

Santiago, ocho de octubre de dos mil veinticuatro.

**Vistos**

**PRIMERO:** Que los días veintisiete y treinta de septiembre, y el 1 de octubre del año en curso, ante la sala de este Sexto Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Santiago, presidida por doña Karen Garrido Saldías, don José Rodríguez Guerra como redactor y doña Javiera López Ossandón como tercer integrante, se llevó a efecto el juicio oral en la causa RUC N° 2200967452-0, RIT N° 336-2024, seguida en contra de **JORGE ALEJANDRO ESPINOZA MORALES**, cédula de identidad N° 15.940.649-0, nacido el 27 de octubre de 1984, 39 años, soltero, comerciante ambulante, domiciliado en Campos de Hielo 1588, Villa Manuel Rojas, Maipú, Comuna de Maipú, representado por el abogado defensor penal público Cristian Medina Cuevas.

Sostuvo la acusación, el fiscal del Ministerio Público don Rodrigo Chinchón Soto.

La parte querellante estuvo representada por doña Claudia Araya Pino.

**SEGUNDO:** Que los hechos de la acusación fueron los siguientes:

El día 02 de octubre de 2022, alrededor de las 19.30 hrs. aproximadamente, en el sector de Pasaje Carelmapu con Club Hípico, comuna de Pedro Aguirre Cerda, el acusado Jorge Alejandro Espinoza Morales, afirmando ser profesor de fútbol y que conocía a sus padres, sustrajo al menor de edad de iniciales K.A.C.S. de 10 años de edad, para lo cual procedió a tomarlo del brazo obligándolo a trasladarse junto con él hasta el sector de Club Hípico con Pasaje 3 comuna de Pedro Aguirre Cerda.

A juicio del Ministerio Público, los hechos precedentemente referidos son constitutivos del delito de **SUSTRACCIÓN DE MENORES**, previsto y sancionado en el artículo 142N°2 del Código Penal, el cual se encuentra en grado de desarrollo de **CONSUMADO**, en contra de la víctima NNA iniciales K.A.C.S.

Al acusado le cabe participación en calidad de **AUTOR**, en conformidad al artículo 15 N° 1 del Código Penal, respecto del delito indicado.

A juicio del Ministerio Público, respecto del imputado no concurren circunstancias modificatorias de responsabilidad penal.

El Ministerio Público solicita se le imponga al acusado **JORGE ALEJANDRO ESPINOZA MORALES**, por su responsabilidad en calidad de autor en el delito de **SUSTRACCIÓN DE MENOR**, en la persona del NNA K.A.C.S., en grado de desarrollo consumado a la pena de **DOCE (12) AÑOS DE PRESIDIO MAYOR EN SU GRADO MEDIO**, más las penas accesorias legales del artículo 28 del Código Penal, esto es la inhabilitación absoluta perpetua para cargos y oficios públicos y derechos políticos y de la inhabilitación absoluta para profesiones titulares mientras dure la condena, al pago de las costas de la causa, de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 45 y siguientes del Código Procesal Penal y una vez ejecutoriada la respectiva sentencia, se ordene la incorporación de su huella genética en el registro de condenados de acuerdo a lo establecido en la Ley 19.970.

La parte querellante se adhirió a la acusación fiscal en todas sus partes.

**TERCERO: Alegatos de las partes.**

Que, en su **alegato de apertura**, la **fiscalía** señaló que el 2 de octubre de 2022 el afectado se traslada a unas canchas de fútbol, a ese lugar llega el acusado, engaña a la víctima y lo traslada en contra de su voluntad hasta dos cuadras, donde es interceptado

por vecinos, cuando se dan cuenta que se estaba llevando al menor. Se vulnera la libertad de los padres de determinar su libertad ambulatoria, se afecta la seguridad y ejercer el cuidado personal de los niños. No es un hecho diverso, no hay explicación distinta. La prueba demostrará los hechos de la acusación.

