

Informe en Derecho

De conformidad con lo señalado en los artículos 2° inciso 1° y 3° N° 3 de la Ley N° 20.405, que crea el Instituto Nacional de Derechos Humanos (INDH), y con especial atención a la situación actual en que se encuentra la Región de la Araucanía, es que se elaboró el presente Informe en Derecho, mediante el cual se ofrece la opinión jurídica del INDH con ocasión del recurso de casación interpuesto por el Consejo de Defensa del Estado en contra de la Sentencia de la I. Corte Marcial, que absuelve al único acusado como responsable de la muerte del comunero Jaime Mendoza Collío, con el objeto de colaborar con el pronunciamiento definitivo de la E. Corte Suprema, de acuerdo a las consideraciones que se pasan a detallar a continuación.

I. ANTECEDENTES DEL CASO

Con fecha 16 de agosto de 2012, en causa Rol 17-2012, la Ilma. Corte Marcial dictó fallo revocando la condena de primera instancia dictada por el Juzgado Militar de Valdivia y absolvió al cabo Miguel Patricio Jara Muñoz de la acusación deducida en su contra como autor del delito de violencia innecesaria causando la muerte del comunero mapuche don Jaime Facundo Mendoza Collío, cometido el 12 de agosto de 2009.

El fundamento de la absolución fue haber reconocido al acusado las eximentes de responsabilidad contenidas en los artículos 410 del Código de Justicia Militar, artículo 10 N° 4 del Código Penal y artículo 412 del Código de Justicia Militar¹.

¹ **Artículo 410 del Código de Justicia Militar:** “Además de las exenciones de responsabilidad establecidas será causal eximente de responsabilidad penal para los Carabineros, el hacer uso de sus armas en defensa propia o en la defensa inmediata de un extraño al cual por razón de su cargo, deban prestar protección o auxilio”.

Artículo 411 del Código de Justicia Militar: “Estará también exento de responsabilidad penal, el Carabinero que haga uso de sus armas en contra del preso o detenido que huya y no obedezca a las intimaciones de detenerse.

Esto no obstante, los Tribunales, según las circunstancias y si éstas demostraren que no había necesidad racional de usar las armas en toda la extensión que aparezca, podrán considerar esta circunstancia como simplemente atenuante de la responsabilidad y rebajar la pena en su virtud en uno, dos o tres grados”.

Artículo 412 del Código de Justicia Militar: “La disposición del artículo anterior se aplicará también al caso en que el Carabinero haga uso de sus armas en contra de la persona o personas que desobedezcan o traten de desobedecer una orden judicial que dicho Carabinero tenga orden

Los hechos que se establecieron por la sentencia de primer grado en el considerando tercero y que la sentencia de segundo grado da por reproducidos, son:

“Que el día doce de agosto de dos mil nueve, se produce en el fundo “San Sebastián” de la comuna de Ercilla, IX Región de la Araucanía, una ocupación de terrenos por parte de un número indeterminado de comuneros mapuches, en cuya virtud Carabineros debe concurrir hasta el lugar cumpliendo un mandato impartido por la Fiscalía Local de Angol y materializar el desalojo de dicho predio y la detención de los responsables en caso de flagrancia. Es así como personal de Fuerzas Especiales de la Prefectura de Malleco, más personal especializado del GOPE de Santiago que prestaba apoyo circunstancial a los procedimientos policiales realizados en la zona, se traslada hasta dicho predio alrededor de las 14:30 horas. Al llegar, los funcionarios de la patrulla del GOPE, compuesto por el Teniente Raúl Alejandro Sáez Pezo y seis hombres de grados Sargento y Cabo se separan en dos grupos, uno compuesto por cuatro hombres y otro de tres. Es así como del grupo de tres integrantes, uno de ellos de grado Cabo 1º se adelanta a los otros dos, y persigue a unos sujetos que al decir de los funcionarios les habrían disparado con armas de fuego, persecución que se lleva a efecto hasta las cercanías de un canal donde conforme lo señala el funcionario policial persecutor fue atacado con una escopeta de perdigones, lo que lo motiva a efectuar disparos al aire previos de intimación y advertencia con la pistola fiscal marca Jericho calibre 9 mm., serie 97304417, para luego y al ser objeto de un nuevo ataque de las

de velar, y después de haberles intimado la obligación de respetarla; como cuando se vigila el cumplimiento del derecho de retención, el de una obligación de no hacer, la forma de distribución de aguas comunes, etc.”.

