

PROCEDIMIENTO : ESPECIAL
MATERIA : RECURSO DE AMPARO PREVENTIVO

RECURRENTE : INSTITUTO NACIONAL DE DERECHOS HUMANOS
REPRESENTANTE : FEDERICO ERNESTO AGUIRRE MADRID, JEFE SEDE ARAUCANÍA
DEL INSTITUTO NACIONAL DE DERECHOS HUMANOS

RUT : 11.185.330 - 4

A FAVOR DE : MOISES ABDIAS SERGIO RODRIGO LINQUEO CAYUL
RUT : 19.464.735-2
RECURRIDO : IX ZONA ARAUCANÍA, CARABINEROS DE CHILE

REPRESENTANTE : GENERAL DE CARABINEROS CHRISTIAN FRANZANI CIFUENTES
RUT : DESCONOCIDO
PATROCINANTE : MARCOS RABANAL TORO
RUT : 12.534.498-4

EN LO PRINCIPAL: deduce recurso de amparo; **PRIMER OTROSÍ:** acompaña documentos; **SEGUNDO OTROSÍ:** solicita se decrete diligencias que indica; **TERCER OTROSÍ:** solicita informes; **CUARTO OTROSÍ:** acompaña sobre cerrado, custodia; **QUINTO OTROSÍ:** legitimación activa; **SEXTO OTROSÍ:** notificaciones; **SÉPTIMO OTROSÍ:** patrocinio y poder.

ILUSTRE CORTE DE APELACIONES DE TEMUCO

FEDERICO ERNESTO AGUIRRE MADRID, profesor, licenciado en historia, Jefe de la Sede Regional de la Araucanía del Instituto Nacional de Derechos Humanos, cédula nacional de identidad N° 11.185.330-4, domiciliado en calle Antonio Varas N° 989, Oficina N° 501, comuna y ciudad de Temuco, actuando en representación del **INSTITUTO NACIONAL DE DERECHOS HUMANOS**, RUT 65.028.707-K, corporación autónoma de derecho público, representado por su Directora doña **LORENA FRIES MONLEÓN**, abogada, cédula nacional de identidad N° 8.532.482-9, ambos con domicilio en calle Eliodoro Yáñez N° 832, comuna de Providencia, Región Metropolitana, según se acredita en un otrosí, a S.S. Ilتما. respetuosamente digo:

Que de conformidad a lo dispuesto en el artículo primero y siguientes de la Ley N° 20.405, que crea el Instituto Nacional de Derechos Humanos -INDH- y, en particular lo señalado en el artículo 2° inciso primero y artículo 3° número 5 de la referida ley, actuando en representación del Instituto Nacional de Derechos Humanos, vengo en interponer acción de amparo constitucional, en contra de Carabineros de la IX Zona Araucanía, representado por el General de Carabineros, Don **CHRISTIAN FRANZANI CIFUENTES**, domiciliado en calle Claro Solar 1293, Temuco, Región de la Araucanía; por estimar que de conformidad a los hechos en los que se sustenta la presente acción de amparo, se vulneraron los derechos constitucionales de la libertad personal y seguridad individual, establecidos en el art. N° 19 N° 7 de la Constitución Política de la República, tutelado por la acción de amparo constitucional, consagrada en el artículo 21 de la Carta Política, de **MOISES ABDIAS SERGIO RODRIGO LINQUEO CAYUL**, Cédula de Identidad, N° 19.464.735-2, 18 años de edad, con domicilio en la Comunidad Juan Antinao, Comuna de Ercilla, de la IX Región de la Araucanía. La acción constitucional que sigue se basa en los antecedentes de hecho y fundamentos de derecho que a continuación paso a exponer:

I. LOS HECHOS

I.1 Contexto en que se producen los hechos

El Instituto Nacional de Derechos Humanos, en una publicación que analiza las tendencias en materia de violencia estatal en la Región de la Araucanía, ¹ en la contextualización de la situación insinuada señaló que "... No obstante estos avances, así como los esfuerzos por contrarrestar la situación de marginalidad en que vive la población indígena, la aplicación de estas políticas ha tenido resultados disímiles en la práctica". Junto con ello, se afirma la insuficiencia de las medidas adoptadas para garantizar los derechos de estas comunidades y reparar la usurpación y discriminación histórica que han sufrido constituye una parte del problema; la otra parte dice relación con las políticas adoptadas frente a las movilizaciones y protestas, dado que, a pesar de la evidente dimensión territorial y cultural de las demandas que han movilizado al Pueblo Mapuche, la respuesta del Estado ha provenido principalmente de su capacidad punitiva, proceso que ha ido aparejado de frecuentes y masivos operativos policiales en La Araucanía, explicados como parte del conjunto de medidas adoptadas para la investigación y sanción de los delitos imputados a comuneros/as mapuche, así como para la protección de la propiedad privada que aquellos han reivindicado, operativos que no tienen efectos focalizados en las personas a quienes se imputan delitos, sino que suelen afectar a un vasto número de personas, a familias o comunidades enteras que sufren daños a nivel colectivo, personal y material; lo que en definitiva ha desembocado en múltiples denuncias sobre uso excesivo de la fuerza hacia las comunidades mapuche, especialmente sobre sus niños y niñas.

También el INDH ha señalado que "Las respuestas del Estado en estas materias han sido insatisfactorias, no solo para los integrantes de los pueblos indígenas, sino también para empresarios, agricultores (pequeños y medianos), y otros actores no indígenas, quienes con impotencia y desazón viven la experiencia cotidiana de una convivencia interétnica deteriorada" ².

En ese contexto el INDH en cumplimiento de su mandato legal, ha presentado, o se ha hecho parte en acciones de amparo constitucional interpuestas por la Defensoría Penal Pública Mapuche ante esta I. Corte, la mayoría de las cuales han sido acogidas, constatando que efectivamente se han lesionado derechos fundamentales, como consecuencia de la acción de agentes del Estado ^{3, 4, 5, 6, 7}.

Los hechos en los que se fundan las resoluciones judiciales referidas, exigen que el Estado, en cumplimiento de los deberes de protección y garantía consagrados en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, adopte todas las medidas que estén a su alcance para garantizar la no repetición de actos constitutivos de vulneración de derechos fundamentales (art. 1.1 Convención Americana de Derechos Humanos).

Atingente a los hechos que se expondrán, en sentencia de la ltma. Corte de Apelaciones de Temuco, de fecha 31 de enero de 2014, en lo pertinente se señaló: "(...) *Que, en definitiva, el despliegue de fuerza realizado por Carabineros de Chile, consistente en el disparo de escopeta antidisturbios para balines de goma en un lugar en el que habitan personas de distinta edad, entre ellos niños y niñas indígenas, confrontado con el objetivo a satisfacer, cuál era su libre tránsito y ser embestidos por desconocidos, según los recurridos, o, sin causa alguna, según los recurrentes, resulta decisivo para esta Corte concluir que se ha vulnerado y existe riesgo de nuevas vulneraciones a los derechos a la libertad personal y a la seguridad individual de los recurridos*"^{8, 9, 10, 11}. La misma Corte de Apelaciones de Temuco, en sentencia

¹ Instituto Nacional de Derechos Humanos: "Estudio exploratorio Estado de Chile y pueblo Mapuche: Análisis de tendencias en materia de violencia estatal en la Región de la Araucanía"; Santiago de Chile; Febrero d 2014; pág. 15- 16.-

² Instituto Nacional de Derechos Humanos: "Situación de los Derechos Humanos en Chile; Informe Anual 2014"; pág. 232.-

³ Sentencia C.S. ROL 5.441-12.

⁴ Sentencia IC de Temuco Rol 604-2012.

⁵ Sentencia I.C. de Temuco, causa Rol N° 907-2012.

⁶ Sentencia I.C. de Temuco, causa Rol N° 838-2012.

⁷ La Policía de Investigaciones de Chile también ha sido recurrida ante la I. C. de Temuco por la comisión de actos similares a los relacionados en los fallos citados, y, con fecha 6 de julio de 2013, en causa Rol N° 435-2013 ha señalado que: "... la actuación de investigación se ha realizado de manera desproporcionada, desde que ha afectado a menores indígenas que, de conformidad con el Derecho internacional, merecen doble especial tutela por parte del Estado de Chile, pues son menores y son indígenas..."

⁸ Sentencia I.C. de Temuco, causa Rol N° 982-2013.

⁹ Sentencia I.C. de Temuco, causa Rol N° 569-2014.

de fecha 31 de enero de 2015, en relación al uso de escopetas antidisturbios, ha señalado que: "De la lectura del mismo es posible concluir que el personal policial (...) *al hacer uso de las escopetas antidisturbios debió considerar aspectos como distancia entre el tirador y la muchedumbre, características del lugar y discriminar si entre los partícipes hay menores, mujeres o ancianos, como es del caso*"¹².

