelado a una candidata presidencial, diciéndole: “¿Qué tiene que ver un escalafón distinto, si Carabineros hizo sesenta veces su trabajo y quien lo soltó fue la justicia?”.<sup>17</sup>

---

<sup>12</sup> En 2014, el índice de victimización alcanzó su punto más alto en 15 años: reflejaría que un 43,5 por ciento de los hogares chilenos tiene un miembro o más que ha sido víctima de un delito en los últimos seis meses (desde la fecha del estudio). Véase *Índice Paz Ciudadana – Adimark*. Jul - Sept 2014. p. 5.

<sup>13</sup> En 2015 “las personas que dicen sentir temor a sufrir un delito llegó a su *peak* histórico, al pasar de 13,8 % a 21,1%”. Esto refleja cuán desapegadas pueden ser las percepciones de la realidad, pues el mismo estudio observó una disminución en la victimización, que llamó la atención de Roberto Méndez: “La sorpresa es que entre quienes no han sido víctima (el temor) pasó de 9% a 17%. Hay un miedo que no viene de la experiencia, sino de lo que la gente leyó en los medios, en las redes sociales”, explicó. En *La Tercera*: “Paz Ciudadana: disminuye la victimización, pero temor a delitos llega a su *peak* histórico”. 16.11.2015.

<sup>14</sup> *La Tercera*: “76% de los chilenos justifica detenciones ciudadanas y golpizas a delincuentes”. 11.07.2017 <http://www.latercera.com/noticia/76-los-chilenos-justifica-detenciones-ciudadanas-golpizas-delincuentes/>

<sup>15</sup> *Radio Cooperativa*: “Detención ciudadana terminó con la muerte de supuesto ladrón en La Florida”. 08.07.2017. <http://www.cooperativa.cl/noticias/pais/policial/detencion-ciudadana-termino-con-la-muerte-de-supuesto-ladron-en-la/2017-07-08/083447.html>

<sup>16</sup> Se contó una historia en que Pablo Oporto había sido víctima de más de 100 asaltos en su local comercial y había tenido que matar a 12 personas en defensa propia. La investigación de R. Fluxá y A. Galarce reveló que todo era falso: la Fiscalía Sur confirmó que no hay fallecidos en las investigaciones asociadas a Oporto, quien no figuraba en más que 3 causas como víctima (tenía más como imputado, por VIF y otra causa donde había sido condenado por maltrato animal). *Revista El Sábado*: “El justiciero imaginario”. Rodrigo Fluxá y Arturo Galarce. Ed. N° 938. 22.07.2017. p. 10.

<sup>17</sup> *Chilevisión y CNN Chile: Aquí está Chile*. Candidata invitada Beatriz Sánchez. 07.06.2017.

## LA POLÉMICA DEL OBSERVATORIO JUDICIAL

Para entender el contexto que enfrentan los jueces, puede ser útil la controversia del llamado “Observatorio Judicial”.<sup>18</sup> Hacia el fin del primer gobierno de Sebastián Piñera, en pleno período de campaña presidencial, tanto el programa de Evelyn Matthei como el Ministerio de Justicia anunciaron la necesidad y creación de dicho observatorio, el cual fue justificado en pro de mayor transparencia y del derecho de la ciudadanía a conocer las resoluciones y criterios de los jueces penales.

En palabras del Presidente de la época, el observatorio “tiene un sólo objetivo: saber en qué están nuestros jueces, igual que como hoy día los ciudadanos tienen derecho a saber a través de la ley de transparencia, qué hace el Presidente y los parlamentarios a los que dieron su voto”.<sup>19</sup> Pero, además, había un segundo objetivo: “[el Observatorio] es indispensable para poder ir apretando la mano contra la delincuencia”, sostuvo la entonces candidata Evelyn Matthei.<sup>20</sup>

Ya casi no nos parece raro este argumento. Después de todo, el Ministro del Interior se encargó en numerosas oportunidades de señalar a los jueces como un eslabón más en la “lucha contra la delincuencia”.

Pero ¿es esto correcto? ¿Debe el juez en materia penal decidir sabiéndose parte de un organismo que cumple un rol respecto de determinada estrategia de seguridad ciudadana? ¿Deben los

---

<sup>18</sup> Cabe decir que el Observatorio nunca se implementó: había sido encargado por el Gobierno a la Universidad Adolfo Ibáñez, pero debido a la polémica, el ejecutivo acabó retirando el financiamiento. (La Tercera: “U. Adolfo Ibáñez suspende observatorio judicial por falta de fondos”. Por Javiera Matus. 18/10/2014. <http://www.latercera.com/noticia/politica/2014/10/674-600799-9-u-adolfo-ibanez-suspende-observatorio-judicial-por-falta-de-fondos.shtml>). Asimismo, el Observatorio también era una de las propuestas del Programa de Gobierno de Evelyn Matthei, ubicado en el capítulo “Delincuencia y el narcotráfico. Mano firme de mujer contra la delincuencia y el narcotráfico”.

<sup>19</sup> Emol: “Presidente Piñera entrega firme respaldo a propuesta de crear observatorio judicial”. 05.11.13 <http://www.emol.com/noticias/nacional/2013/11/05/628236/presidente-pinera-entrega-firme-respaldo-a-propuesta-de-crear-observatorio-judicial.html>

<sup>20</sup> 24Horas.cl: “Evelyn Matthei propone un ‘Observatorio Judicial’”. 23.11.2013. <http://www.24horas.cl/politica/decisionfinal/evelyn-matthei-propone-un-observatorio-judicial--852593>

jueces de garantía, por ejemplo, rendir cuentas a la ciudadanía por las prisiones preventivas que acogen o rechazan? ¿Los jueces deben obtener así su legitimidad o aprobación de la comunidad? Las decisiones de los jueces de garantía o de un tribunal de juicio oral en lo penal son probablemente las decisiones más sensibles que una autoridad pública puede tomar. Lo son porque afectan derechos fundamentales, deciden sobre la libertad o prisión de una persona (y hasta hace dos décadas, incluso si esa persona debía o no pasar por el cadalso). Es por esta razón que, en un Estado de Derecho, desde Montesquieu y pasando por Calamandrei hasta nuestros días, es indispensable que este tipo de decisión quede en manos de un tercero imparcial.

Y en ese sentido, los argumentos para implementar un “observatorio judicial” (que los jueces rindan cuentas a la ciudadanía para obtener su aprobación, que así aporten a “apretar la mano contra la delincuencia”) resultan enteramente errados e incompatibles con los principios del Estado de Derecho. Esto es así porque los tribunales obedecen a una lógica distinta: todo el sistema judicial está pensado para inmunizar al juez. Se trata de que cuando el juez falla, resuelva sólo atendiendo a lo que dispone la ley y no conforme a ninguna otra finalidad –ni la seguridad ciudadana, ni la satisfacción de la víctima, ni de la opinión pública, ni de los enemigos del imputado.

En otras palabras, lo que debe ocupar al juez de garantía no es hacer una contribución a la “lucha contra el delito”, sino únicamente determinar qué es lo que corresponde en derecho al imputado. Esto es lo que hace un procedimiento penal que trata a los individuos como fines y no como medios; es decir, “no decide estratégicamente sobre su libertad”.<sup>21</sup>

---

<sup>21</sup> ATRIA, Fernando. “La improbabilidad de la jurisdicción”. En COUSO, Javier y ATRIA, F. (Editores). *La Judicatura como organización*. Instituto de Estudios Judiciales. Expansiva. 2007. p. 52.

Se trata entonces de crear, diría Luigi Ferrajoli, una institución que sea lo suficientemente independiente para que, llegado el momento, sea capaz de resistir todas las presiones, incluida la de la opinión pública.

Desde esta perspectiva, el observatorio fue álgidamente criticado como un mecanismo que sometería a los jueces al escrutinio del público, de manera de, por la vía de exponerlos a la opinión pública, evitar fallos calificados, peyorativamente, de “garantistas”. Como reprochó el profesor Jorge Bofill, la idea de que los jueces tengan que rendir cuentas a la población para conseguir aprobación es completamente equivocada, porque los jueces no están para defender los intereses de las mayorías, sino que, en muchas ocasiones, para defender los intereses de las minorías: “los jueces hacen algo que es completamente contra intuitivo, que es defender los intereses de aquellos que son acusados de cometer delito. El juez del crimen lo que tiene que hacer es ponerse en una situación de imparcialidad, donde a veces tiene que resolver a favor del sujeto impopular, el acusado de haber cometido delito. A ese juez no le puede pedir que tome decisiones que a la mayoría le satisfagan”.<sup>22</sup> Y, adicionalmente, Bofill cuestionó el mensaje que se enviaba a los jueces diciendo que el observatorio pretendía aclarar si los jueces estaban “a favor de los delincuentes o de los inocentes”, porque

Lo que están diciendo con eso es que el juez la próxima vez que tenga que resolver, ¿qué es lo que va a pensar? “¿Estoy bajo en condenas? ¿Estoy bajo en prisiones preventivas? Porque si resulta que estoy bajo en condenas y prisiones preventivas, no voy a poder ascender”. ¿Esa es la reflexión que quieren poner en la cabeza de los jueces? Porque si es así, eso es entrometerse absolutamente y olvidarse de la independencia”<sup>23</sup>

---

<sup>22</sup> Canal 24 Horas. Vía Pública: “La controversia del observatorio judicial”. 06.11.2013. Video disponible en: <http://www.24horas.cl/programas/viapublica/via-publica-y-la-controversia-del-observatorio-judicial-923688>

<sup>23</sup> *Ibidem*.



## LA POLÍTICA DE COMUNICACIONES

En este contexto de hostilidad, el poder judicial ha realizado un esfuerzo por explicar a la comunidad la complejidad de su tarea y la importancia de los valores que debe preservar. Su política de comunicaciones<sup>24</sup> plantea un posicionamiento más cercano y confiable para la ciudadanía, con planes y actividades educativas o de difusión. Parte de esa estrategia se juega en el canal de YouTube del poder judicial y la transmisión vía *streaming* de cientos de audiencias y seminarios. Así, durante el 2016 se alcanzó “un total de 123 transmisiones de alto interés e impacto” y cierta masividad en las redes: 79 mil fans en Facebook, 63 mil seguidores en Twitter, 38 mil “me gusta” en Instagram<sup>25</sup>.

Sin embargo, algunos advierten que el deseo de ganarse la simpatía del público puede ser peligroso porque, tal como sostuvo el abogado Francisco Cox:

Hay instituciones que no tienen que ser populares, que queremos que no sean populares. Si ustedes se meten hoy día a la página del poder judicial, ven ‘Corte confirma condena a 20 años’, ‘Corte revoca libertad provisional’ o qué se yo ‘impone prisión preventiva’. Hay un interés de caer bien, de ganarse el apoyo de la opinión pública, que es preocupante<sup>26</sup>

El punto de Cox puede observarse también en la respuesta de los jueces a la llamada “puerta giratoria”. En el año 2011, el presidente de la Corte Suprema argumentó, con estadísticas en mano, que lo que había en realidad es “mano dura”, pues los jueces concedían el 88% de las

---

<sup>24</sup> Esta política está a cargo de la Dirección de Comunicaciones del poder judicial, la que depende del pleno de la Corte Suprema a través de su Presidente, sin perjuicio de que éste puede designar una comisión asesora de Ministros. La Dirección fue creada en el año 2001 y administrativamente depende de la Corporación Administrativa del Poder Judicial (en adelante, CAPJ). Véase Acta 159-2001.

<sup>25</sup> Dirección de Comunicaciones del Poder Judicial: *Cuenta Pública 2016*. pp. 4-5. <http://www.pjud.cl/documents/10179/6954767/4.5+Direcci%C3%B3n+de+Comunicaciones.pdf/6bcc1c47-5fb2-465f-9aac-23aca9d96e6b>

<sup>26</sup> Francisco Cox, en *Hablemos en Off*, Radio Duna. 11.07.2017, Min: 15:15. <http://www.duna.cl/programa/hablemos-en-off/2017/07/11/francisco-cox-sobre-caso-sename-el-ministro-de-justicia-es-de-una-ignorancia-que-ofende/>

solicitudes de prisión preventiva<sup>27</sup>. Un nuevo presidente extremó las cifras unos años después: de las veces que el Ministerio Público apeló a las negativas a la prisión preventiva por parte de los jueces de garantía, las Cortes mantuvieron el criterio de primera instancia sólo en 2800 casos (de un universo de 270 mil solicitudes desde 2004 a 2014): “esta es la puerta giratoria, el 1% de las decisiones”<sup>28</sup>, afirmó. “No hay mano blanda, no hay exagerado garantismo, los delincuentes no quedan libres al pisar los tribunales”, concluyó el magistrado.<sup>29</sup>

Pero ¿es correcto el argumento? ¿Funciona adecuadamente un sistema que decreta, prácticamente en todos los casos que se pide, la privación de libertad del imputado? Probablemente, en lugar de defender a los jueces bajo el argumento de que “en realidad no dejan libres a los delincuentes”, habría sido más adecuado aprovechar la oportunidad y explicar por qué la prisión preventiva, en tanto medida cautelar excepcional, no es indicada ni admisible por la ley en todos los casos.

El punto es que el desprestigio de los jueces es preocupante, pero la pretensión de obtener legitimidad del público lo es aún más, en la medida que es ajena a la idea de independencia judicial, como veremos en el Capítulo I.

## **ALGUNAS CONSIDERACIONES METODOLÓGICAS**

Esbozado ya el panorama que enfrentan los jueces, volvamos ahora al foco de este estudio: ¿son los jueces permeables a la presión de los medios y a la opinión pública? Cuando los flashes y las

---

<sup>27</sup> La Tercera: “Jueces ordenaron prisión en el 88% de los casos solicitados durante los últimos 11 años”. 27.10.2011. <http://diario.latercera.com/edicionimpresa/jueces-ordenaron-prision-en-el-88-de-los-casos-solicitados-durante-los-ultimos-11-anos/>

<sup>28</sup> Emol: “Presidente de la Corte Suprema reitera rechazo a críticas de la clase política al Poder Judicial”. 27.11.2014 <http://www.emol.com/noticias/nacional/2014/11/27/692051/presidente-de-la-corte-suprema-reitera-rechazo-a-criticas-de-la-clase-politica-al-poder-judicial.html>

<sup>29</sup> Emol: “Presidente de la Suprema: ‘Delincuentes no quedan libres al pisar tribunales’”. 26.08.2015. <http://www.emol.com/noticias/Nacional/2015/08/26/746883/Presidente-de-la-Suprema-Delincuentes-no-quedan-libres-al-pisar-tribunales.html>

cámaras apuntan al estrado, ¿cómo afecta esto su imparcialidad e independencia? ¿Interfiere en su capacidad para atender al caso y determinar qué es lo que en derecho corresponde al imputado? ¿Es posible que frente a la presión de la opinión pública el juez tome en cuenta consideraciones ilegítimas, más allá de lo que la ley admite?

Es importante notar que indagamos un fenómeno que es difícil de observar. Podemos ver las manifestaciones de la prensa, la televisión y el público, la exposición y visibilidad de los procesos judiciales, etc. Pero la afectación misma del juez o de su criterio es un fenómeno psíquico y como tal, normalmente, permanece en su fuero interno.

Imaginemos un juez de garantía que tiene ante sí al imputado de un crimen abominable. Un hecho que ha causado gran conmoción y repudio. Imaginemos, por ejemplo, que se trata del sospechoso de detonar un explosivo en el metro, o el sospechoso de haber mutilado a su ex pareja o de haber abusado de niños. El juez que imaginamos tiene la pesada tarea de decidir si queda en prisión preventiva, si se cumplen o no los requisitos del art. 140 del Código Procesal Penal, que hacen de ella una medida excepcional. Pero al momento de decidir, el juez sabe que su fallo saldrá en todos los diarios y noticieros. Lo sabe, porque mientras oye los argumentos de fiscal y defensor, ve que las cámaras al fondo de la sala apuntan a su estrado.

En esta situación hipotética, ¿qué decidirá el juez? ¿Fallará conforme a lo que exige la regla o en base a otras consideraciones más allá de ésta? Cualquiera sea el caso, el fallo del juez no puede admitir jamás ser el resultado de influencias ajenas a la ley. La motivación de una resolución judicial reclama –y debe reclamar– ser aplicación leal y fidedigna del derecho vigente. En otras palabras, no hay fallos que transparenten argumentos ajenos al razonamiento jurídico<sup>30</sup>. Salvo por

---

<sup>30</sup> Incluso cuando no hay ley que resuelva la contienda, es la misma ley la que autoriza fallar conforme la equidad (Véase art. 76 inc.2 CPR y art. 10 COT).

el caso de algún magistrado retirado, que exponga en seminarios o escriba sus memorias<sup>31</sup>, los jueces rara vez reconocerán que tal o cual juicio fue decidido por motivaciones distintas a las formuladas en el fallo.

Entonces, ¿en qué pie nos deja esto? ¿Cómo podemos determinar la posible afectación que sufren los jueces si parte de ser juez implica ser inmune a esas influencias externas? ¿Cómo podemos dar cuenta de un fenómeno que, al menos en principio, no podemos observar?

Respuesta: a modo de metáfora, del mismo modo que los científicos estudian los agujeros negros.

Como dice el astrofísico chileno, Mario Hamuy:

La evidencia que tenemos de los agujeros negros no se obtiene directamente, porque el agujero negro dobla, curva el espacio sobre sí mismo. Nada ni siquiera la luz puede salir de allí, por lo tanto, es negro. Pero cuando esos agujeros se encuentran con estrellas, [éstas] a veces lo orbitan, si uno ve a la estrella compañera orbitar y le mide la velocidad, puede deducir que está acompañada por un objeto masivo, ocho o diez veces la masa del sol, pero que no se ve<sup>32</sup>

Al igual que un hoyo negro, la prensa y la opinión pública podrían estar ejerciendo una fuerza sobre los fallos judiciales que “está ahí, pero no se ve”. En efecto, la deliberación de los jueces es una verdadera “caja negra”<sup>33</sup>, pero, del mismo modo que los astrónomos deducen la presencia y

---

<sup>31</sup> Sobre una sentencia unánime de 1961, el magistrado Rubén Galecio, más de treinta años después, confesó en un seminario que pensaba distinto a sus colegas de la Corte de Apelaciones, pero “por una debilidad, me dije: ‘no vale la pena que dicte un voto disidente, así es que voy a firmar’ y firmé”. Se trataba del célebre caso *Guzmán viuda de Shirisawa y otros con Ferrocarriles del Estado*, donde la demanda por el reajuste de una pensión que la inflación había llevado a un valor irrisorio, fue rechazada esgrimiendo el formalista argumento de la cosa juzgada. En la deliberación privada de los jueces, como Galecio reveló, el argumento fue otro: evitar “la quiebra de las cajas de compensación, de Ferrocarriles, la catástrofe”. Véase CERDA FERNÁNDEZ, Carlos (Editor). *Razonamiento judicial*. Escuela de Derecho UDP. 1995. p. 231. Conoció esta historia gracias al profesor Rodrigo Valenzuela, véase: *Conflicto y humanidades*. Editorial Jurídica. 2004. p. 84.

<sup>32</sup> *Una Belleza Nueva*, conversaciones con Cristián Warnken. Invitados: José Maza y Mario Hamuy. Enero de 2011. Min: 51:00. En <http://www.otrocanal.cl/video/jos-maza-y-mario-hamuy-un-viaje-al-corazon-del-cosmos>

<sup>33</sup> En Chile, la deliberación de los jueces es privada. Así lo establece el CPP en su art. 339: Deliberación. Inmediatamente después de clausurado el debate, los miembros del tribunal que hubieren asistido a él pasarán a deliberar en privado.

calculan la masa de un agujero negro estudiando cómo su gravedad altera todo a su alrededor, nosotros podemos estudiar la influencia de la mediatización sobre los jueces mirando cómo se comportan éstos en el resto de los casos, los desconocidos, la mirada de procesos en que no existe cobertura ni interés mediático.

Si evidenciamos que hay una alteración de los criterios sostenidos regularmente por los jueces en la masa anónima de casos, entonces podemos inferir que la prensa y la opinión pública ejercen una fuerza, si bien oculta y no admitida, sobre ciertas decisiones de los jueces.

La inferencia es posible porque los juicios mediáticos no son más que una ínfima porción del universo de casos en el sistema penal. Por tanto, los casos en que la prensa y el público pueden jugar un rol en cómo el juez decide son excepcionales: una singularidad que escapa a la regla general (de casos desconocidos y sin cobertura). En otras palabras, si la opinión pública y la prensa tienen alguna influencia, esta no puede ser sistémica, sino casuística. Si hay alguna afectación, ésta está acotada a casos particulares.

De este modo, si se quiere indagar en la influencia de la prensa y la opinión pública sobre los jueces, el modo más razonable parece ser la comparación de la forma en que fue decidido el caso mediático con el criterio sostenido en todos los demás casos análogos, de similares características, pero que no son mediáticos. Esto supone que es esperable que los jueces hayan desarrollado criterios regulares y sostenidos en el tiempo, y que estos criterios podrían verse alterados por la presión o exposición mediática.

Por esta razón, nuestro punto de partida son casos particulares. En el Capítulo III, estudiaremos a fondo el caso Nabila Rifo, quizá el juicio más mediático de nuestra historia, y por eso mismo, apto para ensayar respuestas a las preguntas que más arriba hemos formulado. Nos concentraremos en dicho caso, primero, por el enorme eco e impacto que generó, tanto fuera como dentro de la

cultura jurídica; y segundo, porque la decisión última correspondió a la Corte Suprema, pudiendo estudiarse el fenómeno también en la más alta instancia judicial.<sup>34</sup>

Asimismo, otros indicios pueden iluminar acerca de la afectación mediática. Qué tan intensa fue la cobertura, qué formas y características adoptó; cuál fue la reacción social y de las autoridades; cómo fue interpretado el caso por la “comunidad jurídica” y qué nivel de aceptación o rechazo tuvo, si se puede decir acaso que el juez se apartó o desconoció el derecho aplicable, la postura de la doctrina o los criterios jurisprudenciales, etc.

Con todo, antes de entrar al análisis del caso concreto, es importante aclarar qué hacen los jueces. Como veremos, hoy no se entiende bien qué es ni por qué importa la independencia judicial, precisamente porque tampoco es claro –ni aun entre abogados– cuál es rol que deben cumplir los jueces en un estado de derecho. El Capítulo I intentará desenmarañar esta cuestión, que se ha vuelto más y más complicada, mientras que el Capítulo II tiene por objeto visibilizar las anomalías institucionales que amenazan la independencia del juez para atender al caso y sujetarse a derecho. Ambos pasos, se comprenderá al final, serán fundamentales para entender, en el tercer Capítulo, la forma en que los medios y la opinión pública pueden afectar las decisiones de los jueces.

---

<sup>34</sup> Durante el presente trabajo, se tomó nota de otros interesantes juicios o procesos en que los medios y el público pudieron afectar la independencia del juez. Dada la limitación de tiempo y recursos de esta investigación, dichos casos deberán ser objeto de estudios posteriores. Véase *infra*. Conclusiones: EL TRAMO AVANZADO, pp. 124 y ss.

## Capítulo I

### JURISDICCIÓN E INDEPENDENCIA

¿Cuál es la función de los jueces y por qué importa su independencia?

*“Algunos pretenden que debemos ‘exigirles (a los tribunales de justicia) que sumen su esfuerzo a la lucha contra la delincuencia’... Esto es exigirles que dejen de ser jueces”*

**-Fernando Atria<sup>35</sup>**

*“Ninguna mayoría, por más aplastante que sea, puede hacer legítima la condena de un inocente... Y ningún consenso político –del parlamento, la prensa, los partidos o la opinión pública– pueden suplantar la falta de prueba... el consenso mayoritario o la investidura representativa del juez no añaden nada a la legitimidad de la jurisdicción”*

**Luigi Ferrajoli<sup>36</sup>**

En enero de 1955, el filósofo norteamericano John Rawls publicó su conocido artículo “Dos conceptos de reglas”<sup>37</sup>. Allí Rawls defiende, entre varias cosas, la distinción entre la comprensión de reglas como resumen y de reglas como prácticas. Para ello, en algún punto echa mano al ejemplo del bateador: en el *baseball*, si un bateador pide un cuarto *strike* el resto de los jugadores o el árbitro lo tomarían como una broma. La pregunta por el cuarto *strike* marca a quien la formula como un no-jugador, alguien que no conoce o no comprende la dinámica interna del juego, alguien que está fuera de la práctica.

Lo que me interesa es rescatar la analogía para el derecho. El bateador desorientado, en el derecho, a menudo es el *lego*. A quien está al margen de nuestras prácticas jurídicas, buena parte

---

<sup>35</sup> ATRIA, Fernando. “La improbabilidad de la jurisdicción”. En COUSO, Javier y ATRIA, F. (Editores). *La Judicatura como organización*. Instituto de Estudios Judiciales. Expansiva. 2007. p. 50.

<sup>36</sup> FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*. Editorial Trotta. Madrid. 2001. Año Orig. 1989. p. 544.

<sup>37</sup> RAWLS, John. “Dos conceptos de reglas”. En FOOT, Philippa. *Teorías sobre la Ética*. FCE. México. 1974. pp. 210 a 247.

de sus reglas pueden presentársele como arbitrarias o contraproducentes. Así, el no-jurista no puede entender cosas como el deber del abogado de defender a su cliente aun sabiendo que es culpable<sup>38</sup>; ni tampoco que el hurto de energía eléctrica sea declarado impune por el juez sólo porque no existe un tipo penal que lo describa exhaustivamente. Para el abogado, en cambio, no sólo son cuestiones comprensibles, sino que algo extraordinariamente importante se juega en que exista el principio de legalidad o los deberes éticos de la profesión.

No tiene nada de extraño que el *lego* no esté en condiciones de apreciar esto<sup>39</sup>. Después de todo, los que van a las mismas facultades y estudian de los mismos manuales son los abogados, porque de esta forma se introducen a una práctica común, informada por reglas y principios que son compartidos: una “cultura” jurídica. Lo que resulta extraño y preocupante es que hoy estamos viendo bateadores desorientados –no fuera sino– dentro de nuestra “cultura” jurídica. Esta situación la vemos, cada vez con mayor frecuencia, cuando hablamos de independencia judicial y del rol de los jueces. O se discute en base a definiciones de manual o diccionario, con escasa densidad; o simplemente no se capta lo importante en ellos. Este capítulo busca orientar a quienes, dentro de las prácticas jurídicas, actúan como el bateador de Rawls.

---

<sup>38</sup> Entre nosotros, la más certera formulación y respuesta a este dilema profesional, en LÓPEZ, Julián. “La defensa del ‘culpable’ en la ética profesional del defensor penal”. En ATRIA, CORREA, LÓPEZ, SIERRA (editores). *Una vida en la Universidad de Chile: celebrando al profesor Antonio Bascuñán Valdés*. Thomson Reuters. 2014. pp. 499 y ss.

<sup>39</sup> No es extraño ni preocupante, como sostuvo Ihering: “nada de pasmoso... es que el juicio del ignorante se muestre tan hostil al formalismo” (IHERING, Rudolf. *El Espíritu del Derecho romano*. Comares. Granada. p. 647). Adicionalmente, según Hart, para que exista sistema jurídico se requieren dos condiciones: reglas de conducta válidas según el criterio de validez último del sistema generalmente obedecidas y reglas de reconocimiento que especifican los criterios de validez jurídica, y sus reglas de cambio y adjudicación, que tienen que ser efectivamente aceptadas por los funcionarios. “La primera condición es la única que *necesitan* satisfacer los ciudadanos particulares... La segunda condición tiene que ser satisfecha por los funcionarios del sistema” (HART, H.L.A. *El concepto de derecho*. Abeledo-Perrot. Buenos Aires, 1961. p. 145).



## LA FALTA DE ACUERDO

El profesor Patricio Zapata describe parte de esta situación al advertir que en nuestra doctrina ha primado “la falta de acuerdo sobre la misión de la función judicial”.<sup>40</sup> Según Zapata, nuestra historia republicana ha elaborado tres caracterizaciones de la misión del poder judicial:

- (a) La ha entendido como tarea independiente e imparcial de resolver litigios aplicando la ley.
- (b) Como protección de los derechos de las personas.
- (c) Como contrapoder, esto es, un órgano estatal que controla la actuación de los otros poderes.

Sin embargo, advierte el autor, cada una de estas misiones admite a su vez varias lecturas. Así, la tesis (a) se divide entre: i) Los que entienden a los jueces como “meros aplicadores” de la ley; ii) Los que rechazan esta idea, sosteniendo que el juez dispone de espacios de discreción para buscar, dentro del derecho, las soluciones más justas; y iii) Los que imponen al juez la carga de buscar y justificar esmeradamente, caso a caso, la mejor de las lecturas posibles a la luz de la tradición de que se es parte.

En cuanto a la tesis (b), Zapata preguntará: ¿qué derechos se defiende, de quién y contra qué agresor? Y admite varias respuestas: i) Los del individuo frente al Estado; o ii) Los de minorías y grupos vulnerables. O en otra polarización: i) Los derechos de la víctima; o ii) Los del imputado frente al Estado.

Por último, la tesis (c) puede adoptar una forma i) Demócrata liberal, desburocratizadora del poder judicial, con poco o sin ningún poder político (Montesquieu); o ii) Una variante que reclama independencia financiera y una Corte Suprema robusta; o bien iii) La visión del neoconstitucionalista, que confía en los tribunales constitucionales como guardianes de los derechos fundamentales.

---

<sup>40</sup> ZAPATA, Patricio. “La función judicial en Chile”. En COUSO, Javier y ATRIA, Fernando (Editores). *La Judicatura como organización*. Instituto de Estudios Judiciales. Expansiva. 2007. p. 94.

Como se puede ver, “nunca hemos podido converger en una respuesta que explique plausiblemente lo que en verdad hacen<sup>41</sup> nuestros jueces”.<sup>42</sup>

Esta situación justifica el primer capítulo: hoy no tenemos claridad sobre lo que verdaderamente importa en la función e independencia judicial, ni siquiera entre quienes interactúan bajo las instituciones del derecho o reflexionan sobre ellas. Eso significa que debemos partir por identificar lo importante de la función que, en un estado de derecho, cumplen los jueces.

## DEFINICIONES DE MANUAL

La doctrina nacional suele formular su concepto de jurisdicción en base al art. 1 del Código Orgánico de Tribunales (o al art. 76 de la Constitución, que replica la formulación del primero).

Éste señala:

Art. 1° La facultad de conocer las causas civiles y criminales, de juzgarlas y de hacer ejecutar lo juzgado pertenece exclusivamente a los tribunales que establece la ley

De modo que la función jurisdiccional tendría por objeto “resolver conflictos”. Pero esta es una definición demasiado genérica (muchos órganos del estado cumplen la misma función, sin ser tribunales) y por esta razón, los comentaristas añaden al concepto funcional una dimensión estructural. Por ejemplo, en cuanto al modo de ejercicio de la potestad, ésta estaría caracterizada por el *proceso*; y respecto a los efectos de las decisiones judiciales, se distinguiría por la *cosa juzgada*. Así Colombo señala:

---

<sup>41</sup> Aquí Zapata parece inclinarse por una perspectiva descriptivista del derecho. Éste error, que es el error del positivismo del siglo XX, debe ser evitado, porque pretende que su objeto es algo independiente y ajeno al observador, cuando esto (a diferencia de los fenómenos naturales) es precisamente lo que no se puede decir del derecho: la teoría del derecho no deja su objeto “tal como estaba”. Véase *infra*. nota 45.

<sup>42</sup> ZAPATA, Patricio. “La función judicial...”. Op. Cit. p. 89.

La jurisdicción es el poder-deber que tienen los tribunales para conocer y resolver por medio del proceso y con efecto de cosa juzgada, los conflictos de intereses de relevancia jurídica que se promueven en el orden temporal, dentro del territorio de la república y en cuya solución les corresponda intervenir<sup>43</sup>

Este tipo de definición es insuficiente por varias razones, pero principalmente porque adiciona estructura (proceso, cosa juzgada) y función (resolver conflictos), sin explicar el modo en que una hace probable a la otra. En este punto es útil hacer un paréntesis: los conceptos jurídicos pueden ser entendidos como mecanismos que posibilitan cuestiones que, en nuestras circunstancias fácticas, son improbables. Esto vale para conceptos tan disímiles como contrato, testamento, matrimonio, etc. Ellos hacen viable lo improbable: intercambios justos, identificar la última voluntad del causante, reconocer la relación significativa de alguien. Pero nótese que lo hacen desconectándose de la sustancia: para hacer operativos estos conceptos, es necesario que la forma (estructura) sea opaca a la sustancia (función). Hacen probable la idea sustantiva pero al precio de excluirla de la ecuación.<sup>44</sup>

Así, la pregunta relevante ya no será: “¿Se trata de un intercambio justo o equitativo?” sino “¿Cumple el contrato los requisitos de validez (encuentro de voluntades, ausencia de vicios, objeto lícito, formalidades, etc.)?”. El causante que ha cambiado de opinión podría literalmente morir en la fila de la notaría esperando cambiar sus designios, pero, si no alcanzó a otorgar un testamento nuevo, lo que va a contar como su última voluntad será el testamento anterior. La operación normal de las instituciones se hace ciega a su finalidad, a tal punto que ésta podría ser removida sin que aparentemente cambie nada. Pero las ideas que animan los conceptos jurídicos, si bien operativamente irrelevantes, son necesarias para hacerlos inteligibles. Es decir, sin vincularlo a la idea de intercambio justo, el contrato deviene ininteligible; lo mismo el testamento,

---

<sup>43</sup> COLOMBO, Juan. *La Competencia*. Editorial Jurídica. Santiago, Chile. 2004. Edición original: 1959. p. 43.

<sup>44</sup> Véase ATRIA, *La forma del derecho*. Op. Cít. p. 154.

el matrimonio, etc. El problema con la jurisdicción hoy es precisamente ese: que sin la idea sobre la que descansa, su estructura se vuelve incomprensible o contraproducente, y los bateadores desorientados, como los llamamos al comienzo, proliferan.

## LA FUNCIÓN DE LOS JUECES

El profesor Fernando Atria, durante más de una década, ha hecho el más admirable esfuerzo por superar estas definiciones y discrepancias dentro de la literatura nacional. Desligándose de una teoría del derecho descriptivista y superficial, Atria ha reconstruido racionalmente las potestades jurídicas del estado moderno, de forma “balanceada” y “desde abajo”. Balanceada, porque descarta la prioridad conceptual de una teoría obsesionada con la jurisdicción. Y desde abajo, por adoptar una óptica institucional que tiene siempre a la vista la pregunta por las condiciones de estabilidad de la práctica jurídica moderna (lo que implica validación procedimental de la ley y sujeción del juez a ella); y por consiguiente, es necesario que la reflexión jurídica comience no por teorías, sino por prácticas jurídicas, por nuestras instituciones.<sup>45</sup>

Y en efecto, Atria observa que potestad administrativa y potestad jurisdiccional responden a principios estructurantes no sólo distintos, sino que opuestos.

Lo que caracteriza a la Administración es la lógica del *mandato*. Que el Presidente sea el “primer” mandatario quiere decir que su mandato es recibido directamente del titular de la soberanía, el pueblo (art. 5 CPR). El Presidente, a su vez, designa (“a su voluntad” conforme al art. 32 N° 7 CPR)

---

<sup>45</sup> “A diferencia de una óptica institucional, que mira a las condiciones de estabilidad de una práctica jurídica, una óptica ‘teórica’ toma esa práctica como dada y pretende describirla de modo valorativamente neutral”. “Una de las ideas que anima este libro es que la teoría del derecho no puede asumir una posición puramente ‘teórica’”, porque “una descripción teórica del derecho no puede pretender dejar las cosas tal como estaban... tratándose de hechos institucionales como el derecho, la descripción teórica no funciona a un nivel distinto que el de la misma práctica... El teórico del derecho no puede entender su labor como la descripción de algo que existe con independencia de su descripción”. ATRIA, Fernando. *La forma del derecho*. Marcial Pons. 2016. pp. 123-124 y 89.

a sus ministros, subsecretarios, intendentes y gobernadores, los que entonces son sus mandatarios (son de su “confianza exclusiva”, conforme al art. 32 N° 10 CPR). Asimismo, los órganos de la Administración deben tener un jefe superior de servicio, que es de confianza del Presidente y se relaciona con él a través de uno de sus ministros (arts. 28, 29 y 49 de la Ley 18.575 de Bases Generales de la Administración; art. 7 Ley 18.834 relativo al Estatuto Administrativo). De esta forma, es posible apreciar que la lógica del mandato informa la organización administrativa: el funcionario superior (mandante) encarga al inferior (mandatario) una tarea, de modo que corresponde a éste desplegar los medios para realizarla.

Entre el ministro y el subsecretario, entre intendente y gobernador, entre el director del Sernac y sus funcionarios, hay una relación jerárquica donde el funcionario inferior no puede pretender independencia frente al superior, por lo que la avocación es, en principio, siempre posible. Dado que el superior puede darle órdenes e instrucciones, fijarle políticas, programas o metas y dado que, adicionalmente, puede removerlo (por haber perdido su confianza), lo que el inferior hace es imputable al superior, lo que significa que el mandante es responsable por lo que el mandatario hace (actúa por “cuenta y riesgo” del primero). En la nomenclatura del derecho administrativo, se trata de relaciones de jerarquía y dependencia o, en su caso, de supervigilancia (como ocurre entre ministros y superintendentes). Esta lógica mandante/mandatario, que Atria denomina *principio comisarial* (“comisión” como mandato otorgado para un fin específico: el Presidente sería el mandatario, los demás son sus comisarios), ordena y estructura la organización de la potestad administrativa.

Por otra parte, la independencia que caracteriza a los jueces en un Estado de Derecho es totalmente ajena a la Administración. Como dice Atria:

Los jueces no son de exclusiva confianza de nadie, sino inamovibles; la Corte Suprema no ocupa, respecto de los jueces, una posición análoga a la de ‘jefe de servicio’; y como

consecuencia de esto, la avocación está expresamente prohibida de modo general, porque cada juez es independiente<sup>46</sup>

La lógica del mandato, donde el funcionario superior encomienda al inferior una tarea de modo que éste, en tanto mandatario, no puede reclamar independencia frente al mandante, es incompatible con la idea misma de independencia judicial. Mientras los órganos de la Administración tienen “jefes” esencialmente amovibles; los jueces son, por expreso mandato legal, inamovibles (“Los jueces permanecerán en sus cargos durante su buen comportamiento”, art. 80 CPR). Mientras la avocación es siempre en principio posible en la Administración, ella está expresamente prohibida para los jueces (art. 8 COT).

La diferente organización de las potestades administrativa y jurisdiccional no es accidental, sino que es consecuencia de una diferencia igualmente importante en el sentido de ambas. A diferencia de los jueces, la Administración no se concentra en una situación de hecho, aislada y extraída de la vida social, sino que tiene que ver con el orden social como un todo. Esto se aprecia en la finalidad de la Administración (genéricamente definida como “promover el bien común”, art. 1 CPR o bien satisfacer las “necesidades de la población...”, art. 3 Ley 18.575) y puede cumplirla disponiendo las políticas, planes y programas que estime más convenientes y oportunos según las circunstancias, discrecionalmente, pero dentro de sus facultades legales (art. 2 Ley 18.575). La finalidad de la Jurisdicción, en cambio, está expresamente delimitada a su facultad de “conocer las causas civiles y criminales, de resolverlas y de hacer ejecutar lo juzgado” (art. 76 CPR y art. 1 COT). Las peculiaridades del poder judicial, como afirma el profesor Atria, saltan a la vista:

Los tribunales no están en la libertad de elegir los medios a ser utilizados para ejercer esta facultad (art. 4° COT); tampoco pueden decidir los asuntos respecto de los cuales ejercer

---

<sup>46</sup> ATRIA, Fernando. “La idea de jurisdicción y el estatuto de los jueces”. Texto material de lectura curso Introducción al Derecho. p 4.

su potestad (art. 7 COT), ni la oportunidad en que deben ejercerla (art. 10 inc. 1º COT, que establece una prohibición de actuar sin que alguien solicite su intervención), ni cuándo es oportuno no ejercerla (art. 10º inc. 2º COT, que establece el llamado “principio de inexcusabilidad”); por último, ellos no son responsables por las consecuencias de sus decisiones (art. 13 COT)<sup>47</sup>

La diferencia, prácticamente en cada aspecto institucional de la organización del poder judicial, se justifica porque

lo que debe ser institucionalmente asegurado es la posibilidad de que el funcionario que ejerce el poder judicial (el juez que dicta sentencia) lo hará apegado a su deber de decidir en conformidad a la ley, y no a otras consideraciones. Por eso, *la sujeción del juez a la ley es correlato estricto de su independencia*: que el juez sea independiente hace probable que su decisión refleje sólo el contenido abstracto de la ley. *Independencia judicial y sujeción a la ley son una y la misma cosa*<sup>48</sup>

Obsérvese que lo que la estructura judicial posibilita es también un modo de legitimación material distinto de cada potestad. El contenido de una sentencia judicial se legitima, como vimos, mostrando que es aplicación concreta de la ley. El contenido de un acto de la Administración se legitima de otra forma: la decisión del Ministerio de Obras Públicas de construir un puente no es mandada por la ley y por tanto no se legitima mostrando que la ley ordena al ministro su construcción. La legitimación material opera en este segundo caso a través de una estructura jerárquica que permite entender que la decisión de construir ese preciso puente se sigue de políticas y programas que son reconducibles a algún funcionario que tiene legitimidad democrática inmediata. En el caso de la Administración, como ya vimos, es el Presidente de la República. La vinculación de los tribunales a la ley es más intensa que la de los órganos de la Administración porque, como veremos, los tribunales “no sólo han de someterse a la ley en su acción, sino que su acción es la actuación de la ley”.<sup>49</sup>

---

<sup>47</sup> ATRIA, Fernando. *La forma...* Op. cit. pp. 199-200.

<sup>48</sup> *Ibíd.* p. 190.

<sup>49</sup> *Ibíd.* p. 198.

## **DOS MODOS DE OPERAR DEL PRINCIPIO DEMOCRÁTICO**

El principio democrático, recogido en el art. 4° de nuestra Constitución (“Chile es una república democrática”), es la clave para entender no sólo la legislación, dice Atria, sino de hecho las tres potestades del estado moderno. Como sostiene Böckenförde, el ejercicio del poder político –“el dominio de hombres sobre hombres”– ya no puede ser algo dado, sino que necesita ser legitimado:

y esa legitimación solo puede partir del pueblo mismo y no de cualquier instancia ajena a este. La ordenación de la vida en común de un pueblo tiene que poder retrotraerse al reconocimiento de aquellos que viven bajo ella, tiene que ser expresión de la libertad y autodeterminación del pueblo<sup>50</sup>

De manera que, para Böckenförde, una norma como la del art. 4° de nuestra Constitución se traduce en dos exigencias: primero, que toda potestad pública sea ejercida por una persona o grupo de personas legitimadas personalmente (legitimación orgánico-personal); y segundo, que en cuanto a su contenido, toda decisión pública pueda reconducirse a la voluntad del pueblo (legitimación material). Las diferencias estructurales (de hecho opuestas) entre Jurisdicción y Administración no sólo tienen como correlato una diferencia funcional igualmente importante, sino que además manifiestan cada una dos formas de operación del principio democrático en lo que se refiere a la dimensión material o de contenido.

En efecto, el principio democrático no se satisface por la sola legitimación orgánico-personal de las autoridades, sino que mira también al modo en que las potestades de esos órganos son ejercidas. De manera que, de nuevo siguiendo a Böckenförde, la legitimación material puede adoptar dos formas alternativas: por un lado, “la vinculación de todos los órganos del Estado a las

---

<sup>50</sup> BÖCKENFÖRDE, Ernest-Wolfgang. “La democracia como principio constitucional”. En *Estudios sobre el Estado de Derecho y la Democracia*. Trotta. Madrid. 2000. p. 48.



leyes establecidas”; y por el otro “mediante una responsabilidad sancionada democráticamente, con los controles correspondientes, y adecuada para el tipo de tareas asumidas”.<sup>51</sup>

El profesor Atria constata que la estructura de la potestad jurisdiccional supone el primer modo de legitimación (lo que exige vinculación concreta del juez a la ley e independencia judicial); mientras que la Administración supone el segundo modo (lo que exige una estructura a través de la cual se transmitan órdenes e instrucciones hacia abajo y responsabilidad hacia arriba).

Si el fin de la Administración es promover el interés general (“promover el bien común atendiendo las necesidades públicas en forma continua y permanente y fomentando el desarrollo del país” conforme al art. 3 de la ley 18575), lo que en *concreto* debe hacer cada órgano administrativo “no puede ser previsto y anticipado por la ley”, sino que sus planes, programas y políticas de acción, para ser eficaces, “deben tomar en consideración las circunstancias concretas de la acción y el conocimiento experto disponible”.<sup>52</sup> Por eso, el Ministerio de obras públicas (MOP) no aplica concretamente la ley cuando construye un puente<sup>53</sup>, porque la ley fija su fin de modo abstracto, pero es la Administración quien decide sobre los medios adecuados para obtener este fin (y esa decisión se legitima en cuanto a su contenido a través de su estructura). Por contra, cuando se trata de

legitimar decisiones que pueden ser anticipadas en abstracto y que no son sensibles a consideraciones de oportunidad o conveniencia, la legitimación material asume la forma de vinculación inmediata y concreta a la ley, y su correlato institucional es lo que será denominado *principio de independencia*<sup>54</sup>

Porque en el caso de los jueces, de lo que se trata es de dar a cada uno lo que le corresponde en conformidad a la ley, no de perseguir fines a través de decidir casos particular. La vinculación de la

---

<sup>51</sup> *Ibíd.* p. 62.