Artículo 10 número 4 del Código Penal: “Están exentos de responsabilidad penal: 4º El que obra en defensa de su persona y derechos, siempre que concurren las circunstancias siguientes:

Primera. Agresión ilegítima.

Segunda. Necesidad racional del medio empleado para impedirlo o repelerlo.

Tercera. Falta de provocación suficiente por parte del que se defiende”.

mismas características, realizar un quinto y último disparo en contra de uno de los presuntos atacantes, el que se hallaba a una distancia aproximada de treinta metros, el cual le impacta en la región torácica, cara posterior del hemitórax derecho (espalda), y saliendo el proyectil por el hemitórax anterior izquierdo (región precordial), causando su deceso a raíz de dichas lesiones por arma de fuego.”

El Consejo de Defensa del Estado (CDE) se hizo parte en el proceso instando por la condena del Cabo 1° Jara Muñoz, presentando recurso de casación en el fondo en contra de la sentencia de segunda instancia dictada por la I. Corte Marcial. En su recurso, el CDE señaló que respecto de la sentencia recurrida se configuró la causal de casación establecida en el art. 546 N° 7 del Código Penal, esto es, la sentencia impugnada violó las leyes reguladoras de la prueba, por cuanto se desconoció valor probatorio a diversas probanzas rendidas en el juicio conforme a la ley y, por otra parte, se concedió valor probatorio a pruebas que no cumplían con los requisitos exigidos por la ley para ser consideradas como tal. En relación a esta misma causal, el Fisco interpuso una segunda causal, la del art. 546 N° 4, que dispone que la aplicación errónea de la ley penal se produce al calificar la sentencia como lícito un hecho que la ley califica como delito. Esta causal se habría configurado como consecuencia de la causal anterior, por cuanto en base a la errada apreciación de la prueba, la Corte Marcial estimó acreditada las eximentes de responsabilidad penal del art. 410 del Código de Justicia Militar, 10 N° 4 del Código Penal y 412 del Código de Justicia Militar (en el orden señalado) y, en definitiva, terminó absolviendo al acusado, estimado lícito su actuar, el cual, a juicio del CDE, sería constitutivo de delito.

II. OBLIGACIONES DEL ESTADO EN MATERIA DE DERECHOS HUMANOS

En términos generales, en materia de derechos humanos, los Estados están sujetos a dos tipos de obligaciones:

- Obligación de respetar, según la cual los Estados deben abstenerse de violar los derechos humanos a través de sus órganos (Poder Ejecutivo, Legislativo y Judicial) o a través de sus agentes (por ejemplo funcionarios

públicos, policía, ejército) entendiéndose esta obligación como una restricción al ejercicio del poder estatal.

- Obligación de garantizar, de acuerdo a la cual los Estados deben organizar todo el aparato gubernamental y, en general, todas las estructuras a través de las cuales se manifiesta el ejercicio del poder público, de manera tal que sean capaces de asegurar jurídicamente el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos.

En el sistema interamericano, la sentencia de la Corte Interamericana en el caso *Velásquez Rodríguez* fue muy clara en distinguir entre los deberes de respeto y garantía del Estado, señalando sobre esta última obligación que *“implica el deber de los Estados Partes de organizar todo el aparato gubernamental y, en general, todas las estructuras a través de las cuales se manifiesta el ejercicio del poder público, de manera tal que sean capaces de asegurar jurídicamente el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos. Como consecuencia de esta obligación los Estados deben prevenir, investigar y sancionar toda violación de los derechos reconocidos por la Convención y procurar, además, el restablecimiento, si es posible, del derecho conculcado y, en su caso, la reparación de los daños producidos por la violación de los derechos humanos”*². A ello, la Corte agregó que *“La obligación de garantizar el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos no se agota con la existencia de un orden normativo dirigido a hacer posible el cumplimiento de esta obligación, sino que comparte la necesidad de una conducta gubernamental que asegure la existencia, en la realidad, de una eficaz garantía del libre y pleno ejercicio de los derechos humanos”*³. En otras palabras, el Estado debe garantizar el acceso a las víctimas de delitos.

