



Defensoría
Sin defensa no hay Justicia

DEPARTAMENTO DE ESTUDIOS

Comentarios a fallos relevantes en materia de defensa penal de imputados de pueblos originarios. Algunos aspectos para la mejor aplicación del Modelo de Defensa Penal.

Informe de análisis jurisprudencial N° 1/ 2012/ Febrero

Consulte sobre este documento a:
estudios@defensoriapenal.cl

Contenido

Introducción.....	3
I. Determinación de la Calidad de Indígena	3
II. Convenio 169 y Ley VIF.....	7
III. Derecho a la Libertad y Seguridad Individual.....	10
IV. Criterios Generales para la interpretación del Convenio 169 OIT	12
IV.1. Criterios para la aplicación de la costumbre indígena, derecho penal y procesal penal.....	12
IV.1.1. Estatus de las normas del Convenio 169 OIT	12
IV.1.2. Acuerdos Reparatorios como aplicación de penas o sanciones.....	13
IV.1.3. Acuerdos Reparatorios como forma de resolver conflictos.....	15
IV.1.4. Conflictos de derechos, Convenio 169 y Ley VIF.....	16
IV.1.5. Como sortear las dificultades del art. 19 de la ley VIF	17
IV.1.6. La necesidad de considerar la costumbre indígena.....	18
IV.1.7. Límite de la costumbre son los derechos fundamentales	18
IV.1.8. Otras argumentaciones importantes:	19
V. Texto completo de las sentencias.....	21
SENTENCIA 1	21
SENTENCIA 2	22
SENTENCIA 3	26
SENTENCIA 4	26
SENTENCIA 5	28

Introducción

El siguiente trabajo tiene por objetivo comentar recientes sentencias de la Corte Suprema y la Corte de Apelaciones de Temuco, puesto que entregan criterios prácticos sobre cómo identificar al imputado indígena, como probar algunas de sus costumbres tradicionales, la jerarquía del Convenio 169 dentro del derecho interno chileno, la relación entre el acceso a la justicia “tradicional” y las normas internas sobre violencia intrafamiliar, como entender el derecho a la libertad personal y seguridad individual, entre otros aspectos. Ciertamente, este trabajo pretende exponer algunas argumentaciones útiles y prácticas para la defensa, al momento de hacer valer la exigibilidad del contenido del Convenio 169 y los derechos que al imputado indígena le asisten durante el curso del proceso penal, pero siempre teniendo a la vista el objetivo de mejorar la prestación de defensa penal.

Tanto los criterios entregados por las cortes como las argumentaciones desarrolladas en este trabajo contribuyen a la mejor ejecución del Modelo de Defensa Penal para Imputados Indígenas, porque demuestran cómo hacer valer en la práctica la identidad indígena en el proceso penal y la importancia que esto tiene para evaluar adecuadamente la responsabilidad penal del imputado indígena, porque hoy tanto para evaluar como para establecer la responsabilidad penal se debe considerar la cosmovisión y cultura de los pueblos originarios¹. Como ya puede anticiparse, la necesidad de considerar el derecho consuetudinario durante el proceso penal se debe a la ya no tan reciente incorporación, al ordenamiento jurídico chileno, del Convenio 169 de la OIT.

Antes de entrar en el contenido de este trabajo, cabe subrayar que estas causas que, indudablemente para el Modelo de Defensa Penal de Imputados Indígenas son causas indígenas y que requieren la aplicación de defensa especializada, en principio no están circunscritas espacialmente a la región de la Araucanía: lo que es correcto para indígenas de una comunidad en la Araucanía debería serlo para Bio-Bio y el resto de las regiones del país. Pero además, debe notarse que esta conclusión también es aplicable para zonas urbanas en que existan imputados indígenas, obviamente y siempre que para la correcta evaluación de la responsabilidad penal del imputado sea necesario considerar la pertenencia del imputado a un pueblo originario y su cosmovisión, es decir, siempre que su identidad indígena pueda tener alguna incidencia en cómo se evalúa su responsabilidad penal (nótese que en la identificación de estos casos los criterios de causa indígena tienen un rol decisivo), tal como se deja entrever en el art. 8° 1 del Convenio.

I. Determinación de la Calidad de Indígena

La **Sentencia 4**² (confirmatoria de la **Sentencia 3**) fue fallada por la Corte Suprema con fecha 04.01.2012, al conocer de un recurso de queja interpuesto por el Ministerio Público. Este recurso de queja tenía por objetivo anular un fallo de la Corte de Apelaciones de Temuco que había confirmado un sobreseimiento definitivo decretado por el Juez de Garantía, sobre la base de la aprobación de un acuerdo reparatorio en un proceso por lesiones menos graves en contexto VIF. Este acuerdo reparatorio en VIF ha sido el producto de la labor de la defensoría Mapuche en la región de la Araucanía, en particular, de los esfuerzos de María Salamanca Huenchullán por incorporar la costumbre Mapuche al proceso penal.

¹ Art. I. 2 Convenio 169 de la OIT: *La conciencia de su identidad indígena o tribal deberá considerarse un criterio fundamental para determinar los grupos a los que se aplican las disposiciones del presente Convenio.*

² Así se denominará **-Sentencia 4-** en lo que sigue la sentencia de la Corte Suprema de fecha 04.01.2012 que confirmó la sentencia de la Corte de Apelaciones Temuco rol 944-2011 (y que aprobó un acuerdo reparatorio en VIF), esta última sentencia en lo que sigue se le denominará **Sentencia 3**. Para leer el texto de la resolución del Tribunal de Garantía, la apelación del Ministerio Público y el recurso de queja presentado por el órgano persecutor, véase el documento adjunto a este correo denominado “Antecedentes caso AR en VIF”.

Uno de los aspectos más importantes que se discutió y resolvió en la **Sentencia 4** fue la determinación de la calidad indígena, esto es, cómo puede probarse que un sujeto pertenece a un pueblo originario. El Tribunal de Garantía consideró, al aprobar el acuerdo reparatorio, que víctima e imputado eran indígenas, lo que el Ministerio Público cuestionó a través de la interposición de un recurso de apelación. Lo que el Ministerio Público cuestionaba en este aspecto de la sentencia era la validez de concluir la pertenencia de un imputado a un pueblo originario sin ningún tipo de prueba: según el Ministerio Público la prueba era necesaria para acreditar que el imputado era indígena, sin ella no podía probarse la calidad de indígena y por lo tanto el fallo se encontraba mal fundamentado (este también constituyó con posterioridad uno de los motivos de la interposición del recurso de queja). La interpretación del Ministerio Público fue rechazada por la Corte de Apelaciones de Temuco y luego por la Corte Suprema, más o menos sobre la base de los mismos fundamentos. Estos son los siguientes:

- Como ya se expuso brevemente, el Ministerio Público discutía que no había sido acreditada la pertenencia del imputado a un pueblo originario (criterios 1 a 5 de la ficha de primera entrevista y del Modelo), a lo que la Corte Suprema afirmó que la ley 19.253 en su artículo 2 señala que al respecto basta con que se tenga UN apellido perteneciente a un pueblo originario. Si bien la Corte Suprema no lo menciona, el artículo 2³ de la ley 19.253 debe relacionarse con el art. 12⁴ del

³ Artículo 2 de la ley 19.253:

Se considerarán indígenas para los efectos de esta ley, las personas de nacionalidad chilena que se encuentren en los siguientes casos:

a) Los que sean hijos de padre o madre indígena, cualquiera sea la naturaleza de su filiación, inclusive la adoptiva;

Se entenderá por hijos de padre o madre indígena a quienes descendan de habitantes originarios de las tierras identificadas en el artículo 12, números 1 y 2.

b) Los descendientes de las etnias indígenas que habitan el territorio nacional, siempre que posean a lo menos un apellido indígena;

Un apellido no indígena será considerado indígena, para los efectos de esta ley, si se acredita su procedencia indígena por tres generaciones, y

c) Los que mantengan rasgos culturales de alguna etnia indígena, entendiéndose por tales la práctica de formas de vida, costumbres o religión de estas etnias de un modo habitual o cuyo cónyuge sea indígena. En estos casos, será necesario, además, que se autoidentifiquen como indígenas.

⁴ Artículo 12 de la ley 19.253:

Son tierras indígenas:

1° Aquellas que las personas o comunidades indígenas actualmente ocupan en propiedad o posesión provenientes de los siguientes títulos:

a) Títulos de comisario de acuerdo a la ley de 10 de junio de 1823.

b) Títulos de merced de conformidad a las leyes de 4 de diciembre de 1866; de 4 de agosto de 1874, y de 20 de enero de 1883.

c) Cesiones gratuitas de dominio efectuadas conforme a la ley N° 4.169, de 1927; ley N° 4.802, de 1930; decreto supremo N° 4.111, de 1931; ley N° 14.511, de 1961, y ley N° 17.729, de 1972, y sus modificaciones posteriores.

d) Otras formas que el Estado ha usado para ceder, regularizar, entregar o asignar tierras a indígenas, tales como, la ley N° 16.436, de 1966; decreto ley N° 1.939, de 1977, y decreto ley N° 2.695, de 1979, y

e) Aquellas que los beneficiarios indígenas de las leyes N° 15.020, de 1962, y N° 16.640, de 1967, ubicadas en las Regiones VIII, IX y X, inscriban en el Registro de Tierras Indígenas, y que constituyan agrupaciones indígenas homogéneas lo que será calificado por la Corporación.

2° Aquellas que históricamente han ocupado y poseen las personas o comunidades mapuches, aimaras, rapa nui o pascuenses, atacameñas, quechuas, collas, kawashkar y yámana, siempre que sus derechos sean inscritos en el Registro de Tierras Indígenas que crea esta ley, a solicitud de las respectivas comunidades o indígenas titulares de la propiedad.

3° Aquellas que, proviniendo de los títulos y modos referidos en los números precedentes, se declaren a futuro pertenecientes en propiedad a personas o comunidades indígenas por los Tribunales de Justicia.

4° Aquellas que indígenas o sus comunidades reciban a título gratuito del Estado.

La propiedad de las tierras indígenas a que se refiere este artículo, tendrá como titulares a las personas naturales indígenas o a la comunidad indígena definida por esta ley.

mismo cuerpo legal, y ambos deben entenderse complementados por el art. 1⁵ del Convenio 169 OIT. Esta complementación es importante para poder establecer correctamente quienes pueden ser considerados como miembros de un pueblo originario.

- Otro punto importante del fallo de la Corte Suprema es que tampoco considera necesario demostrar a través de pruebas que los Mapuche, de acuerdo a su derecho consuetudinario, resuelven sus conflictos a través de la “negociación” o acuerdos particulares, y que este hecho es “público y notorio”, haciendo suya la interpretación que la Corte de Apelaciones Temuco hace al respecto. Es posible extrapolar esta conclusión al resto de los pueblos originarios en la medida que los hechos sean “públicos y notorios”, lo que naturalmente facilita los aspectos probatorios para la defensa, y por ende, la posibilidad de aplicar el Convenio 169 de la OIT.

Argumentaciones para la defensa en conformidad con la Sentencia 4:

- (1) La prueba de que se trata efectivamente de personas indígenas no reviste mayor conflicto, porque efectivamente el artículo 2 de la Ley N° 19.253 señala que el hecho de tener apellido indígena determina su condición de tales, de manera que el sólo hecho de haber acreditado sus identidades en la audiencia de juicio simplificado y acuerdo reparatorio, es suficiente para tenerlo por acreditado y para hacer aplicables la misma ley y el Convenio **(RLV)**
- (2) Adicionalmente a lo que menciona Rodrigo, el art. 3 de la ley 19.253 menciona que se “podrá” acreditar la calidad indígena a través de un certificado, o lo que es lo mismo, la ley utiliza una directiva no constitutiva de una “obligación” sino de una “permisión”. Ya que la ley dispone que la calidad de indígena “puede” probarse de acuerdo a una determinada forma (un certificado expedido por CONADI), es lícito concluir que pueden existir otras formas de probar el mismo hecho porque la misma ley lo admite. Si la ley hubiera querido no admitir como medio probatorio más que el certificado de CONADI, el legislador habría utilizado un término denotativo de una “obligación”, pero este no es el caso. La conclusión relativa a la libertad de prueba –método, por lo demás, coherente con el sistema general de valoración de la prueba del Código Procesal Penal- es muy importante, porque una forma posible para acreditar la pertenencia es demostrar que el imputado pertenece a una comunidad indígena, porque si el imputado pertenece a una comunidad indígena es lícito inferir que el también es indígena. Esto si bien no fue objeto de análisis por la Corte de apelaciones de Temuco ni por la Corte Suprema, constituye un argumento que pudo haberse utilizado, sobre todo en el caso que dio lugar a la queja, porque en este el mismo Ministerio Público es el que en su requerimiento expresa lo siguiente “... el imputado llegó hasta el domicilio de su grupo familiar ubicado en el sector Central Alhuenco, *Comunidad Juan de Dios Colihuinca...*”, es decir, el mismo Ministerio Público reconoce que el imputado pertenece a una Comunidad Indígena, por lo tanto, acepta y considera probado implícitamente que el imputado, por ser parte de dicha comunidad, es indígena. **(JMF)**

La propiedad de las tierras indígenas a que se refiere este artículo, tendrá como titulares a las personas naturales indígenas o a la comunidad indígena definida por esta ley. Las tierras indígenas estarán exentas del pago de contribuciones territoriales.

⁵ Artículo I. 1 del Convenio 169 de la OIT.

El presente Convenio se aplica:

- a) a los pueblos tribales en países independientes, cuyas condiciones sociales, culturales y económicas les distinguen de otros sectores de la colectividad nacional, y que estén regidos total o parcialmente por sus propias costumbres o tradiciones o por una legislación especial;
- b) a los pueblos en países independientes, considerados indígenas por el hecho de descender de poblaciones que habitaban en el país o en una región geográfica a la que pertenece el país en la época de la conquista o la colonización o del establecimiento de las actuales fronteras estatales y que, cualquiera que sea su situación jurídica, conservan todas sus propias instituciones sociales, económicas, culturales y políticas, o parte de ellas.