No obstante lo expuesto, los hechos que ahora se denuncian, ponen de manifiesto una debilidad de los recursos judiciales intentados y de las medidas decretadas por los tribunales superiores de justicia, como asimismo la falta de operatividad de la adecuación a los protocolos de actuación de Carabineros de Chile a los estándares internacionales que fuera informado a través del Ministro del Interior al INDH.

I.2.- Los hechos que motivan la interposición del presente recurso de amparo.

Según se dio a conocer en la audiencia de control de la detención, refiriendo el contenido de la declaración policial prestada por el Sr. Juan de Dios Fuentes Rojas a la Policía de Investigaciones, el día 24 de diciembre de 2015 este último fue víctima del robo de cinco yeguas y un potrillo, los que se encontraban al interior del Fundo Centenario de su propiedad. En razón de ello, formuló una denuncia de robo de cabalares en la Subcomisaría de Carabineros de Ercilla.

De acuerdo a esta declaración, tres días después de haber ocurrido la sustracción de los animales, en la madrugada del día 27 de diciembre del año 2015, recibió el dato de una persona que le colabora con información, el que le habría señalado que los cabalares sustraídos se encontrarían al interior de la Comunidad Indígena Juan Antinao, lo que puso en conocimiento de funcionarios de carabineros que custodian su fundo en cumplimiento de una medida de protección.

Por su parte, se dio a conocer que el Capitán Víctor Leopoldo Quezada Romero declaró que el Sr. Juan de Dios Fuentes Rojas, el día 27 de diciembre en la mañana, le informó que había cuatro caballos de su propiedad en las cercanías de la comunidad Juan Antinao, los cuales le habían sido sustraídos durante la semana.

El oficial concurrió al Fundo Centenario de propiedad de la víctima, se entrevistó con él, y recibió la información, y en mérito de ella, decidió, dirigirse a la comunidad Juan Antinao, junto a la víctima del robo, en el vehículo fiscal blindado, en búsqueda de los animales. En el cruce de Antinao, se subió al vehículo fiscal el Teniente de Carabineros Sr. Patricio Avalos Sabugo. Conducía el vehículo policial el Cabo Segundo, Patricio Cayupán Cayupán.

Todos ellos, usando el vehículo fiscal, hicieron ingreso a la comunidad hasta llegar a una casa (domicilio particular), a las 11:30 hrs, aproximadamente, lugar desde el que habrían sido, repelidos con piedras por parte de unos 20 comuneros/as, vecinos y vecinas de aquel lugar. Ante esta situación, el Capitán Quezada decidió bajar del vehículo y procedió, a efectuar cuatro disparos de escopeta a las piernas de un joven que se encontraba a unos cinco metros de distancia.

El joven al que se refiere el oficial en su declaración es MOISES ABDIAS SERGIO RODRIGO LINQUEO CAYUI, Cédula de Identidad, núm. 19.464.735-2, 18 años, domiciliado en la Comunidad Juan Antinao, Comuna de Ercilla, en cuyo domicilio, más precisamente en el patio delantero, a no más de unos 10 metros del pórtico de su hogar, se produjeron los hechos, que terminaron con heridas graves en el rostro y cabeza del joven comunero.

¹⁰ Sentencia I.C. de Valdivia, causa Rol N° 203-2014

¹¹ Sentencia I.C. de Temuco, causa Rol 741-2014.

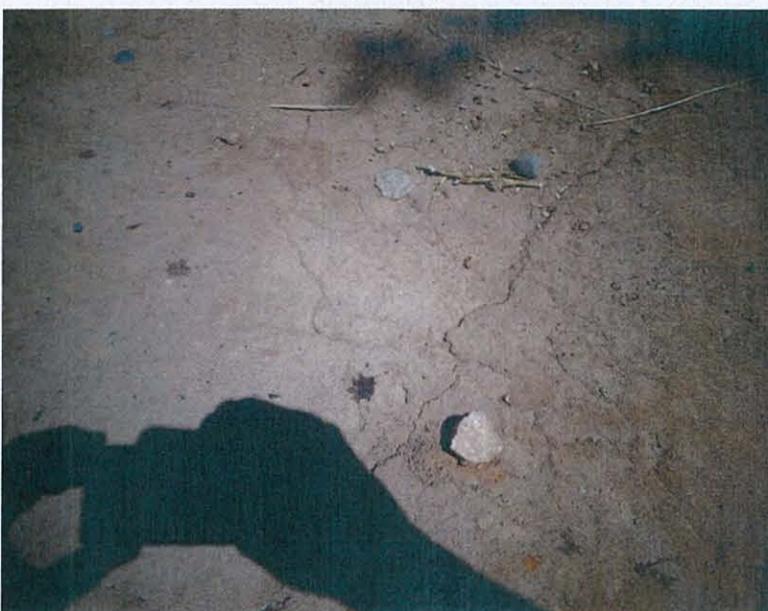
¹² Sentencia I.C. de Temuco, causa Rol 1144-2014



Domicilio del amparado. Patio de acceso a la entrada principal. Fuente INDH. Fotografía tomada el 30 de diciembre de 2015



Lugar en el que se produjeron los disparos de escopeta. Aproximadamente 10 metros de la entrada a la casa del comunero y dentro de su propiedad. Fotografía tomada el 30 de diciembre de 2015



Fotografía tomada el 30 de diciembre de 2015. Manchas de sangre ubicadas en el patio de la casa del joven a unos 10 metros del pórtico de su domicilio.

I.4 Acciones del INDH.

La sede del INDH de la Región de La Araucanía, informado de estos hechos por la Defensoría Penal Pública, concurre el día miércoles 30 de diciembre de 2015 a entrevistar al joven Moisés Linqueo Cayul. En la entrevista que se encuentra grabada, el joven confirmó que en la mañana del domingo 27 de diciembre de 2015, un vehículo policial blindado del tipo 'zorrillo' ingresó, sin intimar orden de ninguna especie al interior de su comunidad. El joven señala que al salir de su casa recibió un escopetazo en pleno rostro desplomándose.

De acuerdo a su testimonio, fue auxiliado por una tía y unos primos que se encontraban en el lugar. No pudieron divisar quienes dispararon, en atención a que los funcionarios habrían disparado desde el interior del vehículo blindado y todo fue extremadamente rápido.

El denunciante nos refiere que él fue agredido el interior del patio de su domicilio, predio que se ubica al interior de la comunidad indígena Juan Antinao, mostrándonos los rastros de sangre que fueron debidamente fotografiados, lo cuales efectivamente están a escaso metros de la entrada de su hogar, la edificación destinada a la habitación.

Recabados los testimonios de numerosos testigos, y ante la evidencia de no estar frente al cumplimiento de una orden judicial, de una instrucción del Ministerio Público o frente a una hipótesis de flagrancia, el INDH con fecha 11 de enero de 2016, mediante oficio núm. 3, solicitó información a la jefatura de la IX Zona de Carabineros de Chile. En dicho Oficio se solicita entre otra cosas que se informe si en mérito de los antecedentes, se ha ordenado la instrucción de un sumario administrativo, dado además de lo irregular del procedimiento, la gravedad e intensidad de la afectación ocasionada con motivo del procedimiento policial descrito.

Con fecha **15 de abril de 2016**, se recibe en la Sede Regional del INDH de La Araucanía, el oficio con el que Carabineros da respuesta a la solicitud de información. En ella se indica que no se ha dispuesto la instrucción de sumario y que la actuación descrita descansa en el art. 83 del Código Procesal Penal.

En cumplimiento del mandato legal, el INDH en atención a los antecedentes expuestos y fundamentos de derecho que se desarrollarán a continuación, funda la presente acción de amparo constitucional.

I.5.- Consecuencia de los hechos:

Las lesiones del amparado son de carácter grave: *"herida por balín en la cabeza y cuero cabelludo, fractura nasal no desplazada, con compromiso de tabique transfixiante"*.

A las 18:20 horas del mismo día domingo 27 de diciembre de 2015, el capitán que lesionó al joven, procedió a detenerlo en el servicio de cirugía del Hospital de Victoria, por el delito de "daños a vehículo fiscal con objetos contundentes".





Joven LINQUEO CAYUL Fotografia tomada por sus familiares el día de ocurridos los hechos



Fotografía tomada por funcionario INDH el día 30 de diciembre de 2015

La evidencia a nuestro juicio, conduce a dos conclusiones. La primera, es la gravedad de las consecuencias de un procedimiento policial que no fue ajustado a estándares mínimos de proporcionalidad, en el uso de la fuerza, que por la modalidad que adquirió, deviene en ilegal puesto que no tiene supuestos normativos que lo amparen.