Este deber de garantizar se encuentra reforzado en algunos casos pues diversos instrumentos internacionales dan cuenta de cómo ciertos grupos han sido históricamente discriminados y violados sus derechos sin que el Estado haya dado cabal cumplimiento al deber de protección hacia ellos. En estos casos suele haber un claro ambiente de tolerancia social hacia las constantes vulneraciones sufridas por un grupo de personas, derivadas básicamente de una menor consideración hacia su dignidad. En este contexto, el Derecho Internacional de los Derechos Humanos ha avanzado en la afirmación de una doble protección de sectores o grupos de la población tradicionalmente discriminados como mujeres, niños, niñas y adolescentes, indígenas, inmigrantes y otros.

² Corte IDH. **Caso Velásquez Rodríguez Vs. Honduras**. Fondo. Sentencia de 29 de julio de 1988. Serie C No. 4, párr. 166.

³ Corte IDH. **Caso Velásquez Rodríguez Vs. Honduras**. Fondo. Sentencia de 29 de julio de 1988. Serie C No. 4, párr. 166.

A continuación se analizará si en el caso de marras el Estado podría comprometer su responsabilidad en relación a la posible afectación de los siguientes derechos humanos:

- a) Afectación al derecho a la vida del comunero mapuche don Jaime Facundo Mendoza Collío y eventual incumplimiento de la obligación secundaria de investigar y sancionar dicha violación procurando además la reparación de los daños a través de una investigación y proceso judicial efectivos e independientes.
- b) Obligación de respetar las normas del debido proceso en la causa para establecer la responsabilidad criminal del Cabo 1° Jara Muñoz seguido en la justicia militar.
- c) Derecho a la igualdad ante la ley y del principio de no discriminación debido a las diferencias injustificadas en la valoración de las pruebas.
- d) Existencia de un recurso judicial efectivo para que la familia de la víctima pueda hacer efectiva la responsabilidad del agente policial involucrado y obtener la reparación correspondiente.

III. AFECTACIÓN AL DERECHO A LA VIDA Y LAS OBLIGACIONES QUE SE DERIVAN ANTE SU OCURRENCIA

El derecho a la vida se encuentra garantizado en la Constitución Política de la República y en tratados internacionales como el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y en la Convención Americana sobre Derechos Humanos. A lo anterior, se agrega que el art. 19 N° 1 de la Constitución Política de la República, consagra “*el derecho a la vida y a la integridad física y psíquica de la persona*”.

Por su parte, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos señala en el art. 6° que “*El derecho a la vida es inherente a la persona humana. Este derecho estará protegido por la ley. Nadie podrá ser privado de la vida arbitrariamente*”. En términos muy similares, la Convención Americana establece en su art. 4°, que “*toda persona tiene derecho a que se respete su vida. Este derecho estará protegido por ley y, en general, a partir de la concepción. Nadie puede ser privado de la vida arbitrariamente*”. El Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas señala respecto al derecho a la vida, que “se trata del derecho supremo respecto del cual no se autoriza suspensión alguna, ni siquiera en

situaciones excepcionales que pongan en peligro la vida de la nación”⁴ y que además resulta fundamental para el disfrute de todos los demás derechos humanos⁵. En el sistema interamericano de derechos humanos, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) en un sentido similar ha establecido que “el derecho a la vida juega un papel fundamental en la Convención Americana por ser el corolario esencial para la realización de los demás derechos. Al no ser respetado el derecho a la vida, todos los derechos carecen de sentido. (...)”⁶.

El derecho a la vida cumple entonces una función esencial para el desarrollo de los demás derechos. Lo anterior, ha sido afirmado en términos análogos por nuestro Tribunal Constitucional, refiriéndose a una suerte de carácter “fundante” del derecho a la vida, expresando que “el derecho a la vida es, sin duda alguna, el derecho fundante de todos los demás, pues sin vida, difícilmente tiene sentido referirse a otros derechos fundamentales” (STC 740, c. 55).