- (3) La fundamentación de la Corte de Apelaciones de Temuco y de la Corte Suprema para la determinación de si una persona es o no indígena, puede parecer débil pensando en su aplicación al caso de los indígenas urbanos, pero esto es un error. El error puede ser inducido porque a primera vista la Corte de Apelaciones de Temuco y la Corte Suprema sólo están interesadas en determinar la calidad de indígena, pero en realidad implícitamente están acreditando que víctima e imputado no sólo tienen apellidos indígenas, sino que además rigen sus comportamientos de acuerdo a su costumbre y cosmovisión originaria, en conformidad al art. 1 del Convenio 169 de la OIT, por lo tanto, necesariamente debe considerarse sus particularidades al momento de aplicar disposiciones de derecho procesal penal –esto por lo demás, es una exigencia de derecho constitucional fundada en el principio de igualdad de trato, véase con mayor profundidad PARTE I, Capítulo 1, sección 1.1 del Modelo de Defensa Penal para Imputados Indígenas. Independientemente del tipo de procedimiento legal que concurra, el Convenio es directamente aplicable al caso del imputado indígena siempre que “*La conciencia de su identidad indígena o tribal deberá considerarse un criterio fundamental para determinar los grupos a los que se aplican las disposiciones del presente Convenio.*” (artículo 1 n° 2), por lo mismo, no interesa si el indígena vive en una comunidad o si vive en una ciudad, lo decisivo para hacer aplicable el Convenio en el proceso penal es determinar si la identidad indígena tiene alguna incidencia en cómo se evalúa la responsabilidad penal del imputado, y en el establecimiento de este hecho los criterios de causa indígena previstos por el Modelo son decisivos. En este caso fallado por la Corte Suprema, la identidad indígena de víctima e imputado exigía recurrir a mecanismos procesales que coincidían con sus costumbres amparadas por el Convenio 169, porque esta era la forma correcta de evaluar su responsabilidad penal. **(JMF)**
- (4) Por último, no parece ser coherente ni con la interpretación que aquí se desarrolla ni con la sentencia de la Corte Suprema, una comprensión demasiado apegada al texto del art. 2 de la ley 19.253, puesto que ello podría redundar en una exclusión de la calidad de indígenas para ciertos imputados, resultado que no está en conformidad al Convenio 169 de la OIT. En efecto, el art. 2 establece que se consideran indígenas “... *para los efectos de esta ley, las personas de nacionalidad chilena...*”, si esto es correcto, entonces en principio los extranjeros no pueden ser considerados como indígenas para los *efectos de esta ley*. Naturalmente, después de la promulgación del Convenio 169 y su incorporación al ordenamiento jurídico chileno, la definición del art. 2 debe ser considerada jurídicamente demasiado estricta y por ende necesitada de complementación, porque el Convenio 169 en su artículo 1 no restringe el reconocimiento de esta calidad a quienes tienen cierta nacionalidad, sino que establece que se considerarán indígenas a quienes cumplan con lo dispuesto en los artículos 1 n° 1 letra a) y b) y 2. Estos preceptos ordenan calificar como indígena siempre que: (I) se trate de individuos pertenecientes a pueblos originarios que rigen su vida de acuerdo a sus costumbres –en forma total o parcial-; (II) o de individuos que descenden de las poblaciones que habitaban en el país o una región de dicho país al tiempo de la conquista europea (esto confirma la irrelevancia de la nacionalidad, lo importante es que residían en los territorios geográficos de los países actuales al momento de la conquista), y que conservan sus costumbres e instituciones –total o parcialmente-; (III), siempre que aquellos que se encuentren en los casos (I) o (II), tengan “... *conciencia de su identidad indígena...*”. Cumpliéndose estas condiciones (I) o (II), y (III), el individuo debe ser considerado indígena, independientemente de que tenga o no nacionalidad chilena. En conclusión, los mismos argumentos pueden ser aplicados a los casos de indígenas no chilenos, pues ni el Convenio 169 ni el art. 5 de la CPR distinguen al respecto⁶ –véase más para el caso de los indígenas extranjeros la sección **IV.1.8** de este documento. **(JMF)**

⁶ Reforzar este argumento y subrayar los problemas que pueden provocarse a consecuencia de una interpretación muy estricta de la ley 19.253, fue una idea aportada por la facilitadora Andrea Mamani Ape, durante la elaboración de este texto.

II. Convenio 169 y Ley VIF

En recientes fallos la Corte Suprema ha rechazado recursos de queja interpuestos por el Ministerio Público contra resoluciones de la Corte de Apelaciones de Temuco, en base a haber aceptado la validez de los acuerdos Reparatorios en materia VIF⁷, entre ellos, como se acaba de ver, destaca la **Sentencia 4** y el voto disidente.

Argumentaciones para la defensa en conformidad con la Sentencia 4:

- En la **Sentencia 4** la Corte Suprema no se pronuncia directamente sobre el estatus del Convenio 169 –esto es su jerarquía al interior del ordenamiento jurídico chileno-, sino que en principio sólo afirma que no es constitutivo de “queja” la interpretación jurídica que ha realizado la Corte de apelaciones de Temuco. En todo caso, implícitamente la Corte Suprema sostiene que el Convenio 169 –ver en este trabajo sección IV.1.1- establece derechos fundamentales, de lo contrario, si este tratado internacional no pudiera ser fuente de derechos fundamentales en el sentido del art. 5 de la CPR, entonces la Corte seguramente habría considerado la queja procedente. La única interpretación coherente con la decisión de la sentencia de la Corte Suprema es una que asuma, al menos, que el Convenio 169 de la OIT es fuente de derechos fundamentales y que por ende deben ser respetados por las normas jurídicas de rango inferior, lo que incluye naturalmente las normas legales⁸. A favor de esta tesis véanse los argumentos de la sección IV de este documento.
- Los votos disidentes razonan, a primera vista, en el mismo sentido de lo que se expresa en la nota al pie n° 8, esto es, que las cuestiones de interpretación no pueden ser constitutivas de abuso siempre que la “ley” esté correctamente aplicada al caso, no obstante esto sólo es una impresión. Los votos disidentes consideran que “donde la ley es clara” no hay labor interpretativa que realizar, que no existen dudas sobre lo dispuesto en el art. 19 de la ley 20.066 y el art. 9 del Convenio 169 OIT, por lo tanto el juez no pudo no aplicar el artículo 19 de la ley 20.066. Pero esto es un error, primero porque lo realmente importante no es si hay o no disposiciones del ordenamiento “claras” porque toda disposición del ordenamiento jurídico requiere de una interpretación para ser aplicada, incluso cuando las normas son claras pueden devenir en difusas dependiendo del contexto sistemático de la disposición. Segundo, porque lo que realmente interesa

⁷ La **Sentencia 4** no es la única, también se ha dictado recientemente por la Corte Suprema y con fecha 25.01.2012, rol N° 592-12, sala de verano.

⁸ La fundamentación de la sentencia apunta precisamente en esta dirección, en efecto la Corte indica que no cabe hacer uso de la vía disciplinaria basada en una grave falta o abuso cuando la interposición del recurso se basa en “...una determinada interpretación jurídica, puesto que la simple circunstancia de no compartirse los razonamientos de los jueces no puede en ningún caso conformar una falta o abuso, siempre que se hayan señalado los motivos o razones por los cuales se ha concluido de una u otra forma, que es lo que ha ocurrido en la especie.”. Pero una interpretación jurídica también puede ser constitutiva de falta o abuso, el que no lo sea sólo puede explicarse en algo más que el hecho que el actor no “comparta el razonamiento del juez”: lo que justifica la inexistencia de falta o abuso es precisamente una correcta aplicación de la ley –o normas jurídicas en general- al caso. Si hay una correcta aplicación de la ley al caso entonces el “no compartir las razones” no puede justificar constar una falta o abuso. Para la corte es demostrativo de la correcta aplicación de la ley el hecho de que el juez haya fundado su resolución, pero debe insistirse en que esto tampoco es lo decisivo, lo importante es que la ley haya sido aplicada correctamente, pues sólo en este caso las “razones” de la sentencia se encuentran en conformidad con las habilitaciones generales que el sistema jurídico concede al juez para decidir un caso y fundamentar su decisión.

Para efectos de la queja, una vez demostrada la incorrecta aplicación del derecho, queda por constatar si existe algún otro requerimiento para su procedencia. Pareciera que adicionalmente se requiere presente en el fallo alguna forma de “intencionalidad” del juez en la errónea aplicación del derecho, una especie de “aplicación equivocada y maliciosa” del derecho, precisamente para excluir de la queja aquellos casos en que quizás la incorrecta aplicación del derecho fue no-intencional y que por ende no es merecedora de una sanción por la vía de este recurso/acción. Del análisis del fallo puede concluirse que no se cumplió la condición de “intencionalidad”, por lo tanto, lo único cuestionable podría haber sido la incorrecta aplicación del derecho –tesis del Ministerio Público-, pero la Corte Suprema dejó en claro que la interpretación que sostuvo la Corte de Apelaciones de Temuco fue correcta, y que por lo tanto aplicó correctamente el derecho al decidir el caso.

es saber si el juez aplicó correctamente el derecho o no –véase las otras exigencias de la queja en la nota al pie n° 8-, y desde este punto de vista efectivamente hay razones para considerar que hay una correcta interpretación del derecho, tal como se desarrolla en el párrafo precedente, por lo tanto no es efectivo lo manifestado por el voto disidente. Por lo demás, esto es precisamente lo que admite la Corte Suprema en la sentencia de Temuco, que hay razones para considerar correcta la aplicación del derecho –para un mayor análisis sobre las razones implícita que sostuvo la Corte Suprema, véanse los argumentos de la sección IV de este documento.

- El voto disidente considera, adicionalmente, que en este caso no se supera el test de “incompatibilidad”, es decir, que es inaplicable el derecho consuetudinario indígena porque ello es incompatible –el acuerdo reparatorio- con lo prescrito por el art. 19 de la ley VIF. Cabe hacer presente que el voto disidente ignora cómo este precepto, de ser aplicable, ha sido desarrollado por el sistema internacional de derechos humanos a través de la CIDH, y los criterios que han ofrecido los tribunales constitucionales comparados para decidir sobre los límites de la procedencia del derecho consuetudinario indígena (para un desarrollo más profundo de la crítica a la tesis de la “incompatibilidad”, léase el apartado IV de este documento).

El voto disidente también razona considerando que el Convenio 169 de la OIT es de carácter programático. Debe tenerse presente que esta interpretación del voto disidente va contra lo dispuesto en el art. 5 de la CPR. En efecto, el art. 5 de la CPR obliga a los órganos del Estado a reconocer como límite el respeto a los derechos esenciales garantizados por la Constitución, así como por los tratados internacionales ratificados por Chile, lo implica necesariamente aceptar que los tratados son directamente aplicables, pues de lo contrario, los órganos del Estado podrían lesionar los derechos fundamentales previstos en los tratados internacionales por la simple vía de considerarlos “programáticos”⁹, y no pudo haber sido la idea del constituyente que por esta vía los órganos del estado se excusaran de cumplir y promover los derechos fundamentales (más argumentos al respecto pueden encontrarse en los apartados 2.2, 2.3 y 2.4 del Modelo de Defensa Penal para Imputados Indígenas).

- Probablemente el fundamento más complejo que considera el voto disidente para alejarse del voto de la mayoría, consiste en sostener que la prohibición prevista por el artículo 19 de la ley 20.066 se basa en la “desigualdad” de las partes y la demostración de que los “acuerdos no sirven”, y que ambos elementos son decisivos para prohibir la procedencia de los Acuerdos Reparatorios. Respecto de la demostración que los “acuerdos no sirven” esto tal vez sea verdadero en general, pero lo cierto es que de los estudios que se tuvieron a la vista en la discusión y posterior promulgación de la ley VIF, ninguno da cuenta sobre la vigencia y respeto real de los acuerdos al interior de las relaciones que se dan entre miembros de pueblos originarios cuando estos tiene por objetivo resolver controversias intra/inter-comunitarias, precisamente porque a la fecha estudios sobre violencia intrafamiliar en pueblos originarios todavía no existen – ver PARTE I, Capítulo 3, sección 3.2 del Modelo de Defensa Penal para Imputados Indígenas. Respecto de la desigualdad de partes, el problema es más o menos el mismo, pues tampoco existen estudios que constaten este tipo de diferencias en las relaciones que se producen entre los miembros de los pueblos originarios cuando el contexto es VIF.

⁹ “... los tratados de humanos ratificados y vigentes no pueden ser excluidos del ordenamiento interno por la vía de una declaración de no-autoejecutabilidad. Conforme al artículo 5° de la Constitución, “es deber del Estado respetar y promover” los derechos contemplados en tales tratados. Dado dicho deber constitucional, es contradictorio sostener que los mismos órganos estatales puedan exceptuarse de su cumplimiento por la simple vía de una declaración de no-autoejecutabilidad.” Santiago Montt Oyarzún y Manuel Matta Alwyin, “Una visión panorámica al Convenio OIT 169 y su implementación en Chile”, en *Estudios Públicos*, N° 121, 2011, p. 67.

Ahora bien, algo que omite señalar el voto disidente, es lo que ocurre ya no en el plano de las demostraciones empíricas, sino no lo que ocurre con el art. 19 de la ley VIF en relación a los tratados internacionales que establecen derechos a favor de la mujer, es decir, lo que ocurre desde el punto de vista de su eficacia y legitimidad jurídica en consideración a lo prescrito por tratados internacionales, y por ende, cual es el alcance que *debe tener* la prohibición del art. 19. En efecto, sólo una lectura que a pesar de la existencia del art. 19 de la ley 20.066 acepte que la mujer todavía tiene cierta capacidad de consentir, es capaz de evitar considerar a la mujer como un menor de edad, como alguien que no se encuentra capacitada para manifestar su voluntad y por ende prevenir un conflicto con la Convención de Belem do Pará. En pocas palabras, debe admitirse a la mujer algún espacio para la manifestación de su consentimiento válido, porque considerarla como un ser digno equivale a considerarla como un sujeto con autonomía para tomar las decisiones que le afectan, y por ende, por un lado, para llegar a ciertos acuerdos que le conciernen, y por otro, para excluir intromisiones del Estado, tal y como la Convención de Belem do Pará lo exige. La Convención de Belem do Pará fue publicada en el Diario Oficial el año 1998. En esta Convención hay al menos dos artículos que se refieren al vínculo necesario entre dignidad y autonomía, el primero es el *“Artículo 4: Toda mujer tiene derecho al reconocimiento, goce, ejercicio y protección de todos los derechos humanos y a las libertades consagradas por los instrumentos regionales e internacionales sobre derechos humanos. Estos derechos comprenden, entre otros: c) el derecho a la libertad y a la seguridad personales; e) el derecho a que se respete la dignidad inherente a su persona”*. En conclusión, una lectura de la legislación nacional en conformidad a esta convención debe reconocer a la mujer un ámbito de libertad propio donde el Estado no puede interferir (negando SIEMPRE la manifestación válida de su voluntad). Este ámbito no sólo es la conciencia, la que es amparada de injerencias estatales a todos por igual de acuerdo a la Constitución, sino que también deben existir ámbitos institucionalmente reconocidos como el de las relaciones interpersonales, y en los que la mujer pueda no desear la injerencia del Estado.

