



UNIVERSIDAD DE CHILE
FACULTAD DE DERECHO
Departamento de Ciencias Penales

LA DEFENSORÍA DE LAS PERSONAS:
UNA ALTERNATIVA DE PROTECCIÓN A LOS DERECHOS FUNDAMENTALES
EN EL MARCO DEL CONFLICTO MAPUCHE

Memoria para Optar al Grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales

ÍTALO CARLOS ALONSO JAQUE RIBERA

Profesora Guía: Dra. Myrna Villegas Díaz

Santiago de Chile

2011

A Carlos y Lorena, por todo

ÍNDICE

	Página
A. Introducción.....	6
1. Capítulo I: Las violaciones a los Derechos Fundamentales en el marco del conflicto por recuperación de tierras: casos emblemáticos.....	9
1.1 Caso de Álex Lemún.....	9
1.2 Caso de Matías Catrileo.....	15
1.3 Caso de Jaime Mendoza Collío.....	18
1.4. Formas de violencia contra la infancia mapuche:	
1.4.1 Temucuicui y el caso de Patricio Queipul.....	21
1.4.2 La violencia contra la infancia mapuche en general.....	29
2. Capítulo II: Instituciones encargadas de la protección y difusión de los Derechos Humanos; instituciones responsables de la persecución penal.....	34
2.1 Comisión Asesora Presidencial.....	34
2.2 Instituto Nacional de Derechos Humanos.....	40
2.3 Justicia Militar.....	48
2.4 Ministerio Público y los Juicios Antiterroristas.....	75
3. Capítulo III: El Ombudsman.....	78
3.1 Orígenes del Ombudsman.....	78
3.2 El Defensor del Pueblo en América Latina.....	83
3.3 Elementos para una definición del Defensor del Pueblo.....	85
3.4 Principios que inspiran la gestión del Ombudsman: Los Principios de París.....	88
3.5 Atribuciones generales del Ombudsman en su aplicación en materias de Derechos de los Pueblos Indígenas.....	91
3.5.1 Investigación y Recomendaciones.....	91
3.5.2 Mediación y conciliación.....	96
3.5.3 Promoción y educación ciudadana.....	97
3.5.4 Iniciativa legislativa y perfeccionamiento del ordenamiento jurídico.....	99

3.5.5 Ejercicio de acciones constitucionales y judiciales, impulso de denuncias internacionales.....	100
3.6 Estado de la legislación en Chile.....	102
4. Capítulo IV: Aplicación.....	105
4.1 Plan general.....	105
4.2 Caso de Álex Lemún.....	107
4.3 Caso de Patricio Queipul.....	112
B. Conclusiones.....	115
C. Bibliografía.....	119
D. Anexo.....	128

INTRODUCCIÓN

Actualmente, se encuentra en su segundo trámite legislativo de reforma constitucional, la creación de un órgano que responde a estándares institucionales distintos de los que estamos acostumbrados. En lo que respecta a las tareas de fiscalización de los órganos del Estado, de la protección de los derechos de las personas frente a la administración, y de la protección y promoción de los derechos fundamentales, esta institución no se ajusta a los modelos administrativos tradicionales de control del poder, dotados de potestades sancionatorias y cuyas resoluciones son vinculantes para el órgano destinatario de aquéllas. Es una institución cuya efectividad descansa, según se analizará, no en el *imperium* que caracteriza a las instituciones que persiguen estos objetivos, sino en los valores de una sociedad democrática, donde los Derechos Humanos ocupan un rol fundamental en la convivencia social. En otras palabras, descansa en la dignidad del ser humano.

El presente trabajo tiene por objeto presentar una alternativa de solución a los procesos de violencia en la Araucanía -en el marco del conflicto por recuperación de tierras- desde la introducción de esta figura institucional, encargada de velar por el respeto a los derechos fundamentales: el Defensor del Pueblo u Ombudsman; denominada en Chile como **Defensoría de las Personas**. Como hipótesis de trabajo, formulamos que un Defensor del Pueblo, con las atribuciones contempladas en los Principios de París, sería eficaz en la protección de los derechos esenciales vulnerados por órganos del Estado, contra individuos y comunidades de la etnia mapuche. Además, en virtud de sus más amplias facultades, se encontraría en una situación privilegiada para intervenir positivamente en el conflicto mapuche, en comparación a otras instituciones dedicadas a la protección y difusión de los Derechos Humanos. Y en este sentido, este trabajo plantea una propuesta particular en cuanto a su efectividad, sobre la base de la vinculación de los derechos fundamentales con la conciencia social de su importancia y su exigencia.

Para cumplir con el objetivo propuesto, desarrollaremos la aplicación hipotética de la figura del

Defensor en las siguientes etapas:

El capítulo primero abordará algunos casos emblemáticos de vulneración a los Derechos Humanos por parte de las Fuerzas del Orden y Seguridad, contra individuos mapuche y contra la infancia mapuche en general, para ejemplificar la dinámica en la que tales situaciones se producen, y las condiciones que posibilitan su ocurrencia. Además, se documentará en este capítulo algunos de los procesos judiciales seguidos a raíz de estos casos.

En el capítulo segundo, se hará una descripción de las principales instituciones nacionales a las que puede acudir una víctima de los hechos descritos en el capítulo primero, encargadas de la protección y difusión de los Derechos Humanos o bien de la persecución penal por estos ilícitos, y la aplicación práctica de sus atribuciones al caso denunciado. Se pondrá en evidencia la ineficacia de la institucionalidad interna para resolver asuntos de violaciones a los Derechos Humanos en la actualidad, cuando sus autores son miembros de las Fuerzas del Orden y Seguridad.

En el capítulo tercero, se abordará en detalle la figura del Defensor del Pueblo, desde los siguientes aspectos: su historia; el paradigma cultural en el que se inscribe; la variante latinoamericana de Defensor; los principios que guían su funcionamiento (y que constituyen en cierta medida sus estándares mínimos); las atribuciones del Defensor para cumplir con el objeto de su competencia; y finalmente algunas conclusiones preliminares sobre la institución en estudio. Sobre sus atribuciones, y tomando en consideración los objetivos propuestos, se ilustrará su aplicación práctica por las diversas Defensorías en Latinoamérica en materia de derechos indígenas, y cómo han demostrado ser eficaces para la resolución de diversos conflictos relativos a esta materia.

En el capítulo cuarto, se llevará a cabo una aplicación hipotética de las atribuciones del Defensor de las Personas en Chile -tomando el modelo de un Ombudsman que contemple todas las posibilidades que ofrece la figura- sobre los casos documentados en el capítulo primero. El

objetivo de este ejercicio teórico será ejemplificar la manera en la que podría ser efectivo un Defensor de las Personas en Chile, sobre los casos de vulneración de Derechos Humanos en el marco del conflicto por recuperación de tierras.

Finalmente, en las conclusiones de este trabajo se afirmará o rechazará la hipótesis propuesta en esta introducción. También se identificará el mecanismo cultural a través del cual sus atribuciones son eficaces, y la consecuencia de optar por uno u otro modelo institucional de Defensor, en función de los parámetros expuestos en los capítulos precedentes.

Capítulo I
LAS VIOLACIONES A LOS DERECHOS FUNDAMENTALES
EN EL MARCO DEL CONFLICTO POR RECUPERACIÓN DE TIERRAS:
CASOS EMBLEMÁTICOS

1.1. Caso de Alex Lemún¹

El homicidio de Alex Lemún Saavedra -joven mapuche de 17 años- ocurrido en noviembre de 2002, se produce en el marco del recrudescimiento de la acción policial en la Araucanía, con motivo del aumento de las actividades de movilización y de protesta mapuche, las cuales, a juicio de del Poder Ejecutivo y del Congreso, estaban poniendo en riesgo el estado de Derecho en la región. En efecto, el Senador Espina expuso ante la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado -que por acuerdo adoptado en la 3ª sesión ordinaria de marzo de 2002, se encargó de recabar antecedentes e informar acerca del conflicto mapuche, en relación al Orden Público y la Seguridad Jurídica- lo siguiente:

“(...) desde hace algún tiempo, en las Regiones VIII y IX vienen sucediendo múltiples hechos de violencia que ocurren básicamente en los sectores rurales, caracterizados por ocupaciones y tomas ilegales de predios, incendios intencionales de cosechas y plantaciones, destrucción de maquinarias (...) atentados en contra de la vida y la integridad física de agricultores, campesinos, trabajadores del transporte, etc., cometidos por grupos organizados que habitualmente actúan encapuchados y utilizan como pretexto para ello reivindicación de tierras en favor de comunidades mapuches, y la conformación de un Estado o Nación autónoma, con

¹ La construcción de los hechos en este apartado, se basa en los antecedentes contenidos en las siguientes publicaciones:

-MELLA SEGUÉL, Eduardo. Los Mapuche ante la justicia. La criminalización de la protesta indígena en Chile. Santiago, LOM Ediciones, 2007.

-YÁÑEZ F., Nancy, MELLA S., Eduardo, SILVA N., Hernando. Criminalización de la protesta social de los pueblos indígenas en Chile. Temuco, Observatorio de los Derechos de los Pueblos Indígenas, 2008.

-MEZA-LOPEHANDÍA, Matías, Expediente Lemún. Documento de trabajo, Observatorio Ciudadano, sin publicar, 2005.

-Página web: <http://www.mapuexpress.cl> [fecha de consulta: mayo de 2009]

-Expediente del caso Lemún. Juzgado Militar de Valdivia. Fiscalía Letrada del Ejército y Carabineros de Malleco/Angol.

*territorio propio y con derecho a su libre determinación (...) las acciones de violencia de estos grupos organizados, que vienen ocurriendo desde hace años, es fomentada, respaldada e inducida por entidades y organizaciones nacionales y extranjeras, como es posible constatar al examinar numerosos sitios y páginas web que incitan a la comisión de hechos delictuales, como los descritos precedentemente, e incluso publican manuales de guerrilla urbana, inteligencia de combate y manuales de terrorismo”.*²

El 07 de noviembre del mismo año, la comunidad *Montuitui Mapu*, a la cual pertenecía Alexis Lemún, le informó a los medios de comunicación locales que intensificarían las *faenas productivas*³ en el fundo Santa Alicia, propiedad de Forestal Mininco S.A. Según declaraciones de comuneros, estas ocupaciones tenían por objeto demostrar que estaban presentes en el terreno tomado: *“la idea era estar todos los días y hacer fuego para cocinarnos y así llamar la atención y que alguna autoridad viniera a conversar con nosotros de nuestros problemas, pero a la fecha solo se presentan carabineros”*.⁴ Ese mismo día se realizó una nueva ocupación de los terrenos señalados, en la que participaron alrededor de 40 personas, la mitad de ellas mujeres, niños y ancianos.

El mismo día se recibió la denuncia respectiva por la ocupación de los terrenos, en razón de lo cual el mayor de carabineros Marco Treuer Heysen, por orden del comandante Galleguillos, visita el lugar para constatar los hechos contenidos en la denuncia, acompañado de tres efectivos policiales equipados con sus respectivas armas de servicio, casco y chaleco antibalas. Al llegar al lugar, a las 17.30, estacionan el vehículo a 700 metros de la entrada del fundo, por encontrarse el puente que permitía el acceso parcialmente inutilizable, quemado y rayado con consignas como *“fuera las empresas forestales del territorio mapuche”*. Caminaron hasta el portón que accedía al fundo, destruido al igual que las cercas colindantes, cuando su presencia

² Informe de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento, recaído en el encargo que le hiciera el Senado respecto del conflicto mapuche en relación con el orden público y la seguridad ciudadana en determinadas regiones. Boletín N° S 680-12. En: MELLA SEGUÉL, Eduardo. Op. Cit., 2007, pp. 96.

³ Consistentes en actividades de recuperación de productos, especialmente madera, de los territorios considerados usurpados, y que se encuentran temporalmente *“recuperados”* por las comunidades.

⁴ Testimonio de José Neculpán Escalona, expediente del caso Lemún, fs. 543. Juzgado Militar de Valdivia, Fiscalía Letrada del Ejército y Carabineros de Malleco/Angol. En: MELLA SEGUÉL, Eduardo. Op. Cit., 2007, pp. 97.

fue advertida por los comuneros que se encontraban en el lugar. No se sabe con exactitud quién inició los enfrentamientos, pero se comprobó fehacientemente en la investigación de los hechos que Carabineros utilizó desde un comienzo bombas lacrimógenas para crear una cortina de humo con el objeto de facilitar la retirada, a lo cual los comuneros respondieron lanzando piedras desde boleadoras. La policía hizo un rodeo para alcanzar el camino, pero fueron seguidos por un grupo de mapuches que continuaban lanzándoles piedras, entre los que se encontraba Alex Lemún, a lo que Carabineros respondió con escopeta antidisturbios cargada con munición de goma.⁵ Treuer, a cargo de la operación, declaró haber disparado 22 cartuchos de este tipo, suministrados por la carabinera Ariela Mellian Sanhueza. En este punto, el Mayor Treuer declara haber escuchado un disparo de arma de fuego calibre corto 22 ó 32, procedente del grupo de comuneros, cuya bala habría pasado cerca del carabinero Castillo; esto lo motivó a cargar su escopeta con munición de plomo, y a disparar 4 cartuchos en dirección a los comuneros, a baja altura, y a unos 100 metros de distancia, según su versión “para proteger su integridad física y la de sus hombres”. Uno de los disparos alcanzó a Alex Lemún en el cráneo. Cayó al suelo, intentó incorporarse, pero se desplomó al instante. Los policías, a 80 metros del herido, continuaron disparando.

Los comuneros llevaron a la víctima en carreta de madera tirada por bueyes hasta el cruce de Requén Bajo, donde lo recogería la ambulancia del Hospital de Angol. Edmundo Lemún Necul, padre de la víctima, declaró: “(...) me llegan avisar un joven que auxilió a mi hijo, señalando que le habían disparado dejándolo herido a bala, inmediatamente llamamos a Carabineros que nos cortó la llamada, luego llamamos urgentemente al hospital para que trajeran la ambulancia la cual llegó en 40 minutos”.

Alrededor de las 19.30, Alex Lemún ingresó al Hospital Regional de Temuco, con una herida de bala cerca de la sien derecha, producida alrededor de las 18.00 horas. Agoniza hasta su deceso,

⁵ Un instructivo interno de Carabineros señala “no se usaran las armas antidisturbios en aquellos procedimientos policiales de control del orden público en que participen estudiantes, mujeres y en incidentes protagonizados por menores de edad” (consta en el expediente del caso Lemún a fs. 753). Esto es relevante por cuanto en la ocupación del fundo, como se dijo, la mitad de los participantes eran precisamente mujeres, ancianos y menores de edad.

el 12 de noviembre de 2002, cinco días después de los hechos. El certificado de defunción de fecha 12 noviembre de 2002 indica “Causa de muerte: traumatismo encéfalo craneano abierto por herida a bala/ homicidio”.

No es efectivo que los carabineros hayan recibido disparos por parte de los comuneros. Ninguno de los testigos interrogados declaró haber visto a comuneros portar armas de fuego, antes, durante o después de los enfrentamientos (según Juan Nuculpan Colihuinca, comunero testigo en la investigación de los hechos, *“en nuestra comunidad no se manejan armas de fuego y ese día del incidente los mapuche no le dispararon a los carabineros y pienso que haber habido armas en esos momentos al ver a un mapuche lesionado o muerto nos habríamos vengado”*⁶). Se comprobó mediante informe de peritos, que solo fueron disparadas armas policiales utilizadas en el operativo: pistola Walter, escopeta Winchester y escopeta Baykal; y que el disparo que dio en la cabeza de Alex Lemún fue percutado desde la escopeta Winchester calibre 12 que portaba el mayor Treuer, realizado *“con el cañón apuntando un par de grados por sobre la horizontal, a una distancia de unos 100mts”*⁷, descartando la versión del mayor, según la cual los disparos con munición de plomo fueron realizados a baja altura.⁸

Procedimiento ante Fiscalía Militar

El 15 de noviembre de 2002 se inició un procedimiento administrativo en contra del mayor Treuer, a cargo del Oficial Jefe Investigador René Castro Leyton, el cual determinó que *“la planificación y táctica policial en el procedimiento no respondió a instrucciones previas previstas sobre la materia (...) que la identificación, valorización y dimensión de los riesgos involucrados por el Mayor Sr. Treuer Heysen no fue la adecuada, ya que el escenario era reconocidamente de*

⁶ MEZA-LOPEHANDÍA, Matías. Expediente Lemún. Documento de trabajo, Observatorio Ciudadano, sin publicar, 2005. fs. 545

⁷ Ídem. fs. 579.

⁸ Declara Treuer en cambio que *“Estaba absolutamente consciente de que los disparos podían lesionar o causar daños a los integrantes del grupo, por eso los disparos los efectué siempre de la cintura hacia abajo. Jamás disparé producto del pánico o el terror”. “Conozco perfectamente bien los contenidos de las instrucciones impartidas por la Dirección General de Carabineros, respecto del uso de armas antidisturbios y antimotines”. “Mi pistola particular que portaba en ningún momento la desenfundé para usarla”. Ibid. fs. 743.*

conflictivo (sic) (...) no tomó en consideración la estrategia operativa diseñada por la prefectura".⁹ Se resolvió, a modo de sanción disciplinaria contra Treuer, un día de arresto con servicios.

Dos semanas después de la muerte de Lemún, el Ministerio Público se declara incompetente para conocer del caso, por cuanto las lesiones que causaron la muerte de Alex Lemún Saavedra fueron producidas durante un enfrentamiento con carabineros en un acto de servicio, por lo que traspasa los antecedentes a la fiscalía militar. El 29 de agosto de 2003, al término de una investigación interna por parte de Carabineros e Investigaciones, el fiscal militar de Angol formuló cargos contra Treuer por "violencia innecesaria con resultado de muerte".¹⁰ El Fiscal concluyó que "al efectuarse el disparo mortal, por parte del mayor Treuer, no existía un peligro real e inminente para su integridad y la de sus subordinados que justificara efectuar disparos con la escopeta de la forma que se hizo, razón por lo que la violencia ejercida en el momento de los hechos fue del todo innecesaria y no encuentra motivo racional que la justifique". Agregó que de los antecedentes "fluyen en su contra presunciones suficientes para estimar que le cupo una participación en calidad de autor en la perspectiva del delito de violencias innecesarias con resultado de muerte".¹¹ En consecuencia, el Tribunal decretó la prisión preventiva en libre plática en las dependencias de la Prefectura de Carabineros de Malleco N° 21 de Angol, pero concediéndosele la libertad bajo fianza de 100 mil pesos.

La defensa de Treuer apeló del procesamiento ante la Corte Marcial, y ésta, el 09 de noviembre del mismo año, señaló: "*de los antecedentes allegados al proceso, no aparece debidamente justificada la existencia del delito investigado, (...) se revoca la resolución apelada*".¹² En un fallo de 4 votos contra 1, se retiraron los cargos contra Treuer, aceptando implícitamente su versión ofrecida en la defensa, esta es, que escuchó disparos que provenían de los comuneros, y éste, en defensa de su integridad física y la de su personal, disparó municiones de plomo para su protección. Se solicitaron nuevas diligencias, en razón de las cuales el 09 de diciembre los

⁹ Ídem.. fs. 968.

¹⁰ Auto de Procesamiento, *Ibíd.*, fs. 1078.

¹¹ Ídem.. fs. 1078.

¹² *Ibíd.* fs. 1097.

querellantes en el caso solicitaron a la Fiscalía que iniciara nuevamente un procesamiento contra el mayor Treuer, lo que fue denegado el 25 de mayo de 2004,¹³ apelado y confirmado por la Corte Marcial, por unanimidad. Finalmente, el 20 de julio de 2004 se decretó el sobreseimiento temporal y parcial de la causa en que se inculpa al mayor Marco Treuer Heysen por el delito de violencia innecesaria, causando la muerte de Alex Lemún Saavedra.¹⁴ El 17 de septiembre se sobresee total y temporalmente,¹⁵ y el 18 de marzo de 2005 se aprueba el sobreseimiento definitivo por la Corte Marcial.¹⁶

En la resolución de la Corte Marcial -de media página- que retiró los cargos contra Treuer, se hizo caso omiso de las pruebas periciales que comprobaron que las únicas armas utilizadas en el operativo fueron las de Carabineros, y que el disparo que dio muerte a Alex Lemún provino de la escopeta Winchester utilizada por el mayor. Se ignoró el hecho de que no se encontraron armas en posesión de los comuneros mapuches, que no se encontraron pruebas materiales que arrojaran la posibilidad de que aquellos hayan disparado armas de fuego o que las tuvieran, que se comprobó pericialmente que Alex Lemún no disparó arma de fuego alguna,¹⁷ y que además de los funcionarios policiales, ningún testigo¹⁸ respaldó la versión de Treuer sobre los hechos.

Este caso, como otros que examinaremos a continuación, terminó sin responsables, y sin reparación para las víctimas.

¹³ Auto de Procesamiento fs. 1148.

¹⁴ Ídem. fs. 1166.

¹⁵ Ibíd. fs. 1176

¹⁶ Auto de Procesamiento. fs. 1199.

¹⁷ Ídem. fs. 522.

¹⁸ No solo de los comuneros, tampoco el personal de ambulancia que atendió a Alex Lemún, en Ibíd., fs. 708.

1.2 Caso de Matías Catrileo

Matías Catrileo fue un joven estudiante de agronomía de la Universidad de la Frontera, muerto el 03 de enero de 2008 durante la toma del Fundo Margarita, en la región de la Araucanía, como consecuencia del disparo efectuado por el cabo de Carabineros Walter Ramírez. La bala impactó por su espalda, según pruebas periciales del Servicio Médico Legal,¹⁹ y según el relato de los acompañantes de Catrileo, quienes describen los acontecimientos que llevaron a su muerte en estos términos:

“Con la intención de hacer públicos nuestros reclamos de tierras por la vía pacífica y en vista de la necesidad existente y por otro lado por los comentarios de que otra comunidad estaba demandando las mismas tierras y junto con CONADI ya se estaba haciendo posibles negociaciones y nosotros los que ya hemos venido demandando esas tierras hace ya más de siete años quedaríamos fuera y después nos veríamos enfrentados entre mapuche.

Así con todo lo que se comentaba la comunidad decidió hacer público y de manera pacífica el reclamo del Fundo Santa Margarita.

Salimos como a las cinco de la mañana con unos palos, unas piedras y dos lienzos, al fundo llegamos a eso de las seis y media de la mañana en donde cortamos unos colihues para poner los lienzos, pusimos los lienzos y gritábamos con el fin de llamar la atención. A los pocos minutos de eso llegó por el lado sur una camioneta del GOPE, en un primer momento nos quedamos ahí y les gritábamos que no nos íbamos a salir, la camioneta se detuvo, el chofer quedó arriba, y bajaron dos carabineros cargaron sus armas y dispararon directo al grupo, ante eso nosotros corrimos en

¹⁹ INFORME del SML confirma que el mapuche Matías Catrileo falleció de un tiro por la espalda. [en línea] Radio Bio Bio. 16 de noviembre, 2009. <<http://www.radiobiobio.cl/2009/11/16/exclusivo-informe-del-sml-confirma-que-el-mapuche-matias-catrileo-fallecio-de-un-tiro-por-la-espalda/>> [consulta: 18 de marzo 2011]; INFORME del SML determinó que un disparo por la espalda mató a Matías Catrileo. [en línea] Radio Cooperativa. 16 de noviembre, 2009. <http://www.cooperativa.cl/informe-del-sml-determino-que-un-disparo-por-la-espalda-mato-a-matias-catrileo/prontus_notas/2009-11-16/213806.html> [consulta: 18 de marzo 2011].

dirección a una montañita de colihues, la fuimos bordeando, de atrás nos seguía la camioneta, cuando ya nos faltaba como cincuenta metros para llegar al canal la camioneta se detuvo y quedó medio de costado, se bajaron dos carabineros, uno de ellos se bajó con una escopeta el otro con una subametralladora y de nuevo nos siguieron disparando, algunos de nosotros nos agachamos y corrimos así hasta el canal, pero en esa carrera a Matías le habían dado “me dieron cabro” dijo. Nosotros en principio pensamos que había sido un disparo de escopeta, un peñi lo abrazó y lo llevó hasta el canal, allí intentó saltar y cayó al canal, estando en el canal uno de nosotros bajó y ahí se dio cuenta que era un disparo y ya a Matías no le estaba quedando aliento, mientras el resto buscaba un pedazo de alambre y unas varas de álamo para poder sacarlo rápido. Le pusimos una chaleca por debajo del brazo para sacarlo, le amarramos el alambre e intentamos sacarlo nos faltaban como dos metro y el alambre se enterró en el suelo, lo bajamos de nuevo, pero ya había muerto, volvimos a intentarlo pero con los cinturones de nosotros, también alguien salió a conseguir un pedazo de lazo. Le pasamos el cinturón por debajo de los brazo y comenzamos a tirar, tirábamos y tirábamos pero no podíamos, hasta que le pudimos amarrar los pies con el lacito que conseguimos. Estando afuera le sacamos la polera, las amarras, el lazo y todo lo que habíamos amarrado. Hicimos una camilla con las dos varas de álamo y lo subimos y empezamos a correr, pero carabineros nos seguía disparando, las balas nos rozaban las cabezas pero seguíamos corriendo agachados y con Matías muerto, pasamos hartos potreros, cortamos alambres para pasar más rápido. Hasta que llegamos a una iglesia y ya se escuchaba el sobrevuelo de los helicópteros y decidimos cubrirnos debajo de unos álamos con el fin de que no nos quitaran el cuerpo. Dentro de esa decisión también llamamos a la radio Bío-Bío en Santiago para denunciar el hecho a la opinión pública, para que se enteraran del asesinato de un hermano nuestro y también por si alguien más cayera muerto.

*El hecho de pedir que el obispo de Temuco intercediera era para frenar la persecución y que se nos respetara nuestras vidas. Así al fin acordamos juntarnos en la escuela La Roca para entregar el cuerpo de Matías”.*²⁰

²⁰ RELATO vivencial de la muerte de Matías Catrileo. [en línea] <<http://www.matiascatrileo.cl/catrileo/archivos.php?doc=32>> [consulta: 18 de marzo 2011]

Ramírez fue condenado en primera instancia a 2 años, y luego por la Corte Marcial a 3 años y un día de pena remitida con beneficio de firma mensual, sentencia que fue confirmada por la Corte Suprema, lo que le permite cumplir su condena en libertad.

En la sentencia, quedó demostrada la acción homicida y dolosa del cabo Ramírez (consta en un audio de la comunicación interna del incidente, obtenido por un peritaje ordenado por el abogado querellante, que un carabinero ordena disparar: “mándale un balazo”, es la resolución que recibe por radio)²¹. No obstante la gravedad del delito (presidio mayor en su grado mínimo a medio), y el antecedente de la pena solicitada por el fiscal militar (10 años de presidio), el Tribunal Militar de primera instancia lo condena a 2 años de pena remitida. Francamente sorprendente es que a la fecha continúe desempeñándose como oficial en servicio activo en Aysén.

A nuestro juicio, la condena contra el cabo Walter Ramírez constituye otro ejemplo de la falta de sanciones relevantes en el actuar de los efectivos de Carabineros, por los crímenes cometidos en el marco del conflicto por recuperación de tierras. A ésta se suma la de Álex Lemún, Jaime Mendoza Collío (analizada a continuación), y todos los casos de violencia policial en contra de mapuches involucrados en hechos de protesta social o en defensa de sus derechos. Según explica el director del Observatorio Ciudadano, José Aylwin, “solo en el 2009 se constataron 25 casos de tortura, tratos crueles, inhumanos y degradantes que afectaron a 55 personas mapuche, entre ellos niños-, imputables a agentes policiales del Estado”.²² Postulamos que la falta de sanciones a estos hechos es consecuencia, en parte, de la estructura y funcionamiento de la Justicia Militar en Chile, cuestión que analizaremos en el siguiente capítulo.

²¹ CASO Catrileo: Audio Revela Orden de Disparar. [en línea] La Nación. 03 de julio, 2009. <http://www.lanacion.cl/prontus_noticias_v2/site/artic/20090703/pags/20090703082932.html> [consulta: 18 de marzo 2011]

²² AYLWIN, José. Matías Catrileo y la vergüenza de la justicia chilena. [en línea] Diario Electrónico El Mostrador. 03 de febrero, 2010 <<http://www.elmostrador.cl/opinion/2010/02/03/matias-catrileo-y-la-vergüenza-de-la-justicia-chilena/>> [consulta: 18 de marzo 2011]

1.3 Caso de Jaime Mendoza Collío

Jaime Mendoza Collío fue un joven miembro de la comunidad Requén Pillán, fallecido el 12 de agosto de 2009 durante la ocupación del fundo San Sebastián, a raíz de un disparo efectuado por el funcionario del GOPE de Carabineros Miguel Jara Muñoz.

La toma del fundo San Sebastián se enmarcó en una serie de movilizaciones²³ que las comunidades mapuche venían desarrollando desde el 24 de julio del mismo año, luego de enviar una delegación de 100 mapuches para dialogar con el Gobierno que no fue recibida por autoridades en Santiago,²⁴ lo cual motivó el inicio de las movilizaciones.

Al igual que en el caso de Matías Catrileo, Mendoza Collío fue baleado por la espalda²⁵ durante el desalojo del predio por efectivos de Carabineros. Un comunero testigo de los hechos, que declaró en el proceso, narró a Radio Bío-Bío los últimos momentos de Jaime Mendoza:

“Detrás de nosotros Carabineros venía disparando, siguiéndonos, no sé si perdigones y nos quedamos quietos en un canal. Cuando Carabineros estaba a 10 ó 15 metros, no hallé que hacer y me tiré a un canal.

Después nadé 30 metros y cuando intenté salir del canal por debajo por una zarza, unos cinco minutos después, me di cuenta que Carabineros lo tenía al otro lado del canal. Lo tenían boca abajo y esposado, durante una hora y media que yo estuve escondido en el agua. Carabineros lo dejó ahí, dejando que se muriera. Se quedaron tres uniformados con él y el resto siguieron

²³ COMUNIDADES mapuches inician movilizaciones ante nula respuesta del gobierno chileno. [en línea] Diario Electrónico Azkintuwe. 24 de julio, 2009 <<http://www.azkintuwe.org/julio223.htm>> [consulta: 18 de marzo 2011]

²⁴ CON FUERZAS Especiales de Carabineros esperan a delegación mapuche en La Moneda. [en línea] Diario Electrónico Azkintuwe 07 de julio, 2009 <<http://www.azkintuwe.org/julio075.htm>> [consulta: 18 de marzo 2011]

²⁵ JAIME Mendoza Collío: crónica de la muerte de un weichafe. [en línea] Diario Electrónico Universidad de Chile. 12 de agosto, 2010 <<http://radio.uchile.cl/noticias/78387/>> [consulta: 18 de marzo 2011]

corriendo al bosque a la siga de los otros comuneros".²⁶

Con posterioridad a los hechos, Carabineros y Gobierno respaldaron la tesis de legítima defensa²⁷ en el actuar del efectivo que disparó al comunero. No obstante, durante la investigación sumaria, se habría demostrado un verdadero montaje para justificar la acción del funcionario, sobre la base de impactos de perdigones en su chaleco antibalas. En efecto, según los peritajes de la Policía de Investigaciones, los perdigones que se encontraban en la parte interna posterior del chaleco antibalas de Miguel Jara solo pudieron llegar hasta allí atravesando su coraza y el cuerpo del carabinero,²⁸ en circunstancias que éste no presentó ninguna lesión. Se trataría de manipular así la versión de los hechos para respaldar la tesis sostenida desde un principio por la Institución.

Esta acusación es la que sostuvo el fiscal militar encargado de la investigación, que solicitó una pena de quince años de presidio para el funcionario del GOPE de Carabineros Miguel Jara Muñoz. El tribunal militar de Valdivia no obstante condenó a Miguel Jara a cinco años de presidio;²⁹ actualmente se revisa la apelación de la sentencia por la Corte Marcial. Siguiendo la tendencia de los casos en estudio, es de esperar un resultado similar: que se absuelva al imputado, o bien que se acoja la tesis de violencia innecesaria con resultado de muerte, contemplada en el artículo 330 N°1 del Código de Justicia Militar, pero con las mismas atenuantes que en el caso del cabo Walter Ramírez (legítima defensa en el homicidio de Matías Catrileo) que le permiten cumplir sus 3 años de condena en libertad, y ejerciendo sus funciones

²⁶ TESTIGO clave relata muerte de comunero mapuche en la Araucanía. [en línea] RADIO Bío-Bío. 20 de agosto, 2009 <<http://www.radiobiobio.cl/2009/08/20/exclusivo-testigo-clave-relata-muerte-de-comunero-mapuche-en-la-araucania/>> [consulta: 18 de marzo 2011]

²⁷ VIERA-GALLO: Carabinero que disparó a mapuche podría haber muerto. [en línea] El Mercurio On Line. 14 de agosto, 2009 <<http://www.emol.com/noticias/nacional/detalle/detallenoticias.asp?idnoticia=371589>> [fecha de consulta: 18 de marzo 2011]

²⁸ PERICIAS revelarían montaje policial en caso que investiga muerte de comunero Jaime Mendoza Collío. [en línea] Radio Bío-Bío. 04 de noviembre, 2010 <<http://www.radiobiobio.cl/2010/11/04/pericias-revelarian-montaje-por-parte-carabineros-involucrados-en-muerte-de-comunero-mendoza-collio/>> [fecha de consulta: 18 de marzo 2011]

²⁹ CARABINERO que asesinó a Jaime Mendoza Collío fue condenado a cinco años de prisión. [en línea] Cooperativa.cl. 24 de noviembre de 2011 <http://www.cooperativa.cl/carabinero-que-asesino-a-jaime-mendoza-collio-fue-condenado-a-cinco-anos-de-prision/prontus_notas/2011-11-24/223451.html> [fecha de consulta: 01 de diciembre de 2011]

como oficial en servicio activo. Es decir, a menos que la Corte Marcial corrija su tendencia, el resultado será nuevamente la impunidad para el comprobado autor del homicidio de Jaime Mendoza.