La Corte IDH ha agregado que “*los Estados tienen la obligación de garantizar la creación de las condiciones que se requieran para que no se produzcan violaciones de ese derecho inalienable y, en particular, el deber de impedir que sus agentes atenten contra él*”⁷. La protección del derecho a la vida por parte del Estado, no sólo involucra a los legisladores, sino a toda institución estatal y a quienes deben resguardar la seguridad, policía o fuerzas armadas. Los Estados deben tomar las medidas necesarias para prevenir y castigar la privación de la vida como consecuencia de actos criminales y también “prevenir las ejecuciones arbitrarias por parte de sus propias fuerzas de seguridad”⁸.

Sin embargo, se considera que el derecho a la vida no es de carácter absoluto y, tanto el Pacto de Derechos Civiles y Políticos como la Convención Americana de Derechos Humanos, protegen el derecho a no ser privado de la vida en forma arbitraria. El Comité de Derechos Humanos señala que la protección contra la privación arbitraria de la vida no sólo implica que los Estados Partes “deben tomar medidas para evitar y castigar los actos criminales que entrañen la

⁴ Observación General N° 6, Comentarios generales adoptados por el Comité de los Derechos Humanos, Artículo 6° - Derecho a la vida, 16° periodo de sesiones. U.N. Doc. HRI/GEN/1/ Rev.7 at 143 (1982). Párrafo 1.

⁵ Observación General N° 14, Comentarios generales adoptados por el Comité de los Derechos Humanos, Artículo 6° - El derecho a la vida, 23° periodo de sesiones. U.N. Doc. HRI/GEN/1/ Rev.7 at 158 (1984).

⁶ Corte IDH. **Caso 19 Comerciantes Vs. Colombia**. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 5 de julio de 2004. Serie C No. 109, párr. 153.

⁷ Corte IDH, **Caso 19 Comerciantes**. Sentencia de 5 de julio de 2004. Serie C N° 1109 Párr. 153.

⁸ Ídem.

privación de la vida, sino también evitar que sus propias fuerzas de seguridad maten de forma arbitraria”⁹, por lo que se debe controlar por ley estrictamente las circunstancias que permitan privar la vida a una persona. Existen, en consecuencia, situaciones excepcionales en que se puede privar de ese derecho a una persona, sin infringir sus derechos. Uno de esos casos, es la legítima defensa y la privación de la vida como resultado de la actuación lícita de las fuerzas de orden en la persecución de un fin legítimo. En estos casos las excepciones deben ser interpretadas lo más estrictamente posible a la luz de los principios de proporcionalidad y necesidad que requiere una afectación para no transformarse en una violación de derechos humanos. En este sentido, la Corte IDH ha señalado que si agentes estatales usan una fuerza letal “contra individuos que ya no plantean una amenaza, como por ejemplo individuos que se encuentran bajo custodia de las autoridades, constituiría una ejecución extrajudicial en violación flagrante del artículo 4° de la Convención”¹⁰.

Incluso, a mayor abundamiento, los estándares internacionales sobre uso de la fuerza por parte de las policías establecen que “*los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley, en el desempeño de sus funciones, utilizarán en la medida de lo posible medios no violentos antes de recurrir al empleo de la fuerza y de armas de fuego. Podrán utilizar la fuerza y armas de fuego solamente cuando otros medios resulten ineficaces o no garanticen de ninguna manera el logro del resultado previsto*”¹¹.

En el caso de autos, la I. Corte Marcial, absolvió de responsabilidad penal al acusado, aplicando en primer lugar la eximente de responsabilidad establecida en el artículo 410 del Código de Justicia Militar, que establece:

“Art. 410. Además de las exenciones de responsabilidad establecidas será causal eximente de responsabilidad penal para los Carabineros, el hacer uso de sus armas en defensa propia o en la defensa inmediata de un extraño al cual, por razón de su cargo, deban prestar protección o auxilio.”

El motivo por el cual se intentó aprehender a Jaime Mendoza Collío, según la versión de varios carabineros del GOPE, fue detener a cualquier persona que portara un arma, mientras otros dijeron que fue detener a cualquiera que estuviera

⁹ Ídem. Párrafo N° 3

¹⁰ Corte IDH, **Caso Zambrano Vélez y otros**. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 4 de julio de 2007, Serie C N° 166. Párr. 153.