<sup>52</sup> ATRIA, Fernando. *La forma...* Op. Cít. p. 192.

<sup>53</sup> Por esta razón es un error criticado llamar “Poder Ejecutivo”, como ejecución o aplicación concreta de ley, a este poder del estado.

<sup>54</sup> ATRIA, Fernando. *La forma...* Op. Cít.. p. 192.

Administración a la ley es menos intensa que la de los tribunales, porque la ley aparece ante la Administración en dos momentos: (a) fija su finalidad abstracta y (b) le entrega medios para actuar. La ley habilita (otorga atribuciones) y limita (no puede infringir la ley) a la Administración, pero no crea inmediatamente deberes positivos de acción. Como prescribe la Ley 18.575:

Art. 2 Los órganos de la Administración someterán su acción a la Constitución y a las leyes. Deberán actuar dentro de su competencia y no tendrán más atribuciones que las que expresamente le haya conferido el ordenamiento jurídico

Pues bien, “someter su acción a...” nada dice acerca de qué acciones debe realizar la Administración, sino solamente los caminos de actuación abiertos para ella. Nótese entonces la diferencia: mientras la ley fija el fin abstracto y entrega medios a la Administración, “para los tribunales la ley aparece como determinando qué deben hacer y cómo deben hacerlo”, lo que significa que su finalidad es aplicar la ley, de modo que sus decisiones se legitiman mostrando que “el contenido de su actuación está fijado por la ley”.<sup>55</sup>

Si la legitimación de la Administración es comisarial, la legitimación de la jurisdicción es por la vía de su vinculación inmediata a la ley. Ambos modos de operación de la dimensión material del principio democrático reflejan la diferencia entre adjudicar los derechos de cada uno y avanzar en el interés de todos.

## **¿QUÉ QUIERE DECIR APLICAR LA LEY?**

Hemos visto que el diseño institucional de la jurisdicción, articulado por el principio de independencia, descansa sobre la idea de sujeción del juez a la ley. El contenido de la sentencia se legitima no porque el juez tenga legitimación orgánico-personal directa ni derivada, sino porque

---

<sup>55</sup> *Ibíd.* p. 200.

puede decirse que la decisión judicial es aplicación de la ley, y ésta sí es dictada por un órgano (el Congreso y el Presidente) con legitimación democrática directa.

Pero: ¿qué tan sólido es este cimiento sobre el cual descansa toda la estructura? ¿Qué podemos entender por sujeción del juez a la ley? El siglo XIX respondió esta pregunta con una comprensión rigurosamente formalista de la adjudicación: la ley siempre es susceptible de ser aplicada “mecánicamente”, de modo que el juez queda reducido a un “autómata”. La naciente comprensión de la ley como declaración de voluntad (art. 1 del Código Civil) exigía distinguir entre actos de creación de derecho y actos de aplicación. Y para ello, era preciso que, en palabras de Montesquieu, los jueces no fuesen

más que la boca que pronuncia las palabras de la ley, seres inanimados que no pueden moderar ni la fuerza ni el rigor de las leyes<sup>56</sup>

Si el juez es sólo la boca que pronuncia las palabras de la ley, entonces no hay ningún problema de legitimación. En la medida que el Congreso está legitimado, lo estará la decisión judicial. Sin embargo, esta idea, como veremos, ya no es sostenible. Después de la reflexión jurídica del siglo XX, la aplicación mecánica ha devenido implausible. Para el realismo norteamericano, por ejemplo, las reglas, en manos de juristas y jueces, no son más que “juguetes vistosos”<sup>57</sup>; son, en la frase de Holmes, “profecías acerca de lo que los tribunales harán”.<sup>58</sup> Asimismo, tanto Kelsen como Hart observaron que los jueces “crean” –no sólo aplican– normas. Kelsen equiparó a legisladores y jueces: ambos crean y aplican el derecho<sup>59</sup>. Mientras que Hart constató que el derecho tiene

---

<sup>56</sup> MONTESQUIEU. *Del Espíritu de las Leyes*. Libro XI, Cap. 6. p. 112.

<sup>57</sup> LLEWELLYN. *The Bramble Bush* (2da. Edición). p. 9.

<sup>58</sup> HOLMES, Q.W. *La senda del derecho*. Abeledo-Perrot. Buenos Aires. 1975. p. 21.

<sup>59</sup> El parlamento, en el mismo acto de dictar una ley, aplica leyes que lo habilitan para ello (pues hace ejercicio de potestades conferidas por leyes positivas anteriores); mientras que el juez no sólo aplica, sino que también crea derecho: cuando la regla pertinente es oscura, vaga o insuficiente, o en los casos en que hay reglas en conflicto (antinomias) o sencillamente no hay reglas (lagunas), aquí el juez debe elegir o crear una regla aplicable al caso, y nótese que en esa operación está en juego una sentencia favorable o adversa

una zona de “textura abierta”, inherente a nuestros lenguajes, donde el juez tiene inevitablemente un campo abierto de *discreción*: para dar significado a la regla o elegir la que aplicará al caso. Así, el formalismo no podía menos que ser un “vicio”: porque “procura encubrir y minimizar la necesidad de tal ejercicio adicional de elección” en la aplicación de reglas generales a casos particulares.<sup>60</sup> Pero recuérdese la vía media de Hart: concede (parcialmente) el argumento al escéptico: “en los puntos en que la textura es abierta los individuos sólo pueden predecir cómo decidirán los tribunales”<sup>61</sup>; pero también el formalista tiene razón (en parte): cuando se trata de “reglas determinadas que, a diferencia de la aplicación de *standards* variables, *no* exigen... una nueva valoración de caso a caso”<sup>62</sup>.

¿En qué pie nos deja esto? Si Hart está en lo correcto y el juez *a veces* está sujeto a la ley<sup>63</sup>, entonces en el resto de las *otras veces*<sup>64</sup> la decisión judicial adolece de un déficit de legitimidad y la estructura que la sostiene resultará cada vez menos razonable. Si el escéptico tiene razón y nunca hay sujeción a la ley, entonces sólo cabe concluir que la estructura judicial es absurda: descansa sobre un “mito” imposible, un ideal irrealizable.

---

para las partes. Pero no sólo en estos casos, si no en todos: el juez siempre crea una norma individual para el caso particular (antes las partes tenían pretensiones controvertidas, después de la sentencia tendrán obligaciones).

Para Kelsen, “la legislación es aplicación de Derecho lo mismo que la jurisdicción es creación jurídica” (KELSEN, Hans. *Teoría general del Estado*. Ed. Nacional. México. 1989. p. 305). De modo que se trata un proceso continuo de aplicación y creación de derecho. Salvo en el punto más alto de la pirámide normativa (donde sólo hay creación, pues no hay ejercicio de potestades otorgadas por una norma positiva anterior: de ahí la necesidad de la norma hipotética fundante) y salvo en el punto más bajo (el acto de ejecución final, por ejemplo, el pelotón de fusilamiento: la orden del capitán que dice “disparen”, no está creando derecho, sólo ejecuta). Véase también BULYGIN, Eugenio. “Los jueces ¿crean derecho?”. ISONOMÍA 18, Buenos Aires, Abril 2003, donde el autor defiende una vía intermedia, pues “los jueces no crean derecho en situaciones normales, pero sí lo hacen porque crean normas generales en situaciones muy especiales”.

<sup>60</sup> HART, H.L.A. *El concepto de derecho*. Abeledo-Perrot. Buenos Aires, 1961. p. 162.

<sup>61</sup> *Ibíd.* p. 172.

<sup>62</sup> *Ibíd.* p. 169.

<sup>63</sup> En los casos en que rige el núcleo de significado de la regla a aplicar, la función del juez es mecánica.

<sup>64</sup> Los casos en que el juez se mueve en el área de “penumbra”, donde tiene discreción.

Por eso, si bien esta sección no pretende ser exhaustiva, es necesario decir algunas palabras sobre qué quiere decir aplicar la ley.

Lo primero es descartar la idea de mera aplicación mecánica. Pero no porque, como creía el positivista del siglo XX, la ley en ocasiones no pueda aplicarse mecánicamente (por ser vaga, ambigua, oscura, etc., pues en esos casos, en rigor no existe la posibilidad de aplicación mecánica); sino por los casos en que la expresión de la ley es “impropia”. En efecto, siguiendo a Savigny, en los casos de expresión *indeterminada*, el legislador ha interrumpido su discurso, deja en suspenso el sentido de la ley. Es lo que ocurre, por ejemplo, con el art. 730 del Código Civil: ¿qué quiso decir el legislador con “competente inscripción”? ¿Basta la inscripción formalmente válida (que se practica observando las solemnidades impuestas al conservador) o es necesario que también sea válida sustantivamente (figurando la voluntad del poseedor inscrito al menos en apariencia)?<sup>65</sup> O en el caso del impedimento del art. 4 N° 3 de la antigua Ley de Matrimonio Civil (hoy derogada), que consistía en sufrir “impotencia perpetua e incurable”: ¿se trata de la incapacidad reproductiva, de realizar el acto sexual o de ambas? ¿Qué regla puede aplicar el juez mecánicamente sin completar el significado de “competente inscripción” o de “impotencia perpetua”? Respuesta: ninguna. En estos casos no puede haber aplicación mecánica porque el silencio del legislador “exige necesariamente el remedio de la interpretación pues sin ella no hay ley ni texto que aplicar”<sup>66</sup>. Y por tanto, la indeterminación no es problemática<sup>67</sup>.

Por eso, la mayor preocupación de los juristas del siglo XIX no era la indeterminación, sino la *impropiedad*. La impropiedad de la ley nos dará la clave para una comprensión no mecánica de la

---

<sup>65</sup> Véase una tercera hipótesis que parece más correcta en VIAL, Víctor. *La tradición y la prescripción como modos de adquirir el dominio en el Código Civil chileno*. Ediciones UC. Santiago. 2009. pp. 193-194.

<sup>66</sup> SAVIGNY, Friedrich. *Sistema del Derecho Romano Actual*. Góngora y Compañía Editores. Madrid. 1878. Ed. Orig. 1840. §37. p. 160.

<sup>67</sup> Puesto que, dado que el juez debe lealtad también a la norma que le obliga a fallar (aun en ausencia de norma que resuelva la controversia, principio de inexcusabilidad del art. 10 inc 2 del COT), es por lealtad a la ley que debe completar la expresión interrumpida del legislador. Incluso a menudo el legislador ocupa términos abiertos estimando que es el juez quien está en mejor posición para darles contenido.

adjudicación. Nuevamente Savigny advierte la diferencia: mientras la indeterminación significa que el sentido de la ley es incompleto o ambiguo; la expresión impropia sí da un sentido claro y determinado para aplicar, pero ese sentido está en conflicto o contradicción con el pensamiento de la ley.<sup>68</sup> Así, hay impropiedad en la ley de Bolonia (“Se castigará con la mayor severidad a quien derrame sangre en las calles”) si se pretende aplicar contra un cirujano que, al practicar una traqueotomía para salvar la vida de un transeúnte, derrama sangre en la calle. Hay impropiedad también en *Riggs v. Palmer*<sup>69</sup>: el célebre caso de un heredero testamentario que reclama su asignación después de haber asesinado al causante, alegando que todas las condiciones formales de validez del testamento habían sido satisfechas.

En estos casos hay impropiedad porque el sentido de la ley, la solución que da al caso (sancionar al barbero, entregar la asignación al homicida del testador) está reñido con el pensamiento o fin del legislador (prevenir las riñas callejeras, respetar la genuina última voluntad del difunto). A diferencia de la indeterminación, la regla impropia sí soluciona el caso, pero de forma *inadecuada*: puede ser aplicada mecánicamente o puede corregirse la impropiedad. Pero esto era lo que preocupaba a Savigny, el peligro de que el juez corrija “no la expresión, sino el pensamiento mismo”<sup>70</sup>, es decir, que el juez alegue la impropiedad como un “pretexto”, un ardid para encubrir que en realidad reemplaza la ley del parlamento por la que él desea. ¿Cómo evitar que el juez ejerza potestades legislativas? La solución del formalismo decimonónico fue la comprensión mecánica de la jurisdicción, pero el precio de esa comprensión implica negar la

---

<sup>68</sup> SAVIGNY, Friedrich. *Sistema del Derecho...* Op. Cit. §37. pp. 160 y ss.

<sup>69</sup> DWORKIN, Ronald. “El modelo de las normas (I)”. En *Los derechos en serio*. Ariel. Barcelona. 1984. Año publicación original 1977. p. 73.

<sup>70</sup> SAVIGNY, Friedrich. *Sistema del Derecho...* Op. Cit. §37. p. 162.

impropiedad.<sup>71</sup> Como veremos, la idea de jueces autómatas no muestra el debido respeto por el ciudadano y debe abandonarse.

¿Cómo compatibilizar la idea de que el juez aplica la ley y al mismo tiempo está autorizado para corregir su impropiedad? Para Atria la clave está en la diferencia entre *justificar* una norma y *aplicarla*. Siguiendo a Günther, lo relevante para la justificación de una norma es si va en el interés de todos que todos la sigan, y si la norma refleja o no el interés común no depende de su aplicación, sino de las razones que puedan ofrecerse para que sea observada por todos. Lo relevante en la aplicación, por contraste, es si y cómo la norma debe ser seguida en la situación particular, con independencia de si la norma está justificada.<sup>72</sup> Lo común a los casos de impropiedad es que en ellos hay propiedades adicionales que escapan al caso genérico definido en la ley, de modo que es posible pensar que los intereses envueltos en estos casos no fueron ponderados al formular la norma abstracta y por ende esta no es aplicable ellos.

---

<sup>71</sup> La idea formalista de aplicación mecánica (bocas de la ley, etc) puede verse como una condición necesaria de estabilidad de una comprensión del derecho que debió romper con la comprensión anterior. Esto se puede apreciar en la interpretación original del art. 19 del Código Civil: prohíbe al juez desatender el tenor literal, si el sentido es claro, bajo el pretexto de consultar el espíritu de la ley. Niega la impropiedad. La explicación para esto no es teórica o conceptual (una arrogante e imperfecta teoría donde el juez era esclavo mecanizado de un omnipotente legislador), sino institucional: el desafío de los codificadores era hacer institucionalmente viable la idea moderna de jurisdicción, hacer probable lo improbable –que el juez se sujete a la ley. Y esto (i) No *porque*, sino *a pesar de que* la ley no puede prever todos los casos ni soluciones de aplicación mecánica; pero (ii) En un contexto en que los jueces se veían a sí mismos más como sacerdotes de la razón y la justicia, esa era la idea obvia y natural de juez, antes que aplicador de la ley.

Si el art. 19 permitiera al juez apelar al espíritu de la ley para ignorar su tenor literal, ello habría reforzado una comprensión pre-moderna del juez, habría hecho probable que el juez continuara viendo la ley no como algo que lo vincula, sino como una guía, un resumen de experiencias pasadas que en principio siempre es posible desatender. Ya no podría decirse que el juez se enfrenta a la regla como una regla creada antes que él la interprete. Así, el art. 19 resguarda la (naciente) distinción (institucional antes que conceptual) entre crear y aplicar derecho.

<sup>72</sup> GÜNTHER, K. *The Sense of Appropriateness*. Albany. Suny. En ATRIA. *La forma...* Op. Cit. p. 209.

Esto puede ser explicado a la luz del art. 9 del Código del Trabajo y de un caso en que fue invocado. El art. 9 dispone, en su inciso 4°, que si el empleador no ejerce su derecho (enviar una copia del contrato a la Inspección del trabajo)<sup>73</sup>, “la falta de contrato escrito hará presumir legalmente que son estipulaciones del contrato las que declare el trabajador”. Pues bien, en *Sterndorf con Manaplast*,<sup>74</sup> el trabajador cuyo contrato no estaba escriturado era el gerente de una empresa: él mismo decidió no escriturar el contrato y decidió no ejercer el derecho que correspondía a la empresa (enviar el contrato a la inspección). Luego, al ser despedido, el ex gerente demandó a su empleador alegando que su caso estaba cubierto por la presunción del inciso 4° del art. 9.

En términos de Savigny, el pensamiento o sentido del art. 9 no es facilitar al gerente aprovecharse de su propio dolo o negligencia (al decidir no escriturar él mismo el contrato). El pensamiento de la ley no favorece al gerente, pero sí lo hace la expresión. Acá la aplicación mecánica de la regla diría que el gerente sí se puede beneficiar con la presunción, porque el art. 9 no distingue entre trabajadores ordinarios y gerentes. Pero esto, al igual que sancionar al barbero de Bolonia o dar la herencia al asesino del causante, sería decidir conforme a una decisión que no ha sido tomada. Implica que se perjudicará al empleador (o al barbero o la voluntad del causante) sin que nunca nadie haya atendido a sus intereses: “no lo considerará el juez, porque aplicará (‘mecánicamente’) la regla, pero tampoco los consideró el legislador cuando dictó la ley, porque no tuvo presente casos de ese tipo”.<sup>75</sup>

---

<sup>73</sup> Para que la Inspección requiera la firma del trabajador, en caso de negativa de éste.

<sup>74</sup> SCS, 17.3.2003, Rol 3236-2002.

<sup>75</sup> ATRA, Fernando. *La forma...* Op. Cít. p. 224.



Por eso, aplicar la ley no puede ser un ejercicio mecánico, sino que siempre supone “determinar si el caso es cubierto por la expresión de una regla general”.<sup>76</sup> Obsérvese que esto opera a nivel de la aplicación de la norma, no de su justificación. La objeción no es que el art. 9 no es imparcial con los intereses de trabajadores y empresarios; sino que la regla no es aplicable al caso del gerente. “Correctamente entendida la decisión legislativa, el legislador *no ha decidido*”<sup>77</sup> que la presunción beneficia al gerente (ni que el asesino tenga derecho a su asignación, etc). “Aquí la peculiaridad del caso”, anota Atria, “permite que el juez corrija la aplicación de la ley *sin negar* la obligatoriedad ni la validez de la norma en cuestión”.<sup>78</sup> Y allí reside la diferencia entre

modificar una norma y corregir la impropiedad de su expresión. El juez que modifica una norma está actuando no como juez sino como activista disfrazado de juez; el juez que corrige la impropiedad de su expresión está siendo fiel a la ley<sup>79</sup>

Dada “nuestra relativa ignorancia de los hechos” y “nuestra relativa indeterminación de propósitos”<sup>80</sup>, Atria afirma que “nuestro problema es que es incompatible con la condición humana... pretender que sean considerados los intereses de todos los potencialmente afectados por toda *posible* aplicación de una regla formulada en abstracto”.<sup>81</sup> De este modo, la impropiedad, más que un defecto de las leyes, es una característica necesaria de ellas.

Como vimos, en los casos de impropiedad, si la aplicación es mecánica, la decisión judicial será arbitraria (pues ninguno toma en cuenta los intereses del afectado, ni el legislador ni el juez) ¿Cómo puede justificarse perjudicar arbitrariamente así la vida, libertad o propiedad del ciudadano afectado? “La respuesta que subyace a la comprensión del juez como un autómeta...

---

<sup>76</sup> ATRIA, Fernando. *La forma...* Op. Cít. p. 225.

<sup>77</sup> *Ibíd.* p. 211.

<sup>78</sup> *Ibíd.* p. 225.

<sup>79</sup> ATRIA, Fernando. “Jurisdicción e independencia judicial: El Poder Judicial como poder nulo”. REJ. N° 5. 2004. p. 140.

<sup>80</sup> HART, H.L.A. *El concepto de derecho*. Abeledo-Perrot. Buenos Aires, 1961. p. 160.

<sup>81</sup> ATRIA, Fernando. *La forma...* Op. Cít. p. 226.

apela a lo que es necesario para hacer posible la legislación... La vida, la propiedad o la libertad de los afectados por esas decisiones arbitrarias han de ser utilizados como instrumentos para obtener la finalidad de hacer posible la legislación". Por esto, el profesor Atria acierta en desechar la comprensión mecánica, pues

el Estado de derecho, fundado en el reconocimiento de la dignidad de los ciudadanos, exige que la vida, la libertad o la propiedad de un individuo no puedan ser afectadas sin dar a ese individuo la posibilidad de que un juez considere su caso. Éste es el contenido de lo que suele denominarse la garantía de la tutela judicial efectiva, o debido proceso: que los individuos no han de ser utilizados como medios para hacer posible la legislación democrática<sup>82</sup>

## **DOS EXIGENCIAS: UN PODER "INVISIBLE Y NULO"**

Ahora que entendemos la función (sujeción a la ley) y la forma en que la estructura la hace probable (independencia), podemos decir que la jurisdicción consiste en dar a cada uno lo que en derecho corresponde; o, en el caso de la jurisdicción penal, determinar qué es lo que en derecho corresponde al imputado. Esta idea se traduce en dos exigencias:

- (a) La jurisdicción es aplicación de la ley.<sup>83</sup> Si se va a decidir sobre la vida, la propiedad o la libertad de otra persona, esa decisión sólo puede fundarse en normas que hemos

---

<sup>82</sup> *Ibíd.* p. 226-227.

<sup>83</sup> No se me escapa lo ingenua que puede parecer esta idea hoy. Por supuesto, en nuestra situación actual, y aún más después de los escándalos del llamado "financiamiento de la política", predomina un marcado escepticismo hacia las instituciones democráticas. Si la ley es voluntad, será la voluntad de los grandes empresarios, la clase política, los poderes fácticos, hasta las "siete familias", etc., pero nunca la del pueblo. Hoy resulta en extremo ingenuo sostener la idea del art. 1 del Código Civil. Pero también es ingenuo pensar que la capacidad de esas facciones de apoderarse de los procedimientos de formación de voluntad política es nueva. Como si no hubieran existido en el pasado. Este problema excede la pretensión de este trabajo, por lo que, para una salida a este dilema que evite la ingenuidad y el cinismo, véase ATRIA, *La forma del derecho*. Op. Cít. Véase específicamente la idea de compromiso irónico con nuestras instituciones políticas en el capítulo 21 "Significando imperfectamente" (p. 445); y para una idea del principio democrático más allá de la trampa de la decisión por mayoría (que debe ser planteada después de un proceso de deliberación, como un criterio de *decisión*, no de *corrección*) y del "emotivismo político" (que descarta

aceptado como “nuestras”. La legislación tiene esta pretensión en la medida que las normas generales que produce aspiran a reflejar adecuadamente los intereses de todos (como arriba dijimos, normas justificadas). Por eso, en todos los sistemas democráticos el legislativo toma la forma de una asamblea y un procedimiento que, al menos en principio, intenta representar a todos los miembros de una comunidad. Se trata de hacer probable que la dictación de normas vaya en el interés de todos, que sea la voluntad del pueblo. Esto también es probable por el tipo de cuestión que es la decisión legislativa: una regla general y abstracta, que contiene una correlación entre caso genérico y solución genérica. La decisión puede determinarse a la luz de las mejores razones, en el interés de todos los involucrados, no del impacto en algún caso particular.

Lo que aparece ante el juez es una norma que ya ha pasado por el proceso legislativo, que ya está justificada, y por esto el juez no debe volver a preguntarse si la norma representa adecuadamente los intereses de todos los involucrados. Por supuesto, es posible que el juez crea que no lo hace, que ha habido un error del parlamento, pero en tanto juez<sup>84</sup> su deber es no dejar que esas consideraciones afecten su juicio. Si el juez resolviera no en conformidad a la ley, sino de acuerdo a la ley que cree justa, entonces estaría usando el caso como un instrumento para implementar sus creencias y enfrentaría la legítima objeción del afectado: “¿por qué *mi* caso está siendo solucionado conforme a *sus* creencias?”. Que el juez determine lo suyo de cada uno conforme a una norma justificada (válida), implica que puede responder: “no son *mis* normas, son *nuestras*”.

---

racionalidad en las decisiones del pueblo), véase los capítulos 8 “Las potestades jurídicas del estado moderno” (p. 173) y 9 “La identificación de la voluntad del pueblo y su improbabilidad” (p. 177 y ss).

<sup>84</sup> Cuestión distinta es qué debe hacer el juez no en tanto juez, sino en tanto ciudadano.

(b) La decisión jurisdiccional no tiene un fin ajeno más allá de dar a cada uno (o al imputado) lo que conforme a la ley corresponde. El juez que decide un caso con una finalidad distinta a dar a cada uno lo que en derecho corresponde “usa a las partes como instrumentos”. El problema no está en el contenido de la finalidad, sea un fin loable o injustificado, sino en el hecho de “que sean finalidades ajenas a dar a cada uno lo suyo”.<sup>85</sup> El sentido de la estructura judicial es maximizar la capacidad del juez para atender al caso, esto es, comprenderlo en sus propios términos, impidiendo por tanto que los jueces desarrollen finalidades distintas. Por contra, si los jueces fueran comisarios de su superior o si se concibieran como parte de un agente colectivo, es prácticamente inevitable que empiecen a preguntarse cómo su forma de resolver determinados casos impactará en la imagen o las aspiraciones de ese “Poder del Estado”.

La cuestión sobre la imagen del “Poder Judicial” ilustra el punto. En abril de 2016, por ejemplo, el aumento en el número de libertades condicionales aprobadas fue duramente criticado, con etiquetas burdas como “puerta giratoria”, “liberación masiva de reos” o “perdonazo”<sup>86</sup>. La consecuencia más evidente es que, a los ojos de la opinión pública, los jueces caen en descrédito y desprestigio. Que los jueces cumplan con su rol y apliquen el DL 321 (otorgando a algunos condenados la libertad a la que tienen derecho) deteriora su imagen y la del poder judicial. De modo que cuando otro condenado solicite la libertad condicional o la libertad vigilada intensiva, la pregunta va a ser: ¿el juez resolverá sólo

---

<sup>85</sup> ATRIA, Fernando. “La improbabilidad de la jurisdicción”. En COUSO, Javier y ATRIA, F. (Editores). *La Judicatura como organización*. Instituto de Estudios Judiciales. Expansiva. 2007. p. 36.

<sup>86</sup> Que la prensa llamó “perdonazo” y “liberación masiva de reos”. Véase Emol: “Gendarmería informa que el 7% de los reos liberados el año pasado con “perdonazo” ha reincidido”. 02.04.2017. <http://www.emol.com/noticias/Nacional/2017/04/02/852340/Gendarmeria-informa-que-el-7-de-los-reos-liberados-el-ano-pasado-con-perdonazo-ha-reincidido.html>

Por supuesto, conforme DL 321, la libertad condicional no es un “perdonazo”, sino un derecho de los individuos condenados, cumpliendo los requisitos del art. 2, tales como haber cumplido la mitad de la condena, conducta intachable, haber aprendido un oficio, entre otros.

conforme a los criterios y requisitos del DL 321<sup>87</sup> o los establecidos en la regla del art. 33 de la Ley 18.216? ¿O resolverá preocupado por el impacto que su decisión tendrá en la imagen de la institución? ¿Qué pasa si la misma semana que el juez debe conocer, otro condenado antes liberado condicionalmente comete un nuevo delito (como el caso de quien fue formalizado como presunto homicida en un tiroteo en Valparaíso)<sup>88</sup>? ¿Cómo afecta esto su capacidad para atender al caso y apegarse a derecho en su decisión?

En la medida que los jueces entiendan que parte de su función es proteger su reputación, entonces el caso pasa a ser visto como una oportunidad para mejorar la imagen del Poder Judicial y cada juez empieza a entender que su función no se restringe a atender al caso conforme a la ley, sino que además deberá resolver con un ojo puesto en las consecuencias que su decisión tendrá en la imagen de su organización. El hecho de que por estas polémicas se pida cuentas al presidente de la Corte Suprema (la Comisión de Constitución del Senado<sup>89</sup> lo citó para que diera explicaciones<sup>90</sup>) revela dos cosas: uno, que es la imagen del poder judicial en tanto “Poder” la que se afecta; y dos, que se espera de la Corte una reacción, como superior jerárquico, con los tribunales inferiores (una reacción comisarial), lo que implica entrometerse en la independencia de cada juez.

---

<sup>87</sup> Conforme al art. 4 del DL 321, la libertad condicional se concede por resolución de una Comisión de Libertad Condicional que funciona en la respectiva Corte de Apelaciones y que está integrada por jueces de garantía y de tribunal de juicio oral de la jurisdicción. Antes de la ley 20.587, que modificó el DL 321, la decisión también pasaba por la opinión del Seremi de Justicia respectivo. La modificación fue una de las propuestas del Ejecutivo luego del incendio de la cárcel de San Miguel y tuvo como consecuencia un aumento de las libertades condicionales otorgadas.

<sup>88</sup> Radio BíoBío: "Presunto autor de tiroteo y homicidio en Valparaíso había recibido libertad condicional". 24.05.17. <http://www.biobiochile.cl/noticias/nacional/region-de-valparaiso/2017/05/24/en-prision-preventiva-queda-presunto-autor-del-tiroteo-frente-a-municipio-de-valparaiso.shtml>

<sup>89</sup> Integrada por Alberto Espina, Felipe Harboe y otros.

<sup>90</sup> Oficio N° CL/146/2016 de 3 de mayo de 2016. Afortunadamente, en una correcta comprensión de su rol, el presidente de la Corte, Hugo Dolmestch, se excusó de asistir alegando que las Comisiones integradas por jueces habían resuelto “en conformidad a la ley y considera que no es pertinente referirse, de modo alguno, a sus resultados, por lo que a su juicio nada podría aclararse ni explicar al respecto”. (Oficio N° 61-2016 dirigido a la comisión).

Por este motivo, la manera de dar forma institucional a la jurisdicción es no sólo siguiendo el principio de independencia, sino especialmente a través de la negación del principio comisarial. Por supuesto, si los jueces fueran comisarios, digamos, del ministro del Interior, eso haría probable que la decisión de cada caso sea guiada o influida por lo que en cada caso resulte conveniente u oportuno para el ministro. Pero la situación no es muy distinta si el comisario fuese otro, digamos, por ejemplo, la Corte Suprema. Esto se aprecia en que se ha vuelto común que el ex presidente de la Corte Suprema se entienda a sí mismo como el “representante” o la “cabeza” del “Poder Judicial”, promoviendo determinadas reformas legislativas, algunas históricas<sup>91</sup> o incluso urgentes<sup>92</sup>. De manera que, si el poder judicial en tanto Poder está negociando reformas con el gobierno, se abre un espacio para que determinados casos puedan ser vistos como un medio para facilitar que dichas demandas sean oídas (digamos, por ejemplo, casos en que algún importante ex ministro<sup>93</sup> o senador<sup>94</sup> de la coalición gobernante o familiar<sup>95</sup> de éstos estén envueltos).

---

<sup>91</sup> “Estamos muy defraudados del gobierno” habría dicho Milton Juica, durante su presidencia, al ministro de justicia. La razón sería la demanda histórica de autonomía financiera, que habría sido un compromiso del Presidente Piñera, no estaba cumpliendo (La Tercera: “Teodoro Ribera y su batalla suprema”. 04.11.2011. <http://diario.latercera.com/edicionimpresa/teodoro-ribera-y-su-batalla-suprema/>).

<sup>92</sup> Sólo para dar un ejemplo, en la presidencia de Sergio Muñoz en su discurso del año 2015, sostuvo su expectativa de “avanzar en proyectos pendientes”, reiterando la “urgencia de otras modificaciones”, tales como la reforma procesal civil, la especialización en segunda instancia, etc. Además, Muñoz constató “con preocupación” y “decepción” que iniciativas como la flexibilidad presupuestaria, reformas a los abogados integrantes, etc., no prosperaron y están archivadas en el Congreso. (“Discurso Inaugural 2015”, p. 10-11). <http://www.pjud.cl/documents/10179/1478806/Discurso+con+motivo+de+la+cuenta+p%C3%BAblica+e+inicio+del+a%C3%B1o+judicial+2015.pdf/8281bdfd-01e1-494f-ad02-c7f5ef862515?version=1.1>

<sup>93</sup> El Mostrador: “Pablo Longueira queda con arresto domiciliario nocturno tras ser formalizado por cohecho y delito tributario”. 22.06.2016 <http://www.elmostrador.cl/noticias/pais/2016/06/22/caso-sgm-pablo-longueira-queda-con-arresto-domiciliario-nocturno-tras-ser-formalizado-por-cohecho-y-delito-tributario/>

<sup>94</sup> La Tercera: “Caso Fipes: Corte de Coyhaique aprueba sobreseimiento definitivo de Patricio Walker”. 16.01.2017. <http://www.latercera.com/noticia/caso-fipes-corte-coyhaique-aprueba-sobreseimiento-definitivo-patricio-walker/>

<sup>95</sup> Radio ADN: “Tribunal rechaza sobreseer a Sebastián Dávalos en caso Caval”. 27.06.2017. <http://www.adnradio.cl/noticias/nacional/tribunal-rechaza-sobreseer-a-sebastian-davalos-en-caso-caval/20170627/nota/3504263.aspx>

En otras palabras, las probabilidades de que las reformas (“históricas” o “urgentes”) tengan éxito podrían mejorar en la medida que ciertas decisiones incómodas o molestas para el Ejecutivo no se dicten. No se trata de que las demandas y aspiraciones del “Poder Judicial” sean espurias. Se trata de que cuando hay una finalidad en que el caso es concebido como un instrumento, entonces “el juez pierde o se encuentra expuesto a perder la capacidad de atender a él en sus propios términos”<sup>96</sup>.

Estas dos exigencias (la sujeción sólo a la ley y la ausencia de toda otra finalidad) son las que diferencian al poder judicial del Poder Ejecutivo y del Legislativo; son las que hacen del poder judicial un poder difuso, con minúsculas, una “abreviatura” para referirse a “todos los jueces”; en suma, un poder –como diría Montesquieu– “invisible y nulo”.<sup>97</sup> Esta idea de un poder invisible y nulo explica que hay jueces, cada uno dotado de autoridad, pero no un poder propiamente tal: porque carece de unidad de agencia, no es un agente colectivo. El Poder Legislativo, por contra, sí es un agente colectivo: los diputados y senadores no tienen autoridad en la forma que la tiene un juez, sino que la tienen en la medida en que participan en la formación de la voluntad del órgano. La situación del poder judicial es radicalmente distinta, pues:

No es el poder judicial el que decide un caso o dicta una resolución, es el tribunal respectivo. El poder judicial no actúa, no aparece. Sólo aparece el tribunal. Como un Poder del Estado que actúa en tanto tal... con mayúsculas, el poder judicial no existe<sup>98</sup>

---

<sup>96</sup> ATRIA, Fernando. “Jurisdicción e independencia...”. Op. Cit. p. 136.

<sup>97</sup> MONTESQUIEU. *Del Espíritu de las Leyes*. Libro XI, Cap. 6. p. 108.

<sup>98</sup> ATRIA, Fernando. “Jurisdicción e independencia...”. Op. Cit. p. 135.

## EL SENTIDO CONTRAMAYORITARIO DE LA JURISDICCIÓN PENAL

La legitimidad la tiene cada juez no por ser un comisario de la Corte Suprema, sino porque su decisión es correcta aplicación de la ley. Pero ahora, siguiendo a Ferrajoli, estamos en condiciones de advertir algo más: las sentencias, especialmente las que dictan los jueces en materia penal (el foco de este trabajo), exigen una justificación que descansa sobre la *verdad*. A diferencia de lo que pasa con otro tipo de actos jurídicos, como las leyes, los negocios privados o los decretos administrativos, que “son actos exclusivamente preceptivos, ni verdaderos ni falsos y tampoco cognoscitivamente fundados o infundados”, la jurisdicción “es una actividad prescriptiva que tiene por necesaria justificación una *motivación* total o parcialmente cognoscitiva”<sup>99</sup>. Esto significa que las sentencias exigen, como condición de validez, estar fundadas tanto en hechos como en el derecho (lo que en nuestro ordenamiento se expresa en el art. 19 N° 3 de la Constitución y en el art. 342 del Código Procesal Penal<sup>100</sup>). Que la legitimidad de los actos jurisdiccionales penales está condicionada por su verdad procesal, explica que la “*falsedad fáctica* [de los discursos asertivos de fundamentación sea] motivo de impugnación y reforma mediante recursos”<sup>101</sup> (como en el art. 374 letra e del Código Procesal Penal o de modo más claro el art. 473<sup>102</sup>).

Es la especial vinculación con la verdad lo que fundamenta la independencia de los jueces penales frente a los poderes legitimados mayoritariamente: una actividad cognoscitiva “no puede, por principio, someterse a otros imperativos que no sean los inherentes a la investigación de la

---

<sup>99</sup> FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*. Editorial Trotta. Madrid. 2001. Año Orig. 1989. p. 542.

<sup>100</sup> Art. 342.- Contenido de la sentencia. La sentencia definitiva contendrá: c) La exposición clara, lógica y completa de cada uno de los hechos y circunstancias que se dieron por probados, fueren ellos favorables o desfavorables al acusado, y de la valoración de los medios de prueba que fundamentaren dichas conclusiones de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 297;

<sup>101</sup> FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y razón... Op. Cit.* p. 543.

<sup>102</sup> Art. 473.- Procedencia de la revisión. La Corte Suprema podrá rever extraordinariamente las sentencias firmes en que se hubiere condenado a alguien por un crimen o simple delito, para anularlas, en los siguientes casos: b) Cuando alguno estuviere sufriendo condena como autor, cómplice o encubridor del homicidio de una persona cuya existencia se comprobare después de la condena. Véase también art. 374-e).



verdad”<sup>103</sup>. Y en esa indagación, cualquier condicionamiento o presión externa no aporta, sino que se opone al esclarecimiento de la verdad. La apelación a la autoridad, aunque sea expresión de la mayoría o de la unanimidad de los miembros, no puede nunca ser un criterio de verdad. Esto explica el sentido contramayoritario de la jurisdicción penal y por qué los jueces penales no sólo no precisan legitimación de tipo representativo (orgánico-personal, dijimos con Böckenförde), sino que más bien no la admiten. Es la idea de Ferrajoli en el epígrafe de este capítulo, que ahora conviene citar en extenso:

No puede castigarse a un ciudadano sólo porque ello responda al interés o a la voluntad de la mayoría. Ninguna mayoría, por más aplastante que sea, puede hacer legítima la condena de un inocente o subsanar un error cometido en perjuicio de un solo ciudadano. Y ningún consenso político –del parlamento, la prensa, los partidos o la opinión pública– pueden suplantar la falta de prueba... En un sistema penal garantista, el consenso mayoritario o la investidura representativa del juez no añaden nada a la legitimidad de la jurisdicción, dado que ni la voluntad o el interés general ni ningún otro principio de autoridad pueden hacer verdadero lo falso, o viceversa<sup>104</sup>

Si Ferrajoli tiene razón y los ciudadanos están doblemente amenazados –no sólo por los delitos, sino también por las penas arbitrarias–, entonces una legitimación mayoritaria de los jueces puede incluso ser un peligro, el riesgo permanente de imprimir al juicio una orientación partidaria que se opone a la imparcialidad exigida por la jurisdicción.

De modo que la exigencia de jueces independientes no es otra cosa que velar por la inmunidad del ciudadano inocente frente a puniciones arbitrarias. Y a la inversa, si los jueces fuesen comisarios de alguien o tuvieran finalidades ajenas a decidir conforme a la ley y la verdad, en la medida que el juez pierde independencia, se erosiona la inmunidad del inocente. “Si a la mayoría

---

<sup>103</sup> FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y razón...* Op. Cit. p. 544.

<sup>104</sup> *Ibíd.* p. 544.

le fuese confiado también el poder judicial”, sostiene Ferrajoli, “se pondrían en peligro las libertades de los disidentes y sus espacios legítimos de desviación”<sup>105</sup>.

“Todo estaría perdido”, apunta Montesquieu, “si el mismo hombre, el mismo cuerpo de personas principales... ejerciera los tres poderes: el de hacer las leyes, el de ejecutar las resoluciones públicas y el de juzgar los delitos o las diferencias entre particulares”, porque “si va unido al poder legislativo, el poder sobre la vida y la libertad de los ciudadanos sería arbitrario, pues el juez sería al mismo tiempo legislador”<sup>106</sup>. Por eso, la idea de jurisdicción aquí defendida ilumina el sentido de la división de poderes y la independencia judicial a la manera de Montesquieu: como un sistema de frenos y contrapesos para preservar la libertad de los ciudadanos, para que “el poder frene al poder”.

Así, defender la independencia de los jueces no es otra cosa que defender las condiciones necesarias para “hacer posible la vida política sin opresión, para que podamos vivir juntos sin tratarnos unos a otros como instrumentos para hacer posible esa convivencia”.<sup>107</sup> Impedimento de arbitrariedades y abusos sobre las libertades individuales, freno a las razones de estado y a los intereses políticos contingentes, garantía de imparcialidad y por consiguiente de igualdad de los ciudadanos: la independencia de cada juez –no sólo del “Poder Judicial”– se erige como un pilar fundamental en el estado de derecho.

La exigencia de jueces independientes (y su inevitable margen de ilegitimidad representativa o personal) es una forma de preservar de la opresión de la mayoría no desviada a aquel que se sospecha desviado, “de tal manera que un juez pueda absolverlo incluso contra la voluntad de todos”<sup>108</sup>. Su legitimidad democrática se satisface previamente por la función legislativa, a la que está confiada la definición general y abstracta de los delitos y penas. De modo que detrás de la

---

<sup>105</sup> *Ibíd.* p. 545.

<sup>106</sup> MONTESQUIEU. *Del Espíritu de las Leyes*. Libro XI, Cap. 6.

<sup>107</sup> ATRIA, Fernando. *La forma...* Op. Cit. p. 225.

<sup>108</sup> FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y razón...* Op. Cit. p. 545.

independencia de los jueces (y de la distinción entre justificar y aplicar normas legales) se encuentra la más admirable promesa del derecho moderno: “que podemos gobernarnos a nosotros mismos y al mismo tiempo tratarnos como fines, no como medios”.<sup>109</sup>

## **IDEAS BAJO ATAQUE: LA EROSIÓN DE LA FUNCIÓN DEL JUEZ**

Hemos visto lo que verdaderamente importa tras la idea de que el juez es “independiente de toda otra autoridad” (art. 12 COT): hacer posible el autogobierno y la vida sin opresión. Pero esta idea hoy está siendo atacada desde afuera, pero de modo más preocupante, desde el interior de la propia “cultura” jurídica. Y el resultado es que los cimientos sobre los cuáles reposa se están volviendo más frágiles de lo que imaginamos.

Como ya sabemos, la idea de sujeción a la ley y sólo a la ley está en crisis; hoy resulta cada vez más implausible: una quimera, una “ilusión racionalista”. Pero no sólo se desecha una comprensión caricaturizada (“mecánica”); sino que, en un contexto de amplio descrédito y deslegitimación de las instituciones representativas, la apelación a la sujeción a la ley suena ingenua o vacía: no es claro qué se defiende con la sujeción a la ley si los procedimientos legislativos han sido secuestrado por los poderosos, el empresariado, la “clase política”.<sup>110</sup>

Esta situación, según explica el profesor Atria, marca el tránsito del juez autómatas al activista. Y éste último es un juez que entiende su lealtad a la ley en forma derivada (no directa): la ley no vincula al juez por ser ley, sino sólo si respeta los derechos constitucionales, los derechos humanos reconocidos por el derecho internacional (incluso “el no escrito”, afirmó explícitamente

---

<sup>109</sup> ATRIA, Fernando. “Jurisdicción e independencia...”. Op. Cit. p. 141.

<sup>110</sup> Pero este punto de vista escéptico de la ley no deja de ser ingenuo, porque ignora la improbabilidad del desempeño no mediado institucionalmente de la función. ¿Por qué la opinión de un funcionario ha de prevalecer frente a la de los demás ciudadanos? (véase Nota 83, p. 35).

un destacado magistrado<sup>111</sup>). Pero estos estándares no son susceptibles de aplicación concreta y por eso el profesor Atria denuncia este paso como una regresión al derecho premoderno, donde no hay distinción entre crear y aplicar derecho, pues el juez no decide conforme a una decisión genérica fijada de antemano por el legislador, sino por apelación directa a la justicia, la razón, los derechos humanos, etc. La consecuencia es un déficit de legitimidad: si no hay vinculación directa del juez a la ley, entonces la independencia es una exigencia enteramente injustificada.

Por eso, el paso hacia el juez activista es inestable: no es un punto de llegada, es un punto de tránsito hacia el juez comisario. En efecto, las decisiones de un juez autómatas o son implausibles (un “mito”) o sacrifican lo suyo de cada uno (cuando se ha caído en el formalismo, en sentido peyorativo, como puro culto a la forma por la forma misma, una aplicación “mecánica” de la ley). Este precio, demasiado alto, pretende ser superado por el activista, que retiene del juez la idea de dar a cada uno lo suyo, pero lo hace sacrificando o volviendo irrelevante la ley (pues apela inmediatamente a la razón a la manera del derecho premoderno). En ambos casos hay una disociación con la estructura judicial: la organización empieza a parecer cada vez más irracional y este déficit de legitimidad motiva una presión o demanda –crecientemente intensa– de reforma o reinterpretación de la institución en clave comisarial (que ya vimos es la lógica de la Administración).