No debe olvidarse que se trata de un “derecho” a la libertad, no un “deber”, por lo tanto no es legítimo, en principio, que otro sujeto, en este caso el Estado, tome decisiones que le conciernen a un sujeto por encima de su voluntad explícita fundándose en que actúa en “su interés”. Si la autorizada a tomar decisiones es la mujer, porque ella es la única titular de su derecho a la libertad de decisión, el estado no puede suprimir TOTALMENTE su voluntad, porque en rigor ello significaría desconocer que tiene derecho a la libertad y a la dignidad inherente a su persona, y por ende, desconocer la Convención de Belem do Pará. Obviamente la interpretación que aquí se formula admite que en ciertos casos el consentimiento puede estar viciado y que por lo tanto puede no estar otorgado válidamente, sobre todo cuando la mujer se encuentra afectada por el “síndrome de la mujer agredida”, pero aceptar estos casos de consentimiento viciado es muy distinto de afirmar en términos absolutos que la mujer NUNCA puede consentir cuando se trata de un delito regido por la ley 20.066. Entonces, interpretar que SIEMPRE en los delitos VIF la víctima-mujer se encuentra en una situación de asimetría y por lo tanto NUNCA puede consentir válidamente un acuerdo reparatorio (este es el significado de la prohibición del art. 19 de la ley VIF desde el punto de vista de la autonomía personal de las personas), implica necesariamente no reconocer a la mujer como un individuo autónomo con la dignidad suficiente para auto-determinarse (véase doctrina citada en nota a pie n° 14 de este documento). La única interpretación del art. 19 de la ley VIF respetuosa de la Convención do Pará, es una que admita que NO SIEMPRE en los delitos VIF la víctima-mujer se encuentra en una situación de asimetría, y por lo tanto que a veces puede consentir válidamente un acuerdo reparatorio.

Ahora bien, si incorporamos al análisis el contenido Convenio 169 de la OIT que en este caso era aplicable, aparece aún más justificado el recurrir a salidas que involucren acuerdos entre las partes afectadas, porque esta forma de acuerdos

son las que normalmente tienen lugar bajo el derecho consuetudinario de los pueblos originarios cuando hay conflictos intra/inter-comunitarios, lo que está especialmente protegido por el Convenio 169 – véase al respecto el apartado IV de este documento, en el que se desarrollan múltiples argumentos a favor de la procedencia de los acuerdos reparatorios y estrategias para optimizar los buenos resultados para la defensa. Desde este punto de vista uno podría interpretar el caso en la línea mencionada por Claudio Nash (en el documento entregado por él en el marco del e-learning efectuado para la DPP por la Universidad de Chile el año pasado), es decir, que las normas deben interpretarse a la luz de las particularidades del caso particular y por ende desde el ángulo de la costumbre indígena, con lo que resulta una lectura muy peculiar –pero posible- sobre la base del art. 7 de la Convención de Belem –el otro artículo que ya se mencionara que es relevante para estos efectos-, el que señala “*Los Estados Partes condenan todas las formas de violencia contra la mujer y convienen en adoptar, por todos los medios apropiados y sin dilaciones, políticas orientadas a prevenir, sancionar y erradicar dicha violencia y en llevar a cabo lo siguiente: g. establecer los mecanismos judiciales y administrativos necesarios para asegurar que la mujer objeto de violencia tenga acceso efectivo a resarcimiento, **reparación del daño** u otros medios de compensación justos y eficaces, y)*”. De acuerdo al Convenio la mujer debe tener derecho a que se le repare el daño causado, lo que aplicado al caso de imputados y víctimas indígenas, significa que debe *tener derecho* a llegar a un acuerdo porque esa es la forma de restablecer el equilibrio al interior de las relaciones entre indígenas –esto ya es indiciario de que la Convención de Belem no consideraba a los indígenas, y que por ende, debe ser leída con arreglo al Convenio 169 que es posterior- y reparar, lo que para los no-indígenas, sería el daño causado –tal como señalan María Salamanca y Rodrigo Lillo en el apartado IV. Esta interpretación es considerada por el fallo de la Corte de Apelaciones de Temuco –**Sentencia 2**- aunque no por la Corte Suprema –**Sentencia 4**- al menos explícitamente. (JMF)

III. Derecho a la Libertad y Seguridad Individual

Si bien ya se informó el año pasado que los días 16 y 21 de diciembre del 2011 se dictaron dos resoluciones por parte de la Corte de Apelaciones de Temuco y que revisten mucha importancia para la defensa de los derechos de los imputados indígenas, el segundo había sido objeto de impugnación a través de la interposición de un recurso que se encontraba pendiente. Este recurso fue rechazado el 5 de enero de este año y la sentencia confirmada.

Debe subrayarse que es decisivo en la fundamentación de los fallos y que explica la decisión de la Corte, el contenido del Convenio 169 de la OIT, en materia de derechos de los miembros de los pueblos originarios. Los hechos son, a grandes rasgos, similares: fuerzas policiales realizan operativos especiales en comunidades indígenas, lanzando bombas lacrimógenas, disparando balines de goma y en el caso de Temucucui, como resultado de esta operación detienen a un menor de edad. Estos hechos, según la Corte no sólo no son aislados, sino que público y notorios.

Sentencia 1:

Se trata de un recurso de amparo preventivo interpuesto por Jaime López, defensor de la DPP de Temuco, a favor del menor que fue privado de libertad. La Corte decide acoger el recurso de amparo preventivo, ordenando a la Prefectura de Carabineros Malleco “... *efectuar los procedimientos policiales en dicho sector con estricta sujeción a la normativa constitucional y legal vigente, absteniéndose, en lo sucesivo, de afectar los derechos fundamentales de las personas amparadas, teniendo una especial consideración respecto de los menores de edad*”. Para acoger el recurso la Corte tomó en consideración que **(1)** el despliegue policial fue motivado por el ataque –a las fuerzas policiales- de un número no determinado de encapuchados, provistos de boleadoras y armas de fuego, quienes, al ser repelidos, huyeron hacia los fundos colindantes, lugar donde precisamente se

ubica la Comunidad Indígena Temucuicui, por lo tanto la Corte no advierte la existencia de ilegalidad porque “... se encontraban en situación de flagrancia y, en consecuencia, amparados por lo dispuesto en el artículo 134 del Código Procesal Penal” **(2)** por lo tanto los funcionarios de carabineros actuaron en conformidad al procedimiento legal y reglamentario **(3)** atendiendo al carácter preventivo de la acción de amparo esta debe acogerse, lo que se justifica en **(3.1)** que las incursiones y operativos policiales en el interior de la Comunidad Temucuicui constituyen hechos públicos y notorios **(3.2)** estas incursiones y operativos permiten (3.2.1) cuestionar “...la necesidad de tales incursiones y de la racionalidad de los medios empleados para llevarlas a cabo...” (3.2.2) y calificar el comportamiento de Carabineros como uno que da origen a un “...riesgo permanente de vulnerar no sólo lo dispuesto en el artículo 19 N° 7 de nuestra Carta Fundamental, sino que **también las disposiciones que sobre la materia contiene el Convenio 169 de la OIT, particularmente su artículo 3.2, que dispone: “No deberá emplearse ninguna forma de fuerza o coerción que viole los derechos humanos y las libertades fundamentales de los pueblos interesados, incluidos los derechos contenidos en el presente Convenio”** **(3.3)** en conclusión, existe la posibilidad real y cierta que funcionarios policiales lleguen a cometer excesos en los operativos desplegados al interior de esta Comunidad Indígena o de cualquier otra **(3.4)** lo anterior, a pesar de que existe una conformidad “formal” de la actuación de la policía al CPP, y que por lo tanto, no faculta a la Corte a advertir alguna otra arbitrariedad **(4)** la detención del menor F. M. M. en el contexto antes señalado afecta sus derechos de forma no válida ya que **(4.1)** vulnera las normas de la Convención Internacional de Derechos del Niños, especialmente lo dispuesto en sus artículos 6.2 y 16.1, ya que estas disposiciones imponen al Estado la obligación de garantizar la “supervivencia y desarrollo de los niños” y de evitar “injerencias arbitrarias o ilegales en su familia y domicilio” **(4.2)** en el contexto descrito, vulnera la libertad personal y seguridad individual del menor de edad.

La **Sentencia 5** de la Corte Suprema confirma esta **Sentencia 1**. No obstante la Corte no fundamenta su decisión, sólo podemos analizar el fallo a la luz de las razones que esgrime el voto disidente.

La primera razón que tuvo el voto disidente para rechazar el recurso, consistía en concebir a la acción de amparo como una acción cuya titularidad es exclusivamente individual y por ende que no procedía respecto de sujetos colectivos. Incluso asumiendo que esta tesis es correcta, es decir que la acción de amparo sólo procede respecto de sujetos individuales, ello no quiere decir que el acto contra el que se está interponiendo el recurso no pueda afectar a más de un individuo. En efecto, pueden existir una multiplicidad de sujetos afectados en su derecho a la libertad personal, por lo tanto el que exista una multiplicidad de sujetos afectados no es un impedimento para la procedencia ni la titularidad de la acción de amparo, por ende, tampoco para las medidas que la Corte decida decretar una vez acogido el recurso.

Dejando de la dado las apreciaciones que sobre los hechos hace el voto disidente en el considerando 5, en el considerando 6 el voto detecta algo que quedó formulado con ciertas ambigüedades en la **Sentencia 1**. El voto disidente afirma que la sentencia de la Corte de Temuco por un lado manifiesta que carabineros se sujetó estrictamente a la normativa vigente, y que por otro cuestiona “implícitamente” la forma cómo operó (y por ende cómo debería operar a futuro), es decir, afirma por un lado que hay una conformidad a la normativa vigente pero que dicho actuar es “cuestionable”. La lectura correcta del fallo exige notar que la afirmación de la Corte de Temuco sobre la existencia de una actuación en conformidad a la normativa vigente por parte de la policía está “calificada”, porque el fallo denomina a esta conformidad “formal”. Ahora, si bien no es explícita, lo que la Corte de Temuco hace en definitiva es, desde una perspectiva “material”, cuestionar la “necesidad y proporcionalidad” de las medidas empleadas por Carabineros, lo que en el fondo permite concluir que no hay una real adecuación de la actividad de la policía a la normativa, cuando en el caso se

incluyen los derechos garantizados por la Constitución y especialmente lo dispuesto por el Convenio 169. La Corte de Temuco considera que la “falta de conformidad material” de la actividad de carabineros genera un riesgo de afectación del derecho a la libertad individual –complementado por el mandatos del art. 3 n° 2 del Convenio 169-, es decir, que en base a la falta de “necesidad y proporcionalidad” de la actuación de las fuerzas policiales se genera un riesgo al que cabe anticiparse mediante el acogimiento de la acción de amparo. En conclusión, sólo interpretando de esta manera los fundamentos de la sentencia puede concluirse que existe un riesgo razonable de afectación de derechos constitucionales por la posibilidad real y cierta que funcionarios policiales lleguen a cometer “... *excesos en los operativos desplegados al interior de esta Comunidad Indígena o de cualquier.*”, y que por lo tanto el recurso está correctamente acogido, lo que significa que el voto disidente de la Corte Suprema tampoco acierta en este punto. Quizás el voto disidente hubiera estado en lo correcto si Carabineros hubiera justificado la necesidad y proporcionalidad de la medida, lo que en este caso no ocurrió. **(JMF)**

Sentencia 2:

Se trata de un recurso de protección impetrado por los mismos afectados. La Corte decide acoger el recurso de protección en favor de los miembros de los pueblos originarios ordenando a Carabineros de Chile que se abstenga de realizar “... *actos de violencia contra mujeres y niños y de lanzar bombas lacrimógenas en las patios de las viviendas particulares de la comunidad indígena ya referida.*”. Para acoger el recurso la Corte considera que **(1)** si bien la policía tiene como misión preservar el orden público y dar cumplimiento a las órdenes que emanen de autoridades competentes, la ejecución de tales medidas **(1.1)** debe hacerse con el cuidado suficiente de no emplear fuerza desmedida **(1.2)** no puede afectar a personas que difícilmente pueden tener participación en los hechos **(1.3)** un accionar que no esté en conformidad a los puntos (1.1) y (1.2) aparece desprovisto de racionalidad y resulta por lo tanto arbitrario **(2)** los actos descritos devienen en ilegales, al trasgredir **(1.1)** el Artículo 3 de la Convención sobre Derechos del Niño y el Artículo 6 del mismo instrumento internacional **(1.2)** el convenio 169, se “...**vulnera el artículo 4 N° 1 del Convenio N° 169 sobre pueblos indígenas, que señala que deberán adoptarse las medidas especiales que se precisen para salvaguardar las personas de estas comunidades indígenas**” **(3)** en consecuencia la Corte concluye que **(3.1)** las lesiones ocasionadas a niños y mujeres y la detonación de bombas lacrimógenas en los hogares de los miembros de la Comunidad Indígena “... *atenta y se contradice con los postulados de la Constitución Política del Estado, de la Convención sobre Derechos del Niño y el Convenio N°169 sobre pueblos indígenas...*” **(3.2)** las actuaciones de carabineros deben ser calificadas como actos arbitrarios e ilegales, afectando el derecho consagrado en el artículo 19 N° 1 de la CPR que asegura a las personas el derecho a la vida y a la integridad física y psíquica.

IV. Criterios Generales para la interpretación del Convenio 169 OIT

IV.1. Criterios para la aplicación de la costumbre indígena, derecho penal y procesal penal

IV.1.1. Estatus de las normas del Convenio 169 OIT

Un primer tema a aclarar es el estatus jurídico de las normas del Convenio 169 de la OIT, es decir, su jerarquía al interior del ordenamiento jurídico chileno y el grado de eficacia que podría tener para fallar un caso con arreglo a su contenido. Sobre la base del art. 5 de la CPR¹⁰ vinculado a su art. 19 n° 26¹¹, parece posible

¹⁰ Art. 5 inciso 2: “*El ejercicio de la soberanía reconoce como limitación el respeto a los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana. Es deber de los órganos del Estado respetar y promover tales derechos, garantizados por esta Constitución, así como por los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes.*”

entender, primero, que la LEY debe respetar/promover los DDHH, es decir, debe estar en conformidad con los derechos fundamentales reconocidos en virtud del art. 5 de la CPR. En consecuencia, los órganos del Estado deben respetar el art. 5 del Convenio, el que señala “*Al aplicar la legislación nacional a los pueblos interesados deberán tomarse debidamente en consideración sus costumbres o su derecho consuetudinario.*”¹². Debe remarcarse que el Estado *debe respetar* estos derechos fundamentales, en términos del art. 5 de la CPR esto equivale a afirmar que existe una *obligación que pesa sobre los órganos del Estado* y que están obligados a cumplir, no está en su competencia desentenderse de este mandato constitucional (a riesgo de las responsabilidades que eventualmente sean procedentes). Por ende la lectura correcta es que los órganos del Estado cumplen con las obligaciones que la Constitución les encomienda cuando permiten la aplicación del derecho indígena (obviamente cuando ello sea procedente). Aplicado al sistema de justicia, esto significa que, cuando sea exigible, constituye el cumplimiento de la obligación estatal el fundamentar una resolución judicial permitiendo la aplicación de la costumbre indígena, precisamente porque ello es a la vez la forma cómo los tribunales deben promover/respetar lo prescrito por el art. 5 del Convenio. Segundo, que la LEY no puede afectar la esencia de los derechos, lo que quiere decir, bajo la interpretación tradicional de la doctrina chilena, que no se pongan trabas a su ejercicio de modo que se lo prive de tutela jurídica¹³, o lo que es lo mismo, que se establezcan condiciones que lo hagan irrealizable, lo que cabe evaluar, ciertamente, dentro del marco de las restricciones que el propio Convenio 169 de la OIT establece. Restringirlos más allá de los límites del Convenio 169, constituye una afectación de los derechos previstos en el Convenio 169 susceptible de ser rectificada jurídicamente.