1.4 Formas de Violencia contra la Infancia Mapuche

1.4.1 Temucuicui y el caso de Patricio Queipul

Patricio Queipul es un menor de edad perteneciente a la comunidad de Temucuicui, ubicada al interior de Ercilla, en la IX Región. Ha sido testigo y víctima en múltiples oportunidades de la violencia policial de la que es objeto tanto él, como su familia y los miembros de la comunidad a la que pertenece.³⁰

En contexto, la disputa por territorios en Temucuicui se remonta “al momento mismo de la radicación, y su lucha por la restitución de estos derechos [por parte de la comunidad] se extenderá durante todo el siglo XX y comienzos del XXI. Con el retorno de la democracia, [las comunidades] inician una serie de movilizaciones tendientes a reconstituir el territorio antiguo. A partir del año 1999, estas protestas por parte de la comunidad se intensifican”.³¹

Dichas protestas implicaron un enfrentamiento violento entre los comuneros de Temucuicui y las fuerzas policiales establecidas en forma permanente en el sector, en resguardo del patrimonio del fundo Alaska, en ese momento propiedad de Forestal Mininco S.A., que a su vez es propiedad del grupo Angelini, uno de los más poderosos del país y del continente.³² Con motivo de estas refriegas, se registraron reiterados sucesos caracterizados por la violencia, que derivaron en varios procesos criminales en contra de algunos comuneros. En este contexto, en enero del 2002, Forestal Mininco S.A. accede a vender al fondo de tierras de CONADI el inmueble denominado “Resto del Fundo Alaska”, conjuntamente con los predios colindantes, también de su propiedad, denominados “Chiquitoy” y “El Paraíso”, abarcando una superficie total de aproximadamente 1.900 hectáreas.³³ Esta transacción tuvo por costo que, desde 1999

³⁰ Para mayor información sobre la violencia que afecta en particular a esta comunidad, se recomienda ARAYA C., Romina, ARÁNGUIZ C., Julia, LEPE H., José, HERRERA, Carolina. Violencia en la Araucanía: Investigación prospectiva sobre comunidades mapuches de la IX Región. Período 2006 – 2008. Tesis (Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales). Santiago, Chile. Universidad de Chile, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, 2008

³¹ YÁÑEZ FUENZALIDA, Nancy, MELLA SEQUEL, Eduardo, y SILVA NERIZ, Hernando. Op. Cit., pp. 45.

³² Ídem. pp. 45.

³³ Ibíd. pp. 46.

hasta esa fecha, sucedieron diversos operativos policiales al interior de la comunidad, que “violaron sistemáticamente los derechos fundamentales de los habitantes de la comunidad, sin distinción de género ni edad”.³⁴ No obstante el traspaso de tierras, la violencia en la zona no cesó.

Las acusaciones que ahora pesan sobre los comuneros de Temucuicui vienen de René Urban Pagnard, latifundista de la zona y propietario del Fundo Montenegro. Urban, desde el 2004 en adelante, “ha emprendido diversas denuncias y acusaciones en contra de comuneros de Temucuicui (...) [las que] han resultado invariablemente infundadas, lo que no ha impedido que los comuneros pasen largos periodos en prisión preventiva. Entre las denuncias que se destacan están amenazas, robo, daños calificados entre otras”.³⁵

Desde el 2005 en adelante, y luego de no perseverar en la investigación contra dos comuneros por el delito de abigeato - Jorge Huenchullán Cayul y Luis Cayul Queipul, que estuvieron en prisión preventiva a pesar de la falta de antecedentes, por 3 y 4 meses respectivamente- se intensifica el actuar policial en la zona mediante allanamientos, “con el pretexto de aprehender prófugos de la justicia, buscar medios de prueba para las investigaciones que realiza el Ministerio Público, o simplemente para notificar de diligencias judiciales”,³⁶ procedimientos en los cuales el fiscal se hacía acompañar por numeroso contingente policial, sumado al ya existente al interior del fundo colindante, propiedad de René Urban. A esto hay que sumar “la presión empresarial representada en el Consorcio Agrícola del Sur (SOFO), así como de parte de parlamentarios de derecha; el diputado de la UDI Gonzalo Arenas y del paladín anti delincuencia y senador por Malleco, Alberto Espina”.³⁷ En razón de estos antecedentes, es razonable afirmar que “la presión mediática, así como de poderes políticos y económicos articulados desde lo local derivaron en procedimientos que solo buscaban generar un asedio policiaco y judicial sobre Temucuicui”.³⁸

³⁴ YÁÑEZ FUENZALIDA, Nancy, MELLA SEQUEL, Eduardo, y SILVA NERIZ, Hernando. Op. Cit. pp. 46

³⁵ Ídem.

³⁶ Ibíd.

³⁷ FUENZALIDA, Nancy, MELLA SEQUEL, Eduardo, y SILVA NERIZ, Hernando. Op. Cit.

³⁸ Ídem. pp. 47.

En este contexto, es donde se producen las violaciones sistemáticas a los derechos fundamentales de los miembros de la comunidad de Temucuicui: “En un allanamiento, verificado el 30 de noviembre de 2006, carabineros, con el apoyo de un helicóptero, registró las viviendas de los comuneros, golpeando, entre otras personas, a una mujer embarazada que se opuso a ello. El mismo mes de noviembre de 2006 la policía civil disparó, desde un auto sin identificación, en contra de un grupo de integrantes de la misma comunidad reunidos pacíficamente, hiriendo a uno de ellos en una pierna. Hechos similares se repitieron el 7 de diciembre, cuando producto de un violento operativo policial desarrollado en las afueras de la ciudad de Ercilla, resultaron heridos a bala 10 comuneros mapuche, uno de ellos con proyectiles en sus dos piernas (...) el 17 de febrero de 2007, en un allanamiento por parte de Carabineros fue detenido el dirigente Jorge Huenchullan (werken), recibiendo una golpiza de pies y puños, incluyendo en la planta de los pies descalzos, resultando con lesiones graves (...) El 15 de septiembre de 2007, en horas de la madrugada, un fuerte contingente policial ingresó a la comunidad de Temucuicui y comenzó a sustraer animales de familias de la comunidad hacia la propiedad vecina del Sr. René Urban. Una delegación de comuneros y dirigentes de la comunidad se dirigió hasta el lugar a solicitar explicaciones a los carabineros y a exigir la orden judicial respectiva y la entrega de los animales sustraídos. Los carabineros, junto con negarles la orden judicial, emitieron epítetos racistas y discriminatorios, repeliendo posteriormente a los integrantes de la comunidad a balazos (...) El 23 de noviembre de 2007, alrededor de las 4:30 horas, un allanamiento de Carabineros afectó a varias viviendas sin orden judicial. La señora Verónica Millanao Caño, quien se recuperaba de una reciente intervención quirúrgica, fue sacada violentamente de su cama, lo que le provocó una grave hemorragia y la reapertura de sus heridas (...) El 2 de febrero en la ciudad de Ercilla [cercana a la localidad de Temucuicui], región de la Araucanía, funcionarios de Carabineros, junto con realizar detenciones arbitrarias de personas mapuche, las agredieron física y verbalmente, hechos que al amparo de la Convención son constitutivos de tortura. En la ocasión fueron detenidos por Carabineros, en el contexto de una fiesta comunal que se desarrollaba en dicha ciudad, un total de 8 personas mapuche de diversas comunidades de la comuna, entre ellos Víctor Colihuinca, niño de 15 años de la comunidad Ankapi Ñancuhew. En la celda de la comisaría de Collipulli, Juan Huenchullan fue

rociado en la cara con un spray de gas lacrimógeno, sin que se le prestara ningún tipo de ayuda por personal de Carabineros. Jorge Huenchullan Cayul, Víctor Calhueque Millanao, Henry Queipul Morales y Marcelo Villanueva Nahuel fueron amarrados a un poste entre un pasillo de la comisaría y otra dependencia, permaneciendo toda la noche en ese estado. Los detenidos estuvieron más de 13 horas en dependencias policiales, siendo interrogados y golpeados por carabineros”.³⁹

1.4.1.1 Las agresiones a Patricio Queipul por parte de Carabineros de Chile⁴⁰

1.4.1.1.1 Allanamiento del 24 de Julio del 2006

En esta fecha, se produce un allanamiento a manos de numeroso contingente policial. En el operativo, según denuncia la comunidad, se produjeron daños en las viviendas y en los cercos perimetrales. Los niños y mujeres que se encontraban al interior de sus casas fueron sacados violentamente, maltratados, y posteriormente interrogados por el Fiscal a cargo de la operación. A pesar de estar involucrados niños, mujeres y ancianos en la operación,⁴¹ Carabineros de Chile empleó bombas lacrimógenas y balines de gomas y de plomo, provocándoles heridas. Una de las bombas fue lanzada a una vivienda, provocando el desmayo de los niños que se encontraban en su interior.

³⁹ Centro de Estudios Derechos Humanos, Universidad Diego Portales; Observatorio Ciudadano; Amnistía Internacional; Centro de Salud Mental y Derechos Humanos; Opción; Centro Regional de Derechos Humanos y Justicia de Género. Informe de la Sociedad Civil de Chile al Comité Contra la Tortura de Naciones Unidas con motivo del Quinto Informe Periódico del Estado de Chile relativo a la aplicación de la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes. [en línea] 2008 <http://www2.ohchr.org/english/bodies/cat/docs/ngos/SCC_Chile42.pdf> [fecha de consulta: 18 de marzo, 2011]

⁴⁰ La construcción de los hechos en este apartado, se basa principalmente en los antecedentes contenidos en las siguientes publicaciones:

-ARAYA C., Romina, ARÁNGUIZ C., Julia, LEPE H., José, HERRERA, Carolina. Violencia en la Araucanía: Investigación prospectiva sobre comunidades mapuches de la IX Región. Período 2006 – 2008. Tesis (Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales). Santiago, Chile. Universidad de Chile, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, 2008

- sitio web <http://www.mapuexpress.cl> [fecha de consulta: 15 de junio 2009]

- sitio web <http://www.observatorio.cl> [fecha de consulta: 15 de junio 2009]

⁴¹ Véase *supra*, cita nº 5, sobre instructivo interno de Carabineros para uso de armas antimotines.

Como consecuencia de la violencia de este allanamiento, dos niños huyeron del lugar, hacia los cerros. Uno de ellos era Patricio Queipul Millanao, de 10 años. Luego de una intensa búsqueda por parte de la comunidad, los menores fueron encontrados a las 23.00 horas, por sus llantos, con un avanzado estado de hipotermia.

1.4.1.1.2 Allanamiento del 31 de octubre de 2007

En días anteriores al 31 de octubre del 2007, en la comunidad de Temucuicui, por varios días se había visto a miembros de ambos cuerpos policiales (Carabineros e Investigaciones) incursionar a altas horas de la noche, junto a un helicóptero que sobrevolaba a baja altura por sobre la comunidad, lo que hace suponer la planificación de un operativo posterior. El segundo episodio en el que se ve involucrado directamente el menor Patricio Queipul ocurre este 31 de octubre: ese día, alrededor de las 13 horas, un fuerte contingente policial ingresó a los predios de la comunidad, registrando todo el lugar.

La policía ingresó con inusitada violencia, destruyendo cercados y disparando a quienes encontraban en caminos y viviendas, dejando a varios comuneros heridos. Patricio Queipul, que regresaba después de rodear los animales de su tío en el cerro, se encontró de frente con el contingente policial. En ese momento, “Carabineros de Chile, sin mediar ningún tipo de provocación, disparó en al menos dos oportunidades contra el menor, por la espalda. Como resultado de esta agresión ilegítima, el menor resultó herido seriamente con al menos siete municiones en su cuerpo,⁴² lo que obligó a su familia a trasladarlo a la Posta médica de Ercilla, donde se decidió su derivación al Hospital de Victoria”.⁴³

⁴² Según Declaración Pública de la Comunidad de Temucuicui, las lesiones “lo dejaron con un perdigón en el pecho, en su mano derecha y rodilla, en tanto presentaba dos tiros de munición en cada uno de sus muslos”. Wallmapuche Temucuicui. [en línea] Mapuexpress. 05 de diciembre, 2008 <<http://www.mapuexpress.net/?act=publications&id=1849>> [fecha de consulta: 18 de marzo, 2011]

⁴³ Centro Estudios Derechos Humanos, Universidad Diego Portales; Observatorio Ciudadano; Amnistía Internacional; CINTRAS, Centro de Salud Mental y Derechos Humanos; Opción; HUMANAS, Centro Regional de Derechos Humanos y Justicia de Género. Op. Cit. pp. 5.

1.4.1.1.3 Allanamiento del 29 de julio de 2008

En esta oportunidad, tres buses de Carabineros, además de un carro lanza aguas y un carro lanza gases allanaron las viviendas de Temucuicui por orden judicial del Juzgado de Garantía de Purén.

Posteriormente, los efectivos policiales proceden a recorrer los sectores de la comunidad. En un camino interno, se encontraron con el menor Patricio Queipul Millanao, quien se encontraba cuidando animales de su familia. Proceden a tomarlo detenido, “obligándolo a subir a un carro policial donde fue interrogado. Al oponer resistencia, fue violentamente agredido con golpes de puño y patadas. Insultándolo, le preguntaban por animales desconocidos, los lugares donde se esconderían los prófugos y si tenían armas”.⁴⁴

Finalmente, al término del operativo, abandonan al niño en los cerros.

1.4.1.1.4 Allanamiento del 04 de diciembre de 2008.

A las 09.00 horas se llevó a cabo un nuevo operativo, esta vez por efectivos de la Policía de Investigaciones, en los cerros del ex Fundo Alaska. Allí se encontraba Patricio Queipul, que cuidaba a sus animales. Los efectivos, al encontrarse con el menor, proceden a rodearlo y reducirlo entre insultos y golpes, al tiempo que lo apuntaban con sus armas de servicio. Posteriormente es conducido descalzo a un carro policial, y retirado del lugar. En la ocasión también es detenido su primo Adrián Queipul, de 16 años, siendo este último liberado alrededor de las 18.00 horas.

Cuando la comunidad toma conocimiento del hecho (recién a las 19.00 horas), se comunican con el Comisario Romero de la PDI de Angol, quién manifestó que era efectivo que hubo un procedimiento en Temucuicui, pero que estuvo a cargo de la PDI de la ciudad de Traiguén. Se comunican con la PDI de Traiguén, donde el detective Pablo Cid confirmó que se había detenido

⁴⁴ Ídem. pp. 7.

al niño, pero que había sido trasladado a la ciudad de Victoria. Luego de reiteradas llamadas, la PDI de Victoria les informa que el menor había sido liberado, sin explicar la razón de la detención ni tampoco el lugar de su liberación.

El menor apareció varios días después en su comunidad, exhausto, y en muy malas condiciones de salud.

La Fiscalía, cuando es consultada por el procedimiento, aclara que nunca le indicaron a la PDI que detuviesen e interrogasen al niño.

1.4.1.2 Consecuencias

En un Informe Psicosocial a Comunidades Mapuche,⁴⁵ se constata en los miembros de la comunidad de Temucuicui, “reacciones características de ansiedad y miedo propias del cuadro de Estrés Post Traumático; son reacciones agudas y diferidas en el tiempo que pueden predisponer y/o transformarse en cuadros de carácter depresivo”.⁴⁶

Sobre Patricio Queipul Millanao, señala lo siguiente: “se encuentra severamente interferido y con daño en su salud mental y física. Ha recibido trece balines con sangramiento profuso, maltrato en centro de salud público en Ercilla (...). En la entrevista se observó con reducido interés sobre el entorno, con limitantes claras en su expresión verbal y emocional, con marcado pesar respecto a lo que ha vivido, además ensimismado como si lo contado no le hubiera sucedido a él. Actualmente no asiste a la escuela y cuenta con 13 años”.⁴⁷

⁴⁵ PIZARRO, Angelica, y DÍAZ, Felipe. Informe psicosocial. Documento de trabajo, sin publicar, elaborado en el marco del proyecto “Derecho penal del Enemigo y la Criminalización de las demandas mapuche”. Inv. Responsable: Myrna Villegas. Proyectos I+D, Universidad Central, 2008. Informe final publicado en: Villegas, Myrna, Pizarro, Angélica, Díaz Felipe, Albornoz, Patricia, Sandoval, Beatriz “Derecho penal del Enemigo y criminalización de las demandas mapuche”. Informe final. Universidad Central de Chile, proyectos de investigación Aplicada Ciencia y Tecnología, Inv. Responsable: Myrna Villegas D. Octubre 2008. [en línea] <www.cienciaspenales.net> [fecha de consulta: 10 de octubre de 2011]

⁴⁶ Ídem pp. 14.

⁴⁷ Ibíd.

Considerando los acontecimientos que ha padecido la comunidad de Temucucui durante los últimos 10 años, entre allanamientos, destrucción de bienes, lesiones a sus miembros (particularmente a sus ancianos, mujeres y niños) y secuestro de menores; y considerando además la nula respuesta que han recibido de las instituciones responsables de este proceso de asedio en su contra, esto es, las Policías y el Ministerio Público, por estos y otros hechos no expuestos en este trabajo, resulta más que razonable su desconfianza general en las instituciones públicas -tomando en cuenta que son las policías, la forma en la que el Estado se manifiesta violentamente en su espacio físico y simbólico-. Luego, resulta también razonable suponer que, desde la misma comunidad, se ha descartado la posibilidad de perseguir la responsabilidad de los miembros de esta institución por las sistemáticas violaciones a los derechos de sus miembros, a través de los procedimientos ordinarios; esto es, la Fiscalía Militar, otra representación de esta misma institucionalidad.⁴⁸⁻⁴⁹ En efecto, es un juicio entre pares, y que tiende a proteger al agresor, el que determina la responsabilidad de los efectivos policiales por los ilícitos que ocurran con motivo de la realización de un procedimiento policial.⁵⁰

En cualquier caso, no se determinó la responsabilidad por las distintas violaciones a los derechos fundamentales del menor Patricio Queipul, ni ha recibido reparación de ningún tipo, hasta hoy.

⁴⁸ Prueba de la ineficacia en la búsqueda de responsabilidad penal por parte de la Fiscalía Militar es el caso de Alex Lemún. Ver *supra*.

⁴⁹ No obstante, se examinará el rol de otras instituciones frente a la vulneración de Derechos. Ver *infra*, capítulo II.

⁵⁰ Para un análisis en detalle de la Fiscalía Militar, ver *infra*, capítulo II.

1.4.2 La violencia contra la infancia mapuche en general

De los actos de violencia descritos en los acápite precedentes, son víctimas usuales los niños. No solo en la repercusión indirecta, derivada de la persecución penal de la que es objeto alguno de sus familiares, y por la que eventualmente son testigos de los abusos perpetrados por la policía en el marco de un procedimiento policial; también lo son como víctimas directas del maltrato físico y psicológico llevado a cabo por Carabineros e Investigaciones, como ya se ha demostrado.⁵¹ En efecto, es considerada como “dramática la situación de vulneración en que se encuentran los menores en las comunidades, expuestos a constantes allanamientos, interrogatorios ilegales y a presenciar la violencia y amenazas con que son tratados sus padres y familiares cercanos, lo que les ha provocado severos daños psicológicos, corroborados por los propios servicios de salud pública y denunciados – sin resultado positivo - ante los tribunales de justicia”.⁵²

Un informe conjunto de la Asociación Americana de Juristas y la Asamblea Permanente por los Derechos Humanos, constató como principales expresiones de la violencia institucional en contra del pueblo mapuche, en lo que respecta a los menores de edad, las siguientes:⁵³

- Excesos en el uso de la fuerza pública de Carabineros y la Policía de Investigaciones en allanamientos en comunidades mapuche, afectando de manera especial a mujeres, ancianos y niños;
- Uso de armas letales por agentes policiales, en ocasiones no identificados, en contra de los mapuche, sin que exista proporcionalidad frente a los medios de defensa por ellos utilizados;
- Restricción al derecho a la libre circulación de integrantes de comunidades mapuche;
- Interrogación a niños en situación de aislamiento de su entorno familiar;

⁵¹ Ver supra, caso de Alex Lemún, y particularmente caso de Patricio Queipul.

⁵² MISIÓN Conjunta de la Asociación Americana de Juristas y Asamblea Permanente por los Derechos Humanos. Informe sobre la represión y criminalización del pueblo mapuche en Chile. [en línea] 2008 <<http://www.aaj.org.br/mapuche-informe.pdf>> [fecha de consulta: 20 de mayo, 2009]

⁵³ Ídem.

- Presencia permanente de efectivos policiales y personas de civil armadas no identificadas en comunidades mapuche en conflicto, atemorizando a sus integrantes;
- Destrozo y apropiación indebida de bienes y documentación histórico-cultural relevante para las comunidades para fundamentar sus derechos ancestrales;
- Uso de expresiones racistas por parte de agentes del estado en allanamientos a comunidades mapuche;
- Trato discriminatorio a los mapuche en los servicios públicos de salud cuando concurren para ser atendidos por lesiones causadas en allanamiento u otras situaciones de violencia en contra de sus comunidades;
- La misma situación se constata en el actuar de la justicia militar al investigar los delitos que cometen los agentes del estado en contra de los mapuche, los cuales quedan en la impunidad;
- Hostigamiento a defensores de los derechos humanos de los pueblos indígenas a través de procedimientos investigativos no públicos y robo de información documental sobre casos denunciados;

Todas estas conductas, también descritas en los casos expuestos en este trabajo, repercuten en la integridad psíquica de los niños mapuche. En el caso de la comunidad de Temucuicui, los niños entrevistados “presentan sintomatología correspondiente a trastorno por estrés post-traumático, donde se destaca con mayor notoriedad la repetición y reedición de los allanamientos por parte de Carabineros, que dado la violencia con la que han actuado, se configura para ellos como eventos traumáticos”,⁵⁴ lo cual se puede apreciar “tanto en sus conversaciones cotidianas, como en sus juegos y en los dibujos; donde aparecen explícitamente elementos característicos de los ingresos de carabineros al interior de la comunidad”.⁵⁵ Para los niños, la figura de Carabineros, así como la posibilidad de que ingresen a la comunidad, aparece asociada a un temor generalizado⁵⁶ como una constante, tanto en Temucuicui como en otras comunidades; el Informe Diagnóstico y de Intervención Comunidad Cacique José Guiñón- Ercilla,

⁵⁴ Pizarro, Angélica y Díaz, Felipe. Op. cit. pp. 12.

⁵⁵ Ídem.

⁵⁶ Ibíd.

emanado del Servicio de Salud Araucanía Norte, realizado sobre aquella comunidad, da cuenta de lo mismo: se observa en la sintomatología de los niños la “Hipervigilancia: se observan en un estado constante de alerta, sobre todo cuando escuchan o ven acercarse vehículos, pues piensan que podrían ser de carabineros o podrían venir a buscar o llevarse a uno de sus familiares”,⁵⁷ y en general presentan “evidencia de síntomas ansiosos ante la presencia o el paso de Carabineros”.⁵⁸ No es una sintomatología que pudiera sorprender si consideramos que “a los niños les han amenazado, golpeado contra el suelo y la pared, dado culatazos con armas de fuego y les han hecho presenciar fuertes escenas en que sus padres, cuidadores o familiares son agredidos física y psicológicamente”.⁵⁹ En concreto, la sintomatología física consiste en “dolores de cabeza, irritación de ojos, salpullido, pediculosis de presentación abrupta, disminución en el peso, inapetencia y resfríos constantes de difícil remisión (...) todo ello interpretable como respuesta a las situaciones estresantes ya que refieren no haber presentado este tipo de molestias con anterioridad a la iniciación de los incidentes”.⁶⁰ En lo que respecta a la sintomatología psicoemocional: “Las pruebas psicológicas y la observación clínica han demostrado:⁶¹

- Labilidad Emocional: en general los niños fluctúan de un polo a otro en sus emociones, existen momentos en que pueden encontrarse muy tranquilos y sin signos evidentes de que algo les esté afectando pero de un momento a otro cambian su estado emocional pasando a la pena, la rabia, temor o angustia, dependiendo de la circunstancia (...)
 - Llanto fácil: presente en algunos de los niños, sobre todo en los más pequeños quienes no muestran dificultades para expresarse en llanto durante las sesiones. Por su parte los más grandes refieren que lloran a solas o escondidos para no preocupar a nadie (...)
- Dificultades para mantener y conciliar el sueño: los adultos manifiestan que los niños no pueden conciliar bien el sueño, ya que en las noches duermen a saltos, con pesadillas y

⁵⁷ SEPÚLVEDA NAVARRO, Rosa, MILLAQUEO MILLAPÁN, Adelmo. Informe Diagnóstico y de Intervención Comunidad Cacique José Guiñón- Ercilla. [en línea] Servicio de Salud Araucanía Norte, 2004 <<http://www.mapuexpress.net/content/publications/print.php?id=34>> [fecha de consulta: 18 de marzo, 2011]

⁵⁸ Ídem.

⁵⁹ Ibíd.

⁶⁰ SEPÚLVEDA NAVARRO, Rosa, MILLAQUEO MILLAPÁN, Adelmo. Op. Cit.

⁶¹ Ídem.

despiertan asustados, les cuesta quedarse dormidos nuevamente (...)

- Disminución del Ánimo: los niños refieren que su ánimo baja o no es el mismo cada vez que recuerdan sucesos que guardan relación con las situaciones descritas en los puntos anteriores.
- Cambios bruscos en el estado de ánimo: irritabilidad, fuertes sentimientos de rabia e impotencia, hostilidad entre otros.
- Hipervigilancia: Se observan en un estado constante de alerta, sobre todo cuando escuchan o ven acercarse vehículos, pues piensan que podrían ser de carabineros o podrían venir a buscar o llevarse a uno de sus familiares.
- Evidencia de síntomas ansiosos ante la presencia o el paso de Carabineros.
- Re-experimentación del suceso traumático a través de pensamientos, recuerdos o sueños desagradables de carácter invasor y con menos frecuencia en forma de flashbacks.
- Reviven las situaciones de agresión buscando en su fantasía formas posibles de haber modificado lo sucedido, de haberlo evitado, e incluso haber protegido a los demás del daño.
- Alteración de las relaciones interpersonales; temor a estar solos, falta de seguridad en las relaciones con otro, agresividad en los juegos, imitación de conductas agresivas y rebeldía.
- A nivel escolar algunos de los niños sufren de: Dificultades de atención y concentración, baja en el rendimiento escolar, temor a asistir al colegio por miedo a dejar solos a sus familiares o a ser atacados o intervenidos durante el camino.
- En dos de ellos pensamientos fatalistas y autoagresión.

Un problema adicional a la afectación física y psicológica que presentan los menores mapuches víctimas de la violencia, son los procesos de estigmatización asociados al conflicto, “por parte de sus profesores y otros sectores sociales que denominan a sus padres como “delincuentes” como efecto de los arrestos”.⁶² Lo que parece aún más grave es la estigmatización que afecta

⁶² Pizarro, Angélica y Díaz, Felipe. Op. cit. pp. 13.

directamente en el ámbito escolar, y que además es llevada a cabo por Carabineros, aparentemente con el beneplácito del recinto educacional que tiene a su cargo los menores. En efecto, “el 29 de junio de 2007 niños mapuche de la comunidad de Ranquilco, de la comuna de Collipulli, fueron objeto de un interrogatorio por parte de carabineros al interior de la escuela de Villa Chihuaihue, a la que asisten. Los menores fueron interrogados por los funcionarios policiales sobre las actividades de sus padres, amenazando a los niños con allanar la comunidad si ellos no hablaban, señalándoles que, si lo hacían, sus padres y hermanos estarían bien, en caso contrario, serían detenidos”.⁶³

Finalmente, cabe preguntarse por los efectos de la violencia hacia el futuro en los niños que la padecen. ¿Es posible inferir en ellos un proceso de internalización que normalice los patrones de violencia, y más aún, los legitime? Pues bien, “si se naturaliza la agresión y la violencia como parte de un funcionamiento normal de la vida, se corre el riesgo de que los afectados interioricen que la situación es inevitable e incluso legítima”⁶⁴; en consecuencia, esto puede llevar a que la identidad del ser se construya en base a la interrelación violenta, basada en la dominación, como una forma de comunicación legítima. Cabe preguntarse, mucho más allá de la forma en la que la colectividad mapuche hará valer sus demandas territoriales en el futuro en atención a estos antecedentes ¿qué pasará con sus relaciones cotidianas? ¿cómo vivirán en el futuro sus relaciones afectivas, con una infancia marcada por la violencia, el miedo y la ansiedad? Muchas preguntas que, en el futuro, podrían encontrar respuesta en los procesos que actualmente vive la infancia mapuche a raíz de la violencia de la que es objeto.

⁶³ Centro Estudios Derechos Humanos, Universidad Diego Portales; Observatorio Ciudadano; Amnistía Internacional; CINTRAS, Centro de Salud Mental y Derechos Humanos; Opción; HUMANAS, Centro Regional de Derechos Humanos y Justicia de Género. Op. cit. pp. 5.

⁶⁴ Pizarro, Angélica y Díaz, Felipe. Op. cit. pp. 14.

Capítulo II

INSTITUCIONES ENCARGADAS DE LA PROTECCIÓN Y DIFUSIÓN DE DERECHOS HUMANOS, E INSTITUCIONES REPOSABLES DE LA PERSECUCIÓN PENAL

2.1 Comisión Asesora Presidencial para la Protección de los Derechos de las Personas⁶⁵

2.1.1 Antecedentes de su creación

La Comisión Defensora Ciudadana se creó en virtud del Decreto Supremo N° 65, con fecha 11 de mayo del año 2001, por el Presidente de la época Ricardo Lagos Escobar. Su creación tuvo por objeto constituir un antecedente para el posterior establecimiento del Defensor de las Personas,⁶⁶ razón por la cual es abordada en este trabajo. De hecho, en términos generales comparte algunas de las características y atribuciones del Ombudsman, en lo relativo a la elaboración de informes temáticos o al diagnóstico de la situación de derechos de las personas en un ámbito determinado, identificando instituciones con mayor número de reclamos, áreas sensibles de protección y vulnerabilidad de derechos, entre otras.

En el considerando 4° del Decreto N° 65, se define como fundamento para la creación de la Comisión la necesidad de establecer una instancia que permita la debida y oportuna supervisión de los órganos de la Administración del Estado, en la protección y promoción de los derechos que los ciudadanos tienen frente a la actividad administrativa". Se pone de relieve por una parte el rol supervisor de la Comisión, que según veremos en el análisis de sus atribuciones específicas, se desarrolla de manera indirecta en las recomendaciones que dirija al Presidente de la República en relación a las observaciones y conclusiones emanadas de su labor de supervisión; y por otra, el ámbito de derechos protegidos, que se circunscriben a los derechos

⁶⁵ Para el desarrollo de este subcapítulo, nos basaremos en los siguientes documentos:

- Decreto Supremo N° 65. Chile. Comisión Asesora Presidencial para la Protección de los Derechos de las Personas. Ministerio Secretaría General de la Presidencia, Santiago, Chile, julio de 2001.
- Reglamento Interno de la Comisión Asesora Presidencial para la Protección de los Derechos de las Personas.
- Publicaciones e información contenida en la página web de la Comisión, <http://www.comisiondefensoraciudadana.cl> [fecha de consulta: octubre de 2009]

⁶⁶ Tratado en detalle en el capítulo III.

propios de la persona frente a la actividad prestacional del Estado.

2.1.2 Definición

Según el artículo 1° del Decreto Supremo N° 65 de 2001, La Comisión Asesora Presidencial para la Protección de los Derechos de las Personas se define en los siguientes términos: "Un órgano asesor del Presidente de la República, cuya función principal es velar por la defensa y promoción de los derechos e intereses de las personas ante acciones u omisiones de los organismos públicos, en lo relativo a la satisfacción de las necesidades de los ciudadanos frente a la prestación de estos servicios".

Se desprende de esta definición las siguientes características:

- a. Es un órgano de carácter asesor, carente de poder resolutivo.
- b. Su función principal es velar por los derechos de las personas en relación a los actos u omisiones de los organismos públicos. Por ende, solo abarca a la administración, dejando fuera de su ámbito de competencia a entidades privadas.
- c. La protección de derechos que realiza la Comisión dice relación con *satisfacción de necesidades* frente a la *prestación* de servicios públicos. Esto implica que su labor se circunscribe a la actividad prestacional del Estado. Luego, si conoce de violaciones a derechos fundamentales por órganos de la administración, será por la vía y en el contexto de la actividad prestacional, lo que podrá incidir en el punto de referencia para llevar a cabo sus apreciaciones.⁶⁷

2.1.3 Composición

Según el artículo 4° del Decreto N° 65, la Comisión estará conformada por los siguientes integrantes:

⁶⁷ Cuestión que volveremos a tratar en el resultado de sus informes. Nos parece un rol orgánico distinto el que lleva a cabo una institución que denuncia la vulneración de derechos esenciales en el marco de la prestación de servicios públicos, del que realiza una institución que formula idéntica denuncia, pero cuyo objeto principal es la protección de tales derechos.

1. Un Presidente, que será nombrado por el Presidente de la República.
2. Cuatro consejeros, también designados por él Presidente de la República, en representación de las organizaciones sindicales, del Capítulo Chileno del Ombudsman, de las organizaciones de consumidores y del sector empresarial, respectivamente.
3. El Director Nacional del Servicio Nacional del Consumidor.
4. El Director de la División de Organizaciones Sociales del Ministerio Secretaría General de Gobierno.
5. El Superintendente de Administradoras de Fondos de Pensiones, y
6. El Secretario Ejecutivo del Comité Interministerial para la Reforma del Estado.

De lo anterior, se desprende que en la Comisión estarán representados tanto los órganos de la administración del Estado, como algunas organizaciones de la sociedad civil implicadas en la protección y satisfacción de los derechos observados por la Comisión.

2.1.4 Atribuciones específicas

El artículo 2° del Decreto en comento define las atribuciones específicas con las que cuenta la Comisión, para cumplir con la función encomendada en el artículo 1°:

- Observar y estudiar la actividad que desarrollan los órganos de la Administración del Estado frente a los ciudadanos, informando al Presidente de la República mensualmente.
- Formular sugerencias, recomendaciones y/o informes al Presidente de la República, que no tendrán carácter de vinculantes, destinados a que éste ordene la adopción de medidas que corrijan o eviten acciones que afecten la regularidad, continuidad e igualdad en la satisfacción de las necesidades públicas a su cargo.
- Proponer un plan anual de satisfacción de prestaciones a los ciudadanos.
- Informar semestralmente al Presidente de la República sobre el estado y calidad de las prestaciones realizadas por la administración a los ciudadanos.
- Servir de instancia de coordinación a las oficinas de información y reclamos de los

órganos y organismos de la Administración Pública, para lo cual deberá convocar una vez al mes a los responsables de estas oficinas.