De esta presión hemos tenido confirmación una y otra vez. Hace algunos años, por ejemplo, la Corte de Apelaciones de Valparaíso acogió a tramitación un recurso de protección en contra de diputados que habían rechazado un proyecto de ley sobre el derecho a voto de chilenos en el extranjero.<sup>112</sup> Por supuesto, lo importante no es que la Corte de Valparaíso haya sido claramente incompetente para conocer del recurso, sino que, como dice Atria, lo significativo es que “la

---

<sup>111</sup> Lo afirmó el juez Carlos Cerda, explícitamente, en una entrevista radial. Véase ATRIA, Fernando. *La forma...* Op. Cít. p. 239.

<sup>112</sup> El Mercurio: “Diputados piden que la Suprema dirima pugna entre Cámara y Corte de Valparaíso”, 2 de julio de 2007.

reacción de la Cámara de Diputados, a través de su presidencia, fue solicitar una entrevista con el Presidente de la Corte Suprema para que éste dirimiera el conflicto entre la corte de apelaciones y la Cámara”.<sup>113</sup> También hace algunos años, el ministro del Interior de la época, preocupado por resoluciones de juzgados de garantía que rechazaron solicitudes de prisión preventiva, se reunió con el presidente de la Corte Suprema para entregarle un “sobre” con antecedentes de casos que a su juicio estaban mal decididos.<sup>114</sup>

Ambos casos, sostiene Atria:

manifiestan una radical incompreensión de la independencia judicial, porque muestran que los diputados y el Poder Ejecutivo entienden la organización de la jurisdicción como una organización comisarial. Y si el Presidente de la República y el Congreso tienen esta comprensión de la jurisdicción, es difícil evitar que los propios jueces la desarrollen: refiriéndose al ‘sobre’ con antecedentes entregado por el Ministro del Interior, el propio Presidente de la Corte Suprema aclaró: “son para estudiar una posibilidad de tener una norma general que impartir por parte de la Corte”<sup>115</sup>

Por supuesto, esto implica entender a la Corte Suprema como un “jefe” de servicio, un superior jerárquico, que puede dar instrucciones o remover al inferior. Pero esta lógica comisarial niega la jurisdicción, borra la independencia. Ya no es probable que el juez aplique la ley sin ninguna otra finalidad ajena: la lealtad del juez a la verdad y a la ley se distorsiona por la lealtad al superior jerárquico; la ausencia de toda otra finalidad se suple por lo que es conveniente y oportuno al superior.

No es casual que la incompreensión de la independencia se agudice en materia penal. Ocurre porque la operación habitual de la jurisdicción penal, en la medida que respeta garantías del ciudadano, generará controversias (incluso desprestigio, como vimos arriba). En un clima

---

<sup>113</sup> ATRIA, Fernando. “La improbabilidad de la jurisdicción”. Op. Cit. p. 48.

<sup>114</sup> El Mercurio: “Interior lleva libertades polémicas a la Suprema”, 6 de julio de 2007.

<sup>115</sup> ATRIA, Fernando. “La improbabilidad de la jurisdicción”. Op. Cit. p. 48. Y Atria cita: El Mercurio: “Suprema revisará polémicos casos que entregó Velasco”, 11 de julio de 2007.

obsesionado con la seguridad, se reprocha a los jueces la llamada “puerta giratoria”, el “garantismo”, estar más preocupados por “los derechos de los delincuentes que de los inocentes”<sup>116</sup>, etc. De modo que cuando un juez de garantía resuelve la libertad o prisión preventiva del imputado, o cuando un tribunal oral condena o absuelve a una persona, la presión –sea que provenga del gobierno, de la prensa, de las víctimas o de la opinión pública– puede llegar a ser extraordinariamente fuerte.

Basta mirar al ministro del Interior para percatarse. Tanto Rodrigo Hinzpeter<sup>117</sup> como Jorge Burgos<sup>118</sup> (y no importa el color del gobierno, en la erosión de la función judicial hay una oscura fraternidad), sostuvieron una comprensión comisarial de la jurisdicción. Para los ex ministros, los jueces son un eslabón más en la estrategia de seguridad ciudadana y por consiguiente deben hacer su “aporte”, al igual que los fiscales y las policías, a la llamada “lucha contra la delincuencia”. “Esto es exigirles que dejen de ser jueces”<sup>119</sup>, apunta el profesor Atria.

Si el juez absuelve o condena, no por aplicación de la ley ni motivado por la verdad, sino persiguiendo una finalidad distinta (sumarse a la lucha o dar señales contra el delito), entonces trata a los individuos como medios para esos fines: decide estratégicamente sobre su libertad. Que los jueces deben ocuparse no de determinar lo que en derecho corresponde al imputado,

---

<sup>116</sup> The Clinic: “Piñera: ‘Algunos jueces piensan que son más importantes los derechos de los delincuentes que de los inocentes’”. 05.11.2013. <http://www.theclinic.cl/2013/11/05/pinera-respaldo-la-idea-del-observatorio-judicial-algunos-jueces-piensen-que-son-mas-importantes-los-derechos-de-los-delincuentes-que-de-los-inocentes/>

<sup>117</sup> El Mostrador: “Hinzpeter insiste que jueces y fiscales deben acompañar labor contra la delincuencia”. 18.04.2012. <http://www.elmostrador.cl/noticias/pais/2012/04/18/hinzpeter-insiste-que-jueces-y-fiscales-deben-acompanar-labor-contra-la-delincuencia/>

<sup>118</sup> Ante las cifras de la delincuencia, Burgos expresó: “aquí el fracaso no es sólo del gobierno. Yo lo asumo, en los tres meses y medio que llevo (en el cargo), y lo asumo como gobierno, Ministerio del Interior y Seguridad Pública. Pero es un fracaso también de las policías, de los fiscales, de los jueces”. La Tercera: “Burgos por delincuencia: ‘Es un fracaso del gobierno, las policías, fiscales y jueces’”. 03.09.2015. <http://www.latercera.com/noticia/nacional/2015/09/680-645632-9-burgos-por-delincuencia-es-un-fracaso-del-gobierno-las-policias-fiscales-y.shtml>

<sup>119</sup> ATRIA, Fernando. “La improbabilidad de la jurisdicción”. Op. Cit. p. 50.

sino de cómo realizar una contribución más efectiva para “combatir la delincuencia” es una exigencia inaceptable en un estado de derecho.

Por supuesto, en algún sentido los jueces en materia penal cumplen una función en esa “lucha”, pero “esa función sólo puede ser cumplida mediatamente, es decir, en la medida en que no es directamente perseguida”<sup>120</sup>. Rawls, reconciliando a utilitaristas y retribucionistas, lo explica diferenciando la pregunta por la práctica (¿por qué tenemos instituciones de castigo?) de la pregunta por una acción que cae dentro de esa práctica (¿por qué se castigó a Mauricio Ortega y no a otro?). Y esta distinción (nuevamente entre justificar y aplicar) da cuenta de la diferente posición del juez y el legislador. El legislador mira hacia el futuro y considera razones utilitaristas para promover el interés general y, por consiguiente, no hay nada de raro en que pretenda prevenir el delito mediante la tipificación de conductas, la imposición o el endurecimiento de penas. Pero el juez, cuando condena a un hombre, no lo hace para prevenir el delito ni dar señales a nadie, sino únicamente “porque es culpable y lo es porque quebrantó la ley”<sup>121</sup>. Por eso el proceso y el juez miran, a diferencia del legislador, hacia el pasado, para acreditar los hechos en que se funda la sentencia. Lo mismo pasa en el derecho civil: si bien puede decirse que el derecho de contratos persigue la cooperación y el intercambio, el tribunal que condena a una parte a cumplir el contrato forzosamente, lo hace no porque sea socialmente útil, sino por aplicación de reglas que son opacas a dicha finalidad.

Pero la desorientación sobre la función jurisdiccional (que pide jueces que sean comisarios de un superior o que persigan fines ajenos a aplicar la ley), no se agota en los políticos ya mencionados (u otros como Andrés Chadwick<sup>122</sup>, Felipe Harboe<sup>123</sup> o Evelyn Matthei<sup>124</sup>); sino que alcanza

---

<sup>120</sup> ATRIA, Fernando. *La forma...* Op. Cit. p. 243.

<sup>121</sup> RAWLS, John. “Dos conceptos de...”. Op. Cit. p. 214.

<sup>122</sup> La Tercera: “Ministro Chadwick y nuevas cautelares de Berkhoff: ‘A veces la carga se hace pesada cuando los Tribunales no nos colaboran’”. 07.02.2013. <http://www.latercera.com/noticia/nacional/2013/02/680-507881-9-ministro-chadwick-y-nuevas-cautelares-de-berkhoff-a-veces-la-carga-se-hace.shtml>

también a destacados académicos. Así, los profesores Cristián Riego y Mauricio Duce, ambos partícipes de la reforma procesal penal, han hecho eco de que ciertas resoluciones judiciales, pese a ser minoritarias o anecdóticas, “han producido un enorme impacto negativo” que explica en parte la “fuerte presión a favor del uso de la prisión preventiva”<sup>125</sup>. Así, preocupado por ciertos casos que provocan una “deslegitimación extraordinaria”, Riego sostuvo:

Me parece que es necesario reconocer que uno de los valores del sistema está en la protección de su propia legitimidad. Cuando el juez de garantía resuelve y toma sus decisiones fundamentales, una de las cuestiones que debería plantearse es cómo proteger su legitimidad<sup>126</sup>

Nuevamente, la exigencia es instrumentalizar al imputado, decidir estratégicamente sobre su libertad. A la pregunta que hacíamos más arriba, sobre si el juez penal debe considerar el impacto que su decisión tendrá en la imagen o el prestigio del poder judicial, Riego responde que sí: el juez de garantía debe decidir la prisión preventiva o libertad de un sujeto no sólo conforme a los requisitos y criterios del art. 140 del Código Procesal Penal, sino también considerando cuál es la decisión que contribuye de mejor forma a proteger la legitimidad del sistema. Pero si el criterio es uno distinto de la ley, entonces el imputado reprochará y con razón: “¿Por qué *mi* libertad es usada para proteger la legitimidad del sistema?”. El sentido de la independencia es precisamente

---

<sup>123</sup> La Tercera: "Harboe pide explicaciones a la Corte Suprema por libertad de delincuentes con alto compromiso delictual". 05.05.2017 <http://www.latercera.com/noticia/harboe-pide-explicaciones-a-la-corte-suprema-por-libertad-de-delincuentes-con-alto-compromiso-delictual/>

<sup>124</sup> La Segunda: "Matthei por caso Bombas: 'Tenemos jueces que parecen defensores de delincuentes y terroristas'". 13.11.2013. <http://www.lasegunda.com/Noticias/Politica/2013/11/892541/Matthei-por-caso-Bombas-Tenemos-jueces-que-parecen-defensores-de-delincuentes-y-terroristas>

<sup>125</sup> DUCE, Mauricio y RIEGO, Cristián. *La prisión preventiva en Chile: Análisis de los cambios legales y su impacto*. Ediciones UDP. Santiago. 2011. p. 269. Es interesante que los autores reconozcan que a menudo no tiene que ver con las decisiones en sí, sino antes bien con “desconocimiento del funcionamiento del sistema” o una “prensa orientada al escándalo”. ¿Qué podrían hacer los jueces en sus decisiones jurisdiccionales frente a esto?

<sup>126</sup> RIEGO, Cristián *et. Cía. Seguridad Ciudadana y Reforma Procesal Penal*. Fundación Paz Ciudadana. Santiago. 2006. p. 12.



evitar este dilema al juez, hacerlo inmune para excluir de sus preocupaciones lo que Riego espera que considere.

La pretensión de Riego es que, en términos que ocupamos más arriba, los jueces sean activistas disfrazados de jueces cuando se trate de cuidar su legitimidad (porque la idea es que decidan atendiendo no a la ley, sino a las consecuencias de la decisión frente a casos de potencial “deslegitimación extraordinaria”). Adicionalmente, si parte de la función del juez consiste en velar por la legitimidad del sistema, ¿cómo determina cada juez lo que en el caso concreto es conveniente para esa legitimidad? ¿En base a sondeos de opinión o a sus creencias o especulaciones? ¿Qué ocurre si dos jueces discrepan o si uno de ellos se niega o yerra en la protección de la legitimidad del sistema? ¿Debe corregirlos un juez superior a ambos, que los controle a ambos o a quien rindan cuentas? El punto es que una vez abierta la decisión a fines ajenos a la ley, se abre también la inevitable pendiente hacia una comprensión comisarial de la jurisdicción.

Con todo, Riego y Duce sostienen que introducir explícitamente una causal de procedencia de la prisión preventiva ligada a “conceptos como la alarma pública o la protección de la legitimidad del sistema” ayudaría a blanquear o transparentar “criterios que muchas veces están presentes en las decisiones, pero por debajo de la mesa y sin posibilidad de ser controlados”<sup>127</sup>. Como veremos hacia el final de este trabajo, esto es lo que pudo ocurrir en causas de alta exposición mediática e interés público, desde el caso Penta hasta casos de detenciones en manifestaciones estudiantiles. Pero que los jueces desatiendan la ley, por evitar la deslegitimación del sistema, debe ser visto como un caso en que la decisión jurisdiccional no tuvo lugar, no para hacernos reformular la jurisdicción.

---

<sup>127</sup> DUCE, Mauricio y RIEGO, Cristián. *La prisión preventiva...* Op. Cit. p. 269.

Las polémicas sobre las libertades condicionales y el observatorio judicial, que vimos más arriba, confirman también lo que hemos venido observando: que la idea de jurisdicción aquí defendida y lo importante que en ella se juega (la posibilidad del autogobierno y vida sin opresión) están bajo un constante ataque.

Esta presión por reinterpretar su estructura podría conducir a lo que Atria describe metafóricamente como un “movimiento de placas tectónicas institucionales”. Su idea es más o menos así: las instituciones descansan sobre ideas. En el caso de la judicatura, la independencia (sujeción a la ley, legitimidad material, etc.) simplemente ya no es la idea dominante; y por tanto, las estructuras institucionales que la resguardan se han vuelto en alguna medida incomprensibles. En tal situación, la acción bajo estas estructuras tiende y tenderá a reinterpretar la institución a la luz de las ideas dominantes: que los tribunales se arreglan conforme a fines (más allá de la aplicación del derecho, como “proteger la legitimidad del sistema” o ser parte de la “lucha contra la delincuencia”) y que, asimismo, la “independencia” es respecto de los otros poderes del estado, pero que la lógica interna judicial perfectamente puede y debe ser la del mandato (la que antes veíamos es propia de la Administración), que entiende a los tribunales como mandatarios o comisarios del tribunal superior.

Y el paso de una estructura de independencia a una comisarial no es difícil. Como veremos en el Capítulo II, ni siquiera requiere modificación legislativa. En la próxima sección analizaremos mecanismos y disfuncionalidades que, en la propia estructura judicial (tales como el sistema de calificaciones, el régimen disciplinario, la carrera judicial, etc.), amenazan la capacidad del juez para atender al caso y sujetarse a la ley. Estas disfuncionalidades serán de suma importancia cuando nos preguntemos por la manera en que la prensa, la exposición mediática y la opinión pública pueden afectar las decisiones de los jueces penales.

## Capítulo II

### ANOMALÍAS ESTRUCTURALES DE LA JUDICATURA

¿Resguarda debidamente su diseño institucional  
la independencia de cada juez?

*“Ustedes dirán: ‘¿pero qué clase de jueces son esos? ¿O sea que a la hora de dictar una resolución usted me está diciendo que sacan una calculadora y calculan si la resolución que dicta es A, entonces alarma, luz roja, mal resultado para la carrera; si dicta esta otra resolución B, ya, luz amarilla; y si dicta la resolución C, ya definitivamente verde, y que los jueces acomodan su decisión a eso? Sí, eso estoy diciendo. Y hay que decirlo claramente, porque si no, no identificamos cuál es el problema... [Por supuesto que] hay héroes en la judicatura, jueces que se aprietan bien el cinturón y dicen ‘hago lo que estoy llamado a hacer y aplico la ley, y no me importa la queja, no me importa que no me van a poner en terna justo cuando me quiero promover’. Hay de esos también. El tema es que las organizaciones no deben ser hechas pensando en estos héroes, sino que tienen que ser pensadas para seres humanos comunes y corrientes, con fortalezas y debilidades”*

**–María Francisca Zapara, jueza de garantía<sup>128</sup>**

*“la carrera tiene el peligro de transformarse en el gusanillo siempre presente en el subconsciente del magistrado... que llega a transformarse en una obsesión en los periodos críticos de su vida en los que está próximo a alcanzar la antigüedad necesaria para aspirar al ascenso. Puede suceder, así, que el magistrado se sienta inclinado naturalmente... a considerar como óptimo modo de hacer justicia el que mejor conviene a su propia carrera”*

**–Piero Calamandrei<sup>129</sup>**

En octubre de 2011, el año de las manifestaciones políticas y protestas estudiantiles, el entonces ministro de justicia Teodoro Ribera, anunció que el gobierno evaluaría los fallos de los jueces a la hora de decidir su posible ascenso. Lo dijo en medio de críticas que el propio ejecutivo dirigió a los

---

<sup>128</sup> Palabras pronunciadas en la Conferencia *Independencia y eficacia de la justicia*. Realizado en la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile. Panel 3: “Independencia judicial: ¿Quién gobierna a los jueces?”. 01.12.2016.

<sup>129</sup> CALAMANDREI, Piero. *Proceso y democracia*. Conferencias pronunciadas en la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional Autónoma de México. Ediciones Jurídicas Europa-América. Buenos Aires. 1960. p. 100.

jueces de garantía que habían dejado en libertad a imputados por desórdenes y hechos de violencia durante las más de 100 marchas realizadas ese año en la capital.<sup>130</sup>

Casi medio siglo antes, al analizar los peligros de la injerencia del gobierno sobre los jueces, Piero Calamandrei ya había imaginado esta situación:

el ministro puede sentir la tentación, con motivo de algún proceso que tenga importancia política, de servirse de la intervención jerárquica... para desviar o limitar de hecho la independencia del juez... Pero si el ministro o los politicastos que se ocultan en la sombra dan a entender discretamente que de la forma en que decida determinado proceso puede depender un ascenso deseado o un temido traslado, es claro que por este camino volverán a asomarse en la conciencia del juez los estímulos perturbadores de orden privado, a los cuales el empleado, que piensa en su sueldo y en los estudios de sus hijos, no puede permanecer insensible<sup>131</sup>

Tal como el premonitorio Calamandrei, frente a los dichos de Ribera surgieron voces de lucidez.

“Los jueces están para respetar el estado de derecho”, respondió el entonces presidente de la Corte Suprema<sup>132</sup>. Es un “ataque cruzado hacia la independencia de los jueces, donde el Ejecutivo postula a una suerte de veto en el nombramiento de quienes no adscriben al criterio que éste estima correcto” y “en esos términos, esas aseveraciones que hizo el ministro son inaceptables”,

---

<sup>130</sup> “el ministro de Justicia, Teodoro Ribera, dijo que el gobierno analizará los fallos de los jueces a la hora de que estos se enfrenten a alguna instancia de ascenso en el Poder Judicial. Los dichos del titular de Justicia surgen en medio de las críticas realizadas por el gobierno a las resoluciones de jueces de garantía que han terminado, en su mayoría, por dejar en libertad a encapuchados implicados en desórdenes y hechos de violencia durante las más de 100 marchas realizadas este año en la capital, 38 de ellas convocadas por la Confech. A la fecha, de los 1.781 detenidos en enfrentamientos con la policía, sólo cinco personas permanecen en prisión preventiva”. La Tercera: “Encapuchados: gobierno analizará fallos de jueces antes de decidir ascensos”. 22.10.2011. <http://diario.latercera.com/2011/10/22/01/contenido/pais/31-87815-9-encapuchados-gobierno-analizara-fallos-de-jueces-antes-de-decidir-ascensos.shtml>

<sup>131</sup> CALAMANDREI. *Proceso y democracia*. Op. Cit. p. 95.

<sup>132</sup> La Tercera: “Juica responde a ministro de Justicia: ‘Los jueces están para respetar el estado de derecho’”. <http://www.latercera.com/noticia/juica-responde-a-ministro-de-justicia-los-jueces-estan-para-respetar-el-estado-de-derecho/>

replicó la Asociación Nacional de Magistrados<sup>133</sup>. Incluso se dijo que la actuación del ministro estaba al margen de la inconstitucionalidad<sup>134</sup>.

El caso revela que hay “estímulos perturbadores de orden privado”, ante los cuales el juez, “que piensa en su sueldo y en los estudios de sus hijos”, no puede permanecer indiferente. Estos estímulos representan una seria amenaza para la función del juez (aplicar la ley sin ninguna otra finalidad) y una organización judicial en verdad comprometida con esa función, debe considerar en su diseño formas o mecanismos para purgar o neutralizar esos estímulos que la obstaculizan o la hacen improbable.

¿Qué ocurre con el poder judicial en nuestro país? ¿Se organiza su estructura de modo que garantice debidamente la sujeción del juez a la ley? La literatura nacional, desde los años noventa en adelante, coincide en que dista mucho de hacerlo. Así lo han expresado Aldunate<sup>135</sup>, Atria<sup>136</sup>, Bordalí<sup>137</sup>, Correa<sup>138</sup>, Flores<sup>139</sup>, Horvitz<sup>140</sup>, Vargas<sup>141</sup>, entre otros. Esto es así, principalmente, porque como señala María Francisca Zapata,

---

<sup>133</sup> Milton Juica: “La evaluación de los jueces le corresponde exclusivamente al Poder Judicial”. <http://radio.uchile.cl/2011/10/24/milton-juica-%E2%80%99Cla-evaluacion-de-los-jueces-le-corresponde-exclusivamente-al-poder-judicial%E2%80%99D/> Y El Mostrador: Asociación de Magistrados: ‘Esas aseveraciones que hizo el señor ministro Ribera son inaceptables’”. <http://www.elmostrador.cl/noticias/pais/2011/10/24/asociacion-de-magistrados-esas-aseveraciones-que-hizo-el-senor-ministro-ribera-son-inaceptables/?v=desktop>

<sup>134</sup> La Tercera: “Frei califica de ‘inconstitucional e ilegal’ cuestionamientos del gobierno al Poder Judicial”.

<sup>135</sup> ALDUNATE, Eduardo. “Reflexiones en torno al rol de la Corte Suprema en el gobierno judicial”. En GARCÍA, José Francisco *et. Cía* (Editores). *Reforma al Poder Judicial: gobierno judicial, Corte Suprema y gestión*. pp. 121 y ss. LyD. Universidad Católica. Universidad Adolfo Ibáñez. 2007.

<sup>136</sup> ATRIA, Fernando. “La improbabilidad de la jurisdicción”. En COUSO, Javier y ATRIA, F. (Editores). *La Judicatura como organización*. Instituto de Estudios Judiciales. Expansiva. 2007.

<sup>137</sup> BORDALÍ, Andrés. “Análisis crítico de la función e independencia judicial en el Derecho chileno”. En COUSO, Javier y ATRIA, Fernando (Editores). *La Judicatura...* Op. Cit. pp. 57-82.

<sup>138</sup> CORREA, Rodrigo. “El gobierno judicial ante la constitución”. REJ Revista de Estudios de la Justicia N° 6. 2005. pp. 117-126.

<sup>139</sup> FLORES, Álvaro. “Gobierno judicial: el caso chileno, la reforma olvidada”. REJ Revista de Estudios de la Justicia. N° 6. 2005. pp. 127-145.

<sup>140</sup> HORVITZ, María Inés. “Independencia de los jueces y estructura judicial”. En COUSO, Javier y ATRIA, Fernando (Editores). *La Judicatura...* Op. Cit. pp. 125-142.

Quienes toman las decisiones respecto a premiar o castigar vía permitir (o no) la posibilidad de nombramientos a través de la inclusión en la terna respectiva, son los mismos funcionarios judiciales que día a día revisan las decisiones jurisdiccionales de los postulantes al cargo vacante<sup>142</sup>

De este modo, la estructura institucional genera “incentivos para la sumisión a la jerarquía por sobre la efectiva sujeción a la ley”<sup>143</sup>, pues “sólo respetando fielmente la voluntad de los superiores jerárquicos, el inferior puede aspirar a una carrera judicial ascendente”<sup>144</sup>. Como dice Agustín Squella, mientras las agresiones externas a la independencia (que provienen de otros poderes o del exterior de la judicatura) están más expuestas a ser evidenciadas (como el caso del ministro Ribera); los atentados contra la autonomía interna,

en tanto se producen puertas adentro del propio Poder Judicial, suelen ser menos visibles, aunque también más frecuentes y numerosos, quedando muchas veces confinados a [sus] cuatro paredes... de igual modo, siempre será más fácil que un juez se deje atropellar antes en su independencia interna que en la externa, ello considerando que sus calificaciones y ascensos dependen de sus superiores<sup>145</sup>

## **ESTRUCTURA JUDICIAL Y CARRERA DE LOS JUECES**

No es una sorpresa para nadie si se describe al poder judicial chileno como un modelo “piramidal, jerárquico o tecno burocrático de la organización de la magistratura”<sup>146</sup>, que recoge “el más

---

<sup>141</sup> VARGAS, Juan Enrique. “Alternativas para estructurar el gobierno judicial respetando la independencia de los jueces”. En COUSO, Javier y ATRIA, Fernando (Editores). *La Judicatura...* Op. Cit. pp. 97-124.

<sup>142</sup> ZAPATA, María Francisca. “El sistema organizacional de la judicatura chilena. Análisis Crítico y Bases para su Reformulación”. En Anuario de Filosofía Jurídica y Social N° 27. Ponencias en Mendoza. Sociedad Chilena de filosofía jurídica y social. 2009. p. 140.

<sup>143</sup> *Ibíd.* p. 141.

<sup>144</sup> HORVITZ, María Inés: “Independencia de los jueces...”. Op. Cit. p. 129.

<sup>145</sup> SQUELLA, Agustín. “Independencia interna del Poder Judicial: Ante quiénes, en qué y para qué tenemos jueces independientes”. En COUSO, Javier y ATRIA, Fernando (Editores). *La Judicatura...* Op. Cit. p. 17.

<sup>146</sup> FLORES, Álvaro: “Gobierno judicial...”. Op. Cit. p.129.

napoleónico”<sup>147</sup> sistema de carrera. Este diseño se caracteriza por la congestión de funciones en la cúspide, de modo que las Cortes concentran funciones no sólo jurisdiccionales (en virtud de las cuales revisan –confirman o revocan– las decisiones de los jueces de base), sino también las del llamado “gobierno judicial”<sup>148</sup> (entre las cuales están las facultades relativas al reclutamiento de los jueces, la confección de ternas y quinas para su nombramiento, su calificación, traslado y el ejercicio de potestades disciplinarias y de remoción)<sup>149</sup>.

La carrera de los jueces replica esta estructura: ancha en la base y a medida que se asciende, más angosta hasta la cúspide. Es la carrera definida en el escalafón primario, que tiene siete peldaños que la ley llama “categorías”<sup>150</sup>, integradas también por secretarios, relatores y fiscales judiciales. Cada una de las siete categorías corresponde a un grupo de cargos, en una relación biunívoca, de manera tal que ocupar un cargo significa integrar determinada categoría y, a la inversa, si se integra una categoría es porque sólo se puede desempeñar alguno de los cargos que corresponden a ella. Así, si se es presidente, ministro o fiscal judicial de la Corte Suprema, entonces se está en la primera categoría y simétricamente si se está en la primera categoría entonces sólo se puede ser titular en dichos cargos.

---

<sup>147</sup> BORDALÍ, Andrés. “Análisis crítico...”. Op. Cit. p. 69.

<sup>148</sup> Atria y Correa critican la expresión “gobierno judicial” pues sugiere que la jurisdicción debe ser gobernada y que la discusión entonces gira en torno a cuál es la forma más adecuada de gobierno. Tal sugerencia yerra olímpicamente, pues, como vimos en el capítulo I, la función de los jueces (el contenido de las resoluciones judiciales) es la aplicación de la ley, la forma de hacer institucionalmente viable la sujeción del juez a la ley es el principio de independencia (al cual la idea de gobierno se opone). ATRIA, Fernando y CORREA, Rodrigo. “La organización de la judicatura en el estado democrático de derecho”, en *Gobierno Judicial*. Instituto de Estudios Judiciales. [www.iej.cl](http://www.iej.cl).

<sup>149</sup> Aldunate conceptualiza así la idea de gobierno judicial, pero también señala que el concepto amplio incorpora “la actividad de administración judicial, que es aquella actividad que consiste en la gestión de recursos humanos y materiales que permite ubicar al órgano jurisdiccional en las condiciones fácticas para ejercer su función”. (ALDUNATE, Eduardo. “Reflexiones en torno...”. Op. Cit. p. 122).

<sup>150</sup> Véase el art. 267 del COT. En el escalafón primario hay siete categorías, pero el cargo de juez comienza en la quinta y va desde ésta hasta la primera.

La forma de embudo de la carrera es evidente: el número de cargos está fijado por la ley y la cantidad de cargos es mucho más numerosa en las categorías inferiores. Los cargos de la segunda categoría son apenas cerca de la décima parte y los de la primera categoría son sólo un puñado. ¿Cómo se asciende en esta pirámide? Los jueces son nombrados o promovidos por el Presidente de la República<sup>151</sup>, pero de una lista de candidatos (una terna o quina) propuesta por la Corte correspondiente. Para figurar en dicha lista hay que cumplir requisitos de antigüedad (en la categoría inmediatamente anterior) y mérito, pero el “mérito” depende de un conjunto de mecanismos de control radicados en las Cortes que, como veremos, interfieren en la independencia y la sujeción de los jueces a la ley, pues los colocan en posición de “considerar como óptimo modo de hacer justicia el que mejor conviene a su propia carrera”.

### **INCENTIVOS INSTITUCIONALES: dispositivos disciplinantes**

La carrera de los jueces (el sistema por el cual son nombrados y ascienden) descansa sobre una serie de mecanismos o dispositivos que, al ser controlados discrecionalmente por los mismos superiores jerárquicos que día a día revisan las decisiones jurisdiccionales de los inferiores, perturban la capacidad de cada juez para atender al caso y fallar conforme a derecho sin ninguna otra finalidad. La magistrada María Francisca Zapata, quizá quien más ha estudiado estos dispositivos, explica que el diseño de la judicatura no garantiza debidamente el cumplimiento de la función jurisdiccional, porque los incentivos institucionales conllevan el riesgo evidente de poner al juez en la disyuntiva de

a) *fallar en derecho*, pero asumiendo el costo en sus expectativas de carrera, pues... puede significar su exclusión de la lista de méritos y en el peor de los casos su separación del cargo; o b) *fallar estratégicamente*, es decir, conforme lo que su experiencia le indica es la

---

<sup>151</sup> Art. 78 de la Constitución y art. 263 del Código Orgánico de Tribunales.



interpretación más concordante a los criterios de la superioridad jerárquica, con la finalidad de evitar asumir personalmente los costos de su decisión en sus expectativas de carrera<sup>152</sup>

Los costos, agrega Zapata, lo asumirá el ciudadano y el estado de derecho, pues la calidad de éste depende de cuán independientes son los jueces para atender a cada caso sin interferencias. Estos incentivos institucionales o dispositivos disciplinantes, como los llama Zapata, son el sistema de calificaciones, el control disciplinario, la lista de méritos, las anotaciones en la hoja de vida, los traslados, la (no) inclusión en la terna de candidatos, entre otros, y que a continuación pasaremos a analizar.

#### **A. Sistema de calificaciones**

Conforme lo dispone el art. 273 del Código Orgánico de Tribunales, los jueces y demás funcionarios del Escalafón Primario (con la sola excepción de los ministros y el fiscal de la Corte Suprema), deben ser calificados anualmente, atendiendo a la *conducta funcionaria* y el *desempeño* observados durante el período. Como ya anticipábamos, la regla es que los jueces superiores califican a los inferiores: así el pleno de la Corte Suprema tiene la última palabra sobre la nota de cada ministro de Corte de Apelaciones; y los magistrados de Corte de Apelaciones califican a los jueces de letras de la base del sistema.<sup>153</sup>

El resultado se expresa en un puntaje de 1 a 7, con hasta dos decimales y si el calificador es un órgano colegiado, la calificación corresponderá al promedio de puntajes asignados.<sup>154</sup> El puntaje definitivo coloca a cada juez en una de seis listas, que durará por el año siguiente, con relevantes consecuencias para su carrera. De este modo, figurará en la

---

<sup>152</sup> ZAPATA, María Francisca. *Sin temor ni esperanza. Reformulación de la Carrera Judicial como base de sustitución del Sistema Judicial jerárquico por uno heterárquico en garantía de la función judicial*. Tesis para optar al grado de magíster. Prof. Guía: Aldo Mascareño. UAH, 2011. p. 38.

<sup>153</sup> Véase art. 273 letras a y b.

<sup>154</sup> Art. 278 del Código Orgánico de Tribunales.

Lista Sobresaliente: si obtiene entre 6,5 a 7 puntos  
Lista Muy Buena: si consigue de 6 a 6,49 puntos  
Lista Satisfactoria: de 5 a 5,99 puntos  
Lista Regular: de 4 a 4,99 puntos  
Lista Condicional: de 3 a 3,99 puntos; y  
Lista Deficiente: menos de 3 puntos

Si el juez figura en la Lista Deficiente, una vez firme la calificación, “quedará removido de su cargo por el solo ministerio de la ley” e “inmediatamente suspendido” mientras no esté firme<sup>155</sup>. Lo mismo ocurre cuando por segundo año consecutivo se engrosa la Lista Condicional. A la inversa, se llega a la llamada “lista de mérito” sólo con los puntajes de lista Sobresaliente o Muy buena<sup>156</sup>, lo que es decisivo para ascender (para ser nombrado en propiedad en un cargo vacante), pues los postulantes deben acompañar “antecedentes justificativos de sus méritos”<sup>157</sup>, además de cumplir con la antigüedad necesaria<sup>158</sup>, entre otros requisitos<sup>159</sup>. Y para figurar en la terna o quina que será enviada al Presidente, se tiene derecho preferente según la lista en que se esté.

---

<sup>155</sup> Art. 278 bis del Código Orgánico de Tribunales.

<sup>156</sup> Art. 278 inciso final del Código Orgánico de Tribunales.

<sup>157</sup> Art. 279 inciso 3° del Código Orgánico de Tribunales.

<sup>158</sup> Art. 280. No podrá ser promovido a una categoría superior el funcionario que tenga menos de tres años de servicios en su categoría, salvo que en la inmediatamente inferior hubiere servido más de cinco años, en cuyo caso necesitará sólo uno. Podrá, no obstante, ser ascendido si no se interesare por el cargo ningún funcionario que desempeñe un cargo de la misma categoría del que se trata de proveer o que tenga tres años o más de servicios en la categoría inmediatamente inferior.

<sup>159</sup> El art. 15 Ley 19.346 que crea la Academia Judicial exige también para calificar a la lista de mérito el haber postulado a actividades de perfeccionamiento de la Academia Judicial. Para el cargo de ministro de Corte, el art. 13 exige el curso habilitante. El Acta 274-2007, Auto Acordado relativo a nombramientos y promociones en el poder judicial, considera los siguientes antecedentes a presentar para los concursos: Currículum Vitae de los interesados; las últimas calificaciones que ellos hayan obtenido; las anotaciones de mérito y de demérito consignadas en las hojas de vida; la cantidad y duración de los permisos solicitados; los Cursos de Perfeccionamiento efectuados y las respectivas calificaciones que hubieren obtenido; las medidas disciplinarias aplicadas a los oponentes; y La actividad docente que desarrollen los interesados. Tratándose de ministros y jueces, el número de causas con plazo de sentencia vencido a la fecha de la postulación; y la cantidad de sentencias que les ha correspondido redactar en el año inmediatamente anterior al concurso, con indicación del tribunal o tribunales en que se pronunciaron y de las materias de que se trata. Respecto a las personas que postulen por primera vez al Poder Judicial, las notas obtenidas en la Academia Judicial.

Como resulta evidente, las calificaciones juegan un rol crucial en la carrera de los jueces: inciden directamente en el nombramiento, ascenso o expulsión del juez (mediante un mecanismo, como se verá, discrecional, violentando el principio de amovilidad).

Como decíamos antes, la evaluación considera dos dimensiones: por un lado la conducta funcionaria, a través de antecedentes y anotaciones en la Hoja de Vida; y por otro, el desempeño basado en ocho aspectos: responsabilidad, capacidad, conocimientos, iniciativa, eficiencia, afán de superación, relaciones humanas y atención al público.<sup>160</sup> Sin embargo, en la práctica la evaluación se realiza mediante una papeleta que contiene los ocho rubros de desempeño, frente a los cuales el evaluador debe asignar un puntaje por cada ítem, sin que exista una pauta o fórmula de trabajo que indique cómo reconducir a esos rubros los aspectos de la conducta del funcionario que fueren pertinentes. Así, a falta de criterios precisos que propicien una ponderación objetiva y proporcional, advierte Zapata,

la asignación de puntaje a cada uno de los rubros es totalmente discrecional, dejando amplios espacios al uso y abuso de esta atribución, con incidencia directa en la carrera de los funcionarios judiciales<sup>161</sup>

En efecto, los mismos parámetros de evaluación son criticables por su falta de objetividad, amplitud y adaptabilidad. Como señala García, “una de las quejas más frecuentes de los jueces jóvenes es que los criterios de calificación no son el número de causas resueltas... sino factores totalmente subjetivos, como el ‘espíritu de superación’”<sup>162</sup>. Asimismo, la discrecionalidad es aún más criticable al interferir en la función jurisdiccional de los jueces inferiores, puesto que quienes califican son los mismos que por vía de recursos revocan o confirman las decisiones de los jueces evaluados. En palabras de García:

---

<sup>160</sup> Art. 277 bis del Código Orgánico de Tribunales.

<sup>161</sup> ZAPATA, María Francisca. “El sistema organizacional...”. Op. Cit. p. 133-134.

<sup>162</sup> GARCÍA, José F. “Corte Suprema y gobierno judicial: un programa de reformas”. Revista Actualidad Jurídica N° 20 – Julio 2009. Tomo I. Universidad del Desarrollo. p. 88.

es sabido que estos procesos se efectúan a puertas cerradas, en que se proyecta una foto del calificado, para que pueda ser reconocido por sus superiores –con todo lo que ello implica–, situación que refuerza la necesidad de los calificados de mantenerse ‘en línea’ con sus calificadores<sup>163</sup>

Si bien el art. 273 del Código Orgánico dispone que la calificación debe fundarse en antecedentes objetivos, en los hechos no puede más que ser subjetiva, pues los miembros del ente calificador muchas veces no tienen contacto habitual con quienes califican y por tanto no están en posición de conocer el desempeño real del funcionario. Una ex ministra de la Corte, con más de cincuenta años de experiencia en la calificación, tanto activa como pasiva, lo explicó de esta manera:

basta leer los rubros a calificar para darse cuenta de las dificultades que existen para ser objetivo, sobre todo en las Cortes grandes, con muchos ministros, como la de Santiago; cada uno de ellos debe poner notas en cada uno de los rubros antes mencionados a todos los jueces civiles, en lo penal, laborales y de familia, a los notarios, procuradores del número, receptores, archivero y conservadores. Resultan, entonces, cientos de personas a calificar, de las cuales es imposible apreciar personalmente cada uno de los rubros, por lo que algunos ministros optan por poner a todos los que no conocen, la nota máxima y, otros, por colocar, por ejemplo, un cuatro corrido, como me tocó ver en alguna oportunidad<sup>164</sup>

Por este motivo, no es extraño que se reproche ineficacia e inutilidad al mecanismo, pues las calificaciones no permiten discriminar adecuadamente a los jueces que tienen un desempeño bueno o superior de los que muestran uno deficiente, lo que se refleja en que más del 90% del

---

<sup>163</sup> Ibíd. p. 88.

<sup>164</sup> CAMPOSANO, Raquel. “Calificación de los jueces”. Carta a El Mercurio. 01.10.2011. [http://archivo.colegioabogados.cl/cgi-bin/procesa.pl?plantilla=/v2/cont\\_actividades\\_detalle.html&idart=896&idcat=16&nseccion=actividades%20y%20noticias%20%3A%20Calificaci%F3n%20de%20los%20jueces%20por%20Raquel%20Camposano%20Echeagaray](http://archivo.colegioabogados.cl/cgi-bin/procesa.pl?plantilla=/v2/cont_actividades_detalle.html&idart=896&idcat=16&nseccion=actividades%20y%20noticias%20%3A%20Calificaci%F3n%20de%20los%20jueces%20por%20Raquel%20Camposano%20Echeagaray)

personal se encuentra en Lista Sobresaliente<sup>165</sup>; sin perjuicio del intento del Acta 142-2015 por remediar la situación.<sup>166</sup>

## **B. Régimen disciplinario**

El proceso de cada juez al decidir padece interferencias no sólo por las calificaciones, sino también a través del régimen disciplinario al que está sujeto. Cuando un juez es sometido a un procedimiento correccional, quienes investigan, formulan cargos y resuelven si imponer o no imponer una sanción, nuevamente, son sus superiores jerárquicos: los mismos que han revisado regular y cotidianamente las decisiones del magistrado a quien juzgan. Al igual que en el sistema de calificaciones, las discrepancias de criterio jurídico pueden canalizarse por una vía más allá de la revocación, es decir, más allá de lo meramente jurisdiccional.

Uno de los puntos críticos del sistema radica en la falta de tipicidad de las infracciones, es decir, expresiones vagas y difusas, como cometer “falta” o “abuso”, que encuentran contenido en la contingente interpretación del superior que juzga el caso. En otras palabras, los jueces no saben con claridad o nitidez qué conductas son merecedoras de sanción.

Como ejemplo de ello, la literatura destaca la regla del art. 544 del Código Orgánico de Tribunales, que enumera entre sus hipótesis cuando un juez “por irregularidad de su conducta moral o por vicios que les hicieren desmerecer en el concepto público comprometieren el decoro de su ministerio”. En esta hipótesis, la ley impone a las Cortes de Apelaciones y Suprema el deber de

---

<sup>165</sup> Acta N° 142-2015 de la Corte Suprema: Texto refundido del AA sobre el régimen de calificación a los miembros del poder judicial. Punto Primero.

<sup>166</sup> Acta N° 142-2015 de la Corte Suprema: Texto refundido del AA sobre el régimen de calificación a los miembros del poder judicial. Dicha Acta estableció una Comisión Preevaluadora (en el caso de los jueces de la reforma procesal penal, está integrada por el administrador del tribunal, un jefe de unidad designado por los jueces y un representante de los funcionarios), sin embargo, subsisten los problemas de fondo, pues esta comisión realiza sólo una “pre-calificación”, que no es vinculante y de hecho puede ser completamente ignorada por el ente calificador final.

ejercitar sus atribuciones disciplinarias “especialmente”. Acá la elasticidad de la fórmula ha sido criticada porque permite a las Cortes sancionar no sólo actuaciones funcionarias, sino también las extrajudiciales “con especial incidencia sobre las opciones de su propia vida privada”, lo que tiene el inconveniente de poner en manos de la Corte Suprema “la determinación de qué vida privada es adecuada y cuál no”<sup>167</sup>. Algo inaceptable en un estado de derecho pluralista y democrático.

Con las sanciones también existe un nivel de indeterminación preocupante: no existe una graduación de sanciones aparejada a infracciones, según la mayor o menor gravedad de la falta cometida, pudiendo el juzgador elegir a discreción dentro de un amplio abanico de sanciones.<sup>168</sup>

Si a eso sumamos la falta de garantías mínimas de los procedimientos disciplinarios, entonces encontramos pleno sentido al viejo adagio: “el juez sujeto a disciplina puede saber –si tiene suerte– cómo se inició un procedimiento en su contra, pero no puede saber en qué terminará, hasta que termine”.<sup>169</sup>

Si bien el art. 13 del Código Orgánico de Tribunales establece que, respecto de decisiones jurisdiccionales, el juez es irresponsable<sup>170</sup>, lo cierto es que esta regla se encuentra invertida. La multiplicidad de vías de activación del control disciplinario (recurso de queja<sup>171</sup>, queja propiamente tal<sup>172</sup>, ministros en visita<sup>173</sup>, facultades de oficio de las Cortes<sup>174</sup>, juicio de

---

<sup>167</sup> BORDALÍ, Andrés. “Análisis crítico...”. Op. Cit. p. 72.

<sup>168</sup> Art. 537 Las faltas o abusos de que habla el artículo anterior podrán corregirlos las Cortes de Apelaciones por uno o más de los medios siguientes: 1° Amonestación privada; 2° Censura por escrito; 3° Pago de costas; 4° Multa de 1 a 15 días de sueldo o multa... 5° Suspensión de funciones hasta por cuatro meses. Durante este tiempo el funcionario gozará de medio sueldo.

<sup>169</sup> ZAPATA, María Francisca. *Sin temor ni esperanza...* Op. Cit. p. 35.

<sup>170</sup> Art. 13. Las decisiones o decretos que los jueces expidan en los negocios de que conozcan no les impondrán responsabilidad sino en los casos expresamente determinados por la ley.