De acuerdo a este breve análisis, el estatus del Convenio es relativamente claro, si bien puede aceptarse que es parte del denominado bloque de constitucionalidad y que por lo tanto su estatus es constitucional –tesis fuerte-, uno no necesita ir tan lejos para considerar que se aplica por sobre la ley 20.066 –al menos en algunos casos, tal como se explica en el apartado III-, porque aún cuando se considere que se trata de una ley del mismo estatus que la ley 20.066, de todos modos, al establecer derechos fundamentales el mandato del constituyente al juez ordena que este último está obligado a respetar los derechos fundamentales del sujeto en cuestión, lo que sólo puede significar que al determinar el contenido de una ley aplicable a un caso concreto, es decir, al establecer su extensión, necesariamente debe interpretar de forma de respetar prioritariamente aquellos derechos fundamentales reconocidos en virtud del art. 5 de la CPR –tesis débil- y no el contenido explícito/literal de la ley.

Debe subrayarse que lo afirmado en este apartado no quiere decir que SIEMPRE deban regir los preceptos del Convenio o que estos siempre deban imponerse por sobre cualquier otro tipo de consideración, porque el mismo Convenio 169 establece restricciones para la consideración del derecho consuetudinario en el proceso penal, tal como se verá en los apartados que siguen. **(JMF)**

IV.1.2. Acuerdos Reparatorios como aplicación de penas o sanciones

En la medida que se considere a los acuerdos reparatorios no como método para “resolver conflictos”, sino como una forma de aplicación de una SANCIÓN o PENA regida por el derecho consuetudinario, uno debería considerar aplicable el art. 9

¹¹ Art. 19: “*La Constitución asegura a todas las personas: 26°.- La seguridad de que los preceptos legales que por mandato de la Constitución regulen o complementen las garantías que ésta establece o que las limiten en los casos en que ella lo autoriza, no podrán afectar los derechos en su esencia, ni imponer condiciones, tributos o requisitos que impidan su libre ejercicio.*”

¹² El Convenio 169 además remarca que esta costumbre debe ser considerada especialmente en el ámbito penal, así el art. 9 n° 2 señala que “*Las autoridades y los tribunales llamados a pronunciarse sobre cuestiones penales deberán tener en cuenta las costumbres de dichos pueblos en la materia.*”

¹³ Varas, Paulino & Mohor, Salvador, “Acerca de la esencia de los derechos constitucionales y de su libre ejercicio que consagra el artículo 19 n° 26 de la constitución política”, en *Revista de Derecho de la Universidad Católica de Valparaíso*, XVIII (1997), pp. 157-166.

n° 1 del Convenio, el que dispone lo siguiente “*En la medida en que ello sea compatible con el sistema jurídico nacional y con los derechos humanos internacionalmente reconocidos, deberán respetarse los métodos a los que los pueblos interesados recurren tradicionalmente para la represión de los delitos cometidos por sus miembros.*”.

Debe quedar claro este precepto regula lo que es constitutivo de una pena o sanción y de carácter penal, el mismo precepto así lo da a entender cuando menciona los métodos “... *a los que los pueblos interesados recurren tradicionalmente para la represión de los delitos cometidos por sus miembros.*”. De acuerdo al Convenio, cuando los pueblos originarios aplican penas o sanciones penales su validez queda supeditada a un estricto test, el test de compatibilidad. Este test es mucho más exigente que otros límites para la aplicación del derecho consuetudinario y que establece el propio Convenio, por ejemplo, la restricción del art. 8.2 y que se verá en el apartado siguiente. La restricción para la validez de la aplicación del derecho consuetudinario constitutivo de sanciones, y que viene dado por la aplicación del test de compatibilidad, se explica porque cuando se aplican medidas para represión de los delitos, es decir una pena, estas representan normalmente la afectación más importante de los derechos fundamentales de los individuos y para lo que el Estado está legitimado a infligir. Por esta razón, por la gran aptitud lesiva de derechos fundamentales explícita en la aplicación de penas, el Convenio considera que los pueblos originarios sólo pueden aplicarlas bajo estrictos límites, a saber, siempre que sean compatibles con el “... *sistema jurídico nacional y con los derechos humanos internacionalmente reconocidos.*”.

Debe notarse que el que el test sea estricto no significa que sea inaplicable, en efecto, el test de compatibilidad ha sido desarrollado tanto por el sistema interamericano de derechos fundamentales, y en particular por los tribunales constitucionales de Sur América (TC Colombia, TC Nicaragua, entre otros), como por la propia OIT, concluyéndose a grandes rasgos, que sólo aquellas sanciones que afecten más severamente los derechos fundamentales más relevantes no son permisibles de acuerdo al convenio. Es decir, se adopta una *interpretación amplia* de los límites, frente a una posible interpretación restrictiva que señale que puede afirmarse la incompatibilidad en cualquier tipo de disposición legal, como podría ser, por ejemplo, el art. 19 de la ley VIF. Esta *interpretación restrictiva* no ha sido acogida por la jurisprudencia comparada, si la amplia.

La interpretación amplia sólo concibe como límite a la aplicación del derecho consuetudinario sólo algunos casos, prohibiendo en definitiva aquella aplicación de sanciones o penas que (a) constituyan tortura (b) constituyan esclavitud (c) afecten el derecho a la vida¹⁴. En este caso, no hay antecedentes que indiquen que la víctima esté en una situación de desprotección, es Mapuche, sus formas de aplicar sanciones se siguen de las condiciones que logren acordar las partes (ello es lo que posibilita el acuerdo reparatorio), por lo tanto este acuerdo no infringe los límites dispuestos por el Convenio, no obstante no esté en conformidad a la ley VIF. Véase en todo caso más abajo lo que menciona Rodrigo Lillo sobre otras dificultades de acudir a esta estrategia **(JMF)**

¹⁴ Para un desarrollo más profundo de estos aspectos ver los apartados **4.1.1** y **4.5.2** del Modelo de Defensa Penal para Imputados Indígenas, donde hay explicaciones fundadas y jurisprudencia y doctrina comparada, también es necesario leer el apartado (III) de la CONSULTA (16) 2009 “*VIF, renuncia de la acción, perdón del ofendido*”, documento disponible en <http://lexdefensor.defensoria.local/lexdefensor/displayDocument.do?id=44151>, donde se fundamenta el porqué se debe considerar que la mujer a pesar de lo restrictivo de la ley VIF en materia de acuerdos reparatorios, todavía mantiene cierta autonomía para decidir en general y en particular (también se cita jurisprudencia disponible en lexdefensor), formas de extinguir la responsabilidad penal que no excluyen necesariamente su manifestación de voluntad, véase también el apartado III de este documento.

IV.1.3. Acuerdos Reparatorios como forma de resolver conflictos

Como ya se sugiriera en el punto anterior, puede entenderse que los acuerdos reparatorios no son una sanción o pena, sino una forma de solución de conflictos. De hecho, los acuerdo reparatorio como la Suspensión Condicional del Procedimiento (en adelante SCP), constituyen formas ejemplares de lo que es una “forma alternativa de resolución de conflictos” que no aplican PENAS. Debe remarcarse esta distinción, pues a primera vista es posible que no se haya comprendido cabalmente: lo que es constitutivo de una “pena o sanción” no es equivalente a una forma “alternativa de resolución de conflictos”, y ello lo demuestra con toda claridad el mismo sistema procesal penal chileno actual. En efecto, la diferencia entre un mecanismo alternativo de resolución de conflictos y una pena, ilustra claramente la diferencia entre lo que es constitutivo de una SCP y lo que es constitutivo de una pena. La SPC es una forma alternativa de resolución de conflictos, y por lo tanto, las condiciones a cumplir no pueden considerarse una pena, pero las restricciones a la libertad –cuando ellas proceden- que se imponen a consecuencia de una sentencia condenatoria, SI son constitutivas de la forma paradigmática de reacción del sistema penal, a saber, la pena.

Teniendo presente que resolver un conflicto no es lo mismo que aplicar una pena, y que cuando se trata de acuerdos reparatorio o acuerdos en general, lo que hay no es la aplicación de una sanción o una pena, sino una forma alternativa de resolver conflictos, debe buscarse un precepto que delimite la forma aplicarlas en el proceso penal y que sea diferente del art. 9, porque de ser el artículo 9 entonces estaríamos negando la especialidad de las formas de resolución de conflictos en relación a la aplicación de penas, y en el fondo equiparándolas a través de una única regulación, el art. 9. De hecho, si no se es capaz de encontrar otro precepto, no queda más alternativa que lo señalado en el apartado IV.1.2. En respuesta a esta inquietud, parece posible recurrir al art. 8 n°2 del Convenio, de este modo, si esto fuera efectivo, las formas alternativas de resolución de conflictos quedarían supeditadas a una regulación totalmente diferente de la que cabe reconocer cuando de lo que se trata, es de la aplicación de penas o sanciones. El art. 8 n° 2 dispone lo siguiente “*Dichos pueblos deberán tener el derecho de conservar sus costumbres e instituciones propias, siempre que éstas no sean incompatibles con los derechos fundamentales definidos por el sistema jurídico nacional ni con los derechos humanos internacionalmente reconocidos. Siempre que sea necesario, deberán establecerse procedimientos para solucionar los conflictos que puedan surgir en la aplicación de este principio.*”¹⁵ A partir de esta disposición puede formularse la siguiente interpretación: las instituciones y costumbres de los pueblos indígenas que son formas de resolución de conflictos y que NO involucran la aplicación de PENAS, tienen como límite los derechos fundamentales definidos por el sistema jurídico nacional siempre que estos coincidan con los derechos humanos internacionalmente reconocidos. Uno podría pensar que las instituciones que involucran la aplicación de penas también podrían quedar reguladas en este precepto, pero esto sería interpretar contra el texto expreso del Convenio, ya que este regula estos casos en el art. 9, por lo tanto, el art. 8 n° 2 regula otras situaciones, precisamente, las formas de resolución de conflictos que NO involucran la aplicación de PENAS.

Zanjado el primer problema –identificar una disposición aplicable diferente del art. 9 del Convenio-, viene el segundo, aclarar la extensión de este nuevo “test” limitador de la aplicación del derecho consuetudinario indígena. Ciertamente, de acuerdo al art. 8 n° 2, el test de compatibilidad ya no es el “sistema jurídico nacional” sino sólo con los “derechos fundamentales” siempre que estos últimos sean además internacionalmente reconocidos, lo que quiere decir que para

¹⁵ Nótese que la Sentencia 5 afirma explícitamente que el Convenio 169 obliga a considerar los métodos a los que los pueblos indígenas recurren para solucionar sus conflictos, no obstante no formula en detalle la tesis que se esboza en este trabajo ni logra identificar como precepto aplicable del Convenio 169 de la OIT el art. 8, sino que solamente cita el artículo 9.

encontrar un conflicto primero debe determinarse cuáles son los derechos fundamentales del sistema jurídico nacional, luego determinar si esos derechos adicionalmente están reconocidos en instrumentos internacionales, luego sólo en este último caso si la costumbre va en contra de estos derechos fundamentales está no puede aplicarse¹⁶. En suma, ya que no hay algún derecho amagado por el acuerdo reparatorio, que esté establecido en el sistema jurídico nacional y que al mismo tiempo está reconocido en el sistema internacional de derechos humanos, aquel constituye un mecanismo procesal legítimo de aplicación durante el curso del proceso penal.

La estrategia argumentativa trazada en este apartado puede utilizarse como alternativa INCOMPATIBLE¹⁷ a la estrategia argumentativa descrita en el apartado IV.1.2, lo supone aceptar, como ya se ha visto, que los acuerdos reparatorios constituyen formas de resolución de conflictos y que como tales NO constituyen aplicación de SANCIONES ni PENAS, por lo tanto no puede aplicarse el art. n° 9 del Convenio ni sus restricciones, sino el art. 8 n° 2. Esta alternativa es una buena argumentación para bloquear la aplicación del art. 9 a este caso, ya que de concurrir dicho precepto debería cumplirse el estándar que el mismo dispone “*En la medida en que ello sea compatible con el sistema jurídico nacional...*”, el que como ya se vio en el apartado IV.1.2, no es fácil de cumplir –no obstante la interpretación amplia.

En resumen, están regulados por el art. 8 n° 2 del Convenio 169 OIT los acuerdos reparatorios en la medida que constituyen formas resolución de conflictos¹⁸ y que son parte de las “instituciones tradicionales” de los pueblos originarios –en el sentido del art. 5 relacionado con el art. 8 del convenio. Pensando a futuro, parece muy conveniente que estos acuerdos sean “autorizados” por una autoridad tradicional. Es decir, es muy importante considerar lo manifestado por Rodrigo Lillo en el apartado IV.1.5., precisamente porque la presencia de una autoridad tradicional que garantice el cumplimiento del acuerdo, da lugar a un argumento que es capaz de bloquear definitivamente la tesis de que la mujer NUNCA puede otorgar un consentimiento válido en VIF (**JMF**)

IV.1.4. Conflictos de derechos, Convenio 169 y Ley VIF

En cuanto al hecho que la norma del artículo 9 del Convenio señale que se aplique la costumbre indígena “en cuanto no sea contraria al ordenamiento interno”, no puede interpretarse simplemente que habiendo una norma escrita que sea contraria a la costumbre esta no se aplica. Y esto no es solo porque el Convenio tiene un rango superior a la ley (en el peor de los casos, EN todo caso, me parece que el argumento de que la norma que autoriza el uso de la costumbre en el Convenio es de superior rango que la ley 20.066 es insuficiente), sino porque esto implicaría que el Convenio no tendría entonces ninguna aplicación. La Corte Constitucional de Colombia ha desarrollado una interpretación similar

¹⁶ La propia OIT ha dicho “*Este precepto establece criterios de excepción cumulativos: las costumbres deben ser incompatibles con (a) la legislación nacional como así mismo con (b) los preceptos internacionales de derechos humanos. Así, los preceptos legales nacionales que son incompatibles con los derechos reconocidos por el derecho internacional de los derechos humanos, no pueden ser usados como justificación para desconocer las costumbres de los pueblos indígenas en la aplicación de la legislación nacional.*”, p. 90 Modelo de Defensa Penal para Imputados Indígenas, para un desarrollo más acabado de esta interpretación véase el apartado 4.1.1.1 “Doble reconocimiento de derechos fundamentales”.