**En su clausura** señala que con la prueba rendida se han acreditado los hechos de la acusación. La víctima el día de los hechos va con su padre a un partido. En un momento la víctima se separa de su padre. Es en esa circunstancia y aprovechando esto, el imputado se acerca y le dice falsamente que conocía a su padre, que era profesor de fútbol y que su padre lo había autorizado para pegar afiches. Lo traslada 300 metros. Es vista la víctima junto al imputado por la testigo C.A., quien lo sigue, trata de llamar la atención del niño, pero por el ruido ambiente no le escucha. Sigue el recorrido, según la testigo C.A., lo llevaba tomado de uno de los brazos. En el pasaje 3 de febrero es interceptado por E.M. cuando le consulta a la víctima, ésta le cuenta la misma historia que el imputado le dijo. Él se mantuvo ahí, señalando lo mismo. Para su sorpresa, llega el padre de la víctima, siendo en ese momento que la farsa cae. No tenía afiches para pegar. Lo que no es, es un hurto o robo de alguna especie. No es eso. Hay una distancia de 300 metros de recorrido, dos a 3 cuadras, se vio en la foto 5, esto está indicado por la víctima, de C.A. y de los demás testigos. En algún minuto se indicó que iba otro niño, que no llevaba especies. Es más, si se atiende a la lógica, si se ven las características físicas del imputado frente a la de la víctima, si hubiera querido apropiarse del scooter, lo podría haber hecho y se habría retirado de lugar. Se trajo a otra persona respecto de un hecho ocurrido el año 2020, intentando establecer el mismo modus operandi, en que se hizo una denuncia por hurto, pero esta testigo señala que el imputado le pide permiso a su casa para salir con el niño, no le pidió el celular, de 11 años. La testigo le dice que no, luego que ella dice que no, el imputado se retira, sale a comprar pero afortunadamente cerca, ve que el imputado va a su casa, vuelve a insistir que salga el niño para pegar afiches, el niño le pasa un celular y el sujeto huye con éste. No corresponde calificar el artículo 357, porque no hay consentimiento. Para encontrarse en esa hipótesis debe existir un consentimiento para que el niño se fuera con esta persona. No hay consentimiento porque todas las premisas eran falsas. Era falso que fuera profesor de fútbol, que tuviera permiso del padre, que lo conociera. Si hay voluntad del niño, es viciada, la testigo lo ve que el sujeto lo lleva tomado del brazo. El niño es inocente. No se puede pretender el mismo nivel de consciencia del imputado. La conducta que se reprocha es sacar de la esfera de resguardo de la víctima, para proteger la seguridad, tanto la libertad ambulatoria y el derecho de custodia de sus padres. La conducta sancionada va en ese sentido, lo saca de la esfera de resguardo, el padre está en la cancha de fútbol, bajo engaño, el imputado se lleva a la víctima. Manual Derecho Penal Parte Especial Matus Ramírez, respecto de la figura base, basta el dolo eventual, si la defensa indica que no se exigió algo, eso no es necesario. La defensa insiste que no se logrará acreditado lo indicado en la acusación, como hecho típico. Respecto de la seguridad de la víctima, de las posibilidades del daño que se conoció, la víctima tenía alopecia, pero estaba controlada, luego de esto se detona un daño, E.M. indica que cuando se lleva a la víctima a su automóvil, éste estalla en llanto, probablemente se dio

cuenta de lo que podía haberle pasado, es un niño de 10 años, hay vulnerabilidad, hubo engaño, se le sustrajo de la protección de sus padres. No hay opción sino condenar por el delito de sustracción de menores.

**En su réplica**, señala que el imputado afirma situaciones que están descritas en la acusación, él afirmó que era profesor, que conocía a los padres y que lo toma del brazo. A la defensa al parecer no importa que el consentimiento esté viciado. En este caso no hay consentimiento válido. Respecto del scooter, la víctima indica que iba otro niño, no había ánimo de sustraerle algo, no era necesario trasladarlo 300 metros, atenta contra la lógica y máximas de experiencia. Los casos “típicos de sustracción” con fuerza o intimidación no son los únicos casos de sustracción. La propia defensa relata los hechos del año 2020, por lo que sería un avezado delincuente.

**La parte querellante, en su alegato de apertura**, indicó que se acreditará el hecho de la acusación, el delito de sustracción de menores. Un niño de 10 años estaba en la cancha de fútbol con su padre. El padre, mirando el partido, el acusado se acerca al niño, le dice que conocía a su padre, le dice que lo había autorizado para que saliera a pegar afiches, siendo profesor de fútbol, el niño va con scooter, el niño sale de la esfera de resguardo, el mecanismo es un engaño para sacarlo de ahí, sacarlo del lugar, diciendo que conocía a su padre y que iban a pegar unos afiches y que es profesor de fútbol. En el trayecto, le dice que le va a dar la posibilidad de entrar gratis a la escuela de fútbol. Se encuentran con un familiar del niño, quien lo saluda, lo encuentra extraño, por lo que habla con el padre, se encuentran con otras personas, llega al lugar el padre, verifican que lo lleva varias cuadras al niño a otro lugar. Existen otros testigos donde el acusado había sido denunciado por el mismo tipo de delito, el año 2020. En esos hechos, no se le pudo detener, pero como fue dentro de la misma población, se supo y una de las mamás lo reconoció. Por ello, esta no era la primera vez que el acusado sustraía a un menor, por lo que en este juicio, se acreditará, más allá de toda duda razonable, la existencia del delito, con testigos presenciales, así como la víctima, quien indicará como a los 10 años sale de la custodia de su padre, por el engaño.

**En su alegato de clausura**, señala que tanto el ente persecutor como la parte querellante señalaron que se iban a proporcionar pruebas para acreditar el delito referido. Respecto del bien jurídico protegido, es la seguridad como presupuesto de la libertad, en especial, la libertad ambulatoria. El sujeto activo puede ser cualquier persona, en este caso, el acusado. Existe discusión respecto de los padres, pero en cuanto a este acusado, no cabe duda. En cuanto al sujeto pasivo, hay una víctima menor de edad, el legislador ha establecido una especie de diferencia con los menores de 10 años, pero en todo caso, se menciona el consentimiento, pero en este caso no existe, porque es viciado. Etcheverry indica que sustracción es quitar al menor de la esfera de cuidado, teniendo como primer objeto de protección su seguridad individual y su libertad ambulatoria, así como los derechos de custodia de quienes lo tienen a su cargo. En este caso, los hechos deben subsumirse en el delito de sustracción de menores. El padre señala que estaba con su hijo en la cancha, quien estaba jugando con otros niños con un scooter. La víctima K relata que bajo engaños se fue con el acusado, caminó por varios minutos, según el plano, 300 metros. Le dice que es profesor de fútbol, que