<sup>171</sup> Art. 545 del Código Orgánico de Tribunales.

<sup>172</sup> Art. 536 del Código Orgánico de Tribunales.

<sup>173</sup> Arts. 553, 555, 556 del Código Orgánico de Tribunales.

<sup>174</sup> Arts. 538 y 541 del Código Orgánico de Tribunales.

amovilidad<sup>175</sup>, cuaderno de remoción<sup>176</sup>) se traducen en que las decisiones que los jueces expiden “los colocan permanentemente en riesgo de asumir responsabilidad, particularmente disciplinaria”<sup>177</sup>.

Del amplio listado, el recurso de queja merece especial atención, porque siendo un recurso disciplinario –que se interpone en contra del juez o jueces–, irónicamente, permite a los jueces superiores enmendar o invalidar la resolución que estimen fue dictada con “falta o abuso graves”. Esto confunde lo jurisdiccional con lo disciplinario: le dice explícitamente al juez que sus fallos podrían imponerle responsabilidad disciplinaria<sup>178</sup>.

El problema no es sólo la vaguedad de la expresión “falta o abuso”; sino que además instala legalmente “una amenaza genérica al juez por el hecho de hacer el trabajo que está llamado a hacer: fallar los casos sometidos a su conocimiento”<sup>179</sup>. Pero las decisiones jurisdiccionales sólo deberían poder ser revisadas por vías jurisdiccionales, no disciplinarias: “No es procedente”, apunta Bordalí, “sancionar a un juez por el modo como ha interpretado una disposición legal, porque cae así toda la concepción del poder jurisdiccional como poder difuso”.<sup>180</sup>

El procedimiento de remoción es tanto más preocupante, en la medida que permite a la Corte Suprema la expulsión de un juez sin exigir la forma de un juicio. Se trata de un poder sin

---

<sup>175</sup> Art. 332 N° 4 del Código Orgánico de Tribunales.

<sup>176</sup> Art. 332 N° 3 del Código Orgánico de Tribunales.

<sup>177</sup> ZAPATA, María Francisca. *Sin temor ni esperanza...* Op. Cit. p. 26.

<sup>178</sup> A propósito del caso Karen Atala (en que la Corte Suprema acogió un recurso de queja, por el cual revirtió la decisión de la Corte de Temuco, que a su vez había ratificado al juzgado de letras de Villarrica, al otorgar la tuición de las hijas a la madre), la Red Iberoamericana de Jueces ha sostenido que el recurso de queja implica “evidente presión para los jueces chilenos de resolver los conflictos sometidos a su decisión”, pues “de ser acogido, lleva necesariamente aparejada la imposición de una sanción administrativa”. Y agrega: “surge la inmediata necesidad de instar al Estado chileno a eliminar las distorsiones que se producen por el excesivo control y concentración de poderes que convergen en la Corte Suprema chilena, confundiendo el ámbito jurisdiccional con el meramente disciplinario, pudiendo modificar decisiones jurisdiccionales por la vía disciplinaria, con la consecuente confusión de principios formativos procesales de los diferentes procedimientos” (En ZAPATA, María Francisca. *Sin temor ni esperanza...* Op. Cit. 2011. p. 40).

<sup>179</sup> ZAPATA, María Francisca. *Sin temor ni esperanza...* Op. Cit. p. 39.

<sup>180</sup> BORDALÍ, Andrés. “Análisis crítico...”. Op. Cit. p. 74.

contrapesos sobre la permanencia del juez, lo que implica, en la práctica, “la ausencia de la garantía de inamovilidad de los jueces”<sup>181</sup> ante la Corte Suprema.

Con todo, las falencias del régimen disciplinario afectan también la carrera: si el juez ha recibido amonestación privada, no puede calificar de sobresaliente; si ha recibido una sanción superior, queda fuera de la lista de méritos, quedando imposibilitado de ascender (al menos temporalmente); y cierto número de sanciones pueden implicar, otra vez, la remoción.<sup>182</sup>

### **C. Otros mecanismos: anotaciones y traslados**

Las anotaciones en la hoja de vida del juez son otra instancia por la cual se socializa la sumisión a la jerarquía. Éstas afectan la calificación y expectativas de ascenso, sin que el afectado haya podido impugnar u objetar la anotación. En los hechos, estas anotaciones operan como “llamados de atención” y tienen lugar no sólo con motivo de un ministro visitador o en el proceso de calificación, sino también en situaciones sensibles. Por ejemplo, menciona Zapata la práctica arraigada de hacer “representaciones”, “observaciones de conducta” o “llamados de atención” al juez en procesos disciplinarios, no obstante haber resultado absuelto o sobreseído. Y esto último ha ocurrido en el fallo de la Corte que conoce del caso disciplinario o incluso ha sido propuesto por el mismo ministro instructor que llegó a la conclusión de que no hay antecedentes que justifiquen formular cargos.

Cabe hacer notar que las anotaciones también tienen lugar con ocasión de revisión de decisiones jurisdiccionales, es decir, luego de revocar o confirmar una resolución, el tribunal superior “llama severamente la atención al juez”, cuando a su juicio ha cometido una falta de cualquier

---

<sup>181</sup> ALDUNATE, Eduardo. “Reflexiones en torno al rol de la Corte Suprema en el gobierno judicial”. En GARCÍA, José Francisco et. Cía (Editores). Reforma al Poder Judicial: gobierno judicial, Corte Suprema y gestión. LyD. Universidad Católica. Universidad Adolfo Ibáñez. 2007. p. 125.

<sup>182</sup> Art. 278 inciso 5.



naturaleza, “entre las que de ordinario se incluyen las discrepancias de criterio jurídico, las diferencias de estilo, o incluso las que estiman deficiencias de tramitación, aun cuando sean de directa responsabilidad del personal administrativo y no del juez”<sup>183</sup>.

Asimismo, la medida de traslado también es un medio para reprochar o sancionar la conducta del juez. Si bien no es una sanción establecida en el Código Orgánico de Tribunales, en la práctica *hace las veces de* o se suma a la sanción que se impone al juez. Esta facultad, entregada por el art. 80 de la Constitución a la Corte Suprema, ha sido criticada por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos: basada en motivos discrecionales puede ser una represalia a las decisiones del juez, “sirviendo la amenaza de traslado también como un amedrentamiento para el desempeño independiente de sus labores”.<sup>184</sup>

## **LOS DISPOSITIVOS DISCIPLINANTES EN ACCIÓN**

La magistrada María Francisca Zapata ha documentado con numerosos ejemplos la forma en que los mecanismos institucionales que hemos descrito pueden perturbar la independencia y criterios de los jueces.

En el caso de las calificaciones, la tendencia de las Cortes es evaluar el desempeño general con nota 6,5, pues el Acta que regula las calificaciones parte de una presunción de desempeño correcto y exige al calificador fundamentar su apreciación sólo cuando califique con una nota más alta o más baja de 6,5 (actualmente 6,7), indicando “los aspectos o materias que el calificado

---

<sup>183</sup> ZAPATA, María Francisca. *Sin temor ni esperanza...* Op. Cit. p. 63. Como ejemplo de deficiencias de tramitación que no dependían del juez, sino del personal administrativo, está el fallo de la cuarta sala de la CA Santiago (ROL 1005-2008), que luego de revocar resolución sobre prisión preventiva, expresó “Se representa a la señora Juez actuante y al Administrador del Tribunal a quo el incumplimiento de la perentoria instrucción de remitir una síntesis de la resolución emitida”.

<sup>184</sup> Comisión Interamericana de DDHH. *Garantías para la independencia de las y los operadores de justicia*. 2013. p.54. <https://www.oas.org/es/cidh/defensores/docs/pdf/operadores-de-justicia-2013.pdf>

debe mejorar”.<sup>185</sup> Pues bien, es claro que prevalece la subjetividad y discrecionalidad en el mecanismo, toda vez que es un “fenómeno reiterado” encontrarse con que el calificador premia o castiga, valiéndose de “fundamentaciones tipo” generadas por el sistema computacional. Zapata menciona el caso común de encontrar en un Acta de Calificación a

un calificador que pone una nota más alta de 6,5, adjuntando la siguiente fundamentación: “ha demostrado desempeño superior en responsabilidad, eficiencia e iniciativa durante el período calificado”, mientras que el siguiente calificador apoya una nota más baja de 6,5 con la siguiente frase: “ha demostrado desempeño inferior al normal en responsabilidad, eficiencia e iniciativa durante el período calificado”. ¡Y están refiriéndose al mismo juez en el mismo período calificadorio!<sup>186</sup>

Asimismo, las papeletas de calificación también incorporan “mensajes” dirigidos a los jueces que se aparten de la conducta esperada, tanto en lo jurisdiccional como en lo social. Así, Zapata menciona el caso en que el superior fundó la baja nota en una resolución específica dictada por el juez, que más tarde sería resuelta en un sentido distinto por la Corte: “Por otorgar libertad a narcotraficante”; o el caso en que la mala calificación en el ítem responsabilidad se basa en una observación a la conducta social y no al desempeño: “Por actuaciones y declaraciones varias que revelan falta absoluta de criterio (críticas a ministros de corte y fiscales)”.<sup>187</sup>

Otro ejemplo lo entrega la ex Ministra de la Corte de Apelaciones de Santiago, Raquel Camposano, quien contó en el año 2009 que el sistema de calificaciones le parecía “catastrófico” y con su propio ejemplo explicó cómo la evaluación es usada por los superiores para entrometerse en los criterios propiamente jurisdiccionales de los inferiores:

---

<sup>185</sup> Actualmente, el Acta 142-1015 parte de 6,7 como nota “estándar” y si la calificación es superior o inferior a ésta, el calificador deberá “fundamentar su apreciación”. El art. 278 del COT impone la obligación de fundamentar en casos diversos: “El calificador que asigne, en cualquiera de los rubros a que se refiere el artículo 277 bis, un puntaje igual o superior a 6 o inferior a 4 deberá señalar los hechos que fundamentan su apreciación”.

<sup>186</sup> ZAPATA, María Francisca. *Sin temor ni esperanza...* Op. Cit. p. 61.

<sup>187</sup> *Papeletas Calificación Corte Apelaciones Santiago 2006*. En ZAPATA, María Francisca. “El sistema organizacional...”. Op. Cit. pp. 134-135. Nota 15.

¿“Afán de superación”? ¿cómo se mide eso? Además, es lo más injusto que hay. Yo misma sufrí esa injusticia un par de veces por haber resuelto en forma distinta a la que algunos de los calificadores esperaban. El año en que integraba la sala que resolvió reducir el monto de una indemnización en un conocido caso de negligencia médica, algunos calificadores nos pusieron notas muy bajas a los tres ministros falladores. En otra oportunidad, por sobreseer una causa abierta con ocasión de una columna de El Mercurio que criticaba al poder judicial, estuve a punto de quedar fuera de la lista sobresaliente, me salvé por un voto. Fíjese que yo que me reía tanto de un colega que decía que a los jueces no había que calificarlos y con el tiempo llegué exactamente a la misma conclusión<sup>188</sup>

Los llamados de atención u observaciones a la conducta del juez, con ocasión de un recurso jurisdiccional, también son recurrentes. Así,

Se llama la atención al magistrado por cuanto del tenor de la resolución impugnada aparece que hace una crítica de la ley 20.253 que modificó el CP y el CPP en circunstancias que su opinión al respecto no es relevante. Su obligación es aplicar la ley e interpretarla del modo que el ordenamiento jurídico contempla, sin que tenga facultades para modificar judicialmente las letras a y b del artículo 140 del CPP, que no fueron objeto de reforma por la ley 20.253. La actitud del juez a quo importa una falta de prudencia y de buen sentido, exigibles a todo aquel que administra justicia<sup>189</sup>

La “crítica” del juez de garantía del caso, explica Zapata, era ni más ni menos la inconstitucionalidad de la norma que aplicaba y que había expresado en los argumentos del requerimiento que efectuó al Tribunal Constitucional.

Asimismo, son también frecuentes los procesos disciplinarios que no alcanzan una sanción formal, pues el juez es finalmente absuelto o sobreseído, pero que no obstante ello, dan lugar a reproches que se ordenan anotar en la hoja de vida.<sup>190</sup>

---

<sup>188</sup> Entrevista en Boletín NO HAY DERECHO!, Marzo 2009. En ZAPATA, María Francisca. *Sin temor ni esperanza...* Op. Cit. p. 66. Nota: 73.

<sup>189</sup> RIT 1409-2007. En ZAPATA, María Francisca. *Sin temor ni esperanza...* Op. Cit. p. 63. Nota 65.

<sup>190</sup> En el expediente AD 1631-2007, no obstante que el ministro instructor llega a la conclusión de que no existen antecedentes que justifiquen la formulación de cargos, “se sugiere que el Tribunal Pleno de esta Corte llame la atención a la referida funcionaria, a objeto de que en lo sucesivo...”. Zapata enumera otros

En cuanto a la responsabilidad disciplinaria y las figuras elásticas que la activan, tales como “irregularidad de su conducta moral” o “vicios que les hicieren desmerecer” y “comprometieren el decoro de su ministerio”, se cita el caso de un juez que fue sancionado por mantener relaciones extramaritales con su asesora del hogar. La relación había sido descubierta por la cónyuge y tras ser despedida, la asesora interpuso una denuncia por el delito de violación en la fiscalía. Si bien la causa penal no prosperó y el juez nunca fue formalizado, la Corte de Apelaciones lo suspendió por 15 días, considerando que incurrió en

Una situación moralmente reprochable que trascendió del ámbito privado, al dar pie para ser acusado por el delito de violación, denuncia que fue ampliamente difundida por los medios de comunicación, tanto locales como nacionales, produciendo con ello, una afectación tanto a su familia como a su propia imagen, credibilidad y dignidad del cargo que ocupa, sino que produjo para el poder judicial en general un episodio que agravia la imagen de quienes ejercen la judicatura<sup>191</sup>

El caso da cuenta, asimismo, del uso discrecional de facultades de oficio y de la falta de certeza en las sanciones, pues la Corte Suprema –sin apelación del afectado– elevó la suspensión de 15 días a 4 meses y dispuso la apertura de un cuaderno para la eventual remoción del juez. La remoción finalmente no se impuso, pero sí se acordó su traslado, lo que refleja que esta medida es usada como sanción por las Cortes.

## **LA INTERFERENCIA EN CASOS PENALES Y MEDIÁTICOS**

Hasta aquí hemos visto que la forma en que un juez aplica e interpreta el derecho, en la medida que se aparta del criterio de su superior, podría afectar su carrera. Ahora estamos en condiciones de advertir que, en los casos mediáticos –el foco de este trabajo– el juez está en una situación

---

casos: AD 415-2007, AD 1835-2007, AD 790-2007. En ZAPATA, María Francisca. *Sin temor ni esperanza...* Op. Cit. p. 64.

<sup>191</sup> Procedimiento AD 656-2006. En ZAPATA, María Francisca. *Sin temor ni esperanza...* Op. Cit. p. 33. Nota 28.

más precaria, es decir, expuesto a perjudicar sus opciones de permanencia o ascenso. Esto es así porque si contradecir los criterios de la Corte ya es en alguna medida gravoso para su carrera, entonces lo es aún más si la misma decisión es amplificada por diarios y noticieros.

El costo de una decisión incómoda o impopular para las opciones de carrera puede llegar a ser demasiado alto. Resulta predecible que habrá un cuestionamiento más o menos general al trabajo del juez y que la prensa publicará al día siguiente titulares del tipo: “Juez deja libre a conocido líder de banda criminal” o “Senador/candidato llama descriteriado a juez X”. Ello empeora si más tarde el titular llega a ser: “Corte revoca polémica decisión del juez X”. Entonces, es el momento en que los mecanismos que ya conocemos se activan.

Que el nombre del juez se haga familiar a sus superiores, de un modo que salpica la reputación del poder judicial, no puede ser indiferente a las expectativas de carrera. Varios magistrados dan cuenta de esto a propósito de una decisión impopular por excelencia: el rechazo de la prisión preventiva. Hace algunos años, Paz Ciudadana realizó una encuesta anónima a 92 jueces de garantía, donde uno de ellos explicó:

El principal problema de la aplicación de prisión preventiva es conjugar su fin cautelar con las presiones sociales acerca de ser instrumento de evitación del delito. Los jueces no poseen incentivos para resolver este dilema conforme los derechos de las personas pues institucionalmente se les castiga si dicta resoluciones pro imputado, aun cuando efectúe un ejercicio de argumentación elevado, ya que las cortes, en general, comparten el discurso de ‘inseguridad ciudadana’<sup>192</sup>

Otro de los jueces de garantía reflexionó en un sentido parecido:

En un control de detención, a veces ni fiscal ni defensa tiene todos los elementos, generalmente la prensa influye en la solicitud y en su otorgamiento. La existencia de una cultura en que la prisión preventiva es la condena, a todo nivel y para todos los fines, impide que esta sea otorgada en los casos que es estrictamente necesaria, unido a que no

---

<sup>192</sup> AHUMADA, Alejandra et. Cía. *Encuesta de opinión de jueces: Evaluación de las medidas cautelares personales y otros temas relacionados*. Paz Ciudadana. 2009. p. 46.

<http://www.pazciudadana.cl/wp-content/uploads/2010/03/encuesta-de-jueces-2009.pdf>

existe una unidad de control y seguimiento de las otras cautelares, (la prisión preventiva) termina siendo la más segura para el procedimiento y para las calificaciones<sup>193</sup>

Ambos jueces están hablando de los mecanismos disciplinantes: el criterio de los superiores, el régimen de calificaciones y sanciones. El costo de fallar atendiendo al caso, al margen de cualquier otra finalidad o expectativa de carrera (otorgando la prisión preventiva “en los casos en que es estrictamente necesaria”), tiene como consecuencia que al juez “institucionalmente se le castiga”, “aun cuando efectúe un ejercicio de argumentación elevado”, pues “las Cortes, en general, comparten el discurso de la ‘inseguridad ciudadana’”. Por el contrario, si se sigue el criterio de los superiores, “la prisión preventiva termina siendo la más segura... para las calificaciones”.

Y el riesgo de ser rectificado en público por la Corte, cuando el juez rechaza una prisión preventiva, no es bajo: es cercano al 50%. En efecto, durante los últimos siete años, cada vez que se ha apelado el rechazo de la prisión preventiva, las Cortes han revocado consistente y regularmente, una de cada dos resoluciones de primera instancia.<sup>194</sup>

Lo anterior puede ser resultado del clima que ya hemos descrito<sup>195</sup>: por un lado, está la hostilidad hacia los jueces, que pretende exigirles que hagan su contribución –igual que policías y fiscales– a la “lucha contra la delincuencia” o a la legitimidad del sistema. Y por otro, está el interés corporativo del poder judicial por reconciliarse con el público y mejorar su imagen o prestigio<sup>196</sup>.

---

<sup>193</sup> *Ibíd.* p. 47.

<sup>194</sup> En 2016, las Cortes revocaron el 44% de las resoluciones que rechazaron la prisión preventiva que fueron apeladas. En 2015 y 2014 fue el 45%. PJUD. Tabla: “Análisis de las solicitudes de prisión preventiva”. Fuente: registros administrativos Sistema SIAGJ. 2017. Véase Anexo N° 1. Análisis de las solicitudes de prisión preventiva.

<sup>195</sup> Véase *supra*. INTRODUCCIÓN, HOSTILIDAD HACIA LOS JUECES; y también Capítulo I, IDEAS BAJO ATAQUE: LA EROSIÓN DE LA FUNCIÓN DEL JUEZ.

<sup>196</sup> Véase *supra*. INTRODUCCIÓN, LA POLÍTICA DE COMUNICACIONES; y también Capítulo I, IDEAS BAJO ATAQUE: LA EROSIÓN DE LA FUNCIÓN DEL JUEZ.

Esto podría justificar que los mecanismos disciplinantes funcionen con mayor rigor cuando los casos adquieren resonancia pública.

María Francisca Zapata, una vez más, lo ilustra con el caso del juez de garantía de Arica, Francisco Vargas. Cuando este magistrado rechazó algunas<sup>197</sup> solicitudes de prisión preventiva, se lo acusó de “dejar libres a los narcotraficantes”<sup>198</sup>, sin que nadie pusiera reparo en que los imputados llevaban más de seis meses presos y el plazo investigación se había agotado<sup>199</sup>. En un contexto de presión mediática, fiscales e incluso un senador salieron a criticar al juez<sup>200</sup>.

Ante las señales de cuestionamiento e indignación, la Corte Suprema tomó cartas en el asunto, pero sin investigar directamente las decisiones reclamadas al juez (al parecer todas ajustadas a derecho). En vez de eso, prefirió desarchivar dos causas disciplinarias que habían sido desestimadas años atrás. Una de ellas consistía en un accidente automovilístico en la carretera: un animal se había cruzado intempestivamente mientras el juez conducía, pero la alcoholemia arrojó un resultado de 0,0%. En esta causa la Corte mantuvo la decisión.

La segunda causa contenía un incidente protagonizado por el juez en Valparaíso, la noche del año nuevo del año 2005: una disputa por ingresar a un establecimiento comercial a deshora y un supuesto cuasi pugilato con policías que culminó en un acuerdo reparatorio consistente en disculpas públicas por parte del juez. La Corte de Apelaciones de Valdivia había archivado el caso, pero, según narra Zapata: “súbitamente, en medio de la batahola de cuestionamientos por sus resoluciones, el juez se encontró rindiendo informe acerca de los hechos de aquella lejana noche

---

<sup>197</sup> Pues en las mismas audiencias, ordenó o mantuvo la prisión preventiva de otros imputados.

<sup>198</sup> El Mercurio: “Juez libera a jefe narco de tráfico internacional”. 02.05.2007.

<sup>199</sup> Estrella de Arica: “Juez liberó a 5 de 9 imputados por tráfico”. 14.04.2007.

<sup>200</sup> Cooperativa: “Orpis se sumó a críticas a juez de garantía de Arica por libertad de traficantes”. 03.05.2007.

de año nuevo”<sup>201</sup>. El juez fue suspendido por 4 meses de sus funciones y se abrió un cuaderno para su remoción. La Corte desestimó removerlo, pero ordenó

su traslado a la ciudad de Iquique a servir el cargo de ¡Juez laboral! Su destinación a una judicatura diversa no deja lugar para la duda; los sectores que presionaron por sacarse de encima a un juez de garantía cuyas resoluciones les incomodaban ganaron la batalla mediática<sup>202</sup>

Probablemente, de no haber existido presión de los medios, la Corte Suprema ni siquiera habría sabido del juez de Arica, ni menos habría perseguido disciplinarlo reabriendo procedimientos cerrados.

La idea de que la prisión preventiva “termine siendo la medida más segura para las calificaciones”, se refleja muy bien en otro caso que, con ocasión de este trabajo, me contó un miembro del Escalafón Primario. En algún momento entre los años 2007 y el 2009, mientras él se desempeñaba de relator en la Corte de Apelaciones de Santiago, tuvo la oportunidad de dar a conocer una causa en que, más de una vez, el juez de garantía había ordenado la libertad del imputado. Esa libertad había sido negada varias veces por la Corte, que había revocado los fallos del juez de garantía, ordenando la prisión preventiva. El delito era de aquellos de “alta connotación pública” y cuando informó a los ministros de qué causa se trataba y que subía una vez más por apelación del Ministerio Público, entonces, me contó el otrora relator, el presidente de la sala

montó en cólera, muy enojado me dijo “relator, llame al Juzgado de Garantía y dígame al juez presidente que no manden más esta causa. Esto es inaceptable, porque la Ilustrísima Corte de Apelaciones merece respeto”

Por supuesto, todo esto ocurrió en privado, en la antesala de la audiencia y también privadamente el relator debió llamar al tribunal de garantía para enviar el recado. El o los jueces

---

<sup>201</sup> ZAPATA, María Francisca. *Sin temor ni esperanza...* Op. Cit. pp. 50-51. Nota 52.

<sup>202</sup> *Ibíd.*



de garantía no habían captado el mensaje –obedecer el criterio del superior– y entonces se activaron los dispositivos disciplinantes, que pueden llegar a ser del todo informales, como el telefonazo de esta historia.

Volvamos ahora a nuestra pregunta central: ¿son permeables los jueces a la presión de los medios y la opinión pública? ¿Se ven afectados en su independencia e imparcialidad? Respuesta tentativa: se ven afectados pero no por los diarios ni por los noticieros *per sé*, sino únicamente en la medida que la presión que ejercen se hace operativa al interior de la organización judicial.

¿Cómo se materializa internamente la presión? No por vías directas ni formales, sino más bien de forma soterrada e indirecta: a través de los dispositivos de carrera que implican premios o reproches –o la sola amenaza latente de recibirlos–, que a la postre son decisivos para ascender. Esto es, a través de calificaciones, facultades disciplinarias, llamados de atención, anotaciones en la hoja de vida, (no) inclusión en la terna de candidatos, etc.

En términos de la magistrada Zapata:

La agresión que viene de afuera de la organización no tiene ninguna relevancia si no se hace operativa con mecanismos internos. Por eso digo que la distinción [entre independencia externa e interna] tiene un sentido metodológico, pero estrictamente es artificial, porque en última instancia la agresión a la independencia del juez la ejecuta la organización interna, a través de los distintos dispositivos institucionales que tiene en sus manos<sup>203</sup>

De modo que la prensa y la opinión pública, en tanto influencias externas, por sí solas no tienen la aptitud de perturbar la independencia del juez, pero sí que pueden hacerlo cuando difunden o amplifican un fallo que los superiores jerárquicos no comparten, o bien cuando la difusión del

---

<sup>203</sup> ZAPATA. Exposición en Conferencia *Independencia y eficacia de la justicia*. Realizado en la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile. Panel 3: “Independencia judicial: ¿Quién gobierna a los jueces?”. 01.12.2016.

fallo deteriora la imagen del poder judicial. La permeabilidad de los jueces penales a la mediatización pasa por su permeabilidad a los mecanismos de control institucionales.

Recordemos: antes que el apego a la ley sin perseguir ninguna otra finalidad, está el permanente incentivo del diseño institucional para que los jueces se mantengan en línea con sus superiores jerárquicos, pues los mismos que revisan sus fallos judiciales son los encargados de calificarlos, incluirlos o no en ternas de candidatos o disponer anotaciones en su hoja de vida. En suma, un modelo de carrera que “propicia las decisiones estratégicas y los cálculos de conveniencia allí donde sólo debería existir vinculación del juez al mandato legal”.<sup>204</sup>

Si los jueces consideran como “óptimo modo de hacer justicia el que mejor conviene a su propia carrera”, entonces se amenaza lo que tiene de difuso el poder judicial. Se debilita el rol contramayoritario de los jueces, defendido por Ferrajoli, capaz de sustraer al ciudadano inocente frente a puniciones arbitrarias. O, a la inversa, existe el riesgo de que el juez ya no sea lo suficientemente inmune a las presiones para preservar de la opresión de la mayoría no desviada a aquel que se sospecha desviado. El peligro radica en que el proceso penal deje de tratar al imputado como un fin y empiece a ver su libertad como un medio para perseguir resultados ajenos a la aplicación de la ley.

Por este motivo, no es casual que varios destacados profesores propongan derechamente abolir la carrera o reformarla radicalmente. Así Vargas, Horvitz, Atria, Zapata<sup>205</sup> o el mismísimo Calamandrei<sup>206</sup>.

---

<sup>204</sup> ZAPATA, María Francisca. *Sin temor ni esperanza...* Op. Cit. p. 97.

<sup>205</sup> Obras ya citadas, véase notas 136 y ss.

<sup>206</sup> “En realidad, para garantizar la independencia del magistrado y salvarlo del conformismo, el remedio ideal, al cual se aproxima el sistema inglés, consiste en la abolición de los ascensos y el reconocimiento a todos los cargos judiciales, de cualquier grado, la misma dignidad y la misma remuneración, de manera que el magistrado, una vez nombrado en un cargo judicial con base a títulos técnicos, pudiese permanecer en él

## CULTURA ORGANIZACIONAL: REFORMAS Y EVOLUCIÓN

Es importante cerrar este capítulo relativizando, hasta cierto punto, lo que hemos dicho. Es cierto, como sostiene Zapata, que la cultura de los tribunales<sup>207</sup>, incluida la sumisión a la jerarquía, es en buena medida una consecuencia natural de sus condiciones estructurales. Sin embargo, dicha cultura, al igual que la estructura que la posibilita, está en evolución. Las numerosas y diversas reformas implantadas desde los años noventa han cambiado drásticamente el panorama, de modo que es posible observar que el peso gravitante de la jerarquía (y la sumisión a ella) se han morigerado.

En efecto, Juan Enrique Vargas es quizá quien mejor describe esta transición histórica: durante la mayor parte de la historia de nuestro poder judicial, las Cortes de Apelaciones y Suprema han ejercitado funciones de control muy amplias sobre “todas las expresiones de la vida judicial, incluidas las decisiones jurisdiccionales mismas, a la par de los temas de gestión, ascensos, manejo de personal administrativo, comportamiento profesional e incluso algunos aspectos de la vida personal de los jueces”.<sup>208</sup>

Los mecanismos eran todavía más intensos que hoy: además de las calificaciones y amplias facultades disciplinarias, también participaban en forma directa del reclutamiento, de la administración de recursos y del personal, eran comunes las visitas ordinarias (por las que los

---

toda la vida, *quamdiu bene se gesserit*, libre del conformismo, hijo bastardo procreado por el matrimonio del temor con la esperanza”. CALAMANDREI. *Proceso y democracia*. Op. Cit. pp. 101-102.

<sup>207</sup> La cultura organizacional de los tribunales, durante décadas, estuvo marcada por el formalismo, como una visión deformada del positivismo jurídico, y por el corporativismo judicial, que en sus versiones más extremas y negativas “alienta las visiones más conservadoras y desincentiva la innovación, hace que los funcionarios puedan estar más atentos a sus intereses que a los de los ciudadanos que deben servir” (VARGAS, Juan Enrique. “Alternativas para estructurar...”. Op. Cit. p. 102). Una cultura jurídica en que “los jueces se vinculan ‘en apariencia’ a la ley pero prefieren sus propias valoraciones, las que de ordinario callan” y “se vinculan de modo habitual a los criterios que mantengan los tribunales superiores” (ZAPATA, María Francisca. “El sistema organizacional...”. Op. Cit. p. 138).

<sup>208</sup> VARGAS, Juan Enrique. “Alternativas para estructurar...”. Op. Cit. p. 110.

superiores podían asumir en plenitud competencia del inferior) o los ministros en visita (en casos de mayor relevancia), existiendo además un régimen recursivo de amplias facultades de revisión y poca carga de fundamentación. Todos estos instrumentos se caracterizaban por su amplitud y discrecionalidad,

ejerciéndose además en el contexto de un poder judicial relativamente pequeño en el cual sus miembros solían conocerse en forma personal... el medio judicial compartía un *ethos* muy específico en que la individualidad, la creatividad y la innovación no eran en especial incentivados –en algunos casos, derechamente castigados– y en el que la adhesión a la jerarquía solía ser beneficiada con la promoción misma. Se trataba de un poder judicial que había desarrollado poco sus capacidades argumentativas y que era más bien introvertido, pues no necesitaba justificar demasiado el ejercicio de sus facultades... ya que se desenvolvía en un contexto de aislamiento institucional<sup>209</sup>

En los últimos veinte años todo esto se ha alterado: los salarios de los jueces se han incrementado en forma sustancial (de las mejores opciones profesionales); el reclutamiento en la base cambió por concursos de acceso y un curso de formación en la Academia Judicial (con procesos ya no discrecionales sino competitivos y más objetivos). Asimismo, las reformas procesales (en materia penal, de familia y laboral) limitaron la doble instancia y han significado una importante expansión del número de magistrados.

En 1999 había en Chile 376 jueces de primera instancia, cantidad que en 2016 se ha elevado a 1388. El número de ministros de Corte de Apelaciones en ese período varió en una proporción mucho menor, de 140 a 157.<sup>210</sup> Esto significa que si en 1997 había 2,7 jueces de base por cada Ministro de Corte de Apelaciones, hoy existen 8,8. La consecuencia natural es que la pirámide se ha aplanado y la posibilidad de ascender se ha hecho tres o cuatro veces más incierta.

Todo lo anterior ha redundado, según plantea Vargas,

---

<sup>209</sup> *Ibíd.* p. 111.

<sup>210</sup> Los números de 1999 son documentados por Vargas (*ibíd.* p. 112). Actualizo la comparación de Vargas en base a PJUD: “Dotación efectiva Poder Judicial y Corporación Administrativa”. 31 de diciembre de 2016. p. 5.

en que los magistrados jóvenes han dejado de ser sometidos a un largo proceso de adaptación, por lo que hoy acceden con bastante rapidez a cargos relevantes. Su autoestima suele ser alta y también ha aumentado su capacidad argumentativa y sofisticación intelectual. Pero, además, los cambios procesales que introducido la oralidad han, por una parte, incrementado su protagonismo y, por otra, restringido sustancialmente la amplitud del sistema de recursos jurisdiccionales, haciéndolos, además, más exigentes en cuanto a su justificación<sup>211</sup>

Vargas es consciente de que las Cortes aún conservan facultades importantes de control: calificaciones, ascensos y medidas disciplinarias. Pero el contexto democrático y los cambios en la cultura del mundo judicial han tendido a deslegitimar fuertemente su ejercicio. En los hechos, por ejemplo, las calificaciones no sirven para distinguir entre los funcionarios buenos y malos, pues prácticamente todos terminan siendo muy bien evaluados, y la Corte se tiene que autolimitar. La paradoja, dice Vargas,

reside en que es precisamente la amplitud de facultades con que cuentan las cortes, considerada excesiva por la opinión general, lo que ha terminado limitando y casi anulando su capacidad de evaluar y controlar a los funcionarios judiciales<sup>212</sup>

---

<sup>211</sup> VARGAS, Juan Enrique. "Alternativas para estructurar...". Op. Cit. p. 112.

<sup>212</sup> *Ibíd.* p. 113.

### Capítulo III

## ¿CÓMO INFLUYEN LOS MEDIOS Y LA OPINIÓN PÚBLICA EN LA INDEPENDENCIA DEL JUEZ?

*Una mirada a la luz del caso Nabila Rifo*

*“...las cosas bien podrían no ser así de simples, sobre todo en los casos no rutinarios, porque entonces las auténticas motivaciones de un fallo judicial no tendrían por qué coincidir, necesariamente, con las argumentaciones que el juez da de cara al público que espera ese mismo fallo”*

**–Agustín Squella<sup>213</sup>**

*“Decir que en un momento dado hay una regla... [implica] que los Jueces, individualmente considerados, rara vez se apartan de ella o la desconocen; en segundo lugar, implica que cuando tal desviación o desconocimiento individual ocurre, o si ocurriera, es o sería tratado por una gran mayoría como algo seriamente criticable e incorrecto, aun cuando la regla que acuerda carácter definitivo a las decisiones hiciera imposible revisar la decisión del caso particular”*

**Herbert L. A. Hart<sup>214</sup>**

*“Le partí el cráneo, pero sin intención de matarla”*

**Mauricio Tapia<sup>215</sup>**

### DE O.J. SIMPSON A NABILA RIFO

*The People v. O. J. Simpson* es el juicio penal más mediático de la historia. Simpson, una estrella de Hollywood y del fútbol americano, ocupó el banquillo de los acusados por el asesinato de Nicole Brown y Ronald Goldman, su ex esposa y un amigo de ésta. El juicio estaba en todas partes y no

---

<sup>213</sup> Palabras pronunciadas el 13 de noviembre de 1995, con motivo de la presentación del libro *Razonamiento judicial*, editado por Carlos Cerda. En *Anuario de filosofía jurídica y social 1997. Homenaje a Isaiah Berlin*. p. 566.

<sup>214</sup> HART, H.L.A. *El concepto de derecho*. Abeledo-Perrot. Buenos Aires, 1961. p. 182.

<sup>215</sup> Afirmado en su cuenta de Twitter. <https://twitter.com/MauricioTapiaR/status/884835006912311296>

dejó a nadie indiferente. Se televisó durante sus once meses y cuando el 3 de octubre de 1995 se leyó el veredicto, cerca de 145 millones de americanos lo vieron por televisión<sup>216</sup>.

¿Cómo afectó al juicio semejante atención? Como retrata sutilmente *O.J.: Made in America*, el documental de Ezra Edelman que ganó un Óscar, el caso dejó de tratarse sobre O.J. y pasó a ser un juicio a la historia de racismo y brutalidad policial en la ciudad de Los Ángeles<sup>217</sup>. De hecho, el punto débil de la acusación era su testigo clave: el detective Mark Fuhrman. El mismo policía que había encontrado el guante ensangrentado y otras evidencias cruciales en la propiedad de Simpson –a la que habían ingresado sin consentimiento ni orden judicial– era también un policía con serios antecedentes de racismo.

Durante su declaración en el juicio, acorralado por la defensa, Fuhrman afirmó que en los últimos diez años no había usado la palabra “negro” (*nigger*, en su expresión despectiva en inglés). Pero más tarde aparecieron grabaciones en que repetía más de cuarenta veces la palabra: Fuhrman había mentado bajo juramento (más tarde sería condenado por perjurio) y además los registros de audio estaban llenos de insultos raciales y relatos donde se jactaba de mala conducta, encubrimiento de abusos y violencia policial en contra de afroamericanos. “No necesitas causa probable [para detener y registrar a los negros]... eres Dios”, “si ves a un negro en un auto de lujo o con una mujer blanca, lo paras”, “básicamente los torturábamos, les rompemos varios huesos a cada uno, sus caras hechas papilla”, “podíamos... salirnos con la nuestra. Éramos muy unidos. No necesitábamos llamarnos a casa: sabemos qué decir”<sup>218</sup>, son sólo fragmentos del contenido.

Las cintas provenían de Laura Hart McKinney, una escritora que había grabado docenas de entrevistas a Fuhrman, con la idea de crear un guión literario sobre mujeres policías. De modo

---

<sup>216</sup> BBC Mundo: "O.J. Simpson: dos décadas de la persecución policial más mediática de la historia". 17.06.2014

[http://www.bbc.com/mundo/noticias/2014/06/140616\\_eeuu\\_oj\\_simpson\\_aniversario\\_persecucion\\_los\\_angeles\\_jg](http://www.bbc.com/mundo/noticias/2014/06/140616_eeuu_oj_simpson_aniversario_persecucion_los_angeles_jg)

<sup>217</sup> EDELMAN, Ezra (Director): *O. J.: Made in America*. ESPN Films. EEUU. 2016. 467 minutos.

<sup>218</sup> *Ibíd.* Parte 4, Min 01:05:31.

que el juez Lance Ito debió pronunciarse sobre su admisibilidad: ¿eran estas grabaciones pertinentes para el juicio? ¿Estaban lo suficientemente conectadas con los asesinatos? ¿Debía escucharlas el jurado? Y en ese caso ¿qué partes de las doce horas de grabación se reproducirían? El juez escuchó los argumentos de las partes en la sala, pero afuera del tribunal se agolpaban cientos de manifestantes con carteles que decían "¡Liberen las cintas!", "¡Acusen a Fuhrman!", "¡La fiscalía no quiere que se sepa la verdad!" o "¿Qué sería honorable, Juez Ito?".

Se generó un movimiento que clamó por la completa publicación del material y uno de los activistas, conocido por su trayectoria de derechos civiles, afirmó frente a las cámaras de la televisión: "Si esto se esconde bajo la alfombra, jamás volveremos a creer en el sistema de justicia otra vez"<sup>219</sup>. Incluso llegó a insinuarse que se podían repetir los disturbios de abril de 1992, cuando la ciudad estalló en llamas –dejando más de 50 muertos y miles de heridos<sup>220</sup>– por la absolución de cuatro policías blancos que habían sido filmados apaleando a un indefenso joven afroamericano, tirado en el pavimento (Rodney King). Las incendiarias cintas desataron la atención del país y Larry King se preguntó al aire si el juez Ito tenía margen de opción o no estaba en realidad frente a una "decisión imposible".<sup>221</sup>

---

<sup>219</sup> Se trata de Danny Bakewell, activista por los derechos civiles, presidente de la *Brotherhood crusade*, organización que durante décadas denunció el abuso policial en la ciudad de Los Ángeles. (EDELMAN [Dir.]: *O. J.: Made in America*. Op. Cit. Parte 4, Min: 01:12:01).

<sup>220</sup> Se estima que los disturbios, que se alargaron durante 5 días, dejaron más de 50 muertos y más de 2 mil heridos, cerca de mil edificios dañados o destruidos y costos avaluados en casi mil millones de dólares. Un toque de queda en manos del ejército finalmente controló la situación. (CNN: "Los Angeles Riots Fast Facts". 23.04.17. [www.edition.cnn.com/2013/09/18/us/los-angeles-riots-fast-facts/index.html](http://www.edition.cnn.com/2013/09/18/us/los-angeles-riots-fast-facts/index.html)).

<sup>221</sup> El juez Ito, finalmente, se concentró en el perjurio. Autorizó la presentación al jurado de sólo dos extractos de las cintas de Fuhrman. Con todo, con su introducción se volvió a citar a Fuhrman, quien compareció junto a su abogado y se amparó en la Quinta Enmienda ("nadie estará obligado... a declarar contra sí mismo en un juicio criminal") para guardar silencio. Frente a la pregunta: "¿Plantó o manipuló alguna evidencia en este caso?", también guardó silencio. Además, las cintas se introdujeron junto con el testimonio de Laura Hart, la guionista que había registrado los audios, quien expresó que Fuhrman "no lo decía en broma, era algo que él usaría en una conversación normal... en forma humillante y despectiva". Se dice que estas cintas y el momento en que Simpson se prueba los guantes (que no encajan) fueron los dos hitos que decidieron el caso. EDELMAN (Dir.): *O. J.: Made in America*. Op. Cit., Parte 4, Min: 01:13:45.



Lo relevante no es la decisión del juez Ito en el caso concreto, sino destacar que llegado a este punto se coloca al juez en una posición que va mucho más allá del juicio, porque se pone en su perspectiva una serie de consideraciones que escapan al caso: satisfacer a los grupos activistas por los derechos civiles, enviar un mensaje al departamento de policía (que había probado ser insensible a su propio racismo<sup>222</sup>), proteger la confianza de los ciudadanos en el sistema de justicia, evitar reacciones o revueltas de la comunidad. En tal situación, ¿puede el juez decidir sin tener en cuenta las consecuencias que tendrá su decisión en las zonas complicadas de la ciudad? ¿Puede el juez no considerar cómo será interpretada su decisión en la historia de racismo y violencia policial de su ciudad, o qué “señal” se entenderá que dio frente a una cuestión que divide a su sociedad?

Si bien el jurado (que en la doctrina es denominado *juez lego*) estaba relativamente aislado, en cuartos de hotel y con prohibición de hablar entre ellos y con terceros, es claro que también para ellos la decisión se volvió algo que excedió por mucho el caso. El alegato de cierre de la defensa, de hecho, estuvo atravesado por la pregunta “¿De qué lado están ustedes?”<sup>223</sup>. Johnnie Cochran, el brillante y respetado abogado de los derechos civiles, ahora defensor de Simpson, interpeló a los jurados a frenar a los policías racistas y corruptos con su veredicto: “un racista es alguien que tiene poder sobre ti... un patrullero es la figura más poderosa del sistema criminal de justicia. Puede matarte, y es por eso que deben detenerlo... Si no lo detienen ustedes, ¿quién lo hará?”<sup>224</sup>. Sin embargo, ¿Es correcto que el jurado (o el juez) falle el caso mirando no hacia el pasado para verificar la responsabilidad del acusado, sino al futuro, para promover el interés general? ¿Puede

---

<sup>222</sup> Cuando se cuestionó el uso de la “llave de estrangulamiento” por haber provocado la muerte de varios detenidos negros, el jefe del Departamento de Policía de Los Ángeles (LAPD, la sigla en inglés) simplemente respondió: “el problema es que no reaccionan como personas normales”. En EDELMAN (Dir.): *O. J.: Made in America*. Op. Cit. Parte 2, Min: 28:35.

<sup>223</sup> Lo dice el periodista Jeffrey Toobin, autor de *The Run of His Life: The People v. O. J. Simpson*. Véase EDELMAN (Dir.): *O. J.: Made in America*. Op. Cit. Parte 4, Min: 01:23:49.

<sup>224</sup> *Ibíd.* Parte 4, Min: 01:23:30.

usar el caso como un instrumento para enviar una “señal” o un “mensaje” a los policías “corruptos”? Nuevamente, lo importante no es discutir si Simpson era culpable o inocente, sino mostrar que el caso de O.J. Simpson se usó para una causa política mayor: “cambiar la mentalidad norteamericana con la lucha de los derechos civiles”<sup>225</sup>, afirmó el reverendo del sur de Los Ángeles. O bien una simple “revancha por la absolución de los policías blancos que apalearon a Rodney King”<sup>226</sup>, como confesó un miembro del jurado veinte años después.

La absolución de Simpson dividió al país: para los blancos, en el drama del proceso no había duda de que el villano era Simpson; mientras que para la América negra, los villanos eran Fuhrman y otros policías racistas que habían inculpado injustamente a un inocente. La división fue tan profunda que el propio presidente Bill Clinton debió intervenir, llamando al entendimiento mutuo entre compatriotas.