¹⁷ Lo que parece no sólo ser más adecuado dado lo que proponen, sino más conveniente al menos en este caso, porque esto bloquea el argumento que el Ministerio Público hace valer tal como se verá con posterioridad.

¹⁸ De hecho esto, podría incluso sortear lo que afirma Rodrigo en (5), porque al ser un acuerdo entre partes quizás podría argumentarse que no siempre, tal como en el presente caso, se requiere de la presencia de una autoridad tradicional. Esta tesis en todo caso ser evaluada por los especialistas en cultura Mapuche, es decir, casos en que eventualmente podrían las partes resolver sus problemas en forma personal sin necesidad de recurrir a una autoridad tradicional, lo que se justificaría en no está comprometido el equilibrio del Ad-Mapu (insisto en que esto puede que no sea coherente con la cosmovisión Mapuche, de ahí la necesidad de que se aclare este punto por los especialistas).

en fallos de los 90', siguiendo la teoría de la ponderación (R. Alexy) y estableciendo algunas reglas. En este sentido, y siguiendo (en lo que se puede, porque entre nosotros no tenemos una norma constitucional que garantice la diversidad étnica como en dicho país) este razonamiento, uno podría argumentar que en este caso hay un conflicto de derechos, igualmente tutelados por la Constitución Política, el derecho a la integridad física y psíquica de las víctimas de violencia doméstica y el derecho de los pueblos indígenas a aplicar su propio derecho. Ahora bien, siguiendo la teoría de la ponderación la disputa entre ambos principios no se resuelve por orden de prelación sino, en primer lugar buscando una alternativa que permita dar pie a la vigencia de uno sin que implique la derogación del otro. En este sentido, y siguiendo en este a la corte constitucional de Colombia, es necesario preferir a aquella alternativa que permite la máxima autonomía de la comunidad, que es lo que garantiza la vigencia de la diversidad cultural, principio reconocido en el Convenio 169 de la OIT. Siguiendo a este tribunal, solo será posible limitar o restringir esta autonomía cuando se trata de un principio muy relevante (como la integridad personal) y siempre que no exista otra forma de resguardar este último **(RLV)**

IV.1.5. Como sortear las dificultades del art. 19 de la ley VIF

En el caso en comento uno puede sostener, tal como lo hace el fiscal, que precisamente el motivo por el que se prohibieron los acuerdos reparatorios (en adelante) acuerdos reparatorio en materia de violencia intrafamiliar se debe (y en esto debe existir algo en la historia de la ley), a que en materia de violencia doméstica no existe entre las partes una situación de igualdad que permita un acuerdo entregado con libre consentimiento. En efecto, la situación de dominación que existe en el contexto de violencia doméstica es lo que distingue a este tipo penal de otros que afectan el bien jurídico de la integridad física o la vida. Entre padre e hijos, entre el hombre y su pareja, en fin entre el más fuerte y el más débil. Una situación que se produce por factores tanto físicos como psicológicos. Sin embargo, en el caso de los acuerdos o “negociaciones” que se producen en las familias o comunidades indígenas, en general esto no se produce, cuando se trata de una instancia institucional. Los acuerdos o decisiones son colectivas (la familia, la comunidad), porque el sentido que tienen es recuperar el equilibrio del Ad mapu, y entonces se requiere la participación de una o más autoridades tradicionales (lonco, machi, algún sabio o antiguo de la comunidad). Esta característica de los acuerdos propios de la sociedad mapuche devuelve la horizontalidad, y la capacidad de las partes en un juicio penal para entregar su voluntad en una salida alternativa. No hay vulneración al consentimiento, porque se supone que a esa audiencia precedió un acuerdo de tipo institucional y basado en la costumbre indígena.

Aquí viene el punto más débil del caso, a mi juicio: no está probado que haya existido este acuerdo previo, ya sea mediante una asamblea de la comunidad o una reunión familiar. Aunque en esto no se detuvo el fiscal. Y segundo, más complejo aun, no se ha presentado prueba pericial que de cuenta de esta costumbre, de esta forma de resolver los conflictos entre los mapuches. Lo que se puede sostener aquí, es que la corte de Temuco si se refiere a la prueba, y señala que es un hecho público y notorio. Aunque es discutible este punto, no constituye un abuso grave, porque en materia penal se puede dar por acreditado un hecho si el tribunal considera que es público y notorio. Sobre todo, si no se trata de un hecho de la imputación, sino, como en este caso, de descargo.

Estoy de acuerdo José Manuel, que es aplicable el artículo 8 y no el 9. Sin embargo, esta “costumbre” debe ser compatible con el sistema jurídico nacional, y entonces ¿cómo haces compatible un acuerdo entre privados, si la ley 20.066 lo impide? ¿Por qué debiéramos aceptar que los indígenas lo hagan y otros no? Por eso a mi juicio, este “acuerdo” entre las partes debe tener algo más, algo que impida que se den las relaciones asimétricas que son comunes en la violencia doméstica. Y esto, en el caso de los indígenas ocurre, cuando intervienen otras

personas que son respetadas y que, aunque no aplican sanciones, permiten a las partes llegar a aún acuerdo. **(RLV)**

IV.1.6. La necesidad de considerar la costumbre indígena

Comparto en general las apreciaciones, me hare cargo de aquello que plantea Rodrigo como puntos débiles:

- a) no está probado que haya existido este acuerdo previo,
- b) no se ha presentado prueba pericial que de cuenta de esta costumbre

La postura de la defensa en la audiencia es que los acuerdos reparatorios como es el caso no requieren prueba, lo que si requieren es el acuerdo de las partes, en este caso en particular y según lo expresado por imputado y victimas HUBO UNA CONVERSACION FAMILIAR en que decidieron que no querían seguir con esta situación ante los Tribunales de Garantía, es mas ellos SE ARREPENTIAN DE HABER LLAMADO A CARABINEROS porque les ha significado un perjuicio.

En un acuerdo reparatorio no es necesario aportar prueba de “descargo” porque no estamos en un juicio, es una etapa anterior. Los acuerdos según el artículo 241 del CPP están permitidos para determinados tipos de delitos que el mismo establece; ahora bien, haciendo aplicación del Convenio 169, es posible extenderlo a otras situaciones haciendo uso del derecho propio o “Az Mapu” que contiene principios generales que lo guían y gira en torno al restablecimiento del equilibrio; entonces, el razonamiento es 1° este hecho rompe el equilibrio al interior de la familia, 2° la misma familia estima que se posible con disculpas públicas y el compromiso de que no volverán a suceder situaciones como esta dar por superado el hecho y restablecer las relaciones rotas en su interior. Solicitando en base a ese razonamiento se apruebe el acuerdo reparatorio.

Como situaciones de hecho fundamentales se apporto las que realmente existen esto es que: Los hijos varones de la familia van habitualmente cada año a trabajar como temporeros precisamente a cargo de quien aparece como imputado, ahora NO HAYAN QUE HACER porque la justicia les ha impuesto esta prohibición de acercarse, quieren volver a ir a trabajar juntos, la madre desea que sus hijos menores vayan a cargo de su hijo mayor, aprobar el acuerdo permite que lo que ellos proyectan para su vida se haga realidad.

En síntesis, respecto de los cuestionamientos ya señalados si existió un acuerdo al interior de la familia y este se expreso en el acuerdo contenido en el acuerdo reparatorio, los acuerdos preparatorios según el art 241 del CPP no exigen prueba y extender la exigencia a los pueblos indígenas seria exigir un requisito que la ley no exige, la ley 19.253 al referirse a la costumbre en materia penal (art 54) efectivamente señala que esta debe acreditarse por cualquier medio, aquí no se está alegando la citada ley, se está pidiendo aplicar el Convenio 169 que en ninguna de sus partes (arts 8, 9, 10) señala que las costumbres de la pueblos indígenas deben probarse.

La defensa alego el art 9.2 porque es mas especial en cuanto a que se refiere a "cuestiones penales" y señala que "deberán" es un mandato imperativo y a continuación "tener en cuenta las costumbre de dichos pueblos en la materia" no indica como por lo que permite en este caso entender que tenerla en cuenta una vez mas no requiere prueba especial o que en definitiva la prueba suficiente es en el caso la expresión de voluntad de estas personas de las que ya claramente se ha señalado que son indígenas mapuche y a quienes les es totalmente aplicable el Convenio 169, art. 9 n° 2 “*Las autoridades y los tribunales llamados a pronunciarse sobre cuestiones penales deberán tener en cuenta las costumbres de dichos pueblos en la materia.*”**(MSH)**

IV.1.7. Límite de la costumbre son los derechos fundamentales

[En relación al n° I.I.3, I.I.4 y I.I.5] Yo también creo que es aplicable el art. 8, pero la incompatibilidad a la que se refiere el art. 8 dice relación con el sistema

jurídico nacional en cuanto este define los derechos humanos en el plano interno. Por eso creo que el único límite a respetar es la vigencia de los derechos humanos. ¿Se infringen los DDHH de la víctima si se aprueba un acuerdo reparatorio? Me parece que no. Además no hay que olvidar que el art. 8.1 del Convenio dice que: “Al aplicar la legislación nacional a los pueblos interesados deberán tomarse debidamente en consideración sus costumbres o su derecho consuetudinario”. Esto significa que al aplicar la ley sobre VIF a los mapuches se deben tener en consideración sus costumbres. Creo que el propio convenio está dando la pauta para que se haga una excepción si existe una costumbre que merezca ser aplicada. Eso es lo que hizo el TG y la Corte de Apelaciones de Temuco. Se ciñeron a lo dispuesto por el art. 8.1 del Convenio. **(IBP)**

IV.1.8. Otras argumentaciones importantes:

- La insistencia del Convenio en que los pueblos originarios basen su vida total o *parcialmente* en sus costumbres o que conserven total o *parcialmente* sus instituciones –artículo I.1a) y I.1b) del Convenio 169-, se debe a que muchos pueblos originarios han abandonado “forzadamente” algunas de sus costumbres e instituciones, por lo tanto, exigir una “conformidad total” no sería justo o merecido. La importancia de estos artículos es que dan base para reforzar la prestación de defensa especializada indígena a la población indígena urbana –véase respecto de la calidad indígena, *sección I (4)-*, porque parte no menor de esta población conserva sus costumbres e instituciones en forma “parcial”, en relación a otras poblaciones rurales que si conservan sus costumbres e instituciones en forma “completa” –obviamente esto vale para la población rural que mantiene parcialmente sus costumbres e instituciones. A ambas poblaciones es posible de aplicar el Convenio 169, precisamente porque este dispone que se aplique a aquellos grupos que conservan *al menos parcialmente* sus costumbre e instituciones, en suma, el Convenio 169 no distingue entre quienes conservan totalmente sus costumbres y rigen toda su vida exclusivamente en conformidad a dicha prescripciones, y quienes sólo las conservan parcialmente –cumpliéndose desde luego los requerimientos ya vistos del art. I.2 del Convenio 169 **(JMF)**
- La publicación de la ley de VIF es anterior a la aprobación del Convenio 169. Este es posterior, tiene rango superior y por tanto debe dársele preferencia **(RCS)**
- El Convenio 169 es especial frente a la Convención de Belem, esta última está pensada exclusivamente sobre la base de mujeres occidentales “iguales”, pero el Convenio 169 está pensado también para “mujeres indígenas”, nada obsta a considerar que ambos convenios son complementarios, pero esta complementación exige, si no se quiere desconocer la particularidad de la pertenencia a un pueblo originario la Convención de Belem debe interpretarse a la luz del Convenio 169, tal como se justificó en la sección II de este documento **(JMF)**
- La declaración de NU sobre derechos de los pueblos indígenas resulta aplicable o como derecho consuetudinario internacional o como soft law. De sus normas se puede desprender el derecho de los pueblos indígenas a su propia juridicidad, en la medida de los límites que mencioné en el comentario (8) **(IBP)**
- Además, el Convenio sobre protección y promoción de la diversidad de las expresiones culturales, junto a otras normas a saber el art.- 27 PIDCP, Convenio 169, DNU DPI de 2007, la misma ley Indígena, permite afirmar la existencia en nuestro ordenamiento del principio jurídico de respeto de la diversidad cultural, en cuanto principio de derecho internacional. Es este creo el punto de partida, pues no tiene sentido reconocer la existencia de un principio como este y negarlo en la aplicación concreta de la ley **(IBP)**

- No aplicar el Convenio por sobre la ley 20.066 impidiendo a la familia lograr restablecer el equilibrio de acuerdo a sus costumbres tradicionales, implica no cumplir el deber del Estado de propender al fortalecimiento de la familia, en conformidad al art. 1 de la CPR (considerando 4 del fallo de la Corte de Apelaciones de Temuco, ver documento “Antecedentes”) **(JMF)**

Las siglas corresponden a los siguientes nombres de las personas que participaron en este trabajo:

(RLV): Rodrigo Lillo Vera

(IBP): Ignacio Barrientos Pardo

(MSH): María Salamanca Huenchullán

(RCS): Ricardo Cáceres Setien

(JMF): José Manuel Fernández

V. Texto completo de las sentencias

SENTENCIA 1

Corte de Apelaciones de Temuco

Temuco, veintiuno de diciembre de dos mil once.

VISTOS:

Que a fojas 4 comparece Jaime López Allendes, abogado Defensor Penal Público, domiciliado en calle Prat 087 de Temuco, quien interpone acción constitucional de amparo a favor del menor de edad Felipe Marillán Morales, domiciliado en Comunidad Mapuche Temucuicui, comuna de Ercilla, así como de los restantes integrantes mapuches de dicha comunidad, y en contra de Carabineros de Chile, Prefectura de Malleco, por los hechos ocurridos en la Comunidad antes señalada y que constituyen amenaza a la libertad personal y seguridad individual de sus integrantes.