La segunda consecuencia, a nuestro juicio, es la ausencia de un control interno por parte de carabineros lo que entraña un abandono a la obligación de garantía de investigar y eventualmente sancionar hechos lesivos a los derechos humanos. Ante los testimonios y antecedentes recabados por el INDH, y puestos en conocimiento de Carabineros a través del Oficio ya referido, la institución policial debió a nuestro entender, hacer esfuerzos de rendición de cuentas. De lo contrario, la actuación no sólo tiñe de impunidad, actos graves, sino que además, entraña una omisión que por la acción de no investigar y rendir cuentas, deviene en arbitraria.

El fundamento de esta pretensión, esto es que el órgano estatal, ante sus propios actos, investigue y de encontrar responsabilidades, sancione adecuadamente, y finalmente repare el daño ocasionado, deriva como ha sido señalado, de la obligación general de garantía. Adicionalmente, y dado que sólo los cuerpos policiales son los que pueden hacer uso de la fuerza que monopoliza el Estado, su legitimidad depende, en un Estado democrático de derecho, de que ella se realice con pleno respeto a los derechos humanos. Al existir una duda razonable, en cuanto a este aspecto en el caso que nos convoca, es exigible que el propio órgano cuestionado, sin perjuicio incluso de lo que los tribunales de justicia deban realizar, esclarezca los hechos y deleve las circunstancias que llevaron a que un oficial abriera fuego a un comunero indígena a aproximadamente 5 metros de distancia en el patio de su domicilio ocasionando graves lesiones.

A nivel internacional, se ha entendido que el cumplimiento de esta exigencia debe verificarse a través de diversos mecanismos de control sobre la policía, lo cual supone una obligación de responder o rendir cuentas de sus acciones u omisiones frente a la ley, al Estado y a la comunidad que sirven. Un buen

funcionamiento del sistema disciplinario de la fuerza policial juega un papel relevante a la hora de erradicar la impunidad y aumentar la confianza y legitimidad de la policía frente a la población

II. EL DERECHO

El artículo 21 de nuestra Carta Fundamental establece que la acción de amparo podrá interponerse a favor de toda persona que se encontrare arrestado, detenido o preso, con infracción a los dispuesto en la Constitución o las leyes, a fin de que la magistratura ordene se guarden las formalidades legales y adopte las medidas que sean necesarias para restablecer el imperio del derecho y asegurar la debida protección del afectado/a. El inciso final del artículo 21 señala que la misma acción podrá deducirse a favor de toda persona que ilegalmente sufra cualquiera otra privación, perturbación o amenaza en su derecho a la libertad personal y seguridad individual.

Consideramos que la acción desplegada por carabineros, y la renuencia a instruir un sumario administrativo, constituyen actos ilegales y/o arbitrarios que lesionaron derechos garantizados con la acción de amparo constitucional y que además, continúan amenazados, por cuanto estos hechos podrían repetirse, en la medida que los miembros de las comunidades, y el amparado en particular, viven en una comunidad que está en conflicto y que ha sido objeto de otros allanamientos y procedimientos policiales.

Inexistencia de un estado de flagrancia

Ante el reconocimiento de que no hubo una orden emanada de autoridad competente, una de las hipótesis plausibles para los efectos de entender los hechos recién descritos, es la circunstancia de estar ante un estado de flagrancia, lo que habilita la posibilidad de que agentes del Estado practiquen una detención, hagan uso de armas de fuego, en ejercicio de la legítima defensa o apliquen un determinado procedimiento sin orden o autorización previa del Ministerio Público o de los tribunales de justicia (Montserrat de Hoyos. 2001), lo que en nuestro ordenamiento se encuentra autorizado por la Constitución Política de la República en el art. 19 núm. 7 y en el art. 130 del Código Procesal Penal.

Se trata de una situación de excepción en un Estado de Derecho, que habilitaría a Carabineros o a otros agentes del Estado, sin orden previa, ingresar a un recinto particular, y proceder a efectuar un determinado procedimiento. Es excepcional en tanto una intromisión de las características descritas, colisionaría eventualmente con el ejercicio de otros derechos (a la libertad individual, a la seguridad personal, a la integridad, a la inviolabilidad del hogar, a la propiedad, etc...). De ahí que para que se configure la situación de la flagrancia se requiere de la concurrencia de requisitos o condiciones de derecho estricto, que eviten toda discrecionalidad, abuso o arbitrariedad por parte del órgano estatal.

La más básica de estas condiciones, es la existencia del estado de inmediatez, para la prevención o la frustración de un hecho delictual. O bien para dar eficacia a las pesquisas de un delito. O bien, para garantizar el auxilio a la o las víctimas del mismo, mediante la intervención más rápida posible del agente coadyuvante de la justicia, sin someterse a las formalidades de un procedimiento de investigación judicial.

La inmediatez para esta excepcional intervención, sin orden previa, en nuestro ordenamiento está definida de la siguiente manera: "(...) se entenderá por tiempo inmediato todo aquel que transcurra entre la comisión del hecho y la captura del imputado, siempre que no hubieren transcurrido más de doce horas". Doce horas es el máximo de tiempo que se tolera para entender que hay inmediatez, y de esta manera, justificar procedimientos sumarios, breves no sujetos a las formalidades y controles propias de una investigación respetuosa de garantías básicas.

El fundamento de tan excepcional actuar, en el marco de un Estado de Derecho, es que el título de la imputación descansa en que las personas sospechosas de participar de un ilícito han sido sorprendidas en la inmediatez, infraganti, del hecho incriminado.

Las posibilidades de la actuación policial sin orden previa, se encuentran reguladas igualmente en el art. 83 del Código de Procedimiento Penal, el que siempre exige la concurrencia de la flagrancia. El texto en lo pertinente señala que: *"En el caso de delitos flagrantes cometidos en zonas rurales o de difícil acceso, la policía deberá practicar de inmediato las primeras diligencias de investigación pertinentes, dando cuanta al fiscal que corresponda de lo hecho, a la mayor brevedad"*.

Como se aprecia de los testimonios recabados, todo parece indicar que desde que ocurrieron los hechos que motivaron la intervención policial (24 de diciembre día en que se produjo el robo de cabalares), hasta la verificación de los hechos que terminaron con un joven comunero herido en su domicilio, habrían pasado más de 48 horas. Por lo tanto de acuerdo a todos los antecedentes, el procedimiento policial que se llevó a cabo, y que terminó con el joven comunero herido de gravedad, no se verificó en un estado de flagrancia.

Adicionalmente es necesario advertir sobre la participación de un civil en el procedimiento policial, junto con que el traslado de particulares en vehículos fiscales no es permitido, menos en vehículos tácticos que se encuentran acondicionados para situaciones de riesgo y no para transporte de pasajeros. Al INDH le preocupa la presencia de civiles en dichos procedimientos, más aún en el marco de las tensiones que experimenta la Región, y más específicamente las que se verifican en el territorio en el que han ocurrido los hechos descritos. Sólo a modo de ejemplo mencionar que es de público conocimiento que ese domingo 27 de diciembre de 2015, desconocidos hirieron con perdigones a un carabinero que estaba custodiando la propiedad de la familia Bascur-Araneda, la que se encuentra con medida de protección debido a las reiteradas agresiones que han debido soportar. Estos hechos, se dan en el contexto de un conflicto por la propiedad de esas tierras, en las que aparece reivindicándolas precisamente algunos integrantes de la Comunidad Juan Antinao. El efectivo policial lesionado de acuerdo a la información de prensa, sería parte de la dotación que reforzaba la protección debido a que la propiedad y los integrantes de la familia Bazcur-Araneda habían sufrido semanas antes nuevos ataques. No obstante ello, o bien, precisamente a raíz de ese escenario es que la corrección en el procedimiento, prudencia y proporcionalidad en el actuar resulta en una exigencia ineludible, así como lo ha dicho la Corte de Apelaciones de Valdivia en recurso de amparo acogido cuando: *"... Que resulta preciso mencionar que el actuar de carabineros y cualquier otra fuerza de seguridad a cargo de mantener el orden público, no debe exceder el uso de sus facultades de modo tal que sea su conducta la que provoque un estado de hostilidad al punto que incite el desorden público, pues ello resulta contrario al objetivo de su participación social"*¹³.

II.1.- El derecho aplicable en la acción de amparo y el rol del tribunal en su conocimiento

Para que sea procedente el recurso de amparo, una persona debe encontrarse detenida, arrestada o presa, con infracción a lo dispuesto en la Constitución o las leyes o haber sufrido ilegalmente cualquier otra privación, perturbación o amenaza en su derecho a la libertad personal y/o seguridad individual. El inciso final del artículo 21 señala que la misma acción podrá deducirse a favor de toda persona que ilegalmente sufra cualquiera otra privación, perturbación o amenaza en su derecho a la libertad personal y seguridad individual.