En consecuencia, podemos analizar las atribuciones de la Comisión en torno a tres campos de acción delimitados: a) su rol fiscalizador -más bien "observador"- de las actividades de los órganos de la administración del Estado respecto de los usuarios de los mismos; b) su rol asesor del Presidente de la República, en las materias propias de la competencia del Consejo, esto es, los derechos de los usuarios frente a los organismo públicos (dependientes de la Administración Central); c) su rol coordinador con los demás órganos de la administración en cuanto a la gestión de información y reclamos que soliciten o hagan los usuarios.

El rol fiscalizador de la Comisión se traduce en la observación del desempeño de los órganos de la administración en relación a los derechos de los usuarios de los mismos. En el decreto que la constituye y le otorga atribuciones no están fijados los mecanismos a través de los cuales está función se hace efectiva, ni tampoco en el reglamento interno de la Comisión. No obstante, del análisis de este reglamento, así como de los informes emitidos por la Comisión, se desprende que el ejercicio de esta facultad descansa en la coordinación de las presentaciones que hagan los usuarios respecto a los servicios evaluados, en la forma de consultas, solicitudes, sugerencias y reclamos; lo cual constituye el tercer campo de facultades identificado, es decir, el rol coordinador en la gestión de información y reclamos con los demás órganos de la administración. En la medida en que existen mayores o menores índices de reclamos dirigidos a un órgano en particular, y se gestiona su resultado frente al órgano en cuestión, se evalúa su desempeño tanto en las tareas propias de su competencia, como en la respuesta que otorgan a las solicitudes de los usuarios del servicio, por lo que ambas facultades se encuentran estrechamente vinculadas.

En relación a esto último, el artículo 8° del Decreto N° 65 establece para las autoridades y directivos de los órganos de la Administración del Estado, la obligación de prestar su colaboración a la Comisión en lo que ésta solicite, dentro del ámbito de sus respectivas

competencias. En consecuencia, los organismos públicos dependientes de la administración central, deberán otorgar a la comisión toda la documentación e informes que ésta solicite para el cumplimiento de su mandato, así como dar respuesta a sus solicitudes en el marco de la gestión y coordinación de reclamos de los usuarios. Esto tendrá como límite la esfera de competencias del órgano requerido para tal objeto.

Finalmente, cabe señalar que su rol asesor en materia de los derechos de su competencia, se hace efectivo en los distintos informes que emite la Comisión, que dan cuenta de su labor en términos cualitativos (en casos específicos de conflictos resueltos, informes temáticos, procedimientos de "usuario incógnito") y cuantitativos (en las estadísticas sobre presentaciones recibidas por período, número de reclamos por institución, derechos más reclamados por porcentaje, estado de las presentaciones y porcentaje de solicitudes pendientes, etcétera).

2.1.5 Aplicación

Para entender el funcionamiento de la Comisión y su rol en la protección de los derechos de las personas, examinaremos algunos ejemplos⁶⁸ de las gestiones realizadas por la Comisión en este sentido:

A. Con fecha 29 de noviembre del año 2006, se recibe la queja de una usuaria por el mal trato del que fue objeto por parte de personal del Hospital Regional de Temuco,⁶⁹ haciendo una crítica general a la atención que se le brinda a la población más humilde, que en su opinión es discriminatoria. En virtud de estos antecedentes el caso se declara admisible, y se le solicitó mayores antecedentes sobre el maltrato del cual habría sido víctima. Se ofició al director del Servicio de Salud Araucanía Sur solicitando un pronunciamiento respecto del reclamo y que se disponga lo necesario para investigar los hechos y brindar una respuesta oportuna, razonada y fundada. El oficio fue remitido con copia al Director del Hospital Regional de Temuco y al

⁶⁸ Disponibles en <http://www.comisiondefensoraciudadana.cl> [fecha de consulta: 15 de noviembre 2009]

⁶⁹ El día 27 de noviembre concurrió al servicio de urgencia de ese establecimiento hospitalario por una contusión en la cara, donde dice haber esperado atención desde las 10.00 hasta las 17.00, y frente a esta demora le reclamó a un médico, quien la trató en forma grosera y despectiva.

Subsecretario de Redes Asistenciales.

A la fecha (3 años desde el ingreso del reclamo), el asunto se encuentra pendiente de respuesta del servicio.

B. Otra queja de temática similar se recibió con fecha 21 de diciembre del 2006, en que una usuaria señala haber comprado una sonda gástrica de características específicas para su marido, indicadas por el médico tratante en el Hospital del Salvador, por la que pagó aproximadamente \$90.000. Más tarde, después de haber adquirido el artículo, le indican que la sonda no es la adecuada y que debe comprar otra.

El reclamo se declara admisible. La Comisión lleva cabo gestiones de coordinación con la Unidad de Atención al Usuario del hospital en cuestión, cuyo resultado fue la compra por parte del hospital de la sonda adecuada, gratuita para el usuario, a cambio de la sonda que aquél adquirió. Con esto se dio por concluido y acogido el reclamo presentado.

El resultado dispar en ambas gestiones pone de manifiesto la falta de atribuciones específicas en la colaboración que los demás órganos de la administración deben prestar a la Comisión, en tanto no contempla sanciones para su incumplimiento. La coordinación del reclamo, la respuesta al usuario y la solución al asunto, quedan entregadas finalmente a la voluntad del órgano reclamado, sin que la Comisión tenga facultades para obligarlo en este sentido.

En teoría, esta deficiencia en las atribuciones de la Comisión encuentra solución en su facultad de informar al Presidente de la República sobre la situación general de respeto a los derechos sometidos a su observación, esto es, la información que debe entregar periódicamente al Presidente sobre la actividad que desarrollan los órganos de la administración del Estado. También apunta en esta dirección su "plan anual de satisfacción de prestaciones a los ciudadanos", donde pueden ir incluidas recomendaciones que persigan terminar con situaciones o conductas que lesionan derechos de los usuarios (artículo 2° del Decreto N°65).

2.2 Instituto Nacional de Derechos Humanos

2.2.1 Antecedentes

El Instituto Nacional de Derechos Humanos (en adelante, el "Instituto") fue creado por la Ley 20.405 el 10 de diciembre de 2009. En términos generales, responde en parte a los modelos internacionales de Instituciones de Derechos Humanos,⁷⁰ cuyo objeto fundamental es la defensa y promoción de los Derechos Humanos en el país donde son establecidos. En opinión de la Doctrina,⁷¹ los países donde se acoge la figura de una Institución de Derechos Humanos, optan por establecer un Defensor del Pueblo -que puede recibir varios nombres: Ombudsman, Defensor de las Personas, Procuraduría de Derechos Humanos- o bien un Instituto de Derechos Humanos. En algunos casos se ha optado por la creación de ambas figuras, no obstante los alcances de su competencia sobre el mismo objeto.

2.2.2 Definición y objeto

El Instituto se define en el artículo 1° de la Ley 20.405, como "una corporación autónoma de derecho público, con personalidad jurídica y patrimonio propio".

El artículo 2° define como objeto del Instituto "la promoción y protección de los derechos humanos de las personas que habiten en el territorio de Chile, establecidos en las normas constitucionales y legales; en los tratados internacionales suscritos y ratificados por Chile y que se encuentran vigentes, así como los emanados de los principios generales del derecho, reconocidos por la comunidad internacional".

En consideración a estos antecedentes, el Instituto responde a la fórmula de las Comisiones de Derechos Humanos, como entidad autónoma con competencia específica para conocer

⁷⁰ Véase "Los Principios de París", en *infra*, Capítulo III El Ombudsman.

⁷¹ AYLWIN, José. Ombudsman y Derechos indígenas en América Latina: Estudio Comparativo sobre el Marco Normativo e Institucional. San José, Costa Rica, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 2006. pp. 62.

cuestiones vinculadas a la promoción y protección de los derechos humanos, carente de vínculos de dependencia con otros poderes del Estado.⁷² Persiguen garantizar la aplicación efectiva de las leyes y reglamentos relativos a la protección de los derechos humanos.⁷³

2.2.3 Organización y composición

Según el artículo 6°, la dirección superior del Instituto corresponderá a un Consejo de once miembros. Siguiendo los Principios de París⁷⁴ en cuanto a los estándares internacionales que deben adoptar las Instituciones de Derechos Humanos para su eficacia, se ha perseguido en la conformación del Consejo la pluralidad y representación de todos los sectores sociales interesados en la protección de los derechos humanos.

Con este objeto, el Consejo adopta la siguiente constitución:

- a) Dos consejeros designados por el Presidente de la República, quienes deberán ser de distintas regiones del país.
- b) Dos consejeros designados por el Senado.
- c) Dos consejeros designados por la Cámara de Diputados.
- d) Un consejero designado por los decanos de las Facultades de Derecho de las universidades integrantes del Consejo de Rectores y de universidades autónomas, en la forma determinada por el estatuto.
- e) Cuatro consejeros designados en la forma que establezcan los estatutos, por las instituciones vinculadas a la defensa y promoción de los derechos humanos que gocen de personalidad jurídica vigente, inscritas en el registro respectivo que llevará el Instituto.

En opinión de José Aylwin, la pluralidad de los miembros de las Comisiones de Derechos Humanos tiende a resguardar la independencia de la entidad, generando una instancia de

⁷² Ídem.pp. 58.

⁷³ Ibíd.

⁷⁴ Véase "Los Principios de París", en *infra*, Capítulo III El Ombudsman.

consenso social.⁷⁵

2.2.4 Atribuciones generales

Para el cumplimiento de los objetivos contenidos en el objeto de su competencia, la promoción y protección de los derechos humanos, el Instituto cuenta con las siguientes atribuciones, contenidas en el artículo 3° de la citada Ley:

2.2.4.1 Elaboración de Informe Anual

Elaborar un Informe Anual, que deberá presentar al Presidente de la República, al Congreso Nacional y al Presidente de la Corte Suprema sobre sus actividades, sobre la situación nacional en materia de derechos humanos y hacer las recomendaciones que estime convenientes para su debido resguardo y respeto. Su Consejo deberá adoptar todas las medidas pertinentes destinadas a otorgar publicidad a dicho informe a la comunidad.

Sin perjuicio de lo establecido en el artículo 5°, dicho informe anual también podrá ser remitido a las Naciones Unidas y a la Organización de Estados Americanos, y a las instituciones vinculadas a la defensa y promoción de los derechos humanos inscritas en el registro a que se refiere la letra e) del artículo 6°.⁷⁶

2.2.4.2 Opinión

Comunicar al Gobierno y a los distintos órganos del Estado que estime convenientes, su opinión respecto de las situaciones relativas a los derechos humanos que ocurran en cualquier parte del país. Para el ejercicio de esta función, podrá solicitar al organismo o servicio de que se trate un informe sobre las situaciones, prácticas o actuaciones en materia de derechos humanos.

⁷⁵ AYLWIN, José. Op. Cit. pp. 59.

⁷⁶ Se refiere a las instituciones cuyo objeto sea la defensa y protección de los derechos humanos, inscritas en el registro que para estos efectos llevará el Instituto.

2.2.4.3 Recomendación

Proponer a los órganos del Estado las medidas que estime deban adoptarse para favorecer la protección y la promoción de los derechos humanos.

2.2.4.4 Promoción legislativa

Promover que la legislación, los reglamentos y las prácticas nacionales se armonicen con los tratados internacionales de derechos humanos ratificados por Chile y que se encuentren vigentes, a fin que su aplicación sea efectiva.

2.2.4.5 Legitimación activa en procesos judiciales

Deducir acciones legales ante los tribunales de justicia, en el ámbito de su competencia.

En el ejercicio de esta atribución, además de deducir querrela respecto de hechos que revistan carácter de crímenes de genocidio, de lesa humanidad o de guerra, tortura, desaparición forzada de personas, tráfico ilícito de migrantes o trata de personas; podrá deducir los recursos de protección y amparo consagrados respectivamente en los artículos 20 y 21 de la Constitución, en el ámbito de su competencia.

2.2.4.6 Colaboración con otros órganos del Estado frente a organismos intergubernamentales

Colaborar, en el ámbito de sus atribuciones, con el Ministerio de Relaciones Exteriores y demás servicios públicos relacionados, en la elaboración de los informes que el Estado deba presentar a los órganos y comités especializados de las Naciones Unidas y de la Organización de Estados Americanos, así como de las demás instituciones regionales. El informe final no obligará ni comprometerá al Instituto.

2.2.4.7 Coordinación con organismos intergubernamentales

Cooperar con las Naciones Unidas, las instituciones regionales y las instituciones de otros países que sean competentes, en la promoción y protección de los derechos humanos, informando de ello al Ministerio de Relaciones Exteriores.

2.2.4.8 Promoción y difusión de los derechos humanos

Difundir el conocimiento de los derechos humanos, favorecer su enseñanza en todos los niveles del sistema educacional, incluyendo la formación impartida al interior de las Fuerzas Armadas, de Orden y de Seguridad Públicas, y promover la realización de investigaciones, estudios y publicaciones, otorgar premios, patrocinar actos y eventos relativos a estas materias, y realizar todo aquello que propenda a consolidar una cultura de respeto a los derechos humanos en el país, pudiendo al efecto celebrar convenios con organismos públicos o privados tanto nacionales como extranjeros.

2.2.4.9 Asesoría y coordinación con otros organismos

Prestar su asesoría, en materias de su competencia, a organismos públicos y privados que lo soliciten; asimismo, desarrollar la cooperación, asesoría técnica e interlocución con corporaciones, fundaciones y demás organizaciones privadas, nacionales y extranjeras, cuyos objetivos se relacionen con las funciones del Instituto, y celebrar con ellas convenios para ejecutar proyectos o acciones de interés común.

2.2.5 Obligación de colaboración de los demás órganos del Estado

Según establece el artículo 4° de la Ley en comento, el Instituto "podrá solicitar la colaboración de los distintos órganos de Estado para el ejercicio de sus atribuciones. Podrá asimismo, recibir todos los testimonios y obtener todas las informaciones y documentos necesarios para el

examen de las situaciones comprendidas en el ámbito de su competencia".

2.2.6 Aplicación

En primer lugar, la legitimación activa del Instituto para iniciar acciones judiciales sobre los derechos enunciados en el artículo que aborda esta materia, pudiera resultar en una práctica eficaz para terminar situaciones lesivas a los derechos humanos en el marco del conflicto por recuperación de tierras, sobre la base de los recursos constitucionales de protección y amparo que se podrán ejercer en el ámbito de su competencia. Esto, en el supuesto de que los hechos denunciados constituyan alguna de las hipótesis previstas para el ejercicio de tales acciones.

En segundo lugar, la elaboración de un informe anual dirigido a los poderes del Estado con el objeto de visibilizar la situación general de los derechos humanos en el país, permitiría evidenciar las situaciones de vulneración de derechos y abusos en el marco del conflicto, especialmente en lo que respecta a los sectores más vulnerables (niños, mujeres y ancianos).⁷⁷ La publicidad de tal informe permitirá establecer conciencia en la comunidad sobre dicha situación, y eventualmente, el reconocimiento de los órganos del Estado involucrados en estos hechos sobre su veracidad.

En tercer lugar, la facultad de emitir opinión y recomendaciones a los órganos del Estado dentro de su esfera de competencia, podrá poner fin a las situaciones de vulneración a los derechos esenciales por la vía del entendimiento, en tanto el Instituto constituye lo que la doctrina denomina una *magistratura de persuasión*.⁷⁸

Finalmente, la promoción legislativa para adecuar el ordenamiento jurídico interno con los tratados internacionales de derechos humanos vigentes en Chile, podría eventualmente conducir al Instituto a proponer reformas legales que terminen con situaciones jurídicas que

⁷⁷ Véase *supra*, capítulo I.

⁷⁸ Sobre la *magistratura de persuasión* y la eficacia de sus recomendaciones, véase *infra*: Capítulo III. El Ombudsman

posibilitan la vulneración de derechos esenciales y la impunidad de sus autores, como es el caso de la justicia militar.

Sin embargo, el Instituto Nacional de Derechos Humanos no cumple con los mismos estándares que alcanza su análogo, el Ombudsman, en la defensa de los derechos esenciales. En efecto, carece de lo que a juicio de José Aylwin,⁷⁹ constituye la principal característica del Defensor del Pueblo: su facultad de investigar. Esta facultad, explicada en detalle en el capítulo siguiente, permite tomar conocimiento de una denuncia de violación a los derechos humanos de un individuo o grupo, recabar antecedentes del caso, y formular una acción judicial con el mérito de la información recabada, la cual será tomada en cuenta por el órgano encargado de la persecución penal.

Si bien es cierto las facultades mencionadas pueden ser útiles para resolver algunos aspectos del conflicto mapuche por la recuperación de tierras, como la violencia ejercida contra grupos vulnerables, están fuertemente privadas de eficacia si la institución no cuenta con la facultad de investigar y recabar antecedentes sobre los hechos que denuncian, a partir de algo más que los informes evacuados por las instituciones pertinentes. En efecto, la legitimación activa para iniciar acciones judiciales, la facultad de elaborar informes sobre la situación de los Derechos Humanos en el país, la de emitir opinión y recomendaciones a los demás órganos del Estado, y la promoción de reformas legislativas relevantes para proteger y garantizar los derechos esenciales, son todas atribuciones que deberían contar, por supuesto elemental, con la facultad de investigar los hechos y circunstancias que permitan fundamentar el ejercicio de cada una. Por ejemplo, sin la facultad de investigar la veracidad de la violencia ejercida contra la infancia mapuche por parte de Carabineros e Investigaciones,⁸⁰ poco sentido tiene emitir un informe sobre su existencia, menos la de recomendar a las instituciones involucradas las acciones conducentes a su término, o promover una reforma legislativa orientada a proteger la infancia en general. Desde nuestro análisis, sin la facultad -expresa y establecida en la ley que le otorga existencia-, de investigar los hechos sometidos a su conocimiento, o la situación general de los

⁷⁹ Véase *infra*, capítulo III.

⁸⁰ *Supra*, Capítulo I.

Derechos Humanos en el país, la Institución está privada de una herramienta esencial para cumplir con el objeto de su competencia, y en consecuencia, para constituir una alternativa de solución efectiva a la violencia en el marco del conflicto por recuperación de tierras.

2.3. Justicia Militar

2.3.1 Consideraciones previas

La jurisdicción de los tribunales militares está fuertemente vinculada al conflicto por recuperación de tierras. Como se verá, su competencia abarca, entre otras cosas, el conocimiento de delitos comunes cometidos por uniformados en el ejercicio de sus funciones, hipótesis recurrente si pensamos en los múltiples casos expuestos en el primer capítulo de este trabajo. De manera que, en razón de su competencia, una parte importante de las causas ligadas al conflicto por recuperación de tierras son conocidas por la Justicia Militar.

La problemática presentada en este caso reside en que la Justicia Militar afecta estructuralmente algunas garantías básicas relativas al debido proceso, entendido como “la garantía que debe tener toda persona a la corrección y rectitud del procedimiento judicial”.⁸¹ El debido proceso es un derecho estructurado de manera compleja, en tanto está conformado por varios “derechos” constituidos en dos niveles: tanto a las garantías propias del procedimiento (las garantías del inculpado durante el proceso), como a las de la organización judicial (organización y estructura), en donde se incluyen la independencia e imparcialidad de los tribunales.⁸²

Es sobre estas últimas garantías que la organización y atribuciones de los tribunales militares ejercen con mayor intensidad su afectación. Según se demostrará en el siguiente apartado, la independencia e imparcialidad en la actuación de los órganos jurisdiccionales de la Justicia Militar son derechos de escasa o nula realización, lo cual incide negativamente en la búsqueda de responsabilidades y sanciones para los autores de violaciones a derechos fundamentales en el marco del conflicto.

⁸¹ FRANCIA SÁNCHEZ, Luis. Justicia Militar y Derecho a un Tribunal Independiente e Imparcial: ¿Diferencias o Incompatibilidades? *En*: Cuadernos de Análisis Jurídico, N° 40, Justicia Militar y Estado de Derecho. Santiago, Chile, Universidad Diego Portales. 1998. pp. 312.

⁸² Ídem. pp. 312.

En el siguiente apartado describiremos la Justicia Militar en cuanto a sus fundamentos, sus órganos intervinientes y el ámbito general de su competencia. A continuación, expondremos las definiciones doctrinarias de las garantías de independencia e imparcialidad, para luego analizar cada órgano interviniente en la jurisdicción militar a la luz de estos principios. Para lo anterior, nos basaremos en el trabajo del profesor Julio Duce, “El Derecho a Ser Juzgado por un Tribunal Independiente e Imparcial y la Justicia Chilena”.

2.3.2 Fundamentos de Justicia Militar

Siguiendo el enfoque del profesor Sergio Cea C.⁸³, la Justicia Militar cuenta en nuestro ordenamiento con fundamentación legal y constitucional,⁸⁴ sobre la base de la importancia de la misión encomendada a las Fuerzas Armadas, contenida en la Constitución y la Ley Orgánica Constitucional que las rige. Se justificaría entonces la existencia de un sistema penal que castigue la inobservancia de los deberes emanados de dicha misión,⁸⁵ la cual consiste, en la opinión de esta parte de la doctrina, en la defensa de la patria, de la seguridad nacional (artículo 101° de la CPR), y en ser garantes del orden institucional de la República (artículo 1° de la Ley 18.948 Orgánica Constitucional de las Fuerzas Armadas).

Otra parte de la doctrina sostiene que la Justicia Militar tiene por fundamento el mantenimiento de la disciplina al interior de la institución, a partir de lo cual se deriva también el fundamento al delito militar. En efecto, si bien la justificación de los tribunales militares se encuentra en una exigencia técnica de especialización en relación con la materia atribuida a su competencia, su razón de ser está en la disciplina como principio inspirador de la organización militar, pues el ordenamiento del Estado permite que el mantenimiento de la disciplina en el Ejército sea

⁸³ CEA CIENFUEGOS, Sergio. Justicia Militar. El Objetivo de la Justicia Militar. Apuntes de Clases. Santiago, Universidad de Chile, 2003. En: REYES, Noziglia y ISZACHAR, Pablo. Análisis crítico del actual procedimiento de Justicia Militar y propuesta superadora. Memoria (Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales). Santiago, Chile. Universidad de Chile, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, 2008

⁸⁴ Sobre la justificación conceptual y técnica de la justicia militar –cuestión que escapa a los objetivos de este trabajo- recomendamos MERA FIGUEROA, Jorge. Razones Justificadoras y Ámbito de la Jurisdicción Penal Militar en Tiempos de Paz. En: Cuadernos de Análisis Jurídico, N° 40, Justicia Militar y Estado de Derecho. Santiago, Chile, Universidad Diego Portales. 1998.

⁸⁵ REYES, Noziglia y ISZACHAR, Pablo. Op. cit.

confiada a la propia organización militar por medio de órganos propios,⁸⁶ lo cual también define el contenido del derecho penal militar sustantivo y conduce a una limitación de su competencia al ámbito estrictamente militar.⁸⁷

En todo evento, este sistema penal, en virtud de lo dispuesto por nuestro ordenamiento jurídico, dota a las Fuerzas Armadas de jurisdicción y tribunales propios, establecidos en normas tanto a nivel constitucional como legal.

En primer lugar, la Constitución Política de la República reconoce expresamente la organización judicial del sistema penal militar en su artículo 83°, en cuanto señala: “el ejercicio de la acción penal pública, y la dirección de las investigaciones de los hechos que configuren el delito, de los que determinen la participación punible y de los que acrediten la inocencia del imputado en las causas que sean de conocimiento de los tribunales militares, como asimismo la adopción de medidas para proteger a las víctimas y a los testigos de tales hechos corresponderán, en conformidad con las normas del Código de Justicia Militar y a las leyes respectivas, a los órganos y a las personas que ese Código y esas leyes determinen”.

En segundo lugar, la Ley Orgánica Constitucional de las Fuerzas Armadas señala en su artículo 1° inciso 3°: “Derivado de las particulares exigencias que impone la función y la carrera profesional, los organismos y el personal que la desarrollan, así como sus institutos de formación profesional, se ajustarán a normas jurisdiccionales, disciplinarias y administrativas que se establecen en esta ley”. En este sentido, “el legislador, con esta expresión, nos está señalando que por ser una de las organizaciones básicas del Estado, la institución militar requiere de un régimen jurídico especial”.⁸⁸

En tercer lugar, la Ley 18.575 Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración

⁸⁶ BOVINO, Alberto. La Justicia Militar y el Juzgamiento de Civiles. En: Cuadernos de Análisis Jurídico, N° 40, Justicia Militar y Estado de Derecho. Santiago, Chile, Universidad Diego Portales, 1998. pp. 294.

⁸⁷ GARRIDO FALLA, Fernando. Comentarios a la Constitución. Madrid, Editorial Civitas, 1985. pp. 139 y ss. Citado por: BOVINO, Alberto. Op. cit. pp. 294.

⁸⁸ REYES, Noziglia y ISZACHAR, Pablo. Op. cit. pp. 10.

del Estado, excluye en su artículo 21° a las Fuerzas Armadas de su normativa en lo que respecta a su organización y funcionamiento, las cuales se regirán por sus respectivas normas constitucionales u orgánicas constitucionales. En consecuencia, la justicia militar en Chile tendría un estatuto especial, en función de sus particulares características.

En cuarto lugar, existe una referencia a la justicia militar en el Código Orgánico de Tribunales en su artículo 5°, el cual señala: “forman parte del Poder Judicial, como tribunales especiales (...) los tribunales militares en tiempo de paz, los cuales se regirán en su organización y atribuciones por las disposiciones contenidas en el Código de Justicia Militar y sus leyes complementarias”.

Finalmente, el Código de Justicia Militar, en su artículo primero, señala: “La facultad de conocer en las causas civiles y criminales de la jurisdicción militar, de juzgarlas y de hacer ejecutar lo juzgado, pertenece exclusivamente a los Tribunales que establece este Código”.

En síntesis, es posible afirmar que existe en nuestro ordenamiento jurídico un sistema penal específico, “Justicia Militar”, para la persecución de los llamados delitos militares, cuyo conocimiento es entregado a tribunales especiales bajo un sistema de organización y procedimiento propios.

2.3.3 Órganos intervinientes⁸⁹

Una de las principales particularidades de la Justicia Militar en nuestro ordenamiento consiste en las atribuciones de los órganos que intervienen en el proceso. En efecto, según se explicará, en diversos casos las funciones que desempeña el órgano encargado de la persecución penal alcanzan facultades jurisdiccionales; por su parte, los órganos encargados de conocer, juzgar y hacer ejecutar lo juzgado determinan la forma en la cual el primero debe ejercer su actividad. Cuestiones que no representan solo una distorsión de los roles que cada interviniente en el proceso desempeña, sino una afectación manifiesta de algunos derechos fundamentales del

⁸⁹ Para la descripción de las instituciones en este apartado, nos ceñiremos a lo expuesto por REYES, Noziglia y ISZACHAR, Pablo. Op. cit. pp. 20 y ss.

imputado.

2.3.3.1 Juzgado Institucional

Es el órgano encargado de ejercer la jurisdicción en materia militar, según lo dispuesto por el Párrafo Primero del Libro Primero del Código de Justicia Militar. Están compuestos por: el Comandante en Jefe de la respectiva División o Brigada en el Ejército; el Comandante en Jefe de cada Zona Naval, Escuadra o División de la Armada; el Jefe del Estado Mayor General de la Fuerza Aérea y el Comandante en Jefe de la respectiva Brigada Aérea, quienes reciben el nombre de Juez Militar; el Fiscal; el Auditor; el Secretario del Fiscal y el Secretario del Juez Militar, en virtud de las disposiciones contenidas en los artículos 16°, 20°, 25°, 34° y 42° del Código de Justicia Militar.

Habrá un Juzgado Militar establecido por el Presidente de la República, en el asiento de cada una de las Divisiones o Brigadas en que se divida la fuerza del Ejército, o donde las necesidades del servicio así lo requieran, según lo dispuesto en el artículo 15° del citado código. Actualmente existen siete juzgados institucionales, con asiento en las ciudades de Iquique, Antofagasta, Santiago, Concepción, Valdivia, Coyhaique y Punta Arenas.

2.3.3.2 El Juez Militar

Ejercen el cargo de Juez Militar, en virtud del artículo 16° del Código de Justicia Militar, el Comandante en Jefe de la respectiva División o Brigada en el Ejército; el Comandante en Jefe de cada Zona Naval, Escuadra o División de la Armada; el Jefe del Estado Mayor General de la Fuerza Aérea y el Comandante en Jefe de la respectiva Brigada Aérea; cuya designación es realizada por el solo ministerio de la Ley. Más adelante nos referiremos a la problemática que se presenta en cuanto a designar como Juez Militar a oficiales de armas, y la afectación de las garantías constitucionales de independencia e imparcialidad de todo tribunal.

Según lo señalado en el artículo 17° del Código de Justicia Militar, es de competencia del Juez Militar: 1. Conocer en primera instancia de todos los asuntos civiles y criminales que constituyan la jurisdicción militar, requiriendo o autorizando al respectivo Fiscal para la sustanciación y procediendo de acuerdo con el Auditor al pronunciamiento de las sentencias; 2. Pronunciarse sobre las cuestiones de competencia que se promuevan, ya sea por inhibitoria o por declinatoria; 3. Resolver las implicancias o recusaciones que se hicieren valer respecto de los Fiscales, Auditores o Secretarios, y decretar la suplencia cuando corresponda; 4. Ordenar el cumplimiento de las sentencias ejecutoriadas; 5. Decretar el cumplimiento, cuando proceda en derecho, de los exhortos que envíen autoridades judiciales distintas de las militares y dirigir a estas mismas las que fueren del caso; 6. Dar cumplimiento a las leyes de amnistía o decretos de indulto que se expidan a favor de individuos juzgados o condenados por tribunales militares, e informar las peticiones de indulto que tales individuos formulen; 7° Conocer de los reclamos interpuestos contra las resoluciones de los Fiscales que la ley determine.

2.3.3.3 El Fiscal Militar

Según lo dispuesto en el artículo 25° del Código de Justicia Militar, los Fiscales Militares son los funcionarios encargados de la sustanciación de los procesos y formación de las causas de la jurisdicción militar, en primera instancia. Sus atribuciones están definidas en el inciso segundo del mismo artículo, a saber: a) en materia civil, dictar todas las providencias de sustanciación y recibir todas las pruebas que se produzcan, hasta dejar la causa en estado de ser fallada por el Juzgado, y; b) en materia penal, instruir y sustanciar todos los procesos, recogiendo y consignando todas las pruebas pertinentes, deteniendo a los inculpados y produciendo todos los elementos de convicción que sean del caso.

Se desprende de las disposiciones citadas que el fiscal militar es un órgano acusador encargado de sostener la acción penal pública, pero además es dotado de jurisdicción, y por ende, de una serie de facultades que les permiten tomar conocimiento e instruir la sustanciación de las causas

por delitos militares.⁹⁰ Especialmente llamativa resulta esta función, por cuanto la facultad de conocer, juzgar y hacer ejecutar lo juzgado pertenece por regla general a los tribunales, lo que conduce a pensar que se trata de lo que en doctrina se denomina “jurisdicción delegada”, pues el fiscal obtiene del tribunal la facultad de conocer un determinado negocio, conservando el tribunal las facultades de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado.⁹¹

2.3.3.4 El Auditor

Los auditores están definidos en el artículo 34° del Código de Justicia Militar como “Oficiales de Justicia cuya función es la de asesorar a las autoridades administrativas y judiciales de las Instituciones Armadas, en los casos y cuestiones contempladas por la Ley”. Según lo dispuesto en el mismo artículo, formarán parte de los tribunales militares.

El Artículo 35° dispone la existencia de un Auditor General del Ejército, un Auditor General de la Armada, un Auditor General de Aviación y un Auditor General de Carabineros. Habrá también un Auditor del Ejército, de la Armada y de la Fuerza Aérea, a lo menos, en el asiento de cada Juzgado Institucional.

El Auditor General tiene por atribuciones las contenidas en el Artículo 37°, a saber: 1° Asesorar al Ministerio de Defensa Nacional en todos los asuntos que se creyere conveniente oír su opinión legal; 2. Supervigilar la conducta funcionaria de los Fiscales de su respectiva jurisdicción, sin perjuicio de las facultades disciplinarias que corresponden a los Juzgados Institucionales y sin menoscabo de la independencia que consagra el Artículo 12° del Código Orgánico de Tribunales, pudiendo imponerles las medidas disciplinarias que establezca para este efecto un Reglamento especial. Las resoluciones que impongan estas medidas serán apelables en el solo efecto devolutivo ante la Corte Marcial respectiva; 3. Tomar conocimiento por sí mismo, cuando lo estime conveniente, de cualquiera causa pendiente ante los Tribunales de su Institución, aunque se hallare en estado de sumario, o recabar informe; 4. Dictar instrucciones a los Fiscales de su

⁹⁰ REYES, Noziglia y ISZACHAR, Pablo. Op. cit. pp. 28.

⁹¹ Ídem. pp. 30.

respectiva jurisdicción, de carácter general sobre la manera de ejercer sus funciones; 5. Evacuar las consultas que se les hagan por los Auditores respectivos sobre materias de sus funciones judiciales; siempre que no se trate de un caso que pueda ser sometido más tarde a su conocimiento; 6° Asesorar al Juez Institucional en las causas que sean sustanciadas por un Coronel o Capitán de Navío de Justicia, en los casos que se señalan en los incisos primero y segundo del artículo 40° del Código de Justicia Militar.

A lo anterior, debe agregarse la función contenida en el Artículo 48°, que consiste en integrar la Corte Marcial del Ejército, Fuerza Aérea y Carabineros, y la Corte Marcial de la Armada.

Consideración especial merece la atribución de supervigilar la conducta funcionaria de los Fiscales, así como la de dictar instrucciones sobre la manera de ejercer sus funciones, en tanto ambas afectan la garantía de una investigación objetiva, independiente, racional y justa.⁹² Aún más grave resulta el hecho de integrar una instancia jurisdiccional de segunda instancia (la Corte Marcial) y al mismo tiempo dictar instrucciones sobre la forma de ejercer la función penal acusatoria, cuestiones que revisaremos más adelante.