¹¹ Principio 4 de los Principios Básicos sobre el Empleo de la Fuerza y de Armas de Fuego por los Funcionarios Encargados de Hacer Cumplir la Ley .Adoptados por el Octavo Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente, celebrado en La Habana (Cuba) del 27 de agosto al 7 de septiembre de 1990

presente en la toma. Lo cierto es que el acusado Jara no usó su arma en defensa inmediata de un extraño. Respecto de si usó su arma en defensa propia, veremos en diversos párrafos por qué el Instituto Nacional de Derechos Humanos considera que no se reúnen los requisitos legales de la legítima defensa.

Para configurar una legítima defensa se deben cumplir los siguientes requisitos:

i. Existencia de una agresión ilegítima.

En la investigación por la muerte del comunero Jaime Mendoza Collío, no se logró probar que los comuneros y comuneras estuviesen armados. El informe pericial de fojas 234 del Laboratorio de Criminalística Regional La Serena de la Policía de Investigaciones de Chile, señala textualmente:

“Respecto del resultado obtenido de las muestras tomadas desde ambas manos de JAIME MENDOZA COLLÍO, NO se obtuvieron resultados que indiquen la presencia de trazas características de residuos de disparo, de acuerdo a los parámetros establecidos por este Lacrim Regional.”

Por tanto Jaime Mendoza Collío no disparó un arma de fuego; el cartucho que habría sido encontrado por el grupo del GOPE en su bolsillo pudo haber sido colocado allí por cualquiera, y aun aceptando que él lo portara, no estaba mojado, lo que es extraño puesto que Jaime Mendoza cruzó a nado un canal, donde necesariamente el cartucho se habría mojado. Por último, es distinto portar un cartucho en un bolsillo a disparar con una escopeta contra alguien. Que la víctima tuviese un cartucho de escopeta entre sus vestimentas, no implica que haya tenido un arma y la haya disparado, máxime cuando no se encontró ningún otro cartucho de las mismas características en el lugar de los hechos. Surgieron sospechas para el Consejo de Defensa del Estado, del Fiscal Militar y del Juez Militar, de que dicho cartucho hubiese sido puesto allí por terceras personas (no parece muy razonable que portara un cartucho, siete piedras y una escopeta, y además, todo ello después de haber pasado por un canal de profundidad superior a un metro y que además, nada estuviere mojado). Finalmente, es importante destacar que los informes periciales están contestes en que no existe evidencia de que Jaime Mendoza haya disparado un arma antes de recibir el disparo que le causó la muerte.

Tampoco se encontró un arma en el lugar de los hechos y el testimonio del acusado de que habría visto como otros mapuche recogían algo del piso que podría ser un arma, no es suficiente prueba para producir convicción respecto de

este hecho. Evidentemente, **la sola declaración de un acusado, no constituyen plena prueba**, como hizo el fallo contra el que se recurrió de casación¹².

La única prueba de que el cabo recibió disparos de perdigones es el estado de sus vestimentas. Existen diversas declaraciones en el proceso donde consta que los comuneros y comuneras no usaron armas de fuego y en particular la víctima. No deja de llamar la atención que de todos los impactos de perdigones (varias decenas) que habría recibido el acusado, solo impactaron en su casco, visera, chaleco antibalas y chaleco táctico; nada impactó en alguna parte que pudiera lesionarlo.

A su vez, el considerando 13º de la sentencia absolutoria establece que para el tribunal Marcial:

“aun de ser cierto que no disparó, lo importante para estos efectos es que formaba parte de un grupo de personas que atacó al cabo 1º Jara Muñoz al menos con un arma de fuego.”

Por lo tanto la I. Corte Marcial establece que el hecho de recibir un disparo de un grupo indeterminado de personas, da el derecho a afectado de disparar y matar a cualquier persona que forme parte de ese grupo indeterminado. Contrario a lo señalado en la sentencia, la doctrina es conteste en afirmar que:

“La defensa debe dirigirse en contra del agresor. Si la defensa de un derecho surge de la comisión de un injusto ataque que coloca en peligro un bien jurídico, lo natural y coherente es que ella deba dirigirse de modo exclusivo en contra del agresor y no contra terceras personas”¹³.

ii. **Necesidad racional del medio empleado.** Este requisito es comprendido en la doctrina nacional de la siguiente manera:

“la situación ha de exigir el uso de la defensa para proteger a la persona o sus derechos. Este requisito debe entenderse en un doble sentido, que no solo limita el medio, sino la defensa misma, este requisito implica, en primer lugar, la necesidad racional de la defensa misma y, en segundo lugar la necesidad racional del medio”¹⁴.