En el presente recurso se consideran además los estándares establecidos en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, puesto que los tratados internacionales suscritos por el Estado de Chile y que se encuentran vigentes forman parte de nuestro ordenamiento jurídico. Además, por mandato constitucional, tienen un especial estatus normativo.

En efecto, el artículo 5° de la Constitución Política del Estado, establece expresamente en su inciso 2° que *"el ejercicio de la soberanía reconoce como limitación el respeto de los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana. Es deber de los órganos del Estado respetar y promover tales derechos garantizados por esta Constitución, así como por los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes"*.

El especial estatus normativo de los instrumentos de derechos humanos, ha sido advertido por la Excm. Corte Suprema, que ha declarado que el artículo 5° núm. 2° de la Carta Fundamental recién transcrito,

¹³ Corte de Apelaciones de Valdivia; Sentencia de fecha 21 de octubre de 2014; causa Rol N° 203-2014.

cofiere rango constitucional a los tratados que garantizan el respeto de los derechos humanos, concediéndoles una jerarquía mayor que a los demás instrumentos internacionales, en cuanto regulan los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana y que “[e]n definitiva los derechos humanos asegurados en un tratado se incorporan al ordenamiento jurídico interno, formando parte de la Constitución material adquiriendo plena vigencia, validez y eficacia jurídica, no pudiendo ningún órgano del Estado desconocerlos y debiendo todos ellos respetarlos y promoverlos, como asimismo, protegerlos a través del conjunto de garantías constitucionales destinadas a asegurar el pleno respeto de los derechos”¹⁴.

Por otra parte, en el caso de las acciones constitucionales como las de amparo y protección, se revela particularmente la importancia del Poder Judicial como un poder contra mayoritario que debe actuar para la protección de los derechos fundamentales. La vinculación del órgano jurisdiccional a los derechos fundamentales puede calificarse como aquella que mayor relevancia presenta para el Estado de Derecho¹⁵. Esto se explica por la doble faz de la judicatura, como destinataria de los derechos fundamentales¹⁶, y como principal garante de los mismos. Lo anterior, la Excelentísima Corte Suprema de Justicia lo ha expresado con las siguientes palabras¹⁷: “Para esta Corte, en términos generales, incumbe a todo Juez de la República la aplicación del ordenamiento jurídico a los casos concretos sometidos a su decisión (...) La integralidad y coherencia de dicho sistema de normas obliga al juzgador a elegir la norma o grupo de normas precisas que utilizará y el sentido de las mismas. En el ejercicio de esa labor intelectual de selección e interpretación puede identificar reglas jurídicas que contienen sentidos opuestos, e incluso reglas jurídicas que se oponen a sendos principios rectores del sistema jurídico. Pues bien, la solución de tales conflictos de normas es también objeto del juzgamiento (...) No se discute, en la doctrina constitucional, que los jueces del fondo tengan facultades para interpretar las reglas legales conforme a la Constitución, así como tampoco la utilización de las normas constitucionales de un modo directo para la solución del conflicto específico y, en ambos casos, el juez ha debido interpretar la Constitución”.

En este proceso de integración, que es consustancial a la jurisdicción como señala el máximo Tribunal, será tarea del intérprete judicial buscar la forma de conciliar las distintas fuentes normativas (ley, Constitución, tratados) en pos de conservar la unidad del ordenamiento, unidad que pasa por una aplicación del derecho respetuosa de los derechos fundamentales.

II.2.- Acerca de la ilegalidad de la actuación de Carabineros el día 27 de Diciembre de 2015.

II.2.1.- Ilegalidad de la actuación policial por falta de justificación en el uso de la fuerza desplegada y falta de proporcionalidad:

El uso de la fuerza desplegada por los funcionarios de Carabineros de Chile el día 27 de diciembre de 2015, no resulta justificado al punto que deviene en vulneración de los derechos del amparado.

A diferencia de cualquier otro agente público, es exigible a Carabineros, que examine el alcance de sus propias facultades, como la selección y uso de los instrumentos que sustentan su actuar, ello por cuanto, por mandato legal y constitucional, son quienes detentan el monopolio de la fuerza en un Estado Democrático y, están al servicio de dar eficacia al derecho. El ejercicio ciego de la fuerza sin una ponderación de mérito conforme a las circunstancias de hecho deviene en arbitrariedad. Sobre el particular, el Ministro de la Corte de Apelaciones de Concepción, lltmo. Sr. Manuel Muñoz Astudillo, en voto disidente ha señalado: “(...) La fuerza que el Estado a través de sus órganos pone en ejercicio para la

¹⁴ Corte Suprema: sentencia Rol 3125-04, de 13 de marzo de 2007, considerando trigésimo nono.

¹⁵ Resulta inconcuso que el juez se encuentra vinculado a la Constitución, como una norma suprema. De acuerdo con el artículo 6° de la Carta Fundamental, podría negarse el deber de sumisión del juez a normas que no se encuentran dictadas conforme a ella.

¹⁶ Como garante de los derechos fundamentales, el órgano jurisdiccional se encuentra en primer lugar ligado a aquellos derechos específicamente dirigidos a su actividad; podríamos decir, a los derechos fundamentales de carácter procesal aunados en el concepto de debido proceso, en la nomenclatura de la Constitución: “investigación y procedimiento racionales y justos”. Este derecho, o elemento de la garantía de la jurisdiccional, nace al amparo de un procedimiento en el cual el juez goza de amplias facultades, y se transforma en la denominación general de las exigencias de racionalidad y “juego limpio” que se pueden dirigir hacia el órgano jurisdiccional. Por definición, se trata de un estándar abierto, de un contenido que si bien puede precisarse en el momento del desarrollo actual de la institución, tiene por característica fundamental una nota de indeterminación que le permite aceptar cualesquiera exigencias futuras específicas que puedan plantearse a la acción del órgano jurisdiccional. Aldunate L., Eduardo, *Derechos Fundamentales*, Legal Publishing, p. 200.

¹⁷ Sentencia de la Corte Suprema Rol N° 5420-2008.

mantención del orden público o la represión de los ilícitos, siempre debe ser racional, proporcional y necesaria, pues, aquella que no lo es, se transforma en abuso y ofende gravemente las disposiciones constitucionales vigentes que se orientan a resguardar los bienes jurídicos de la mayor importancia como son la vida y la integridad física y psíquica, pues, si bien la Constitución Política del Estado en su artículo 101 señala que las Fuerzas de Orden y Seguridad Pública están integradas sólo por Carabineros e Investigaciones y que constituyen la fuerza pública y existen para dar eficacia al derecho, garantizar el orden público y la seguridad pública interior, en la forma que lo determinen sus respectivas leyes orgánicas, no es menos cierto, que los órganos del Estado se encuentra limitados frente al ejercicio de los Derechos Fundamentales y en el caso de autos estas fuerzas que, en su actuar comprometen al Estado mismo, pues, de él son dependientes y obedientes, han provocado con su violencia lesiones a personas (...) lo cierto es que las incursiones y operativos policiales en el territorio denominado "Araucanía", constituyen hechos que, si bien se encuentran legitimados formalmente, mediante el cumplimiento de los requisitos impuestos por el Código Procesal Penal, motivan el legítimo cuestionamiento de este Tribunal respecto de la necesidad de tales incursiones y de la racionalidad y proporcionalidad de los medios empleados para llevarlas a cabo, y sitúan a Carabineros frente al riesgo permanente de vulnerar no sólo lo dispuesto en el artículo 19 N° 7 de nuestra Carta Fundamental, sino que también las disposiciones que sobre la materia contiene el Convenio 169 de la OIT, particularmente su artículo 3.2, que dispone: " No deberá emplearse ninguna forma de fuerza o coerción que viole los derechos humanos y las libertades fundamentales de los pueblos interesados, incluidos los derechos contenidos en el presente Convenio"¹⁸.

Así las cosas, no cabe sino afirmar que las acciones ejecutadas por la recurrida no se encuentran suficientemente justificadas, y ello ocurre porque atendida la magnitud de la afectación provocada, no le era permitido proceder del modo en que se hizo. En efecto, se trata de un disparo de escopeta antidisturbios percutida a una distancia de 5 metros, un arma de fuego que en conceptualización actual es calificada de "menos letal" toda vez que potencialmente pueden causar la muerte de una persona, en determinadas circunstancias, disparo que impactó en el rostro del amparado, la mayoría de los perdigones que compone el tiro, con un resultado consistente en: *"herida por balín en la cabeza y cuero cabelludo, fractura nasal no desplazada, con compromiso de tabique transfixiante"*.