2.3.3.5 Cortes Marciales (Tribunales de Segunda Instancia)

Constituyen los tribunales de segunda instancia en tiempos de paz, establecidos en los artículos 48° y siguientes del Código de Justicia Militar. El artículo 48° dispone: “Habrá una Corte Marcial del Ejército, Fuerza Aérea y Carabineros, con asiento en Santiago, y una Corte Marcial de la Armada, con sede en Valparaíso. La primera estará integrada por dos Ministros de la Corte de Apelaciones de Santiago, por los Auditores Generales de la Fuerza Aérea y de Carabineros y por un Coronel de Justicia, del Ejército en servicio activo, y la segunda por dos Ministros de la Corte de Apelaciones de Valparaíso, por el Auditor General de la Armada y por un oficial General en servicio activo de esta Institución.” Es destacable que exista una mayoría de miembros pertenecientes a las Fuerzas Armadas integrando el primer tribunal, y una igualdad numérica de

⁹² Ídem. pp. 32.

oficiales de armas y civiles en el segundo, cuestión que afecta gravemente garantías de independencia e imparcialidad del tribunal, como se analizará.

Las atribuciones de las Cortes Marciales les facultan para su pronunciamiento en primera, segunda o única instancia, en las causas que la ley ha sometido a su conocimiento.

El artículo 60° establece como materia de las Cortes Marciales en única instancia: 1° resolver las contiendas de competencia entre los Juzgados de su jurisdicción; 2° pronunciarse en las solicitudes de implicancia o recusación contra los Jueces Institucionales; 3° conocer de los recursos de amparo deducidos en favor de individuos detenidos o arrestados en virtud de orden de una autoridad judicial del fuero militar en su carácter de tal. A continuación, el mismo artículo agrega que las Cortes Marciales, conociendo de alguna causa por la vía de la apelación o la consulta, podrán salvar los errores u omisiones de que adolezca la tramitación de un proceso en primera instancia u ordenar al Juzgado Institucional que los salve, pudiendo dejar sin efecto las actuaciones y resoluciones que estimen afectadas por esos errores u omisiones.

En primera instancia, según lo dispuesto por el artículo 59° del Código de Justicia Militar, conocerá uno de los miembros letrados del Tribunal, de las querellas de capítulos que se siguieren contra cualquiera de los funcionarios judiciales del orden militar que de ellas dependan.

En segunda instancia, en virtud de lo establecido en el artículo 58°, las Cortes Marciales conocerán: 1° De las causas que conocieren en primera instancia los Juzgados Institucionales que de ellas dependan, y; 2° De las causas que conociere en primera instancia alguno de los Ministros de la misma Corte. A lo anterior, hay que agregar otros casos que conocerá la Corte Marcial en segunda instancia, no contemplados en el artículo 58°, sino en otras disposiciones del Código, a saber: a) conocer de las medidas disciplinarias que el Auditor General aplique a los fiscales de sus respectivas jurisdicciones (Art. 37 N°2); b) conocer del recurso de Apelación deducido contra determinadas resoluciones del Fiscal Militar, como la apelación del auto de

procesamiento (Art. 123 N° 1); la apelación en contra de la resolución del Fiscal que deniega la libertad provisional con posterioridad al cierre del sumario, y, dentro del sumario, cuando la privación de libertad haya durado más de veinte días (Art. 123 N° 2); la apelación contra la resolución que le deniegue en todo o parte la dictación del auto de procesamiento, la que se concederá en el solo efecto devolutivo (Art. 133-A N° 4); y la apelación de las resoluciones que concedan a los inculcados su libertad provisional (Art. 133-B N°2).

Finalmente, a las atribuciones de las Cortes Marciales deben agregarse las funciones disciplinarias, establecidas en el Código de Justicia Militar, a saber: 1) velar por la conducta funcionaria o ministerial de los miembros que forman parte de los tribunales militares y sus asesores, pudiendo aplicar las respectivas sanciones (Art. 62°); 2) aplicar medidas disciplinarias a los abogados, litigantes y demás personas que concurran ante ella (Art. 63°); 3) corregir las faltas o abusos que se cometan en los lugares de detención respecto de los reos sometidos a jurisdicción militar (Art. 64°).⁹³

2.3.3.6 La Corte Suprema

Es el tribunal superior jerárquico de los tribunales militares. Tendrá en consecuencia el ejercicio de las facultades conservadoras, disciplinarias y económicas sobre los primeros. Al conocer de asuntos militares, a los miembros de la Corte Suprema se agregará el Auditor General del Ejército, o quien deba subrogarlo cuando esté impedido (excepto cuando se trate de resolver cuestiones sobre contienda de competencia, según lo establecido en la Ley 20.477 en su artículo 3°); cuestión que nuevamente afecta garantías de independencia e imparcialidad que debe poseer todo tribunal, estudiadas a continuación.

En virtud de lo establecido en distintas disposiciones del Código de Justicia Militar, la Corte Suprema será competente para conocer de las siguientes materias: 1. De los recursos de casación, en la forma y en el fondo, contra las sentencias de las Cortes Marciales (Art. 171°); 2.

⁹³ ASTROSA Herrera, Renato. Op. Cit. Pp. 999. Citado por REYES, Noziglia y ISZACHAR, Pablo. pp. 42.

De los recursos de revisión contra las sentencias firmes en materia de jurisdicción militar en tiempos de paz (Art. 172°); 3. De los recursos de queja contra las resoluciones de las Cortes Marciales y, en segunda instancia, de los recursos de queja que éstas conocieren (Art. 62° y Art. 551° del Código Orgánico de Tribunales); 4. De las solicitudes de implicancia o recusación contra los Ministros de las Cortes Marciales (Art. 70-A N°4); 5. De las contiendas de competencia entre un tribunal militar y otro del fuero común (Art. 3° de la Ley 20.477); 6. De las contiendas de competencia entre Juzgados Institucionales que dependen de diferentes Cortes Marciales y de las que se susciten entre éstas; 7. De la extradición activa en los procesos de la jurisdicción militar (Art. 173°).

2.3.4 Ámbito de la jurisdicción penal militar chilena

El año 1998 se publicaron los resultados de un extenso proceso de investigación sobre la Justicia Militar en Chile, “Justicia Militar y Estado de Derecho”. Su editor y director del proyecto, Jorge Mera Figueroa, explica en uno de sus artículos que el principal reparo que cabe formular a este sistema dice relación con la amplitud desmedida del ámbito de la jurisdicción penal, la cual en su opinión, no obedece a criterio racional alguno.⁹⁴

Los factores que determinan el fuero militar (que conduce al juzgamiento de quienes detentan dicha condición por tribunales militares, en virtud de lo establecido por los artículos 3°, 5° y 6° del Código de Justicia Militar) son, en opinión del profesor Mera, formales y arbitrarios: basta con que se trate de militares que cometen delitos comunes en acto del servicio militar o con ocasión de él, o que los ejecuten en recintos militares o policiales; que la infracción –cualquiera que sea su naturaleza- esté contemplada en el Código de Justicia Militar o, incluso, que una ley, cualquier ley, establezca que el delito de que se trate será de conocimiento de los tribunales militares.⁹⁵ Hasta la reforma del año 2010, esto significaba que la mayor parte de los procesados

⁹⁴ MERA FIGUEROA, Jorge. Razones Justificadoras y Ámbito de la Jurisdicción Penal Militar en Tiempo de Paz (El Caso Chileno). EN: Cuadernos de Análisis Jurídico, N° 40, Justicia Militar y Estado de Derecho. Santiago de Chile, Universidad Diego Portales, 1998. pp. 17

⁹⁵ Ídem.

por tribunales castrenses fueran civiles imputados por delitos contra militares⁹⁶ (como se analizará más adelante, la reforma excluyó a civiles de la competencia de los tribunales militares, traspasándolos las causas existentes a la justicia ordinaria). Actualmente, los tribunales militares juzgan a militares que cometen delitos comunes, en contra de civiles, en múltiples supuestos.

Para el tema que interesa abordar en este trabajo, resulta relevante destacar la extensión del fuero militar a la policía de Carabineros. Según explica el profesor Mera, originalmente la jurisdicción militar no alcanzaba a dicha institución; la modificación fue introducida en 1929 en el Código de Justicia Militar, mediante un decreto con fuerza de ley que estableció un nuevo título relativo a delitos cometidos por y en contra de carabineros, cuestión que resulta discutible toda vez que la función propia de Carabineros no reviste el carácter de militar.

En todo evento, lo anterior significa que la jurisdicción militar conoce de los casos de violencia excesiva con o sin resultado para la vida o la integridad corporal de las personas. En el contexto de los allanamientos producidos al interior de comunidades mapuche, así como en el desalojo de la toma productiva de terrenos -según analizamos en el capítulo I de esta investigación, a propósito del caso de Álex Lemún⁹⁷- los delitos cometidos por carabineros contra comuneros mapuche serán conocidos por tribunales militares.

2.3.5 Derechos fundamentales, estándares internacionales y justicia militar

2.3.5.1 Independencia del tribunal

Consiste en la independencia del poder Judicial en sí mismo, así como de los magistrados que lo componen, de cualquier poder externo que pueda influir en la consideración del caso. En otras palabras, cada juez, cuando juzga y decide un caso concreto, es libre -independiente de todo poder, inclusive el judicial- para tomar su decisión y sólo se le exige que su fallo se conforme con

⁹⁶ Hacia 1989, el porcentaje de civiles sometidos a la justicia militar alcanzaba un ochenta por ciento, según lo descrito por el Presidente de la Corte Suprema de la época, Luis Maldonado, en su discurso de inauguración del año judicial. Citado por MERA FIGUEROA, Jorge. Op. cit. pp. 17.

⁹⁷ Retomaremos este punto en *Infra*, Vinculación con el Conflicto por Recuperación de Tierras

la aplicación del derecho vigente, esto es, que se someta a la ley.⁹⁸

Comprende dos aspectos: a) La independencia institucional o colectiva del Poder Judicial respecto a su relación con los demás órganos del Estado, y; b) la independencia personal del tribunal en el caso concreto, su autonomía frente a la propia estructura judicial.

Es una de las características básicas de todo Poder Judicial, que tiene su razón de ser en la clásica teoría de la división de poderes, donde cada uno de ellos es soberano respecto de sus funciones para poder limitar y controlar a los otros.⁹⁹ Es por ende un requisito básico en un Estado de Derecho, y una garantía básica del ciudadano frente al poder del Estado.¹⁰⁰

Durante el VII Congreso de Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente, celebrado en Milán en 1985, se establecieron ciertos principios básicos relativos a la independencia de la judicatura, más tarde ratificados por la Asamblea General de las Naciones Unidas en las resoluciones 40/32 y 40/146, del 29 de noviembre y 13 de diciembre de 1985, respectivamente. Son elementos a ser tomados en consideración para el examen de independencia de un tribunal: La existencia de adecuados mecanismos de nombramiento: calificaciones exigidas, duración del mandato, condiciones que rigen su ascenso, traslado o cese. Cualquier mecanismo utilizado debe dejar independencia al magistrado para ejercer su labor; La estabilidad o inamovilidad de los magistrados; La vigencia de ingresos económicos adecuados para los magistrados; La prohibición del Presidente de ejercer funciones judiciales; El deber de los jueces de ceñirse a las leyes; La independencia de los demás poderes; Existencia de garantías frente a presiones externas; La necesaria capacidad profesional de los magistrados.

⁹⁸ MAIER, Julio. Derecho Procesal Penal. Tomo I Fundamentos. Buenos Aires, Editores del Puerto, 1996. pp. 747. Citado por: DUCE JULIO, Mauricio. El Derecho a Ser Juzgador por un Tribunal Independiente e Imparcial y la Justicia Chilena. En: Cuadernos de Análisis Jurídico, N° 40, Justicia Militar y Estado de Derecho. Santiago de Chile, Universidad Diego Portales, 1998. pp. 341.

⁹⁹ FRANCIA SÁNCHEZ, Luis. Op. cit. pp. 314.

¹⁰⁰ HORVITZ, María Inés. La Justicia Militar: Justificación, Competencia y Organización en el Derecho Comparado. Los Principios de Independencia e Imparcialidad en la Organización de los tribunales militares Chilenos. En: Cuadernos de Análisis Jurídico, N° 40, Justicia Militar y Estado de Derecho. Santiago de Chile, Universidad Diego Portales, 1998. pp. 132.

Como formas de afectación de dicha garantía se señalan: Los traslados, destituciones, sanciones; La falta de garantías sobre su inamovilidad; La elección de magistrados por negociaciones en el Ejecutivo o el Congreso; El acatamiento de los magistrados de consignas externas, incluidas las instituciones militares.

2.3.5.2 Imparcialidad del tribunal

El estándar de imparcialidad persigue evitar la identificación del tribunal con alguna de las partes en litigio, ya sea por afinidad o ideas preconcebidas, que lo conduzcan a una u otra decisión. Siguiendo el razonamiento del profesor Luis Francia, la imparcialidad como garantía para las partes implica que el órgano juzgador no se deje influir por convicciones o sentimientos propios, ni los de prensa o el público sobre el caso, ni por otra información o factores distintos a los presentes en el proceso.¹⁰¹

Mientras que la independencia consiste en una característica objetiva del proceso, la imparcialidad implica una actitud subjetiva del órgano juzgador, la aptitud psicológica del magistrado en el proceso. Esto no significa que no existan parámetros objetivos para presumir razonablemente la parcialidad del juez en un caso específico; en efecto, deben tenerse en cuenta factores objetivos que evidencien la falta de independencia del órgano juzgador. A modo de ejemplo, la Corte Europea ha fallado que “si los miembros de un tribunal incluyen a una persona que está en una posición de subordinación –en términos de sus deberes y de la organización del servicio a que pertenece- frente a una de las partes, los litigantes pueden abrigar una duda legítima acerca de la independencia de esa persona”.¹⁰²

En consecuencia, la imparcialidad debe analizarse en un sentido subjetivo y otro objetivo: mientras el primero apunta al compromiso intelectual o afectivo respecto de una de las tesis en disputa en la persona del juez, el segundo pretende evitar que la composición y organización

¹⁰¹ FRANCIA SÁNCHEZ, Luis. Op. cit. pp. 316-317.

¹⁰² Sentencia de la Corte Europea de Derechos Humanos en el caso Sramek vs. Austria, 1984. Citado por REYES, Noziglia y ISZACHAR, Pablo. Op. cit. pp. 77.

del tribunal o las diversas funciones que cumplen uno o más de sus miembros los influyan de manera que se pueda ver afectada su imparcialidad.¹⁰³ Para subsanar el primer caso, existen las causales de implicancia y recusación; para el segundo, el sistema en sí debe estar estructurado en orden a garantizar este derecho.

2.3.6 Análisis de independencia e imparcialidad en los órganos intervinientes en Justicia Militar

Según lo dispuesto en el artículo 13° del Código de Justicia Militar, en tiempos de paz, la jurisdicción militar será ejercida por los Juzgados Institucionales, los Fiscales, las Cortes Marciales y la Corte Suprema. Examinaremos estos órganos intervinientes a la luz de los principios expuestos según se explicó en la introducción a este apartado.

2.3.6.1 Juzgados Institucionales

2.3.6.1.1 Relación del órgano judicial con las autoridades superiores

Hemos señalado que los juzgados institucionales, en virtud de lo establecido por el artículo 16° del Código de Justicia Militar, se constituyen por el Comandante en Jefe de la respectiva División en el Ejército; de cada zona Naval, Escuadra o División de la Armada; el Jefe del Estado Mayor General de la Fuerza Aérea y el Comandante en Jefe de la respectiva Brigada Aérea. En su inciso segundo se les faculta para delegar esta función en Oficiales Generales que se desempeñen bajo su mando.

La función jurisdiccional recae entonces en funcionarios militares en servicio activo. Es razonable presumir que la estructura misma del aparato militar, configurada a partir de relaciones de subordinación jerárquica, impida desempeñar con independencia la función de los tribunales militares toda vez que se trata de un juzgamiento entre pares. En efecto, al ser el juez un

¹⁰³ DUCE JULIO, Mauricio. Op. cit. pp. 350.

funcionario inserto en una cadena de mando vertical, sujeto a una autoridad superior, es dable presumir la influencia del criterio de sus superiores jerárquicos en los casos sometidos a su conocimiento; máxime si consideramos la facultad de los “jueces naturales” (aquellos que determina el Código para desempeñar el cargo de Juez Institucional) de delegar el ejercicio de la actividad jurisdiccional en funcionarios subordinados.

Por oposición, la judicatura independiente es de estructura horizontal, en tanto el magistrado es independiente del poder judicial en sí (lo que no obsta a la existencia de recursos para revisar el criterio de sus decisiones jurisdiccionales, lo que en todo evento constituye un legítimo derecho procesal). Lo anterior implica entre una y otra forma de organización (horizontal y vertical jerarquizada) una diferencia estructural.

Esta falta de independencia ha sido constatada por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, que en su informe sobre Chile de 1985, señala que “los tribunales militares chilenos adolecen de la independencia funcional imprescindible requerida por un órgano que ejerce jurisdicción”.¹⁰⁴

2.3.6.1.2 Inamovilidad de sus miembros

La Corte Europea de Derechos Humanos, en el caso *Zand vs Austria* de 1977, establece que “de acuerdo a los principios del Estado de derecho en los países democráticos (...), la inamovilidad de los jueces durante sus mandatos, sean éstos por un período limitado o permanentes, es un corolario necesario para su independencia de la administración”.¹⁰⁵ En este mismo sentido se ha pronunciado la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, al señalar que “la independencia de los tribunales y jueces del poder político es una de las condiciones fundamentales de la administración de justicia. La inamovilidad de los mismos y su adecuada preparación profesional son requisitos que tienden a asegurar esa independencia y el correcto

¹⁰⁴ COMISIÓN Interamericana de Derechos Humanos. Informe sobre la Situación de los Derechos Humanos en Chile. Washington, D.C., 1985. Capítulo VIII, Párrafo 140. Citado por: DUCE JULIO, Mauricio. Op. cit. pp. 342.

¹⁰⁵ HORVITZ, María Inés. Op. cit. pp. 135

cumplimiento de las delicadas funciones que les son encomendadas”.¹⁰⁶

Los jueces institucionales permanecen en sus cometido judicial durante el tiempo en que ostenten el grado militar legalmente previsto para cada específico puesto jurisdiccional o según lo determine la respectiva resolución de quien delega su función jurisdiccional.¹⁰⁷ Es evidente entonces que los miembros del juzgado institucional no son inamovibles, en tanto su permanencia en el cargo depende de su condición de oficial en servicio activo, lo cual atenta contra la garantía de independencia del órgano juzgador.

2.3.6.1.3 Formación jurídica de sus miembros

Tal como señala la Comisión, la preparación profesional del órgano juzgador es requisito que permite asegurar su independencia en el desempeño de sus funciones.¹⁰⁸

En el caso de la Justicia Militar chilena, quien desempeña la función jurisdiccional en el Tribunal es un oficial de armas, sin preparación jurídica suficiente para el ejercicio de su cargo. Lo anterior socava la posibilidad real de que pueda ejercer sus funciones con la autonomía exigida por la garantía de independencia.¹⁰⁹

2.3.6.2 Cortes Marciales

2.3.6.2.1 Relación del órgano judicial con las autoridades superiores

Como señalábamos en la descripción general de los órganos que intervienen en el proceso penal militar, las Cortes Marciales se integran, en virtud del artículo 48° y siguientes del Código de Justicia Militar, por dos Ministros de la Corte de Apelaciones de Santiago, por los Auditores

¹⁰⁶ COMISIÓN Interamericana de Derechos Humanos. Op. Cit. Capítulo VII, Párrafo 139. [en línea] <<http://www.cidh.oas.org/countryrep/Chile85sp/cap8.htm#c>> [fecha de consulta: 02 de enero de 2011]

¹⁰⁷ HORVITZ, María Inés. Op. cit. pp. 136.

¹⁰⁸ COMISIÓN Interamericana de Derechos Humanos. Op. Cit. Capítulo VII, Párrafo 139

¹⁰⁹ DUCE JULIO, Mauricio. Op. cit. pp. 344.

Generales de la Fuerza Aérea y de Carabineros y por un Coronel de Justicia del Ejército en servicio activo, en el caso de la Corte Marcial del Ejército, Fuerza Aérea y Carabineros; y por dos Ministros de la Corte de Apelaciones de Valparaíso, por el Auditor General de la Armada y por un oficial General en servicio activo de esta Institución, tratándose de la Corte Marcial de la Armada.

En razón de lo anterior, lo mismo que señalamos a propósito de los Juzgados Institucionales cabe reiterar sobre las Cortes Marciales, en tanto ambas se integran –en su mayoría o en igualdad numérica respecto de civiles- por oficiales en servicio activo de la institución, que dependen jerárquicamente de las autoridades superiores de las respectivas ramas de las Fuerzas Armadas.

Siguiendo a la profesora Horvitz, la prevalencia absoluta en los Ejércitos de los principios de jerarquía y obediencia hacen imposible la independencia, pues como señalara el ex Ministro de Justicia, Francisco Cumplido, durante la tramitación parlamentaria de los proyectos de Ley que llevan su nombre en que se proponía la integración de las Cortes Marciales con mayoría de jueces civiles, “los jueces militares no se sienten jueces, sino representantes de la institución de la cual provienen, lo cual representa un atentado en contra de la independencia de los Tribunales”.¹¹⁰

2.3.6.2.2 Inamovilidad de sus miembros

El artículo 48° del Código de Justicia Militar, modificado por la Ley 19.047, de 14 de febrero de 1991, dispone que los integrantes que no sean Ministros de Corte de Apelaciones gozarán de inamovilidad por el plazo de tres años, contado desde que asuman sus funciones, aunque durante la vigencia del mismo cesaren en la calidad que los habilitó para el nombramiento.

Esta modificación viene a subsanar en parte el problema que supone la ausencia de inamovilidad para la independencia del órgano juzgador. No obstante, al término del período

¹¹⁰ EYZAGUIRRE, Cristóbal. Leyes Cumplido. Santiago de Chile, Ediar Conosur, 1991. pp. 43. Citado por: HORVITZ, María Inés. Op. cit. pp. 140.

contemplado en la Ley, los funcionarios vuelven a quedar sujetos a la decisión de sus superiores jerárquicos en cuanto a su permanencia en la institución, lo cual compromete la independencia en el desempeño de sus funciones judiciales.

2.3.6.2.3 Formación jurídica de sus miembros

Las Cortes Marciales se integran en mayoría de oficiales militares o al menos en igualdad numérica, tratándose de la Corte Marcial de Santiago y de Valparaíso, respectivamente. En consecuencia, la mayoría o la mitad de sus miembros son Auditores Generales y Oficiales en servicio activo; estos últimos carecen de preparación jurídica necesaria para desempeñar funciones jurisdiccionales, lo cual priva al tribunal de la garantía necesaria de independencia en el ejercicio de su función.

2.3.6.2.4 Comportamiento histórico de estos tribunales

Siguiendo a la profesora Horvitz, la literatura que recoge los fallos de las Cortes Marciales, especialmente la de Santiago, muestra que la regla general es la votación dividida: tres por dos, y los de minoría correspondientes a los jueces civiles.¹¹¹ Es decir, el criterio de votación de los jueces uniformados es homogéneo, y constituye mayoría.

2.3.6.3 Corte Suprema

En virtud del artículo 70-A del Código de Justicia Militar, se integra el Auditor General del Ejército a la Corte Suprema para el ejercicio de las facultades conservadoras, disciplinarias y económicas de los tribunales militares, así como para el conocimiento de asuntos que abarquen dicha competencia.

Lo anterior, en opinión del profesor Duce, constituye no solo una violación a la garantía de

¹¹¹ HORVITZ, María Inés. Op. cit. pp. 141.

independencia del tribunal, sino también una violación a la garantía de igualdad ante la ley. En efecto, la afectación a la garantía de independencia funcional opera en los mismos términos a propósito de la integración de las Cortes Marciales; la segunda en cambio establece una situación de anormalidad, pues incorpora a un miembro militar, que está ahí para proteger los intereses militares, sólo para ese tipo especial de casos. Ilustrativo de lo anterior resulta el origen histórico de la norma que permite la integración del Auditor General del Ejército en la Corte Suprema, que data de 1977, en pleno período de régimen militar, y vigente hasta el día de hoy.

Las funciones asignadas al Auditor General del Ejército son precisamente las de defensa de los intereses institucionales de las Fuerzas Armadas ante la justicia, lo que incluso le permite a él y a sus subordinados demandar y hacerse parte en las causas en que los intereses militares se vean involucrados (según lo establece el artículo 37° del Código de Justicia Militar). Ello evidencia la forma en que el carácter militar de dicho integrante priva a la sala de la Corte Suprema de la independencia necesaria para contar con un debido proceso.¹¹²

2.3.6.4 Relación entre Fiscales Militares y Auditores

Como se explicó más arriba, el artículo 25° del Código de Justicia Militar entrega a los fiscales competencia para la sustanciación de los procesos y formación de las causas de la jurisdicción militar; en materia penal, para instruir y sustanciar todos los procesos, recogiendo y consignando todas las pruebas pertinentes, deteniendo a los inculpados y produciendo todos los elementos de convicción que sean del caso. En virtud del artículo 95°, su desempeño en el ejercicio de sus funciones será calificado por el respectivo juez institucional, previo informe del auditor.

Por su parte, dentro de las funciones establecidas en el artículo 37°, al Auditor General del Ejército, de la Armada y de la Aviación les corresponde supervigilar la conducta funcionaria de

¹¹² DUCE JULIO, Mauricio. Op. cit. pp. 348.

los Fiscales de su respectiva jurisdicción, sin perjuicio de las facultades disciplinarias que corresponden a los Juzgados Institucionales; además, están facultados para tomar conocimiento por sí mismos, cuando lo estimen conveniente, de cualquiera causa pendiente ante los Tribunales de su Institución, aunque se hallare en estado de sumario, o recabar informe; finalmente, pueden dictar instrucciones a los Fiscales de su respectiva jurisdicción, de carácter general sobre la manera de ejercer sus funciones.

Lo anterior plantea al menos dos grandes problemáticas para la vigencia efectiva de las garantías de independencia e imparcialidad en el proceso penal militar. La primera de ellas dice relación con la falta de independencia y subordinación del fiscal militar, órgano encargado de la persecución penal militar, frente al juez institucional y al auditor general, juez integrante de la Corte Marcial y de la Corte Suprema en el caso del Ejército. En el primer caso el fiscal se encuentra jerárquicamente subordinado al juez militar, en tanto este último es un oficial de armas en servicio activo de mayor rango jerárquico, que además califica su desempeño; en el segundo, la subordinación es, además de jerárquica, disciplinaria, en tanto al Auditor General le corresponde supervigilar su conducta, estableciendo sanciones; y funcional, por cuanto le corresponde dictar instrucciones para el desempeño de su cargo.

Esto último conduce a la segunda problemática, vinculada a la figura del Auditor General y el doble carácter de órgano que ejerce jurisdicción y, eventualmente, la persecución penal en el proceso militar. En efecto, siendo juez del tribunal de segunda instancia, cumple a la vez, y para el mismo caso, funciones claramente contradictorias: por una parte, las funciones de juzgamiento y, por la otra, las funciones ligadas a la supervigilancia y orientación del órgano acusador; lo anterior convierte a los Auditores Generales en juez y parte en un mismo caso, lo que contraviene la garantía de imparcialidad en su faz objetiva.¹¹³ A mayor abundamiento, al tomar conocimiento discrecionalmente de cualquier causa pendiente en un tribunal de su jurisdicción, para posteriormente tomar conocimiento de la misma como juez de segunda instancia, compromete la garantía de imparcialidad en su vertiente objetiva en forma manifiesta.

¹¹³ Ídem. pp. 353.

2.3.6.5 Compromiso institucional y afectación de la imparcialidad

En un informe sobre la situación de la justicia militar en Chile de 1988, el Relator Especial de las Naciones Unidas, Fernando Volio, describía que la justicia militar chilena “se ha caracterizado durante el presente régimen político, por su dureza, amplio campo de acción, *inclinación en favor del estamento del cual forma parte*, su tendencia a arrogarse causas civiles, así como su dependencia del gobierno, entre otras notas tipificantes”.¹¹⁴ En este mismo sentido, durante la discusión parlamentaria de reformas a este sistema (algunas de las cuales fueron aprobadas y promulgadas en 1991), el entonces Ministro de Justicia, Francisco Cumplido, se refería a la integración de los tribunales militares en los siguientes términos: “los jueces militares no se sienten jueces, sino representantes de la institución de la cual provienen, lo cual representa un atentado en contra de la independencia de los Tribunales”.¹¹⁵

Siguiendo la opinión de la profesora Horvitz, esta apreciación es perfectamente sostenible hoy en día por mantenerse sustancialmente la estructura organizacional y competencial de la justicia militar chilena. Los jueces militares, en su calidad de oficiales de armas en servicio activo, tienden a representar los intereses de la institución de la cual forman parte, lo cual representa un atentado a la garantía de imparcialidad del órgano juzgador. Prueba de lo anterior es la conducta de los tribunales militares chilenos en los últimos años, que da cuenta de una clara inclinación de éstos en favor de la protección de los intereses institucionales de la Fuerzas Armadas chilenas.¹¹⁶

2.3.7 Procedimiento penal en Justicia Militar

En diciembre del año 2000 entró en vigencia en las regiones IV y IX de nuestro país la Reforma Procesal Penal, que vino a reemplazar el antiguo procedimiento penal inspirado en el sistema inquisitivo, por un sistema penal acusatorio, que establece como núcleo central del proceso el

¹¹⁴ Citado por HORVITZ, María Inés. Op. cit. pp. 144-145.

¹¹⁵ EYZAGUIRRE, Cristóbal. Leyes Cumplido. Santiago de Chile, Ediar Conosur, 1991. pp. 43. Citado por: HORVITZ, María Inés. Op. cit. pp. 140.

¹¹⁶ DUCE JULIO, Mauricio. Op. cit. pp. 353.

juicio oral, público y contradictorio, entre otras características propias de un Estado de Derecho respetuoso de los derechos fundamentales. Pues bien, dicha reforma no abarcó la Justicia Militar, quedando esta última como un reducto del antiguo sistema inquisitivo de enjuiciamiento criminal.

Por ende, las críticas al procedimiento penal militar son las mismas que la doctrina formuló contra el antiguo sistema inquisitivo, y que motivaron la reforma hacia el actual sistema acusatorio, a saber: Sumario secreto, constituido en la etapa central del procedimiento, con pleno valor probatorio, donde además se encuentran seriamente limitados los medios de defensa del imputado; procedimiento escrito y burocratizado, en el que se producen graves violaciones al principio de presunción de inocencia a través del auto de procesamiento y la prisión preventiva; plenario formalizado, en el que cabe renunciar a las diligencias probatorias; etcétera.

Las críticas al sistema penal militar en particular dicen relación con la restricción en la interposición de recursos respecto de resoluciones que afectan derechos fundamentales. La libertad condicional, por ejemplo, se encuentra fuertemente restringida en el supuesto de haber sido denegada por resolución del fiscal militar, por cuanto el artículo 123 del Código de Justicia Militar declara apelable dicha resolución únicamente en dos supuestos: cuando ésta ha sido dictada con posterioridad al cierre del sumario; y dentro de la etapa de sumario, cuando la privación de libertad haya durado más de 20 días. En palabras de la profesora Horvitz, esto constituye una infracción al debido proceso y tampoco se aviene con la naturaleza estrictamente cautelar de la figura. En efecto, se priva de la doble instancia al debate sobre el otorgamiento de un derecho constitucional, el que no puede estar sujeto a plazos suspensivos; en suma, una violación al principio de inocencia. A mayor abundamiento, la violación de la garantía es máxime si se considera que quien resuelve sobre ella es un órgano unipersonal (el fiscal), que como se ha visto, carece de independencia e imparcialidad.¹¹⁷

¹¹⁷ HORVITZ, María Inés. Op. cit. pp. 146.

2.3.8 Vinculación con el conflicto mapuche

En general, basándonos en lo dicho hasta ahora sobre el resultado de los allanamientos a las comunidades mapuche, al desalojo de las tomas productivas de terreno, y a lo descrito en este capítulo, podemos afirmar que las causas judiciales vinculadas al conflicto mapuche por recuperación de tierras están fuertemente vinculadas a la Justicia Militar. En particular, al proceder de las fuerzas de Carabineros e Investigaciones contra comuneros mapuche, y hasta la reciente reforma a la competencia de los tribunales militares, también al proceder de los mapuche contra estos últimos. En efecto, si todas las situaciones de abusos descritos en el primer capítulo de nuestro trabajo fueran denunciadas y procesadas judicialmente, todas ellas, sin excepción, serían conocidas por tribunales militares, por el ámbito de competencia que, según se analizó, alcanza a los delitos cometidos por Carabineros en el ejercicio de sus funciones.¹¹⁸

En el primer capítulo de nuestro estudio describimos el proceder de la Justicia Militar en el caso de Álex Lemún, en particular el de la Corte Marcial sobre los antecedentes del caso. Todas las críticas realizadas a la Justicia Militar en general, en cuanto a su falta de independencia, a la falta de imparcialidad de sus órganos juzgadores, a la conducta histórica de las Cortes Marciales, tuvieron su expresión más nítida en este caso emblemático. Es razonable afirmar que constituye una “inaceptable infracción del principio de imparcialidad (el hecho) de que sea la jurisdicción militar la que conozca de las violencias excesivas ejercidas por Carabineros en contra de la población civil”,¹¹⁹ y en el caso Lemún, las consecuencias de la infracción a este principio son especialmente evidentes. Lo mismo cabe decir respecto del caso del homicidio de Matías Catrileo, cuyo autor cumple su condena en libertad.

Actualmente, el homicida de Jaime Mendoza Collío cumple una pena de 5 años de presidio; sin embargo, la revisión de la sentencia por la vía de la apelación se encuentra pendiente en la Corte Marcial; En este caso, por todas las extensas razones expuestas, es de esperar el mismo

¹¹⁸ *Supra*, Ámbito de Competencia.

¹¹⁹ MERA FIGUEROA, Jorge. Op. cit. pp. 18.

resultado: la ausencia de responsables, o condenas que no impliquen privación de libertad y que permitan permanencia en la institución.

2.3.9 Caso Palamara, reforma a la justicia militar y cuestiones pendientes

El 12 de junio de 2010, un grupo de comuneros mapuche en prisión iniciaron una huelga de hambre que se prolongó por más de 80 días. En términos generales, sus demandas consistían en el fin de la aplicación de la ley antiterrorista y de la justicia militar contra los mapuche; la libertad de los presos políticos mapuche encarcelados; el derecho al debido proceso, sin utilización de testigos sin rostro; y la desmilitarización de las comunidades y zonas mapuche constantemente allanadas por reivindicar derechos políticos y territoriales.¹²⁰

A su término, el 01 de octubre, gobierno y comuneros firmaron un acuerdo, donde el primero se comprometía a impulsar reformas al Código de Justicia Militar, para que los civiles sean juzgados por tribunales ordinarios.¹²¹ Dicha reforma fue promulgada el 10 de diciembre del mismo año, bajo la Ley 20.477, que modifica la competencia de los tribunales militares. Sus efectos se resumen en su artículo primero:

“Artículo 1°. Restricción de la competencia de los tribunales militares. En ningún caso, los civiles y los menores de edad estarán sujetos a la competencia de los tribunales militares. Ésta siempre se radicará en los tribunales ordinarios con competencia en materia penal.