Expresa el recurrente que, con fecha 08 de diciembre de 2011, en horas de la tarde, unos 300 efectivos de Carabineros ingresaron a la Comunidad Temucuicui, a bordo de dos buses, cinco vehículos, un helicóptero y carro lanza gases, efectuando disparos. En dicho operativo fue privado de libertad sin motivo aparente el menor Felipe Marillán Morales, quien se encontraba jugando fútbol con otros miembros de la comunidad. El menor fue conducido a la Comisaría de Collipulli, permaneciendo en calidad de detenido por varias horas, siendo dejado en libertad en horas de la madrugada del 09 de diciembre de 2011.

Agrega el recurrente que estos hechos se enmarcan dentro de un estado de hostigamiento policial permanente en contra de los miembros de esta comunidad indígena, mediante el cual los efectivos de Carabineros ingresan a sus casas, utilizan disuasivos químicos y detienen personas. Manifiesta que, las facultades que la ley otorga a los organismos policiales no pueden confundirse con un estado de permanente hostigamiento, mediante la presencia de efectivos armados en la Comunidad, comportamiento que se aparta del utilizado por carabineros en el resto del país, tanto por los medios empleados, la frecuencia, como la detención indiscriminada de personas.

Por estas razones, el recurrente expresa que los miembros de esta Comunidad Indígena tiene el temor fundado que, en cualquier momento, Carabineros ingresará a su espacio geográfico y privará a sus miembros de la libertad de desplazamiento, vulnerando con ello la garantía constitucional del artículo 19 N° 7 de la Constitución Política de la República, máxime cuando el artículo 18 del Convenio 169 de la OIT impone la obligación de los Estados partes de aplicar sanciones legales en contra de toda intrusión no autorizada en tierra indígena.

Concluye solicitando que se acoja el recurso de amparo y se adopten las providencias necesarias para restablecer el imperio del derecho, a fin de garantizar la libertad personal y seguridad individual de los recurridos.

Que a fojas 23 emite informe la Prefectura de Carabineros Malleco, señalando que el 08 de diciembre de 2011 se informó a la Segunda Comisaría de Collipulli que unos 15 mapuches encapuchados ingresaron al Fundo Montenegro, premunidos de boleadoras, hondas y armas de fuego, lanzando pedradas y efectuando disparos en contra del personal policial que desarrolla servicios de protección permanente, según la medida dispuesta por la Fiscalía Local de Collipulli. Debido a lo anterior, los funcionarios policiales se desplegaron por distintos sectores del lugar a fin de repeler el ataque de los encapuchados, utilizando para ello escopetas antidisturbios, que lanzan balines de goma y carabinas lanza gases. Fue en esos instantes, que personal de Fuerzas Especiales detuvo al menor Felipe Marillán Morales, quien fue sorprendido tratando de cortar los cables de electricidad que alimentan el fundo Montenegro. El menor fue conducido a la Comisaría de Collipulli y entregado posteriormente a su hermana, alrededor de las 22:00 horas.

Agrega el informe que el número de efectivos que participó en este acto de defensa no superó los 11 carabineros. En cuanto a la afirmación de que habría sobrevolado el área un helicóptero y otros vehículos policiales, ello es efectivo, pero se encontraban investigando otro delito, que corresponde a una denuncia por robo de animales efectuada el mismo 08 de diciembre a nivel 133 y que afectó el Fundo María Ester, ubicado en la comuna e Victoria.

Concluye señalando que, de los dos procedimientos policiales anteriores, se dio cuenta a las Fiscalías Locales de Collipulli y Victoria, adjuntando la documentación respectiva.

CON LO RELACIONADO Y CONSIDERANDO:

1°.- Que la acción constitucional de amparo puede ser interpuesta por cualquier individuo que se hallare arrestado, detenido o preso con infracción de lo dispuesto en la Constitución y en las leyes, a fin de que la Corte de Apelaciones respectiva ordene que se guarden las formalidades legales y adopte las providencias necesarias para restablecer el imperio del derecho, asegurando la debida protección del afectado.

2°.- Que, de la sola lectura del recurso de amparo, del informe de Carabineros y de los antecedentes agregados a la causa, es posible concluir que efectivamente el día 08 de diciembre de 2011 funcionarios de carabineros ingresaron a la Comunidad Temucuicui, ello con la finalidad de repeler un ataque efectuado por aproximadamente 15 encapuchados, en contra del personal policial que se encuentra de manera permanente en el Fundo Montenegro, en cumplimiento de una medida de

protección decretada por la Fiscalía Local de Collipulli. Asimismo, resultó establecido que en dicho operativo fue detenido el menor Felipe Marillan Morales, de 12 años de edad.

3°.- Que, del mérito de los antecedentes, aparece que los funcionarios de Carabineros actuaron en aquella oportunidad –al menos formalmente y respecto de los adultos involucrados- con sujeción al procedimiento legal y reglamentario vigente, toda vez que el despliegue policial fue motivado por el ataque de un número no determinado de encapuchados, provistos de boleadoras y armas de fuego, quienes, al ser repelidos, huyeron hacia los fundos colindantes, lugar donde precisamente se ubica la Comunidad Indígena Temucuicui. En tal escenario, no se advierte la existencia de ilegalidad en el actuar de la recurrida, máxime cuando se encontraban en situación de flagrancia y, en consecuencia, amparados por lo dispuesto en el artículo 134 del Código Procesal Penal.

4°.- Que, no obstante lo anterior, la detención del menor Felipe Marillán Morales en el contexto antes señalado, vulnera las normas de la Convención Internacional de Derechos del Niño, especialmente lo dispuesto en sus artículos 6.2 y 16.1, disposiciones que imponen a los Estados partes la obligación de garantizar la “supervivencia y desarrollo de los niños” y evitar “injerencias arbitrarias o ilegales en su familia y domicilio”, situación que precisamente ha ocurrido en este caso, resultando evidente que ello vulnera la libertad personal y seguridad individual de este menor de edad y que motiva acoger el recurso de amparo, en la forma que se dirá.

5°.- Que, por último, aun cuando no se advierte otra arbitrariedad que la señalada en el motivo anterior, lo cierto es que las incursiones y operativos policiales en el interior de la Comunidad Temucuicui constituyen hechos públicos y notorios que, si bien se encuentran legitimados formalmente, mediante el cumplimiento de los requisitos impuestos por el Código Procesal Penal, motivan el legítimo cuestionamiento de este Tribunal respecto de la necesidad de tales incursiones y de la racionalidad de los medios empleados para llevarlas a cabo, y sitúan a Carabineros frente al riesgo permanente de vulnerar no sólo lo dispuesto en el artículo 19 N° 7 de nuestra Carta Fundamental, sino que también las disposiciones que sobre la materia contiene el Convenio 169 de la OIT, particularmente su artículo 3.2, que dispone: “ No deberá emplearse ninguna forma de fuerza o coerción que viole los derechos humanos y las libertades fundamentales de los pueblos interesados, incluidos los derechos contenidos en el presente Convenio”.

Teniendo presente que esa acción constitucional ha sido interpuesta en carácter de preventiva y con la sola finalidad de cautelar la posibilidad real y cierta de que funcionarios de la recurrida lleguen a cometer excesos en los operativos desplegados al interior de esta Comunidad Indígena–o de cualquier otra-, también se acogerá el recurso de amparo, en la forma que se dirá.

Y visto lo dispuesto en el artículo 21 de la Constitución Política de la República, se declara:

Que SE HACE LUGAR al recurso de amparo interpuesto a fojas 4 por Jaime López Allendes a favor de los miembros de la Comunidad Temucuicui, sólo en cuanto se ordena a la Prefectura de Carabineros Malleco efectuar los procedimientos policiales en dicho sector con estricta sujeción a la normativa constitucional y legal vigente, absteniéndose, en lo sucesivo, de afectar los derechos fundamentales de las personas amparadas, teniendo una especial consideración respecto de los menores de edad.

Regístrese, notifíquese y archívese, en su oportunidad.

N° 1136-2011(brz)

Pronunciada por la Primera Sala

Presidente Ministro Sr. Leopoldo Llanos Sagristá, Fiscal Judicial Sra. Tatiana Román Beltramin y Abogado Integrante Sr. Ricardo Fonseca Gottschalk.

Temuco, veintiuno de diciembre de dos mil once, notifiqué por el estado diario, la resolución precedente a las partes.

C.A. de Temuco

Certifico: Que se anunciaron, escucharon relación y alegaron los abogados Sr. Carlos Flores, contra el recurso ocho minutos y don Jaime López, por el recurso veinte minutos. Temuco, veintiuno de diciembre de 2011.

Reforma Procesal Penal 1136- 2011 (brz.)

Patricia Abollado Vivanco

Relatora

SENTENCIA 2

Corte de Apelaciones de Temuco

Temuco, dieciseis de diciembre de dos mil once.

Vistos.

Que a fojas 15, doña Nancy Calabrano Torres, Jennifer Calabrano Calabrano, Ivette del Carmen Calabrano Torres y doña Myriam Luz Gallardo Cayul, todas domiciliadas en reducción Cherquenco Alto, comunidad Wente Winkul Mapu, sin número, Ercilla, quienes comparecen por sí y en representación de sus hijos, deduciendo recurso de protección contra la Gobernación de la provincia de Malleco, de Carabineros de Chile, Prefectura de Malleco, y contra quienes resulten responsables de la violación a las garantías fundamentales contempladas en el artículo 19 de la Constitución Política del Estado.

Precisan que el recurso va dirigido a favor de quienes suscriben y también, de los menores Myriam Magdalena Toro Calabrano de 17 años de edad, Ruth Katia Toro Calabrano de 12 años de edad, Daniela Sara Toro Calabrano de 10 años de edad, Claudio Martín Toro Calabrano, de la joven Marta Zunilda Toro Calabrano de 19 años de edad, hijos de doña Nancy Magdalena Calabrano Torres, así como de su marido Juan Martín Toro Ñanco, del menor Simon Ariel Palacios Calabrano, de 6 meses de edad, hijo de Jennifer Calabrano Calabrano, además de Marcela Ester Toro Calabrano de 13 años de edad y Blanca Uniset Toro Calabrano de 8 años de edad, todos hijos de Ivete del Carmen Calabrano Torres. Igualmente a favor de Paulina Ivette Calabrano Gallardo de 6 años de edad, Pablo Natanael Calabrano Gallardo de 5 años de edad y Analys Belen Calabrano Gallardo de 3 años de edad, todos hijos de Myriam Luz Gallardo Cayul; y en favor de todos los hombres, niños, mujeres y ancianos de la comunidad mapuche Wente Winkul Mapu, sector Cherquenco, comuna de Ercilla, la cual se encuentra militarizada según las propias declaraciones del gobernador de Malleco.

En cuanto a los hechos, relatan que el miércoles 2 de noviembre del presente año, alrededor de las 8 de la mañana, Nancy Calabrano fue a dejar a sus hijos al paradero que se encuentra en el camino público Cherquenco, como a 80 metros de su hogar, para esperar el bus que los lleva al colegio de Pidima. Cuando volvía a su hogar escuchó disparos y el entorno de su casa se llenó de humo, vio como frente a su casa se desplaza por el camino público, en dirección a Cherquenco un grupo de carabineros, vestidos con ropa militar, cascos, metralletas y fusiles en sus manos, tras ellos venían dos patrullas, dos furgones, zorrillos y camionetas de color blanco, rojo, plomo y negro, en las últimas camionetas venían en la parte descubierta carabineros de pie, armados apuntando hacia las casas, Los carabineros que venían adelante, disparaban en dirección a su casa y lanzaban bombas lacrimógenas también a hacia su hogar, señala que corrió hacia el paradero donde se encontraban sus hijos, junto a los de su hermana Carmen y de Mireya Gallardo Cayul, a pedirles a los niños que se devolvieran a sus casas. Luego trató de hablar con carabineros para decirles que dejaran de disparar y tirar lacrimógenas, debido a que en las casas se encontraban niños y un par de ancianas, pero le respondieron con puras groserías. Agrega que al mediodía la misma caravana regresaba por el camino público que colinda con su cada, disparando balines de goma, los cuales caían como lluvia encima de los techos de sus casas, lanzando, además, bombas lacrimógenas contras sus casas.

Sostiene que el día 3 de noviembre y 4 del mismo se mes se repitió la misma situación, siendo el hecho más grave el ocurrido el jueves 3 como a las 18:30 horas, momento en que nuevamente escucho disparos y al salir a ver lo que pasaba, vio como carabineros se adentraba en su terreno, viendo como una bomba lacrimógena había estallado en la puerta abierta de la casa de su vecina Jennifer, la cual tiene un hijo de pocos meses de edad. Agrega que se acercó a hablarles para que tuvieran más respeto, cuando estaba a unos cinco metros de los carabineros, dentro de su propiedad, éstos, no dejaban de apuntarle y uno de ellos sin decir palabra le disparó un balín que le hirió su seno izquierdo, el cual comenzó a sangrar. En esos momentos llegaba su marido, Juan Martín Toro Ñanco y a él le dispararon un balín en la pera, el cual lo dio vuelta y lo hizo sangrar profusamente, al verla herida, su hija Marta Toro Calabrano corrió a socorrerla, siendo también baleada recibiendo un disparo en su cadera derecha.

De igual modo doña Jennifer Calabrano Calabrano, denuncia lo ocurrido el día jueves 3 de noviembre del presente año, día en que se encontraba sola en su casa junto a su hijo de seis meses de edad, cuando alrededor de las seis o seis y media de la tarde, salió a buscar leña cerca de su casa dejando solo a su hijo solo un rato al interior de la casa, comenzó a escuchar disparos y vio que una bomba lacrimógena había estallado en la puerta de su casa, la cual se encontraba abierta, corrió a ver a su hijo el cual se encontraba asfixiado por los gases. Sostiene que fue al Hospital de Collipulli junto a su vecina Nancy, su esposo Martín y su hija Marta, los cuales habían sido heridos por carabineros.

Las recurrentes Ivete Del Carmen Calabrano Calabrano y Miriam Luz Gallardo Cayul, reafirman los dichos referidos precedentemente, agregando que el 2 de noviembre, cerca de las ocho de la mañana cuando fueron a dejar a sus hijos a la garita en el camino público a Pidima, los carabineros empezaron a disparar y lanzar lacrimógenas, provocando a los niños llanto y asfixia, los cuales no pudieron asistir al colegio ya que quedaron muy afectados. Manifestando que esto ha ocurrido durante varios días, y los días siguientes la situación fue más grave aún, lo que les provoca miedo, temor e incertidumbre sobre lo que pueda llegar a ocurrir.

Afirman que con su actuar carabineros ha atentado contra la integridad física y psíquica de los miembros de su comunidad y de sus niños generando temor e incertidumbre, lo que sin duda tiene implicancias en el normal desarrollo de los niños y en su proceso de aprendizaje.