tienen que pegar unos afiches, que iban a ir a la plaza Dávila, que podía quedar jugando gratis en la escuela, poder tener un cupo gratis, le dice que es amigo del padre y que él le dio permiso. Ante estos dichos, el niño accede a ir con él. Sin estos dichos, el niño no hubiera ido. No viendo ninguna maldad en la conducta, camina con él, se encuentra con familiares, insiste en estos dichos. La testigo es presencial, vio al acusado tomarle el brazo al menor, al sujeto no lo conocía. El tío del menor también relata cómo el acusado manifiesta que conoce el padre, luego llega el padre, estaba hablando con el padre, e insiste en esta versión. Respecto del dolo, permite el dolo eventual. Considera que hay dolo directo, porque él tenía los elementos de existencia del dolo de sustraer, por dos elementos, la utilización del engaño para que el menor se fuera con él y el encuentro con dos familiares y la mantención de la mentira en todo momento, para mantener al menor en su poder. Los elementos que se han expuesto en este juicio son capaces de cumplir con las exigencias del tipo penal de sustracción de menores, no así la posible hipótesis de la defensa. Señalar que se trata de un delito contra la propiedad, en este caso, se hace imposible, un hurto, dado el porte del acusado. Por otro lado, hay elementos de prueba utilizados por la jurisprudencia, que se les ha dado, en cuanto a que el acusado había realizado actos de la misma especie, del mismo tenor que en este caso, en el año 2020. Si en ese momento se le denunció por hurto, eso no significa que de acuerdo al relato, se utilizó el mismo modus operandi. A veces los testigos de contexto nacen en el caso de delitos sexuales, que pueden estar prescritos, por ley antigua. En este caso no es un delito sexual, sino de sustracción de menores, pero que es importante el elemento de contexto. Solicita se tenga por establecido el delito de sustracción de menores.

Por su parte, **la defensa, en su alegato de apertura**, solicita absolución. Si bien, el 2 de octubre de 2022 le dice que es profesor, que lo acompañe a pegar unos afiches, a diferencia de lo que indica la fiscalía en la acusación, que dice que lo toma del brazo, obligándolo así a moverse. Refiere que existe una voluntad del menor, se distingue en el delito de abandono de menor, que distingue entre menor de 10 años y mayor de 10 años. Penalmente, la conducta de su cliente es un hecho no punible, por lo que solicita la absolución. Se discute por la parte querellante hechos que no forman parte de la acusación, no es parte de la audiencia de juicio oral, como defensa se estará atento para que se efectúen las correcciones para acotar estos temas.

**En su clausura**, insiste en la absolución de su representado, porque legalmente y penalmente, no corresponde condenarlo. Es difícil respecto de un delito de sustracción de menores, cuando se interioriza en la causa, se lo llevó, hay que condenarlo. No es un caso típico de sustracción, no es que se tome por la fuerza al menor y se lleve en un auto a otro lado. El bien jurídico protegido es la custodia de los padres, sacar al menor de la esfera de resguardo. En el caso, el padre no estaba custodiando al hijo, cuando el padre se da cuenta que no estaba su hijo, probablemente se habría devuelto a la casa, no hay extracción de la esfera de custodia en definitiva.

Refiere que en la acusación, se indica que lo toma del brazo y se lo lleva, pero la prueba indica que no fue así. El niño caminó junto al acusado, el niño se fue junto al acusado. Efectivamente algunos testigos indican que le toma la mano, pero eso no es

que el niño se fue porque le tomó la mano. Si lo que le indicó al niño era falso, el legislador no hace distinción. Existe la norma del artículo 357 del Código Penal, inducción al abandono de hogar, se sanciona cuando se afecta la situación del estado civil, cuando es por otra motivación, no es punible. En este caso en particular, son los propios testigos que dan cuenta que al parecer, a la persona del acusado le importaba que se fuera con el scooter, no era cualquier scooter, era eléctrico o de batería. Pareciera lógico pensar que lo que se pretendía era la sustracción de la especie, su representado no tiene antecedentes penales. No es la mejor forma de sustraer especies, pero todo indica que la intención de su representado era sustraer especies. El modus operandi, la denuncia del año 2020 fue por hurto, por lo que si hay ánimo que se pueda observar, es el de apropiarse de especies. No hay denuncia respecto de los otros niños que estaban con el sujeto. Elementos que permiten pensar de manera accesoria a esta idea, el poco tiempo que estuvo el menor respecto de su representado, la poca distancia respecto de la esfera de resguardo, la actitud del menor respecto de las personas que conversaron con él. El tío E.M. le dice que venga, el niño se devuelve, cruza la calle con su scooter, conversa con él, su representado, inocentemente, va con el niño, acompañándolo, sin forzarlo para llevárselo. No hay acción física de tomar y llevar al menor, hay un despliegue verbal, inventa un cuento, será un engaño, pero el legislador no exige que la inducción sea con elementos ciertos o verídicos. Lo que importa es si es penalmente sancionable. El llamado es a absolver, porque el legislador no lo establece así. Lecciones de derecho penal chileno, Politoff parte especial, página 204, que se refiere a la inducción al abandono de hogar, distingue dos situaciones, menor de 10 años, consentimiento no relevante. El consentimiento del menor excluye la tipicidad, hecho que es punible si atenta contra el estado civil.