Para estos efectos, se entenderá que civil es una persona que no reviste la calidad de militar, de acuerdo al artículo 6° del Código de Justicia Militar.”

Es decir, sustrae de la competencia de los tribunales militares el juzgamiento de civiles. Relevante resulta también el artículo 1° de las disposiciones transitorias, el cual dispone que “los

¹²⁰ OBSERVATORIO Ciudadano. La huelga de hambre de los presos mapuche y el doble discurso del gobierno. [en línea] Temuco <<http://www.observatorio.cl/node/181>> [fecha de consulta: 09-11-2010]

¹²¹ El texto del acuerdo se encuentra disponible en <http://www.politicaspUBLICAS.net/panel/pol-indigena/686-acuerdo-huelga-hambre.html> [fecha de consulta: 01-02-2011]

juicios seguidos ante tribunales militares, en que se persiga la responsabilidad penal de una persona que no tuviere la calidad de militar, continuarán su tramitación ante la Justicia Ordinaria, de conformidad a los procedimientos que a esos tribunales ordinarios en materia criminal les corresponda aplicar”; es decir, traspasa a la justicia ordinaria los procesos existentes contra civiles ante tribunales militares.

Esta reforma a la justicia militar tiene su antecedente en una sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos contra el Estado de Chile, por atentar contra el derecho a ser juzgado por un juez natural del ciudadano Humberto Palamara Iribarne. La Corte encontró responsable al Estado de Chile porque los procesos penales que se llevaron a cabo en la jurisdicción penal militar en contra de Humberto Palamara no revestían las garantías de competencia, imparcialidad e independencia necesarias en un Estado democrático para respetar el derecho al juez natural y el debido proceso.¹²² La Corte ordenó al Estado de Chile, el “adecuar, el ordenamiento jurídico interno a los estándares internacionales sobre jurisdicción penal militar”, instando al Estado a limitar la aplicación de la justicia militar solo “al conocimiento de delitos de función cometidos por militares en servicio activo”.¹²³

En el mismo sentido se pronunció el Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas, quien recomendó en marzo de 2007 al Estado “agilizar la adopción de la ley que modifique el Código de Justicia Militar, limitando la jurisdicción de los tribunales militares únicamente al enjuiciamiento de personal militar acusado de delitos de carácter militar exclusivamente”.¹²⁴

Cinco años después de la dictación de la sentencia de la Corte Interamericana, y sólo a raíz de la huelga de hambre de los comuneros, el Estado de Chile da los primeros pasos para cumplir con sus obligaciones internacionales en materia de reforma a la justicia militar, para adecuarla a los

¹²² CORTE IDH (2005). Caso Palamara Iribarne vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 22 de noviembre de 2005. Serie C No. 135, párrs. 233 y ss.

¹²³ Ídem.

¹²⁴ Comité de Derechos Humanos (2007). Examen de los informes presentados por los Estados con arreglo al artículo 40 del Pacto, 89º período de sesiones, 12-30 marzo de 2007, Observaciones finales sobre el informe de Chile, párrafo 12. CCPR/C/CHL/CO/5, 17 de abril 2007.

principios democráticos de un Estado de Derecho donde exista plena vigencia del debido proceso.

Sin embargo, esta reforma es del todo insuficiente. En efecto, queda pendiente una reforma para terminar con la competencia de la jurisdicción militar para el conocimiento de delitos comunes cometidos por carabineros y militares en el ejercicio de sus funciones, cuestión que como hemos analizado, es una de las aristas de mayor complejidad en el conflicto por recuperación de tierras.¹²⁵ Queda pendiente también la sustitución en los tribunales militares del proceso inquisitivo, por otro acorde a las garantías del proceso penal oral, público y contradictorio. En definitiva, es necesaria una reforma que haga compatibles las garantías de independencia e imparcialidad con un sistema de justicia militar respetuoso de los derechos fundamentales, o bien, tal como han propuesto algunos ministros de nuestra Corte Suprema de Justicia, es razonable abolir la justicia militar en tiempos de paz.¹²⁶

¹²⁵ *Supra*, Capítulo I.

¹²⁶ JUECES de la Corte Suprema: No es razonable la justicia militar en Chile. [en línea] El Mercurio On Line. 11 de Octubre de 2011 <<http://www.emol.com/noticias/nacional/2011/10/11/507440/ministros-de-la-suprema-reiteran-que-no-se-justifica-la-justicia-militar-en-chile.html>> [fecha de consulta: 01 de diciembre de 2011]

2.4. Ministerio Público¹²⁷ y los juicios antiterroristas

Una arista del conflicto por recuperación de tierras distinta de la violencia policial descrita en este capítulo, ha sido la respuesta judicial del Estado a los delitos realizados en el marco de las demandas por reivindicaciones territoriales (quema de pastizales, de camiones madereros, bloqueo de rutas),¹²⁸ calificados por el Ministerio Público como delitos de carácter terrorista, y sancionados en consecuencia por la Ley 18.314 que tipifica este tipo de conductas.

Al respecto, el Relator Especial de las Naciones Unidas sobre los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales de los Indígenas, James Anaya, en su Informe sobre la situación de los Pueblos Indígenas en Chile, señala que existen “líderes tradicionales y otros dirigentes y comuneros mapuche (que) han sido condenados y siguen siendo procesados bajo diversos regímenes penales por actos que de alguna manera se relacionan con la protesta social mapuche en torno a reivindicaciones de tierras”.¹²⁹ Respecto a la aplicación de la Ley Antiterrorista para procesar y condenar a mapuches por delitos cometidos en el contexto de la protesta social, el Relator recomendó que “no deberán aplicarse acusaciones de delitos tomados de otros contextos (“amenaza terrorista”, “asociación delictuosa”) a hechos relacionados con la lucha social por la tierra y los legítimos reclamos indígenas”,¹³⁰ cuestión que reiteró en su informe de septiembre de 2010 ante las Naciones Unidas, al señalar que “las demandas territoriales del pueblo mapuche (...) y acciones de protesta social deben ser (...) diferenciadas y excluidas de cualquier discusión, tipificación penal o acción legal relacionada con el

¹²⁷ Excede a los objetivos de nuestro trabajo explicar la definición, fundamento, organización y directrices del Ministerio Público en Chile. Esto, por cuanto su vinculación con el conflicto por recuperación de tierras obedece, a nuestro juicio, a la aplicación de la Ley 18.314 Antiterrorista para tipificar las conductas que se enmarcan en reivindicaciones territoriales. Existen, por otra parte, estudios acabados sobre el tema, a los cuales nos remitiremos: MELLA SEGUÉL, Eduardo. *Los Mapuche Ante la Justicia*. Santiago de Chile, Editorial LOM Ediciones, 2007; OBSERVATORIO de los Derechos de los Pueblos Indígenas, HUMAN Right Watch. *Indebido Proceso: Los Juicios Antiterroristas, Los tribunales militares y Los Mapuches en el Sur de Chile*. [en línea] Temuco, Chile. 2004 <http://www.idhc.org/esp/documents/Conflictos/Mapuche/conflicto/Informe_terror_ODPI.pdf> [fecha de consulta: 15 de febrero de 2011]

¹²⁸ Al respecto, MELLA SEGUÉL, Eduardo. Op. Cit.

¹²⁹ ANAYA, James. *La Situación de los Pueblos Indígenas en Chile*. En: OBSERVATORIO Ciudadano (compilador). *Los Derechos Humanos en Chile. La Evaluación de la Sociedad Civil, los Pueblos Indígenas y las Naciones Unidas*. Temuco, Chile, 2009. pp. 328.

¹³⁰ Ídem. pp. 329.

terrorismo”.¹³¹

Lo anterior viene a reiterar lo que la doctrina ha señalado sobre la aplicación de la Ley Antiterrorista a mapuches en el contexto de la demanda territorial, a la cual nos remitimos.¹³²

No obstante, cabe agregar una observación sobre las consecuencias de una extendida huelga de hambre que llevaron a cabo comuneros mapuche en prisión, iniciada el 12 de junio de 2010, para exigir, entre otras cosas, el derecho al debido proceso, lo que implica el fin de la aplicación de esta Ley a causas vinculadas a su protesta social.

Al cabo de 81 días en ayuno, los comuneros llegaron a un acuerdo con el Gobierno, donde este

¹³¹ ANAYA, James. La Reivindicación del Pueblo Mapuche por sus Tierras Ancestrales: una Cuestión de Acceso a la Justicia. En: Report by the Special Rapporteur on the situation of human rights and fundamental freedoms of indigenous people, James Anaya. Human Right Council, 2010. [en línea] <<http://www.politicaspUBLICAS.net/panel/tierras/712-anaya-informe-casochile-2010.html#38>> [fecha de consulta: 25 de marzo 2011]

¹³² Al respecto:

- Villegas, Myrna. Derecho Penal del enemigo y la criminalización del pueblo mapuche. Ediciones La Cátedra, Colección de artículos y conferencias, 2009.
- Villegas, Myrna. “El mapuche como enemigo en el derecho penal”: Consideraciones desde la biopolítica y el derecho penal del enemigo”, en Portal Iberoamericano de las Ciencias Penales, Área Temática “Criminología y Fundamentos de las Ciencias Penales”, Sección “Política Criminal”, [en línea] <http://www.cienciaspenales.net/descargas/idp_docs/doctrinas/mapuche%20actor%20social%20enemigo.pdf> mayo 2009. [fecha de consulta: 10 de octubre de 2011]
- Villegas, Myrna. “El derecho penal del enemigo y la criminalización del pueblo mapuche”, en: Contribuciones críticas al sistema penal de la post modernidad. Libro Homenaje a Eduardo Novoa Monreal. Ediciones Universidad Central. 2008.
- Jurisprudencia Indígena. Cosmovisión y legislación, Milka Castro y Juan Vergara Eds., Programa de Antropología Jurídica Universidad de Chile. Publicación Ministerio de Justicia, 2009.
- Villegas, Myrna - Quintana, Luis - Meza-Lopehandía, Matías - Díaz, Felipe – Jaque, Italo “El ejercicio de derechos como acto subversivo y la respuesta estatal: El Derecho Penal del Enemigo”. Informe Final, Iniciativa interdisciplinaria en Conflicto Mapuche y Derecho Penal. Inv. Responsable, Myrna Villegas, Programa de investigación Domeyko. Subprograma sujetos y actores sociales, Dir. Subprograma, Profa. Ph.Dra. Kemy Oyarzún Vaccaro, Universidad de Chile. Marzo 2010. [en línea] <www.cienciaspenales.net> [fecha de consulta: 10 de octubre de 2011]
- Villegas, Myrna, Pizarro, Angélica, Díaz Felipe, Albornoz, Patricia, Sandoval, Beatriz “Derecho penal del Enemigo y criminalización de las demandas mapuche”. Informe final. Universidad Central de Chile, proyectos de investigación Aplicada Ciencia y Tecnología, Inv. Responsable: Myrna Villegas D. Octubre 2008. [en línea] <www.cienciaspenales.net> [fecha de consulta: 10 de octubre de 2011]
- Pedraza, M.E., Conejera, C., Gutiérrez, J., Quintana, L., Zúñiga, D. “Los Mapuche, ¿víctimas o victimarios en el proceso de reivindicación de tierras?”, Tesis para optar al grado de licenciado en Ciencias jurídicas y sociales, Facultad de Derecho. Universidad de Chile, 2008.
- Soler, G., Saavedra, S., Cayuqueo, A., Montecinos, P. “Conflicto mapuche y legislación antiterrorista: análisis crítico para un Estado de derecho democrático”, Tesis para optar al grado de licenciado en Ciencias jurídicas y sociales, Facultad de Derecho. Facultad de Derecho. Universidad de Chile, 2007.

último reconoció que los actos de protesta social que se les imputan no constituyen "terrorismo". Se comprometió a reformar la Justicia Militar,¹³³ y a desistirse de "todas las querellas por delitos terroristas y replantear tales acciones bajo las normas del derecho penal común".¹³⁴

Si bien es cierto el Gobierno cumplió con su compromiso y desistió de las querellas, no ocurrió lo mismo respecto del Ministerio Público. En efecto, siguió formalizando a comuneros mapuche invocando la Ley Antiterrorista, en causas vinculadas al conflicto por recuperación de tierras,¹³⁵ en tanto es el Ministerio Público (y no el Gobierno) quien otorga la calificación a los delitos que investiga, con independencia de los demás Poderes del Estado, según lo dispuesto en el artículo 83° de la Constitución Política.

En consecuencia, como no existen razones para esperar un cambio en el criterio del Poder Judicial (quien es en definitiva el que acoge la tesis del Ministerio Público y condena en consecuencia), solo cabe una modificación a la Ley Antiterrorista que modifique los tipos penales contemplados en ella, de modo de ajustarse a los tratados internacionales en la materia; cuestión que el Relator James Anaya hizo presente en su informe de 2010 sobre el caso chileno: "(el) proceso de revisión y modificación de la legislación antiterrorista debe tomar nota del consenso internacional sobre lo que constituye el terrorismo y que se excluya explícitamente las infracciones o delitos cometidos en el contexto de reivindicaciones legítimas de los pueblos indígenas, y que además, se considere la posibilidad, como ha recomendado el anterior Relator Especial, de brindar alguna forma de amnistía para personas indígenas procesadas por realizar actividades sociales y/o políticas en el marco de la defensa de las tierras indígenas".¹³⁶

¹³³ Al respecto, *Infra*, cap. 2, Justicia Militar.

¹³⁴ Texto del Acuerdo entre Comuneros Mapuche y Gobierno. [en línea] <<http://www.politicaspublicas.net/panel/pol-indigena/686-acuerdo-huelga-hambre.html>> [fecha de consulta: 18 de marzo 2011]

¹³⁵ VOCERAS de presos mapuche se reúnen con Gobierno y denuncian aplicación de Ley Antiterrorista. [en línea] Diario Electrónico Universidad de Chile. 24 de enero de 2011 <<http://radio.uchile.cl/noticias/100468>> [fecha de consulta: 18 de marzo 2011]

¹³⁶ ANAYA, James. La Reivindicación del Pueblo Mapuche... Op. cit.

Capítulo III

EL OMBUDSMAN

3.1 Orígenes del Ombudsman

Tradicionalmente, se ha establecido como el origen del Defensor del Pueblo su antecedente escandinavo, el Ombudsman sueco bajo la Constitución de 1809, a raíz de una pugna entre el Parlamento y el Rey. En opinión de José Aylwin, su objetivo “era limitar el poder del soberano y la nobleza en un Estado monárquico como era Suecia”;¹³⁷ por otra parte, las atribuciones que le otorgó la Constitución de ese entonces estaban encaminadas “fundamentalmente, a controlar la Administración y la Justicia, [para lo cual] la nueva Institución vigilaba la observancia de las leyes y reglamentos en lo referente a su aplicación por parte de todos los funcionarios públicos pudiendo, incluso, citar a juicio ante los tribunales competentes a quienes por parcialidad, favoritismo o por cualquier otro motivo, hubieran cometido actos ilegítimos o incumplido de manera adecuada los deberes del cargo”.¹³⁸ A su vez, el Ombudsman tiene su propio antecedente en la figura del Gran Senescal de Suecia, quien “exponía ante el rey las anormalidades que advertía en la administración de justicia”,¹³⁹ constituyéndose en un precedente del control administrativo que más tarde ejercería.

En el contexto de su creación, surgió “para *canalizar* los reclamos de los habitantes frente a la labor de los funcionarios y servidores del Estado para lograr, por la vía de la *persuasión* (el destacado es nuestro), modificar conductas de éstos a favor de una administración eficiente y respetuosa”.¹⁴⁰ Canalizar y persuadir, implica que el Ombudsman asumía la posición de un

¹³⁷ AYLWIN, José. Ombudsman y Derechos indígenas en América Latina: Estudio Comparativo sobre el Marco Normativo e Institucional. San José, Costa Rica, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 2006. pp. 55

¹³⁸ MAIORANO, José Luis. Historia del Ombudsman. [en línea] <<http://www.observatoriodelosderechoshumanos.org/modules.php?name=News&file=article&sid=745>> [fecha consulta: 03 de diciembre de 2009]

¹³⁹ GONZÁLEZ VOLIO, Lorena. El Defensor del Pueblo. La Experiencia Latinoamericana. [en línea] San José, Costa Rica, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 2004 <http://www.iidh.ed.cr/comunidades/ombudsnet/docs/doctrina/doc_iidh_ombudsman/el%20defensor%20del%20pueblo.%20la%20experiencia%20latinoamericana%20final.htm> (fecha consulta: 03 de diciembre de 2009)

¹⁴⁰ CUELLAR MARTÍNEZ, Roberto. Estándares Mínimos para el Establecimiento y Funcionamiento del Ombudsman.

mediador entre la administración y un particular, acercando los reclamos de los administrados a las esferas de poder que ejercían tal administración; pero no podía modificar por sí mismo la conducta lesiva de derechos, solo podía recomendar los cambios necesarios para que esos derechos se hicieran efectivos.¹⁴¹ Como se podrá apreciar, en esta estructura comunicacional entre administración y particulares mediada por un tercero, es subyacente la idea del reclamo ciudadano como una recomendación válida dirigida hacia el Estado, con miras a ejercer sus funciones “en forma eficiente y respetuosa” de los derechos de quienes administra. Por otra parte, añade un componente de racionalidad política: la administración no se encuentra obligada a seguir estos reclamos emanados de sus ciudadanos, expresados como recomendaciones desde el Ombudsman; no obstante, considerando que corrían los años del liberalismo político, entre cuyos principios fundamentales encontramos el origen de la soberanía en la nación, y del propósito de la organización política en la garantía de los derechos y libertades de las personas,¹⁴² resulta lógico esperar que la administración deba adecuarse a las expectativas de sus ciudadanos en cuanto a su funcionamiento, y en cuanto al respeto y observancia a que obligan sus derechos.

Estos antecedentes constituyen el origen de la figura del Defensor del Pueblo tal como la conocemos hoy; según como se verá más adelante, en su estructura básica actual no dista mucho de su original Sueco (canalización de reclamos, mediación, recomendación y respeto de derechos como ejes centrales del objeto que persigue). No obstante, la idea de una figura o institución que protege a los ciudadanos frente a los poderes del Estado mediante la canalización de sus expectativas no nace con el Ombudsman; encuentra sus raíces en una tendencia histórica persistente:

- En la antigua Grecia existieron funcionarios elegidos por el Consejo de los Quinientos

[en línea] San José, Costa Rica, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 2002. pp. 3. <<http://www.iidh.ed.cr/comunidades/ombudsnet>> [fecha consulta: 03 de diciembre de 2009]

¹⁴¹ Punto que se retomará más adelante, a propósito del Ombudsman sueco en relación a sus antecedentes históricos.

¹⁴² ZALAQUETT DAHER, José. Los Límites de la Tolerancia. Libertad de Expresión y Debate Público en Chile. Santiago de Chile, LOM Ediciones, 1998. pp. 13.

denominados *Euthynoi*, quienes se encargaban de ejercer vigilancia sobre los funcionarios gubernamentales para asegurar el cumplimiento de los acuerdos adoptados por este consejo. Además, a partir de las denuncias de los ciudadanos o por iniciativa propia, realizaban investigaciones sobre su desempeño, proponiendo sanciones para los infractores.¹⁴³ En Esparta, su equivalente era el *Eflore*, cuya función consistía en llevar a cabo el control sobre los oficiales de gobierno y sobre acciones municipales.¹⁴⁴

- En la República Romana, hacia el siglo IV a.C., la pugna social entre patricios y plebeyos llevó a estos últimos, en aras de lograr una mayor igualdad social, a salir de Roma y retirarse al monte Aventino -aproximadamente en el 509 a.C.- logrando con esto que los patricios les permitieran elegir dos Magistrados plebeyos para que les representasen y velasen por sus intereses. A estos funcionarios se les conoció como los *Tribuni Plebis*, quienes tenían derecho de veto y de oponerse a las decisiones de todos los Magistrados, así como a las de los Cónsules y a las del Senado Romano.¹⁴⁵ En el Imperio Romano, durante el gobierno del emperador Valentiniano I en el siglo VI, se creó la figura del *Defensor Civitatis*, cuya función fue defender a los habitantes por las exacciones injustas y de los abusos de los funcionarios imperiales; también tenía facultades para querellarse en nombre de sus representados ante el gobernador de la provincia, luego ante el prefecto del pretorio, e incluso ante el Emperador.¹⁴⁶
- En la China de la dinastía Han –del siglo III AC. al año 220 DC.-, existió un funcionario denominado *Yan*, cuya función fue ejercer un control sistemático y permanente destinado a la supervisión de la administración imperial y sus funcionarios, recibiendo las peticiones del público contra lo que se denominaban "injusticias administrativas."¹⁴⁷

¹⁴³ DÍAZ D., Mafalda. Antecedentes del Defensor del Pueblo. [en línea] Iushistoria, Revista Electrónica, Universidad del Salvador, octubre de 2005, Nº 2. pp. 5 <www.salvador.edu.ar/juri/reih/2da/m1.pdf> [fecha consulta: 03 de diciembre de 2009]

¹⁴⁴ BOKHARI, Syed. Ombudsman: an Introduction. [en línea] <www.policy.hu/bokhari/Ombudsman_An%20Introduction.doc> [fecha consulta: 03 de diciembre de 2009]

¹⁴⁵ GONZÁLEZ VOLIO, Lorena. Op. Cit. pp. 2.

¹⁴⁶ DÍAZ D., Mafalda. Op. Cit. pp. 4.

¹⁴⁷ GONZÁLEZ VOLIO, Lorena. Op. Cit. pp. 2.

- En la Época Bizantina –de 395 a 1453 DC.- surge la figura del *Defensor Civitatis* o Defensor de la Ciudad, quien tenía la misión de proteger a los humildes contra las arbitrariedades de los gobernantes.¹⁴⁸
- Existen otros ejemplos históricos, relativos a instituciones que ponían énfasis en el control administrativo de los funcionarios de gobierno (en Venecia del siglo XV, el Consejo de los Diez; el Sahib Al Mazalin de la época musulmana; el Justicia Mayor de Aragón, y el Trucuyricuy del Imperio Inca),¹⁴⁹⁻¹⁵⁰ más que en la noción de respeto por los derechos de los administrados.

No obstante, existen dos aspectos especialmente relevantes de esta figura sueca, que le dan el sello distintivo respecto de sus antecesores y que influyen de manera significativa en las instituciones posteriores inspiradas en ella:

En primer lugar, al constituirse la monarquía parlamentaria sueca, en virtud del principio de separación de poderes, el *Justitie Ombudsman* se modeló originalmente como un delegado parlamentario, no obstante era funcionalmente independiente de quienes lo designaban; además, en virtud de este mismo principio y en atención al objeto que perseguía, estaba desvinculado de la Corona.¹⁵¹ Esta independencia funcional era la que le permitía ejercer las atribuciones que le encomendaba la Constitución.

En segundo lugar, sus resoluciones no tenían un carácter vinculante; estaban desprovistas del clásico *imperium* jurídico.¹⁵² Por esto es que en opinión de Roberto Cuellar, el Ombudsman ejercía su mandato mediante la *persuasión*: convencer a la administración de llevar a cabo su mandato con respeto a los derechos de las personas, modificando aquellas conductas denunciadas por éstas como lesivas de sus derechos. Esto solo tiene sentido si consideramos el

¹⁴⁸ Ídem.

¹⁴⁹ MAIORANO, José Luis. Op. cit.

¹⁵⁰ DÍAZ D., Mafalda. Op. Cit. pp. 4

¹⁵¹ Ídem.

¹⁵² Ibíd.

contexto liberal que dio nacimiento al Ombudsman, y la idea de una institucionalidad sintonizada con los principios del liberalismo: “los seres humanos nacen libres y son iguales en dignidad y derechos; (...) la soberanía reside esencialmente en la nación y el propósito de la organización política es, fundamentalmente, garantizar los derechos y libertades de las personas; por tanto, la legitimidad de los gobiernos deriva del consentimiento de los gobernados”,¹⁵³ el que se podrá obtener siempre y cuando los actos de gobierno no lesionen sus derechos fundamentales.

Se verifica además en el Ombudsman sueco algunas características representativas de su funcionamiento en la actualidad: ausencia de un trámite solemne para la presentación de las quejas, amplias facultades de investigación, y obligación de presentar ante el parlamento un informe anual en el que diera cuenta de su labor.¹⁵⁴

Con el establecimiento de un gobierno republicano, la institución se trasladó a Finlandia en 1919 bajo el mismo nombre, acorde con el modelo original y dotado de amplias facultades de supervisión de la observancia de las leyes en las actuaciones de los Tribunales y de otras autoridades, con arreglo a las instrucciones que le impartía el Parlamento”.¹⁵⁵ En 1953 la Constitución de Dinamarca adopta la figura, momento a partir del cual comenzó a difundirse masivamente por el mundo.¹⁵⁶ En opinión de José Maiorano, ex Defensor del Pueblo argentino, su difusión a los demás países con posterioridad a la Segunda Guerra Mundial se produjo por los siguientes motivos: en primer lugar, debido a la aplicación exitosa de la institución en un país con un modelo distinto al sueco y al finés; en segundo lugar, su institucionalización obedeció a la necesidad de crear un órgano no tradicional de control de la administración en virtud de su creciente rol interventor, en el establecimiento de los Estados de Bienestar que caracterizaron la segunda mitad del siglo XX. Sobre este punto, se apunta que el “incremento de la actividad administrativa respondió, en parte, a un cambio en la concepción de los derechos subjetivos; de aquellas categorías jurídicas subjetivas que denotaban, primordialmente, una abstención por

¹⁵³ ZALAUQUETT DAHER, José. Op. cit. pp. 14.

¹⁵⁴ MAIORANO, José Luis. Op. cit.

¹⁵⁵ Ídem.

¹⁵⁶ Ibíd.

parte del poder estatal, típicas del constitucionalismo liberal –derechos de libertad, de igualdad, de propiedad privada- se pasa (por vía del constitucionalismo social) a derechos de naturaleza prestacional, donde el Estado asumía compromisos de índole positiva, tales como brindar educación, salud, bienestar, cultura, etc.”.¹⁵⁷ En este contexto, el Ombudsman estaba enfocado en las deficiencias de la actividad prestacional de los servicios públicos, la “disfuncionalidad administrativa”, conservando sus rasgos distintivos propios del modelo sueco: control administrativo no tradicional, informal, de fácil acceso ciudadano, constituido como magistratura de persuasión o de opinión, designado por el Parlamento, con obligación de rendir a este último una cuenta anual. Finalmente, cabe agregar que su establecimiento en este período responde a una etapa expansiva de los Derechos Humanos en su internacionalización, lo que implicó la incorporación a nivel nacional de figuras como el Defensor del Pueblo, para “la defensa y protección [de los derechos fundamentales] desde el mismo Estado, a través de instituciones independientes y dotadas de amplias facultades de poder moral”.¹⁵⁸

3.2 El Defensor del Pueblo en América Latina

En opinión de Aylwin, la figura del Defensor de las Personas hace su primera incursión en América Latina a raíz de la influencia de la Constitución española en la década de los setenta, siendo Puerto Rico el primer país en adoptarla, en 1977, y el segundo Guatemala, en 1985.¹⁵⁹ Pero lo que provoca su institucionalización masiva en la región fueron los procesos de “transición a la democracia” llevados a cabo en la década de los noventa, que en relación al Ombudsman transcurrieron sobre dos ejes fundamentales: por una parte, en los procesos de reforma constitucional, que tuvieron por objeto reformular las bases institucionales heredadas de los gobiernos de facto; y por otra, en la revitalización de las democracias de la región (que requerían precisamente de un nuevo marco jurídico), lo que implicaba la instauración de figuras como el Defensor del Pueblo para la profundización de este proceso;¹⁶⁰ particularmente, en relación al legado de violaciones masivas a los derechos humanos que dejaron las dictaduras

¹⁵⁷ MAIORANO, José Luis. Op. cit.

¹⁵⁸ MAIORANO, José Luis. Op. cit.

¹⁵⁹ AYLWIN, José. Ombudsman y Derechos indígenas... Op. cit. pp. 56

¹⁶⁰ Ídem.

militares.

Para entender este fenómeno, hay que tener en consideración que los procesos de transición a la democracia, como procesos de cambio político tendientes a reconstruir un orden democrático luego de una dictadura o de un quiebre institucional y de convivencia nacional, implican la necesidad de enfrentar y superar un legado de violaciones a los derechos esenciales, como parte integral del concepto de transición.¹⁶¹ Los Defensores en los países de América Latina, creados en su mayoría en la década del noventa -época en la que los derechos humanos y la idea de democracia habían alcanzado extraordinario respaldo internacional como valores políticos-¹⁶², nacen bajo este paradigma conceptual de la transición, donde la protección de los derechos fundamentales y su reparación en múltiples casos precedentes de violación de los mismos, constituye la piedra fundamental sobre la que se cimientan estos procesos de transición, y el norte al que apuntan las instituciones creadas con este objeto.

Esto último da un carácter particular a las Defensorías del Pueblo en América Latina, por cuanto su competencia no recae ya sobre la clásica protección de los ciudadanos frente a una deficiente actividad prestacional del Estado, sino específicamente sobre la protección de los derechos fundamentales de las personas.

En este sentido, se produce el nacimiento de una figura singular de Defensor, basado por una parte en el modelo original sueco y español (como magistratura de persuasión en cuanto a la potestad moral de su titular, tramitación informal y de fácil acceso, recepción de denuncias e investigación, etc.); y por otra, en sus propias particularidades: a) vinculado a los desarrollos constitucionales de las transiciones democráticas y el fin de regímenes autoritarios, b) en el otorgamiento de funciones explícitas y prioritarias en la defensa de los derechos humanos, sin dejar de tener las competencias globales de control no jurisdiccional de los actos de la Administración Pública; c) otorgamiento de competencia para transferir los expedientes al

¹⁶¹ ZALAQUETT, José. La Reconstrucción de la Unidad Nacional y el Legado de Violaciones de los Derechos Humanos. *Revista Perspectivas*. 2: pp. 4, 1999

¹⁶² Ídem. pp. 5.

Ministerio Público a fin de que este pueda iniciar, cuando proceda -o enriquecer en su caso-, los procesos judiciales cuando existen hechos delictuosos que ameritan persecución penal; y d) en la función de promoción y educación en la cultura de los derechos humanos.¹⁶³

3.3 Elementos para una definición del Defensor del Pueblo

En el análisis de su historia, hemos dado algunos lineamientos generales de la figura del Defensor del Pueblo en cuanto a su naturaleza, al objeto que persigue, sus atribuciones esenciales y su forma de funcionamiento; desde su origen consensualmente establecido en el *Justite Ombudsman* sueco hasta las relativamente recientes figuras latinoamericanas, como se verá más adelante, con mayores o menores atribuciones según el contexto histórico y político del país en que nacen, y cuyo eje fundamental de funcionamiento ha sido, según lo expuesto, el tránsito hacia el reestablecimiento de los regímenes democráticos de sus respectivos países, con posterioridad a los quiebres institucionales por los distintos gobiernos de facto que se sucedieron en la región, desde la década del sesenta hasta fines de los ochenta.

Ahora bien, en consideración a esto último, un concepto de la figura del Ombudsman no podrá definirse en cuanto a sus atribuciones o competencia específica, en tanto estos elementos están condicionados por la realidad histórico-política del país en que se establece, lo que implicará una mayor o menor amplitud de su esfera de competencia según diversos factores: qué tan arraigada se encuentre en dicho Estado la cultura de respeto por los derechos humanos, su gravitación en la opinión pública y en las voluntades políticas de las que depende su creación y funcionamiento, el enfoque que reciba el entendimiento de esta cultura (en particular, si apunta hacia la reparación de las violaciones a los derechos fundamentales producidas en el marco de regímenes autoritarios, o hacia la protección activa y funcional de tales derechos como imperativo para las instituciones del presente, o ambas), serán todos elementos que delimiten las particularidades de cada institución en el país donde surja. No obstante, es posible esbozar una definición básica que, tal como se advirtió al principio, no distará mucho de su original

¹⁶³ GONZÁLEZ VOLIO, Lorena. Op. Cit. pp. 5.

escandinavo, puesto el acento en el objeto que persigue, y en la forma particular de su materialización:

*“El ombudsman o Defensor del Pueblo, es una institución en general de carácter unipersonal. Excepcionalmente su función radica en un grupo de personas, cuya designación corresponde al Parlamento. La principal función de los defensores del pueblo es proteger a las personas contra los abusos o actos arbitrarios de la administración pública susceptibles de lesionar sus derechos y garantías fundamentales. Para el cumplimiento de esta función el Defensor actúa como un mediador entre la persona perjudicada y el ejecutivo”.*¹⁶⁴

Esta “forma particular” en la que se materializa su función principal es mediante su carácter mediador. En efecto, a diferencia de la mayoría de las instituciones de control administrativo, como ya se mencionó, el ombudsman no goza de *imperium* para hacer valer sus recomendaciones a los órganos de la administración cuyos actos u omisiones se han declarado lesivos de derechos o garantías esenciales; por lo mismo cobran el carácter de “recomendaciones” y no de mandatos: se persuade a la administración de reformar su conducta, en aras del respeto por los derechos fundamentales propio de un régimen democrático.¹⁶⁵ Esta función mediadora se manifiesta en una doble dimensión: por una parte, en la recepción de los reclamos ciudadanos hacia la administración -que en definitiva constituyen legítimas expectativas de respeto hacia sus derechos fundamentales defraudadas-¹⁶⁶ y que exigen de ella una respuesta; y por otra, en una *sugerencia* a la administración sobre su conducta (denunciada por el particular como lesiva en sus derechos) que tendrá como marco de referencia su expectativa, las bases institucionales del sistema democrático, y los derechos esenciales de la persona.

¹⁶⁴ Oficina del Alto Comisionado para los Derechos Humanos. Folleto Informativo N° 19. En: AYLWIN, José. Ombudsman y Derechos Indígenas... Op. cit. pp. 60.

¹⁶⁵ Por su propia definición, y según se explicará más adelante, una democracia participativa es presupuesto funcional de la existencia y efectividad del Defensor del Pueblo.