Salvando las distancias, lo más cercano que tenemos en Chile a O.J. Simpson es quizá el caso de Nabila Rifo. La brutal agresión a que fue sometida conmovió e indignó al país. Puso la violencia hacia las mujeres en el centro del debate. De hecho, a los pocos días del ataque, la propia Presidenta de la República, Michelle Bachelet, en su cuenta pública del 21 de mayo, tocó el caso y anunció medidas:

Nabila Rifo es una mujer de Coyhaique que ha sufrido un ataque gravísimo, no sólo inaceptable sino que casi podríamos decir incomprensible. Y para enfrentar este flagelo en toda su complejidad, modificaremos la actual legislación de violencia intrafamiliar, para actualizar su contenido, aumentar las penas y ampliar la concepción de violencia contra las mujeres que ocurre en otros espacios, más allá de la relación de pareja o la familia

---

<sup>225</sup> Ibíd. Parte 4, Min: 01:11:00.

<sup>226</sup> Ibíd. Parte 5, Min: 00:10:31.

Como vemos, el caso de Nabila motivó una agenda legislativa, en el marco de una serie de esfuerzos que ya se venían haciendo desde hace años, con el fin de enfrentar la extrema violencia de género (en 2010 se tipificó y agravó el delito de *femicidio*<sup>227</sup>, y se han implementado políticas gubernamentales como casas de acogida, programas y campañas, dirigidos a propiciar la denuncia y prevención<sup>228</sup>).

Pero esto se inserta en un contexto más amplio de reivindicaciones feministas. La desigualdad de la mujer en el plano salarial, en materia de pensiones, en los planes de salud, en el acceso a puestos de poder o de representación política, situaciones como el acoso callejero y los estereotipos de género en la escuela; todas estas desigualdades se han vuelto banderas de lucha de gran notoriedad. La ley de “aborto en tres causales” y el amplio apoyo que suscitó<sup>229</sup> dan cuenta de ello. También numerosas y multitudinarias marchas, no sólo el 8 de marzo, así como una gama de organizaciones<sup>230</sup> que respaldan las demandas. A su vez, es posible advertir una evolución y mayor sensibilidad frente al problema: ya no son tolerados titulares en la prensa del tipo “Los celos la mataron”, ni tampoco se admiten chistes sexistas (como los del ex Presidente Piñera) ni simbolismos como “una muñeca inflable para estimular la economía”. Estas situaciones generan escándalo y repudio general.

El caso de Nabila Rifo fue un capítulo más en ese entramado de luchas de género. La prensa le dio una resonancia inédita y el juicio a su agresor, Mauricio Ortega, al igual que el juicio de O.J.

---

<sup>227</sup> Ley 20.480 de 18.12.2010 que modificó el Código Penal y la ley 20.066 sobre VIF.

<sup>228</sup> Al año 2015 había 103 centros y 36 casas de acogida, que reciben a más de 1000 mujeres al año. Entre los programas destaca el de formación en prevención de violencia dirigido a dirigentes vecinales, y entre las campañas se puede mencionar: *Vivir sin violencia, Chile sin femicidios, Por mí y por todas las mujeres, ¿Por qué las niñas?, Quebreemos los estereotipos*. Véase: <http://www.minmujeryeg.cl/destacados/que-se-hace-para-enfrentar-la-violencia-contra-las-mujeres-en-chile/>

<sup>229</sup> Cooperativa: “Encuesta Cadem: el 70% de los chilenos apoya despenalizar las tres causales”. 24.07.2017. <http://www.cooperativa.cl/noticias/pais/salud/aborto/encuesta-cadem-el-70-de-los-chilenos-apoya-despenalizar-las-tres-causales/2017-07-24/110756.html>

<sup>230</sup> Como la Corporación Humanas, Ni Una Menos, la Red Contra la Violencia Hacia las Mujeres, el Observatorio contra el Acoso Callejero, entre otras.

Simpson, fue televisado. Matinales y noticieros tuvieron contenido por más de un mes y 115 mil usuarios se conectaron al *streaming* del poder judicial<sup>231</sup>.

El nivel de exposición obligó al poder judicial a modificar su política de transmisión<sup>232</sup> y el CNTV impuso una multa de más de \$23 millones a Canal 13 por ventilar la vida privada de la víctima<sup>233</sup>.

La presidenta, que un año antes había anunciado una agenda legislativa, visitó a Nabila antes que los jueces de Coyhaique determinaran la pena de Ortega. Mientras, afuera del tribunal oral, se aglutinaron grupos y manifestantes con pancartas que decían “Justicia para Nabila”. Lo mismo ocurrió más tarde en calle Compañía, cuando la Corte Suprema escuchó los alegatos de nulidad. Una de las manifestantes, Lorena Astudillo, líder de una conocida organización, aclaró lo que esperaban: “una condena ejemplar, pero también que esta sentencia... se base en haber escuchado a Nabila. Pocas veces se escucha a la víctima y para nosotras es esencial. Que el tribunal diga ‘le creemos’ es muy importante”<sup>234</sup>.

Cuando la Corte Suprema revocó una de las condenas hubo gran frustración. El fallo modificó la calificación jurídica de uno de los hechos acusados y eso implicó reducir la pena total de Ortega de 26 años y medio de presidio a 18 años. Afuera de la Corte un centenar de personas manifestaron su repudio con gritos y pancartas. La tensión escaló y hubo incidentes y detenidos<sup>235</sup>. Pero el rechazo a la decisión fue algo transversal. Desde la política, las

---

<sup>231</sup> El Mercurio: “Poder Judicial no transmitirá más en su canal testimonio de víctimas por caso Nabila Rifo”. 23.04.2017. Por Cinthya Carvajal.

<sup>232</sup> *Ibíd.*

<sup>233</sup> La Tercera: “CNTV y multa contra Canal 13: los detalles de la sanción por cobertura al caso de Nabila Rifo”. 16.06.17. <http://www.latercera.com/noticia/cntv-sancion-canal-13-los-detalles-la-millonaria-multa-cobertura-al-caso-nabila-rifo-bienvenidos/>

<sup>234</sup> TVN. *Muy buenos días*: “Lorena Astudillo: ‘El Estado debe reconocer la violencia contra la mujer’”. 02.05.2017. <https://www.youtube.com/watch?v=aqtGEcUdj94>

<sup>235</sup> El Mostrador: “Incidentes fuera de la Corte Suprema por fallo en caso Nabila Rifo que rebaja condena a Mauricio Ortega”. 11.07.2017. <http://www.elmostrador.cl/braga/2017/07/11/incidentes-fuera-de-la-corte-suprema-por-fallo-en-caso-nabila-rifo-que-rebaja-condena-a-mauricio-ortega/>

organizaciones civiles, los famosos<sup>236</sup>, incluso un destacado futbolista de la selección nacional<sup>237</sup>, todos atacaron el fallo. Los candidatos presidenciales no iban a ser menos: una de ellas dijo que “la justicia no puede seguir siendo cómplice de femicidios”<sup>238</sup> y otra mostró preocupación porque esto “desincentive a las mujeres que viven... violencia intrafamiliar para no denunciar”<sup>239</sup>. Elena Dettoni de Ni Una Menos, se manifestó en el mismo sentido:

Cuando más del cincuenta por ciento de las mujeres que denuncian violencia, después se retractan, no perseveran, qué mala señal se les está dando. O sea, si la máxima institución no es capaz de salvaguardar jurídicamente el derecho de la mujer a la vida, a tener una vida libre de violencia, es una pésima señal<sup>240</sup>

¿El juicio de Ortega se convirtió en algo más grande, en una causa de género como ocurrió en el caso de O.J. Simpson con la cuestión racial? ¿Podría ser? ¿Se colocó a los jueces en posición de pensar más en las consecuencias de la decisión que en los hechos mismos del caso? ¿Se pretendió un fallo que mirara menos al pasado –para acreditar la responsabilidad de Ortega– y más hacia el futuro, para promover el bienestar de miles de mujeres y protegerlas de la llamada violencia de género a que están sometidas a diario?

---

<sup>236</sup> The Clinic: “Las reacciones ante la decisión de la Suprema de rebajar condena a agresor de Nabila Rifo”. 09.07.2017. <http://www.theclinic.cl/2017/07/09/las-reacciones-ante-la-decision-la-suprema-rebajar-condena-agresor-nabila-rifo/>

<sup>237</sup> Teletrece: “Arturo Vidal envía mensaje de apoyo a Nabila Rifo y rechaza rebaja de condena a agresor”. 12.07.2017. <http://www.t13.cl/noticia/deportes13/futbol-internacional/arturo-vidal-envia-mensaje-apoyo-nabila-rifo-y-rechaza-rebaja-condena-agresor>

<sup>238</sup> La Tercera: “Beatriz Sánchez cuestiona rebaja de condena a agresor de Nabila Rifo: ‘Justicia no puede seguir siendo cómplice de femicidios’”. 09.07.2017. <http://www.latercera.com/noticia/beatriz-sanchez-cuestiona-rebaja-condena-agresor-nabila-rifo-justicia-no-puede-seguir-siendo-complice-femicidios/>

<sup>239</sup> La Tercera: “Candidatos presidenciales lamentan fallo que rebajó condena a agresor de Nabila Rifo”. 11.07.2017. <http://www.latercera.com/noticia/candidatos-presidenciales-lamentan-fallo-rebajo-condena-agresor-nabila-rifo/>

<sup>240</sup> CNN Chile: “Desde Ni Una Menos catalogan la baja de la pena a Mauricio Ortega como ‘violencia institucional’”. 12.07.2017. <http://www.cnnchile.com/noticia/2017/07/12/desde-ni-una-menos-catalogan-la-baja-de-la-pena-mauricio-ortega-como-violencia>

En los términos del Capítulo I, ¿pudo esta situación afectar la capacidad del juez para atender al caso en sus propios términos y resolver con sujeción sólo al derecho y a la verdad? No deberíamos descartar esta posibilidad. Mi opinión, como intentaré ilustrar, es que tanto el tribunal de Coyhaique como la Sala Penal de la Corte Suprema parecen haber sido profundamente afectados por la mediatización y la opinión pública.

## **UN RESUMEN DEL CASO**

Para abordar estas preguntas es necesario un breve resumen del caso. El 2 de mayo de 2017, en lo que nos interesa, el Tribunal Oral de Coyhaique impuso dos penas a Mauricio Ortega por el denominado Hecho N° 2 de la acusación<sup>241</sup>. De este modo, tras un juicio oral que se extendió por más de un mes, el Tribunal dio por acreditados los siguientes hechos: la noche del 13 al 14 de mayo de 2016, amigos y familiares de Ortega, entre los que estaba Nabila Rifo, se reunieron en el domicilio del primero para “cenar, beber alcohol y bailar”. Ya entrada la noche, “a raíz de un comentario que le hizo Nabila Rifo al acusado, éste comenzó a discutir airadamente con ella, llegando incluso a golpear la lavadora y una pared, y abalanzarse agresivamente sobre Nabila Rifo, debiendo ser contenido por los asistentes” (considerando 64°)<sup>242</sup>.

Los presentes empezaron a irse del lugar y alrededor de las cinco de la mañana una de las hermanas de la víctima fue a buscar a sus sobrinos, “quienes la habían llamado atendida la violencia que existía en el interior del inmueble”<sup>243</sup>. Una vez solos Ortega y Nabila Rifo, cerca de

---

<sup>241</sup> También impuso una tercera pena de 540 días de presidio por violación de morada violenta, pero por el Hecho N° 1, que tuvo lugar el 5 de junio de 2015, casi un año antes de que Nabila Rifo sufriera el crimen que hizo tan conocido al caso. Excluiremos del análisis este hecho-pena, para concentrarnos en lo más importante del caso.

<sup>242</sup> Sentencia TOP Coyhaique, 2.5.2017, RIT 1-2017.

<sup>243</sup> *Ibíd.*, considerando 64°.

las 06.00 horas, ésta huyó del lugar, siendo alcanzada por Ortega cerca de la intersección de las calles Monreal y Lautaro, a menos de 100 metros de la casa, donde él la golpeó

en reiteradas oportunidades en la cabeza con dos trozos de concreto que portaba en sus manos, causándole lesiones consistentes en fractura occipital derecha, fractura de macizo facial en arco cigomático y piso órbita derecha; trauma auricular derecho que requirió cirugía de reconstrucción; y lesiones contuso cortantes en cabeza, rostro y extremidades, que le provocaron compromiso de conciencia shock hipovolémico y riesgo vital, para acto seguido, retirarse del lugar y volver casi inmediatamente sobre la víctima, procediendo a introducir un elemento punzante en sus ojos y remover ambos globos oculares cortando el nervio óptico y causando la enucleación total bilateral que provocó en la víctima la pérdida total e irreversible de la vista (considerando 84°)<sup>244</sup>

El Tribunal entendió que había dos hechos distintos. La primera acción, la de los golpes con bloques de concreto, fue calificada por el Tribunal como femicidio frustrado del art. 390 del Código Penal; mientras que la segunda acción, la extracción de los globos oculares, que ocurre “casi inmediatamente” después, para el Tribunal encuadró con un delito aparte: lesiones graves-gravísimas, previsto en el art. 397 N° 1. Los jueces impusieron una pena de 12 años y 180 días de presidio por cada uno de estos delitos.

La defensa de Ortega impugnó la sentencia a través de un extenso recurso, alegando cuatro causales de nulidad<sup>245</sup>, cada una en subsidio de la anterior. La Corte Suprema<sup>246</sup> descartó anular el

---

<sup>244</sup> *Ibíd.*

<sup>245</sup> La causal principal se basó en una infracción sustancial de garantías fundamentales (art. 373 letra a) CPP), fundado en los primeros momentos del procedimiento: el supuesto control de identidad, la toma de declaración a Ortega en calidad de testigo, sin derecho a guardar silencio, etc. Las dos primeras causales principales se basaron en el motivo de nulidad absoluto de la letra e) del art. 374 CPP, esto es, el haber omitido los hechos por acreditados y la valoración de los medios de prueba con arreglo a la sana crítica (art. 342 letra c) y art. 297, CPP): la primera argumentó que la sentencia había contrariado los principios valorativos de la prueba, principalmente, al no hacerse cargo de la declaración de los testigos presenciales (y otros); mientras que la segunda se apoyó en las contradicciones de la víctima. Hasta aquí, por medio de estas tres causales –que a la postre fueron desestimadas– la defensa solicitó la nulidad del juicio y la sentencia. La tercera causal subsidiaria, que se acogió en parte, es explicada en el cuerpo de este trabajo.

<sup>246</sup> Es importante notar que, de las cuatro causales de nulidad invocadas, la Corte Suprema es competente para conocer sólo de la causal principal; las tres subsidiarias eran competencia de la Corte de Apelaciones respectiva. Dada la regla del art. 367 CPP, el máximo tribunal se pronunció sobre todas las causales, de

juicio y la sentencia por la causal principal y las dos primeras subsidiarias, pero acogió parcialmente la tercera.

La tercera causal subsidiaria, conforme a la letra b) del art. 373 del Código Procesal Penal, alegó que el fallo de Tribunal de Coyhaique incurrió en un error de derecho con influencia sustancial en lo dispositivo del fallo. La sentencia de Coyhaique, reclama la defensa, ve dos delitos, separa ficticiamente el hecho en dos momentos, donde la correcta valoración debiera apreciar sólo uno, pues habría unidad natural de acción. Así entendido, que las dos acciones separadas por el Tribunal Oral constituyen un único hecho punible, merecedor de una sola pena, el recurso luego discute la calificación jurídica poniéndose en dos escenarios posibles: a) El autor obró con dolo de matar (procediendo la calificación de femicidio frustrado o bien tentado en concurso aparente con lesiones graves gravísimas consumadas); u b) Obró sin dolo de matar –sino sólo de lesionar– (correspondiendo entonces la imputación por lesiones graves gravísimas o mutilación de miembro importante, porque aún si el autor actuó con dolo, éste sería dolo eventual, el que resulta incompatible con las hipótesis de homicidio/femicidio frustrado o tentado)<sup>247</sup>.

La Sala Penal de la Corte Suprema descarta la unidad de acción<sup>248</sup>; pero acoge la segunda parte del argumento, en tanto estima cuestionable el título de incriminación (femicidio frustrado) para la primera acción (los golpes con trozos de hormigón propinados por Ortega).

---

modo que la causal que finalmente es parcialmente acogida es, en principio, competencia de las Cortes de Apelaciones. Esto explica, como se verá más adelante, la dificultad que encontró este trabajo para hallar un pronunciamiento comparable (por la misma causal y por hechos semejantes) de la misma Corte Suprema. Fue una maniobra del todo sensata de la defensa, pues radicó la competencia en un tribunal que, en estas circunstancias, podía ser más imparcial.

<sup>247</sup> En todos los escenarios, concluye el recurso, la calificación en tanto hecho único es indiferente, pues cualquiera sea la solución adoptada (lesiones del art. 397 N° 1 o mutilación del art. 396, femicidio tentado subsumido en las lesiones ya mencionadas con la agravación del art. 400 o femicidio frustrado) la pena fluctuará entre 10 años y 1 día y 10 años y 182 días de presidio, atendida la atenuante reconocida en la instancia como única circunstancia modificatoria de responsabilidad.

<sup>248</sup> Véase SCS, 11.7.2017, ROL 19008-2017. Considerandos 44° a 50°.



La Corte comienza su razonamiento por adherir a la postura tradicional<sup>249</sup>, según la cual las fases imperfectas de ejecución del delito, para ser punibles, requieren dolo directo y por ende excluyen el dolo eventual<sup>250</sup>. Citando a Carrara, sostiene que “debemos estar seguros de que quería matar y no sólo herir, cuando en realidad hirió y no mató” (considerando 55°)<sup>251</sup>.

En esa línea, en el considerando 56°, afirma que el fallo de Coyhaique no expresa las razones por las que implícitamente habría entendido que hubo dolo directo y no dolo eventual en la acción de los golpes con trozos de concreto; y dada la ausencia de una justificación, entonces la Corte se avocó al “estudio de los hechos y circunstancias asentados en el fallo en relación a la voluntad y conocimiento con que el acusado llevó adelante el primer momento de la agresión”. (¿Tenía la Corte Suprema competencia para determinar con qué dolo o intencionalidad obró? Volveremos sobre este punto más adelante).

La Sala Penal razonó así: dado que la enucleación de los globos oculares, por las maniobras implicadas, habría buscado provocar un detrimento o menoscabo permanente en la vida de la víctima (la imposibilidad de valerse por sí misma), eso significa que la verdadera intención de Ortega es que Nabila siguiese viva. Si la primera agresión fue cometida con dolo directo homicida, teniendo como meta alcanzar la muerte de la víctima, entonces, cuestiona la Corte:

¿Por qué regresó el hechor al mismo lugar donde había puesto de su parte todo lo necesario para consumar el homicidio y atacó nuevamente a la mujer, causándole una mutilación, lesión ésta, distinta y menos grave –natural y jurídico-penalmente– del resultado letal que habría perseguido con el primer maltrato corporal?

[...] ese regreso del agente pone en duda más que razonable la calificación de dolo directo homicida atribuida al elemento subjetivo del primer ataque. Las máximas de la experiencia llevan a considerar que el homicida frustrado [...] que vuelve al mismo lugar

---

<sup>249</sup> Véase más adelante: Capítulo III, Excurso: la problemática doctrina de la Corte Suprema.

<sup>250</sup> A diferencia del dolo directo, donde el sujeto actúa con el propósito de consumar el delito, el dolo eventual consiste en representarse la realización del delito como probable y pese a ello actuar, aceptando o conformándose con la consumación. Véase HERNÁNDEZ, Héctor y COUSO, Jaime. *Código Penal comentado. Parte general*. Santiago, 2011. pp. 53.

<sup>251</sup> SCS, 11.7.2017, ROL 19008-2017.

de la agresión, donde la víctima permanece aún con vida, ordinaria o comúnmente hará todo lo necesario para provocar ese deceso querido [...] En este caso, en cambio, el sujeto no sigue ese patrón, sino que agrede nuevamente a la mujer, esta vez con mero dolo de lesionar –no de matar– y la mutila, lo que evidentemente no aparece como una conducta esperable en quien minutos antes ha puesto de su parte todo lo necesario para darle muerte (considerando 60°)<sup>252</sup>

Esto implica, para la Corte, que el fallo de Coyhaique incurrió en un error de derecho al calificar la primera agresión como femicidio frustrado, en circunstancias que no estuvo debidamente acreditado o fundamentado el dolo directo del autor (necesario, entienden los ministros, para que un delito sea punible en fase de tentativa o frustración, con las cuales el dolo eventual no sería compatible<sup>253</sup>), infringiendo los arts. 7 inciso 2° y 390 del Código Penal. La sentencia de reemplazo anuló esa parte de la sentencia de Coyhaique y la reemplazó por una condena de 4 años de presidio, a título de lesiones graves<sup>254</sup>.

## **LA SEVERIDAD DE LOS JUECES DE COYHAIQUE**

Para ver si hay una fuerza que “está ahí, pero no se ve”, que afecta la deliberación de los jueces, hemos sugerido contrastar casos: el proceso mediático con los juicios de escasa o nula cobertura, el juicio televisado con los casos que duermen en el anonimato. Eso podría iluminar la cuestión acerca de cómo la prensa y la opinión pública afectan la independencia del juez.

Pues bien, con motivo de este trabajo hemos revisado 110 procesos que han llegado a sede de Tribunal Oral en lo Penal –al igual que el caso que estudiamos– por el delito de femicidio<sup>255</sup>. Los

---

<sup>252</sup> SCS, 11.7.2017, ROL 19008-2017.

<sup>253</sup> Véase *infra*. Capítulo III, Excurso: la problemática doctrina de la Corte Suprema.

<sup>254</sup> Sumada a los 12 años y 180 días de las lesiones gravísimas y los 540 días por violación de morada, alcanzó una pena global de 18 años de privación de libertad.

<sup>255</sup> El trabajo de campo de esta investigación consistió en la búsqueda y recopilación de juicios similares al de Ortega (por el delito de femicidio, ante Tribunal Oral en lo Penal), con el objeto de ver el contraste, como se verá, entre el caso mediático y casos no mediáticos.

datos muestran muy rápidamente que el caso Nabila Rifo es extraordinariamente singular. Simplemente único. Prácticamente en cada aspecto, este caso escapa a la regularidad observable en todos los demás.

Por de pronto, el juicio de Ortega fue nueve veces más largo de lo normal. Así, mientras el promedio de los juicios no mediáticos es de 2,4 días de duración (el 91% de los casos duró 4 días o menos y nunca se excedió de 8), nuestro juicio televisado se extendió por más de un mes –desde el 13 de marzo al 17 de abril, durante 22 jornadas<sup>256</sup>. Por otro lado, si bien no es extraño que comparezcan querellantes a juicios por femicidio (sólo el 31% tuvo al fiscal como único acusador); el caso de Nabila es el único en tener doble querellante: además de las abogadas del Sernam, comparecieron varios letrados de la Intendencia, representando al Ministerio del Interior.

Asimismo, a diferencia del resto de los casos, que cuentan con un puñado de testimonios y pruebas, nuestro mediático juicio escuchó a 38 testigos, 22 peritos, numerosos documentos, una

---

Así, entre el 1 de enero de 2013 y el 28 de febrero de 2017, un intervalo de más de cuatro años, encontramos 110 juicios orales por femicidio, de ellos: 8 terminaron en medida de seguridad (7,3%), 4 en absolución (3,6%) y 98 en condena (89,1%). De las sentencias condenatorias: 48 fueron por femicidio en grado de desarrollo consumado (49%), 39 frustrado (39,8%) y 11 tentado (11,2%).

Es importante subrayar que no existe una base de datos pública para una labor como la aquí emprendida. Gracias a mi rol de funcionario en un Tribunal, accedí a una base de jurisprudencia penal de la Intranet del PJUD, que cuenta con un buscador conforme a delitos, jurisdicciones, palabra clave y otros criterios. Esta herramienta facilitó increíblemente la tarea. Sin ella, habría estado a ciegas, como estuve al comienzo de la investigación: hacía el rastreo de casos manualmente, en el módulo de consulta de causas del PJUD. Dicho módulo funciona sólo si se sabe el RIT, el RUC, el nombre de algún interviniente ingresado al sistema, pero siempre indicando el Tribunal. Entonces, obtenía los nombres de las víctimas, lugares y fechas (de los listados publicados por la Red Chilena Contra la Violencia Hacia las Mujeres) y luego introducía estos datos al buscador. El resultado era frustrante: muchas veces el módulo de consulta de causas no arrojaba ningún resultado (lo que podía deberse a que la jurisdicción era errada, a que la víctima no había sido ingresada al sistema, a un error de transcripción del nombre en el sistema o en el listado de la Red, a que se judicializó en un año distinto, etc); cuando arrojaba un resultado, bien podía tratarse del imputado buscado, pero por hechos diversos y, finalmente, aun cuando el caso fuese el correcto, sólo das con la sentencia después de una búsqueda entre todo el historial de trámites de la causa y de abrir archivos coetáneos pero que no contienen el fallo. El trabajo era lento y engorroso, recuérdese que el módulo de consulta es de aquellos buscadores que exigen, en cada búsqueda, ingresar un código que verifique que el usuario es una persona.

<sup>256</sup> Véase Anexo N° 2. Tabla Duración Promedio Juicios Orales por Femicidio.

decena de evidencias materiales (llaves de vehículo, vestimentas, trozos de concreto) y centenares de imágenes.

Por supuesto, cuán profunda es la investigación del fiscal y las policías, cuán diligente es la defensa en aportar evidencias y, en consecuencia, cuánto tiempo toma su incorporación al juicio, es algo que no está en manos de los jueces. Salvo por el examen de admisibilidad del juez de garantía, estas singularidades del caso dependen más de los otros intervinientes del proceso que del tribunal.

Con todo, estos datos revelan algo decisivo: la atención periodística, las cámaras y el público ponen una presión sobre el conjunto del sistema, que altera el normal desempeño de los actores. Esto significa que, cuando el caso aparece ante los jueces del Tribunal Oral, el sistema completo ha sufrido una distorsión. Esto enfrentaron los jueces de Coyhaique: un juicio por femicidio sin parangón<sup>257</sup>.

Lo que revelan los datos sobre los jueces, es que fueron inusualmente severos con el acusado. La pena impuesta a Ortega –una de las tres penas: los 12 años 180 días por el femicidio– es la más alta dentro de todos los casos equiparables. De los 110 juicios analizados, nueve terminaron en condena con la misma calificación (femicidio), igual *iter criminis* (frustrado) e idénticas

---

<sup>257</sup> ¿Se puede establecer una relación de causalidad entre la mediatización del caso y todos estos aspectos que lo alejan del promedio? ¿Cuánto de estas singularidades provienen de la mediatización y no del caso mismo (de lo macabro o perturbador del crimen, por ejemplo) o de otros factores? La respuesta es una cuestión difícil de acreditar. Lo que aquí se intenta es ilustrar, con un conjunto de datos, que no es casual que el caso más mediático justamente escapa a todos los demás casos, prácticamente en cada aspecto. No se trata de causalidad, sino de correlación. Con todo, después de revisar un centenar de sentencias por el mismo delito, resulta meridianamente claro que lo macabro o perturbador no es lo que impacta en los actores del sistema –pues en gran parte de los femicidios, la verdad es que lo macabro es la regla general. Así que, al menos intuitivamente, podemos decir que tal vez lo macabro del caso atraiga la atención –o el morbo– de la prensa, pero el factor decisivo sobre la forma de actuar de los intervinientes parece ser la exposición, visibilidad y presión mediáticas.

circunstancias modificatorias de responsabilidad penal (una atenuante): todos ellos fueron castigados con una pena 2 años y medio inferior a la de Ortega<sup>258</sup>.

Incluso condenados en peor situación que Ortega, recibieron penas más favorables (11 de 12 condenados por femicidio frustrado, sin ninguna atenuante, recibieron una pena menor<sup>259</sup>); y casi un tercio de los que consumaron el crimen recibieron penas más bajas. Sin ir más lejos, el propio Tribunal Oral de Coyhaique –integrado por dos de los tres magistrados que fallaron nuestro caso<sup>260</sup>– había sido más piadoso dos años antes con otro femicida frustrado, que creó un riesgo igual o mayor de muerte<sup>261</sup>.

Como los datos revelan, no sólo es la pena más alta dentro de su especie, sino que el acusado recibió una segunda pena, igualmente dura de otros 12 años y medio.

Si se toman en cuenta ambas condenas sumadas (casi 25 años de presidio), la conclusión es la misma: la pena de Ortega es considerablemente más grave que la impuesta a condenados que –a diferencia de Ortega– sí mataron a sus víctimas. En efecto, de los 110 juicios orales estudiados, encontramos 48 condenados por femicidio consumado, de los cuales 42, es decir el 88%,

---

<sup>258</sup> Véase Anexo N° 3. Tabla Comparativa: Penas impuestas a condenados por femicidio frustrado en idéntica situación que Mauricio Ortega. Los demás condenados por femicidio frustrado, con una atenuante, fueron condenados a una pena de 10 años y 1 día, es decir, 2 años y 179 días menos que la pena de Ortega por ese sólo delito.

<sup>259</sup> Véase Anexo N° 4. Tabla Comparativa: Penas impuestas a condenados por femicidio frustrado en peor situación que Mauricio Ortega

<sup>260</sup> Los jueces Luis del Río Moncada y Pablo Freire Gavilán integraron el Tribunal Oral en ambos casos, pero debe prevenirse que del Río estuvo por absolver en el juicio de Ortega; mientras que Freire, en el caso comparativo, previno que estuvo por rechazar la atenuante reconocida por los otros dos jueces, subiendo con ello el marco penal aplicable (Sentencia de 3.10.15, RIT 85-2015, parte resolutive).

<sup>261</sup> Sentencia TOP Coyhaique, 3.10.15, RIT 85-2015, impuso una pena de 10 años y 1 día, es decir, 2 años 179 días menor, por los siguientes hechos: “Quinto: ...en una pasarela y la atacó con un cuchillo, en varias zonas de su cuerpo, hiriéndola, siendo las más complicadas para la vida de ella y sugerentes de la real intención del agresor, la penetrante cervical anterior y dos heridas penetrantes en el abdomen [el autor] se va del lugar y es socorrida inmediatamente por un tercero, que estaba en la cercanía, comprimiendo algunas heridas... pidiendo auxilio médico, llegando al lugar dos facultativos y personal del hospital y luego trasladada al hospital... para luego ser derivada en avión al Hospital Regional de Coyhaique, también acompañada de personal especializado, donde fue operada y le salvaron de morir”.

recibieron una pena entre 5 y 15 años menor que la de Ortega. De hecho, la pena sumada de Ortega superó en al menos 10 años de presidio a la impuesta al 58% de los femicidas consumados (28 de los 48 casos)<sup>262</sup>. Y la comparación a iguales circunstancias modificatorias nos lleva a la misma conclusión<sup>263</sup>.

¿Por qué la inusual severidad de los jueces de Coyhaique? ¿Por qué condenar a Ortega –que no mató– a una pena 10,4 años promedio más gravosa que la pena impuesta a 42 de 48 femicidas que sí concretaron el crimen? ¿Qué explica la diferencia? ¿Fueron las cámaras en medio de la sala, la exposición diaria en los noticieros, la presión del público o de diversas organizaciones? ¿Tal vez la visita de la Presidenta –quien nombra en propiedad a los jueces en sus cargos– a la víctima, pocas horas antes de que el Tribunal resolviera el *quantum* de la pena? ¿Quizá el clamor de la audiencia por una pena “ejemplar” o que expresara una señal a la comunidad?

Por cierto, lo espantoso del caso puede llevarnos a pensar, y de hecho así lo pienso, que el crimen que sufrió Nabila Rifo es igual o quizá más reprochable que matar. Sin embargo, lo que debe regir la decisión de los jueces es la ley y no sus convicciones personales. El juez que falla conforme a lo que cree justo, usa el caso como un medio para implementar sus creencias; resuelve no como juez, sino como activista disfrazado de juez.

Por más que el juez estime conveniente enviar una determinada señal o promover fines que estime legítimos o loables, su primera lealtad, en tanto juez, es con la ley. No es función de los jueces dar señales, salvo la señal de que se aplicará la ley con rigor. La que da señales es la ley, quien promueve fines a través de normas generales es el legislador; el juez puede cumplir dicho

---

<sup>262</sup> Véase Anexo N° 5. Tabla Comparativa: Penas impuestas a condenados por femicidio consumado *versus* Ambas penas impuestas a Ortega sumadas.

<sup>263</sup> El análisis de los 21 condenados por femicidio consumado, con iguales modificatorias que Ortega, más adelante, Nota 313. Véase Anexo N° 6. Tabla Comparativa: Penas impuestas a condenados por femicidio consumado con iguales circunstancias modificatorias *versus* Ambas penas impuestas a Ortega sumadas.

cometido sólo mediatamente, es decir, en la medida en que no sea una finalidad directamente perseguida<sup>264</sup>.

Y en ese sentido, si bien no hay un claro desapego al derecho por parte del fallo del TOP de Coyhaique<sup>265</sup>, los jueces parecen haber desatendido un criterio de proporcionalidad que es regularmente observado en la masa de casos anónimos que –a diferencia de éste– escapan a la cobertura mediática. Hacia el final de este capítulo retomaremos este punto, deslizando nuestra hipótesis sobre el caso.

## LA SUPREMA AL PIZARRÓN

En cuanto a la Corte Suprema, ya hemos adelantado que su fallo generó un revuelo e indignación pocas veces visto en el público. Esto por sí sólo no nos dice mucho, porque ya sabemos que cuestiones importantes del derecho –como el rol contramayoritario de los jueces, el derecho a la defensa, la prescripción de la responsabilidad penal, etc– a menudo son incomprendidos para el sentido común. Como dijimos a propósito de la metáfora de Ralws (el bateador que pide un cuarto *strike*), al *lego* ciertas instituciones jurídicas cruciales no pueden más que parecerle absurdas o contraproducentes (“¿Cómo puede el abogado defender al violador sabiendo que es culpable?”, “¿Cómo puede escapar impune Karadima por el hecho de haber pasado muchos años?”)<sup>266</sup>.

Lo llamativo del caso Nabila Rifo es, precisamente, que *esta* decisión de la Corte fue vista –no sólo por el público *lego*, sino también entre juristas– como un notorio desapego al derecho vigente. En efecto, apenas un par de días después del pronunciamiento, la Universidad de Chile organizó un

---

<sup>264</sup> Véase más arriba, nota 121.

<sup>265</sup> Pues se mueve dentro de lo que Hart llamaría zona de penumbra o textura abierta: un margen de discreción que la propia ley entrega al juez. Véase *supra*. Capítulo I, ¿QUÉ QUIERE DECIR APLICAR LA LEY?.

<sup>266</sup> Véase *supra*. Capítulo I, notas 37 y 38.

conversatorio<sup>267</sup> donde destacados profesores de derecho penal desmenuzaron el fallo. Tal como dijo uno de los expositores, la ocasión exigió “sacar a la Corte al pizarrón” y “criticar inclementemente” su fallo.

Es el sentido del epígrafe que abre esta sección: *definitividad* de una decisión no implica su *infallibilidad*. Por más que el fallo de la Suprema resulte inamovible, estamos autorizados para criticar su (falta de) corrección si los mejores argumentos están de nuestro lado. Que en un momento dado exista una regla –dice Hart– significa que los jueces rara vez se apartan de ella o la desconocen. Pero implica, además, que cuando tal desviación o desconocimiento tiene lugar, es o sería tratado por una gran mayoría como algo seriamente criticable e incorrecto. Esto es exactamente lo que ocurrió con el caso Nabila Rifo: se reprochó al máximo tribunal haber resuelto el caso con manifiesto desconocimiento o desapego al derecho.

¿Tenía facultades la Corte, conociendo de un recurso de nulidad, para dictar una sentencia de reemplazo como la que dictó? ¿Fue correcta la doctrina que adoptó en el fallo? Y más relevante, ¿fue plausible el razonamiento que elaboró para aplicarla al caso concreto? Destacados penalistas respondieron que no a cada una de estas preguntas.

### **Una Corte por fuera de sus facultades**

Recordemos cómo argumenta la Corte: “¿Por qué regresó el hechor al mismo lugar donde había puesto de su parte todo lo necesario para consumar el homicidio y atacó nuevamente a la mujer, causándole una [lesión distinta] del resultado letal que habría perseguido con el primer maltrato corporal?”. Es el regreso del acusado lo que lleva a los ministros a dudar del dolo homicida,

---

<sup>267</sup> El conversatorio se realizó el 13 de julio de 2017, bajo el título: "El caso de Nabila Rifo ante la Corte Suprema: Argumentos y contraargumentos". En Sitio Web Facultad de Derecho: “Caso Nabila Rifo: Profesores penalistas critican fallo de la Corte Suprema”. 13.07.2017. Puede consultarse junto con el registro audiovisual de la actividad en <http://www.derecho.uchile.cl/noticias/135058/caso-nabila-rifo-profesores-penalistas-critican-fallo-de-la-suprema>



porque “las máximas de la experiencia llevan a considerar que el homicida frustrado... que vuelve al mismo lugar de la agresión... hará todo lo necesario para provocar ese deceso querido”, pero, en cambio, aquí “el sujeto no sigue ese patrón, sino que agrede nuevamente a la mujer, esta vez con mero dolo de lesionar –no de matar– y la mutila, lo que evidentemente no aparece como una conducta esperable en quien minutos antes ha puesto de su parte todo lo necesario para darle muerte” (considerando 60°)<sup>268</sup>.

El profesor Gonzalo Medina, en un sesudo comentario, sostuvo que estos razonamientos –por los que la Segunda Sala fija una intencionalidad distinta– en realidad dan cuenta

que lo que la Corte hace [la operación intelectual] no es un problema únicamente de recalificación jurídica, no es un problema de subsunción, sino que en el fondo vuelve a realizar un razonamiento probatorio, reinterpreta los hechos como se han establecido en el caso concreto<sup>269</sup>

¿Podía la Corte Suprema volver a valorar los hechos y obtener así una conclusión distinta a la alcanzada por el Tribunal Oral? Medina concluye que no, porque las competencias que otorga el recurso de nulidad al tribunal *ad quem* son restringidas y aún más acotadas cuando se admite la dictación de una sentencia de reemplazo.

Esto es así porque la reforma procesal precisamente pretendió radicar la decisión del caso en los jueces que presenciaron el juicio directamente. La idea, en palabras de Horvitz y López, es colocar al juicio oral en el centro, de modo que “el tribunal adquiera su convicción y dicte sentencia solamente en base a lo acontecido en el juicio, esto es, fundado en sus percepciones personales y directas sobre las pruebas producidas durante [éste]”<sup>270</sup>.

---

<sup>268</sup> SCS, 11.7.2017, ROL 19008-2017.

<sup>269</sup> MEDINA, Gonzalo. Comentario realizado en el conversatorio "El caso de Nabila Rifo ante la Corte Suprema: Argumentos y contraargumentos". Facultad de Derecho, U. de Chile. 13.07.2017.

<sup>270</sup> HORVITZ, María Inés y LÓPEZ, Julián. *Derecho procesal penal chileno*. Ed. Jurídica de Chile. Santiago, Chile. 2004. Tomo II. p. 234.

Si se otorgara la decisión final a jueces que no han asistido al juicio oral, esto pondría en el centro del proceso la lectura de los registros y convertiría al juicio oral en algo banal. De modo que la restricción de facultades del juez superior, en realidad, es una necesidad impuesta por los principios de oralidad e inmediación. Piénsese, por ejemplo, en lo central que son estos principios para la prueba testimonial o pericial,

pues es imprescindible la percepción directa de las declaraciones de los testigos y las intransferibles sensaciones percibidas en una declaración, esto es, lo que se dice, lo que se calla, las contradicciones al declarar, los titubeos, las expresiones del rostro y el cuerpo, y todo eso que se ha dado en llamar *psicología del testimonio*<sup>271</sup>

¿Cómo podría el tribunal superior –que sólo accede a la prueba a través de los alegatos de los abogados o por registros y transcripciones– adquirir un grado de convicción equivalente? No hay manera. Por este motivo, el recurso de nulidad no puede constituir instancia, pues el tribunal que conoce de él “no revisa todas las cuestiones de hecho y de derecho comprendidas en el juicio, sino que su competencia se limita a la causal que se hubiere invocado en la interposición”<sup>272</sup>.

Aun cuando en casos extremos el tribunal superior puede entrar a revisar los hechos (por “infracción a las leyes reguladoras de la prueba”<sup>273</sup>), ese claramente sería un caso de improcedencia de la sentencia de reemplazo –que es lo que hizo la Corte en este fallo–, admitiéndose únicamente, como solución, la nulidad tanto de la sentencia como del juicio (véase art. 374 letra e) y la opinión de los autores)<sup>274</sup>.

---

<sup>271</sup> *Ibíd.* Tomo II. p. 286.

<sup>272</sup> MOSQUERA, Mario y MATURANA, Cristián. *Los recursos procesales*. Ed. Jurídica de Chile. Santiago, Chile. 2010. p. 329.

<sup>273</sup> *Ibíd.* p. 329.

<sup>274</sup> Como apuntan Horvitz y López: “el sistema procesal chileno, no obstante reservar los problemas de apreciación de la prueba al tribunal de primera instancia, faculta al tribunal superior que conoce del recurso de nulidad para revisar que la libre apreciación de la prueba no entre en contradicción con los principios de la lógica, las máximas de experiencia y los conocimientos científicamente afianzados” (*Derecho procesal penal chileno*. Op. Cit. Tomo II. p. 421).

Basta leer el art. 385 del Código Procesal para advertir que la Corte se arrogó facultades que la ley le niega:

Artículo 385.- Nulidad de la sentencia. La Corte podrá invalidar sólo la sentencia y dictar, sin nueva audiencia pero separadamente, la sentencia de reemplazo que se conformare a la ley, si la causal de nulidad no se refiriere a formalidades del juicio *ni a los hechos y circunstancias que se hubieren dado por probados*, sino se debiere a que el fallo hubiere calificado de delito un hecho que la ley no considerare tal, aplicado una pena cuando no procediere aplicar pena alguna, o impuesto una superior a la que legalmente correspondiere<sup>275</sup>

En todas las restantes hipótesis en que la Corte acoja al recurso, procede únicamente la nulidad del juicio y la sentencia. Así lo ordena el art. 386, sin que sea obstáculo para la realización de un nuevo juicio oral la circunstancia de haberse declarado la nulidad en virtud de un vicio cometido en la dictación de la sentencia.

La jurisprudencia también respalda el punto. Dentro del centenar de juicios orales que hemos analizado, hallamos 56 casos en que se dedujo recurso de nulidad (el 62%<sup>276</sup>). A su vez, de esos 56 recursos, detectamos 7 casos en que se alegó la misma causal invocada por el recurso de Ortega, que fue parcialmente acogida por la Suprema. En estos siete casos, frente a argumentos similares al de la defensa de Ortega, seis Cortes de Apelaciones, de manera sostenida y regular, han fallado de forma contraria a la Corte Suprema en este caso.

En estos siete recursos, la defensa pidió la recalificación del delito: de femicidio frustrado a femicidio tentado o lesiones graves (del art. 397 N° 2) o incluso lesiones leves (del art. 494 N° 5), alegando que el Tribunal Oral realizó una errónea aplicación del derecho con influencia sustancial

---

<sup>275</sup> El destacado es nuestro.

<sup>276</sup> Cabe decir que en el análisis del recurso de nulidad, hemos acotado la muestra a 90 juicios que acabaron con condena, principalmente por femicidio consumado o frustrado. De los 110 juicios por el delito de femicidio: 4 terminaron en absolución; 7 en medida de seguridad; y 97 en sentencia condenatoria (Véase nota 255); de estos últimos, 48 fueron consumados (49%); 38 frustrados (39%) y 11 tentados (11%). No tenía utilidad, a efectos de este trabajo, revisar los recursos interpuestos contra sentencias absolutorias, que impusieran medidas de seguridad o en alguna medida tampoco por femicidio tentado.

en lo dispositivo del fallo. Las defensas sostuvieron que no había ánimo de matar en el acusado, por las características del medio empleado, o porque no provocó riesgo vital ni lesiones mortales, o porque su baja entidad serían indiciarias de otra intencionalidad, o porque su conducta posterior revelaría la ausencia de dolo directo de matar.

Todos estos argumentos fueron desechados por los jueces superiores. Las Cortes de alzada –en decisiones unánimes– rechazaron cada uno de los recursos, argumentando que lo solicitado escapaba a las facultades conferidas por la ley. Así las Cortes de Apelaciones de Concepción<sup>277</sup>, San Miguel<sup>278</sup>, Talca<sup>279</sup>, La Serena<sup>280</sup> y Coyhaique<sup>281</sup>.

---

<sup>277</sup> “la causal de nulidad invocada supone mantener los hechos inamovibles, revisando sólo la correcta aplicación del derecho”. ROL 732-2013, SCA Concepción, 31.1.14, Considerando 5° (Sentencia impugnada: TOP de Concepción, 2.12.13, RIT 475-2013, que fijó los siguientes hechos: “HJRP procedió a insultar a su cónyuge MDOR, lanzándosele encima y pegándole un combo en el malar izquierdo, golpeándose ella contra un pilar de la puerta, se le lanzó encima ahorcándola, la tiró al suelo, y mientras con sus dos manos la ahorcaba, puso sus rodillas flectadas sobre el pecho de la mujer, para continuar golpeándola con una mano mientras con la otra la sujetaba del cuello. En este contexto, interviene la hija de ambos, de siete años de edad, quien le grita al padre, que no mate a su mamá, impidiendo así que continuara su acción”, Considerando 13°).