Vulnerándose con su actuar las garantías constitucionales consagradas en el artículo 19 n°1,3 y 5, esto es, el derecho a la vida y a la integridad física y psíquica de la persona, la igual protección de la ley en el ejercicio de sus derechos, y la inviolabilidad del hogar, infringiendo además el convenio 169 de la OIT y la convención sobre los derechos del niño.

Terminan solicitando, en virtud de los antecedentes de hecho y derecho expuestos, acoger el recurso de protección deducido, declarando que los recurridos han actuado, o incurrido en omisiones en su caso, de forma ilegal y arbitraria, conculcando la integridad física y psíquica de los adultos y menores indicados y se ordene en consecuencia a Carabineros de Chile, abstenerse de encañonar, lanzar bombas lacrimógenas, disparar, ni intimidar a los adultos y niños menores y no ingresar con violencia en las habitaciones y domicilios de las comunidades mapuches, asimismo que se ordene de manera taxativa que no se infiera con el libre tránsito por los caminos de uso habitual de los comuneros del sector Cherquenco, comuna de Ercilla, con el despliegue de operaciones militares de protección a particulares. Que no se interfiera el transporte escolar de los niños mapuches en el trayecto de sus hogares a su lugares de estudio, bajo ningún pretexto y, menos aún, con las de restablecer el imperio

del derecho, suspendiendo en forma inmediata todo acto u omisión que perturbe u amenace las garantías constitucionales señaladas. En definitiva, que se ordene cesar el estado de militarización de la zona en que han ocurrido tan graves hechos

A fojas 35 rola informe de la recurrida, Gobernación Provincial de Malleco, solicitando el rechazo del recurso, toda vez que en cuanto a la forma, no cumple con lo dispuesto en el auto acordado, ya que si bien se señala que se interpone el recurso en contra de la gobernación de Malleco, debió necesariamente señalarse quién la representa y no basta con señalar que se recurre en contra del órgano.

De igual modo, el recurso deber ser rechazado en cuanto se dirige en su contra, debido a que no se señala de manera alguna cual es la conducta, ya sea por acción o por omisión arbitraria o ilegal, en que se habría incurrido la Gobernación de Malleco, tampoco se indica en su parte petitoria, cual es la conducta de la cual debe obtenerse la recurrida.

En cuanto al fondo, luego de realizar una síntesis de los operativos policiales realizados en el sector, los días 2, 3 y 4 de Noviembre, se sostiene que la presencia policial en el lugar obedece y tiene su justificación que los efectivos policiales cumplían una medida de protección emanada de la fiscalía local de Collipulli y no a un actuar ilegal y arbitrario.

En las fechas citadas, un grupo no identificado de personas se han dado la tarea de atacar vehículos que circulan por el camino público y que atentan contra la integridad física de funcionarios policiales de servicio, que cumplen medidas de protección emanada de órganos competentes poniendo en riesgo a trabajadores y personal de carabineros, como a los moradores del lugar, por lo que la autoridad policial ha debido ordenar el resguardo de las vías y personas y repeler los ataques para restablecer el orden público.

Agrega que el uso disuasivo de la fuerza pública por parte de las autoridades es el medio idóneo que contempla nuestro ordenamiento legal y constitucional para conjurar situaciones constitutivas de delitos en que personas amenazan la integridad, seguridad y bienes de otros.

Por otro lado, se señala que no hay disposición emanada de la Gobernación que califique el sector donde viven los recurrentes como zona de conflicto mapuche, ello es una calificación de tipo periodística. Agregando que tampoco hay instrucciones emanadas de la gobernación en el sentido de militarizar la zona.

A fojas 48, rola informe de la recurrida, Carabineros de Chile Prefectura de Malleco, suscrito por el Coronel Manuel Osvaldo Baeza Bustos, en el cual se señala que los días 2,3 y 4 de noviembre del presente, personal de carabineros se encontraba dando cumplimiento a la medida de protección que fue dispuesta por la fiscalía local de Collipulli a favor de Bosques Cautín S.A. según investigación Ruc N° 1100876307-2, y fue producto de este cumplimiento que personal de carabineros fue atacado con armas de fuego y cortas, lo que en definitiva produjo un enfrentamiento con antisociales del sector Cherquenco, donde en definitiva resulto lesionado personal de Carabineros, así como también resultaron con daños vehículos policiales y particulares. Se detallan los procedimientos adoptados en cumplimiento de la precitada medida de protección durante los días 2, 3 y 4 de noviembre del año en curso, y los enfrentamientos que se habrían originado a raíz de ello.

Finalmente el informante hace presente, que durante estos sucesos resultaron detenidos Paulino Javier Levipan Coyan y Daniel Bernardo Levinao Montoya, quienes fueron formalizados en el Juzgado de Garantía de Collipulli, por los delitos de Homicidio Frustrado a Carabineros de Servicio, Porte Ilegal de Armas, Daños y Desordenes Públicos, quienes quedaron en prisión preventiva.

Que en apoyo de sus alegaciones la recurrente acompañó los siguientes documentos: 1) Registros de atención de urgencia en el Hospital de Collipulli a Juan Martín Toro Nanco, Nancy Calabrano Torres, Marta Zunilda Toro Calabrano y Simón Ariel Palacios Calabrano, todos del 03/11/2011. 2) Registro de atención de urgencia en Hospital de Victoria de Nancy Calabrano Torres de 03/11/2011. 3) Set de 9 fotografías en los que se observa a funcionarios de carabineros en un sector rural.

Que al evacuar su informe la recurrida, Gobernación Provincial de Malleco, acompañó: 1) Copias de Oficios N° 766 y 769 de la Prefectura de Carabineros Malleco N° 21 de fecha 02 de noviembre de 2011.2) Copia de Oficio N° 776 de la Prefectura de Carabineros Malleco N° 21 de fecha 04 de noviembre de 2011.3) Copia de Oficio N° 782 de la Prefectura de Carabineros Malleco N° 21 de fecha 05 de noviembre de 2011.

Por su parte la Prefectura de Carabineros de Malleco, en apoyo a su informe acompañó: 1) Copia de Oficio N° 3153 del Fiscal Jefe de la Fiscalía de Collipulli, de fecha 17/10/2011 sobre medida de protección en causa Ruc 1100876307-2. 2) Parte denuncia N° 526 de fecha 01/11/2011 de la Tenencia de Ercilla. 3) Parte detención N° 1020 de fecha 02/11/2011 de la 2ª Comisaria de Carabineros de Collipulli. 4) Parte denuncia N° 1031 de fecha 03/11/2011 de la 2ª Comisaria de Carabineros de Collipulli. 5) Parte denuncia N° 1035 de fecha 04/11/2011 de la 2ª Comisaria de Carabineros de Collipulli.6) Parte denuncia N° 530 de fecha 04/11/2011 de la Tenencia de Ercilla. 7) Copias fotostáticas autorizadas de las constancias en Libro de Población de la Subcomisaria de Fuerzas Especiales, por procedimientos de los días 2, 3 y 4 de noviembre de 2011.

Que a fojas 57 se trajeron los autos en relación.

CONSIDERANDO:

PRIMERO: Que el recurso de protección establecido en el artículo 20 de la Constitución Política de la República está establecida a favor de aquel que por causa de actos u omisiones arbitrarias o ilegales, sufre privación, perturbación o amenaza en el legítimo ejercicio de alguno de los derechos o garantías constitucionales a que se refiere el artículo 20 de la Constitución, por la cual el afectado puede, en tal

caso recurrir a la Corte de Apelaciones a fin de que se adopte de inmediato las providencias que juzguen necesario para establecer el imperio del derecho y asegurar la debida protección, sin perjuicio del derecho que pueda hacer valer los afectados ante las autoridades o los tribunales correspondientes.

SEGUNDO: Que son hechos del recurso los siguientes:

1.- Que los días 2, 3 y 4 de Noviembre pasado Carabineros se encontraban cumpliendo medidas de protección dispuesta por la Fiscalía del Ministerio Público de Collipulli, y existiendo caminos públicos intervenidos por terceros que obstaculizaron la libre circulación por éste al tratar de despejar el acceso público, se produjeron enfrentamientos resultando civiles y uniformados con lesiones;

2.- Que a raíz de los hechos anteriores, Carabineros ingresó a los patios de algunas viviendas de la comunidad Wente Winkul Mapu de Ercilla, con el fin de detener a los autores de los hechos, arrojando bombas de gases lacrimógenos y realizando otras acciones a fin de cumplir con dichas detenciones; a consecuencia de las cuales resultó afectado por la inhalación de tales gases el menor de seis meses de edad Simón Ariel Palacios Calabrano, y con lesiones su madre Nancy Calabrano Torres y doña Marta Zunilda Toro Calabrano, todo lo cual consta en los informes de atención de urgencia del Hospital de Collipulli y agregados a los autos, así como de las fotografías que se adjuntaron al recurso y que rolan a fs. 13.

TERCERO: Que si bien Carabineros de Chile tiene como misión Constitucional y legal preservar el orden público y dar cumplimiento a las órdenes que emanen de autoridades competentes (en este caso, del Ministerio Público), la ejecución de tales medidas debe hacerse con el cuidado suficiente de no emplear fuerza desmedida ni menos afectar a personas que difícilmente pudieren tener participación en los hechos, como en el presente caso aconteció con mujeres y niños, miembros además de una comunidad indígena, por lo que tal accionar, al aparecer desprovisto de racionalidad, resulta arbitrario.

CUARTO: Que por otro lado, los actos precedentemente descritos devienen en ilegales, al trasgredir el Artículo 3 de la Convención sobre Derechos del Niño, que establece que las medidas que adopte toda autoridad debe tener "una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño", y el Artículo 6 del mismo instrumento internacional, que estatuye que todo niño tiene el derecho intrínseco a la vida y que se garantizará en la máxima medida posible su supervivencia y desarrollo del niño.

Asimismo, vulnera el artículo 4 N° 1 del Convenio N° 169 sobre pueblos indígenas, que señala que deberán adoptarse las medidas especiales que se precisen para salvaguardar las personas de estas comunidades indígenas.

QUINTO: Que, en la especie esta Corte estima que los actos arbitrarios e ilegales precedentemente descrito conculcan el derecho consagrado en el artículo 19 N° 1 de la Constitución Política de la República, en cuanto asegura a las personas el derecho a la vida y a la integridad física y psíquica.

SEXTO: Que las lesiones ocasionadas a niños y mujeres y la detonación de bombas lacrimógenas en los hogares de los miembros de la Comunidad Indígena atenta y se contradice con los postulados de la Constitución Política del Estado, de la Convención sobre Derechos del Niño y el Convenio N°169 sobre pueblos indígenas –como ha quedado dicho-; y por ende el recurso presentado será acogido en cuanto se dirige en contra de Carabineros de Chile, como se dirá en lo resolutivo de este fallo.

Se desestimaré, en cambio, respecto de la Gobernación Provincial de Malleco, por no haberse establecido la comisión por ésta de acto alguno arbitrario o ilegal que constituya vulneración de derechos constitucionales.

Y vistos además lo previsto en el artículo en el artículo 20 de la Constitución Política de la República y Auto Acordado de la Excm. Corte Suprema sobre tramitación y fallo del recurso de protección SE ACOGE el recurso, solo en cuanto Carabineros de Chile, en lo porvenir, deberá abstenerse de realizar actos de violencia contra mujeres y niños y de lanzar bombas lacrimógenas en las patios de las viviendas particulares de la comunidad indígena ya referida.

Con el voto en contra del Sr. Ministro Luis Troncoso Lagos que estuvo por rechazar el libelo presentado, por cuanto, estima que es de conocimiento público que en la zona existe muchos conflictos entre las comunidades indígenas y las Empresas Forestales y el Estado chileno debe resguardar la propiedad privada que también es un derecho consagrado por la Constitución y las leyes de la República y las Fuerzas Policiales tienen la obligación de actuar cuando sean requeridos por el Ministerio Público, cuando existen disturbios y amenazas que alteren el orden público establecido.

Redacción del ministro Sr. Luis Troncoso Lagos.

Regístrese y archívese

Proteccion-342-2011.(brz)

SR. TRONCOSO LAGOS

SRA. LLANOS MORALES

Pronunciada por la Primera Sala

Presidente Ministro Sr. Luis Troncoso Lagos, Ministro Sr. Leopoldo Llanos Sagristá y Ministra Sra. María Elena Llanos Morales. Se deja constancia que el Ministro Sr. Leopoldo Llanos Sagristá, no firmó, no obstante haber estado presente en la vista de la causa y su respectivo acuerdo, por encontrarse con permiso.

Temuco, dieciséis de diciembre de dos mil once, notifiqué por el estado diario, la resolución precedente a las partes.

SENTENCIA 3

Corte de apelaciones de Temuco, veintisiete de octubre de dos mil once

A fojas 2: Téngase presente.

VISTOS Y TENIENDO ADEMÁS PRESENTE.

1.- *Que consta del mérito de los antecedentes, que tanto víctimas como imputado tiene apellidos indígenas, de manera que su calidad de tal es indiscutida atendido lo previsto en el artículo 2° de la Ley 19.253.*

2.- *en consecuencia, la controversia en estos autos consiste en determinar si pueden los intervinientes arribar a acuerdos reparatorios, pese a que se encuentra prohibido por el artículo 19 de la Ley 20.066 y ello por aplicación del convenio q169, norma de rango superior y que obliga a respetar los métodos de resolución de conflictos de los pueblos originarios.*

3.- *Que en este sentido, es un hecho público y notorio en esta Región, que las personas de la etnia mapuche, históricamente han resuelto sus conflictos, incluso algunos de mayor gravedad que los que motivan esta causa, mediante la negociación, por cuanto es propio de su cultura resolver de esta manera los conflictos, razón por la cual resulta plenamente aplicable el Convenio 169 ya referido por sobre la Ley 20.066.*

4.- *Por otra parte, actuar de otra manera, impidiendo el término del conflicto de la forma que se ha producido, implicaría desintegrar a una familia que ha podido recomponerse mediante una solución que les parece justa, lo que estaría en contradicción con el convenio ya referido que obliga a fortalecer la integración de los pueblos, más aún cuando de esta manera se contribuye a cumplir con el interés superior de fortalecer la familia de acuerdo a lo que establece la Constitución Política de la República.*

Y visto lo previsto en los artículos 9 y 10 del convenio 169, artículo 5° inciso segundo de la Constitución Política de la República, SE CONFIRMA la resolución apelada de fecha cuatro de octubre de dos mil once, que decretó el sobreseimiento definitivo de estos antecedentes a consecuencia de haberse aprobado acuerdo reparatorio entre el imputado YONEL CARLOS CHEUQUENAL REINAO y las víctimas por el delito de lesiones menos graves en contexto de violencia intrafamiliar.