¹⁶⁶ Este punto se tratará a propósito de las atribuciones del Defensor en materia de promoción de derechos, y de la importancia de la misma para el empoderamiento social en el ejercicio de sus derechos fundamentales (lo que tiene como contrapartida la expectativa de no verse lesionados en estos derechos).

Si bien es cierto, esta definición otorga caracteres generales de la Institución sobre la base de su objeto y funcionamiento originales, nos parece que la realidad política, histórica y social de nuestra región ha creado una figura distinta de Defensor, que pone énfasis en sus facultades de investigación sobre las denuncias que en el ámbito de vulneración de derechos fundamentales realizan los individuos, en el traspaso que hagan de los antecedentes de la investigación a los órganos encargados de la persecución penal -cuando estas denuncias constituyan ilícitos penales-, así como en la labor comunicacional que llevan a cabo las defensorías en la promoción de tales derechos.¹⁶⁷ Esto tiene sentido si atendemos lo afirmado en cuanto a los períodos de transición democrática, reforma constitucional y de las bases institucionales, con un elemento adicional: la necesidad de fortalecer la democracia en base al respeto por los derechos humanos; cuestión que implicaría no solo reformas legislativas en esa dirección, sino además el empoderamiento de la sociedad civil en el ejercicio de tales derechos, y en su estricta observancia por las instituciones que más sensiblemente pudieran afectarlos, en particular las fuerzas del orden y seguridad y las fuerzas armadas.¹⁶⁸ En este contexto, la denuncia que haga un individuo sobre la vulneración de sus derechos esenciales por obra de la administración, es equivalente a una exigencia social de respeto, donde tales derechos ocupan la cúspide del ordenamiento normativo.¹⁶⁹ De este modo, la figura del Defensor del Pueblo en Latinoamérica y su mandato no se basaría tanto en la mediación, como su definición indica, sino en la exigencia que el cuerpo social haga de sus derechos esenciales. Esta demanda ciudadana por el respeto de sus derechos determinará el mayor o menor grado de persuasión de los dictámenes del Defensor. Por todas estas consideraciones, se le otorgan al Omdusman *criollo*¹⁷⁰ - “funciones explícitas y prioritarias en la defensa de los derechos humanos (...) y una importante función de promoción y educación”.¹⁷¹

¹⁶⁷ Lo que también es aplicable a la publicidad de los informes que emite en relación a estas denuncias, y a la difusión del contenido de los derechos fundamentales en materias indígenas, como se analiza más adelante.

¹⁶⁸ Esto explica la importancia de promover los derechos fundamentales al interior de estas instituciones.

¹⁶⁹ Artículo 5 Constitución Política de la República: “El ejercicio de la soberanía reconoce como limitación el respeto a los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana”.

¹⁷⁰ Denominación que recibe el Defensor del Pueblo en el contexto latinoamericano por el jurista mexicano Jorge Madrazo. MADRAZO, Jorge. El Ombudsman Criollo. Mexico, D.F., CNDH, 1996. En: GONZÁLEZ VOLIO, Lorena. Op. cit. pp. 5.

¹⁷¹ GONZÁLEZ VOLIO, Lorena. Op. cit. pp. 5.

3.4 Principios que inspiran la gestión del Ombudsman:

Los Principios de París

Los Principios de París son el resultado de una reunión técnica de carácter internacional celebrada en París, convocada en 1991 por diversas instituciones nacionales de derechos humanos, a la que asistieron representantes de estas organizaciones, Estados, organismos intergubernamentales y no gubernamentales. En ella se realizaron diversas recomendaciones en materia de función, composición, estatuto y atribuciones para las organizaciones con objeto en esta materia.

La Asamblea General de las Naciones Unidas, en resolución del 20 de diciembre de 1993,¹⁷² adopta estas recomendaciones en la forma de principios amplios y generales, en un instrumento conocido como “Los Principios de París”. Hoy constituyen “la principal fuente de estándares normativos para las instituciones nacionales de derechos humanos”,¹⁷³ y su generalidad “permite que puedan aplicarse a una pluralidad de Instituciones Nacionales, independientemente de su diversidad de objetivos, estructura, y programas de acción”.¹⁷⁴

En opinión de Amerigo Incalcaterra, representante en México del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos hasta 1998, la estrategia adoptada por los Principios de París no fue la de promover un modelo único al cual todas las Instituciones de derechos humanos de diversos países deberían ceñirse, sino, por el contrario, respetando la diversidad y pluralidad de las Instituciones y reconociendo que cada una acarrea una tradición jurídica específica y tiene que adecuarse al contexto de derechos humanos que se vive en cada

¹⁷² Resolución 48/134. Instituciones nacionales de promoción y protección de los derechos humanos. Asamblea General de las Naciones Unidas. 20 de diciembre de 1993.

¹⁷³ CONSEJO Internacional para Estudios de Derechos Humanos. Evaluar la Eficacia de las Instituciones Nacionales de Derechos Humanos. [en línea] Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, 2005. pp. 6. <<http://www.iidh.ed.cr/comunidades/ombudsnet>> [fecha de consulta: 18 de marzo 2011]

¹⁷⁴ INCALCATERRA, Amerigo. Estrategias de vinculación entre las Instituciones Nacionales de promoción y protección de los derechos humanos y las organizaciones de la Sociedad Civil a partir de los Principios de París . En: Seminario “El Ombudman, Herramienta de Participación Ciudadana” (2007) pp. 1. [en línea] <www.hchr.org.mx/documentos/conferencias/Ombudsman.pdf> [fecha consulta: 03 de diciembre de 2009]

país, se optó por establecer un conjunto de condiciones mínimas o estándares básicos que todas las Instituciones Nacionales deberían poseer para desempeñar sus tareas de manera eficiente.¹⁷⁵

Estos estándares de funcionamiento se concentran en tres ámbitos: a) la competencia y responsabilidades de las Instituciones Nacionales; b) su composición y las garantías de independencia y pluralidad que requieren para desempeñar sus tareas y c) los métodos de operación y su relación con otros actores, especialmente con los de la sociedad civil.¹⁷⁶

En el ámbito de la competencia y responsabilidades, los Principios de París establecen como rol fundamental del Defensor del Pueblo la promoción y protección de los derechos humanos, para lo cual deberá contar con el mandato institucional más amplio posible, cuyo fundamento jurídico estará definido en un texto constitucional o legal.

En relación a la composición, los Principios de París abogan para que exista pluralidad y representación de todos los sectores sociales interesados en la protección de los derechos humanos, en la designación del Defensor del Pueblo. En cuanto al grado de independencia, proponen que se le dote de una infraestructura adecuada y recursos económicos suficientes para realizar sus labores; que tenga autonomía de decisión y de acción en relación con el Poder Ejecutivo y que no esté sujeto a ningún control financiero que pueda afectar su funcionamiento.¹⁷⁷

Finalmente, en cuanto a la operatividad del Defensor, estos principios contemplan un conjunto de atribuciones necesarias para cumplir con el objeto de su competencia:

- Deberá disponer de atribuciones específicas destinadas a formular consultas a los órganos del Estado, y elaborar dictámenes, recomendaciones, propuestas o informes sobre las cuestiones relativas a la protección y promoción de derechos humanos, que

¹⁷⁵ Ídem.

¹⁷⁶ Ibíd.

¹⁷⁷ INCALCATERRA, Amerigo. Op. cit. pp. 2.

podrá hacer públicos.¹⁷⁸

- Actuará de interlocutor para cuestiones de derechos humanos con las instancias legislativas, a nivel nacional. En este sentido, podrá recomendar adaptaciones o reformas de leyes, reglamentos y prácticas administrativas, cuando ellas sean obstáculo para el legítimo ejercicio de derechos esenciales. A nivel internacional, asesorarán a los Estados en la formulación de informes sobre la situación de derechos humanos que requieran los órganos intergubernamentales especializados en materia de derechos humanos.¹⁷⁹
- Instará por el perfeccionamiento del ordenamiento jurídico, con el fin de armonizar esta normativa con aquella adoptada en el seno de la comunidad internacional.¹⁸⁰
- Ejercerá labores en el ámbito de la educación, colaborando en la elaboración de programas relativos a la enseñanza, promoción e investigación en materia de derechos humanos, y participará en su aplicación.
- Establecerá relaciones de coordinación con organizaciones no gubernamentales, así como con los órganos jurisdiccionales, para promover e instar por el respeto y protección de los derechos humanos, y garantizar su pleno ejercicio.
- Estarán facultados para recibir denuncia de violaciones de derechos humanos y transmitir las a la autoridad competente (el Ministerio Público), y dotados de facultades de conciliación. Para el examen de las situaciones comprendidas en el ámbito de su competencia, podrá requerir toda la información y documentos necesarios.

¹⁷⁸ AYLWIN, José. Ombudsman y Derechos indígenas... Op. cit. pp. 65.

¹⁷⁹ Ídem.

¹⁸⁰ Ibíd.

3.5 Atribuciones generales del Ombudsman en su aplicación en materias de Derechos de los Pueblos Indígenas¹⁸¹

Ya hemos descrito en forma indirecta algunas de las facultades o atribuciones del Defensor del Pueblo, en cuanto a sus facultades de investigación, mediación, denuncia, emisión de resoluciones e informes, articulación con diversos organismos del Estado y de la sociedad civil, que constituyen las atribuciones más compartidas por las Defensorías de diversos países. Hemos sintetizado los principios rectores de su creación y funcionamiento, basándonos en los “Principios de París”, directrices operativas que deben guiar el trabajo de las Defensorías para el cumplimiento de sus objetivos.

A continuación, describiremos en detalle las atribuciones específicas del Defensor del Pueblo para el cabal cumplimiento del objeto de su competencia, la promoción y protección de los derechos humanos, tomando como referencia su aplicación en materias indígenas por los Defensores del Pueblo en América Latina.¹⁸²

3.5.1 Investigación y recomendaciones

En opinión de José Aylwin, la principal función de la Defensoría es investigar. Esto consiste en “iniciar y proseguir, de oficio o a petición de parte, cualquier indagación conducente al esclarecimiento de situaciones lesivas a los derechos humanos, así como de los actos y resoluciones de la Administración Pública o de los agentes estatales que, implicando el ejercicio ilegítimo, defectuoso, irregular, moroso, abusivo o excesivo, arbitrario o negligente de sus

¹⁸¹ Para el desarrollo de este sub-capítulo, muy especialmente en la aplicación de sus atribuciones en materia de derechos indígenas, nos basaremos principalmente en el trabajo de Jose Aylwin en la materia:

- AYLWIN, José. Ombudsman y Derechos indígenas en América Latina: Estudio Comparativo sobre el Marco Normativo e Institucional. San José, Costa Rica, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 2006.

- AYLWIN, José. Los Ombudsman y los Derechos de los Pueblos Indígenas en América Latina. En: BERRAONDO, Mikel (coordinador). Pueblos Indígenas y Derechos Humanos. Bilbao, Instituto de Derechos Humanos, Universidad de Deusto, 2006.

¹⁸² Remitiéndonos a lo señalado al principio de este capítulo, en cuanto a la importancia de las Defensorías del Pueblo en la resolución de problemas relativos a materias indígenas.

funciones, afecte la vigencia de tales derechos”.¹⁸³

El ejercicio de su facultad investigadora requiere la plena facultad para “inspeccionar oficinas públicas, sin aviso previo, y requerir de ellas -sin costo alguno- la documentación e información necesaria para el éxito de la investigación”.¹⁸⁴ Esto resulta indispensable si atendemos el hecho de que la mayoría de los medios de prueba disponibles para acreditar los hechos contenidos en la queja o denuncia, son los que tiene en su poder el mismo órgano de la administración cuestionado. En todo evento, el ejercicio de la facultad investigadora no se circunscribe únicamente al organismo cuya actuación ha sido impugnada, en tanto puede acceder a la documentación que emane de cualquier autoridad pública relevante para acreditar los hechos denunciados.

El Ombudsman también puede actuar de oficio, y lo hace en general cuando se presentan cuestiones que en su parecer son objeto de preocupación general o bien afectan a derechos colectivos y, por consiguiente, es improbable que sean objeto de una denuncia individual.¹⁸⁵

Concluida la investigación, el Defensor se pronuncia sobre los hechos sometidos a su conocimiento a través de recomendaciones. Estas recomendaciones son puestas en conocimiento del denunciante y de la autoridad cuestionada en su actuación, a fin de que adopte las modificaciones en su conducta que garanticen el cumplimiento de tales recomendaciones, en observancia de los derechos vulnerados en los hechos constitutivos de la denuncia. Generalmente son públicas, cuestión fundamental para el reconocimiento y legitimidad institucional del Defensor en la promoción y protección de derechos esenciales.

Además, el Ombudsman puede emitir Informes temáticos sobre situaciones generales que afecten la vigencia de los derechos que protege, los que podrían no estar directamente vinculados con denuncias particulares -y por ende ser generados de oficio-, sino con un contexto

¹⁸³ AYLWIN, José. Ombudsman y Derechos Indígenas... Op. cit. pp. 71.

¹⁸⁴ Ídem. pp. 72.

¹⁸⁵ Ibíd. pp. 61.

social, legislativo, o de cualquier índole, que potencial o concretamente constituya violación de derechos fundamentales.

Estas recomendaciones carecen de fuerza coercitiva, la administración no está obligada a cumplir con las medidas que se le instan a adoptar. No obstante, en algunos países¹⁸⁶ existen medidas destinadas a promover su cumplimiento, tales como la censura pública por actos o comportamientos lesivos a los derechos humanos por parte de los agentes del Estado, o la presentación al Parlamento de un informe circunstanciado sobre el caso.¹⁸⁷ De cualquier modo, recibe aplicación lo dicho en cuanto a la legitimidad del reclamo ciudadano en orden al respeto de sus derechos esenciales, que son límite al poder soberano; por ende, todos los órganos de la administración, así como los demás poderes del Estado, necesariamente deben ajustar su funcionamiento en base al respeto de los derechos fundamentales; esta es la autoridad moral de las recomendaciones emanadas del Defensor. En este sentido, debemos recordar que los Ombudsman ejercen control a través de la magistratura de influencia: “es una posición jurídica y socialmente legitimada que le otorga peso y autoridad a sus actos y a sus recomendaciones que en ningún caso son vinculantes. Su aplicación se deriva, pues, del prestigio de su titular y de la calidad de sus intervenciones”.¹⁸⁸

En síntesis, las investigaciones y recomendaciones del Ombudsman deben reunir las siguientes características:

- deben de ser gratuitas, carecer de rigurosidad y formalismos y deben ser sumarias y expeditas;
- sus resoluciones no sustituyen los actos de la administración, ni tienen carácter jurisdiccional, de forma tal que el Ombudsman ejerce una magistratura de influencia;

¹⁸⁶ Guatemala y El Salvador

¹⁸⁷ *Ibíd.* pp. 76.

¹⁸⁸ GONZÁLEZ VOLIO, Lorena. *Op. Cit.* pp. 17

- su ámbito de acción lo constituye el sector público;
- sus resoluciones no son vinculantes;
- debe darse publicidad tanto a las recomendaciones que emite como a sus actuaciones, ya que esto es de vital importancia para el fortalecimiento y la legitimidad institucional.¹⁸⁹

La labor de investigación del Ombudsman, así como la dictación de informes temáticos y resoluciones en las materias de su competencia, permite visibilizar el estado general de los derechos humanos en el país así como situaciones concretas de violación o amenaza de los mismos.¹⁹⁰ En nuestra opinión, su publicidad y difusión entre la ciudadanía es el soporte moral de las recomendaciones que emite a los órganos de la administración, en tanto son las personas quienes ejercen el control social sobre los órganos del Estado a través de los diversos mecanismos de participación ciudadana. Finalmente, la difusión de sus informes y su trabajo permite generar conciencia sobre la cultura de respeto de los derechos humanos, lo que contribuye a uno de los principales objetivos del Ombudsman: establecer estos derechos como límite a la actuación del Estado y de los propios individuos.

Aplicación

En materia indígena, la Investigación dice relación con las quejas o denuncias de personas o pueblos indígenas por la violación de sus derechos tanto individuales como colectivos, así como aquellas asumidas por iniciativa propia frente a dichas violaciones.

En esta materia, el Ombudsman de Colombia ha recepcionado quejas relativas al derecho al territorio, a la autonomía, a la cultura, al desarrollo propio, o a derechos civiles y políticos de

¹⁸⁹ Ídem. pp. 22.

¹⁹⁰ AYLWIN, José. Los Ombudsman y los Derechos de los Pueblos Indígenas en América Latina. En: BERRAONDO, Mikel (coordinador). Pueblos Indígenas y Derechos Humanos. Bilbao, Instituto de Derechos Humanos, Universidad de Deusto, 2006. pp. 349.

personas y comunidades amenazadas, y violaciones del derecho humanitario. Como resultado de su investigación, ha emitido resoluciones constatando la violación de tales derechos y recomendando la adopción de medidas concretas para ponerles freno, que se han articulado con medidas cautelares o provisionales del Sistema Interamericano de Derechos Humanos.¹⁹¹ También ha emitido informes defensoriales frente a la crisis humanitaria provocada por la presencia de grupos armados en el país, que han determinado la adopción de medidas por parte de las instancias gubernamentales con el fin de proteger los derechos de la población indígena.¹⁹²

En Nicaragua, las investigaciones del Ombudsman dicen relación con denuncias de la población indígena en materias relativas al derecho a la vida, a la salud y previsión social, a las formas de organización social, entre otros. Se han dictado resoluciones que confirman la veracidad de los hechos denunciados, y que en parte importante han sido cumplidas por los órganos del Estado.¹⁹³

En relación a los informes temáticos, los Ombudsman de Bolivia, Guatemala y Panamá han desarrollado investigaciones y dictado sendos informes en materia de Derecho a la propiedad y tenencia de tierra, discriminación racial, y sobre estudios de impacto ambiental en materia de megaproyectos ambientales,¹⁹⁴ respectivamente¹⁹⁵. En el caso de Guatemala, su informe sobre discriminación racial es un ejemplo además de la articulación de las funciones del Ombudsman con organismos intergubernamentales, en tanto dicho informe fue emitido para el Relator Especial de las Naciones Unidas sobre Racismo y Discriminación Racial.

¹⁹¹ Ídem. pp. 347.

¹⁹² *Ibíd.* pp. 348.

¹⁹³ AYLWIN, José. Los Ombudsman y los Derechos de los Pueblos... Op. cit. pp 348.

¹⁹⁴ Resulta muy destacable la existencia de informes temáticos en materia medioambiental, en relación a los derechos esenciales que se verán afectados por la implementación de un megaproyecto con severo impacto ambiental, en tanto visibiliza y hace pública una situación que, eventualmente, podría no recibir la misma cobertura en medios oficiales.

¹⁹⁵ *Ibíd.*

3.5.2 Mediación y conciliación

Ambas constituyen un mecanismo de solución de conflictos, a través de los cuales la Defensoría actúa de mediador o conciliador entre la administración y el perjudicado.¹⁹⁶ En opinión de Aylwin, este mecanismo ha resultado ser uno de los más eficaces para el cumplimiento de los objetivos del Defensor, pues le permite actuar como garante en un proceso donde las partes convienen en una solución final del conflicto, que tiene la fuerza vinculante -y moral- de emanar de un acuerdo libremente consentido entre las partes.¹⁹⁷ No obstante, siguiendo a Aylwin, esta facultad no puede ejercerse en caso de violación de derechos considerados irrenunciables por el ordenamiento jurídico, como el derecho a la vida, la integridad personal, la libertad individual y aquellos considerados de lesa humanidad.¹⁹⁸

Aplicación

Por contrapartida a la indisponibilidad de los derechos recién enunciados, sobre los cuales no se podrá ejercer facultades de mediación o conciliación, los Ombudsmen latinoamericanos ejercen esta facultad en materias indígenas, en relación a conflictos que impliquen la violación de derechos territoriales, ambientales, y sobre las demandas de reconocimiento jurídico a sus derechos.¹⁹⁹

Resulta muy destacable el caso de Bolivia, donde el ejercicio de mediación en materias indígenas se ha llevado a cabo en tres niveles: en los conflictos entre comunidades indígenas por tierras, entre éstas y empresas con megaproyectos de impacto ambiental (mineros, petroleros, forestales, etcétera), y entre las comunidades y el Estado por la reclamación de derechos a la tierra;²⁰⁰ es decir, entre comunidades, empresas particulares, y el Estado.

¹⁹⁶ AYLWIN, José. Ombudsman y Derechos Indígenas... Op. cit. pp. 72.

¹⁹⁷ Ídem.

¹⁹⁸ Ibíd.

¹⁹⁹ AYLWIN, José. Los Ombudsman y los Derechos de los Pueblos... Op. cit. pp. 349.

²⁰⁰ Ídem.

En Colombia, el trabajo de mediación ejercido por la Defensoría muestra una dimensión de la función articulante del Ombudsman entre la sociedad civil -en este caso, la comunidad indígena- y el Estado, resolviendo disputas que no dicen relación con directa violación de derechos, sino con las relaciones de coexistencia entre ambos: se ha intervenido en casos relativos a la amplitud o extensión de la jurisdicción indígena en materia ambiental, y la coordinación de la justicia indígena con la justicia Estatal.²⁰¹

Otro ejemplo interesante de esta función lo constituye el caso de Ecuador, donde el Ombudsman “impulsó la creación de una red de defensores en derechos indígenas, quienes han cumplido una importante labor en la mediación de conflictos al interior de las comunidades y en el apoyo a la vigilancia y cumplimiento de los acuerdos.”²⁰²

3.5.3 Promoción y educación ciudadana

También denominada “función educativa”, consiste en la “promoción y divulgación de contenidos sobre derechos humanos, la difusión del mandato del Ombudsman y de programas y políticas de derechos humanos”.²⁰³

Para llevar a cabo esta función, el Ombudsman “se puede coordinar con instituciones nacionales, internacionales y organizaciones de la sociedad civil que tienen competencia en materia de derechos humanos o educación”,²⁰⁴ lo que tendrá por objeto promover estos derechos desde la propia sociedad civil para la educación popular, desde los órganos de la administración encargados de la educación formal para su enseñanza en este nivel, y desde las Universidades.

En nuestro parecer, la educación constituye una función esencial de su mandato: la efectividad de sus recomendaciones -en tanto exigencia moral para los organismos públicos instados al respeto de los derechos esenciales- depende de la relevancia social que alcance la cultura de los

²⁰¹ *Ibíd.*

²⁰² AYLWIN, José. *Los Ombudsman y los Derechos de los Pueblos...* Op. Cit. pp. 350.

²⁰³ GONZÁLEZ VOLIO, Lorena. Op. Cit. pp. 22.

²⁰⁴ AYLWIN, José. *Ombudsman y Derechos Indígenas...* Op. cit. pp. 72-73.

derechos humanos en el ideario colectivo. Esto es lo que propicia el empoderamiento social de las personas en el ejercicio de sus derechos. Por otra parte, dijimos anteriormente que la concepción de la cultura de derechos humanos en el país donde se crea un Ombudsman, determina en aquél sus atribuciones específicas; creemos que la promoción de esta cultura y su difusión en la sociedad conduce necesariamente al fortalecimiento de la propia institución del Defensor, que cobrará mayor legitimidad en su actuación y sus dictámenes en la medida en que se visibilice la importancia de los derechos que protege.

Aplicación

En materia de derechos indígenas, la labor educativa del Defensor ha tenido por objeto “tanto la formación en derechos humanos e indígenas de los propios indígenas, como la sensibilización de los distintos sectores de la sociedad y del Estado en relación a ellos”.²⁰⁵

En Bolivia, la Defensoría realizó una campaña de difusión radial en 300 radios, sobre las funciones del Defensor del Pueblo y de los derechos que corresponden a campesinos y pueblos indígenas en idioma *quechua*, *aymará* y castellano; realizó capacitaciones y formación en derechos humanos dirigidas al mismo grupo; elaboró folletos sobre derechos de los pueblos indígenas en general, derecho a la tierra y otros derechos que les atañen; y llevó a cabo jornadas de capacitación sobre justicia comunitaria y otros mecanismos alternativos de resolución de conflictos.²⁰⁶

En Colombia, esta función se ha materializado en programas de educación, campañas, centros de documentación sobre derechos humanos e indígenas orientados tanto a empoderar a los sujetos de derechos -pueblos y personas indígenas- como hacia quienes deben hacer cumplir esos derechos.²⁰⁷

En Guatemala, la educación se enfoca en el trabajo de apoyo a organizaciones indígenas para la

²⁰⁵ AYLWIN, José. Los Ombudsman y los Derechos de los Pueblos... Op. Cit. pp. 350.

²⁰⁶ Ídem. pp. 351.

²⁰⁷ Ibíd.

presentación de sus iniciativas y peticiones frente a los órganos públicos,²⁰⁸ lo que implicaría también un trabajo de acompañamiento en el empoderamiento de sus derechos, y en la articulación de sus demandas o expectativas con los órganos de la administración destinatarios de aquellas.

3.5.4 Iniciativa legislativa y perfeccionamiento del ordenamiento jurídico

Esta facultad consiste en presentar proyectos o anteproyectos de ley en materias de su competencia, en cuyo ejercicio “se consigna la posibilidad de que el Defensor promueva reformas legales destinadas a modificar normas consideradas lesivas a los derechos humanos, perfeccionar el ordenamiento jurídico mediante la adopción de nuevas leyes y promover la firma y ratificación de tratados internacionales de derechos humanos”,²⁰⁹ armonizando el ordenamiento jurídico interno con el internacional en esta materia.

Aplicación

El Ombudsman ha ejercido esta atribución en materia de derechos de pueblos y personas indígenas, tanto a nivel legal como constitucional.

El Ombudsman de Bolivia ha impulsado propuestas legislativas que involucran a los pueblos indígenas, tales como aquellas relativas al régimen agrario y el derecho a la tierra y los recursos naturales, la legislación en contra de la discriminación y la ley de hidrocarburos. A nivel constitucional, ha impulsado propuestas de reforma en relación a los mismos derechos, y a la ampliación de derechos humanos reconocidos en la Constitución.²¹⁰

En Nicaragua, el Defensor del Pueblo ha promovido la ratificación del Convenio 169 de la OIT, iniciativas legales en materia de propiedad comunal, la Ley general para los pueblos indígenas

²⁰⁸ AYLWIN, José. Los Ombudsman y los Derechos de los Pueblos... Op. Cit. pp. 351.

²⁰⁹ AYLWIN, José. Ombudsman y Derechos Indígenas... Op. cit. pp 73.

²¹⁰ AYLWIN, José. Los Ombudsman y los Derechos de los Pueblos... Op. Cit. pp. 352.

del Pacífico y el Reglamento de la Ley de Autonomía.²¹¹

En Perú, el Ombudsman ha promovido reformas constitucionales con miras al reconocimiento constitucional de los derechos de los pueblos indígenas; en materia legislativa, su labor se ha desarrollado en materia de derecho consuetudinario indígena.²¹²

3.5.5 Ejercicio de acciones constitucionales y judiciales, impulso de denuncias internacionales

En procedimientos constitucionales, el Ombudsman tiene legitimación activa en casos de vulneración de derechos fundamentales reconocida por la Constitución, patrocinando acciones de este tipo como recurso de amparo o hábeas corpus y recurso de protección.²¹³ No obstante, se ha asumido como presupuesto habilitante del ejercicio de estas acciones, el carácter discrecional y excepcional de la actuación defensorial, en tanto las defensorías son, en lo esencial, órganos de mediación; el Ombudsman priorizará casos emblemáticos o aquellos en que el inculpado se encuentra en situación de indefensión.²¹⁴ Esta función está vinculada a la de asesoramiento en la interposición de acciones constitucionales (que no implican necesariamente su patrocinio), la que puede materializarse en la orientación procedimental o en la capacitación.²¹⁵

En materia de responsabilidad penal, durante el transcurso de su investigación, el Ombudsman puede verificar la existencia de un ilícito penal, en cuyo caso deberá traspasar los antecedentes al Ministerio Público; en algunos casos podrá iniciar los procedimientos judiciales pertinentes, y deberá contribuir con los resultados de su propia investigación en la decisión que pueda adoptar el juez.²¹⁶

²¹¹ Ídem.

²¹² Ibíd.

²¹³ AYLWIN, José. Ombudsman y Derechos Indígenas... Op. cit. pp 74.

²¹⁴ Ídem.

²¹⁵ Ibíd.

²¹⁶ CUELLAR MARTÍNEZ, Roberto. Op. Cit. En: AYLWIN, José. Ombudsman y Derechos Indígenas... Op. cit. pp 75.

En materia internacional, el Ombudsman podrá recurrir a instancias intergubernamentales de protección de los derechos humanos, como la Comisión y la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el caso de nuestra región. Esta facultad de accionar ante estos organismos se vio reforzada por la Asamblea General de la OEA, mediante una resolución del año 2000 en la que expresó: “Encomendar al Consejo Permanente que, en el marco del diálogo sobre el sistema interamericano, promueva la participación de aquellas instituciones nacionales involucradas en la promoción de los derechos humanos, tales como los Defensores del Pueblo (...) Ombudsman u otras figuras equivalentes”.²¹⁷

Finalmente, cabe hacer notar que el ejercicio de acciones jurisdiccionales por parte de las Defensorías, podría hacer cumplir por la vía judicial las recomendaciones contenidas en sus informes dirigidos a un órgano en particular, en caso de que este último haga caso omiso de tales recomendaciones frente a la vulneración de derechos.²¹⁸

Aplicación

Aylwin apunta que, a pesar de que la mayoría de las Defensorías de la región contemplan dentro de sus atribuciones la facultad de accionar judicialmente en materia constitucional o penal, solo las Defensorías de Colombia y Costa Rica han hecho uso de estas atribuciones. En este último caso, sus acciones judiciales estuvieron dirigidas contra la Comisión Nacional de Asuntos Indígenas, por su inacción e incumplimiento de sus funciones legales. Tales acciones resultaron en la solución de una situación de indefensión en la que se encontraban las comunidades indígenas, y en una oportunidad al Estado de articular de mejor forma las acciones que garanticen el respeto y disfrute de sus derechos fundamentales.²¹⁹

²¹⁷ Ídem.

²¹⁸ Ibíd.

²¹⁹ AYLWIN, José. Los Ombudsman y los Derechos de los Pueblos... Op. Cit. pp. 355.

3.6 Estado de la legislación en Chile

En nuestro país, se encuentra en su segundo trámite legislativo, en el Senado, una reforma constitucional que crea la figura del Defensor de las Personas, presentada en diciembre de 2008 y aprobada en marzo de 2009. En los anteriores gobiernos de la Concertación, se habían presentado mociones similares, con mayor o menor grado de autonomía y con diversas denominaciones: Defensor del Pueblo, bajo el gobierno de Patricio Aylwin; Defensor Nacional del Usuario, en el gobierno de Eduardo Frei Ruiz – Tagle; y Defensor del Ciudadano, en el gobierno de Ricardo Lagos.

El motivo expuesto en el Mensaje presidencial para su creación consiste en contar con un órgano especializado y autónomo para la protección de los derechos de las personas cuya misión fundamental esté centrada en la tutela de los derechos fundamentales de los particulares, a través de la fiscalización de la actividad de las autoridades administrativas. Su creación tendrá por objeto consolidar el respeto por el derecho de las personas, incluyendo los derechos económicos, sociales y culturales, y favorecer el proceso de modernización del Estado, al detectar falencias en el accionar de los servicios del Estado y mejorar las políticas públicas.²²⁰ Destacamos que se trata de un órgano de rango constitucional, con personalidad jurídica de derecho público y patrimonio propio, e independiente de los demás órganos del Estado, lo que le revestiría de las garantías jurídicas necesarias para cumplir con su función.

Los sujetos pasivos de control serán los órganos de la administración del Estado y personas jurídicas de derecho privado que tengan concesión del Estado u operen previa licitación y que ejerzan actividades de servicio o utilidad pública. Esto último resulta una novedad respecto del modelo latinoamericano, que por regla general circunscribe su ámbito de fiscalización sólo a los órganos de la administración. Esto se entiende, según el Mensaje contenido en el proyecto de reforma, porque buena parte de los servicios públicos están concesionados a particulares, que deben responder de su actividad prestacional.

²²⁰ Mensaje Nº 1148-356, del 1 de diciembre de 2008, con el que se inicia un Proyecto de Reforma Constitucional que crea la Defensoría de las Personas.

Las atribuciones del Defensor de las Personas que contempla el proyecto de reforma constitucional son las siguientes:²²¹

1. Tramitación de quejas y reclamos, y mediación ante los organismos públicos que correspondan.
2. Podrá acceder a la información de las entidades requeridas, las que estarán obligadas a prestarle colaboración
3. De oficio o a petición de parte, formulará observaciones, recomendaciones o sugerencias a las respectivas autoridades o emitir informes, dentro del ámbito de su competencia, los que no serán vinculantes.
4. Podrá interponer recursos y acciones constitucionales y legales respecto de los derechos y garantías reconocidos en la Constitución, en las leyes y en los tratados internacionales vigentes.

Esta facultad se ejercerá tanto respecto de los organismos públicos o entidades privadas responsables de la prestación del servicio de utilidad pública de que se trate, como también respecto de los organismos fiscalizadores de aquellas actividades. El interés que persigue con el ejercicio de esta función será la obtención de medidas correctivas para las situaciones abusivas o lesivas que detecte, y para lograr que éstas no se repitan.

En términos generales, compartirá algunas de las funciones y atribuciones de sus pares latinoamericanos. Pero no se hace mención a sus facultades en materia educativa en la promoción y protección de los derechos esenciales, ni tampoco a atribuciones en iniciativa legislativa. En todo evento, una Ley Orgánica Constitucional definirá en detalle las atribuciones necesarias para cumplir con su objeto, por lo que resulta incierto aún determinar su ámbito

²²¹ Ídem.

específico de influencia en relación a las facultades que podrá o no ejercer el futuro Defensor de las Personas en Chile.

Capítulo IV

APLICACIÓN

4.1 Plan general

A lo largo del capítulo anterior, se ha intentado conceptualizar la figura de una institución que no responde a los estándares institucionales de los órganos de control de la administración, esto es, el binomio tradicional de la fiscalización – sanción (administrativa o judicial). El Ombudsman, como se ha dicho en varias oportunidades, es una **magistratura de persuasión**, cuya efectividad descansa en la legitimidad moral de su titular, en el proceso de nombramiento (si están representados los diversos sectores de la sociedad civil), en la publicidad de sus actuaciones, en los valores de la sociedad democrática que la administración debe respetar y garantizar.