De acuerdo a la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos (Corte IDH), el uso de la fuerza por agentes del Estado no constituye en sí misma una violación de derechos humanos, reconociéndose incluso la posibilidad de atentar en contra de la vida cuando las circunstancias específicas del caso lo requieren. Sin embargo, esta facultad no es ilimitada y está sometida a estrictos estándares de proporcionalidad, sobre todo en consideración a que los derechos comúnmente afectados son el derecho a la vida y a la integridad física. En este sentido la Corte IDH ha señalado que *"[e]stá más allá de toda duda que el Estado tiene el derecho y el deber de garantizar su propia seguridad. Tampoco puede discutirse que toda sociedad padece por las infracciones a su orden jurídico. Pero, por graves que puedan ser ciertas acciones y por culpables que puedan ser los reos de determinados delitos, no cabe admitir que el poder pueda ejercerse sin límite alguno o que el Estado pueda valerse de cualquier procedimiento para alcanzar sus objetivos, sin sujeción al derecho o a la moral. Ninguna actividad del Estado puede fundarse sobre el desprecio a la dignidad humana"*¹⁹. (Subrayado es nuestro).

El test de proporcionalidad aplicado a la fuerza pública considera los hechos específicos de cada caso donde la peligrosidad de las personas que son afectadas por una acción estatal y la conducta asumida por ellas constituyen un elemento relevante para determinar la licitud de la interferencia al derecho a la vida e integridad física y, en el presente caso, a su derecho a la libertad personal y seguridad individual. Es así como las necesidades de la situación y el objetivo que se trata de alcanzar son relevantes para determinar la legalidad y proporcionalidad de la medida. Sin embargo, es importante tener presente que el hecho de enfrentar una conducta o acción adversa de sujetos "supuestamente peligrosos" no otorga al Estado la posibilidad de usar la fuerza más allá de lo estrictamente necesario²⁰. Por el contrario, el Derecho

¹⁸ Ministro de la Corte de Apelaciones de Concepción, Ilmo. Sr. Manuel Muñoz Astudillo, en voto disidente, recurso de amparo Rol N° 132-2015.-

¹⁹ Corte IDH: *Caso Velásquez Rodríguez*, Sentencia de 29 de julio de 1988. Serie C No.4, párr. 154, *Caso Godínez Cruz*, Sentencia de 20 de enero de 1989. Serie C No. 5, párr. 162, *Caso Neira Alegría y otros*, Sentencia del 19 de julio de 1995. Serie C No. 20 párrafo 75.

²⁰ Es así como en el caso *Neira Alegría y Otros* la Corte IDH estableció "la alta peligrosidad de los detenidos en el Pabellón Azul del Penal San Juan Bautista y el hecho de que estuvieren armados, no llegan a constituir, en opinión de esta Corte, elementos suficientes para justificar el volumen de la fuerza que se usó".

Internacional contempla distintos instrumentos que establecen ciertos parámetros a los que debe sujetarse la acción estatal. En efecto el artículo 3 del Código de conducta para funcionarios encargados de hacer cumplir la ley²¹, establece que “Los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley podrán usar la fuerza sólo cuando sea estrictamente necesario y en la medida que lo requiera el desempeño de sus tareas”.

La proporcionalidad de las medidas también dice relación con la posibilidad de los organismos policiales para prever con antelación los posibles conflictos que enfrentarán en su acción y la obligación que pesa sobre ellos de planificar sus operaciones para mantener el control de la operación y procurar en todo momento minimizar la vulneración de derechos. Lo que ocurrió en la especie permite afirmar que no se efectuó ninguna acción de planificación que contribuyera a prever eventuales conflictos, más bien lo contrario, la vulneración de los derechos del amparado se produce en el contexto de una acción no planificada, sin consideración a eventual conflicto y con ello, aceptando las eventuales consecuencias. En efecto, ocurrió que un particular afectado por un delito 2 días antes recibe una información acerca de las ubicación de sus bienes muebles, le da aviso a funcionarios de carabineros encargados de custodiar su predio, el funcionario a cargo decide en el acto concurrir a la comunidad Juan Antinao, con el particular a bordo de un vehículo institucional sin que ello esté autorizado, sin que existiera flagrancia, sin orden judicial ni instrucción particular del Ministerio Público, conductas que, - en palabras de la Iltma. Corte de Apelaciones de Valdivia -, exceden el uso de sus facultades de modo tal que esa conducta provocó un estado de hostilidad al punto que incitó el desorden público, lo que resulta contrario al objetivo de su participación social.

Como la jurisprudencia ha señalado la *“arbitrariedad necesariamente desde el punto de vista conceptual debe vincularse y relacionarse con la noción de actuaciones u omisiones que pugnan con la lógica y la recta razón contradiciendo el normal comportamiento, sea de la autoridad o de los seres humanos en particular, que se rige por el principio de racionalidad, medida y meditación previa a la toma de decisiones y no por el mero capricho o veleidad, que constituiría la primera”*²².

Ante estos hechos y la vulneración de que fue víctima el amparado, la falta de proporcionalidad de los medios empleados por fuerzas especiales, identificando como uno de sus componentes la falta de previsibilidad, es que consideramos que existe una amenaza real de que estas acciones se repitan y perturben el pleno respeto a la seguridad personal del amparado, afectado gravemente en su integridad física y síquica, todo ello en el contexto de conflicto latente en la comunidad en que habita el amparado conforme lo expuesto en párrafos precedentes.

II.2.2. Ilegalidad del uso indiscriminado de escopetas antidisturbios:

El amparado fue herido en el patio de su casa, Carabineros se encontraba al interior del predio privado cuando le fueron provocadas las lesiones.

De conformidad al protocolo de *“medios disuasivos en uso por Carabineros de Chile en los procedimientos de control del orden público”*, el uso de escopetas antidisturbios deberá ser consecuencia de una aplicación necesaria, legal y proporcional, y cuando el uso de otros elementos resulten ineficaces. En este sentido el Protocolo se colige claramente que las escopetas antidisturbios son disuasivas, defensivas, y no una herramienta ofensiva, lo que emana además de la propia gradualidad que se ordena. De estos protocolo emana, y entendiendo el arma usada en la categoría de “menos letal”, que en todo momento se debe procurar reducir al mínimo el riesgo de causar lesiones, a excepción cuando se vea enfrentado a una agresión o peligro inminente con arma de fuego (legítima defensa); en la especie, el disparo de la escopeta antidisturbio contra el amparado fue el primer medio usado. En particular se incumplió el Protocolo de Carabineros en su acápite 2.16: *“se debe considerar en todo momento aspectos como la distancia entre el tirador y la muchedumbre, las características del lugar (abiertos, cerrados, pasajes, calles, etc.), o si en la muchedumbre se encuentran participando menores, mujeres o ancianos”*. En la especie, la víctima se encontraba sólo a 5 metros del tirador, lo que provocó lesiones graves.

²¹ Adoptado por la Asamblea General en su resolución 34/169, de 17 de diciembre de 1979.

²² Corte de Apelaciones de Coyhaique: sentencia Rol N°3602, de 21 de noviembre de 2002. Corte Suprema, confirmó en sentencia Rol N° 4877-02, de 27 de enero de 2003.

Además, cruza como idea fuerza de los protocolos en comento la exigencia de una "Gradualidad", estableciendo una serie de acciones progresivas desde dialogar, contener, disuadir, despejar, disolver, detener; en consecuencia, el uso de escopetas antidisturbios es en realidad un recurso que sólo se justifica en situaciones de riesgo inminente de la integridad de los funcionarios.

En este sentido, de acuerdo a los hechos que motivan el presente recurso de amparo, no es posible justificar en ningún caso el actuar policial en cuanto al uso de escopetas antidisturbios, no sólo porque no se cumplió ninguno de los pasos que se establecen en la gradualidad de su propio protocolo, sino que, además, porque no existían los supuestos fácticos que justificaran el accionar de Carabineros, de conformidad al protocolo referido.

II.2.3. En cuanto a la actuación ilegal y arbitraria respecto del amparado

Como se señaló en la parte correspondiente a los hechos de este recurso el amparado es una persona mapuche. Dado lo anterior y en virtud de lo dispuesto en el artículo 5 inciso 2 de la Constitución Política de la República, resultan aplicable a este caso los estándares internacionales establecidos respecto de los pueblos originarios como los de protección de la infancia, tanto por los tratados internacionales de derechos humanos como por observaciones generales de los órganos de los tratados y a través de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos ²³.

La falta de aplicación de dichos estándares debe entenderse como ilegalidad desde la perspectiva de lo dispuesto en el artículo 20 del texto constitucional.

II.2.4.- La actuación de Carabineros constituye una privación, perturbación o amenaza del derecho a la libertad personal y seguridad individual

La Constitución Política de la República establece en el artículo 19 N° 7 el derecho a la libertad personal y a la seguridad individual. Asimismo, este mismo derecho se encuentra consagrado en el artículo 7 de la Convención Interamericana de Derecho Humanos, la cual dispone "toda persona tiene derecho a la libertad y seguridad personales".