<sup>278</sup> “la argumentación del recurrente en torno a la recalificación... no se sostiene de acuerdo a los hechos tenidos por probados por el tribunal, y que resultan inamovibles para esta Corte”. SCA San Miguel, 29.8.16, ROL 1525-2016 (Sentencia impugnada, 6° TOP de Santiago, RIT 52-2016, que determinó el siguiente hecho: “H. le propinó golpes de pies y puños en diferentes partes de su cuerpo. Acto seguido, premunido de un cuchillo procedió a inferirle diversas lesiones, ante lo cual ella huye hacia el exterior del inmueble ingresando a una caseta ubicada a la entrada del mismo, lugar donde nuevamente la agredió con el mismo cuchillo, logrando aquella huir hacia la vía pública siendo auxiliada por vecinos. A raíz de lo anterior, resultó con herida puntifera en tórax y abdomen...”, Considerando 17°).

<sup>279</sup> “En el caso sub lite... el Tribunal en el fundamento quinto estableció los hechos que resultan inamovibles y en el considerando séptimo... los motivos por los cuáles decidió calificar en la forma que lo hizo... [que] si bien no corresponde a la visión del recurrente, no significa que hubiere hecho una errónea aplicación del derecho” SCA Talca, 25.3.14, ROL 74-2014, Considerandos 4° y 5°. (Sentencia impugnada, RIT 224-2013, TOP Talca, que dio por acreditado el siguiente hecho: “)

<sup>280</sup> “se proponen hechos distintos a los que se dieron por probados”. SCA La Serena, 5.10.15, ROL 472-2015, Considerando 7° (RIT 140-2015, TOP Ovalle).

<sup>281</sup> “no se observa cómo tales hechos podrían ser objeto de una calificación jurídica distinta a la concluida por el Tribunal, sin que ello no signifique entrar a una modificación de las proposiciones fácticas determinadas, circunstancia que no fue objeto ni causa del recurso deducido”. SCA Coyhaique, 18.12.15, ROL 152-2015, Considerando 4° (RIT 85-2015, TOP Coyhaique).

En un caso especialmente homologable, donde la conducta posterior del acusado se usó para sostener una intención no homicida, la Corte de San Miguel desestimó el hecho y descartó una calificación diferente al femicidio frustrado, sosteniendo, entre otras razones: “que los sucesos que los jueces de grado dieron por establecidos, ya se dijo –inamovibles para esta Corte– no es posible subsumirlos en la hipótesis jurídica... de la defensa” (considerando 6°)<sup>282</sup>.

Si bien no hemos detectado todavía un recurso análogo fallado por la misma Corte Suprema –lo que se explica porque ésta no es competente, salvo por extensión, para conocer de la causal<sup>283</sup>–; resulta claro que la Segunda Sala se apartó de la jurisprudencia en cuanto al alcance de sus prerrogativas conociendo de un recurso de nulidad.

De hecho, es la propia sentencia que estamos estudiando, de nulidad en el caso Nabila Rifo, la que reconoce las limitaciones que hemos indicado. Así, en el considerando 29° (“no ha sido dada a esta Corte la facultad de realizar una nueva ponderación de los elementos de prueba aportados en el juicio oral, puesto que ello atenta contra el principio de inmediación y supera los límites de la nulidad”<sup>284</sup>) o en el considerando 36° (“el objetivo de la causal de nulidad en estudio [art. 373 letra b)] supone forzosamente que... los hechos del proceso resultan inamovibles para esta Corte” y “no resulta posible desatender lo que se ha asentado en el fallo”<sup>285</sup>). Y más específicamente, el considerando 52°, que se pronuncia sobre los elementos volitivos o cognitivos:

definir si en una determinada conducta el agente obra o no conociendo y queriendo el resultado derivado de su acción u omisión, como paso previo a calificar la misma conducta como dolosa, culposa, o carente de culpabilidad –en conjunto a los demás aspectos volitivos que es necesario considerar para zanjar tal cuestión–, constituye un

---

<sup>282</sup> SCA San Miguel, 12.8.13, ROL 945-2013, considerando 6°.

<sup>283</sup> Véase el art. 376 del CPP y la nota 246.

<sup>284</sup> SCS, 11.7.2017, ROL 19008-2017, considerando 29°. Y la Corte, al fin de la referencia, cita su propia jurisprudencia: “Rol N° 12.885-2015 de 13 de octubre de 2015”.

<sup>285</sup> SCS, 11.7.2017, ROL 19008-2017, considerando 36°. Y nuevamente la Corte cita jurisprudencia: “SSCS Rol N° 21.408-2014 de 8 de septiembre de 2014 y Rol N° 1323-2015 de 24 de marzo de 2015”.

asunto de hecho que deben resolver los sentenciadores conforme a la valoración que realicen soberanamente de la prueba en el juicio<sup>286</sup>

Si la Corte hubiese tomado en serio sus propias consideraciones, entonces no habría tenido más alternativa que admitir que la intención de Ortega ya estaba fijada por los jueces del Tribunal de Coyhaique, ante lo cual sólo cabe entender que esa es la valoración correcta. El fallo, entonces, es contradictorio en sus propios términos, afirma el profesor Medina:

porque no puede afirmar primero que el establecimiento de las circunstancias de elementos volitivos o intencionalidad es una cuestión privativa de los jueces del Tribunal Oral en lo Penal y acto seguido, realizar ellos, a través de consideraciones *valorativas de prueba*, una calificación distinta de cuál puede ser la intencionalidad en el caso concreto y de esa manera afirmar que tenemos un caso de dolo únicamente de lesionar<sup>287</sup>

### **Doctrina cuestionable y decisión insólita del caso**

Ahora bien, aun cuando la Corte hubiese estado autorizada para revalorar los hechos, se ha desacreditado seriamente el fondo de su decisión. Recuérdese el argumento: no se acreditó el dolo directo de matar y por tanto no se puede calificar el hecho como femicidio frustrado<sup>288</sup>. ¿Fue una decisión apegada sólo al derecho y a la verdad? ¿Resolvieron los ministros como jueces, sin ninguna otra consideración ajena a la aplicación de la ley, en el sentido planteado en el Capítulo I? Dividiremos la cuestión en dos partes: por un lado, analizaremos la postura en que se asienta el fallo, que afirma la problemática incompatibilidad entre dolo eventual y delito frustrado (en un

---

<sup>286</sup> SCS, 11.7.2017, ROL 19008-2017, considerando 52°.

<sup>287</sup> MEDINA, Gonzalo. Comentario realizado en el conversatorio "El caso de Nabila Rifo ante la Corte Suprema: Argumentos y contraargumentos". Facultad de Derecho, U. de Chile. 13.07.2017.

<sup>288</sup> Apunta la sentencia de reemplazo "1°) Que, no habiéndose establecido en la forma requerida por el artículo 340 del Código Procesal Penal que el acusado obró con dolo directo al propinar los golpes en la cabeza a la víctima con trozos de concreto, no han podido estos hechos ser calificados como delito de femicidio frustrado como proponen las acusaciones, sino sólo como delito de lesiones simplemente graves consumadas, previsto y sancionado en el artículo 397 N° 2 del Código Penal". SCS, 11.7.17, ROL 19008-17, Sentencia de reemplazo.

excurso al final de este capítulo); y por otro, la insólita aplicación de esta doctrina a los hechos asentados en el caso. Comencemos por esta última cuestión.

Como sabemos, la Sala Penal de la Suprema se resiste a hablar de femicidio frustrado, porque duda de que Ortega tenga la real intención de matarla. El sentido común –pero también el sentido jurídico– se reveló ante la conclusión de la Corte. “¿Qué más tendría que haber hecho Ortega?”, reclamó un locutor radial, “¿Tenía que haber estado el tipo con un megáfono diciendo: ‘la quiero matar’, ‘le juro que la quiero matar’?”<sup>289</sup>. El penalista Lautaro Contreras se expresó en el mismo sentido: los hechos del caso “dan cuenta de una intención de matar”<sup>290</sup>.

fractura occipital derecha, fractura de macizo facial en arco cigomático y piso órbita derecha; trauma auricular derecho que requirió cirugía de reconstrucción; y lesiones contuso cortantes en cabeza, rostro y extremidades, que le provocaron compromiso de conciencia shock hipovolémico y riesgo vital (Considerando 84°)<sup>291</sup>

“Dos trozos de concreto” usó Ortega, en “reiteradas oportunidades”, para golpear con ellos el rostro y la cabeza de la Nabila. Lo insólito es que la misma Corte que cuestionó la intención homicida, dio por asentados e inamovibles estos hechos.

En los fallos de nulidad homólogos que hemos detectado, que resolvieron recursos similares al de Ortega, las Cortes de Apelaciones también contradicen la conclusión del máximo tribunal. Así, resulta claro que las Cortes –que se pronunciaron sobre el punto– de La Serena<sup>292</sup>, Valdivia<sup>293</sup> y San Miguel<sup>294</sup> habrían mantenido la decisión del Tribunal de Coyhaique.

---

<sup>289</sup> Radio Zero: *Un país Generoso*. 12.07.2017. Min: 22:45. <http://www.radiozero.cl/podcast/un-pais-generoso/2017/07/rocio-lorca-explica-fallo-de-la-corte-suprema-por-caso-de-nabila-riffo/>

<sup>290</sup> “el fallo es discutible en el sentido de que considera que la circunstancia de golpear a una persona en la cabeza, con un trozo de concreto, causándole rotura de parte de la cara, del cráneo, no da cuenta de una intención de matar... más bien eso da cuenta de una intención de matar”. En El Mostrador: “Experto penalista intenta explicar lo inexplicable: ‘Si hubiera querido matarla lo habría hecho en la primera acción y no habría vuelto a arrancarle los ojos’”. 11.07.2017

<sup>291</sup> Sentencia de 2 de mayo de 2017, RIT 1-2017, TOP de Coyhaique.

<sup>292</sup> “quedaron demostradas científicamente la entidad y número de lesiones y que una de ellas tenía el carácter de vital”. SCA La Serena, 5.10.15, ROL 472-2015, considerando 8° (RIT 140-2015, TOP Ovalle).

En un caso notablemente similar, en que la conducta posterior del acusado fue esgrimida como indiciaria de ausencia de dolo homicida –“el ánimo era de castigo y no de causar la muerte” pues intentó “ayudar a la víctima... comprando un frasco de Tapsin y cremas antiinflamatorias”<sup>295</sup> (a diferencia de Ortega, que regresó para agredir nuevamente)–, la Corte de San Miguel desestimó el hecho y descartó una intencionalidad diferente, sosteniendo que el elemento subjetivo típico concurría “dada la modalidad de ejecución y circunstancias concomitantes; en tanto el resultado letal pudo ser consecuencia directa de las graves lesiones ocasionadas, sin mediar los socorros médicos oportunos y eficaces” (7°)<sup>296</sup>.

En un segundo caso homólogo, pero de una agresión menos extrema –que no provocó inconsciencia ni riesgo vital y de hecho la víctima pudo huir por sí sola–, la defensa alegó la falta de dolo de matar y también que la acción típica no estaba completa. La Corte de Valdivia rechazó el recurso y mantuvo la calificación del femicidio frustrado, porque

la gravedad de las lesiones y las partes del cuerpo afectadas por la agresión, en especial la fractura craneana y las esquimosis en el cuello... contradice esta ausencia de ánimo homicida invocada por el recurrente... la circunstancia de provocar una fractura, demuestra [que] la fuerza empleada... fue de la magnitud requerida para generar un desenlace fatal (5°)<sup>297</sup>

---

<sup>293</sup> Véase más abajo, nota 297.

<sup>294</sup> “en la especie existió la creación de un riesgo de muerte inminente para la víctima, estando en presencia de un ataque directo que tenía por objeto atentar seriamente contra la vida de la víctima... no produciéndose un resultado más dañoso por circunstancias ajenas al control del hechor, como la protección que brindó... una almohada que sirvió de escudo”. SCA San Miguel, 29.8.16, ROL 1525-2016, considerando 4° (Sentencia impugnada, 6° TOP de Santiago, RIT 52-2016).

<sup>295</sup> SCA San Miguel, 12.8.13, ROL 945-2013, considerando 1°.

<sup>296</sup> SCA San Miguel, 12.8.13, ROL 945-2013.

<sup>297</sup> SCA Valdivia, 20.8.13, ROL 346-2013. Los hechos del caso habían sido: “el imputado... aprovechando que la víctima se encontraba durmiendo en el dormitorio del inmueble, fue hasta dicho lugar, premunido de un fierro y con ánimo de matar, agredió a la víctima, golpeándola en su cabeza, en su cara y en diferentes partes del cuerpo, luego la lanzó al suelo y la comenzó a asfixiar, logrando la víctima en un momento de descuido huir del lugar hasta llegar a casa de sus padres” (RIT 26-2013, TOP Osorno).



Estas consideraciones parecen referirse al caso que estudiamos. Como en todos los delitos, la intencionalidad no se puede establecer con total certeza, sino que se deriva de hechos e indicios; y ellos, en este caso, apuntaban directamente hacia otra conclusión. El profesor Mauricio Tapia captó con notable ironía el punto: “le partí el cráneo, pero sin intención de matarla”<sup>298</sup>, apuntó en su cuenta de Twitter. De modo que éste es un primer argumento: los hechos del caso envuelven más bien una clara intención de matar (sea un dolo de primer grado o de consecuencias necesarias<sup>299</sup>).

Un segundo argumento atacó el modo en que la Corte extrae la intencionalidad del caso (la “nueva intención, la de golpear, herir o maltratar... implica, necesariamente, el querer la supervivencia de la víctima”, considerando 61°<sup>300</sup>). Mañalich refuta que la conducta posterior pueda ser indiciaria de falta de dolo homicida en la golpiza: es un evidente *non sequitur*, que lleva al absurdo con un ejemplo<sup>301</sup>. Milton Juica ataca el mismo punto, en el persuasivo considerando 5° de su voto disidente<sup>302</sup>.

---

<sup>298</sup> En su cuenta de Twitter. <https://twitter.com/MauricioTapiaR/status/884835006912311296>

<sup>299</sup> La posición del dolo directo de segundo grado se analizará con más detalle al final del capítulo. Véase *infra*. Capítulo III, Excurso: la problemática doctrina de la Corte Suprema.

<sup>300</sup> Véase SCS, 11.7.2017, ROL 19008-2017, considerando 61°.

<sup>301</sup> “quien ya ha subrepticamente introducido una sustancia letal en el organismo de otra persona pueda, en el ínterin, maltratar o lesionar corporalmente a esa misma persona, sin que esto pueda llegar a ser indicativo de que, al suministrarle la sustancia, el primero no haya tenido el propósito de matar a la segunda persona”. MAÑALICH. p. 7. El profesor Mañalich, en su presentación del comentario, fue aún más duro con la Corte: “lo que hace la Corte es jugar con ciertas intuiciones de psicología de sentido común o de la falta de sentido común –podemos discutir cuán sensatas esas representaciones, cuánto validan una antropología sexista, en el sentido de que el autor regresó al lugar porque quería dejarla sin ojos, de modo que en la fantasía psicoanalítica tenía el deseo de que siguiera viviendo sin ser capaz de ver otro hombre, en su delirio celópata. Que eso tenga alguna relevancia para determinar si al momento de dar los sucesivos golpes con la formación de concreto, el autor no perseguía darle muerte, es algo que muestra que el voto de mayoría entiende que tiene competencias para sentarse detrás del diván que creo desafían muy seriamente el rigor con el cual un tribunal en este nivel puede explorar los presupuestos fácticos de imputación subjetiva”. Comentario realizado en el conversatorio “El caso de Nabila Rifo ante la Corte Suprema: Argumentos y contraargumentos”. Facultad de Derecho, U. de Chile. 13.07.2017.

<sup>302</sup> “Nada más repárese que en el ensañamiento, definido en el artículo 391 N° 1, circunstancia cuarta, del Código Penal como aumentar deliberada e inhumanamente el dolor al ofendido, el ejecutar los actos que

Para la profesora Rocío Lorca, la Corte simplifica la intención: “deja afuera, de algún modo niega o cancela todo lo demás que dice la acción de Ortega: matar, mutilar, humillar, destruir”<sup>303</sup>. La noción de violencia de género que subyace al fallo es demasiado anticuada y estrecha<sup>304</sup>, desconoce que hoy el tipo de interacciones de la violencia de género son mucho más complejas y en casos extremos, como el que estudiamos, envuelven una intencionalidad de “destruir, desmoronar, masacrar lo femenino. Y en eso entra un dolo homicida, un dolo de lesionar, todas las intencionalidades de la ley quedan de algún modo completamente absorbidas, son un grano de arena en esta gran intencionalidad”<sup>305</sup>.

El reconocimiento de esta realidad, precisamente, motivó una modificación legal: la dictación de la Ley 20.480 que tipifica el “femicidio”, incorporándolo al art. 390 del Código Penal. Así, el femicidio (y por ende la violencia de género) está en la ley. Se trata de un concepto jurídico, introducido al ordenamiento hace más de siete años, de modo que la Corte ha debido conocer mejor su sentido y alcance para aplicar correctamente la ley.

Esto es lo más reprochable para la profesora Lorca: que la Corte ha dicho una cosa y ha negado otra. La Corte ha dicho que Ortega lesionó a otra persona y ha negado su intención de matarla; es decir, que lo que ocurrió con Nabila no es un femicidio. Y “eso es un poco violento”, dice Lorca,

---

ocasionen ese dolor no supone por otra parte abandonar el dolo homicida, y dado que tales actos, además, no necesariamente contribuyen a, o apuran de modo sustancial el resultado muerte, puede distinguirse desde un punto de vista jurídico, dos dolos, uno orientado a causar la muerte del ofendido y otro destinado a aumentar el dolor de éste mientras se consigue el primer resultado, aunque desde luego, ambos confundidos en la psiquis del agente” (5°). SCS, 11.7.2017, ROL 19008-2017, voto disidente.

<sup>303</sup> LORCA, Rocío. Comentario realizado en el conversatorio “El caso de Nabila Rifo ante la Corte Suprema: Argumentos y contraargumentos”. Facultad de Derecho, U. de Chile. 13.07.2017.

<sup>304</sup> Según la profesora Lorca, el fallo despliega una comprensión anticuada de la violencia de género, ligada a la idea de “quien te quiere te aporrea”, que ignora que la violencia machista hoy es una reacción contra la emancipación de la mujer no sólo en lo privado, sino en todos los planos (en lo social, en lo público, lo político, etc). Esta sería la libertad que la violencia de género pretende extirpar. LORCA, Rocío. Comentario realizado en el conversatorio “El caso de Nabila Rifo...”. Op. Cit.

<sup>305</sup> LORCA, Rocío. Comentario realizado en el conversatorio “El caso de Nabila Rifo...”. Op. Cit.

porque si hay algún caso en Chile en que la comunidad, que ha sido la comunidad que ha propiciado el cambio legislativo, ha identificado un caso paradigmático, el ejemplo del tipo de comportamiento que la norma que prohíbe el femicidio ha querido evitar, ese es el caso de Nabila Rifo.

Entonces, querer quitarle ese significado a este caso... no podría justificarse en términos de que la Corte Suprema quería ser más seria... sino que *derechamente es negar la existencia de normas jurídico penales vigentes en el ordenamiento jurídico* y demostrar que no se ha dado el trabajo de comprender los fenómenos que hoy día a la sociedad le preocupan<sup>306</sup>

## DE VUELTA A LOS MEDIOS Y LA OPINIÓN PÚBLICA

¿Por qué la Corte se arrogó facultades que la ley no le confería? ¿Por qué se puso tan rigurosa con la acreditación de un dolo directo de primer grado? ¿Por qué estiró la postura tradicional<sup>307</sup> a un caso que parece estar fuera de su campo de aplicación? ¿Por qué se distanció en cada punto al criterio sostenido por la jurisprudencia, contrariando lo resuelto por varias Cortes de Apelaciones?<sup>308</sup> El abogado Cristian Riego ensayó una explicación que parece plausible:

En Chile una pena de 25<sup>309</sup> años no es común. Y yo creo que no sólo no es común, sino que probablemente hay muy pocos casos o ninguno en que se aplique una pena de 25 años sin una persona que haya resultado muerta. Entonces yo creo que para la Corte, en términos de los parámetros, de los casos que ven todos los días, una pena de 25 años para una persona que no mató, es algo bastante raro. Entonces a lo mejor la Corte, pienso yo, en términos de usar un criterio de proporcionalidad con los demás casos que se ven, dijo 'No, esto hay que ajustarlo' y entonces aplicó las teorías más favorables al reo para

---

<sup>306</sup> *Ibíd.* El destacado es nuestro.

<sup>307</sup> Véase *infra*. Capítulo III, Excurso: la problemática doctrina de la Corte Suprema.

<sup>308</sup> Y todavía hay más preguntas: ¿Por qué forzó los hechos y sacó conclusiones inverosímiles en sus propios términos? ¿Por qué dudó de la intención de matar de un sujeto que arroja "trozos de concreto" en la cabeza de una mujer indefensa? ¿Por qué forzó la causal de errónea aplicación del derecho y la procedencia de la sentencia de reemplazo?

<sup>309</sup> Rectificamos a 25 años, pues en la entrevista original Riego dice 28 años. Recuérdese que el fallo de Coyhaique impuso 3 condenas: Una de 540 días (violación de morada violenta); otra de 12 años y 180 días (femicidio frustrado); y otra de 12 años y 180 días (lesiones graves-gravísimas). Las tres suman aproximadamente 26 años y medio.

llevar a una pena que, de todas maneras, para un resultado sin muerte, es muy alta: 18 años en Chile es una pena muy alta<sup>310</sup>

La hipótesis de Riego no es para nada una “intuición”. Tiene fuerte respaldo empírico. Como revela el levantamiento de datos de este trabajo, la sola condena por femicidio frustrado fue inusualmente severa. De hecho, fue la pena más alta entre enero de 2013 y febrero de 2017 (el periodo estudiado), impuesta a un imputado en igual situación de Ortega y fue también superior a la pena impuesta a 11 de 12 condenados en peor situación (una atenuante menos). Esto, sin considerar la segunda pena por otros 12 años y 180 días<sup>311</sup>.

Las dos penas impuestas a Ortega, sumadas, dice Riego, son muy elevadas para alguien que no mató a nadie. Y nuevamente tiene razón: de los 110 casos estudiados, encontramos 48 condenados que consumaron el femicidio, de los cuales 21 están en situación comparable a Ortega (es decir, con una atenuante)<sup>312</sup>. Pues bien, la pena de casi 25 años impuesta a Ortega, supera al 86% de esas condenas, siendo al menos 5 y hasta 10 años más extensa que la impuesta a 18 de esos 21 condenados que sí mataron<sup>313</sup>.

Esto nos trae de vuelta a las preguntas de más arriba: ¿por qué la inusual severidad de los jueces de Coyhaique? ¿Por qué condenar a Ortega –que no mató– a una pena 7,6 años promedio más gravosa que la pena impuesta a 18 de 21 femicidas que sí concretaron el crimen?

---

<sup>310</sup> *Aquí se debate: “¿Debió reducirse la condena de Ortega?”*. CNN Chile. 12.07.2017. Conduce Daniel Matamala. Min: 06:29. <http://www.cnnchile.com/noticia/2017/07/12/aqui-se-debate-debio-reducirse-la-condena-de-ortega>

<sup>311</sup> Esta segunda condena, por lesiones gravísimas, también plantea preguntas: ¿qué llevó a los jueces a estimar que el evento de esa noche contenía dos delitos y no uno (como lo entendió el voto disidente)? Y aun siendo dos delitos, ¿Por qué el Tribunal aplicó el concurso real del art. 74, sin siquiera tematizar ni descartar un posible concurso aparente o uno ideal, conforme al art. 75? ¿Por qué, asimismo, el Tribunal abdicó de aplicar la regla de exasperación del art. 351, al determinar la pena?

<sup>312</sup> El análisis del global de femicidios consumados confirma lo mismo: los femicidas consumados reciben, en promedio, una pena 10,4 años menor a la impuesta a Ortega. Véase *supra*. nota 262.

<sup>313</sup> De los 21 condenados con iguales modificatorias que Ortega, 7 recibieron la pena de 15 años y 1 día (el 33% de los 21 casos); 1 la pena de 16 años (5%); 1 la pena de 17 años (5%); 3 la de 18 años (14%); 6 la de 20 años; y 3 fueron condenados a presidio perpetuo simple.

Nuestra hipótesis es que la extrema mediatización del caso –y todo el fenómeno que la rodea– pudo desajustar el baremo de los jueces y afectar su imparcialidad.

Los datos aquí recabados son un poderoso argumento en favor de esta idea: indican que hubo un apartamiento del criterio regularmente observado, desatendiendo un estándar de proporcionalidad que los jueces habitualmente siguen. Parece haber existido una fuerza, solapada y no admitida, que alteró el resultado que se habría obtenido en cualquier otro caso anónimo, sin el interés mediático de éste. Esa fuerza, podemos inferir, no es otra que la influencia ejercida por los medios y la opinión pública.

Pero no es sólo la mediatización, sino todo el fenómeno que la acompaña: que afuera del Tribunal se reunieran manifestantes clamando por una condena; que dentro de la sala hubiese dos querellantes (algo inédito en más de 60 juicios similares) y que ambos fuesen abogados del Estado (del Sernam y del Ministerio del Interior)<sup>314</sup>; que varios actores hicieran un uso político y electoral del caso; la toma de partido de Ministros de Estado y la intervención de la propia Presidenta de la República, al visitar a la víctima antes de que el Tribunal Oral dictara sentencia; todo ello durante un juicio oral diez veces más extenso que el promedio y que tuvo la atención diaria de noticieros y matinales.<sup>315</sup>

De modo que los jueces no podían sino contar con que el caso marcaría, de una u otra forma, su carrera. Por de pronto, el caso los volvería conocidos para los ministros de Corte, es decir, los jueces superiores que revisan sus resoluciones, pero que también los califican y deciden sobre su permanencia o ascenso (anotaciones, inclusión o no en ternas, etc). Sabían que conocían del caso bajo la mirada atenta de sus superiores. Luego, sus rostros se volverían familiares también para la

---

<sup>314</sup> Esta cuestión no deja de ser gravitante, si se toma en cuenta la elevada tasa de juicios ganados por el Estado de Chile. En efecto, en el “Ejercicio de la acción penal”, los datos revelan el Consejo de Defensa del Estado obtuvo un 86,4% de sentencias favorables durante 2016 (véase Cuenta Pública 2016 CDE, de 02.05.2017, p. 4. [http://www.cde.cl/gestion\\_institucional/wp-content/uploads/sites/11/2017/02/Carpeta-de-prensa-Cuenta-P%C3%BAblica-2016.pdf](http://www.cde.cl/gestion_institucional/wp-content/uploads/sites/11/2017/02/Carpeta-de-prensa-Cuenta-P%C3%BAblica-2016.pdf)).

<sup>315</sup> Véase nota 256.

Presidenta, quien nombra en propiedad a los jueces, según el art. 263 del COT y para otras autoridades de gobierno (incluso del futuro gobierno), que pueden llegar a incidir, aunque sea indirectamente, en la carrera de los jueces.

La extrema mediatización del caso –y lo que ésta envuelve– bien pudo tener el potencial para perturbar la independencia de los jueces. Como constatamos en el Capítulo II, las influencias externas no tienen por sí solas esa aptitud, sino en la medida que la presión que ejercen se haga operativa dentro de la organización judicial<sup>316</sup>. Como sabemos, decisiones que no sean compartidas por los jueces superiores, o fallos que desprestigien al poder judicial, bien pueden ser capaces de gatillar los dispositivos internos de carrera que ya hemos estudiado latamente. Los jueces de Coyhaique pudieron obrar buscando evitar o persiguiendo la activación de los dispositivos, según si fuesen favorables o no a la carrera. Es una posibilidad difícil de descartar.

Todo lo anterior nos lleva a pensar que la inusual severidad de los jueces de Coyhaique se explica en que su decisión pudo verse afectada por la mediatización, en la medida que dicho fenómeno podía incidir de algún modo, sea positiva o negativamente, en sus expectativas de carrera. Pero esta idea, más o menos explicativa de lo inusual del fallo de Coyhaique, no puede predicarse de la Corte Suprema, por la sencilla razón de que sus miembros están por sobre la carrera. Un ministro de Corte Suprema ya está en la cúspide<sup>317</sup>. No aspira a ningún ascenso y sólo fórmulas del todo insólitas podrían amenazar su posición. No puede haber un juez, institucionalmente hablando, más inmune e independiente que uno de estos magistrados<sup>318</sup>.

---

<sup>316</sup> La presión interna se materializa no por vías directas ni formales, sino de forma solapada e indirecta: a través de los dispositivos de carrera que implican premios o reproches –o la sola amenaza latente de recibirlos–, que a la postre son decisivos a la hora de ascender, como por ejemplo, a través de calificaciones, facultades disciplinarias, llamados de atención, anotaciones en la hoja de vida, (no) inclusión en la terna de candidatos, etc. Véase *supra*. Capítulo II, INCENTIVOS INSTITUCIONALES: dispositivos disciplinantes.

<sup>317</sup> En la primera categoría del escalafón primario, conforme al art. 267 del Código Orgánico de Tribunales.

<sup>318</sup> Por eso el acierto de la defensa de Ortega en invocar como causal principal del recurso de nulidad, una que otorgara competencia a la Suprema para pronunciarse sobre cada causal. Véase nota 246.

De modo que debe haber otra razón que explique el fallo de la Sala Penal. ¿Fue el regreso de Ortega lo que convenció en verdad a los ministros de la falta de intencionalidad de matar? ¿O más bien la Corte anuló parcialmente la decisión del Tribunal persiguiendo otra cosa? Como sospecha Squella, aquí parece que las argumentaciones de los ministros de cara a la sociedad difieren de sus verdaderas motivaciones.

Cristian Riego ya ha aclarado el panorama, al afirmar que la Corte pudo ajustar una pena que le pareció –y que estadísticamente fue– más alta de lo normal. Otros analistas, complementaron la idea con conjeturas que resulta pertinente citar. Así, en un programa radial donde participó la profesora Rocío Lorca, se deslizó la siguiente teoría:

Entrevistador: ¿Puede ser que [la Suprema] haya actuado, como en el fútbol, cuando un árbitro comete un error, cobra un penal dudoso o expulsa a un jugador, que después compensa? ¿Puede ser que hayan quedado con la sensación, en la interna de los jueces, de que no fue un juicio 100% válido?

Rocío Lorca: Sí, o sea, estos jueces son todos buenos jueces, eso a mí me llama la atención del fallo. Puede haber tenido algún rol eso, que efectivamente *fue un juicio muy mediático y que de algún modo eso sí pone en cuestión la imparcialidad del tribunal y la calidad del juicio que pudo recibir Ortega*. Por un lado eso. Y por otro lado también pudo haber sido que la condena les hubiera parecido demasiado excesiva<sup>319</sup>

Asimismo, en un comentario que ya hemos visitado, el abogado Francisco Cox agregó otro aspecto al análisis

Hay un interés [en las instituciones] de caer bien, de ganarse el apoyo de la opinión pública, que es preocupante. Y desde ese punto de vista, a lo mejor, la Corte Suprema lo que está diciendo es *‘Nosotros seguimos siendo independientes y vamos a analizar el caso técnicamente, más allá de que esto cause repudio, no le guste a la opinión pública’*<sup>320</sup>

---

<sup>319</sup> Radio Zero: *Un País Generoso*. 12.07.2017. Min: 23:20. El destacado es nuestro.

<http://www.radiozero.cl/podcast/un-pais-generoso/2017/07/rocio-lorca-explica-fallo-de-la-corte-suprema-por-caso-de-nabila-riffo/>

<sup>320</sup> Francisco Cox, en *Hablemos en Off*, Radio Duna. 11.07.2017, Min: 15:15

Nótese la idea: la mediatización habría afectado tanto el fallo de Coyhaique como el de la Sala Penal. Primero, para agravar la pena (reconciliando a los jueces con el público y la autoridad); luego, para atenuarla, como reacción frente a una afectación indebida del proceso (sin importar el repudio y la enemistad generalizada).

La metáfora del árbitro en cancha es ilustrativa, porque nos recuerda que los jueces son personas, como todos, con defectos y virtudes. La tentación del árbitro –y el mayor riesgo para el juego– es que compense sus equivocaciones con decisiones parciales, es decir, con nuevos errores pero esta vez conscientes y deliberados. El fin del árbitro suele ser loable (equilibrar los errores, que sean para ambas partes, “hacer justicia”), pero esto no es gratis: ahora todos, jugadores y aficionados de ambos equipos, están furibundos y frustrados. Esto esclarece en algún sentido nuestro caso: mientras el Tribunal Oral ha impuesto una pena desproporcionada, la Corte intenta subsanarlo, pero al precio demasiado alto de desconocer las normas vigentes y el derecho aplicable.

Si Ortega no tuvo un juicio justo, la ley toma una decisión: la nulidad del juicio y de la sentencia. Si la convicción de la Corte había sido tal, entonces pudo acoger alguna de las tres causales (una principal y dos subsidiarias<sup>321</sup>) de la defensa<sup>322</sup>, ordenando la realización de un nuevo juicio, que esta vez pudiera recortar drásticamente la mediatización (y su injerencia indebida). Pero la Corte no hizo nada de eso, sino que actuó por fuera de sus facultades y decidió el caso omitiendo o apartándose de la aplicación de la ley.

Y ya sabemos que si el juez decide conforme a sus convicciones, sin sujeción a la ley, entonces, enfrenta la legítima objeción del afectado: “¿por qué *mi* caso está siendo solucionado conforme a *sus* creencias?”. Puesto que prescinde de la ley, el juez ya no puede responder “no son mis

---

<http://www.duna.cl/programa/hablemos-en-off/2017/07/11/francisco-cox-sobre-caso-sename-el-ministro-de-justicia-es-de-una-ignorancia-que-ofende/>

<sup>321</sup> Véase nota 245.

<sup>322</sup> O bien pudo actuar de oficio, si hubiese concurrido alguno de los motivos de nulidad absolutos del art. 374 del CPP.



creencias, sino *nuestras* normas”. De modo que, en términos del Capítulo I, ya no se trata de un juez, sino de un activista disfrazado de juez.

Pero este problema no es nuevo en la Corte Suprema. Así fue constatado por Jaime Couso y Jorge Mera, en su estudio sobre el fracaso de la Sala Penal en el cumplimiento de su rol uniformador de jurisprudencia. Una de las razones de este fracaso, según sostuvieron, es la cultura interna de los miembros de la Corte Suprema. Así, identificaron dos actitudes en la Sala Penal contrarias al rol uniformador: primero, “una pretensión de revisar la decisión de fondo, más allá de la enmienda de algún error de Derecho”, con lo cual la Sala Penal se transforma prácticamente en un tribunal de “primera instancia”<sup>323</sup> o desnaturaliza la casación en una “apelación disfrazada”<sup>324</sup>; y en segundo lugar, “la disposición a abandonar, si es necesario, las tesis que ha sostenido en fallos anteriores, no a través de la afirmación de una tesis nueva –que de ahí en adelante se aplicará consistentemente–, sino mediante la construcción de una interpretación *ad-hoc* de la ley, por esa sola vez”<sup>325</sup>.

De este modo, como advierten Couso y Mera, uno de los obstáculos para la consistencia jurisprudencial es de índole cultural: la comprensión que la Corte Suprema tiene de sí misma como un tribunal de equidad, es decir, “la vocación de buscar la ‘justicia material’ en el caso concreto”<sup>326</sup>.

---

<sup>323</sup> “La Sala Penal, salvo excepciones, se comporta como tribunal de primera instancia, preocupada por la justicia material; no tiene pretensión de uniformar jurisprudencia ni de orientar a los tribunales inferiores”, opina un prestigioso abogado penalista y profesor de Derecho penal. Véase COUSO, Jaime y MERA, Jorge. “El rol uniformador de la jurisprudencia de la Sala Penal de la Corte Suprema: Anatomía de un fracaso”. Revista de Derecho. Vol. XX. N° 2. Diciembre 2007. p. 161. Nota 64.

<sup>324</sup> “uno lee los recursos de casación, y son casi apelaciones disfrazadas y los bien hechos son copia de libros, sin visión personal; yo creo que es una tercera instancia”, opina un Ministro de la Corte de Apelaciones de Santiago. Véase COUSO y MERA. “El rol uniformador...”. Op. Cit. p. 161. Nota 65.

<sup>325</sup> COUSO, Jaime y MERA, Jorge. “El rol uniformador de la jurisprudencia de la Sala Penal de la Corte Suprema: Anatomía de un fracaso”. Revista de Derecho. Vol. XX. N° 2. Diciembre 2007. pp. 160-161.

<sup>326</sup> COUSO y MERA. “El rol uniformador...”. Op. Cit. p. 160.

Así se desprende del discurso de los propios ministros de la Corte Suprema. Mera y Couso citan a uno de ellos que, al mismo tiempo que reconoce su rol como tribunal de Derecho, admite sin embargo que, por razones de equidad, a veces tienen que “torcerle la nariz a la ley”<sup>327</sup>. Otro ministro de la misma Corte, afirma derechamente que

el espíritu dentro de la Corte Suprema no es tanto sentar cátedra sobre algunos puntos, sino resolver los casos puntuales con el objetivo de dejar una justicia material en ese caso concreto; eso hace a veces que se incurra en algunas contradicciones... pero normalmente se trata de respetar cierta línea... (si bien) más que hacer doctrina los tribunales tratan de aplicar la justicia material al caso... *hay veces en que uno le dobla la mano a la ley cuando no se le ocurre otra cosa para lograr una sentencia justa*, uno le ve la cara a los relatores cuando uno le ha dicho blanco y luego le dice gris... (pero) el dolor de la pena lo merece y eso lo hice<sup>328</sup>

Como vemos, hay ocasiones en que la Corte “tuerce la nariz” o le “dobla la mano” a la ley, para alcanzar “una sentencia justa”. El caso Nabila Rifo parece ser la última versión de esta práctica. Los profesores Medina y Mañalich coinciden con lo anterior. El primero sostuvo que si bien los ministros de la sala han cambiado, algo de esta autocomprensión de la Corte pervive, lo que explica, por ejemplo, la práctica que hay detrás del recurso de queja<sup>329</sup> y por qué en Chile es tan difícil sistematizar la jurisprudencia penal<sup>330</sup>.

---

<sup>327</sup> *Ibíd.* p. 161.

<sup>328</sup> *Ibíd.* p. 162.

<sup>329</sup> El profesor Medina afirmó que “uno nunca tiene muy claro cuando la Corte va a declarar admisible o no un recurso de queja. Y la verdad es que hay muchas veces en que las razones de fondo son lo que lleva a que la declare admisible, para arrogarse la competencia y resolver un caso como en justicia o equidad mejor le corresponda. Yo creo que quizá algo de esa cultura de auto comprensión de la Corte Suprema pervive y que deberíamos volver a revisarlo”. Comentario realizado en el conversatorio “El caso de Nabila Rifo ante la Corte Suprema: Argumentos y contraargumentos”. Facultad de Derecho, U. de Chile. 13.07.2017.

<sup>330</sup> “porque la Corte (y esto es algo en general de los tribunales) no tiene un sentido de lealtad interno: no hay lealtad con las propias decisiones pasadas, no hay lealtad de unos miembros con otros, con la idea de sala que emite pronunciamiento. Y es por eso que la idea de sistematizar la jurisprudencia en Chile es algo tan difícil, porque simplemente cada acto se entiende como único”, sostuvo Medina (*Ibíd.*).

Por su parte, el profesor Mañalich ilustró la cultura interna de la Corte a través de una anécdota<sup>331</sup>. Y agregó que la discusión en *off* con los ministros muestra que la Corte, en rigor, no defiende un determinado concepto de dolo, sino que más bien suscribe a un concepto “*hiper funcional*” de dolo, un espacio de discrecionalidad, a conveniencia según la pena o el resultado que se quiere alcanzar<sup>332</sup>.

Más allá del dolo, también ocurre lo mismo con otros conceptos jurídicos, tales como las circunstancias atenuantes y agravantes, cuya aplicabilidad ha sido un constante espacio de discreción para la Sala Penal<sup>333</sup>.

---

<sup>331</sup> Como relató el profesor Mañalich: “Me tocó hace muchos años atrás, hacer una pregunta a aquel ministro de la Segunda Sala a quien se atribuye por nombre propio la tesis en virtud de la cual la regla del art. 103, la llamada media prescripción, sería aplicable para dar lugar a rebaja de penas por delitos de violación de Derechos Humanos, ejecuciones sumarias, secuestros con desaparición, etc. Yo le hice cándidamente la pregunta, impugnando su tesis, de bueno, ‘¿Qué piensa del hecho de que la misma Corte cuando alcanza su solución, asuma previamente para descartar la alegación de prescripción de la acción penal, que estamos en presencia de crímenes imprescriptibles? Si se trata de crímenes imprescriptibles, lo que la Corte asume, entonces ¿Qué sentido puede tener la idea de que a su respecto podría correr un plazo de prescripción, de modo tal que podamos constatar que ha transcurrido más de la mitad de ese plazo’. Y entonces el ministro me dijo con afecto, con sabiduría hacia un joven quizá demasiado entusiasta y confiado en la transparencia de la teoría: ‘Sabe joven, su argumento yo lo he escuchado, y sabe qué, lo entiendo, y sabe qué más, usted tiene razón: en derecho usted tiene razón. Lo que usted no alcanza a ver es que a mí, a nosotros’ –no sé si dijo a mí o a nosotros– ‘nos mueve algo superior, que es hacer justicia’. Yo creo que esa idea está profundamente instalada, al menos hasta donde yo alcanzo a ver, en la operación de la Segunda Sala”. (Comentario realizado en el conversatorio “El caso de Nabila Rifo...”. Op. Cit.).

<sup>332</sup> “Uno podría decir la Corte defiende un concepto de dolo clásico, pero no”, dice Mañalich, “la Corte defiende un concepto *hiper funcional* de dolo, construido en referencia a intuiciones de gravedad... porque, o sea, están calculando la pena y como la pena no les parece, entonces no hay dolo. Ese es un concepto *hiper funcional* de dolo, dolo sensible a factores intuitivos de gravedad relativa” (ibídem).

<sup>333</sup> Según un Ministro de la Corte Suprema citado en el estudio de Couso y Mera, pese al amplio acuerdo en dicha Corte en el sentido de que para la atenuante de “irreprochable conducta anterior” basta que el condenado cuente con un extracto de filiación sin condenas anteriores, en casos excepcionales no se concede la atenuante a quien, aún en esa situación, carece de conducta “intachable”, si ello conduce a consecuencias indeseadas desde el punto de vista de la “justicia material”, por ejemplo, que “el cabecilla termine mejor (con menor pena) que su coautor”; un Ministro de Corte de Apelaciones de Concepción también reconoce que en ocasiones niega la atenuante (a condenados que cuenten con un extracto de filiación sin condenas anteriores) cuando la pena baja mucho en relación con la gravedad del hecho. En el taller de discusión con Ministros de cortes de apelaciones y abogados también se invocaron las necesidades de flexibilidad para una solución adecuada a la “justicia material” como argumento en contra de una

De modo que este paso de la Corte, como vimos en el Capítulo I, es una regresión al derecho premoderno, donde no hay distinción entre crear y aplicar derecho, pues el juez no decide conforme a una decisión genérica fijada de antemano por el legislador, sino por apelación directa a la justicia. La consecuencia es un déficit de legitimidad, porque si no hay vinculación directa del juez a la ley, entonces la independencia es una exigencia enteramente injustificada.<sup>334</sup>

En términos del economista, el juez activista es un *free-rider*, porque reclama para sí una posición de independencia que tiene sentido sólo cuando el rol del juez está sujeto a la ley. Por este motivo, como ya hemos dicho, el paso hacia el juez activista es inestable, porque la estructura judicial comienza a parecer cada vez más irracional o injustificada y este déficit de legitimidad se expresa en una presión o demanda por reformar o reinterpretar la institución en clave comisarial, que ya vimos se opone al principio de independencia.

### **Excurso: la problemática doctrina de la Corte Suprema**

Abordemos ahora la doctrina en que se apoya su fallo. Ésta sostiene que las fases de tentativa y frustración –para configurarse y por ende ser punibles– requieren de una forma de dolo más exigente que el delito consumado. Dado que el fallo de nulidad es más bien pobre al explicar esta idea, debemos buscar sus fundamentos en la sentencia de casación de 2007<sup>335</sup>, que la misma Corte cita y que ha sido descrita como el epítome de la posición tradicional<sup>336</sup>.

---

uniformación estricta de la jurisprudencia, en general (COUSO y MERA. “El rol uniformador...”. Op. Cit. p. 161).

<sup>334</sup> Véase Capítulo I, IDEAS BAJO ATAQUE: LA EROSIÓN DE LA FUNCIÓN DEL JUEZ, especialmente la situación del activista p. 44.

<sup>335</sup> SCS, 24.9.07, ROL 1719-2007.