¹² El Recurso de Casación del CDE impugna el fallo de la Corte Marcial, justamente por la vulneración de las leyes regulatorias de la prueba, vulneración que habría incidido en la incorrecta calificación del hecho como lícito.

¹³ GOMEZ LOPEZ, Orlando, Legítima Defensa, Editorial Temis, 1ª edición, Bogotá 1991, p. 220.

¹⁴ BUSTOS, Juan. Obras Completas, Derecho Penal Parte General, Tomo I, ARA Editores, Lima, 2005, p.237.

De acuerdo a esta concepción, se hace necesario analizar el tipo de armas con que se realizó la supuesta agresión y el arma con la que se hizo la supuesta defensa. Por un lado, habrían existido escopetas de perdigones que, como es sabido, pueden producir lesiones, salvo que sean disparadas desde muy cerca (en cuyo caso pueden ser mortales) y, por el otro, una pistola modelo Jericho 9 mm, que como se ha dado por probado en este juicio, es mortal.

No parece racional el uso del arma con la que el acusado intentó detener a los comuneros y comuneras, frente al posible hecho de haber recibido disparos de perdigones, desde una distancia de 30 metros, pues no implica un peligro inminente de muerte que pueda dar lugar a una acción defensiva, como la ejecutada por el cabo 1º Jara.

En un caso de agresión con perdigones, esta Excelentísima Corte en sentencia rol 6613-2012, del 24 de octubre del 2012, en su considerando decimoquinto, párrafo quinto señaló:

“si bien es cierto que los impactos se producen en el rostro de las víctimas, el arma empleada por Levipán era una escopeta hechiza y, por ende, por un lado carecía de seguridad de tiro y, por otro, dispersaba perdigones los que se diseminan aún más según la distancia a que se hace el disparo. No es este por lo tanto un elemento que permita calificar sin más la intención del agente como ánimo de matar.”

En este sentido, los criterios desarrollados en el instrumento internacional sobre **“Principios básicos sobre el uso de la fuerza y armas de fuego por agentes de la ley”** de las Naciones Unidas señala claramente:

*“Los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley no emplearán armas de fuego contra las personas salvo en defensa propia o de otras personas, en caso de peligro inminente de muerte o lesiones graves, o con el propósito de evitar la comisión de un delito particularmente grave que entrañe una seria amenaza para la vida, o con el objeto de detener a una persona que represente ese peligro y oponga resistencia a su autoridad, o para impedir su fuga, y sólo en caso de que resulten insuficientes medidas menos extremas para lograr dichos objetivos. **En cualquier caso, sólo se podrá hacer uso intencional de armas letales cuando sea estrictamente inevitable para proteger una vida**”¹⁵.*

¹⁵ Principios Básicos sobre el Empleo de la Fuerza y de Armas de Fuego por los Funcionario Encargados de Hacer Cumplir la Ley. Adoptados por el Octavo Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente, celebrado en La Habana (Cuba) del 27 de agosto al 7 de septiembre de 1990, principio 9º.

Este caso no se subsume en ninguno de los supuestos en que legítimamente un carabinero puede hacer uso de un arma de fuego, ya que:

- No existió peligro inminente de muerte del Cabo 1º Jara ni de un tercero;
- No se intentó evitar la comisión de un delito grave que entrañe una seria amenaza para la vida, ni de oponer resistencia a la autoridad;
- No se trató de impedir la fuga de alguien que hubiere estado detenido o preso.

Es claro que el delito de usurpación, que se imputa a Jaime Mendoza Collío y a otros comuneros y comuneras por parte de la I. Corte Marcial, solo ponía en peligro el bien jurídico de la propiedad y por lo tanto el uso de armas de fuego letales para impedirlo, en las circunstancias de autos, constituye un abuso. Incluso si el uso del arma fuese inevitable, el principio 5º del instrumento ya mencionado establece que los encargados de hacer cumplir la ley:

- a) *“Ejercerán moderación y actuarán en proporción a la gravedad del delito y al objetivo legítimo que se persiga;*
- b) *Reducirán al mínimo los daños y lesiones y representarán y protegerán la vida humana;*
- c) *Procederán de modo que se presenten lo antes posible asistencia y servicios, médicos a las personas heridas afectadas; (...)*¹⁶”

iii. Falta de provocación suficiente por parte del que se defiende.