Para la Convención Americana la libertad personal en sentido amplio sería la capacidad de hacer y no hacer todo lo que esté lícitamente permitido. En otras palabras, constituye el derecho de toda persona de organizar, con arreglo a la ley, su vida individual y social conforme a sus propias opciones y convicciones. Por su parte, la seguridad se configura en la ausencia de perturbaciones que restrinjan o limiten la libertad más allá de lo razonable.

En el mismo orden de ideas, la seguridad también puede entenderse como la protección contra toda interferencia ilegal o arbitraria de la libertad física. En este sentido, destaca la Corte Interamericana de Derechos Humanos que en relación al actuar de las fuerzas policiales en el espacio público *"la Corte observa que un incorrecto actuar de esos agentes estatales en su interacción con las personas a quienes deben proteger, representa una de las principales amenaza al derecho a libertad personal, el cual, cuando es vulnerado, genera un riesgo de que se produzca la vulneración de otros derechos, como la integridad personal y, en algunos casos, la vida"*²⁴.

En los hechos que motivan la presente acción de amparo, se conjugan una serie de irregularidades que dan cuenta de un actuar alejado de la ley, la Constitución y los Tratados Internacionales sobre derechos humanos, invocación de facultades autónomas en un contexto en que ellas no son admisibles, como la inexistencia de flagrancia, traslado de víctimas particulares en vehículos fiscales no autorizados y,

²³ Refiriéndose al marco jurídico normativo aplicable a personas comunidades y pueblos indígenas el "Protocolo IBEROAMERICANO de actuación judicial para mejorar el acceso a la justicia de personas con discapacidad, migrantes, niñas, niños, adolescentes, comunidades y pueblos indígenas" señala: "... podemos destacar el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), la Declaración de Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación Racial, la Convención Americana de Derechos Humanos, la jurisprudencia interpretativa desarrollada por los órganos de supervisión de los instrumentos internacionales en la materia y la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos". Ref. art. 93.

²⁴ CORTE IDH, Caso Torres Millacura y otras Vs. Argentina. Sentencia de 26 de agosto de 2011.

nuevamente, en un contexto investigativo en que no existe flagrancia, ingreso a predio privado sin orden judicial o instrucción particular del Ministerio Público que al menos diera visos de legitimación formal del proceder, falta de previsibilidad como factor clave de la proporcionalidad, falta de gradualidad, utilización de armamento menos letal a 5 metros de distancia de la víctima con potencial riesgo de su vida o miembros de su cuerpo, no puede sino ser interpretado como una clara interferencia ilegítima al libre y pleno ejercicio de la libertad física, exponiendo y aumentando considerablemente el riesgo a que se realicen conjuntamente la vulneración y conculcación de otros derechos igualmente importantes.

En relación a ello, el artículo 18 del Convenio 169 antes citado señala expresamente que: *“La Ley deberá prever sanciones apropiadas contra toda intrusión no autorizada en las tierras de los pueblos interesados o todo uso no autorizado de las mismas por personas ajenas a ellos, y los gobiernos deberán tomar medidas para impedir tales infracciones”*. Esta norma resulta acorde a lo señalado en el art 21 inciso final de nuestra Carta Fundamental que dispone la posibilidad de accionar de amparo señalando: *“El mismo recurso, y en igual forma, podrá ser deducido a favor de toda persona que ilegalmente sufra cualquiera otra privación, perturbación o amenaza en su derecho a la libertad personal y seguridad individual. La respectiva magistratura dictará en tal caso las medidas indicadas en los incisos anteriores que estime conducentes para restablecer el imperio del derecho y asegurar la debida protección del afectado”*. Las lesiones causadas al amparado nos develan una vulneración flagrante de estas normas.

Las actuaciones reprochadas se ven agravadas y además se constituyen en un potencial amenaza a la seguridad individual del amparado a raíz de la renuncia de la recurrida a efectuar un sumario o investigación interna para establecer las circunstancias específicas en que resultó lesionado el amparado. No es un hecho insignificante que una persona resulte con lesiones graves a raíz del actuar de un funcionario de carabineros y ello no llame en absoluto la atención de la institución, salvo que sea una conducta naturalizada.

Es dable señalar que tratándose de miembros de una comunidad mapuche, no sólo se ven afectados los derechos anteriormente mencionados, que son comunes a todas las personas humanas, sino que además ciertos derechos especiales, desde que el corpus iuris internacional les reconoce la condición de sujetos especiales a los cuales se les ha reforzado con mayor razón derechos específicos. Ahora bien, en el caso de marras, por pertenecer a uno de los Pueblos Indígenas a los cuales se les aplica el Convenio 169 de la OIT, se impone el deber de abstención, por parte de toda persona, de no emplear ninguna forma de fuerza de coerción que vicie los derechos humanos y las libertades fundamentales de los pueblos indígenas, de acuerdo a lo prescrito en el artículo 3.2 de esta normativa internacional.

El rigor desplegado por los funcionarios de Carabineros en tanto empleo de la fuerza se estima prohibido en la especie tanto desde el ordenamiento nacional e internacional. No se trata, en consecuencia de un empleo de la fuerza policial autorizado, no se ajusta a los parámetros de:

- La excepcionalidad de su empleo, en virtud de la cual se deberán agotar todos los medios no violentos de cumplimiento de la diligencia de allanamiento, antes de ser procedente el empleo de la fuerza;*
- La necesidad de su uso, la que supone que procederá sólo en aquellos casos en que no fuere posible la realización del allanamiento por otras vías que no impliquen sujeción al empleo de la fuerza policial contra los ocupantes del lugar;*
- La proporcionalidad del empleo de la fuerza, en razón a la cual no se podrá lesionar o dañar físicamente a los ocupantes del lugar, sino en los términos que su uso permita reducir a quienes se opongan a la realización de la diligencia;*
- La humanidad del uso de la fuerza policial, que implica que al momento de emplear medios violentos para llevar a cabo el allanamiento, se deberá procurar entregar un trato digno, respetando los derechos fundamentales de los ocupantes y sin lesionar la honra de la persona, su familia o de quienes se encuentren en el lugar”*.²⁵

²⁵ Faúndez Peñafiel, Juan Jorge: *“Integración Regional, Reformas a la Justicia, y respeto del Estándar Internacional de Derechos Humanos en los procesos penales seguidos contra indígenas movilizadas socialmente”*; en *“Derechos Individuales e Integración Regional (Antología)”* Mario I. Álvarez Ledesma y Roberto Cippitani, Coordinadores; Impreso en Italia, Istituto per gli Studi Economici e Giuridici “Giacchino Scaduto” s.r.l. Spin-off dell’Università degli Studi di Perugia, Via Margutta, 1/A – Roma por Università degli Studi di Perugia - Dipartimento di medicina sperimentale y Instituto Tecnológico y de Estudios Superiores de Monterrey – Campus de Ciudad de México; año 2013; página 459-460.

En la especie, respecto de los amparados, en consideración a su cultura, los hechos denunciados no sólo generan consecuencias nocivas individuales, sino también colectivas, a sus familias y su lof: *"En qué consiste ese estar bien o estar mal, kümelkalen o weza felen. Consiste en que el individuo como tal esté en equilibrio consigo mismo y además lo esté para con sus pares, su familia, sus seres más cercanos y queridos. También debe estar en equilibrio con su lof, su entorno social, cultural, político, ambiental, territorial, religioso y cósmico. El hecho de que algo o alguien en su comunidad esté en condiciones no deseable, afecta a la persona"*²⁶. Los hechos denunciados provocan en los amparados *Kuxanelgey*, que *"... es cuando terceros están involucrados en concretar la enfermedad en la persona, algún elemento o algo hace que la persona se enferme. Esto puede ser la mala relación con el entorno, la invasión de espacios determinados por parte de las personas"*²⁷; pues asisten con su experiencia vital a un proceso en que el equilibrio individual y colectivo se ve quebrantado a raíz del uso desproporcionado de la fuerza por parte de un tercero.

III. MEDIDAS SOLICITADAS POR EL INSTITUTO NACIONAL DE DERECHOS HUMANOS EN EL PRESENTE RECURSO DE AMPARO

III.1. En cuanto a la eficacia de las medidas que permitan avanzar en la no repetición de estos hechos

A juicio de esta parte recurrente existe una necesidad imperiosa que la presente acción sea un recurso efectivo para asegurar el pleno goce de derechos de los afectados.

Los hechos que constan en el recurso y la vulneración de derechos de los amparados, tanto en este caso como en los demás que fueron citados en la primera parte de esta acción constitucional, la falta de proporcionalidad de los medios empleados en varios operativos de Carabineros en las comunidades mapuche y en procedimientos en que personas mapuche se encuentran involucradas, es que consideramos que existe una amenaza real de que estas acciones se repitan y perturben el pleno respeto a la seguridad personal del amparado, especialmente cuando debe transitar por el mismo lugar en que se originan los hechos, afectando gravemente su integridad física y síquica.