**CUARTO:** Que, en la oportunidad procesal, el imputado **JORGE ALEJANDRO ESPINOZA MORALES** hizo uso de su derecho a guardar silencio. En sus palabras finales, indicó que él quería llevarse el scooter, por eso llevó al niño a ese lugar, le dijo que si se lo prestaba para dar una vuelta, pero en ese momento llegó su familia y le pegaron.

**QUINTO:** Que la fiscalía incorporó la prueba que se indica a continuación, la que consistió en

A.- TESTIMONIAL: De los testigos

- 1.- DANIEL ALEJANDRO AVENDAÑO TRONCOSO
- 2.- FELIPE LEANDRO NAVARRETE WALTER
- 3.- JAVIER IGNACIO CANUILLAN INOSTROZA
- 4.- C.A.A.O.
- 5.- N.P.S.R.
- 6.- K.A.C.S.
- 7.- A.E.C.S.
- 8.- M.C.A.V.
- 9.- LUIS ORTEGA VILLALOBOS
- 10.- KARLA ACEVEDO REYES

B.- DOCUMENTAL:

Consistente en el certificado de nacimiento de K.A.C.S. que registra como fecha de nacimiento el 27 de febrero de 2012, nombre del padre A.E.C.S, nombre de la madre N.P.S.R.

C.- OTROS MEDIOS DE PRUEBA: N° 2, imágenes contenidas en el informe policial N° 5070.

**SEXTO:** Que, a su turno, la parte querellante hizo suya la prueba del ente persecutor y presentó como testigo a E.H.M.S.

La defensa no presentó prueba.

**SEPTIMO:** Que, tal como se dijo al emitir la decisión, el análisis de la prueba incorporada al juicio, conforme lo establece el artículo 297 del código del ramo, esto es, con entera libertad, pero sin contradecir los principios de la lógica, las máximas de la experiencia y los conocimientos científicamente afianzados, condujo a que estos Jueces, de manera unánime, arribaran a la convicción, más allá de toda duda razonable que, el día 2 de octubre de 2022, alrededor de las 19:30 horas, en el sector de Pasaje Carelmapu con calle Club Hípico, comuna de Pedro Aguirre Cerda, JORGE ALEJANDRO ESPINOZA MORALES, afirmando ser profesor de fútbol y que conocía a sus padres, sustrajo al menor de edad de iniciales K.A.C.S.; de 10 años de edad.

**OCTAVO:** Que para arribar a esta convicción, estos Jueces atendieron en primer término al relato del afectado, **K.A.C.S.** quien declaró en síntesis el tribunal que en una oportunidad, cuando estaba jugando con su scooter en la cancha del Estadio Dávila, una persona se acercó y le dijo que lo acompañara a pegar unos afiches, y que su padre, a quien conocía, lo había autorizado, por lo que siguió a esta persona, para luego encontrarse con un tío, quien le preguntó dónde iba, señalándole esta situación, y de ahí se encontró con otro tío, que no lo dejó seguir con esta persona, indicando que no conocía al sujeto. Indicó que le dijeron que una vecina lo siguió, pero fue su tío quien no lo dejó seguir con este sujeto.

En apoyo de esta versión, compareció **C.A.A.O.**, quien señala que el día de los hechos, en octubre, al parecer el 2 de octubre de 2022, en horas de la tarde, salió a comprar con su hijo pequeño, y un vecino le dijo que un niño a quien conoce, que es hijo de una vecina y amiga, iba caminando con un sujeto desconocido. Ella ve esto, el sujeto lo iba tironeándolo, ella le grita al niño, pero al parecer él no la escucha, ya que había mucho ruido de locomoción. Al principio ella pensó que este sujeto le quería quitar el scooter que llevaba el niño, pero luego lo alcanza y le pregunta al niño quien era esta persona, el niño le dice que no lo conoce. El sujeto dice que es profesor de educación física, que hace clases de fútbol y que van a ir a pegar unos afiches para una escuela. Le dice que conoce a los padres del niño, ella no le cree, le dice al niño que no se puede ir con alguien que no conoce, luego llega el papá del niño.

A su turno, declaró **N.P.S.R.** madre de K, quien indica que un domingo, después de almuerzo, su hijo y su pareja fueron a una cancha que estaba cerca, a ver un partido de fútbol. Ella se quedó cuidando a sus otros dos hijos. Como a las 2 horas, llegó una vecina y le dijo que se habían querido llevar a su hijo, pero que ya estaba con el papá. Cuando ella fue al lugar, estaba seguridad ciudadana y carabineros. Refiere que su hijo es K, tenía a esa fecha 10 años, supo por vecinos que una vecina vio a este sujeto que

llevaba a su hijo, lo siguió, vio a un tío de su hijo, le comentó lo que pasaba, el tío llamó al niño y le dijo que no siguiera con esta persona, que se quedara con él.