<sup>336</sup> LONDOÑO, Fernando. “Estudio sobre la punibilidad de la tentativa con dolo eventual en Chile. ¿Hacia una noción de tipo penal diferenciado para la tentativa?”, Revista de Ciencias Penales. Volumen XLIII, N° 3. Thomson Reuters. 2016. pp. 101.

Siguiendo a Fernando Londoño, esta postura se sustenta en dos argumentos principales: (i) Una interpretación del art. 7 inciso 3° del Código Penal<sup>337</sup>, que ve en la expresión “hechos directos” la exigencia de “actos orientados o dirigidos directamente a la consumación del ilícito”, lo que sólo podría emanar de una conducta cometida con una intención que apunta al resultado, con dolo directo; y (ii) Un argumento lógico o semántico, basado en la incompatibilidad entre la idea, por un lado, de “intento”, “búsqueda del hecho típico”, “direccionamiento hacia un objetivo”; y por otro, de “mera aceptación” de dicho objetivo<sup>338</sup>.

“Lógicamente”, afirma Cury, “no se puede intentar algo que sólo se acepta”<sup>339</sup>. Y el fallo de casación de la Sala Penal de 2007 lo sigue:

La tentativa exige, por definición, una actitud positiva, esto es, la persecución del resultado típico como objetivo principal. El que sólo se ‘tolera’ como alternativa ‘subsidiaria’, puede ser puesto a cargo del sujeto únicamente si se concreta (Considerando 4°)<sup>340</sup>

Esta postura, si bien dominante y respaldada por decisivos penalistas chilenos<sup>341</sup>, ha sido sometida a una intensa revisión, advirtiéndose serias fragilidades y deudas no saldadas. En primer lugar, como acusa Mañalich, la noción de “hechos directos” –que está en la ley– se reformula por esta doctrina como una exigencia –que no está en la ley– de “hechos directamente o intencionalmente encaminados a la consumación”. Ello ignora o desconoce “que la interpretación más plausible de la expresión ‘por hechos directos’ consiste en... demarcar el ámbito de

---

<sup>337</sup> Art. 7 inc 3° Hay tentativa cuando el culpable da principio a la ejecución del crimen o simple delito por hechos directos, pero faltan uno o más para su complemento.

<sup>338</sup> LONDOÑO, Fernando. “Estudio sobre la punibilidad...”. Op. Cit. pp. 103-104.

<sup>339</sup> CURY, Enrique. *Tentativa y delito frustrado*. Santiago. 1977. p. 96.

<sup>340</sup> SCS, 24.9.07, ROL 1719-2007.

<sup>341</sup> Así lo afirma LONDOÑO, Fernando. “Estudio sobre la punibilidad...”. Op. Cit. p. 105.

punibilidad de la tentativa frente al ámbito de falta de punibilidad [de la] así llamada ‘mera preparación’”<sup>342</sup>.

Londoño, en la misma línea, sostiene que el giro subjetivista de la expresión “hechos directos” no se hace cargo del marcado *objetivismo* que entre nosotros se reconoce a la regulación de la tentativa<sup>343</sup>. Como bien arguye el autor, la posición tradicional no explica el sospechoso uso de una misma fórmula lingüística para tres funciones tan distintas:

¿Puede la misma expresión –“hechos directos”– desempeñar simultáneamente funciones en planos tan distintos como (1) la delimitación entre actos preparatorios y principio de ejecución; (2) el estándar de idoneidad de la tentativa; y (3) el componente subjetivo de la misma?<sup>344</sup>

Y la comparación con la regla italiana debería ponernos a la defensiva frente al extensivo alcance que se da a nuestro art. 7º<sup>345</sup>. En segundo lugar, respecto al argumento lógico o semántico, Garrido Montt lo aborda frontalmente:

La afirmación de que no se puede intentar algo que sólo se acepta, jurídicamente carece de sentido. El derecho penal estima que se quiere todo lo que queda comprendido como evento previsto por el agente, consecuencia de su actuar, de modo que se puede intentar todo aquello que se quiere materializar, aún como mera posibilidad, pues en el complejo total que debe realizar el autor para alcanzar su meta, las más de las veces es aspirada solamente una parte, precisamente la meta<sup>346</sup>

---

<sup>342</sup> MAÑALICH, Juan Pablo. “¿Incompatibilidad entre frustración y dolo eventual? Comentario a la sentencia de la corte suprema en causa rol nº 19008-17, de 11 de julio de 2017”. p. 4.

<sup>343</sup> Sobre los argumentos para sostener un entendimiento objetivista, dominante entre nosotros, de la tentativa, véase LONDOÑO, Fernando. “Estudio sobre la punibilidad...”. Op. Cit. p. 121.

<sup>344</sup> LONDOÑO, Fernando. “Estudio sobre la punibilidad...”. Op. Cit. p. 121.

<sup>345</sup> El art. 56 del Código italiano reza así: “Quien realiza (1) *actos idóneos* (2) *dirigidos* (3) *de manera no equívoca* a cometer un delito, responde de delito tentado”. Que cada parte de la fórmula cumpla una función en la delimitación de la tentativa en Italia, “es una interpretación más que plausible –apunta Londoño–. Que pese a lo anterior el debate sea tan reñido allá, debería ponernos en guardia de cara a nuestra situación... considerando el lacónico tenor de nuestro art. 7º, que no paso de los solos ‘hechos directos’”. LONDOÑO, Fernando. “Estudio sobre la punibilidad...”. Op. Cit. pp. 121-122.

<sup>346</sup> GARRIDO, Mario. *Etapas de ejecución del delito*. p. 134.

Hasta aquí, cuando se trata de una tentativa, el asunto resulta controvertido. Pero Ortega no fue condenado por una tentativa, sino precisamente por un femicidio frustrado. Por eso, el siguiente paso de la Corte es quizá uno de los puntos más frágiles del fallo. El voto de mayoría, en el considerando 54°, afirma la entera equivalencia de la tentativa y el delito frustrado en el “plano subjetivo”, extendiendo así la incompatibilidad del dolo eventual a la frustración. De modo que el femicidio frustrado sólo podría configurarse con dolo directo

ya que esta etapa del *iter criminis* no se diferencia en nada -en el plano subjetivo- de la tentativa, fase que, al exigir hechos directamente encaminados a la consumación, sólo se realiza con dolo directo, esto es, con intención o propósito de lograr la consumación del ilícito, mismo requisito que debe concurrir en la frustración

Esta equiparación es a todas luces un error. El profesor Mañalich reconoce que el déficit de objetivación propio de la tentativa debe ser compensado con la exigencia de que el agente actúe con resolución al hecho. Pero (i) esa resolución al hecho del agente es una exigencia que no equivale en modo alguno a dolo directo<sup>347</sup>; y (ii) en el delito frustrado no tenemos ese problema: no hay déficit de objetivación de la conducta que compensar, porque lo que la ley reconoce como distintivo del delito frustrado es precisamente, parafraseando el art. 7°, que el autor haya puesto de su parte todo lo necesario para que el delito se consuma pero éste no se verifica por causas ajenas a su voluntad. La resolución al hecho exigible en la tentativa inacabada deja de ser pertinente cuando se trata de un delito frustrado en tanto tentativa acabada<sup>348</sup>.

---

<sup>347</sup> “la necesidad de que, para que se constituya una tentativa inacabada, el comportamiento del autor haga reconocible una resolución al hecho. Pero esta exigencia no se deja reformular como una exigencia de dolo directo. Precisamente esto explica que la doctrina alemana ampliamente dominante entienda compatible la satisfacción de aquella exigencia con una imputación a título de dolo eventual”. MAÑALICH, Juan Pablo. “¿Incompatibilidad entre...”. Op. Cit. p. 4.

<sup>348</sup> MAÑALICH, Juan Pablo. “¿Incompatibilidad entre...”. Op. Cit. p. 4. “este déficit de objetivación no es otra cosa que la falta de acabamiento de la respectiva tentativa, que justamente no es predicable de un delito frustrado”

Llevado esto al caso, podría plantearse así: cuando Ortega toma el trozo de concreto y lo alza entre sus brazos está en grado de tentativa: está resuelto a arrojarla hacia el cráneo de Nabila, pero aún no lo hace. Si la conducta queda en este punto interrumpida, parece evidente que es necesario acreditar más intensamente su disposición a la agresión. Precisamente, porque en la tentativa inacabada aún faltan uno o más hechos para completar la acción (y la víctima bien podría salir ilesa), es pertinente preguntarnos por qué quería el autor que no ha puesto de su parte lo necesario para consumar el delito.

¿Qué quería un hombre que alza una roca sobre una mujer en el suelo? ¿Quería lastimar, matar o fue un *bluff*, una actuación? No lo sabemos, porque hay déficit de objetivación, que ha de suplirse con mayor rigor en el “plano subjetivo”. A falta de un resultado tangible, ¿a qué delito específico (lesiones leves, graves, femicidio frustrado) asociar la creación de un riesgo todavía abierto, no concretado en un resultado?

Pero cuando Ortega golpea reiteradamente la cabeza de Nabila con el trozo de cemento, llevando su vida al límite (como dice el primer fallo), la situación cambia radicalmente. En la medida que el condenado ha condicionado la posterior muerte de la víctima con la golpiza, entonces la tentativa tendría que entenderse “acabada” (ha puesto todo lo necesario de su parte para concretar el resultado). Y que Ortega se haya abstenido, en un momento posterior, de precipitar la muerte o de asegurar su acaecimiento, como dice Mañalich, “no basta para desestimar la existencia de una tentativa acabada”<sup>349</sup> (femicidio frustrado). Como acierta Milton Juica, en su voto disidente: “el citado artículo 7° exige que el autor haga todo lo necesario ‘para’ que el delito se consume y no ‘hasta’ que el delito se consume” (Considerando 8°).

El problema es todavía más sensible –para el caso y para la debilidad de la postura tradicional– cuando se trata del *dolo de consecuencias necesarias*. Éste consiste en que “el sujeto se

---

<sup>349</sup> *Ibíd.* p. 7.



representa como consecuencia necesaria o segura de su actuación la realización del tipo, no obstante lo cual obra... como el caso de quien pone una bomba en un avión para que estalle en vuelo y sólo persigue la muerte de un pasajero y no la de todos”<sup>350</sup>. Pues bien, la Corte Suprema es ambigua en cuanto a si esta forma de dolo es compatible o no con la tentativa y la frustración, pero la manera en que formula la exigencia de dolo directo da a entender implícitamente que se excluye no sólo el dolo eventual, sino también este dolo de segundo grado.

Esto es aún más difícil de justificar pues significaría que, en un caso de manual, donde un sujeto detona un artefacto explosivo en un avión comercial, en pleno vuelo, pero con el sólo propósito de cobrar un millonario seguro, entonces la Corte debería estar dispuesta a desestimar el homicidio frustrado, si los pasajeros logran sobrevivir, porque logran ser socorridos o por cualquier otra razón<sup>351</sup>. Y en el caso de Ortega, incluso si su deseo hubiese sido meramente castigar a la víctima y provocarle un menoscabo en su diario vivir –en lugar de matarla–, aun en ese caso, se podría sostener que actuó –dada la secuencia fáctica que se dio por acreditada– contando con la muerte de Nabila como una consecuencia necesaria o irremediable de su acción. Recapitulando, entonces: (a) La exigencia de dolo directo para la tentativa a secas ya es discutible o controvertida; (b) La equivalencia en el “plano subjetivo” entre tentativa y delito frustrado es derechamente una equivocación; (c) Como consecuencia de lo anterior, la exigencia de dolo directo para la tentativa acabada (frustración) es del todo improcedente; y (d) Aun suscribiendo la cuestionada doctrina, su aplicación al caso concreto –basada en el regreso del acusado, para cometer una segunda agresión– ha sido refutada, tanto por la doctrina como por los criterios sostenidos por las Cortes con anterioridad al caso.

---

<sup>350</sup> HERNÁNDEZ, Héctor y COUSO, Jaime. *Código Penal comentado. Parte general*. Santiago, 2011. p. 70.

<sup>351</sup> Un ejemplo similar en LONDOÑO, Fernando. “Estudio sobre la punibilidad...”. Op. Cit. p. 108.

## CONCLUSIONES

*“el juez Lance Ito se vuelve para mirar en el lente de una cámara montada en una pared a su izquierda. Él mira, no por vanidad, sino por miedo... la decisión de admitir o no las grabaciones de Mark Fuhrman [tiene el] potencial de poner en llamas a toda la ciudad... Pero, de manera más inmediata, la reputación de Ito también estaba en juego. La decisión de que las cintas fueran inadmisibles inflamaría a las comunidades minoritarias de Los Ángeles... ¿Habría tomado Ito la misma decisión si no hubiera vivido bajo el constante escrutinio de los medios de comunicación? Es probable que nada sería igual y que la decisión de permitir las cámaras en la sala haya envenenado el juicio desde el principio. Si los 20 años de televisión que siguieron al juicio de O.J. me han enseñado algo, es que nadie es el mismo cuando una cámara está presente”*  
–Dave Schilling, escritor de *The Guardian*<sup>352</sup>

*“la publicidad masiva... no sólo puede modificar de forma imprevisible el comportamiento del acusado y de los testigos, sino también convertir al tribunal, con mucha más facilidad, en víctima de los prejuicios y expectativas extendidos”*  
–Claus Roxin<sup>353</sup>

## NUESTRA BRÚJULA

Comenzamos este trabajo defendiendo una idea. Una comprensión sobre la jurisdicción que hoy, desde varios frentes, está siendo atacada. Como sostuvimos en el Capítulo I, el rol de los jueces – en un Estado democrático– consiste en dar a cada uno o al imputado, lo que en derecho corresponde. Esto implica que el juez debe (i) decidir el caso aplicando la ley, y (ii) no perseguir ninguna otra finalidad ajena a ésta. Para hacer viable esta función, la independencia es una

---

<sup>352</sup> The Guardian: “The People v OJ Simpson episode nine: Manna From Heaven”. Por Dave Schilling. 01.04.2016. <https://www.theguardian.com/tv-and-radio/2016/apr/01/the-people-v-oj-simpson-episode-nine-manna-from-heaven> Sobre el caso O.J. Simpson, véase el Capítulo III: DE O.J. SIMPSON A NABILA RIFO.

<sup>353</sup> ROXIN, Claus. *Derecho procesal penal*. Trad. Gabriela Córdoba y Daniel Pastor. Editores del Puerto. Buenos Aires, 2000. p. 407.

necesidad indispensable: es la forma institucional que permite garantizar o al menos hacer probable el apego del juez a la ley.

En la jurisdicción penal, la exigencia de jueces independientes no es otra cosa que velar por la inmunidad del ciudadano inocente frente a puniciones arbitrarias: es una forma de preservar de la opresión de la mayoría no desviada a aquel que se sospecha desviado, “de tal manera que un juez pueda absolverlo incluso contra la voluntad de todos”<sup>354</sup>. Es lo que en su momento denominamos el sentido contramayoritario de la jurisdicción penal. Si los jueces penales fuesen comisarios de alguien o tuviesen finalidades ajenas a decidir conforme a la ley y la verdad, entonces el ciudadano inocente correría peligro: estaría “a merced del juez”.

De este modo, lo que verdaderamente importa de la independencia, como hemos defendido, es que en ella se juega la más admirable promesa del derecho moderno: que podemos autogobernarnos y al mismo tiempo tratarnos como fines, no como medios.

Esta idea de independencia orienta este trabajo. En tanto permite distinguir qué es lo que exige la jurisdicción y qué va (o no) en la dirección correcta para posibilitarla, ha funcionado como una brújula en este camino.

## **EL TRAMO AVANZADO**

Como ya sabemos, en los últimos años la prensa y el público han desarrollado un voraz interés por los procedimientos penales. Dada la consolidación de audiencias orales y públicas del nuevo proceso penal, no es raro encontrar cámaras de televisión copando las salas de los tribunales<sup>355</sup>.

En ese contexto, este estudio se propuso indagar cómo la opinión pública y los medios inciden o pueden afectar la independencia del juez. Y los resultados que aporta este trabajo no dejan de ser

---

<sup>354</sup> FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y razón...* Op. Cit. p. 545.

<sup>355</sup> Véase *supra*. INTRODUCCIÓN.

preocupantes: indican que la mediatización sí puede afectar los procesos penales y las resoluciones que los jueces dictan en estos.

La razón radica, siguiendo a Dave Schilling en el epígrafe, en que nadie es el mismo cuando hay una cámara presente. La mediatización altera la forma en que actuamos y la administración de justicia no escapa a este efecto.

Por supuesto, pese a las dificultades metodológicas del fenómeno y pese a las limitaciones de este estudio, hemos obtenido interesantes evidencias que respaldan lo anterior.

Así, el estudio del juicio a Mauricio Ortega, emprendido en el Capítulo III, muestra que la intensa cobertura y presión mediática parece ser la más plausible explicación de lo inusual en la solución del caso –esto es, el *quantum* de la pena, que escapó notablemente a los estándares regularmente observados por los jueces<sup>356</sup>. Igualmente, la decisión de nulidad de la Corte Suprema, parece inspirada en una manera de reaccionar a la afectación mediática.

Asimismo, en el Capítulo II, identificando las anomalías del diseño institucional de la judicatura, ensayamos una hipótesis tentativa: la mediatización tiene el potencial de incidir en sutiles mecanismos internos de control, que se traducen y pueden tener consecuencias tangibles para la carrera del juez. Así lo confirman la historia de un Ministro de Corte que ordenó al relator llamar la atención a jueces inferiores; y el caso del juez de Arica cuyas resoluciones “garantistas” acabaron, en definitiva, con su traslado a un juzgado de competencia laboral<sup>357</sup>.

La opinión de los propios jueces de garantía respalda lo anterior. En el debate sobre la prisión preventiva, ellos han señalado que esta medida (supuestamente excepcional) resulta ser, en la práctica, “la más segura para las calificaciones”, mientras que se “castiga institucionalmente” al

---

<sup>356</sup> Véase *supra*. Capítulo III, DE VUELTA A LOS MEDIOS Y LA OPINIÓN PÚBLICA.

<sup>357</sup> Véase *Infra*. Capítulo II, LA INTERFERENCIA EN CASOS PENALES Y MEDIÁTICOS; notas 197 y ss.

magistrado que la rechaza –“aun cuando efectúe un ejercicio de argumentación elevado”–, pues “las Cortes, en general, comparten el discurso de la ‘inseguridad ciudadana’”<sup>358</sup>.

Precisamente, en julio de 2011, un juez parece haber pagado el costo de una decisión impopular en su carrera. Durante las manifestaciones estudiantiles de ese año, un joven de 20 años fue formalizado por lanzar una bomba molotov a un carabinero<sup>359</sup> y el juez Diego Muñoz, del 7° de Garantía, rechazó la solicitud de prisión preventiva<sup>360</sup>. El juez razonó en función del arraigo social y familiar del imputado, tomó en cuenta su condición de estudiante universitario y, especialmente, el cálculo proyectivo de pena a imponer, llegando a la conclusión de que el imputado se vería beneficiado por la libertad vigilada, e incluso por la remisión condicional de la pena, en el evento ser condenado<sup>361</sup>.

---

<sup>358</sup> Véase *supra*. notas 192 y 193.

<sup>359</sup> Se le imputaron dos delitos: Maltrato de obra a carabineros del art. 416 del Código de Justicia Militar y Porte ilegal de artefacto incendiario, sujeto a la Ley de Control de Armas (art. 14).

<sup>360</sup> Sentencia 7° JG, 15.7.2011, RIT 11939-2011.

<sup>361</sup> Para que juzgue el lector el mérito de cada resolución, transcribiré los razonamientos más relevantes de cada instancia. En este caso, sostuvo el juez de garantía: “Entendiendo que se trata de un ilícito que haciendo una prognosis procesal o punitiva con posterioridad, partiría con los 5 años y 1 día a los 10 años, y en el caso en concreto logra vislumbrar este tribunal que se trata de un estudiante universitario, tiene 20 años, la familia en efecto lo acompaña en esta audiencia, lo que da cuenta en primer lugar del arraigo, que es una cuestión que es importante al momento de plantearse si es que se va a sustraer o no de los actos del proceso, entiende el tribunal además que una eventual colaboración o una declaración que podría ser inculpativa en su momento o no -si es que desea hacer uso a su derecho de guardar silencio- podría configurar una minorante penal, que ante la existencia de 2 circunstancias aminorantes, podría rebajarse en uno, dos y hasta tres grado la pena. Sin perjuicio de la eventual verificación de otro tipo de minorantes penales como podría ser artículo 11 N° 7 u otras de naturaleza similar, que podrían en su conjunto entender que, incluso en su caso, de estimar el Juez que conozca del fondo en esta causa, que solamente se justificaría la rebaja en un grado de la pena, sería susceptible de la libertad vigilada pudiendo este tribunal advertir que precisamente al menos de acuerdo a las experiencias de este tribunal los estudiantes universitarios con familias que los apoyan son precisamente candidatos y cumplen también a su vez las libertades vigiladas que se conceden, sin perjuicio de que como ya se señaló de reducirse otro grado más se le podría conceder el beneficio de la remisión condicional de la pena. Entendiendo este tribunal que más allá de la gravedad de los ilícitos que se le están imputando, el tribunal tiene que hacer un ejercicio como a través de un estado Democrático de Derecho, tiene que tratar de ceñir la intervención punitiva de la forma menos lesiva posible entendiendo la gravedad y la fuerza que tiene la intervención penal a través del Estado, en ese sentido, entiende el tribunal que si bien no se justifica a la luz del artículo 139 la prisión

Pese a que el imputado quedó sujeto a tres cautelares<sup>362</sup>, cuando el caso apareció en televisión adquirió ribetes de escándalo. El mismísimo Presidente de la república se pronunció (“no merece estar libre”<sup>363</sup>) y un parlamentario que llamó “descriteriado” al juez, lo acusó de ser “cómplice de los delincuentes” y pidió a la Corte aplicarle “las sanciones más duras y drásticas”<sup>364</sup>. A los pocos días, una Corte de Apelaciones de Santiago asediada por los otros poderes y por las cámaras, revirtió el fallo sosteniendo, en una resolución exigua, que las circunstancias de comisión permitían inferir que el sujeto era “un peligro para la sociedad”<sup>365</sup>.

Lo sorprendente del caso es que el juez Muñoz no sólo había acertado en la prognosis de pena, sino que tuvo que pasar medio año, para que se cumpliera su premonición: el imputado fue condenado a 3 años y 1 día, y se le concedió la libertad vigilada. Entonces, el joven quedó libre: ¡Sólo después de 6 meses de prisión preventiva! Paradójicamente, fue la imposición de una pena la que le devolvió su libertad<sup>366</sup>.

---

preventiva del señor Moreno, se abre debate a medidas de menor intensidad” (Resolución 7° JG, 15.7.2011, RIT 11939-2011).

<sup>362</sup> Art. 155 letras c), d) y e) del CPP, esto es, firma semanal, arraigo nacional y prohibición de participar en manifestaciones públicas.

<sup>363</sup> Emol: “Piñera critica libertad de joven que lanzó molotov a carabinero: ‘Es un grave error’”. 15.07.2011. <http://www.emol.com/noticias/nacional/2011/07/15/492744/pinera-critica-libertad-de-joven-que-lanzo-molotov-a-carabinero-es-un-grave-error.html>

<sup>364</sup> Emol: “Piden sancionar a juez que dejó libre a joven acusado de lanzar molotov a carabinero”. 16.07.2011. <http://www.emol.com/noticias/nacional/2011/07/16/492886/piden-sancionar-a-juez-que-dejo-libre-a-joven-acusado-de-lanzar-molotov-a-carabinero.html>

<sup>365</sup> SCA Santiago, 22.7.2011, ROL 1641-2011: “En lo tocante a la necesidad de cautela, esta Corte, teniendo presente los antecedentes proporcionados por el Ministerio Público y la propia defensa, en cuanto a la forma y circunstancias de comisión de los ilícitos de que se trata, en especial el hecho de participar en una manifestación pública, encapuchado, lo que permite inferir un ánimo diverso de lo que inspiraba la marcha ciudadana convocada por diferentes actores sociales, considera en las actuales circunstancias, que su libertad constituye un peligro para la seguridad de la sociedad; por lo que se revoca la resolución en alzada de quince de julio del actual, dictada por el Séptimo Juzgado de Garantía de Santiago y, en su lugar, se decide que el imputado Francisco Javier Moreno Orellana queda sometido a la medida cautelar de prisión preventiva”.

<sup>366</sup> ¿Dónde quedó el principio de proporcionalidad? ¿Derecho penal de actos o derecho penal de autor?

¿Qué ocurrió más tarde con el cuestionado juez de garantía? ¿La polémica decisión tuvo alguna repercusión colateral para él? Los documentos disponibles por transparencia, indican que la carrera del juez Muñoz se estancó: pese a que han transcurrido más de seis años del caso, sigue en una posición similar, es decir, sirviendo cargos interinos y suplentes<sup>367</sup> –lo que es un notorio contraste con casi todos los otros magistrados de su promoción<sup>368</sup>. Nuestra hipótesis es que la fama que el caso brindó al juez significó un costo para sus opciones profesionales; es decir, se ganó la enemistad del Presidente de la República –quien nombra en propiedad a los jueces en sus cargos–, de políticos ávidos de dividendos electorales<sup>369</sup> y fue revocado –pública y unánimemente– por sus superiores, que ya vimos, además de revisar sus resoluciones, son quienes lo califican y deciden sobre su carrera.

De modo que todo esto pasa por la cabeza de un juez al momento de decidir sobre la libertad o prisión preventiva de un imputado. Si hay una cámara en la sala, el juez sabe no sólo que podría aparecer en todos los diarios y noticieros, sino que además podría ganarse críticas de autoridades o políticos y otros con quienes es mejor no enemistarse. Sabe, adicionalmente, que si rechaza la

---

<sup>367</sup> Los decretos publicados por transparencia activa dan cuenta de que Muñoz se ha desempeñado durante el año 2017 como secretario interino del 2° Juzgado de Letras y Laboral de San Antonio, juez suplente del Juzgado de Garantía de Quilpué y secretario interino del 1° Juzgado Civil de Viña del Mar (Decretos de nombramiento N° 271, 347 y 610 del Ministerio de Justicia). Durante 2011, al momento del caso comentado, servía como juez suplente en el 7° Juzgado de Garantía. Los años intermedios, entre 2011 y 2017, dan cuenta de cargos similares. Para este trabajo hicimos un intento de contactar al juez Muñoz vía e-mail, pero no recibimos respuesta.

<sup>368</sup> La Academia Judicial ha publicado un listado con los nombres y cargos de cada generación de jueces que ha formado. Así, Diego Muñoz, figura en la promoción del año 2009, junto a otros 23 jueces. En la lista, destacan los pocos nombres (a penas 4 de 24) que no están asociados a un cargo titular del Escalafón Primario: Muñoz es uno de esos pocos casos. Todos los restantes jueces han alcanzado algún puesto en propiedad.

<sup>369</sup> Véase *infra*. nota 8.

prisión preventiva, estadísticamente existe un 50% de probabilidades<sup>370</sup> de que la Corte revoque su fallo.

Como se advierte, la mediatización puede perturbar y de hecho perturba la independencia de cada juez, debilitando así el sentido contramayoritario de la jurisdicción penal. Esto significa que el ciudadano inocente queda en alguna medida más expuesto a sufrir puniciones arbitrarias, puesto que su inmunidad no se halla debidamente resguardada<sup>371</sup>.

En abril de 2010 tuvimos confirmación de este retroceso. Por entonces, una menor de 15 años fue violada y antes otras tres habían sufrido agresiones sexuales. Con un retrato hablado y tras semanas de investigación, el OS-9 de Carabineros logró la detención de un sospechoso. Algún diario lo dio por culpable<sup>372</sup>, pero había incongruencias: pese al reconocimiento, las víctimas habían declarado rasgos –como el color de los ojos– que no encajaban con el imputado. Por esta y

---

<sup>370</sup> PJUD. Tabla: “Análisis de las solicitudes de prisión preventiva”. Fuente: registros administrativos Sistema SIAGJ. 2017. Véase Anexo N° 1. Análisis de las solicitudes de prisión preventiva.

<sup>371</sup> Según datos de la Defensoría Penal Pública, entre enero de 2014 y agosto de 2015, 4 mil 230 personas investigadas sufrieron alguna medida privativa de libertad, para más tarde acabar absueltos o sobreesidos. (Véase Proyecto Inocentes: “77 mil imputados en los últimos 20 meses resultaron inocentes”. Por Daniel Inostroza. 19.10.2015. [http://www.proyectoinocentes.cl/sala\\_prensa/noticias\\_detalle/127/77-mil-imputados-en-los-ultimos-20-meses-resultaron-inocentes](http://www.proyectoinocentes.cl/sala_prensa/noticias_detalle/127/77-mil-imputados-en-los-ultimos-20-meses-resultaron-inocentes)).

Por otro lado, en Chile no existen cuantificaciones ni evidencia empírica que arrojen información sobre condenas erróneas, sus causas y la probabilidad o porcentaje de casos en los que se podría condenar a inocentes. Esta carencia podría llevar a algunos a pensar que el problema no tiene relevancia en nuestro país, sin embargo, la situación es preocupante. Como sostiene Mauricio Duce, hay numerosos casos de inocentes condenados o en prisión preventiva, que revelan inquietantes prácticas asentadas entre los actores del sistema y que llevan a sospechar que los casos de error –no detectados– son muchos más de los que pensamos (véase DUCE, Mauricio. “¿Debiéramos preocuparnos de la condena de inocentes en Chile? Antecedentes comparados y locales para el debate”. Revista *Ius et Praxis*, Año 19, N° 1. Universidad de Talca. 2013).

<sup>372</sup> Emol: “Cae hombre que violó a una menor y abusó de otras tres en Ñuñoa”. 16.06.2010. <http://www.emol.com/noticias/nacional/2010/06/16/419335/cae-hombre-que-violo-a-una-menor-y-abuso-de-otras-tres-en-nunoa.html>



otras dudas del procedimiento, el juez Luis Avilés del 8° Juzgado de Garantía negó la prisión preventiva<sup>373</sup>.

Cuando la causa subió a segunda instancia, ya se hablaba públicamente de “el violador de Ñuñoa”. La Corte revocó la decisión y mantuvo al imputado encerrado en el penal Santiago I. Más tarde la verdad salió a la luz. Las pruebas de ADN confirmaron lo que el juez de garantía temía: el reconocimiento era un falso positivo. Era el hombre equivocado: simplemente, no tenía nada que ver con los delitos. Se ordenó su libertad y al salir dijo: “Fui humillado, mi pareja me dejó y mi madre casi muere”<sup>374</sup>. La frase resume muy bien por qué estamos dispuestos a defender la inmunidad del ciudadano inocente, incluso al precio de aceptar que algunos culpables escapen.

El juez Avilés, cuando más tarde dictó el sobreseimiento del imputado, fue demoledor: “Nunca vamos a tener en todos los casos la prueba de ADN. ¿Qué vamos a hacer? ¿Vamos a tirar una moneda al aire?”<sup>375</sup>

Mientras escribo estas líneas, los medios informan que la Corte de Puerto Montt rechazó anular el juicio por el cual Jaime Anguita fue absuelto (caso Viviana Haeger), pero sólo después de permanecer un año y nueve meses en prisión preventiva, destacando la debilidad de las pruebas de la acusación<sup>376</sup>. El mismo desenlace había tenido el caso Luchsinger sólo un par de meses atrás: después de un año y siete meses de privación de libertad, once acusados fueron absueltos y

---

<sup>373</sup> Emol: “Juez deja en libertad a sujeto acusado de violación en Ñuñoa”. 17.06.2010. <http://www.emol.com/noticias/nacional/2010/06/17/419564/juez-deja-en-libertad-a-sujeto-acusado-de-violacion-en-nunoa.html>

<sup>374</sup> Qué Pasa: “Luis Avilés: ‘Los jueces no estamos en un concurso de popularidad’”. Por Ana Sanhueza. 02.07.2010. <http://www.quepasa.cl/articulo/actualidad/2010/07/1-3661-9-los-jueces-no-estamos-en-un-concurso-de-popularidad.shtml/>

<sup>375</sup> Jaime Camus: “Las lecciones del supuesto ‘violador’ de Ñuñoa”. Defensoría Penal Pública. 01.07.2010. [http://www.dpp.cl/sala\\_prensa/noticias\\_detalle/2348/las-lecciones-del-supuesto-violador-de-nunoa](http://www.dpp.cl/sala_prensa/noticias_detalle/2348/las-lecciones-del-supuesto-violador-de-nunoa)

<sup>376</sup> Cooperativa: “Corte de Apelaciones rechazó anular juicio del caso Haeger”. 11.12.2017. <http://www.cooperativa.cl/noticias/pais/policial/viviana-haeger/corte-de-apelaciones-rechazo-anular-juicio-del-caso-haeger/2017-12-11/094453.html>

liberados por la justicia<sup>377</sup>. La prisión preventiva, en estos casos, implica el desvanecimiento de la presunción de inocencia y de las garantías procesales: tiene el mismo contenido que una pena, pero se impone sin una sentencia ni un juicio previo. Los medios y la opinión pública parecen ejercer una fuerza solapada en este resultado.

Estos mediáticos procesos ameritan su estudio. Este trabajo es un modesto avance en esa dirección, quedando pendientes otros, igualmente aptos para iluminar el asunto. Así, el caso Aaron Vásquez (el adolescente que mató a un ciclista con un bate de *baseball*) podría revelar, quizá de un modo más nítido que el caso Nabila, el apartamiento de los jueces del derecho aplicable, siguiendo el clamor popular –tras la nulidad del primer juicio, los jueces del segundo adoptaron una calificación del todo ajena a la doctrina y la jurisprudencia; y la Corte declaró inadmisibles el recurso de nulidad deducido, esgrimiendo una lectura de la regla manifiestamente inconstitucional. En los casos La Polar y Penta, la afectación pudo tener un rol parecido, al acogerse prisiones preventivas por hechos cuya penalidad no alcanza para penas efectivas o, es más, por “delitos” que hoy el SII considera son meras infracciones administrativas.

Asimismo, está el bullado caso Bombas, donde nadie fue sancionado, excepto el juez Avilés, quien resolvió la (in)admisibilidad de la prueba a presentar en el juicio. Pese a que todas las decisiones jurisdiccionales (el sobreseimiento de un imputado, la exclusión de abundante prueba, etc.) estaban en regla –y así lo confirmó la Corte de Apelaciones de Santiago–, el juez fue objeto de un sumario que acabó en una amonestación privada y una anotación en su hoja de vida<sup>378</sup>. El caso podría confirmar los ingredientes, que describimos en el Capítulo II, propicios para afectar la

---

<sup>377</sup> Radio U. de Chile: “Tribunal de Temuco absuelve a los imputados del caso Luchsinger-Mackay”. 25.10.2017. <http://radio.uchile.cl/2017/10/25/tribunal-de-temuco-absuelve-a-los-imputados-del-caso-luchsinger-mackay/>

<sup>378</sup> The Clinic: “Suprema amonestó a juez que calificó como “sociología barata” investigación de Fiscalía por el Caso Bombas”. 03.04.2012. <http://www.theclinic.cl/2012/04/03/suprema-amonesto-a-juez-que-califico-como-sociologia-barata-investigacion-de-fiscalia-por-el-caso-bombas/>

independencia: alto impacto y exposición, activación de mecanismos internos<sup>379</sup> y presión de autoridades de gobierno. El estudio de todos estos casos es sin duda un aporte para esclarecer el problema, pero, dadas las limitaciones y alcances de este proyecto, deberán ser objeto de trabajos futuros.

## CONSECUENCIAS PRÁCTICAS

Después de este recorrido, la cuestión cae por su propio peso: ¿es correcto permitir cámaras dentro de un tribunal y transmitir en vivo lo que ocurre en las audiencias penales? El juicio a Mauricio Ortega puso en entredicho la situación, pero por otras razones. Al momento en que Nabila Rifo prestó testimonio, el conainterrogatorio de la defensa ventiló aspectos sensibles de su vida íntima e incluso sexual. La escena fue vista por al menos 115 mil usuarios conectados al *streaming* del Poder Judicial, sin contar los televidentes de las señales televisivas abiertas. Las preguntas causaron repulsión<sup>380</sup>: se acusó –y con razón– maltrato a la víctima, victimización secundaria, intromisión injustificada, etc. Algunos senadores reaccionaron con un proyecto de ley –que recortaba de paso el derecho a la defensa<sup>381</sup>–; mientras que la Corte Suprema informó que

---

<sup>379</sup> El Ministerio Público dio origen al procedimiento disciplinario a través de una queja disciplinaria. (El Mostrador: “Caso Bombas: Suprema aplica amonestación y anotación en hoja de vida a juez de garantía Luis Avilés”. 03.04.2012).

<sup>380</sup> Las polémicas palabras del defensor de Ortega fueron: “Tengo que preguntarle, sé que es extremadamente desagradable, lo lamento profundamente. Esas relaciones ¿fueron relaciones anales o vaginales?” En Publimetro: “Experto respalda interrogatorio de la defensa sobre comportamiento sexual de Nabila Rifo que desató polémica”. 24.03.2017. <https://www.publimetro.cl/cl/noticias/2017/03/24/experto-respalda-interrogatorio-defensa-comportamiento-sexual-nabila-rifo-desato-polemica.html>

<sup>381</sup> Se trata del Boletín 11228-07: Modifica diversos cuerpos legales, en materia de publicidad en las actuaciones judiciales, moción promovida por las senadoras Allende y Muñoz y los senadores Araya y De Urresti. Pretendía, entre otros, agregar como inciso 2° al art. 330 del CPP, que regula los métodos de interrogación, lo siguiente: "En relación a la víctima, no se podrán realizar interrogaciones ni conainterrogatorios que perturben la intimidad, la privacidad o la honra de este, a menos que el mismo acepte responder" (sic), lo que implicaría, en buena medida una restricción al debate adversarial y al derecho a la defensa, a un juicio justo, etc.

habría cambios en la política de comunicaciones: los testimonios de las víctimas ya no serán transmitidos<sup>382</sup>.

Como cualquiera puede notar, la cobertura noticiosa de procesos penales envuelve intereses no sólo diversos, sino que a menudo contradictorios. Se trata del derecho a la información, pero también del derecho al anonimato; de la libertad de prensa y opinión, así como del honor, la privacidad y la intimidad; están involucrados intereses públicos, pero también privados. Estos bienes jurídicos, como apunta Kindhäuser,

no pueden ser protegidos simultáneamente. Resultan afectados los imputados, sus amigos y familiares, los jueces, fiscales del Ministerio Público y testigos, la víctima, el interés público, la Justicia como institución, pero también la prensa que trabaja correctamente<sup>383</sup>

En este cruce de intereses, nuestro proceso penal se inclina claramente en favor de la publicidad.

El art. 289 del Código Procesal Penal la consagra como principio básico del proceso, de modo que las audiencias son públicas, por regla general<sup>384</sup>. En cuanto a los medios de comunicación, la misma regla los autoriza expresamente a “fotografiar, filmar o transmitir alguna parte de la audiencia que el tribunal determinare”. Con todo, se trata de un principio que admite excepciones: el mismo art. 289 faculta al juez para imponer restricciones, a petición de parte y fundadamente, si es necesario para “proteger la intimidad, el honor o la seguridad de cualquier

---

<sup>382</sup> El Mercurio: “Poder Judicial no transmitirá más en su canal testimonio de víctimas por caso Nabila Rifo”. 23.04.2017. Por Cinthya Carvajal.

<sup>383</sup> KINDHÄUSER, Urs. “Sobre la posible afectación de procesos penales por los medios de comunicación”. En VAN WEEZEL, Álex. *Humanizar y renovar el derecho penal: estudios en memoria de Enrique Cury*. Thomson Reuters, Legal Publishing Chile. Santiago, Chile. p. 1120.

<sup>384</sup> “Artículo 289.- Publicidad de la audiencia del juicio oral. La audiencia del juicio oral será pública, pero el tribunal podrá...”. La doctrina y la jurisprudencia han extendido los principios del juicio oral del Párrafo 2° del Título III del libro Segundo del CPP al resto de las audiencias, sea en sede de garantía o de tribunal oral en lo penal.

persona que debiere tomar parte en el juicio o para evitar la divulgación de un secreto protegido por la ley”.<sup>385</sup>

Pero fuera de esas hipótesis, prima el carácter abierto de la audiencia, accesible al público y a los medios. La Corte Suprema, apoyada en normas legales<sup>386</sup> y de rango constitucional<sup>387</sup>, ha promovido una política de “puertas abiertas”<sup>388</sup>. Así, su Acta 284-2009<sup>389</sup> establece un manual de “buenas prácticas”, que organiza las relaciones entre la prensa, la Dirección de Comunicaciones<sup>390</sup> y los tribunales penales, a efectos de que periodistas, camarógrafos, fotógrafos, etc., puedan acceder a las audiencias adecuadamente.

El resultado ya lo hemos visto: las audiencias y juicios penales alcanzan gran exposición e impacto mediático, incluso con la televisación del propio poder judicial, a través de su canal virtual.

¿Es recomendable esta regulación? ¿Expresa la ley una correcta ponderación de los intereses en juego? ¿Es razonable o justificado permitir cámaras en las audiencias penales, si ello conlleva una mediatización extrema? La idea que orienta este trabajo –la jurisdicción como sujeción del juez a la ley y a la verdad sin perseguir ninguna otra finalidad– y los efectos que, como hemos

---

<sup>385</sup> Las medidas que conforme al art. 289 puede tomar el juez son: “a) Impedir el acceso u ordenar la salida de personas determinadas de la sala donde se efectuare la audiencia; b) Impedir el acceso del público en general u ordenar su salida para la práctica de pruebas específicas; y c) Prohibir al fiscal, a los demás intervinientes y a sus abogados que entreguen información o formulen declaraciones a los medios de comunicación social durante el desarrollo del juicio”.

<sup>386</sup> Así los arts. 1, 289 y 374 del Código Procesal Penal, y el art. 9 del Código Orgánico de Tribunales, que dispone: “Los actos de los tribunales son públicos, salvo las excepciones expresamente establecidas por la ley”.

<sup>387</sup> Reglas constitucionales recogidas por el art. 19 N° 3 (debido proceso) y N° 12 (libertad de opinión e informar, sin censura previa); y en especial el art. 8°, que consagra la probidad y transparencia de los órganos estatales. El art. 8 establece “El ejercicio de las funciones públicas obliga a sus titulares a dar estricto cumplimiento al principio de probidad en todas sus actuaciones. Son públicos los actos y resoluciones de los órganos del Estado, así como sus fundamentos y los procedimientos que utilicen”.

<sup>388</sup> Véase *Informe proyecto de ley N° 15-2017*, Oficio N° 90-2017, que expresa la opinión del Pleno de la Corte Suprema respecto del proyecto de ley Boletín N° 11228-07.

<sup>389</sup> Auto Acordado sobre coordinación del trabajo de prensa en juzgados de garantía y tribunales de juicio oral en lo penal, de 30 de octubre de 2009.

<sup>390</sup> Véase más arriba, nota 24.

constatado, produce la mediatización –su incidencia en la independencia e imparcialidad de los jueces– nos llevan a concluir que no.

Por supuesto, la publicidad cumple una función de innegable relevancia. Primero, como garantía para el imputado, en tanto propicia un proceso equitativo, que permite el ejercicio cierto de su derecho a la defensa y al mismo tiempo previene la arbitrariedad del juzgador. En este punto, el discurso de Mirabeau resulta insuperable: “Dadme al juez que queráis”, dice, “corrompido, enemigo mismo si queréis. Poco me importa, con tal de que nada pueda hacer sin la presencia del público”<sup>391</sup>. Por este motivo, el art. 1° del Código Procesal Penal declara que “Toda persona tiene derecho a un juicio previo, oral y *público*”; y si no se observan las disposiciones de publicidad, se incurre en un motivo absoluto de nulidad del juicio y la sentencia.<sup>392</sup>

En segundo lugar, la publicidad satisface el interés del Estado, pues es un medio idóneo para cumplir la función comunicativa del derecho penal y de la pena, esto es, reafirmar contra fácticamente la vigencia de la norma infringida, estabilizando las expectativas de fidelidad al derecho por parte de los demás ciudadanos<sup>393</sup>. La publicidad favorece, además, la confianza en el sistema justicia, promoviendo su legitimidad.

---

<sup>391</sup> Citado, entre otros, por María Inés Horvitz. Véase HORVITZ, María Inés y LÓPEZ, Julián. *Derecho procesal penal chileno*. Ed. Jurídica de Chile. Santiago, Chile. 2004. Tomo II. p. 241.

<sup>392</sup> Art. 374 letra d) CPP.

<sup>393</sup> Se trata de la llamada prevención general positiva, según la cual el derecho penal busca que el ciudadano fiel al derecho no pierda su confianza en la vigencia fáctica de normas fundamentales, es decir, que pueda confiar en que la norma será obedecida en general por todos los ciudadanos. Quien viola una norma fundamental declara que la norma tiene validez para él; el derecho penal responde al desacatamiento declarando que su acto es carente de valor, declara que no es el ciudadano fiel al derecho quien comete el error, sino el autor del delito. Véase JAKOBS, Günther. *Sobre la teoría de la pena*. Universidad Externado de Colombia. Trad. Manuel Cancio. 1998. pp. 15 y ss. Véase también ROXIN, Claus. *Derecho penal parte general. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito*. Civitas. España. 1997. pp. 89 y ss.