Cuando una institución del Estado se aparta de la estricta observancia de los derechos humanos; será siempre el Poder Judicial el primer garante de los derechos de las personas, teniendo como deber el actuar eficazmente para remediar la violación, reparar a las víctimas y decretar medidas de protección para la no ocurrencia de nuevas vulneraciones.

La forma en que los(as) ciudadanos(as) pueden accionar los mecanismos de protección, es típicamente a través de las acciones judiciales disponibles. Sin embargo, cuando existe privación, perturbación o amenaza de derechos fundamentales están disponibles las acciones constitucionales reguladas en los artículos 20 y 21 de la Constitución Política de la República de Chile.

La naturaleza y objetivos de dichas acciones constitucionales, de capital importancia en una sociedad democrática, se reflejan principalmente en una prescripción de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, el artículo 25.1, que establece lo siguiente:

"25.1. Toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la presente Convención, aun cuando tal violación sea cometida por personas que actúen en ejercicio de sus funciones oficiales".

La Corte IDH sobre este artículo ha sostenido que *"(...) es una disposición de carácter general que recoge la institución procesal del amparo, entendido como el procedimiento judicial sencillo y breve que*

²⁶ Quidel Lincolee, José: *"Cosmovisión Mapuche y Etiología Mapuche de la Salud"*; en *"Salud Colectiva y Medio Ambiente"*; Mario Castro Venegas (Compilador); Gobierno de Chile, Ministerio de Salud; Unidad de Salud con Población Mapuche; Pewu 2003; página 31.

²⁷ Quidel Lincolee, José; ob cit. Idem.

tiene por objeto la tutela de todos los derechos reconocidos por las constituciones y leyes de los Estados Partes y por la Convención²⁸ y que, por otra parte, "el artículo 25.1 incorpora el principio, reconocido en el derecho internacional de los derechos humanos, de la efectividad de los instrumentos o medios procesales destinados a garantizar tales derechos (...) la inexistencia de un recurso efectivo contra las violaciones a los derechos reconocidos por la Convención constituye una transgresión de la misma por el Estado Parte en el cual semejante situación tenga lugar."²⁹ Dicha garantía "constituye uno de los pilares básicos, no sólo de la Convención Americana, sino del propio Estado de Derecho en una sociedad democrática en el sentido de la Convención"³⁰.

Los Estados y especialmente la práctica del Poder Judicial en el tratamiento de los recursos, deben dotar a los recursos que cautelan derechos humanos (como la acción en cuestión) de ciertos requisitos imprescindibles de acuerdo a la Convención Americana sobre Derechos Humanos, norma de rango constitucional en base al artículo 5 inciso segundo de nuestra Carta Fundamental.

Así, el recurso debe ser sencillo, rápido y, sobre todo, eficaz³¹. Si bien el texto normativo explicita los dos primeros requisitos, el tercero (efectividad) es un elemento igualmente presente en la jurisprudencia uniforme de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y la Corte IDH³².

El requisito de efectividad, ha de entenderse como un recurso "capaz de producir el resultado para el que ha sido concebido"³³. Además, dicho recurso "no basta con que esté previsto por la Constitución o la ley o con que sea formalmente admisible, sino que se requiere que sea realmente idóneo para establecer si se ha incurrido en una violación a los derechos humanos y proveer lo necesario para remediarla"³⁴. A mayor abundamiento, en palabras de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos "(un) recurso judicial sería abiertamente ineficaz, pues al no permitir el reconocimiento de la violación de derechos, en caso de que ésta se haya comprobado, no sería apto para amparar al individuo en su derecho afectado ni para proveerle una reparación adecuada"³⁵.

A su turno, en relación al acceso a la justicia de los pueblos originarios, la Declaración Universal de los Derechos de los Pueblos Indígenas señala: "Los pueblos indígenas tienen derecho a procedimientos equitativos y justos para el arreglo de conflictos y controversias con los Estados u otras partes, y a una pronta decisión sobre esas controversias, así como a una reparación efectiva de toda lesión de sus derechos individuales y colectivos. En esas decisiones se tendrán debidamente en consideración las costumbres, las tradiciones, las normas y los sistemas jurídicos de los pueblos indígenas interesados y las normas internacionales de derechos humanos"³⁶.

Por todo lo anterior, **la declaración de que se violaron derechos por una conducta ilegal y arbitraria** es una obligación explícita y directa para que un recurso sea efectivo. La efectividad de un recurso además, depende que pueda producir el resultado para el que ha sido concebido, entre otros factores.

Por su parte, en relación al derecho al Recurso Judicial efectivo, la Corte IDH ha sostenido que "la salvaguarda de la persona frente al ejercicio arbitrario del poder público es el objetivo primordial de la protección internacional de los derechos humanos. En este sentido, la inexistencia de recursos internos efectivos coloca a la víctima en estado de indefensión. El artículo 25.1 de la Convención ha establecido,

²⁸ Corte IDH. El Hábeas Corpus Bajo Suspensión de Garantías (arts. 27.2, 25.1 y 7.6 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-8/87 del 30 de enero de 1987. Serie A No. 8. Párr. 32.

²⁹ Corte IDH. Garantías Judiciales en Estados de Emergencia (arts. 27.2, 25 y 8 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-9/87 del 6 de octubre de 1987. Serie A No. 9. Párr. 24.

³⁰ Cfr. Caso Cantoral Benavides, supra nota 56, párr. 163; Caso Durand y Ugarte, supra nota 56, párr 101; Caso Villagrán Morales y otros (Caso de los "Niños de la Calle"), supra nota 52, párr. 234; Caso Cesti Hurtado, supra nota 118, párr. 121; Caso Castillo Petruzzi y otros, supra nota 50, párr. 184; Caso Paniagua Morales y otros, supra nota 50, párr. 164; Caso Blake, supra nota 52, párr. 102; Caso Suárez Rosero, supra nota 53, párr. 65 y Caso Castillo Páez, supra nota 52, párr. 82.

³¹ Cfr. MEDINA, Cecilia. Convención Americana: Teoría y Jurisprudencia. 2003. Pag. 370 y ss.

³² Ver, por ejemplo, Corte IDH. Caso Suárez Rosero Vs. Ecuador. Fondo. Sentencia de 12 de noviembre de 1997. Serie C No. 35. Párr. 66.

³³ Corte IDH. Caso Velásquez Rodríguez Vs. Honduras. Fondo. Sentencia de 29 de julio de 1988. Serie C No. 4. Párr. 66.

³⁴ Corte IDH. Garantías Judiciales en Estados de Emergencia (arts. 27.2, 25 y 8 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-9/87 del 6 de octubre de 1987. Serie A No. 9. Párr. 24.

³⁵ CIDH. Caso Carranza Vs. Argentina. INFORME N° 30/97 (1997) Párr. 74.

³⁶ Artículo 40 de la Declaración de Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas. Disponible en la página electrónica: http://www.un.org/esa/socdev/unpfi/documents/DRIPS_es.pdf

en términos amplios, la obligación a cargo de los Estados de ofrecer, a todas las personas sometidas a su jurisdicción, un recurso judicial efectivo contra actos violatorios de sus derechos fundamentales. Dispone, además, que la garantía allí consagrada se aplica no sólo respecto de los derechos contenidos en la Convención, sino también de aquéllos que estén reconocidos por la Constitución o por la ley³⁷.

En la misma línea, también la Corte IDH ha defendido que "para que el Estado cumpla con lo dispuesto en el citado artículo no basta con que los recursos existan formalmente, sino que los mismos deben tener efectividad³⁸, es decir, debe brindarse a la persona la posibilidad real de interponer un recurso que sea sencillo y rápido, en los términos del artículo 25 de la Convención. (...) ³⁹.

III.2. Medidas que se solicitan para avanzar en la no repetición de estos hechos

El Recurso de Amparo es principalmente una acción de naturaleza cautelar dirigida al restablecimiento de los derechos a la libertad personal y a la seguridad individual vulnerados que se encuentran garantizados por el artículo 21 del texto constitucional, a fin de procurar el cese a la perturbación, privación y amenaza de los derechos conculcados.

El único límite del juez está en su sujeción a las finalidades de esta acción procesal que consiste en restablecer el imperio del derecho y asegurar a las personas agraviadas la protección debida. El tribunal puede adoptar todas y cualesquiera clase de medidas tendientes a estos objetivos, aunque no aparezcan establecidas en ningún código ni hayan sido solicitadas por el recurrente.