Carabineros llegó al fundo San Sebastián con una orden de desalojo. De acuerdo a los testimonios que constan en la investigación, se trataba de una toma no violenta. Incluso el carabinero MANUEL TOLOZA HERNÁNDEZ a fojas 1212 declaró: *“... yo no vi mapuches portando escopetas, pero escuché disparos que deben haber provenido de los comuneros por la distancia en que se efectuaron”*. Es decir, ni siquiera hubo observación directa del porte de las escopetas.

El Consejo de Defensa del Estado, en su recurso de casación señala que la absolución del acusado por aplicación de la institución de la legítima defensa infringe varios artículos del Código Penal, entre ellos el art. 10 N° 4 que establece esta eximente. El CDE considera que haber encontrado el cuerpo de la víctima a 30 metros del lugar desde el cual el carabinero efectuó el disparo, descarta la inminencia del peligro. De haber existido una agresión del comunero, se habría

¹⁶ *Ibíd.*, principio 5º.

producido mucho antes ya que el comunero alcanzó a huir al menos 30 metros, cruzar un canal nadando y alcanzar la otra orilla, donde recibió un disparo por la espalda.

En su recurso, el CDE también considera que no cumplió con el requisito de la necesidad racional del medio empleado, toda vez que el carabinero señaló haber realizado un último disparo contra los atacantes. Sin embargo, Jaime Mendoza Collío huía sin portar armas de fuego y recibió un disparo en su espalda. No se estableció en el proceso que los comuneros portaran armas tampoco, ni tampoco se incautaron armas en el procedimiento. Sí quedó establecido, en cambio, que el acusado, tirador escogido de una unidad policial con naturaleza militar (GOPE), se hincó y procedió a disparar en contra de la víctima, cuando la supuesta agresión ya había terminado.

Ante lo anterior cabe recordar que la actuación de la policía tiene sus límites en el respeto a la integridad física y síquica de los ciudadanos, y en la observancia de sus derechos fundamentales. Incluso, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, recientemente ha sostenido que “el poder del Estado no es ilimitado, ni puede éste recurrir a cualquier medio para alcanzar sus fines ‘independientemente de la gravedad de ciertas acciones y de la culpabilidad de quienes cometen ciertos delitos’”¹⁷.

A nivel interno, el propio Código de Ética de Carabineros establece en su artículo 28, que los carabineros tienen la obligación de:

“Proteger la dignidad de las personas y sus derechos humanos. De igual forma, respetar las diferencias individuales, culturales, de género, etnia, religión, ideología u otras”.

Cabe también señalar que la obligación estatal referente a que las actuaciones policiales sean respetuosas de derechos humanos como la integridad personal y el derecho a la vida ha sido precisamente afirmada en los últimos tiempos en la Región de la Araucanía, lugar en que se produjo el caso de autos. La Excelentísima Corte Suprema ha precisamente señalado en diversos fallos que se han excedido límites en procedimientos policiales afectando derechos fundamentales¹⁸. El último fallo de la Ilustrísima Corte de Apelaciones de Temuco

¹⁷ CIDH. **Caso Eduardo Nicolás Cruz Sánchez y otros** (Operación Chavín de Huántar). Caso 12.444, Perú. Informe

de Fondo No. 66/11, 31 de marzo de 2011. Párr. 120.