Véase, en el mismo sentido, el mensaje del Código Procesal Penal: “El enjuiciamiento público de los delitos permite socializar más directamente el mensaje de que existe una respuesta estatal rigurosa a los actos que la sociedad considera inaceptables, inhibiendo con ello a quienes pudieren pretender llevarlos a cabo en el futuro y reafirmando ante el conjunto de la comunidad la vigencia de los valores del sistema jurídico.

En tercer lugar, promueve el correcto desempeño de los funcionarios públicos que intervienen en el procedimiento, puesto que posibilita el control de terceros sobre su actuación. Como apunta Horvitz,

La publicidad es la principal herramienta, en una sociedad democrática, para vigilar que los funcionarios no falten a la ley tanto en contra como a favor del imputado y hacer efectiva su responsabilidad política, penal o administrativa<sup>394</sup>

Pero publicidad y presencia de cámaras no son equiparables. Entre una audiencia a la que puede entrar cualquiera y otra que es transmitida masivamente por televisión, hay un abismo de distancia. Esto significa que la exigencia de audiencias televisadas o sin restricción a los medios, no se sigue sin más del principio de publicidad. Como sostiene Julián López, “la garantía de publicidad, tal como aparece tratada en nuestro Código Procesal Penal, se satisface con el acceso público a la sala”<sup>395</sup>.

Así lo entiende, en el ámbito comparado, el derecho procesal alemán. Si bien el parágrafo 169 de la Ley Fundamental consagra el carácter público de los procesos judiciales, el numerando 2° establece la prohibición de grabar y filmar durante el juicio oral con fines de difusión<sup>396</sup>.

Esta regla se hace cargo del panorama mediático que el proceso enfrenta: el sensacionalismo de los medios, la transformación del juicio en entretenimiento y espectáculo, la avidez por el *rating*<sup>397</sup> y la proliferación de los llamados “juicios paralelos”<sup>398</sup>.

---

También el juicio oral favorecerá la producción de este efecto que parece tan necesario en el tiempo actual”.

<sup>394</sup> HORVITZ, María Inés y LÓPEZ, Julián. *Derecho procesal penal chileno*. Tomo II. p. 243.

<sup>395</sup> HORVITZ, María Inés y LÓPEZ, Julián. *Derecho procesal penal chileno*. Tomo I. p. 91.

<sup>396</sup> § 169, GVG, 2°: “Son inadmisibles las grabaciones magnetofónicas, televisivas y radiofónicas, así como también las grabaciones de sonido y fílmicas que tengan por fin la transmisión pública o la publicación de su contenido”.

<sup>397</sup> El caso Nabila Rifo, una vez más, dio cuenta del fenómeno La Tercera: “CNTV y multa contra Canal 13: los detalles de la sanción por cobertura al caso de Nabila Rifo”. 16.06.17. <http://www.latercera.com/noticia/cntv-sancion-canal-13-los-detalles-la-millonaria-multa-cobertura-al-caso-nabila-rifo-bienvenidos/>

Como da cuenta este trabajo, la mediatización tiene el potencial de afectar no sólo la intimidad de víctimas y testigos (que ven expuestos aspectos de su vida que tienen derecho a mantener en su esfera privada); sino que perturba el proceso mismo. Y puede ejercer una injerencia indebida en varios planos: al nivel de la labor institucional de los actores del sistema (fiscales, defensores, policías, etc); en la calidad de las pruebas (pues los testigos pueden enterarse antes de la marcha del juicio o ser intimidados o cambiar de actitud frente a las cámaras); la afectación de la presunción de inocencia mientras no exista condena firme; y, no menos importante, al nivel de la imparcialidad de los jueces. En efecto, como sostiene Roxin,

la publicidad masiva... no sólo puede modificar de forma imprevisible el comportamiento del acusado y de los testigos, sino también convertir al tribunal, con mucha más facilidad, en víctima de los prejuicios y expectativas extendidos<sup>399</sup>

Un extraordinario fallo que hemos hallado al final de esta memoria coincide con Roxin. Se trata de la resolución de un juez de garantía, que rechaza la solicitud de un noticiero para captar imágenes de un control de detención, entre otras consideraciones, porque

La apertura sin restricciones de las audiencias ha estado lejos de cumplir su objetivo, a saber y en palabras de Claus Roxin “consolidar la confianza pública en la administración de justicia”, en “fomentar la responsabilidad de los órganos de la administración de justicia” y “en evitar la posibilidad de que circunstancias ajenas a la causa influyan en el tribunal”.

No sólo el cuerpo social hoy está más desinformado que ayer respecto de la función jurisdiccional, confundiendo los roles institucionales de cada cual -servicio judicial, legisladores, ejecutivo, persecutores penales y defensa-, sino más dramáticamente vemos como las decisiones judiciales cada día con mayor fuerza atienden el clamor popular sobre el derecho y las particularidades del caso que son expuestos. Más que esclavos de la ley, a

---

<sup>398</sup> Entendiendo por “juicio paralelo” al “conjunto de informaciones sobre asuntos ‘sub iudice’ con los que los Mass Media pretenden examinar y valorar el proceso, las pruebas y a las personas implicadas en los hechos objeto de instrucción, asumiendo un rol de ‘juez y verdugo’, con imposición de veredicto incluido, menoscabando el honor y la consideración pública de los afectados”. En GARCÍA-PERROTE, María Elena. *Proceso penal y juicios paralelos*. Tesis doctoral Universidad de Barcelona. 2015. pp. 56-57.

<sup>399</sup> ROXIN, Claus. *Derecho procesal penal*. Op. Cit. p. 407.



veces parecemos esclavos de la opinión pública. En definitiva, la excesiva exposición de una versión única y unilateral del caso a través de los medios de comunicación social afecta el derecho de los imputados a ser juzgados con imparcialidad por los terceros llamados a resolver el conflicto. La tentación de “sacrificar” a los imputados y evitar el cuestionamiento público, en pos de una prospera carrera, es demasiada alta (4°)<sup>400</sup>

Nadie es el mismo cuando una cámara está presente. Y la regla que permita o no la transmisión de las audiencias, no puede ignorar este hecho. Por supuesto, la ausencia de publicidad es nefasta para el proceso; pero también lo es, como dice Roxin, el exceso de publicidad. Esto es lo que pondera la norma alemana: la transparencia de los juicios es la regla general, pero las filmaciones implican una perturbación indebida, que va más allá de lo que el *debido proceso* admite. La regla no atenúa el carácter público de las audiencias, sino que resguarda, entre otros bienes jurídicos valiosos, la imparcialidad del juez.

Luego de este trabajo, nos parece aconsejable avanzar en esa dirección. Quizá sea discutible la prohibición de grabaciones de sonido, pero la restricción de las cámaras resulta, efectivamente, justificada. Los mismos tratados internacionales que consagran la publicidad como una garantía, autorizan su limitación, justamente, cuando “por circunstancias especiales del asunto la publicidad pudiera perjudicar a los intereses de la justicia”<sup>401</sup> o, en términos más concisos, cuando “sea necesario para preservar los intereses de la justicia”<sup>402</sup>. Después de páginas y páginas, no hay dudas de que es el caso de la afectación mediática y televisiva.

La prohibición de difundir la filmación de los juicios no implica censura, ni siquiera una restricción al derecho a la información o a la libertad de prensa. Sólo significa que los medios y la opinión pública deberán ocupar otros formatos, sea por escrito, registros de audio o incluso las pintorescas ilustraciones del juicio, que comúnmente se ven en el derecho comparado. Al igual

---

<sup>400</sup> Primer Juzgado de Garantía de Santiago, 18.4.2008, RIT 1812-2008. Este fallo no puede condensar de mejor modo las intuiciones y conclusiones asentadas en esta memoria, razón por la que será transcrito íntegramente, en uno de los Anexos al final de este trabajo.

<sup>401</sup> Art. 14.1. del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

<sup>402</sup> Art. 8.5. de la Convención Americana de Derechos Humanos.

que el juez que rechazó las cámaras del noticiero en su sala, esta limitación es “sin perjuicio del derecho de sus periodistas de estar presente e informar sin restricciones el contenido de la misma, incluso mediante audio”<sup>403</sup>. Esta parece ser la salida más razonable.

---

<sup>403</sup> Primer Juzgado de Garantía de Santiago, 18.4.2008, RIT 1812-2008.

## BIBLIOGRAFÍA GENERAL

1. ALDUNATE, Eduardo. "Reflexiones en torno al rol de la Corte Suprema en el Gobierno Judicial". En LETURIA, Francisco et. Cía. *Reforma al poder judicial: gobierno judicial, corte suprema y gestión*. Libertad y Desarrollo. Universidad Adolfo Ibáñez, Santiago. 2007.
2. ATRIA, Fernando. *La forma del derecho*. Marcial Pons. 2016.
3. ATRIA, Fernando. "Jurisdicción e Independencia Judicial. El Poder Judicial como Poder Nulo". 5 Revista de Estudios de la Justicia. 2004.
4. ATRIA, Fernando. "La idea de jurisdicción y el estatuto de los jueces". Material de Lectura del curso Introducción al Derecho.
5. ATRIA, Fernando. "La improbabilidad de la jurisdicción". En. *La Judicatura como organización*. Instituto de Estudios Judiciales. Expansiva. 2007.
6. ATRIA, Fernando y CORREA, Rodrigo. "La organización de la judicatura en el estado democrático de derecho", en *Gobierno Judicial*. Instituto de Estudios Judiciales.
7. BARROS, Enrique. "Reformas Judiciales Pendientes. Algunas ideas para facilitar la discusión", en Puntos de Referencia 282. Julio de 2007.
8. BÖCKENFÖRDE, Ernest-Wolfgang. "La democracia como principio constitucional". En Estudios sobre el Estado de Derecho y la Democracia. Trotta. Madrid. 2000.
9. BORDALÍ, Andrés. "Independencia y responsabilidad de los jueces". Revista de Derecho (Valdivia). Vol. XIV – Julio 2003.
10. CALAMANDREI, Piero. *Proceso y democracia*. Conferencias pronunciadas en la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional Autónoma de México. Ediciones Jurídicas Europa-América. Buenos Aires. 1960.
11. CORREA, Rodrigo. "El gobierno judicial ante la Constitución". Revista de Estudios de la Justicia REJ N° 6. 2005.
12. COUSO, J y ATRIA, F (Editores). *La Judicatura como organización*. Instituto de Estudios Judiciales. Expansiva. 2007.
13. COUSO, Jaime y MERA, Jorge. "El rol uniformador de la jurisprudencia de la Sala Penal de la Corte Suprema: Anatomía de un fracaso". Revista de Derecho. Vol. XX. N° 2. Diciembre 2007.
14. CURY, Enrique. *Tentativa y delito frustrado*. Santiago. 1977.

15. DUCE, Mauricio y RIEGO, Cristián. *La prisión preventiva en Chile: Análisis de los cambios legales y su impacto*. Ediciones UDP. Santiago. 2011.
16. DUCE, M. y Vargas, J. *Informe sobre Independencia Judicial en Chile*. Fundación para el Debido Proceso Legal. Santiago. 2000.
17. DWORKIN, Ronald. "El modelo de las normas (I)". En *Los derechos en serio*. Ariel. Barcelona. 1984. Año publicación original 1977.
18. FLORES, Álvaro. "Gobierno judicial: el caso chileno. La reforma olvidada". *Revista de Estudios de la Justicia REJ* N° 6. 2005.
19. FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y razón*. Teoría del garantismo penal. Editorial Trotta. Madrid. 2001. Año Orig. 1989.
20. GARCÍA, José F. "Corte Suprema y gobierno judicial: un programa de reformas". *Revista Actualidad Jurídica* N° 20 – Julio 2009. Tomo I. Universidad del Desarrollo. pp. 81-121.
21. GARCÍA, J. y Verdugo, S. *Activismo judicial en Chile: ¿Hacia el Gobierno de los Jueces?* Ed. LyD. Santiago. 2013.
22. GARCÍA-PERROTE, María Elena. *Proceso penal y juicios paralelos*. Tesis doctoral Universidad de Barcelona. 2015.
23. HART, H.L.A. *El concepto de derecho*. Abeledo-Perrot. Buenos Aires, 1961.
24. HERNÁNDEZ, Héctor y COUSO, Jaime. *Código Penal comentado*. Parte general. Santiago, 2011.
25. HORVITZ, María Inés. "Estado de derecho y Poder Judicial", en *Estado de derecho y reformas de la justicia*, Facultad de Derecho de la U. de Chile, Santiago, 2005.
26. HORVITZ, María Inés y LÓPEZ, Julián. *Derecho procesal penal chileno*. Ed. Jurídica de Chile. Santiago, Chile. 2004. Tomos I y II.
27. LONDOÑO, Fernando. "Estudio sobre la punibilidad de la tentativa con dolo eventual en Chile. ¿Hacia una noción de tipo penal diferenciado para la tentativa?", *Revista de Ciencias Penales*. Volumen XLIII, N° 3. Thomson Reuters. 2016.
28. MAÑALICH, Juan Pablo. "¿Incompatibilidad entre frustración y dolo eventual? Comentario a la sentencia de la corte suprema en causa rol nº 19008-17, de 11 de julio de 2017".
29. MONTESQUIEU. *Del espíritu de las leyes*. Porrúa. México. 1992 (Ed. Original: 1748). 453 p.
30. MOSQUERA, Mario y MATURANA, Cristián. *Los recursos procesales*. Ed. Jurídica de Chile. Santiago, Chile. 2010.

31. RAWLS, John. "Dos conceptos de reglas". En FOOT, Philippa. *Teorías sobre la Ética*. FCE. México. 1974.
32. SAVIGNY, Friedrich. *Sistema del Derecho Romano Actual*. Góngora y Compañía Editores. Madrid. 1878. Ed. Orig. 1840.
33. SQUELLA, Agustín. "Independencia interna del Poder Judicial: Ante quiénes, en qué y para qué tenemos jueces independientes". En COUSO, Javier y ATRIA, F. (Editores). *La Judicatura como organización*. Instituto de Estudios Judiciales. Expansiva. 2007. pp. 9-32.
34. ZAPATA, María Francisca. *Sin temor ni esperanza. Reformulación de la Carrera Judicial como base de sustitución del Sistema Judicial jerárquico por uno heterárquico en garantía de la función judicial*. Tesis para optar al grado de magíster. Prof. Guía: Aldo Mascareño. UAH, 2011.
35. ZAPATA, María Francisca. "El sistema organizacional de la judicatura chilena. Análisis Crítico y Bases para su Reformulación". En *Anuario de filosofía jurídica y social*. Ponencias en Mendoza. 2009.

## **ANEXOS**

# Anexo N° 1. Análisis de las solicitudes de prisión preventiva

## ANÁLISIS DE LAS SOLICITUDES DE PRISIÓN PREVENTIVA

Análisis por imputado y evento

Fuente: registros administrativos en el Sistema Informático de Apoyo a la Gestión Judicial (SIAGJ)



### Imputados para los que se solicita Prisión Preventiva

SOLICITUD	FECHA						
	2010	2011	2012	2013	2014	2015	2016
Solicita Prisión Preventiva	29.743	29.167	30.215	30.548	33.315	35.853	37.302

### Resoluciones judiciales sobre Prisión Preventiva

PRIMERA INSTANCIA	FECHA						
	2010	2011	2012	2013	2014	2015	2016
Concede Prisión Preventiva	25.846	25.506	26.427	26.786	29.130	31.515	32.493
Rechaza Prisión Preventiva	3.897	3.661	3.788	3.762	4.185	4.338	4.809

### Porcentaje de Prisiones Preventivas rechazadas

PRIMERA_INSTANCIA	FECHA						
	2010	2011	2012	2013	2014	2015	2016
Rechaza	13,1%	12,6%	12,5%	12,3%	12,6%	12,1%	12,9%

### Apelación al Rechazo de Prisión Preventiva

SOLICITUD	FECHA						
	2010	2011	2012	2013	2014	2015	2016
Apela Rechazo de P.Preventiva	616	581	753	799	858	897	947

### Porcentaje de Apelación al Rechazo de Prisión Preventiva

	2010	2011	2012	2013	2014	2015	2016
Apela Rechazo de Prisión Preventiva	15,8%	15,9%	19,9%	21,2%	20,5%	20,7%	19,7%

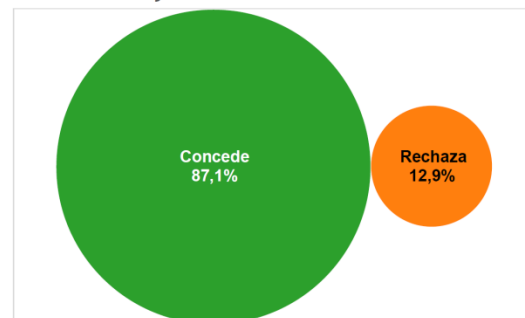
### Apelación del Rechazo de Prisión Preventiva y Resultado en 2a Instancia

		FECHA						
		2010	2011	2012	2013	2014	2015	2016
Apela Rechazo de Prisión Preventiva	Decreta Prisión Preventiva	250	258	330	338	387	406	418
	Rechaza Prisión Preventiva	366	323	423	461	471	491	529
Grand Total		616	581	753	799	858	897	947

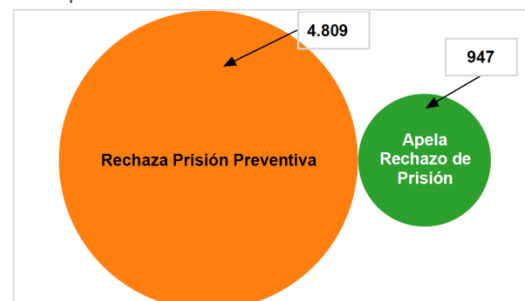
### % de Rechazo de P. Preventiva en 2a Instancia vs. Total de Solicitudes de P. Preventiva

SOLICITUD (copy)	FECHA						
	2010	2011	2012	2013	2014	2015	2016
Rechaza Prisión Preventiva en 2a Instancia	1,2%	1,1%	1,4%	1,5%	1,4%	1,4%	1,4%

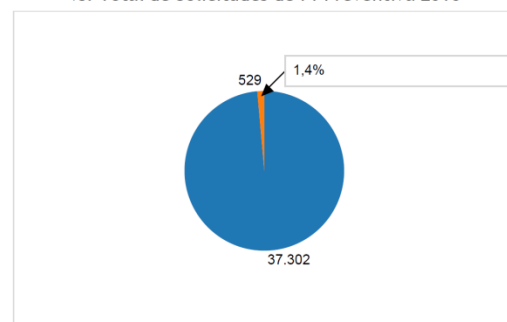
### Resoluciones judiciales sobre Prisión Preventiva 2016



### Apelación al Rechazo de Prisión Preventiva 2016



### Rechazo de P. Preventiva en 2a Instancia vs. Total de Solicitudes de P. Preventiva 2016



## Anexo N° 2. Tabla Duración Promedio Juicios Orales por Femicidio

N°	RIT	Año	TOP	Año del Fallo	Desarrollo	Días
1	403	2014	Valparaíso	2014	Consumado	8
2	157	2015	1° TOP	2015	Consumado	6
3	42	2015	3° TOP	2015	Consumado	6
4	39	2013	San Felipe	2013	Consumado	6
5	668	2015	6° TOP	2015	Consumado	5
6	113	2016	Valparaíso	2016	Consumado	5
7	143	2014	Copiapó	2014	Consumado	4
8	130	2014	Copiapó	2014	Consumado	4
9	19	2013	Ovalle	2013	Consumado	4
10	88	2013	Puerto Alto	2013	Consumado	4
11	179	2016	Puerto Montt	2017	Consumado	4
12	86	2014	Punta Arenas	2014	Consumado	4
13	122	2015	2° TOP	2015	Consumado	3
14	53	2013	4° TOP	2013	Consumado	3
15	89	2013	5° TOP	2014	Consumado	3
16	42	2016	Chillan	2016	Consumado	3
17	148	2015	Colina	2015	Consumado	3
18	105	2015	Colina	2015	Consumado	3
19	9	2015	Linares	2015	Consumado	3
20	21	2013	Melipilla	2013	Consumado	3
21	13	2016	San Bernardo	2016	Consumado	3
22	144	2015	San Felipe	2016	Consumado	3
23	271	2016	Talca	2016	Consumado	3
24	107	2013	Temuco	2013	Consumado	3
25	72	2016	6° TOP	2016	Consumado	2
26	787	2015	6° TOP	2016	Consumado	2
27	586	2014	6° TOP	2015	Consumado	2
28	330	2013	6° TOP	2013	Consumado	2
29	228	2013	7° TOP	2013	Consumado	2
30	88	2016	Angol	2016	Consumado	2
31	126	2013	Colina	2014	Consumado	2
32	392	2015	Concepción	2015	Consumado	2
33	100	2013	Coyhaique	2013	Consumado	2
34	183	2014	Los Ángeles	2015	Consumado	2
35	40	2016	Quillota	2016	Consumado	2
36	201	2015	San Bernardo	2015	Consumado	2
37	99	2014	San Bernardo	2014	Consumado	2
38	469	2015	Concepción	2015	Consumado	1
39	174	2015	Osorno	2016	Consumado	1



40	27	2013	Osorno	2013	Consumado	1
41	286	2016	Rancagua	2016	Consumado	1
42	313	2014	Rancagua	2014	Consumado	1
43	223	2015	Talca	2015	Consumado	1
44	172	2013	Temuco	2014	Consumado	1
45	155	2013	Viña del Mar	2013	Consumado	1
46	22	2016	Coyhaique	2016	Consumado	no indica
47	196	2013	6° TOP	2013	Frustrado	5
48	21	2014	Punta Arenas	2014	Frustrado	5
49	378	2015	Iquique	2015	Frustrado	4
50	400	2015	Valparaíso	2015	Frustrado	4
51	436	2013	4° TOP	2014	Frustrado	3
52	247	2016	6° TOP	2016	Frustrado	3
53	65	2013	Arica	2013	Frustrado	3
54	97	2013	Cauquenes	2013	Frustrado	3
55	102	2015	Colina	2015	Frustrado	3
56	167	2016	Puerto Montt	2017	Frustrado	3
57	394	2014	2° TOP	2015	Frustrado	2
58	52	2016	6° TOP	2016	Frustrado	2
59	154	2016	6° TOP	2016	Frustrado	2
60	226	2016	Chillan	2016	Frustrado	2
61	159	2015	Chillan	2015	Frustrado	2
62	475	2013	Concepción	2013	Frustrado	2
63	72	2013	Curicó	2013	Frustrado	2
64	26	2013	Osorno	2013	Frustrado	2
65	174	2014	Ovalle	2015	Frustrado	2
66	100	2016	Punta Arenas	2016	Frustrado	2
67	23	2013	Rancagua	2013	Frustrado	2
68	224	2013	Talca	2014	Frustrado	2
69	390	2014	Valparaíso	2014	Frustrado	2
70	207	2016	6° TOP	2016	Frustrado	1
71	100	2012	Angol	2013	Frustrado	1
72	26	2013	Cañete	2013	Frustrado	1
73	726	2016	Concepción	2017	Frustrado	1
74	450	2013	Concepción	2013	Frustrado	1
75	93	2014	Los Ángeles	2014	Frustrado	1
76	92	2013	Los Ángeles	2013	Frustrado	1
77	49	2016	Osorno	2016	Frustrado	1
78	29	2016	Ovalle	2016	Frustrado	1
79	140	2015	Ovalle	2015	Frustrado	1
80	110	2013	Puerto Montt	2013	Frustrado	1

81	110	2016	Quillota	2016	Frustrado	1
82	29	2013	Quillota	2013	Frustrado	1
83	33	2014	Santa Cruz	2014	Frustrado	1
84	227	2013	Talca	2014	Frustrado	1
85	773	2016	Iquique	2017	Tentado	2
86	34	2016	Los Ángeles	2016	Tentado	2
87	41	2014	Valparaíso	2014	Tentado	2
88	555	2014	Valparaíso	2015	Tentado	2
89	66	2015	Angol	2015	Tentado	1
90	12	2015	La Serena	2015	Tentado	1
<b>Días promedio de duración general juicios por femicidio</b>						<b>2,44</b>
<b>Días promedio de duración juicios por femicidio frustrado</b>						<b>2,03</b>
<b>Días de duración del juicio a Mauricio Ortega</b>						<b>22</b>

Anexo N° 3. Tabla Comparativa: Penas impuestas a condenados por femicidio frustrado en idéntica situación que Mauricio Ortega

N°	RIT	Año	TOP	Año del Fallo	Grado de Desarrollo	Atenuantes	Pena
1	436	2013	4° TOP	2014	Frustrado	1	10 años y 1 día
2	65	2013	Arica	2013	Frustrado	1	10 años y 1 día
3	450	2013	Concepción	2013	Frustrado	1	10 años y 1 día
4	93	2014	Los Ángeles	2014	Frustrado	1	10 años y 1 día
5	92	2013	Los Ángeles	2013	Frustrado	1	10 años y 1 día
6	21	2014	Punta Arenas	2014	Frustrado	1	10 años y 1 día
7	110	2016	Quillota	2016	Frustrado	1	10 años y 1 día
8	390	2014	Valparaíso	2014	Frustrado	1	10 años y 1 día
9	85	2015	Coyhaique	2014	Frustrado	1	10 años y 1 día
<b>Pena impuesta a Mauricio Ortega</b>					<b>Frustrado</b>	<b>1</b>	<b>12 años y 180 días</b>

Anexo N° 4. Tabla Comparativa: Penas impuestas a condenados por femicidio frustrado en peor situación que Mauricio Ortega

N°	RIT	Año	TOP	Año del Fallo	Grado de Desarrollo	Atenuantes	Penas
1	247	2016	6° TOP	2016	Frustrado	0	15 años
<b>Pena impuesta a Mauricio Ortega</b>					<b>Frustrado</b>	<b>1</b>	<b>12 años y 180 días</b>
2	52	2016	6° TOP	2016	Frustrado	0	12 años
3	154	2016	6° TOP	2016	Frustrado	0	10 años y 1 día
4	196	2013	6° TOP	2013	Frustrado	0	11 años
5	100	2012	Angol	2013	Frustrado	0	10 años y 1 día
6	226	2016	Chillan	2016	Frustrado	0	10 años y 1 día
7	49	2016	Osorno	2016	Frustrado	0	10 años y 1 día
8	174	2014	Ovalle	2015	Frustrado	0	10 años y 1 día
9	100	2016	Punta Arenas	2016	Frustrado	0	10 años y 1 día
10	224	2013	Talca	2014	Frustrado	0	10 años y 1 día
11	400	2015	Valparaíso	2015	Frustrado	0	10 años y 1 día
12	167	2016	Puerto Montt	2017	Frustrado	0	10 años y 1 día

Anexo N° 5. Tabla Comparativa: Penas impuestas a condenados por femicidio consumado *versus* Ambas penas impuestas a Ortega sumadas

N°	RIT	Año	TOP	Año del Fallo	Desarrollo	Atenuantes o modificatorias	Pena
1	113	2016	Valparaíso	2016	Consumado	1 agravante	Perpetuo calificado
2	39	2013	San Felipe	2013	Consumado	1 agravante	Perpetuo simple
3	72	2016	6° TOP	2016	Consumado	0	Perpetuo simple
4	228	2013	7° TOP	2013	Consumado	1	Perpetuo simple
5	86	2014	Punta Arenas	2014	Consumado	1	Perpetuo simple
6	271	2016	Talca	2016	Consumado	1	Perpetuo simple
<b>Penas impuestas a Ortega sumadas</b>					<b>Frustrado</b>	<b>1</b>	<b>24 años y 360 días</b>
7	668	2015	6° TOP	2015	Consumado	0	20 años
8	258	2015	5° TOP	2016	Consumado	1	20 años
9	787	2015	6° TOP	2016	Consumado	1	20 años
10	148	2015	Colina	2015	Consumado	1	20 años
11	201	2015	San Bernardo	2015	Consumado	1	20 años
12	144	2015	San Felipe	2016	Consumado	1	20 años
13	403	2014	Valparaíso	2014	Consumado	1	20 años
14	22	2016	Coyhaique	2016	Consumado	2	20 años
15	157	2015	1° TOP	2015	Consumado	0	18 años
16	126	2013	Colina	2014	Consumado	1	18 años
17	13	2016	San Bernardo	2016	Consumado	1	18 años
18	223	2015	Talca	2015	Consumado	1	18 años
19	21	2013	Melipilla	2013	Consumado	1	17 años
20	330	2013	6° TOP	2013	Consumado	1	16 años
21	122	2015	2° TOP	2015	Consumado	0	15 años y 1 día
22	53	2013	4° TOP	2013	Consumado	1	15 años y 1 día
23	88	2016	Angol	2016	Consumado	1	15 años y 1 día
24	105	2015	Colina	2015	Consumado	1	15 años y 1 día
25	143	2014	Copiapó	2014	Consumado	1	15 años y 1 día
26	130	2014	Copiapó	2014	Consumado	1	15 años y 1 día
27	198	2013	Talca	2013	Consumado	1	15 años y 1 día
28	172	2013	Temuco	2014	Consumado	1	15 años y 1 día
29	27	2013	Osorno	2013	Consumado	2	15 años y 1 día
30	183	2014	Los Ángeles	2015	Consumado	2	15 años
31	40	2016	Quillota	2016	Consumado	2	15 años
32	286	2016	Rancagua	2016	Consumado	2	15 años
33	100	2013	Coyhaique	2013	Consumado	2	14 años
34	19	2013	Ovalle	2013	Consumado	2	13 años
35	174	2015	Osorno	2016	Consumado	3	13 años

36	42	2016	Chillan	2016	Consumado	2	12 años
37	179	2016	Puerto Montt	2017	Consumado	2	12 años
38	155	2013	Viña del Mar	2013	Consumado	2	12 años
39	89	2013	5° TOP	2014	Consumado	1 muy calificada	10 años y 1 día
40	99	2014	San Bernardo	2014	Consumado	1 muy calificada	10 años y 1 día
41	586	2014	6° TOP	2015	Consumado	2	10 años y 1 día
42	392	2015	Concepción	2015	Consumado	2	10 años y 1 día
43	107	2013	Temuco	2013	Consumado	2	10 años y 1 día
44	313	2014	Rancagua	2014	Consumado	3	10 años y 1 día
45	42	2015	3° TOP	2015	Consumado	3	8 años
46	469	2015	Concepción	2015	Consumado	3	8 años
47	88	2013	Puente Alto	2013	Consumado	2	7 años
48	9	2015	Linares	2015	Consumado	3	5 años y 1 día
<b>Promedio de 42 penas por femicidio consumado (excluyendo presidios perpetuos)</b>							<b>14,5 años</b>
<b>Diferencia entre penas de Ortega y Promedio de penas impuestas por femicidio consumado</b>							<b>10,5 años</b>

Anexo N° 6. Tabla Comparativa: Penas impuestas a condenados por femicidio consumado con iguales circunstancias modificatorias *versus* Ambas penas impuestas a Ortega sumadas

N°	RIT	Año	TOP	Año del Fallo	Desarrollo	Atenuantes	Pena
1	228	2013	7° TOP	2013	Consumado	1	Perpetuo simple
2	86	2014	Punta Arenas	2014	Consumado	1	Perpetuo simple
3	271	2016	Talca	2016	Consumado	1	Perpetuo simple
<b>Penas impuestas a Ortega sumadas</b>					<b>Frustrado</b>	<b>1</b>	<b>24 años y 360 días</b>
4	258	2015	5° TOP	2016	Consumado	1	20 años
5	787	2015	6° TOP	2016	Consumado	1	20 años
6	148	2015	Colina	2015	Consumado	1	20 años
7	201	2015	San Bernardo	2015	Consumado	1	20 años
8	144	2015	San Felipe	2016	Consumado	1	20 años
9	403	2014	Valparaíso	2014	Consumado	1	20 años
10	126	2013	Colina	2014	Consumado	1	18 años
11	13	2016	San Bernardo	2016	Consumado	1	18 años
12	223	2015	Talca	2015	Consumado	1	18 años
13	21	2013	Melipilla	2013	Consumado	1	17 años
14	330	2013	6° TOP	2013	Consumado	1	16 años
15	53	2013	4° TOP	2013	Consumado	1	15 años y 1 día
16	88	2016	Angol	2016	Consumado	1	15 años y 1 día
17	105	2015	Colina	2015	Consumado	1	15 años y 1 día
18	143	2014	Copiapó	2014	Consumado	1	15 años y 1 día
19	130	2014	Copiapó	2014	Consumado	1	15 años y 1 día
20	198	2013	Talca	2013	Consumado	1	15 años y 1 día
21	172	2013	Temuco	2014	Consumado	1	15 años y 1 día
<b>Promedio de 18 penas por femicidio consumado con iguales atenuantes que Ortega (excluyendo presidios perpetuos)</b>							<b>17,37 años</b>
<b>Diferencia entre pena de Ortega y Promedio de penas impuestas por femicidio consumado con una atenuante</b>							<b>7,62 años</b>

## Anexo N° 7. Resolución del 1° Juzgado de Garantía: Rechaza filmaciones de audiencia de control de detención

Santiago, dieciocho de abril del año dos mil ocho.

### **OÍDO Y TENIENDO PRESENTE**

PRIMERO: Que con esta fecha, en la audiencia de control de la legalidad de la detención de don Jorge Chia González, don Yiquin Chia González, don Eric Quilapi Rojas y don Mauricio Herrera Navarette, se ha presentado el periodista de Chilevisión, señor Canales Flores, quien con la finalidad de informar a la ciudadanía, ha solicitado la captación de imágenes del desarrollo de la misma dirigida contra los integrantes de la banda que denomina “Los Chivas de Pudahuel”, las que se transmitirían esta noche en el noticiero central.

La defensa de los imputados, asumida por don Mario Valenzuela Reyes y don Gabriel Urrejola Venegas, pide la prohibición de filmar o transmitir sus imágenes de los imputados y su familia; y el Ministerio Público, representado por don Hugo Cuevas Gutiérrez, por su parte, respalda la publicidad plena de la audiencia.

SEGUNDO: Este juez invariablemente desde el inicio de la reforma procesal penal ha mantenido abiertas las puertas de las audiencias llevadas a efecto en los tribunales donde ha ejercido sus funciones, para que el público en general pueda observar en directo su desarrollo, y le ha otorgado a la prensa todas las facilidades para que pueda hacer su propio trabajo, incluso en desmedro de los primeros que son groseramente desplazados y arrinconados por las cámaras y otros equipamientos tecnológicos. El Tribunal cree firmemente en la libertad de información, y estimó que dicha apertura contribuiría a que los ciudadanos desde sus casas pudieran conocer el funcionamiento del nuevo sistema -función pedagógica- y las especificidades de cada caso particular, contribuyendo a la transparencia de las decisiones judiciales.



TERCERO: Sin embargo, a diferencia de mi experiencia en provincia, durante los últimos tres años de vigencia de la reforma procesal penal en Santiago la opinión pública no está mejor informada que cuando regía el secreto del sumario en el procedimiento inquisitivo.

La calidad de la información entregada es francamente paupérrima.

En efecto, día a día los hechos dados a conocer son inexactos o derechamente manipulados. No se informan los fundamentos de las resoluciones judiciales. La versión de la defensa está ausente en el tratamiento de la noticia y la “verdad oficial” proviene de fuentes ajenas a lo debatido en las audiencias, fundamentalmente de los testimonios de los agentes policiales y de investigación, mucho de ellos relacionadores públicos de sus propias instituciones, en contravención a lo dispuesto en los artículos 92 del Código Procesal Penal y 64 de Ley Orgánica Constitucional del Ministerio Público.

En los noticieros centrales de la televisión nacional y en su programación especial vemos a diario imágenes de archivo de audiencias que nada tienen que ver con la supuesta información entregada; vemos como hostigan a los inculpados y a sus familiares a la salida de los juzgados o en sus propios hogares; e incluso se les exhibe afuera de los cuarteles policiales como si fueran botines de guerra. A pesar de la prohibición legal y advertencia de los jueces, muestran y dan a conocer los datos personales de los menores de edad (prohibido por el artículo 33 de la Ley N° 19.733). También filman a las víctimas, razón por la cual muchas no asisten a la respectiva audiencia de juicio oral. Se les da tribuna a estas últimas cuando injurian a los jueces e interrumpen las audiencias haciendo “*shows*” fríamente calculados. Finalmente observamos sin mayor capacidad de asombro como hordas destruyen impunemente en nombre de la justicia los bienes materiales de los acusados, por ejemplo ingresando sin autorización a sus casas e incendiándolas.

CUARTO: Por eso hoy debo hacer un *mea culpa*. Cuando en el pasado los defensores alegaban que las imágenes gráficas obtenidas en audiencia afectaba la presunción de inocencia, les contestaba ingenuamente que primaba el derecho constitucional de los ciudadanos de estar informados de lo que acontecía en las audiencias judiciales; que las garantías procesales serían rigurosamente

resguardadas por esta judicatura; y que los jueces profesionales -no jurados- no se sentirían impresionados por la opinión pública expresada en la particular visión de la prensa.

El tiempo ha demostrado lo equivocado que estaba. Nuestra democracia no estaba lo suficientemente madura ni nuestra población con la cultura para presenciar civilizadamente los juicios.

La apertura sin restricciones de las audiencias ha estado lejos de cumplir su objetivo, a saber y en palabras de Claus Roxin “consolidar la confianza pública en la administración de justicia”, en “fomentar la responsabilidad de los órganos de la administración de justicia” y “en evitar la posibilidad de que circunstancias ajenas a la causa influyan en el tribunal”.

No sólo el cuerpo social hoy está más desinformado que ayer respecto de la función jurisdiccional, confundiendo los roles institucionales de cada cual - servicio judicial, legisladores, ejecutivo, persecutores penales y defensa-, sino más dramáticamente vemos como las decisiones judiciales cada día con mayor fuerza atienden el clamor popular sobre el derecho y las particularidades del caso que son expuestos. Más que esclavos de la ley, a veces parecemos esclavos de la opinión pública. En definitiva, la excesiva exposición de una versión única y unilateral del caso a través de los medios de comunicación social afecta el derecho de los imputados a ser juzgados con imparcialidad por los terceros llamados a resolver el conflicto. La tentación de “sacrificar” a los imputados y evitar el cuestionamiento público, en pos de una prospera carrera, es demasiada alta.

Pero el problema no se reduce al debido proceso sino también abarca el trato de inocente que deben tener los inculpados durante la investigación, esto es, antes de que se dicte una sentencia definitiva en su contra. Basta observar las estadísticas de prisión preventiva decretadas y la variación de criterios jurídicos en las audiencias con cobertura periodística o presencia mediática.

QUINTO: Hoy intentamos tener audiencias donde las partes argumenten jurídicamente sus posiciones y los jueces explican racionalmente sus decisiones. Pero la realidad es que lo que se transmite al público por medio de la televisión,

radio y prensa escrita es un espectáculo, no un circo divertido de los que se instalan en septiembre en el país, sino de la antigua Roma, donde buscamos el linchamiento público de los imputados, el morbo, o alguna imagen sensacionalista para propagar en la comunidad.

No hay un genuino interés por la información, únicamente se transmiten las alegaciones de los litigantes contra las decisiones judiciales vertidas en la prensa, la que sólo recoge de las audiencias las reacciones del imputado esposado, abatido, intentado pasar desapercibido frente al aparato de persecución penal. Las fijaciones fotográficas o televisivas no están al servicio de la verdad sino para afectar la dignidad de los acusados. Incluso hemos visto algunos requeridos que han quedado libres después de la audiencia de control de detención, ya sea porque no se ha acreditado el delito, su participación o sencillamente no hay necesidad de cautela, y sin embargo siguen presos en propios hogares, pues son agredidos por algunos integrantes de la comunidad cuando salen a la vía pública.

SEXTO: En este caso particular, los imputados han manifestado que ayer, entre las 19 y 21 horas, fueron **sacados en dos oportunidades desde los calabozos de la 26ª Comisaría de Carabineros de Pudahuel, para que los medios de comunicación pudieran captar imágenes que luego serían transmitidas, según lo corrobora uno de los defensores, en distintos canales de televisión**. Incluso hostigaron a la madre de los hermanos Chia González.

El señor Fiscal reconoce que dicha dependencia policial cuenta con una infraestructura física que permite que los imputados ingresen y salgan del recinto sin tomar contacto con el exterior. También asevera que no es habitual que a los imputados se les obligue salir de las celdas hacia el sector de atención de público cuando están bajo la custodia estatal. Las diligencias de investigación se realizan en el interior, sin que exista visibilidad desde afuera.

SÉPTIMO: El Tribunal no pretende interferir en cuestiones que no son de su incumbencia. Tiene clarísimo que la libertad de prensa constituye uno de los pilares fundamentales de un estado democrático, en particular en la fiscalización

de los “asuntos públicos”. Sin lugar a dudas es preferible una prensa con las características de la nuestra que la censura.

Tampoco se pretende culpar únicamente a los medios de comunicación de la sensación subjetiva de inseguridad imperante en el país, de la verdadera presunción de culpabilidad a la que someten a todos los detenidos, y de la presión ejercida para que las autoridades promulguen leyes ineficaces desde el punto de vista de la seguridad pública, pero que constituyen un claro retroceso en el ideario liberal que inspira las democracias occidentales, en vez de apostar por la prevención y rehabilitación.

Pero como juez de garantía, en su deber de cautelar los derechos fundamentales, no puedo desatender el hecho que hoy las imágenes gráficas obtenidas en audiencia, en términos generales, no están al servicio de la información, sino más bien de la denigración de las personas acusadas, razón por la que no queda otra que prohibir su divulgación. El Tribunal no está disponible para facilitar la entrega de imágenes que queden en la retina de la población para que ésta proceda a linchar extrajudicialmente a los imputados, antes siquiera de una sentencia condenatoria definitiva.

OCTAVO: El Tribunal, en cuanto al derecho a la información, exclusivamente tiene la obligación de garantizar la publicidad directa de las salas de audiencias porque -nuevamente en palabras de Roxin- “la publicidad masiva del público de televisión no sólo puede modificar de forma imprevisible el comportamiento del acusado y de los testigos sino también convertir al tribunal, con mucha más facilidad, en víctima de prejuicios y expectativas extendidos”.

De hecho en los países donde rige el sistema acusatorio hace mucho y donde tanto la libertad de prensa como la presunción de inocencia, incluido el tratamiento digno del imputado, y el debido proceso *-due process of law-* se toman en serio, están vedadas para los medios de comunicación social y los particulares las grabaciones magnetofónicas, televisivas y radiofónicas, así como las grabaciones de sonido y fílmicas que tengan por fin la transmisión pública de las audiencias, salvo excepciones. El caso paradigmático es el de OJ Simpson en California, EE.UU., que ha tenido la mayor cobertura periodística en la historia de la humanidad: sólo se autorizó la presencia en audiencia de dos connotados

periodistas, con vasta experiencia y conocimiento en temas judiciales, en representación de la *Associated Press*, los que dieron al tribunal plena garantía de su imparcialidad en el procesamiento de la información, y las imágenes -por cierto- estaban absolutamente restringidas.

Para no ir más lejos, en las otras judicaturas en el país no es usual otorgarle a la prensa acceso amplio a las audiencias como ha sido costumbre reciente en lo criminal. Las Cortes de Apelaciones y Corte Suprema excepcionalmente permiten la captación de imágenes de las audiencias.

NOVENO: Por ende, el Tribunal procurará ponderar los intereses contrapuestos en juego, asegurando que los medios de comunicación puedan seguir criticando el mérito de mis resoluciones -lo que se celebra como manifestación de la vitalidad democrática-, pero sin arrastrar en el proceso a personas que no han sido condenadas. Dicha carga -sometimiento al control externo- la debe asumir el funcionario público en cuestión. En cambio, los imputados tienen derecho a que se les trate como inocentes hasta que se pruebe lo contrario mediante una sentencia definitiva ejecutoriada. Parece elemental, pero en nuestro país -con escasa educación cívica- esto usualmente parece utópico.

Y en virtud, además, de lo dispuesto los artículos 9° del Código Orgánico de Tribunales; 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; 8° de la Convención Americana sobre Derechos Humanos "Pacto de San José de Costa Rica"; 1°, 5° y 19 N° 3, 7 y 12 de la Constitución Política de la República; y en el inciso final del artículo 289 del Código Procesal Penal, **se resuelve:**

**No autorizar a Chilevisión para obtener testimonios gráficos de esta audiencia para su noticiero central**, sin perjuicio del derecho de sus periodistas de estar presente e informar sin restricciones el contenido de la misma, incluso mediante audio.

En lo sucesivo, y tal como ha sucedido en la especie, los medios de comunicación social interesados deberán hacer la petición concreta al Tribunal, el que abrirá debate entre los intervinientes y tendrá especialmente presente al decidir, las garantías de imparcialidad en el tratamiento de la noticia que pudiera

otorgar el medio de prensa en cuestión, el programa específico (o sección), el o los periodistas responsables y su fecha de exhibición o publicación.

**Se ordena oficiar a la 26ª Comisaría de Carabineros de Pudahuel, para recordar a la jefatura de la unidad policial sus deberes legales, en particular el contenido del artículo 92 del Código Procesal Penal. Asimismo, ofíciase a la Fiscal Regional Metropolitana Occidente para que adopte las medidas que estimare pertinentes.**

RIT N° 1812-2008.-

Resolvió don Fernando Guzmán Fuenzalida.