Para el tema que nos ocupa, nosotros proponemos un modelo de legitimidad basado en un paradigma de participación ciudadana, donde sean las personas quienes hagan valer estos derechos mediante mecanismos que articulen la demanda social por el respeto a los derechos esenciales. La Defensoría del Pueblo es una alternativa válida -siempre y cuando cuente con las atribuciones específicas que señalamos- para convertir estas demandas individuales en una exigencia social organizada.

En este sentido, planteamos un ejercicio funcional de las atribuciones de un Defensor de las Personas en Chile, sobre la base de un modelo “progresivo”, donde cada etapa es presupuesto de la siguiente:

1. Desde la denuncia de violaciones a derechos fundamentales perpetradas por órganos de la administración. El efecto de su ejercicio será la generación de conciencia en la sociedad civil de estas situaciones de abuso (existentes y negadas);²²²

²²² Cuestión tratada en el Capítulo I de este trabajo.

2. La promoción de los derechos vulnerados como derechos fundamentales dentro del ordenamiento jurídico, cuyo norte será la conformación de una cultura nacional de respeto por los derechos humanos como un ejercicio imperativo, presente y activo de protección de estos derechos, tanto por los órganos del Estado como por la sociedad civil.

3. La iniciativa legislativa: propuesta del Defensor de las Personas, avalada por la sociedad civil y por una fortalecida cultura de respeto por los derechos fundamentales (instaurada tanto en los órganos del Estado como en la sociedad civil) para promover reformas concretas, que materialicen todas las exigencias orientadas a la protección de tales derechos.

Aquí recibe aplicación lo dicho en cuanto a la importancia de una democracia basada en un modelo participativo, que por las razones expuestas resulta un presupuesto fundamental de la efectividad de un Defensor del Pueblo en el cumplimiento de sus objetivos.

Siguiendo con el plan propuesto al inicio de nuestro trabajo, expondremos algunas aplicaciones hipotéticas de un Defensor del Pueblo en Chile a los casos examinados en el capítulo I.

4.2 Caso de Alex Lemún²²³

Tanto en el hecho concreto del homicidio de Alex Lemún, como en el contexto político y social en que se desarrollaron los acontecimientos que culminaron en el deceso del joven a manos del mayor Treuer, se pueden identificar algunos aspectos o características del conflicto que conviene precisar, para posteriormente ejercer sobre ellas la aplicación hipotética de atribuciones de un Defensor del Pueblo:

En primer lugar, el escenario en que se desarrolla el conflicto, como se explicó en el capítulo I, responde a un marco general de recrudescimiento de la acción policial en la Araucanía, con motivo del aumento de las actividades de movilización y de protesta mapuche, las cuales, a juicio de del Poder Ejecutivo y del Congreso, estaban poniendo en riesgo el Estado de Derecho en la región.²²⁴

Está documentado que la respuesta de ambos poderes del Estado a este movimiento de protesta reivindicativa del pueblo mapuche consistió en su criminalización.²²⁵ Esto condujo a la postura del Ministerio Público en las causas vinculadas al conflicto, en cuanto a la aplicación de leyes penales que tipificaron como terrorismo conductas relativas a delitos comunes; y particularmente, a la militarización del territorio de Arauco, junto a la violencia de las fuerzas del orden y seguridad en el marco de las protestas y las tomas de terreno. La determinación del Mayor Treuer de disparar un arma con municiones letales en este contexto responde a una dinámica de violencia; no es un hecho aislado, por el contrario, es una decisión ajustada y enmarcada en un sistema de decisiones y de políticas similares adoptadas por diversas instituciones del Estado para tratar el conflicto (en la formación simbólica de los actos de

²²³ Por la similitud de los casos, lo dicho en este capítulo respecto a Alex Lemún es aplicable también al caso de Matías Catrileo y al de Jaime Mendoza.

²²⁴ *supra*, capítulo I.

²²⁵ Nos remitimos al análisis de Eduardo Mella Seguel, Nancy Yáñez, y Eduardo Silva sobre la criminalización de la protesta mapuche, en: MELLA SEGUÉL, Eduardo. Los Mapuche ante la justicia. La criminalización de la protesta indígena en Chile. Santiago de Chile, Editorial LOM, 2007; y en YÁÑEZ FUENZALIDA, Nancy, MELLA SEGUÉL, Eduardo, y SILVA NERIZ, Hernando. Criminalización de la protesta social de los pueblos indígenas en Chile. Temuco, 2008.

protesta como “amenazas” tanto a la propiedad privada como a la integridad de otros derechos).²²⁶

En segundo lugar, parece no haber existido una persona, órgano o institución no vinculada a las partes, para acercar las posiciones relativas tanto de las comunidades involucradas en la movilización y la protesta mapuche, como de los órganos del Estado llamados a resolver el conflicto. En definitiva, se constata una extensa línea de vacío entre ambas posturas, incapaz de remediarse por la sola voluntad o disposición de las comunidades o del Estado.

En tercer lugar, el proceso que persiguió establecer la responsabilidad penal del autor de los disparos que dieron muerte a Alex Lemún, culminó en una resolución de media página que absolvió al imputado Treuer con el solo fundamento de “[no parecer] debidamente justificada la existencia del delito investigado”,²²⁷ haciendo caso omiso de los extensos antecedentes de la investigación que, inicialmente, permitieron dictar un auto de procesamiento en su contra.

4.2.1 Aplicación hipotética

4.2.1.1 Investigación, recomendación, acción judicial.

La facultad de investigación del Ombudsman permitiría actuar sobre el caso Lemún en dos niveles:

Primero, en la investigación de casos previos de abusos policiales y, en general, de vulneración de derechos esenciales a individuos y comunidades mapuche en el marco del conflicto. El resultado de diversas investigaciones arrojaría recomendaciones orientadas a terminar con las situaciones que posibilitan los abusos (conducta policial, criminalización, indefensión de grupos vulnerables en el marco del conflicto, como mujeres y menores que participan de las protestas

²²⁶ Sintomático de lo anterior es la percepción del Mayor Treuer al oír disparos que, como se comprobó, nunca existieron por parte de los comuneros durante la toma del fundo Santa Alicia. Al respecto, *supra*, capítulo I.

²²⁷ *supra*, capítulo I.

mapuche), así como la publicidad necesaria para el conocimiento de la sociedad civil de tales atropellos; requisito a su vez fundamental para que los órganos del Estado tomen nota y reconocimiento de estos elementos del conflicto y adopten políticas consecuentes para evitar su persistencia en el tiempo. Todo lo anterior operaría como un factor preventivo para evitar la ocurrencia de hechos similares en el futuro, lo que en definitiva constituye uno de los objetivos perseguidos por el Ombudsman: la prevención de violaciones a los Derechos Humanos atacando las condiciones de hecho que las propician.

Segundo, en la investigación *a posteriori* de la consumación del delito por el cual el Mayor Treuer fue absuelto. En general, las investigaciones del Ombudsman sobre denuncias de hechos que constituyen vulneración a derechos fundamentales, iniciadas a petición de parte o de oficio, se entregan a los órganos encargados de la persecución penal en caso de constatar la existencia de un ilícito de carácter penal, y contribuyen a que el juez adopte una mejor decisión sobre el caso en base a nutridos antecedentes. Una Defensoría del Pueblo habría iniciado en el caso de Alex Lemún, una investigación por denuncia u oficio tendiente a esclarecer los hechos que culminaron en su muerte. Los resultados de su investigación habrían tenido que ser tomados en cuenta por la Corte Marcial que absolvió al imputado por estos hechos. Por otra parte, en el caso de contar dentro de sus atribuciones con legitimación activa para ejercer acciones penales en el marco de su competencia, podría haber iniciado una querrela criminal contra los responsables del hecho, con todas las consecuencias procesales que dicha acción implica.

4.2.1.2 Mediación

Como ya se mencionó, se constata entre ambas posturas la inexistencia de un espacio comunicacional común: la distancia progresiva entre la demanda territorial mapuche y la respuesta del Estado en orden a la protección de la propiedad como bien jurídico fundamental impide acceder a un punto de encuentro que propicie una solución al conflicto sobre la base del consenso.

El Ombudsman es, en esencia, un órgano mediador entre la administración y las personas. En el

contexto del conflicto por recuperación de tierras, que llevó a la comunidad *Montuitui Mapu* -a la que pertenecía Alex Lemún- a la toma de predios del fundo Santa Alicia, así como en cualquier otro escenario de similares características, no ha existido una entidad que acerque posiciones para la solución pacífica del conflicto,²²⁸ en los casos concretos sobre cada movilización y en el contexto general de la toma de predios. Un órgano independiente, moralmente idóneo en la percepción de ambas partes del conflicto, es indispensable para cumplir esta función, y eventualmente podría desempeñarla un Defensor del Pueblo legitimado por los mapuches por la defensa activa de sus derechos esenciales, legitimado por el Estado en el ordenamiento jurídico que le otorga existencia,²²⁹ y legitimado por la sociedad en general, por el desempeño eficaz de sus funciones en el objeto de su competencia.²³⁰

4.2.1.3 Reforma legislativa

Un Ombudsman dotado de iniciativa legislativa, que le permita proponer reformas al ordenamiento jurídico en materia de protección y promoción de los Derechos Humanos, necesariamente llevaría a cabo acciones legislativas conducentes a la reforma de la Justicia Militar en Chile, máxime si consideramos que existe una sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso *Palamara Iribarne Vs. Chile*, dictada en el año 2005, que obliga al Estado a reformar su sistema de jurisdicción penal militar en adecuación a los estándares internacionales en esta materia, con observancia de las normas sobre debido proceso.²³¹ Un

²²⁸ Salvo en la intervención de la Iglesia Católica en algunas situaciones críticas del conflicto, como la muerte de Matías Catrileo, donde los comuneros se negaron a entregar el cadáver del joven muerto por Carabineros a otra institución que no sea la Iglesia, y particularmente, al Obispo de Temuco. Al respecto: GRUPO mapuche pide intervención de la Iglesia para entregar cuerpo. [en línea] El Mercurio On Line. 3 de enero de 2008. <<http://www.emol.com/noticias/nacional/detalle/detallenoticias.asp?idnoticia=287295>> [fecha de consulta: 18 de marzo de 2011]

²²⁹ Se desprende la importancia de su reconocimiento a nivel constitucional, que garantice su autonomía respecto de los demás órganos del Estado.

²³⁰ Se propone que su labor de promoción y difusión de derechos esenciales incide directamente en su propia legitimidad como órgano que vela por su vigencia efectiva.

²³¹ CIDH. Caso *Palamara Iribarne Vs. Chile*. 22.11.2005. La sentencia dispone en su parte resolutive que "El Estado debe adecuar, en un plazo razonable, el ordenamiento jurídico interno a los estándares internacionales sobre jurisdicción penal militar, de forma tal que en caso de que considere necesaria la existencia de una jurisdicción penal militar, ésta debe limitarse solamente al conocimiento de delitos de función cometidos por militares en servicio activo. Por lo tanto, el Estado debe establecer, a través de su legislación, límites a la competencia material y personal de los tribunales militares, de forma tal que en ninguna circunstancia un civil se vea

sistema jurisdiccional con competencia en materias de este tipo, que observara y respetara estos mandatos (adecuación a estándares internacionales y normas sobre debido proceso), habría conducido a un resultado diferente del que arribó la Corte Marcial que conoció del caso de Alex Lemún, que determinó la impunidad del autor de su homicidio.

4.2.1.4 Acción internacional

El Ombudsman podrá recurrir a instancias intergubernamentales de protección a los Derechos Humanos, como la Comisión y la Corte Interamericana de Derechos Humanos, bajo los supuestos de admisibilidad de la jurisdicción de instancias internacionales, esto es, el agotamiento de los recursos jurisdiccionales a nivel interno del país contra el que se reclama, o bien amparado en alguna de las causales de excepción que acogen su admisibilidad en forma extraordinaria. En el caso en estudio, habiéndose agotado las instancias de jurisdicción interna para perseguir la responsabilidad penal y la reparación a las víctimas, eventualmente cabría una actuación del Ombudsman orientada hacia el sistema interamericano de protección, del cual Chile es miembro en tratados internacionales vigentes a la fecha.

sometido a la jurisdicción de los tribunales penales militares. Agrega que "El Estado debe garantizar el debido proceso en la jurisdicción penal militar y la protección judicial respecto de las actuaciones de las autoridades militares". [en línea] <http://www.corteidh.or.cr/pais.cfm?id_Pais=4> [fecha de consulta: 18 de marzo de 2011]

4.3 Caso de Patricio Queipul²³²

Del caso de Patricio Queipul se desprenden dos aspectos que resulta relevante destacar:

En primer lugar, se trata del caso de un niño que ha sido baleado y secuestrado por fuerzas del orden y seguridad. Como se ha constatado en el capítulo I de este trabajo, la veracidad de estos hechos no consta únicamente en los testimonios del menor y de la comunidad de la cual es miembro: varias organizaciones de la sociedad civil dan cuenta de lo mismo, y han denunciado estos episodios ante organismos internacionales.²³³

No obstante, a pesar de la gravedad de los hechos y de su evidente relevancia, el caso en sus diversos episodios no fue tratado por los medios de comunicación masivos (prensa y televisión). En consecuencia, todos los eventos relativos a Patricio Queipul y a los atroces abusos de los que fue objeto por parte de Carabineros e Investigaciones, pasaron inadvertidos para la opinión pública.

En segundo lugar, y nuevamente a pesar de la gravedad de los hechos, no se siguieron acciones judiciales conducentes a perseguir la responsabilidad penal de sus autores, ni la reparación para el menor y su familia. Solo se interpusieron recursos de protección con el objeto de obtener soluciones urgentes a la situación de la que Patricio Queipul era víctima.

4.3.1 Aplicación hipotética

4.3.1.1 Investigación, recomendación, promoción y difusión de los Derechos Humanos

En el caso en estudio, un Ombudsman dotado de atribuciones específicas para la Investigación

²³² Del mismo modo que en el caso de Álex Lemún, es también aplicable lo dicho en este capítulo sobre Patricio Queipul al problema de la violencia contra la infancia mapuche en general.

²³³ *Supra*, Capítulo I. Centro Estudios Derechos Humanos, Universidad Diego Portales; Observatorio Ciudadano; Amnistía Internacional; CINTRAS, Centro de Salud Mental y Derechos Humanos; Opción; HUMANAS, Centro Regional de Derechos Humanos y Justicia de Género. Op. cit.

sobre hechos que suponen vulneración de derechos esenciales, habría iniciado de oficio una investigación en torno a los abusos de los cuales Patricio Queipul fue víctima, por cuanto la violación de los Derechos Humanos de niños a manos de las fuerzas del orden y seguridad, indudablemente constituye una cuestión de interés general para la sociedad. También podría haber iniciado la investigación a petición de cualquier persona o institución interesada en la protección de los derechos fundamentales.²³⁴

Esta investigación habría tenido por objeto el esclarecimiento de los hechos y circunstancias en las que se produjeron tales abusos para constatar su veracidad. Su resultado habría arrojado una Resolución estableciendo los hechos, afirmando la existencia de un ilícito penal, y traspasado los antecedentes al órgano encargado de su persecución, el Ministerio Público. Por otra parte, el Defensor habría elaborado recomendaciones dirigidas a los órganos cuyos actos se han declarado lesivos de los derechos esenciales del menor Patricio Queipul, en orden a respetar tales derechos y a adoptar las medidas correspondientes -determinadas por él mismo- para evitar la reiteración de acontecimientos de este tipo.

Tan importante como lo anterior, será la publicidad de tales informes. Pues como se dijo en los acápites precedentes, los abusos sufridos por Patricio Queipul no tuvieron ningún tipo de cobertura en los medios de comunicación masivos, ya sea por intereses comprometidos en el conflicto, o por la política sistemática de ignorar los derechos fundamentales de los individuos y las comunidades mapuche, en el marco del conflicto por recuperación de tierras. Y situaciones de este tipo, bajo ningún supuesto, deben ocurrir en un Estado de Derecho, respetuoso de las garantías fundamentales establecidas en la Constitución y en los tratados internacionales vigentes en Chile. Es contrario al orden democrático, cuyo límite y cúspide normativa son los derechos que emanan de la naturaleza humana,²³⁵ que los niños sean objeto de violación a sus derechos esenciales por parte de las fuerzas llamadas a su protección, esto es, las Fuerzas del Orden y Seguridad. Y la sociedad debe conocer y condenar tales abusos, para que la autoridad

²³⁴ Lo que dependerá en todo caso de los requisitos de una Denuncia dirigida al Defensor del Pueblo, en cuanto a su legitimación activa, cuestión que quedará entregada a la Ley Orgánica que le otorgue funcionamiento y atribuciones específicas.

²³⁵ Artículo 5º de la Constitución Política de Chile.

competente a su vez reconozca su existencia, y se puedan adoptar las medidas necesarias en orden a la reparación de las víctimas y para evitar su reiteración.

4.3.1.2 Acciones judiciales e internacionales.

Finalmente, un Defensor del Pueblo habría iniciado en este caso -de contar con las atribuciones específicas que lo permitieran- acciones constitucionales para reestablecer la vigencia de los derechos fundamentales del menor Patricio Queipul, vulnerados por los actos de Carabineros e Investigaciones. Además, en el proceso penal que perseguiría la responsabilidad de los autores de tales ilícitos, se habría sumado al proceso como actor mediante una querrela criminal. A mayor abundamiento, habría proporcionado los antecedentes de su propia investigación, sumados al expediente, para colaborar en la justa resolución de la causa por el juez. Y en el caso hipotético de obtener una sentencia desfavorable que legitimara tales abusos, en la impunidad de sus responsables, habría accionado ante los órganos del Sistema Interamericano de Protección a los Derechos Humanos, en orden a obtener la reparación al menor y una condena contra el Estado de Chile por el incumplimiento de sus obligaciones internacionales en materia de Derechos Humanos que implican estos acontecimientos.

CONCLUSIONES

A lo largo de nuestro trabajo, desarrollamos el modelo de un Ombudsman aplicado al conflicto mapuche por recuperación de tierras, bajo la hipótesis de que esta institución, dotada de las atribuciones contempladas en los Principios de París, sería eficaz en la protección de los derechos esenciales vulnerados por órganos del Estado, contra individuos y comunidades de la etnia mapuche. En efecto, en el capítulo cuarto hemos articulado sus atribuciones específicas en los casos emblemáticos de violación a Derechos Humanos de individuos y comunidades mapuche, demostrando con ello, por una parte, los elementos comunes de vulnerabilidad jurídica y social de estos grupos (impunidad de los autores de crímenes contra sus miembros; violación sistemática a derechos de niños, mujeres y ancianos; silencio de los medios masivos de comunicación sobre estos hechos; ausencia de un órgano intermedio que haga las veces de mediador en el conflicto; ausencia de representatividad de sus problemáticas frente a la clase política), y por otra, que esas mismas atribuciones, sin lugar a dudas, serían útiles para mitigar los efectos más dramáticos de la violencia institucional contra mapuches y sus comunidades, y para remediar en parte las carencias de nuestro propio ordenamiento jurídico, que posibilita estos abusos, principalmente en las obligaciones pendientes del Estado en orden a reformar el sistema de justicia militar. En este sentido, hemos demostrado en parte la hipótesis expuesta en la introducción de este trabajo.

Sin embargo, a raíz de esta misma investigación, y del análisis de los casos específicos de aplicación de las atribuciones de los Defensores latinoamericanos en materias indígenas, hemos concluido también que la efectividad de un Defensor del Pueblo en el contexto de la violación de derechos de grupos vulnerables (en este caso, el pueblo mapuche) descansa en el reconocimiento que le otorgue la comunidad a los derechos que protege, tanto o más que en la legitimidad que recibe del sistema político, que obtiene mediante su nombramiento en rango constitucional. Lo anterior, según nuestra opinión, es lo que gatilla la exigencia de respeto de estos mismos derechos a los órganos del Estado.

Una muestra de lo anterior son las conclusiones de la Primera Encuesta Nacional de Derechos Humanos, cuyos resultados demuestran el escaso reconocimiento que reciben los derechos de los pueblos indígenas como Derechos Humanos propiamente tales: casi un 80% de los entrevistados señala no identificar los derechos humanos preferentemente con los derechos de los pueblos originarios a su identidad, lengua y territorio.²³⁶ Si el derecho de los pueblos indígenas al territorio no es reconocido como un derecho humano, difícilmente un Defensor del Pueblo podría cambiar la percepción ciudadana sobre la criminalización de las demandas indígenas. Para cumplir con esta tarea, un paso anterior es revertir la percepción ciudadana que revela esta encuesta.

Siguiendo este planteamiento, la validez y el sentido de una institución que vela por los derechos fundamentales de las personas frente a los órganos del Estado, carente de resoluciones vinculantes, desprovista de *imperium* para hacer valer sus recomendaciones o de atribuciones sancionatorias, solo se pueden comprender si vinculamos la Democracia como concepto, al de empoderamiento social de los individuos y de la comunidad sobre sus derechos. La validez y eficacia del Ombudsman no depende, como señalan algunos autores, de la idoneidad moral de su titular: depende de la importancia que la sociedad en general atribuya a los Derechos Humanos, y para cada individuo en particular; depende de su ejercicio, y de la exigencia de su respeto por parte de la misma sociedad, dirigida hacia los órganos del Estado.

Una resolución del Ombudsman que condene la violación de los derechos fundamentales a individuos y comunidades mapuche en el marco del conflicto por recuperación de tierras, no tendrá peso, eficacia ni legitimidad, si para los destinatarios de la publicidad de su resolución, esto es, los individuos y la sociedad en general, tales derechos son irrelevantes cuando se trata de etnias que reivindican derechos ancestrales. Y esto, precisamente, es lo que provoca la criminalización de la protesta indígena: un cerco comunicacional que ignora los abusos, la negación de su existencia por las autoridades llamadas a reconocerlos, y sobre lo anterior, la difundida creencia que asocia al mapuche que protesta con el terrorista.

²³⁶ INSTITUTO Nacional de Derechos Humanos. Primera Encuesta Nacional de Derechos Humanos. Santiago de Chile. 2011. pp. 22.

Este trabajo propone, en síntesis, que el Defensor del Pueblo puede, con el ejercicio de sus atribuciones, romper esta creencia. Puede generar cuestionamiento y reconocimiento en la sociedad de que tales abusos existen, y son ilegítimos. Esto, sumado al trabajo del Ombudsman en la promoción y difusión del respeto a los derechos humanos como la base de los valores de una sociedad democrática, como un límite normativo para la actuación de los órganos del Estado, y como un imperativo ético para los individuos en hacer valer, exigir y proteger tales derechos, genera el empoderamiento social para exigir el reconocimiento por el Estado, de que tales abusos han existido y existen, y son perpetrados por sus órganos. Este reconocimiento, se plantea, es el paso más significativo para frenar la violencia en la Araucanía.

Ahora bien, la proyección de una institución como el Defensor de las Personas en nuestro país, la eficacia de su desempeño, su legitimación frente a los demás órganos del Estado y frente a la sociedad en general, depende también de un acto de voluntad política. El desarrollo de los casos ilustrativos del trabajo realizado por las distintas Defensorías en Latinoamérica en materia indígena, utilizados en la descripción de sus atribuciones en el capítulo tercero, ha sido posible gracias a un acto político sincero de compromiso con los Derechos Humanos, y con la reconstrucción de la institucionalidad democrática en la región, mediante el cual se dotó a las respectivas Defensorías con las atribuciones necesarias e indispensables para cumplir con el objeto de su competencia, que es la protección y promoción de los Derechos Fundamentales.

En Chile, el acto legislativo que le otorgará existencia en la Constitución, y posteriormente funcionamiento en una Ley Orgánica Constitucional, está sometido a una deliberación política en la que jugará un rol fundamental la cultura existente en el país sobre los Derechos Humanos. Como se mencionó en el capítulo tercero, su esfera de atribuciones dependerá del criterio con el que sea juzgada la relevancia de tales derechos, si ésta apunta hacia la reparación de las violaciones a los derechos fundamentales producidas en el marco de regímenes autoritarios, o hacia su protección activa y funcional como imperativo para las instituciones del presente. Excede de los objetivos planteados por este trabajo especular sobre el resultado de tal deliberación política. No obstante, se puede asegurar que, tomando en consideración los

resultados de las Defensorías en la región en materias indígenas en función de sus atribuciones, y la aplicación hipotética de las facultades de un eventual Defensor de las Personas en Chile; si su esfera de competencia se limita a la protección de los derechos fundamentales, sin más precisión que un mandato general carente de atribuciones reales y específicas en este sentido, con la voluntad real de operativizar su funcionamiento, la institución será, en el mejor de los casos, un órgano carente de toda relevancia. Si por el contrario, se dota a la Defensoría de las Personas con facultades reales y eficaces, conforme a los Principios de París, para cumplir con su objetivo fundamental, la protección y promoción de los Derechos Humanos, la construcción teórica expuesta en la apertura de estas conclusiones será plenamente realizable, y sus resultados, un freno a la violencia en la Araucanía.

BIBLIOGRAFÍA

Documentos:

1. ANAYA, James. La Situación de los Pueblos Indígenas en Chile. En: OBSERVATORIO Ciudadano (compilador). Los Derechos Humanos en Chile. La Evaluación de la Sociedad Civil, los Pueblos Indígenas y las Naciones Unidas. Temuco, Chile, 2009.
2. ANAYA, James. La Reivindicación del Pueblo Mapuche por sus Tierras Ancestrales: una Cuestión de Acceso a la Justicia. En: Report by the Special Rapporteur on the situation of human rights and fundamental freedoms of indigenous people, James Anaya. Human Rights Council, 2010.
3. ARAYA C., Romina, ARÁNGUIZ C., Julia, LEPE H., José, HERRERA, Carolina. Violencia en la Araucanía: Investigación prospectiva sobre comunidades mapuches de la IX Región. Período 2006 – 2008. Tesis (Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales). Santiago, Chile. Universidad de Chile, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, 2008.
4. ASTROSA Herrera, Renato. Código de Justicia Militar Comentado. III Edición. Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile, 1985.
5. AYLWIN, José. Ombudsman y Derechos indígenas en América Latina: Estudio Comparativo sobre el Marco Normativo e Institucional. San José, Costa Rica, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 2006.
6. AYLWIN, José. Los Ombudsman y los Derechos de los Pueblos Indígenas en América Latina. En: BERRAONDO, Mikel (coordinador). Pueblos Indígenas y Derechos Humanos. Bilbao, Instituto de Derechos Humanos, Universidad de Deusto, 2006.

7. BOKHARI, Syed. Ombudsman: an Introduction. [en línea] (no consigna edición)
8. BOVINO, Alberto. La Justicia Militar y el Juzgamiento de Civiles. En: Cuadernos de Análisis Jurídico, N° 40, Justicia Militar y Estado de Derecho. Santiago, Chile, Universidad Diego Portales, 1998.
9. CEA CIENFUEGOS, Sergio. Justicia Militar. El Objetivo de la Justicia Militar. Apuntes de Clases. Santiago, Universidad de Chile, 2003.
10. COMISIÓN Interamericana de Derechos Humanos. Informe sobre la Situación de los Derechos Humanos en Chile. Washington, D.C., 1985.
11. COMITÉ de Derechos Humanos (2007). Examen de los informes presentados por los Estados con arreglo al artículo 40 del Pacto, 89º período de sesiones, 12-30 marzo de 2007, Observaciones finales sobre el informe de Chile, párrafo 12. CCPR/C/CHL/CO/5, 17 de abril 2007.
12. CONSEJO Internacional para Estudios de Derechos Humanos. Evaluar la Eficacia de las Instituciones Nacionales de Derechos Humanos. Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, 2005.
13. CUELLAR MARTÍNEZ, Roberto. Estándares Mínimos para el Establecimiento y Funcionamiento del Ombudsman. San José, Costa Rica, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 2002.
14. Centro de Estudios Derechos Humanos, Universidad Diego Portales; Observatorio Ciudadano; Amnistía Internacional; Centro de Salud Mental y Derechos Humanos; Opción; Centro Regional de Derechos Humanos y Justicia de Género. Informe de la Sociedad Civil de Chile al Comité Contra la Tortura de Naciones Unidas con motivo del

Quinto Informe Periódico del Estado de Chile relativo a la aplicación de la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes. 2008

15. DÍAZ D., Mafalda. Antecedentes del Defensor del Pueblo. Iushistoria, Revista Electrónica, Universidad del Salvador, octubre de 2005, Nº 2.
16. Expediente del caso Lemún. Juzgado Militar de Valdivia. Fiscalía Letrada del Ejército y Carabineros de Malleco/Angol.
17. EYZAGUIRRE, Cristóbal. Leyes Cumplido. Santiago de Chile, Ediar Conosur, 1991.
18. FRANCIA SÁNCHEZ, Luis. Justicia Militar y Derecho a un Tribunal Independiente e Imparcial: ¿Diferencias o Incompatibilidades? En: Cuadernos de Análisis Jurídico, Nº 40, Justicia Militar y Estado de Derecho. Santiago, Chile, Universidad Diego Portales. 1998.
19. GARRIDO FALLA, Fernando. Comentarios a la Constitución. Madrid, Editorial Civitas, 1985.
20. GONZÁLEZ VOLIO, Lorena. El Defensor del Pueblo. La Experiencia Latinoamericana. San José, Costa Rica, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 2004
21. HORVITZ, María Inés. La Justicia Militar: Justificación, Competencia y Organización en el Derecho Comparado. Los Principios de Independencia e Imparcialidad en la Organización de los tribunales militares Chilenos. En: Cuadernos de Análisis Jurídico, Nº 40, Justicia Militar y Estado de Derecho. Santiago de Chile, Universidad Diego Portales, 1998.
22. INCALCATERRA, Amerigo. Estrategias de vinculación entre las Instituciones Nacionales de promoción y protección de los derechos humanos y las organizaciones de la Sociedad Civil a partir de los Principios de París . En: Seminario “El Ombudman, Herramienta de

Participación Ciudadana” (2007)

23. INSTITUTO Nacional de Derechos Humanos. Primera Encuesta Nacional de Derechos Humanos. Santiago de Chile. 2011.
24. MADRAZO, Jorge. El Ombudsman Criollo. Mexico, D.F., CNDH, 1996
25. MAIER, Julio. Derecho Procesal Penal. Tomo I Fundamentos. Buenos Aires, Editores del Puerto, 1996. pp. 747. Citado por: DUCE JULIO, Mauricio. El Derecho a Ser Juzgador por un Tribunal Independiente e Imparcial y la Justicia Chilena. En: Cuadernos de Análisis Jurídico, Nº 40, Justicia Militar y Estado de Derecho. Santiago de Chile, Universidad Diego Portales, 1998.
26. MAIORANO, José Luis. Historia del Ombudsman. [en línea] (no consigna edición)
27. MELLA SEGUER, Eduardo. Los Mapuche ante la justicia. La criminalización de la protesta indígena en Chile. Santiago, LOM Ediciones, 2007.
28. MERA FIGUEROA, Jorge. Razones Justificadoras y Ámbito de la Jurisdicción Penal Militar en Tiempo de Paz (El Caso Chileno). EN: Cuadernos de Análisis Jurídico, Nº 40, Justicia Militar y Estado de Derecho. Santiago de Chile, Universidad Diego Portales, 1998.
29. MEZA-LOPEHANDÍA, Matías, Expediente Lemún. Documento de trabajo, Observatorio Ciudadano, sin publicar, 2005.
30. MISIÓN Conjunta de la Asociación Americana de Juristas y Asamblea Permanente por los Derechos Humanos. Informe sobre la represión y criminalización del pueblo mapuche en Chile. 2008

31. OBSERVATORIO Ciudadano. La huelga de hambre de los presos mapuche y el doble discurso del gobierno. Temuco, 2010.
32. Pizarro Angelica, y Díaz Felipe, Informe psicosocial. Documento de trabajo, sin publicar, elaborado en el marco del proyecto “Derecho penal del Enemigo y la criminalización de las demandas mapuche”. Inv. Responsable: Myrna Villegas. Proyectos I+D, Universidad Central, 2008. Informe final publicado en: Villegas, Myrna, Pizarro, Angélica, Díaz Felipe, Albornoz, Patricia, Sandoval, Beatriz “Derecho penal del Enemigo y criminalización de las demandas mapuche”. Informe final. Universidad Central de Chile, proyectos de investigación Aplicada Ciencia y Tecnología, Inv. Responsable: Myrna Villegas D. Octubre 2008. [en línea] <www.cienciaspenales.net> [fecha de consulta: 10 de octubre de 2011]
33. REYES, Noziglia y ISZACHAR, Pablo. Análisis crítico del actual procedimiento de Justicia Militar y propuesta superadora. Memoria (Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales). Santiago, Chile. Universidad de Chile, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, 2008
34. SEPÚLVEDA NAVARRO, Rosa, MILLAQUEO MILLAPÁN, Adelmo. Informe Diagnóstico y de Intervención Comunidad Cacique José Guiñón- Ercilla. Servicio de Salud Araucanía Norte, 2004.
35. YÁÑEZ F., Nancy, MELLA S., Eduardo, SILVA N., Hernando. Criminalización de la protesta social de los pueblos indígenas en Chile. Temuco, Observatorio de los Derechos de los Pueblos Indígenas, 2008.
36. ZALAQUETT, José. La Reconstrucción de la Unidad Nacional y el Legado de Violaciones de los Derechos Humanos. Revista Perspectivas, 2, 1999
37. ZALAQUETT DAHER, José. Los Limites de la Tolerancia. Libertad de Expresion y Debate Público en Chile. Santiago de Chile, LOM Ediciones, 1998.