Depuso en estrados asimismo **A.E.C.S.** padre de K, quien señaló respecto a los hechos que estaba en una cancha, viendo un partido de fútbol, con su hijo K, quien estaba jugando con su monopatín, y de un momento a otro desapareció. Por suerte, a los 3 o 4 minutos apareció un primo de él, quien le dijo que había visto a su hijo con un tipo extraño, dirigiéndose al norte. Le dijo que lo llevara, avanzaron una cuadra, al llegar a un minimarket, estaba su hijo con un sujeto, quien conversaba con un tío de él. Preguntó qué pasaba, el sujeto le dice que es profesor de fútbol y que estaba llevando a su hijo a pegar afiches y que como era profesor, le podía dar un cupo en la escuela de fútbol. Le pregunta quien le dio permiso para llevarse a su hijo, y esta persona le dice que conocía a su papá y que él le había dado permiso. Le pregunta si conocía a su papá y este sujeto le dice que sí. Él le dice que él es el padre y se pone agresivo con el sujeto. Luego llegó la policía y lo llevaron detenido.

Presta testimonio además **E.H.M.S.** quien refiere que es pariente de K, que estaba en un minimarket, ve a K acompañado por un sujeto, se acerca una vecina que le dice que K está con este sujeto y no lo conoce, él llama a K, éste se acerca, le pregunta qué ocurre, él le cuenta lo indicado, dice que no conoce a esta persona, el sujeto se acerca, le dice que es profesor de fútbol, que lleva a K a pegar afiches, que conoce al papá y que él le dio autorización. Luego llega el padre, quien desmiente la versión del sujeto.

En apoyo de lo anterior, declaró **DANIEL ALEJANDRO AVENDAÑO DONOSO**, Sargento Primero de Carabineros, quien indica que el 2 de octubre de 2022, estaba de servicio y como a las 20:10 recibe un comunicado del suboficial de guardia, que le refiere que en la unidad estaba una víctima que denuncia la sustracción de menor respecto de su hijo. Al llegar a la unidad, toma contacto con la testigo **C.A.**, quien les indica que ella iba saliendo de su casa cuando un vecino le dice que vio a K, el hijo de una vecina, acompañado por un sujeto desconocido, por lo que ella lo vio y le causó extrañeza, por lo que los sigue, increpa al sujeto, le pregunta quién era, él le dice que era profesor de fútbol, que iba con el niño a poner unos afiches, se acercan personas, él se puso nervioso, se lleva al niño y luego se lo entrega a sus padres. Indica que tomó conocimiento que un furgón policial llegó al lugar y se llevó a la persona a constatar lesiones, ya que estaba lesionado, por lo que fue al centro asistencial y ante la denuncia detiene a la persona. Asimismo, declaró **FELIPE LEANDRO NAVARRETE WALTER**, quien indica que el 2 de octubre de 2022, a las 19:30 horas, recibió una denuncia en la unidad policial en que se encontraba, de **C.A.** quien le indicó que vio como un sujeto se llevaba a un niño al que conocía, que era el hijo de una vecina y amiga, vio que un sujeto lo llevaba por la calle, por lo que ella lo siguió, finalmente lo alcanza, le pregunta dónde va con el niño, él le dice que es profesor y que iban a pegar unos afiches, el sujeto se pone nervioso, al final los vecinos le quitaron al niño y le pegaron. Ante la denuncia, se comunica vía radial con un carro, enviándolo al lugar, informándole el carro que efectivamente había una persona en ese lugar lesionado, además de un padre y un niño. Llevaron al sujeto a constatar lesiones y el procedimiento lo tomó personal de

población. Luego depuso en estrados **JAVIER IGNACIO CANIULLAN INOSTROZA**, quien indica que el 2 de octubre de 2022, le correspondió tomarle declaración a la madre del afectado, quien le señala que el 22 de octubre de 2022, cuando su hijo K estaba jugando en la cancha con unos amigos en calle Club Hípico con Carelmapu, se acerca un sujeto que se lo lleva, indicándole que era profesor de educación física, que conoce a sus padres y que iban a pegar afiches. Refiere que vecinos le quitaron al menor y lo retienen.

Además, declaró a este respecto **LUIS ORTEGA VILLALOBOS**, quien indicó que como funcionario del OS-9 de Carabineros, le correspondió diligenciar una instrucción particular de la fiscalía, en que se pedía tomar declaración a testigos, indicando que tomó conocimiento de la declaración de una testigo de iniciales M.V. quien indicó que cuando estaba en su domicilio, en el año 2020, llegó a su domicilio un sujeto con dos menores de edad, quien le pidió si su hijo podía salir con él a pegar unos afiches, a lo que ella se negó. Luego ella salió a comprar a un negocio cercano, y se percató que el sujeto iba en dirección a su domicilio, por lo que ella se devuelve y cuando este sujeto la ve, sale huyendo del lugar con los dos niños. Al consultarle a su hijo en el domicilio, éste le indica que el sujeto había vuelto y le había dicho que había hablado con ella y que le habían dado permiso para ir a pegar afiches. También le había solicitado un teléfono celular, el que usó para llamar a alguien, pero como el sujeto huyó cuando la vio a ella, se llevó el teléfono. Refiere que se le tomó declaración a otra testigo, de iniciales N. que era la madre de K, quien indica que su hijo salió con su padre como a una cuadra, donde está una cancha de fútbol. Refiere que a su hijo se le acercó un sujeto que le dijo que lo acompañara a pegar afiches y cuando se alejaban del lugar, fue visto en un pasaje por una testigo, la que conoce a su familia y le consulta qué hace con el niño, a lo que el sujeto le responde que conoce a la familia y que iban a pegar unos afiches. La testigo lo sigue, observa a un familiar del niño, le comenta lo que pudo ver y el familiar se acerca y retiene al niño y al sujeto hasta que llegan carabineros. Se le exhibe a este testigo fotografías que corresponden al sector de ocurrencia del hecho, en calle Club Hípico con 3 de febrero, donde se detuvo al acusado. De acuerdo a las imágenes, indica que el recorrido del menor desde la cancha sería desde la calle Carelmapu con Club Hípico, luego por esa calle hasta el pasaje 3 de febrero, indicando por una imagen que corresponde a un plano del sector, que la distancia desde la cancha hasta que fue detenido son 300 metros o 4 minutos de recorrido a pie.