N° Reforma procesal penal-955-2011.

SENTENCIA 4

Sentencia Corte Suprema (Confirma Sentencia 3)

Fallo Corte Suprema

Rol: 10635-2011

Recurso de Queja

Defensoría Penal Pública

Rechazado.

Santiago, cuatro de enero de dos mil doce.

Vistos y teniendo presente:

1° *Que a fs. 13, comparece el abogado Sr. Roberto Chifelle Márquez, en su calidad de Fiscal Regional (S) de la Araucanía, quien deduce recurso de queja contra los Ministros de la Corte de Apelaciones de Temuco Sr. Álvaro Mesa Latorre, Sr. Héctor Toro Carrasco y Sr. Julio César Grandón, por la sentencia que pronunciaron el 27 de octubre de 2011 y por la cual confirmaron la resolución del Juez de Garantía de Lautaro, adoptada en la causal Rit 461-2011, RUC 1100529076-9, seguida contra Yonel Cheuquenal Reinao, en cuya virtud se había aprobado un acuerdo reparatorio celebrado entre el imputado y las víctimas de ese proceso, que corresponde a una investigación por el delito de lesiones menos graves en contexto de violencia intrafamiliar, con lo cual se dispuso, en consecuencia, el sobreseimiento definitivo de la causa.*

Explica el recurrente de queja, que el día 25 de mayo de 2011, Cheuquenal Reinao insultó a su hermana Elba Cares Reinao e intentó agredirla, saliendo en su defensa su madre y dos de sus hermanos, a quienes golpeó el primero, resultando la madre de la primera ofendida y sus hermanos con lesiones leves, que de conformidad a lo prevenido en el Código Penal, deben ser estimadas como menos graves.

En la audiencia correspondiente, antes que el imputado contestara en los términos del artículo 395 del Código Procesal Penal, la defensa alegó que aquél pertenecía a la etnia mapuche y que regía, en consecuencia, a su respecto, el Convenio 169 de la OIT que, en particular en sus artículos 9 y 10, establece que en las cuestiones penales debe tenerse en consideración la costumbre de esos pueblos y que en tales casos se buscaba recomponer el equilibrio al interior de la familia y la comunidad, lo que en el Código Procesal Penal correspondía a un acuerdo reparatorio; los que, a pesar de estar prohibidos en la ley 20.066, el Convenio 169 de la OIT debe primar sobre la citada ley.

El recurrente de queja aduce que procuró en esa audiencia que el tribunal rechazara la solicitud del defensor, desde que el artículo 19 de la ley 20.066 prohíbe de modo expreso los acuerdos reparatorios, toda vez que de manera empírica se ha demostrado que tales soluciones resultan ser débiles por no existir pie de igualdad entre los intervinientes y, además, por aplicación del principio de

especialidad, en cuya virtud debe aplicarse el artículo 19 de la ley 20.066 por sobre el Convenio 169 de la OIT.

Sin embargo, el juez acogió la solicitud de la defensa, aprobó el acuerdo y sobreseyó la causa, ante lo cual apeló el Ministerio Público, fundado precisamente en que el artículo 19 de la ley 20.066 es una norma de carácter prohibitivo; y, además, en que el artículo 9 del mismo Convenio 169 de la OIT citado por la defensa, ordena que “En la medida que ello sea compatible con el sistema jurídico nacional... deberán respetarse los métodos a los que los pueblos interesados recurran tradicionalmente para la represión de los delitos cometidos por sus miembros”.

Asimismo, se alegó ante los Ministros recurridos, que era una cuestión de prueba si el acusado pertenecía o no a la etnia mapuche, lo que no se cumplió; como tampoco se explicitó en qué consistía el método indígena, ni se permitió argumentar en torno a la forma de probar la existencia de ese método y su pertinencia al caso concreto, sino que simplemente se supuso que el acusado era indígena y también se supuso que en esa etnia los conflictos de violencia intrafamiliar se zanjaban con disculpas públicas.

2° Que en el informe evacuado por los recurridos y que corre agregado a fs. 37, se explicó que los involucrados tienen la calidad de mapuches por así establecerlo el artículo 2 de la ley 19.253, que considera como tales a los que poseen al menos un apellido de ese origen.

Sobre las demás imputaciones, el único juez que suscribió el informe, precisó que los demás argumentos del fallo están contenidos en los considerandos 2°, 3° y 4° de la sentencia, sin que se advierta la comisión de falta o abuso alguno.

3° Que la primera cuestión que se evidencia del recurso, es que tanto ante el Juez de Garantía de Lautaro como ante la Corte de Apelaciones de Temuco, se discutió sobre la procedencia y/o aplicación del Convenio 169 de la OIT al caso concreto, en relación a dos cuestiones fundamentales: primacía de esa norma por sobre la ley especial de violencia intrafamiliar, o, de contrario, de aquel Convenio sobre esa Ley; y, luego, dos cuestiones de prueba: si los involucrados pertenecían o no a la etnia mapuche y cuál sería el sistema de resolución de conflictos en ésta.

4° Que, claramente, la primera cuestión es de interpretación jurídica, puesto que ha de razonarse en torno a si el Convenio, en cuanto tratado internacional incorporado al ordenamiento jurídico interno, lo hace como ley común o con rango constitucional, de modo que sólo en este último caso pudiera tener preeminencia sobre la ley 20.066. Pudiera también generarse discusión en torno a la especialidad de los cuerpos normativos, puesto que uno atiende al hecho y el otro, a los sujetos.

Pero, sea cual sea la discusión, el tema es de interpretación legal.

5° Que, de otra parte, la segunda cuestión, que corresponde a una de prueba, efectivamente no fue abordada por el Juez de Garantía de Lautaro, pero sí lo fue por la Corte de Apelaciones de Temuco, cuyos integrantes, conociendo de un recurso de revisión de hechos y de derecho, se encontró en situación de completar el fallo en esa parte y así lo hizo, puesto que precisó que los involucrados pertenecían a la etnia mapuche, por así estar dispuesto en el artículo 2° de la ley 19.253 y, luego, que es un hecho público y notorio en esa zona que los mapuches solucionan sus conflictos a través de la negociación, en cuya virtud bien podían arribar como solución satisfactoria para todos ellos, a una disculpa pública.

6° Que en este escenario, ocurre que en cuanto se impugna una cuestión de interpretación, esta Corte ha resuelto en fallos anteriores que no corresponde hacer uso de la vía disciplinaria cuando la supuesta grave falta o abuso se hace consistir en una determinada interpretación jurídica, puesto que la simple circunstancia de no compartirse los razonamientos de los jueces no puede en ningún caso conformar una falta o abuso, siempre que se hayan señalado los motivos o razones por los cuales se ha concluido de una u otra forma, que es lo que ha ocurrido en la especie.

Además, y en lo que atañe a las cuestiones probatorias, los argumentos que se han esgrimido por la Corte –disposición legal y hecho público y notorio en la zona- son válidos y, por ende, no susceptibles de revisión en esta sede.

7° Que, en consecuencia, no se advierte de los antecedentes de autos que se haya incurrido en la grave falta o abuso que se reclama, por lo que esta acción disciplinaria no puede prosperar.

Y visto, además, lo dispuesto en los artículos 545 y 549 del Código Orgánico de Tribunales, se rechaza el recurso de queja deducido en lo principal de fs. 13 por el Fiscal Regional (S) de la Araucanía Sr. Alberto Chifelle Márquez.

Acordada con el voto en contra de los Ministros Sres. Rodríguez y Ballesteros, quienes estuvieron por acoger el recurso interpuesto y, en consecuencia, invalidar la sentencia de la Corte de Apelaciones de Temuco y en su lugar, revocar el acuerdo reparatorio alcanzado y ordenar la prosecución del juicio.

Para decidir de esta manera tuvieron en consideración los siguientes motivos:

1° Que si bien es efectivo que esta Corte de manera reiterada ha señalado que las cuestiones de interpretación no pueden ser objeto del recurso disciplinario, lo cierto es que ello es así sólo cuando es posible la presencia de interpretaciones diversas, cuyo no es el caso, donde no existe oscuridad alguna en los preceptos involucrados y, por lo tanto, no hay labor interpretativa alguna que realizar. Siendo clara la norma, no había más que aplicarla, sin distingo.

2° Que, en efecto, la Ley N° 20.066 en su artículo 19, prohíbe de modo expreso los acuerdos reparatorios y ello tiene su razón, precisamente en la inexistencia de igualdad entre quienes llegan a un proceso penal como víctimas de lesiones y victimarios a consecuencia de violencia intrafamiliar, estando demostrado que las conciliaciones o avenimientos de ningún tipo han servido a lo largo del tiempo para reparar este grave problema social.

Siendo una norma prohibitiva, simplemente no se pueden celebrar acuerdos de ningún tipo, en forma ni bajo condición alguna.

Por su parte, el artículo 9° del Convenio 169 de la OIT, dispone que deberán respetarse los métodos tradicionales de los pueblos indígenas “En la medida que ello sea compatible con el sistema jurídico nacional...” lo que evidentemente no ocurre en la especie, porque el sistema jurídico nacional, en este tipo de conflictos –exclusivamente- prohíbe la reparación entre las partes.

Siendo una disposición muy clara, independientemente de su jerarquía legal, no precisa interpretación alguna. Excluye el método indígena si es incompatible con el sistema jurídico nacional. No habiendo nada que interpretar, simplemente no debía aplicarse.

3° Que, por último, no está demás precisar que, siendo un Convenio adoptado por la Organización Internacional del Trabajo, si bien con el carácter de tratado internacional, ocurre que sus disposiciones siendo vinculantes para el país, conforman un conjunto de recomendaciones o proposiciones, tal como se advierte de su preámbulo.

Regístrese y devuélvase con su agregado.

Redactó el Ministro Sr. Dolmestch y la disidencia, sus autores.

Rol N° 10.635-11

Pronunciado por la Segunda Sala integrada por los Ministros Sres. Jaime Rodríguez E., Rubén Ballesteros U., Hugo Dolmestch U., Carlos Künsemüller L., y Juan Escobar Z.

Autorizada por la Ministro de Fe de esta Corte Suprema.

En Santiago, a cuatro de enero de dos mil doce, notifiqué en Secretaría por el Estado Diario la resolución precedente.

SENTENCIA 5

Sentencia Corte Suprema (Confirma Sentencia 1)

Santiago, a cinco de enero de dos mil doce.

Vistos:

Se confirma la sentencia apelada de veintiuno de diciembre del año dos mil once, escrita entre fojas 37 a 40, ambas inclusive.

Acordada con el voto en contra de los abogados integrantes Srs. Bates y Hernández, quienes fueron del parecer de revocar la decisión apelada, y en su lugar proceder a declarar el rechazo del recurso de amparo interpuesto a fojas 4 y siguientes, en atención a los siguientes fundamentos:

1°.- Que la acción constitucional de amparo o habeas corpus, en su faz preventiva, representa un remedio procesal de urgencia dirigido a resguardar a “toda” persona que ilegalmente sufra cualquiera privación, perturbación o amenaza en su derecho a la libertad personal y seguridad individual, como expresamente prescribe el inciso final del artículo 20 del la Carta Fundamental.

2°.- Que, en consecuencia, es legitimado activo para interponer tal acción, la víctima de un acto antijurídico que afecte directamente su derecho a la libertad personal y seguridad individual, lo que requiere la concurrencia de un interés personal y directo comprometido. En perspectiva constitucional, por tanto, la acción que interesa no está concebida para la defensa de intereses colectivos o difusos de un universo amplio e indeterminado, como grupos intermedios o aún la sociedad civil en su conjunto.

3°.- Que, el Derecho Internacional Convencional de los Derechos Humanos y, en particular, la Convención Americana de Derechos Humanos, garantizan a su vez el derecho de toda persona “detenida o retenida” o “privada de libertad”, para pronunciarse sobre “la legalidad de su arresto o detención” (artículo 7° N°s. 5 y 6.). Algo similar consigna el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, en sus artículo 9°.4. De lo anterior se infiere que el llamado en nuestro ordenamiento “recurso de amparo” tiene una clara fisonomía como derecho individual, diverso por estructura y régimen protectivo de los derechos sociales, regulados en otros instrumentos internacionales.

4°.- Que, por otro lado, del examen de la sentencia apelada que acoge el presente recurso de amparo, se aprecia que contiene un considerando a modo de marco, el que da cuenta de una actuación legítima de Carabineros de Chile, es decir, sujeta estrictamente al ordenamiento jurídico vigente en los hechos que registra.

5°.- Que, en el contexto del marco precitado, los hechos específicos que se atribuyen a la policía uniformada en relación con el menor Felipe Marillán, carecen de la claridad suficiente en cuanto a su origen y desarrollo para dar por establecida alguna infracción concreta a normas de derecho interno como internacional que se conformen con los requisitos exigibles y propios de un recurso de amparo.

6°.- Que, en efecto, de las reiteradas invocaciones a los derechos fundamentales de la persona humana, incluidos los derechos del niño, que formula el presente recurso de amparo, ponen en evidencia que otra es la acción constitucional destinada a ampararlos, sin que exista en el caso sublite perturbación, privación o amenaza a la libertad personal y seguridad individual del menor Marillán.

7°.- Que, la decisión recurrida, en la medida que acoge el arbitrio interpuesto y se formula una declaración general sobre la necesidad de que la fuerza pública proceda, en ejercicio de sus funciones, con rigurosa sujeción a la legalidad vigente, implica una apreciación implícita de mérito sobre la forma en que la institución llamada constitucionalmente a cautelar el orden público debería

enmarcar su acción en el futuro, lo que, a más de inocuo –porque no se explicita que el accionar policial haya sido ilegal o arbitrario- trasciende de los objetivos del recurso.

8°.- Sin perjuicio de lo anterior, fueron del parecer de remitir copia de los antecedentes al Ministerio Público, para investigar el origen de las lesiones que presentó el menor el día de los hechos, las que parecen constatadas en el registro de atención de urgencia que rola a fojas 34, emanado del Hospital de Collipulli.

Regístrese y devuélvase.

Redacción del Ministro Sr. Dolmestch y del voto en contra, sus autores.

Rol N° 35-12

Pronunciado por la Segunda Sala integrada por los Ministros Sres., Jaime Rodríguez E., Hugo Dolmestch U., Carlos Künsemüller L. y los abogados integrantes Sres. Luis Bates H., y Domingo Hernández E. No firma el Ministro Sr. Rodríguez, no obstante haber estado en la vista de la causa y acuerdo del fallo, por estar con permiso.

Autorizada por la Ministro de Fe de esta Corte Suprema.

En Santiago, a cinco de enero de dos mil doce, notifiqué en Secretaría por el Estado Diario la resolución precedente.