Artículos en Diarios Electrónicos:

38. AYLWIN, José. Matías Catrileo y la vergüenza de la justicia chilena. Diario Electrónico El Mostrador. 03 de febrero, 2010 <<http://www.elmostrador.cl/opinion/2010/02/03/matias-catrileo-y-la-verguenza-de-la-justicia-chilena/>>
39. CASO Catrileo: Audio Revela Orden de Disparar. La Nación. 03 de julio, 2009. <http://www.lanacion.cl/prontus_noticias_v2/site/artic/20090703/pags/20090703082932.html>
40. COMUNIDADES mapuches inician movilizaciones ante nula respuesta del gobierno chileno. Diario Electrónico Azkintuwe. 24 de julio, 2009 <<http://www.azkintuwe.org/julio223.htm>>
41. CON FUERZAS Especiales de Carabineros esperan a delegación mapuche en La Moneda. Diario Electrónico Azkintuwe 07 de julio, 2009 <<http://www.azkintuwe.org/julio075.htm>>
42. GRUPO mapuche pide intervención de la Iglesia para entegar cuerpo. El Mercurio On Line. 3 de enero de 2008. <<http://www.emol.com/noticias/nacional/detalle/detallenoticias.asp?idnoticia=287295>>
43. INFORME del SML confirma que el mapuche Matías Catrileo falleció de un tiro por la espalda. Radio Bio Bio. 16 de noviembre, 2009. <<http://www.radiobiobio.cl/2009/11/16/exclusivo-informe-del-sml-confirma-que-el-mapuche-matias-catrileo-fallecio-de-un-tiro-por-la-espalda/>>
44. INFORME del SML determinó que un disparo por la espalda mató a Matías Catrileo. Radio

- Cooperativa. 16 de noviembre, 2009. <http://www.cooperativa.cl/informe-del-sml-determino-que-un-disparo-por-la-espalda-mato-a-matias-catrileo/prontus_notas/2009-11-16/213806.html>
45. JAIME Mendoza Collío: crónica de la muerte de un weichafe. Diario Electrónico Universidad de Chile. 12 de agosto, 2010 <<http://radio.uchile.cl/noticias/78387/>>
46. PERICIAS revelarían montaje policial en caso que investiga muerte de comunero Jaime Mendoza Collío. Radio Bío-Bío. 04 de noviembre, 2010 <<http://www.radiobiobio.cl/2010/11/04/pericias-revelarian-montaje-por-parte-carabineros-involucrados-en-muerte-de-comunero-mendoza-collio/>>
47. RELATO vivencial de la muerte de Matías Catrileo.
<<http://www.matiascatrileo.cl/catrileo/archivos.php?doc=32>>
48. TESTIGO clave relata muerte de comunero mapuche en la Araucanía. RADIO Bío-Bío. 20 de agosto, 2009 <<http://www.radiobiobio.cl/2009/08/20/exclusivo-testigo-clave-relata-muerte-de-comunero-mapuche-en-la-araucania/>>
49. Texto del Acuerdo entre Comuneros Mapuche y Gobierno. [en línea]
<<http://www.politicaspUBLICAS.net/panel/pol-indigena/686-acuerdo-huelga-hambre.html>>
50. VIERA-GALLO: Carabinero que disparó a mapuche podría haber muerto. El Mercurio On Line. 14 de agosto, 2009.
<<http://www.emol.com/noticias/nacional/detalle/detallenoticias.asp?idnoticia=371589>>
51. VOCERAS de presos mapuche se reúnen con Gobierno y denuncian aplicación de Ley Antiterrorista. Diario Electrónico Universidad de Chile. 24 de enero de 2011

<<http://radio.uchile.cl/noticias/100468>>

Leyes, Decretos y Resoluciones

52. Constitución Política de la República de Chile

53. Código de Justicia Militar, Chile.

54. Ley 18.314. CHILE. Determina conductas terroristas y fija su penalidad. Ministerio del Interior, Santiago, Chile, mayo de 1984.

55. Ley 18.948. CHILE. Orgánica Constitucional de las Fuerzas Armadas. Ministerio de Defensa Nacional, Santiago, Chile, febrero de 2010.

56. Ley 20.405. CHILE. Del Instituto Nacional de Derechos Humanos. Ministerio Secretaría General de la Presidencia, Santiago, Chile, diciembre de 2009.

57. Ley 20.477. CHILE. Modifica Competencia de tribunales militares. Ministerio de Defensa Nacional, Subsecretaría para las Fuerzas Armadas, Santiago, Chile, diciembre de 2010.

58. DECRETO SUPREMO N°65. CHILE. Comisión Asesora Presidencial para la Protección de los Derechos de las Personas. Ministerio Secretaría General de la Presidencia, Santiago, Chile, julio de 2001.

59. Resolución 48/134. Instituciones nacionales de promoción y protección de los derechos humanos. Asamblea General de las Naciones Unidas. 20 de diciembre de 1993.

60. Resolución 40/32. Principios básicos relativos a la independencia de la judicatura. Asamblea General de las Naciones Unidas. 29 de noviembre 1985

61. Resolución 40/146. Principios básicos relativos a la independencia de la judicatura.
Asamblea General de las Naciones Unidas. 13 de diciembre de 1985

Páginas web:

62. <http://www.comisiondefensoraciudadana.cl>

63. <http://www.mapuexpress.cl>

64. <http://www.observatorio.cl>

Sentencias:

65. CORTE IDH (2005). Caso Palamara Iribarne vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas.
Sentencia de 22 de noviembre de 2005. Serie C No. 135.

ANEXO

Proyecto de reforma constitucional para la creación de una Defensoría de las Personas

**MENSAJE DE S.E. EL PRESIDENTE DE LA
REPUBLICA CON EL QUE SE INICIA UN
PROYECTO DE REFORMA CONSTITUCIONAL
QUE CREA LA DEFENSORÍA DE LAS
PERSONAS.**

SANTIAGO, diciembre 1º de 2008

M E N S A J E N° 1148-356/

Honorable Cámara de Diputados:

**A S.E. EL
PRESIDENTE
DE LA H.
CÁMARA DE
DIPUTADOS.**

Tengo el honor de someter a vuestra consideración, un proyecto de reforma constitucional que crea la Defensoría de las Personas.

ANTECEDENTES.

El Gobierno que presido se encuentra empeñado en fortalecer el respeto de los derechos humanos. En estos años de democracia, hemos avanzado mucho en el respeto y garantía del pleno goce los derechos de primer generación, así como también respecto de los derechos de segunda generación, mediante el impulso de importantes reformas sociales, tales como la reforma previsional, implementada a mediados del presente año.

Sin embargo, aún quedan importantes logros que alcanzar. Uno de ellos, es contar de con un órgano especializado y autónomo para la protección de los derechos de las personas.

Los esfuerzos por contar con este órgano, han sido una constante desde 1991. No ha sido fácil encontrar los consensos necesarios para su aprobación.

En un comienzo, durante el gobierno de Patricio Aylwin, se configuró como un “Defensor del Pueblo”. Luego, en el gobierno de Eduardo Frei, se redefinió como una “Defensoría Nacional del Usuario”, destinado a controlar la actividad prestacional de la administración y velar por los derechos de los usuarios de los servicios públicos. Dicho proyecto no contó con el apoyo necesario y la idea debió ser reformulada el año 2000, durante el gobierno de Ricardo Lagos, ahora con la forma de reforma constitucional, configurándose como “Defensor Ciudadano”. La principal diferencia entre ambos proyectos consistió en que originalmente el Defensor del Usuario se planteó como un órgano descentralizado, mientras que el Defensor del Ciudadano fue definido como un órgano autónomo. Dicho proyecto de reforma constitucional fue retirado del Senado, Cámara en la cual se encontraba, puesto que por la recargada agenda de éste, el proyecto no logró el avance esperado. Por ello, fue reingresado en el año 2003 a la Cámara de Diputados. Fue reformulado en el año 2007, en el actual gobierno, bajo la configuración de “Defensor de las Personas”, recogiendo con ello importantes observaciones referidas a la configuración del órgano.

Así, el proyecto fue aprobado en general por la Cámara de Diputados, prueba del consenso sobre la necesidad de contar con un órgano autónomo y especializado que vele por el respeto de los derechos de las personas.

Dicho proyecto fue analizado en profundidad por las Comisiones de Derechos Humanos y de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento de la Cámara. Fruto de la discusión en dichas Comisiones y la constante preocupación del Ejecutivo por atender a las observaciones formuladas por los parlamentarios y los expertos invitados a la Comisiones, se produjeron importantes cambios en el proyecto.

Sin embargo, pese a haberse logrado significativos consensos sobre el proyecto, por un escaso margen de votos, la discusión en la Sala no logró pasar la valla de aprobación en particular, debido al alto quórum que requiere una reforma constitucional.

En virtud de los consensos logrados y la certeza sobre la necesidad de contar con una Defensoría de la Personas, consideramos necesario reingresar el presente proyecto a la Cámara.

NECESIDAD DE LA DEFENSORÍA DE LAS PERSONAS.

Tal como se ha venido planteando desde 1991, es necesario contar con un órgano que se erija como una garantía institucional de los derechos de las personas frente a la administración del Estado, en particular a las prestaciones que ésta debe realizar a las personas con el objeto de satisfacer sus necesidades públicas. Dicha necesidad también se extiende a las personas jurídicas particulares que presentan o ejercen servicios de utilidad pública.

Es necesario, como indicara la Honorable Diputada señora Vidal durante la última discusión en Sala del Proyecto que se rechazó en particular, proteger debidamente a las personas de los abusos cometidos por la autoridad, así como también de cometidos por los particulares, y contribuir al desarrollo integral de la persona.

Si bien existen importantes logros en este sentido, aún quedan espacios de sombra. A razón de ello, la Defensoría de las Personas se presenta como una necesidad respecto de la cual existe amplio consenso. En este sentido, la Honorable Diputada señora Rubilar, en su intervención en la Sala de la Cámara con ocasión de la aprobación en general del proyecto de Defensor Ciudadano, puso de manifiesto que esta institución es necesaria para consolidar el respeto de los derechos de las personas, con miras de futuro y desde una perspectiva amplia, incluyendo los derechos económicos, sociales y culturales.

En efecto, tal como señalara la Presidenta de la Comisión Defensora Ciudadana, creada por decreto N° 65, del año 2001, doña Danae Mlynarz, la creación de la Defensoría de las Personas ocupará un rol clave en la promoción y protección de los derechos de las personas. Además, su creación favorecerá el proceso de modernización del Estado, pues permitirá detectar falencias en el accionar de los servicios del Estado y mejorar las políticas públicas. Así, se generará un espacio de defensa de ciertos derechos ciudadanos actualmente no atendidos por ningún otro organismo del Estado.

FUNDAMENTOS PARA LA CREACIÓN DEL DEFENSOR.

Orígenes.

Como se sabe, esta figura encuentra su origen en el denominado Ombudsman, que recogió por primera vez la Constitución sueca de 1809, con la finalidad, en cuanto "mandatario o representante del Parlamento", de controlar la actividad de la Administración y de los propios órganos jurisdiccionales, velando por el respeto a la ley y por la tutela de las libertades públicas.

El éxito de esta institución determinó que paulatinamente se fuese adoptando también en otras Constituciones, primero en países escandinavos, como Finlandia en el año 1919, Noruega en 1952 y Dinamarca en 1954, para más tarde extenderse, ya de una forma generalizada, a la mayoría de los países europeos. Así lo recogen, entre otras, la Ley Fundamental de Bonn, desarrollada por la Ley de 26 de junio de 1957; la Ley del Comisario Parlamentario de 1967, que instituye la figura en el Reino Unido; y la Ley de 3 enero de 1973, que establece en Francia la institución del "Médiateur".

El Ombudsman tiene como misión fundamental la tutela de los derechos fundamentales de los particulares, a través de la fiscalización de la actividad de las autoridades administrativas.

El Ombudsperson en la actualidad.

Al evolucionar el modelo de Estado en la historia, el modelo de Defensor del Pueblo también se ha ido adecuando. Por ello, la noción de sujeto fiscalizado en los modelos de derecho comparado, concibe a la administración pública en la acepción más amplia que el término tiene, existiendo una tendencia cada vez mayor que extiende las competencias del defensor a personas no estatales que ejercen prerrogativas públicas y a las privadas prestadoras de servicios públicos, en la medida que se han transformado estas últimas en titulares que deben satisfacer las necesidades de la colectividad.

Según esta orientación, el Defensor de las Personas constituye una garantía constitucional más, cuyo principal objetivo es la defensa de los derechos de las personas.

En la actualidad, la ciudadanía ha tomado conciencia que, en un elevado número de supuestos, la Administración afecta sus derechos y libertades, en particular en las prestaciones que debe otorgarle. Cuestión que también se aprecia respecto de los servicios de utilidad pública prestados por particulares. Este “empoderamiento” de la ciudadanía es un gran avance propio de las democracias más inclusivas y deliberativas, a las que aspiramos.

Así, la Defensoría de las Personas u ombudsperson, se plantea como una eficaz herramienta para los ciudadanos que complementará los clásicos controles de la actividad pública.

Magistratura de persuasión.

Cabe precisar que la Defensoría de las Personas no colisiona en sus atribuciones y competencias, con otras entidades del Estado.

En efecto, en cuanto "magistratura de opinión y persuasión", no circunscribe su ejercicio al estricto análisis de la legalidad o ilegalidad de los actos y resoluciones administrativos, sino que también

comprende un ámbito de disfuncionalidades más sutiles, como las que encuentran su origen en la discrecionalidad administrativa y en los supuestos de desviación de poder. Su tutela se extiende, en todo caso, tanto a las relaciones ad extra de la Administración con un tercero, de particulares que prestan servicios en nombre del Estado, como ad intra, en el supuesto de las relaciones interorgánicas, siempre que haya violación de los derechos y libertades fundamentales.

Así, tal como señalara el Constitucionalista don Humberto Nogueira, en la discusión del proyecto, la Defensoría de las Personas constituye un sistema de control distinto al ejercido por la Contraloría General de la República, por el Poder Judicial u otro órgano del Estado.

Elementos.

El ombudsperson es, en los países en que está consagrado, en primer lugar, una de las manifestaciones de la institución denominada defensor del pueblo que, en pocas palabras, defiende los derechos y libertades individuales y colectivas de la ciudadanía. Es un órgano que tiene por finalidad tutelar los derechos de las personas, vigilando y controlando, en la mayoría de los casos, la actividad de la administración del Estado, atendiendo quejas de la ciudadanía. Tiene amplios poderes de investigación y un rol crítico de las actuaciones administrativas deficientes, teniendo potestad para publicar sus informes. Además, actúa con poder para recomendar, pero no tiene potestad para revocar ningún acto administrativo.

La Defensoría de las Personas se presenta como una solución novedosa a los conflictos generados por la creciente complejidad y aumento de tamaño del aparato estatal, pues a la vez que actúa como magistratura de persuasión, canaliza reclamos y quejas de las personas, mediando en ocasiones, e incluso entabla acciones en determinados casos.

Desde otro prisma, este control que realizará la Defensoría de las Personas, constituye un mecanismo de mejora y modernización del Estado, en la medida que implica mejorar el desempeño de los funcionarios y la atención, disminuir tiempos de trámites, malos tratos, etc. El

defensor puede constituirse en un elemento dinamizador de los servicios públicos y su funcionamiento, dando protección al usuario ordinario frente al poder de la Administración, así como también frente a las personas jurídicas particulares que prestan servicios de utilidad pública.

Este potencial se debe básicamente a que presenta ciertas ventajas frente a otros tipos de controles. En efecto, constituye un medio de control externo, más autónomo e independiente que el control administrativo jerárquico, lo que puede contribuir a su eficiencia y eficacia.

Adicionalmente, supera las limitaciones del control jurisdiccional y posibilita la participación de la comunidad, en especial de los más pobres, que no pueden reclamar a través de vías jurisdiccionales ordinarias por falta de los recursos necesarios.

Objetivos del Defensor.

En definitiva, es posible afirmar que el fin esencial del Ombudsperson es la protección de los derechos de las personas frente al poder.

La simple observación de la vida cotidiana pone de manifiesto que los mecanismos jurisdiccionales, administrativos y políticos para el control de los actos de la administración, no son suficientes para la debida protección de los ciudadanos. Por los intersticios del sistema se producen fugas, que no llegando a cuestionar su validez para el administrado, sin embargo representan menores o mayores atentados a sus derechos. Ante ello debe, para su defensa, recurrir a profesionales y enfrentar interminables e incomprensibles procedimientos o resignarse a su impotencia.

Lo mismo ocurre a las personas de más escasos recursos frente a determinadas actuaciones de grandes empresas prestadoras de servicios de utilidad pública.

No hay colisión de competencias.

La Defensoría de las Personas, tal como se ha señalado por todos los Presidentes de la República desde 1991, al impulsar este proyecto, se construye desde la aceptación del diagnóstico de que los mecanismos jurisdiccionales, políticos y administrativos son insuficientes para garantizar la debida protección de los derechos de los destinatarios de los prestadores de servicios públicos.

En efecto, como es sabido, en nuestro ordenamiento no existe con alcance general una jurisdicción de lo contencioso administrativo que facilite a los administrados la conducción de sus reclamaciones contra los actos de la administración.

Por otra parte, a diferencia de los otros controles sobre la actividad de la administración, investidos de imperio y potestades punitivas, el ombudsperson carece de potestad sancionadora. Es un órgano revestido de autoritas, no de potestad; es una magistratura de disuasión y no de imposición coercitiva. Su sanción es la apelación a la opinión pública, a la sanción social, a la censura pública, al enjuiciamiento de los ciudadanos.

Como bien planteara el Honorable Diputado señor Ojeda durante la discusión en la Sala de la Cámara hace unas semanas atrás, la Defensoría es el organismo propicio, que interpreta el sentir de los ciudadanos afectados por actos u omisiones de los órganos estatales y privados responsables de la satisfacción de las necesidades públicas. Actualmente, no existe una institución que complemente los controles de la actividad pública.

En definitiva, la Defensoría de las Personas no es un agente fiscalizador; su poder no es de revocación o de anulación, sino de persuasión e influencia respecto de la autoridad administrativa, o de iniciativa hacia las autoridades administrativas.

Por eso, la legislación comparada le otorga garantías de divulgación amplia, por los medios de comunicación, de sus actividades, informes y relaciones. Debido a que carece de poder resolutivo,

para contribuir a su efectividad se requiere una fuerte publicidad de sus actividades y decisiones. Sin una extendida difusión de sus acciones y resoluciones, éstas carecen de importancia y, por lo tanto, pierden su potencial disuasivo en relación a los casos investigados, con lo que se debilita el poder de control de la institución. Por otra parte, esta divulgación promueve la formación de una opinión pública activa para juzgar a los servicios públicos y sus funcionarios; con ello aumenta la participación de la ciudadanía en la gestión pública y las acciones del defensor adquieren mayor relevancia.

Esto implica que los ombudsperson sólo son posibles en el marco de una institucionalidad democrática. No siendo una de las instituciones básicas de ella, como el Parlamento, sí es un complemento de la institucionalidad existente, que refuerza el régimen de garantías de los derechos ciudadanos frente al Estado y la transparencia de las actuaciones de éste y sus funcionarios.

Reiterando lo que ya hemos señalado en otras oportunidades, la Defensoría de las Personas no sustituye, sino que se apoya en los actuales controles.

LOS SISTEMAS COMPARADOS.

En los sistemas comparados que contemplan el Defensor existen diversas formas de designación, competencia y sujetos fiscalizados. El análisis de ellos nos ha permitido establecer ciertos estándares básicos para la existencia de la institución. Sin embargo, como se acreditará, pareciera que existen más bien formas básicas de funciones del Defensor y de sujetos fiscalizados que se repiten sistemáticamente en todos los sistemas.

Nombramiento.

En lo relativo a esta materia, existe uniformidad en los sistemas comparados en cuanto a que el defensor es designado por los parlamentos respectivos.

Por ejemplo, en Argentina es elegido por el Congreso por los 2/3 de los miembros presentes de ambas Cámaras (Diputados y Senadores); en España, es elegido por las Cortes Generales; en Perú, es elegido por al menos las dos terceras partes del Congreso de la República; en México, es designado por el Congreso de la Unión; en Costa Rica, la Asamblea Legislativa nombra al Defensor de los Habitantes de la República mediante mayoría absoluta de los diputados presentes; en Holanda, es elegido por la Cámara Baja del Parlamento; en Suecia, el Parlamento elige uno o varios Ombudsman; en Paraguay, es nombrado por mayoría de dos tercios de la Cámara de Diputados, de una terna propuesta por el Senado; en Bolivia, es elegido por el Congreso por dos tercios de votos del total de sus miembros; en Ecuador, es elegido por el Congreso Nacional de fuera de su seno, con el voto favorable de las dos terceras partes de sus miembros.

Potestades.

En lo relativo a las potestades que tiene el defensor en los sistemas comparados, existe uniformidad en torno a que le corresponde iniciar y proseguir de oficio o a petición del interesado cualquier investigación conducente al esclarecimiento de los actos, hechos u omisiones de la administración pública nacional y sus agentes, ante violaciones a los derechos humanos o que impliquen el ejercicio ilegítimo, defectuoso, irregular, abusivo, arbitrario, discriminatorio, negligente, gravemente inconveniente o inoportuno de sus funciones, incluyendo aquellos capaces de afectar los intereses difusos o colectivos.

Le corresponde también prestar especial atención a aquellos comportamientos que denoten una falla sistemática y general de la administración pública, procurando prever los mecanismos que permitan eliminar o disminuir dicho carácter.

Esta son las potestades consagradas, por ejemplo, en países como Argentina, España, Perú, México, Bolivia, Paraguay, Costa Rica, Holanda, Suecia y Ecuador.

Sujeto fiscalizado.

En esta materia, existe gran uniformidad en los países mencionados. En todos ellos, el sujeto que es objeto de las competencias del defensor, es la administración pública, en la acepción amplia que el término tiene, existiendo una tendencia cada vez mayor que extiende las competencias del defensor a personas no estatales que ejercen prerrogativas públicas y a las privadas prestadoras de servicios públicos, en la medida que se han transformado estas últimas en titulares que deben satisfacer las necesidades de la colectividad.

DESCRIPCIÓN DEL PROYECTO.

El proyecto que sometemos a consideración, es el mismo que fue rechazado en particular, pero con las correcciones que varios parlamentarios propusieron durante su discusión.

Es un órgano autónomo.

En primer lugar, se propone que la Defensoría de las Personas sea un organismo autónomo, con personalidad jurídica de derecho público y patrimonio propio.

Dicha autonomía significa que es creado y configurado en sus elementos esenciales por la Constitución. También, significa que tiene independencia de todos los poderes del Estado, no estando sujeto ni siquiera a controles de tutela propios de los servicios públicos descentralizados.

Su autonomía ha sido reforzada en el presente mensaje, radicando el nombramiento del Defensor de las Personas en la Cámara, sin que intervenga el Presidente de la República. Para ello, se atendió a los planteamientos de la discusión en Sala, en relación a que la exclusión del Presidente de la República en la nominación del Defensor de las Personas es otra garantía de imparcialidad y objetividad, en la labor de éste respecto de los actos de la Administración.

El nombramiento del Defensor se radica exclusivamente en la Cámara de Diputados. Ello, sin duda constituye una innovación en nuestro ordenamiento jurídico, que da al Senado intervención en los nombramientos, pero responde a la naturaleza más representativa de la Cámara y su rol fiscalizador muy similar y en armonía al ejercido por aquél.

Por estas mismas razones, atendiendo a lo planteado por el Honorable Diputado Señor Cardemil en la Sala de la Cámara de Diputados, se decidió ubicar sistemáticamente la Defensoría de la personas dentro del Capítulo V Congreso Nacional. Sin embargo, también se buscó garantizar su autonomía respecto de la Cámara, toda vez que al ser nombrado únicamente por la Cámara y ser acusable constitucionalmente por esta, su independencia se ponía en peligro, producto de mayorías políticas circunstanciales. Por ello, se estableció un mecanismo distinto de remoción, más acorde con la necesidad de independencia y autonomía del órgano que se crea.

Sus objetivos.

El propósito del Defensor que se propone, se delimita de dos maneras.

En primer lugar, definiendo su objeto. El objetivo fundamental de la Defensoría de las Personas será la promoción y resguardo de los derechos y garantías. Estos deben estar asegurados en la Constitución, en las leyes, y en los tratados internacionales, siempre que se encuentren suscritos y ratificados por Chile y que se encuentren vigentes.

En segundo lugar, se acota definiendo los sujetos que controlará. La Defensoría velará por el resguardo de tales derechos no sólo frente a actos u omisiones de los órganos de la administración del Estado, sino también de personas jurídicas que ejerzan actividades de servicio o utilidad pública, en los términos que establezca la ley orgánica constitucional respectiva.

La inclusión de personas jurídicas que ejerzan actividades de servicios y utilidad pública en ámbito de control de la Defensoría, constituye un gran avance. Si bien cuando surge esta institución, en

Suecia a comienzos del siglo XIX, el objetivo de la misma se limitaba a controlar a los servicios públicos, la situación actual de actividad prestacional del Estado es totalmente distinta a la de aquella época. En efecto, tal como lo señalara el Honorable Diputado señor Díaz en la Sala de la Cámara, hoy se encuentra muy reducido el Estado tradicional que daba él mismo la prestación de los servicios públicos y atendía directamente a la satisfacción de necesidades públicas, pues hemos concesionado buena parte de los servicios de utilidad pública, por lo que restarle facultad al defensor de las personas para intervenir en los reclamos ciudadanos respecto de tales necesidades públicas, es limitarla a un nivel excesivo.

El presente proyecto, entonces, entiende que la servicialidad que informa la actividad prestacional no sólo se extiende a la administración pública orgánicamente concebida, sino también a aquellos particulares, personas jurídicas, que prestan servicios de utilidad pública, es decir, servicios considerados básicos y fundamentales para la sociedad. Estas actividades particulares, en la medida que representan la ejecución de un cometido público y se traducen en la satisfacción de un interés público, también se encuentran al servicio de la persona humana, de modo que, sin perjuicio del legítimo lucro o utilidad para el prestador, sus servicios deben ser prestados de una manera regular, continua e igual.

Sus atribuciones.

La Defensoría de la Personas contará con las herramientas necesarias para realizar eficazmente su labor. La organización, funciones y atribuciones específicas que posee la Defensoría de las Personas, y los procedimientos y sanciones correspondientes, serán definidos en una segunda etapa legislativa. Tal asunto será definido en la ley orgánica de la institución, siguiendo la misma técnica legislativa que se ha utilizado en órganos autónomos constitucionales como el Banco Central y la Contraloría General de la República, tal como planteara el Honorable Diputado señor Eluchans, en la indicación que éste presentara a la Comisión que el mismo preside, con ocasión de la discusión en particular del proyecto de Defensor Ciudadano.

Sin perjuicio de ello, en el proyecto se señalan algunas de tales atribuciones que servirán de directrices a la hora de definir dicha ley orgánica.

Tramitar quejas y mediar conflictos con autoridades.

Por de pronto, podrá tramitar quejas o reclamos o, en su caso, mediar ante el organismo o servicio público que corresponda. Además podrá acceder a la información de las entidades requeridas, las que estarán obligadas a prestarle colaboración.

Formulará observaciones y recomendaciones o sugerencias.

Asimismo, en cumplimiento del rol eminentemente persuasivo y no ejecutivo podrá, de oficio o a petición de parte, formular observaciones, recomendaciones o sugerencias a las respectivas autoridades o emitir informes, dentro del ámbito de su competencia, los que no serán vinculantes.

Las observaciones, recomendaciones o sugerencias, son instrumentos dirigidos a las respectivas autoridades, órganos de la administración del Estado y personas jurídicas que ejerzan actividades de servicio o utilidad pública.

A través de las observaciones, la Defensoría de las Personas efectúa una evaluación y constatación sobre una determinada realidad, en el ámbito de su competencia. En términos simples, hace presente un juicio crítico o de conformidad con la actuación de un órgano o de una empresa. Tales observaciones son un mecanismo ya reconocido en la Constitución como instrumento de fiscalización. Por ejemplo, la Cámara de Diputados respecto de los actos del Gobierno puede formular “observaciones”. El Defensor no puede formularlas respecto “del Gobierno”, sino de órganos específicos y respecto de acciones u omisiones determinadas.

A través de las recomendaciones o sugerencias, por otra parte, la Defensoría propone mecanismos de perfeccionamiento o sugiere medidas de carácter general, efectuando un juicio propositivo,

atendiendo al interés general de los ciudadanos, que buscan superar una situación determinada que se considera injusta, inconveniente o inoportuna.

Los informes, por su parte, son documentos escritos, no vinculantes, mediante los cuales la Defensoría describe y analiza, de manera completa y objetiva, una determinada realidad, efectuando su diagnóstico fundamentado sobre la misma, solicitando la adopción de medidas correctivas.

Podrá accionar.

Por último, la Defensoría de las Personas, en los casos que determine su ley orgánica, podrá interponer recursos y acciones constitucionales y legales respecto de los derechos y garantías reconocidos en la Constitución, en las leyes y en los Tratados Internacionales vigentes.

Con ello, se favorece que la eficacia de la función de la Defensoría en la protección de los derechos de las personas.

Esta facultad se ejerce tanto respecto de los organismos públicos o entidades privadas responsables de la prestación del servicio de utilidad pública de que se trate, como también respecto de los organismos fiscalizadores de aquellas actividades.

Este mecanismo corresponde exactamente a la naturaleza no resolutive y no jurisdiccional de la Defensoría. En efecto, su interés no debe ser la constatación de una infracción normativa o la aplicación de una sanción, sino la obtención de medidas correctivas para las situaciones abusivas o lesivas que detecte y, especialmente, para lograr que éstas no se repitan, pues tal como señalara el Honorable Diputado Señor Díaz, no podemos generar una institución que luego se convierta en un germen de frustración. Por eso, debemos entregarle las más amplias herramientas para que pueda ser un garante del ejercicio y del respeto de los derechos de las personas.

Estatuto del Defensor de las Personas.

El Defensor de las Personas es el titular de la Defensoría. Su designación corresponderá a la Cámara de Diputados previas audiencias públicas y con acuerdo de los tres quintos de los diputados en ejercicio, en sesión especialmente convocada al efecto.

Para ser Defensor, se establecen una serie de requisitos distintos a los que se establecen para otros órganos autónomos. De este modo, en consideración a la importancia y gran repercusión de la labor que desempeñará, se exige tener a lo menos diez años de título profesional universitario –sin especificar profesión- y poseer las demás calidades necesarias para ser ciudadano con derecho a sufragio. Con ello se busca garantizar un estándar mínimo de calidad de las personas que se desempeñen en el cargo. Sin embargo, se disminuye la consideración de las edades en la Constitución, dando un paso más allá, pues se elimina el requisito de una edad mínima para ocupar el cargo de Defensor de las Personas, manteniéndose el tope de edad de 75 años.

Por otro lado, se establecen mecanismos que permitirán garantizar el desempeño correcto e independiente de sus funciones. Así, se establece que gozará de inamovilidad en su cargo, será inviolable por las opiniones que exprese en el ejercicio del mismo y en las presentaciones judiciales correspondientes que entable. Lo anterior se fortalece al agregarse que éste no podrá optar a cargos de elección popular sino después de transcurridos dos años de concluido su mandato, evitando así que el cargo sea utilizado con fines políticos.

Responsabilidad y control.

Finalmente, cabe señalar que la Defensoría de las Personas que se propone no es un órgano exento de control y responsabilidad.

En efecto, al igual que el Fiscal Nacional, el Defensor de las Personas podrá ser removido de su cargo por la Corte Suprema, a requerimiento del Presidente de la República, de la Cámara de

Diputados, o diez de sus miembros, por incapacidad, mal comportamiento o negligencia manifiesta en el ejercicio de sus funciones.

Además, el Defensor deberá rendir anualmente una cuenta pública a la Cámara de Diputados, sobre la que no se pronunciará la Cámara. En dicha cuenta, el Defensor realizará un informe completo sobre la labor realizada en el período y los resultados de la misma.

Por último, cabe señalar que la Defensoría de las Personas, al igual que todos los órganos del Estado, se encuentra sometida a los principios de transparencia y probidad en todas sus actuaciones, conforme al artículo 8° de la Constitución.

En consecuencia, tengo el honor de someter a vuestra consideración el siguiente

PROYECTO DE REFORMA CONSTITUCIONAL:

“Artículo único.- Intercálese, en la Constitución Política de La República, a continuación del artículo 54, el siguiente articulado:

“Defensoría de las Personas

Artículo 54 bis.- Un organismo autónomo, con personalidad jurídica de derecho público y patrimonio propio, con el nombre de Defensoría de las Personas, tendrá a su cargo la promoción y resguardo de los derechos y garantías asegurados en esta Constitución, en los tratados internacionales suscritos y ratificados por Chile y que se encuentren vigentes y en las leyes, ante los actos u omisiones de los órganos de la administración del Estado y de personas jurídicas que ejerzan actividades de servicio o utilidad pública, en los términos que establezca la ley orgánica constitucional respectiva.

Para el cumplimiento de su tarea, la Defensoría de las Personas podrá tramitar quejas o reclamos o, en su caso, mediar ante el organismo o servicio público que corresponda, pudiendo

acceder a la información de las entidades requeridas, las que estarán obligadas a prestar colaboración.

Asimismo, la Defensoría de las Personas podrá, de oficio o a petición de parte, formular observaciones, recomendaciones o sugerencias a las respectivas autoridades o emitir informes, dentro del ámbito de su competencia, los que no serán vinculantes.

La Defensoría de las Personas, en los casos que determine su ley orgánica, podrá interponer recursos y acciones constitucionales y legales respecto de los derechos y garantías mencionados en el primer inciso de este artículo y cuyo ejercicio se impida, amenace o perturbe.

Artículo 54 ter.- El Defensor de las Personas será designado por la Cámara de Diputados previas audiencias públicas y con acuerdo de los tres quintos de los diputados en ejercicio, en sesión especialmente convocada al efecto.

Deberá tener a lo menos diez años de título profesional universitario y poseer las demás calidades necesarias para ser ciudadano con derecho a sufragio. Durará cinco años en su cargo, sólo podrá ser reelegido por una vez para un nuevo período y cesará en él al cumplir setenta y cinco años de edad. No podrá optar a cargos de elección popular sino después de transcurridos dos años de concluido su mandato.

El Defensor de las Personas gozará de inamovilidad en su cargo, será inviolable por las opiniones que exprese en el ejercicio del mismo y en las presentaciones judiciales correspondientes. Le serán aplicables, además y en lo pertinente, lo dispuesto en los incisos segundo y tercero del artículo 61. El Defensor de las Personas sólo podrá ser removido de su cargo por las potestades y causales señaladas en el artículo 89 para el Fiscal Nacional y de acuerdo al procedimiento que esa misma norma indica.

El Defensor de las Personas rendirá anualmente una cuenta pública ante la Cámara de Diputados, la que contendrá un informe completo sobre la labor realizada en el período y los resultados de la misma, y sobre la cual la Cámara no se pronunciará.

Artículo 54 quáter.- Una ley orgánica constitucional regulará la organización, funciones y atribuciones de la Defensoría de las Personas, y los procedimientos y sanciones correspondientes.”.

Dios guarde a V.E.,

MICHELLE BACHELET JERIA

Presidenta de la República

JOSÉ ANTONIO VIERA-GALLO QUESNEY

Ministro

Secretario General de la Presidencia