Finalmente, depuso **KARLA ACEVEDO REYES**, quien refiere también que como funcionaria del OS-9 de Carabineros, le correspondió diligenciar una instrucción particular de la fiscalía sur, correspondiéndole tomar declaración a las testigos M.A.V. y N.S.R., relatando en términos similares la versión dada por el funcionario Ortega Villalobos.

En suma, el contexto espacial y temporal de los sucesos investigados y que fueron narrados vivencialmente por K, en cuanto a la dinámica de los hechos ocurridos el 2 de octubre de 2022 en el sector de calle Club Hípico con Carelmapu hasta Club Hípico con pasaje 3, en la comuna de San Joaquín, se encuentran ratificados en primer término por la testigo C.A.A.O., así como por el padre y la madre de éste, y sus versiones fueron

ratificadas por los funcionarios policiales Avendaño Donoso, Navarrete Walter, Caniullán Inostroza, Ortega Villalobos y Acevedo Reyes.

En definitiva, la consistencia, coherencia y armonía de todas las probanzas antes analizadas resultó suficiente para que estos Jueces adquirieran la convicción en el estándar que exige la ley, acerca de la efectiva ocurrencia de los hechos materia del presente juicio, en cuanto a que el día, a la hora y en el lugar indicado en la acusación, un sujeto extrajo de la esfera de custodia de su padre a un menor de 18 años, siendo sorprendido en un lugar diverso con el niño, habiendo engañado al afectado para que lo siguiera, con presupuestos falsos, en cuanto a que conocía a su padre y había sido autorizado por éste para realizar una actividad.

**NOVENO:** Que tal como se comunicó en el veredicto, los hechos así establecidos se encuadra en la figuras que describe el **artículo 142 del Código Penal, esto es, el delito de sustracción de menor.**

Que el delito de sustracción de menor, si bien no se encuentra definido en el Código, se ha conceptualizado como el apartar al menor de la esfera de cuidado y vigilancia en que se encuentra, de manera permanente, transitoria o accidentalmente, siendo la custodia una situación de hecho o de derecho (padres o maestros, niñeras, etcétera.)

En este caso, la separación de afectado K respecto de la custodia o vigilancia de su padre se establece mediante su propio relato, quien indica que cuando estaba con su padre en el estadio, su padre viendo un partido y él jugando con el scooter, se acercó un sujeto que le dijo que conocía a su padre y que éste lo había autorizado para que lo acompañara a pegar afiches para una escuela de fútbol, siendo él un profesor en la escuela, por lo que le iba a dar pase gratis. Dicha declaración es conforme a lo referido por los testigos C.A., el padre de K y el testigo E.H.M.S., ya que la primera, al increpar a este sujeto, le refiere que él es profesor de una escuela de fútbol y que estaba autorizado por el padre para que el menor lo acompañara a pegar afiches, así como del propio padre, quien le consulta a este sujeto, el que le refiere que conocía al padre del menor y que éste lo había autorizado. El tercer testigo llama a K y le pregunta para donde va, quien le relata lo anterior, indicándole que no puede continuar con esta persona, para luego llegar el padre de K, manteniendo el sujeto la versión de que lo llevaba con autorización del padre y que lo conocía.

Esto se refrenda con la declaración de la madre de K, quien señala que le informaron que su hijo había sido intentado llevar a otro sitio por un sujeto, pero que esto lo habían observado vecinos, que le informaron al papá y a familiares, que le quitaron a su hijo, señalando este sujeto que era profesor y que había sido autorizado por los padres, no conociendo al sujeto.

En cuanto al consentimiento, la ley no hace referencia alguna a esta circunstancia. Por una interpretación sistemática del Código, en relación con el artículo 357, si hubiere existido consentimiento respecto del menor -pero mayor de 10 años - a abandonar el hogar de sus padres, se aplicaría dicha norma, lo que no ocurre en este caso, dado que el menor presta su consentimiento para separarse accidentalmente de la custodia o vigilancia de su padre, mediante la utilización de un medio comisivo, que es

el engaño, por lo que en todo caso, **dicho consentimiento se encuentra viciado**, señalando en definitiva la doctrina que en cualquier otro caso de consentimiento, igualmente se configura el delito de sustracción de menores.