En este caso en particular, se considera por el INDH que se cumplen los requisitos para que sea acogido el Recurso de Amparo, esto es: a) funcionarios de Carabineros, sin orden judicial ni de Ministerio Público deciden ejecutar diligencias de investigación involucrando en ello a un particular, trasladándolo en un vehículo policial; b) usó escopetas antidisturbios al interior de un predio privado, provocando lesiones graves al amparado al ser herido en su rostro por perdigones percutados desde un arma menos letal a 5 metros de distancia; c) existe una renuncia de la recurrida a investigar administrativamente el hecho que resulto en lesiones graves a una persona, con ello, naturalizando el hecho y aumentando el riesgo de repetición; d) estos actos son ilegales y arbitrarios; e) Estos actos producen una privación y una amenaza al legítimo ejercicio de los derechos a la libertad personal y a la seguridad individual consagrados en el artículo 19 N° 7 del texto constitucional y cautelados por la acción de amparo del 21 de la Constitución Política; y f) existe una relación de causa a efecto entre las acciones ilegales y arbitrarias de los recurridos y el agravio constituido por la privación, perturbación y amenaza a los derechos fundamentales mencionados en esta acción constitucional, en forma que dichos agravios, puede considerarse como la consecuencia o resultado de aquel comportamiento antijurídico.

Por lo anterior y ante una privación, perturbación y amenaza clara de los derechos constitucionales señalados anteriormente, **el INDH considera que la Corte debe declarar la ilegalidad y arbitrariedad de los actos denunciados**, oficiar a Carabineros a fin de que sus procedimientos se atañan estrictamente a las normas establecidas en la ley, la Constitución y los tratados internacionales de derechos humanos vigente en Chile, el Convenio 169 de la OIT y la Declaración de Naciones Unidas sobre Derechos de los Pueblos Indígenas, y, adoptar toda otra medida tendiente a restablecer el imperio del derecho y asegurar la tutela de la persona vulnerada; priorizando la gradualidad como factor preponderante en el uso de la fuerza, y la proporcionalidad de los medios empleados.

POR TANTO,

De acuerdo a lo dispuesto por el artículo 21 de la Constitución Política de la República y el Auto Acordado de la Excm. Corte Suprema sobre tramitación del Recurso de Amparo, más las normas constitucionales, de tratados internacionales de derechos humanos y legales ya citadas;

³⁷ Caso del Tribunal Constitucional Vs. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de enero de 2001. Serie C No. 71.

³⁸ Cfr. Caso Bámaca Velásquez, supra nota 4, párr. 191; Caso Cestii Hurtado. Sentencia de 29 de septiembre de 1999. Serie C No. 56, párr. 125; y Caso Paniagua y otros, supra nota 46, párr. 164.

³⁹ Caso del Tribunal Constitucional Vs. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de enero de 2001. Serie C No. 71.

PIDO A. U.S. ILTMA, se sirva acoger a tramitación la acción de amparo constitucional en contra de la IX ZONA ARAUCANÍA, representada por el GENERAL DE CARABINEROS DON **CHRISTIAN FRANZANI CIFUENTES**, ya individualizado; y previo informe de rigor, se acoja la presente acción constitucional de amparo, se declare la vulneración de los derechos constitucionales consignados en el numeral 7 del artículo 19 de la Constitución Política y, en particular, se resuelva lo siguiente:

- a) Se declare la ilegalidad y arbitrariedad del uso injustificado de la fuerza materializado en la afectación de la integridad personal del amparado.
- b) Se declare la ilegalidad y arbitrariedad del uso injustificado de la fuerza materializado en el uso de escopetas antidisturbios en consideración a los efectos producidos.
- c) Se declaren infringidos los derechos constitucionales a la libertad personal y a la seguridad individual, consagrados en el artículo 19 N° 7 de la Constitución Política de la República.
- d) Que, como consecuencia de lo anterior, se adopte todo tipo de medidas dirigidas a restablecer el imperio del Derecho y asegurar la tutela de todos los derechos fundamentales violados, precaviendo que los actos arbitrarios e ilegales descritos con antelación.
- e) Se ordene a Carabineros de Chile de la IX Zona Araucanía cumplir con los protocolos de actuación y aquello que la institución ha adecuado a lo establecido en las leyes, en la Constitución Política del Estado y en los Tratados Internacionales, especialmente a lo dispuesto en la Convenio 169 de la OIT; y, en ese sentido, **se informe a la ltma. Corte acerca de medidas concretas que se adopten para dicho cumplimiento.**
- f) Se ordene a Carabineros de Chile que instruya los sumarios internos respectivos que permitan dilucidar las responsabilidades administrativas involucradas, informando a esta ltma. Corte el resultado de dichos sumarios, una vez afinados.
- g) Se ordene remitir los antecedentes al Ministerio Público (Fiscalía Local) a fin de que investigue si en los hechos denunciados por medio del presente recurso de amparo, existen hechos constitutivos de delito.

PRIMER OTROSÍ: Solicito a S.S. tener por acompañados los siguientes documentos:

- 1) Copia simple de la Sesión Constitutiva del Consejo del Instituto Nacional de Derechos Humanos, que con fecha 30 de julio de 2010, nombró directora a doña Lorena Fries Monleón.
- 2) Copia simple de la Sesión Constitutiva del Consejo del Instituto Nacional de Derechos Humanos, que con fecha 9 de julio de 2013, nombró directora a doña Lorena Fries Monleón.
- 3) Copia simple, autorizada ante Notario, de Mandato Judicial a don Federico Aguirre Madrid, Jefe de la Sede Araucanía del Instituto Nacional de Derechos Humanos, suscrito por doña Lorena Fries Monleón, en su calidad de Directora del Instituto Nacional de Derechos Humanos.

SEGUNDO OTROSÍ: Que para una mejor resolución del recurso de amparo de que se trata en estos autos solicito a SS. ltma. tener a bien decretar las siguientes diligencias:

1. Disponer que la recurrida la IX ZONA ARAUCANÍA, remita copia íntegra y legible de los siguientes instrumentos: **a)** Copia de partes policiales que den cuenta de los hechos acaecidos en la comunidad Juan Antinao de la comuna de Ercilla, el día 27 de Diciembre de 2015.

POR TANTO,
RUEGO A US.ILTMA: Acceder a lo solicitado.

TERCER OTROSÍ: Solicito a S.S. solicitar informe de los hechos denunciados a:

1. A la IX Zona Araucanía de Carabineros de Chile, representada por el GENERAL DE CARABINEROS DON **CHRISTIAN FRANZANI CIFUENTES**, a fin de que remita un informe completo al tenor del presente recurso; **particularmente, informar y acompañar los siguientes antecedentes:**
 - **Individualización completa de los funcionarios que participaron en el procedimiento que dio lugar a los hechos denunciados.**

CUARTO OTROSÍ: Solicito a S.S. tener presente que el artículo 2° de la Ley N° 20.405, que crea el Instituto Nacional de Derechos Humanos, dispone que "El Instituto tiene por objeto 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". Para cumplir con este objetivo, el INDH tendrá, entre otras facultades, las siguientes señaladas en el artículo 3° de la ley:

- 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; y,
- Promover que 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;
- Asimismo según lo estipulado en el Artículo 3° N° 5.- Le corresponderá especialmente al Instituto:

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

Por lo tanto, la **legitimación activa** para comparecer en calidad de interviniente, está dada por la ley 20.405 que crea el Instituto Nacional de Derechos Humanos que tiene por objeto la promoción y protección de los Derechos Humanos, y que en su artículo 3 N° 5 la faculta para interponer recursos de protección en el ámbito de su competencia.

POR TANTO: Solicito a U.S. ILTMA tenerlo presente.

QUINTO OTROSÍ: Sírvase S.S.I. tener presente que mi parte propone que todas las resoluciones judiciales, actuaciones y diligencias le sean notificadas vía correo electrónico a las casillas de correo electrónico de mrabanal@indh.cl y faquirre@indh.cl; por ser ésta suficientemente eficaz y no causar indefensión.

SEXTO OTROSÍ: Ruego a US. ILTMA. Se sirva tener presente que designo como abogado patrocinante y confiero poder para representarme en esta causa a los profesionales del **Instituto Nacional de Derechos Humanos**; don **Marcos Rabanal Toro**, cédula de identidad N° 12.534.498-4; de mí mismo domicilio, confiriéndole expresamente y mediante este acto, todas las facultades de actuación establecidas en el artículo 7° del Código de Procedimiento Civil, las cuales se tienen por reproducidas para todos los efectos legales, quienes suscriben el presente libelo en señal de aceptación del mandato judicial otorgado. Para efectos de acreditar la calidad de abogado, solicito se tenga presente lo contenido en el Autoacordado AD 754-2008, decretado por la Excm. Corte Suprema con fecha 08 de agosto de 2008.


11.108.330-4


12534.498-4

AUTORIZO EL PODER

Temuco 11 de mayo de 2016