Así, en la publicación del profesor Javier Escobar, titulada “Faz Objetiva del delito de sustracción de menores”, en Política Criminal Volumen 10, N° 20 (Diciembre de 2015) Art. 2, pp. 468-497, trata respecto de las condiciones o requisitos que debe reunir el engaño para que constituya la acción típica de la sustracción de menores, señalando que este engaño debe recaer y afectar la circunstancia de estar abandonando la esfera de resguardo, elemento que le otorga la identidad a la acción de sustracción. Así, si producto del engaño, el menor no tiene conciencia de estar abandonando su esfera de custodia, estaremos ante una acción típica de sustracción de menores. **“A modo de ejemplo, si el autor le dice que viene por instrucciones de su padre, y que debe irse con él, habrá sustracción de menores y no inducción al abandono del hogar, ya que el menor no sabe que está abandonando su esfera de resguardo. Éste cree precisamente lo contrario, que yéndose con este tercero, se mantendrá en ella”.**

No habrá sustracción de menores, en cambio, cuando el menor comprenda que está abandonando su esfera de resguardo, aun cuando lo haga motivado por consideraciones equivocadas, desventajosas o basadas en mentiras. En este caso podrá existir un delito de inducción al abandono de hogar.

**DECIMO: EN CUANTO A LA PARTICIPACION:** Que la participación del acusado **JORGE ALEJANDRO ESPINOZA MORALES**, en calidad de autor, se estableció mediante la declaración de los testigos C.A.A.O., N.P.S.R. y A.E.C.S. quienes reconocen en audiencia al acusado como la persona que se estaba llevando a K. desde la cancha, que fue seguido por C.A y que enfrentado a A.C. le dijo que había sido autorizado por el padre para que lo acompañara a pegar afiches, en circunstancias que este testigo era el padre y no lo había visto nunca antes.

Tales declaraciones se encuentran ratificadas por los funcionarios policiales Avendaño Donoso, Navarrete Walter y Caniullán Inostroza, así como de Ortega Villalobos y Acevedo Reyes.

**DECIMO PRIMERO:** Alegaciones de la defensa.

Que la defensa del acusado solicitó su absolucón, por cuanto, en primer término, el afectado no habría abandonado la esfera de custodia de su padre, dado que su padre perdió de vista a su hijo, ya que él estaba viendo un partido de fútbol y su hijo estaba jugando con su scooter, por lo que no habría estado vigilándolo, lo que permitió que el acusado llevara al niño, por lo que no se configura la extracción propiamente tal.

Tal razonamiento es contrario a las normas de la lógica y a las máximas de experiencia, por cuanto la esfera de custodia de un menor no puede asimilarse a la esfera de custodia de objetos, no existiendo un deber de estar permanentemente observando directamente al menor para cumplir con dicha custodia, o que si deja de hacerse, la custodia deja de existir. En suma, de acuerdo a las máximas de experiencia y a la natural autonomía progresiva de los menores, existe una gradualidad en la atención que se le profesa al menor en consideración a su edad y las circunstancias del evento,

dado que en definitiva el niño no sale solo de la casa, su padre estaba en las cercanías y el acusado es quien realiza acciones tendientes a apartar al menor del lugar en que se encontraba, junto con su padre, lo que define la sustracción.

De acuerdo a la acusación, la parte de que “lo toma del brazo”, aquello fue observado por C.A.A.O. y E.H.M. sin perjuicio de no haberse establecido que haya sido “obligado”.

Respecto a que el legislador no hace distinción respecto a lo que el acusado le indicó al niño para que se fuera, si bien no lo hace en el artículo 142, sí en los artículos del Código Civil relativos a los vicios del consentimiento, siendo además normas de lógica, por cuanto un consentimiento basado en hechos verídicos no puede ser homologado a uno adquirido mediante hechos falsos, todo ello sin perjuicio de lo indicado previamente respecto al consentimiento.

En cuanto al modus operandi, en que la defensa refiere que por lógica se habría pretendido la sustracción de la especie, no puede concluirse de esa manera, dado que de acuerdo a la declaración de M.C. en el año 2020 la solicitud del acusado fue que autorizara al niño a salir a pegar afiches, misma versión dada respecto de estos hechos, ignorando el acusado en el primer caso que el niño mantuviera en su poder algún objeto de valor, siendo por ello circunstancial la sustracción del teléfono celular, ya que el sujeto huye al ver el regreso de la madre del niño, quien providencialmente había vuelto al departamento a buscar sus llaves, y en el segundo caso, la solicitud fue que lo acompañara. En todo caso, de ser eventualmente efectiva la intención de sustraer especies, habría utilizado como medio comisivo la acción de extraer al menor de la esfera de custodia de sus padres, por lo que el delito de sustracción de menores sería el delito medio para la sustracción de especies, consumada en el primer caso y en grado de tentativa o frustrado, en el segundo.

Respecto de la doctrina que indica, aquella es minoritaria y la jurisprudencia de la Corte de Apelaciones de La Serena corresponde a una sentencia del año 1932, fecha desde la cual se han introducido diversas reformas al articulado, que permiten establecer una diferenciación entre el delito de sustracción de menores y el de inducción al abandono de hogar, observándose que el consentimiento del menor -mayor de 10 años- puede hacer distinguir entre ambos ilícitos, pero sólo cuando existe un consentimiento válido y manifiesto del menor por abandonar a sus custodios.

Que con lo manifestado en las motivaciones que anteceden, estos Jueces se han hecho cargo de las alegaciones y planteamientos de los intervinientes.

**DECIMO SEGUNDO:** Que en la oportunidad prescrita por el artículo 343 del código del ramo, la fiscalía incorporó el **extracto de filiación del acusado**, que no presenta antecedentes pretéritos.

Refiere que solicita la pena de doce años de presidio mayor en su grado medio, en atención a la extensión del mal causado, a lo que se adhiere la parte querellante.

La defensa solicita que se aplique la atenuante de irreprochable conducta anterior, dado que su representado no cuenta con antecedentes. En ente persecutor y la parte querellante no se oponen.

El tribunal estima concurrente la atenuante solicitada por la defensa, dado que no tiene una condena anterior, de lo que resulta de su extracto de filiación y antecedentes.

Asimismo, requiere la concurrencia de la atenuante de colaboración sustancial al esclarecimiento de los hechos, dado que su representado declaró en la etapa de investigación, ante el fiscal. Para lo anterior, reproduce partes de la declaración de su representado, en que se escucha que se llevó al niño para quitarle el scooter, se lo pidió para dar una vuelta, pero llegaron los familiares y le pegaron.

El ente persecutor y la parte querellante se oponen a la concurrencia de esta atenuante, en atención a que respecto a los hechos propiamente tales, esto es, a la sustracción del menor de la esfera de custodia de sus padres, no aportó ningún elemento esencial distinto a aquel incorporado por su prueba, no siendo sustancial su declaración, no habiendo prestado declaración en juicio, sino habiendo sólo esbozado esta teoría en sus palabras finales.

El tribunal desestima la configuración de esta atenuante, por cuanto en efecto, si bien declara en etapa de investigación, tal elemento no versa sobre el objeto de la acusación principal, que es la sustracción, no refiriéndose en la declaración respecto a la acción de extraer al menor de la esfera de protección de sus padres, sino indicando un móvil de eventual sustracción, por lo que en definitiva no se observa una sustancialidad suficiente en la declaración del acusado para tener por configurada esta atenuante.

**DECIMO TERCERO:** Que el delito de sustracción de menor se encuentra sancionado con la pena de presidio mayor en su grado medio a máximo.

Considerando que al acusado le beneficia una atenuante y no le afectan agravantes, el tribunal, al regular la pena, no aplicará el grado máximo de la misma.

En cuanto al quantum de la pena, el tribunal lo determinará de acuerdo a la extensión del mal causado, dispuesto en el artículo 69 del Código Penal, haciendo presente que si bien existe la circunstancia indicada por el afectado, por la madre y el padre de éste, quienes indicaron que a raíz de esta situación, se le produjo un rebrote de una enfermedad que le provocó alopecia, también es efectivo que el daño directamente causado por el hecho, esto es, la amenaza al bien jurídico protegido de seguridad personal y libertad ambulatoria del menor, fue generada en un tiempo breve (4 minutos según la imagen incorporada por el ente persecutor y exhibida al funcionario Ortega Villalobos) y que el acusado y el menor se desplazaron una distancia acotada (300 metros).

**DECIMO CUARTO:** Que por no reunirse los requisitos que establece la ley 18.216, el acusado deberá cumplir de manera efectiva la pena privativa de libertad que se revelará en lo resolutivo, sirviéndole de abono el tiempo que ha permanecido privado de libertad por esta causa, desde el 2 de octubre de 2022, según da cuenta el auto de apertura de juicio oral.

**DECIMO QUINTO:** Que se eximirá del pago de las costas al acusado, por haber sido representado por la defensoría penal pública y encontrarse ininterrumpidamente

privado de libertad por estos hechos, atento lo dispuesto en el artículo 593 y 600 del Código Orgánico de Tribunales.

Por estas consideraciones y lo dispuesto en los artículos 1, 11 N° 6, 14, 15 N° 1, 28, 29, 50, 67, 69, 141 y 397 N° 1, todos del Código Penal y artículos 47, 59, 60, 261, 295, 296, 297, 340, 341, 343 y 348 del Código Procesal Penal, se declara:

I.- Que se condena a **JORGE ALEJANDRO ESPINOZA MORALES**, ya individualizado, a la pena de **DIEZ AÑOS Y UN DIA DE PRESIDIO MAYOR EN SU GRADO MEDIO**, y a las accesorias de inhabilitación absoluta perpetua para cargos y oficios públicos y derechos políticos e inhabilitación absoluta para profesiones titulares mientras dure la condena, en su calidad de autor del delito de sustracción de menores, hecho perpetrado el 2 de octubre de 2022 en la comuna de San Joaquín.

II.- Que no concurriendo los requisitos de la ley 18.216, el sentenciado deberá cumplir de manera efectiva la pena privativa de libertad que le ha sido impuesta, sirviéndole de abono el tiempo que ha permanecido privado de libertad por esta causa, en forma ininterrumpida, desde el 2 de octubre de 2022.

III.- Que se exime al sentenciado del pago de las costas de la causa.

Notifíquese, regístrese y en su oportunidad, archívese.

Devuélvase a la fiscalía los antecedentes acompañados al juicio y, cuando sea procedente, remítase la presente sentencia al Juzgado de Garantía que corresponda para la ejecución de lo ordenado y para que se cumpla, además, con lo prescrito por el artículo 17 de la Ley 19.970 y en el artículo 17 de la Ley 18.556, modificado por la ley 20.568 de 31 de enero de 2011.

Sentencia redactada por el Magistrado don José Manuel Rodríguez Guerra.

RUC N° 2200967452-0

RIT N° 336-2024

Pronunciada por los Jueces doña Karen Garrido Saldías, don José Rodríguez Guerra y doña Javiera López Ossandón.