¹⁸ La Excelentísima Corte Suprema en tres sentencias recientes, ha reconocido el abuso de la fuerza policial por parte de carabineros en la región de la Araucanía. El fallo de V.S. Excm. de 20

en esta materia, causa Rol 838-2012 de fecha 20 de diciembre del 2012, dispone claramente los límites del actuar policial:

*“3°.- Que sin perjuicio de que la Constitución Política de la República establece en el artículo 90 que las Fuerzas de Orden y Seguridad 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 determinan sus respectivas leyes orgánicas, dentro de las cuales está, evidentemente, controlar el orden público, **el uso de dichas facultades se encuentra limitado por el respeto de los derechos y garantías constitucionales, que la misma Carta Fundamental dispone, entre ellas la integridad personal de las personas y su libertad personal, en todas sus variantes de ejercicio, como lo estatuye con la mayor claridad el N ° 7 del artículo 19 del mismo texto, disponiendo que ésta no puede serle privada ni restringida, sino en los casos y en la forma determinados por la Constitución y las leyes, aparte de los derechos que Estatutos Internacionales prescriben respecto de las comunidades indígenas.***

*4°.- Que, es innegable que Carabineros de Chile es una institución que está entrenada profesionalmente para controlar multitudes que alteren el orden público de cualquier forma, para lo cual tiene **la facultad de utilizar diversos medios disuasivos, de los cuales se debe servir en forma racional y proporcional a la situación que en cada caso se vean expuestos...**”*

de julio de 2012 precisamente hace suya la tesis que venimos sosteniendo al acoger un recurso de amparo de los comuneros y comuneras de la Comunidad Indígena Wente Winkul Mapu, por el uso excesivo de la violencia por parte de Carabineros. Ver, Causas Rol 35-2012, 5441-2012 y 7132-2012, todas de la Excm. Corte Suprema.

En síntesis, en el caso de autos, se habría producido un uso excesivo de la fuerza de parte de un policía que afectó el derecho a la vida de una persona. La Corte Marcial absolvió al único acusado, aduciendo legítima defensa pero en los hechos descritos no se configurarían los requisitos propios esta institución, produciéndose en consecuencia una violación al derecho a la vida de don Jaime Mendoza Collio.

Si el Estado no castiga conductas que implican una vulneración a los derechos y garantías de las personas, se produce una violación de los derechos humanos de estas personas, pues los victimarios son agentes del Estado. Por lo mismo, es responsabilidad del Estado investigar a sus agentes y juzgar sus conductas delictivas. En el caso de análisis la situación es aún más compleja pues los agentes del Estado que se investigan y juzgan además son militares, de acuerdo al art. 6 del Código de Justicia Militar.

Por otra parte, cuando una afectación al derecho a la vida ha tenido lugar con la intervención de agentes estatales, el Estado, a fin de no incurrir en responsabilidad internacional, debe cumplir con una obligación adicional o secundaria que consiste en iniciar procedimientos serios, imparciales y efectivos¹⁹ para controlar el actuar de sus agentes a fin de verificar la legalidad del uso de la fuerza y el establecimiento de las eventuales responsabilidades penales involucradas. En consecuencia, si el Estado no provee de instancias que reúnan las características de seriedad, imparcialidad y efectividad antes mencionadas para establecer las causas de la muerte e identificar a los responsables, la afectación al derecho a la vida se transforma además en violación del deber de investigar y sancionar.

¹⁹ Ver Corte IDH, **Caso Montero Aranguren y otros**. Sentencia de 5 de julio de 2006. Serie C N°150, párr. 79, **Caso de la Masacre de Pueblo Bello**, Sentencia de 31 de enero de 2006, Serie C N°140, párr. 143; **Caso de la “Masacre de Mapiripán”**, Sentencia de 15 de septiembre de 2005, Serie C N°134 párr. 219; **Caso de la Comunidad Moiwana**. Sentencia de 15 de junio de 2005. Serie C No. 124, párr. 145 y **Caso Baldeón García Vs. Perú**. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 6 de abril de 2006. Serie C No. 147, párr. 92

IV. OBLIGACIÓN DE RESPETAR LAS NORMAS DEL DEBIDO PROCESO

a. Algunas consideraciones previas sobre la existencia de una justicia militar a la luz de los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentran vigentes

En Chile de conformidad con el artículo 5 del Código de Justicia Militar, la investigación de delitos del orden civil, cometidos contra personas civiles por uniformados es radicada en la jurisdicción castrense²⁰.

En opinión de este Instituto, fundada en los estándares internacionales de derechos humanos, dicha disposición interpretada conforme a la Constitución, al sistema de garantías penales y a los tratados internacionales ratificados por Chile, no puede concluir que un/a funcionario/a policial que cometa un delito del orden civil, solo en su razón de condición de uniformado/a, goce de una justicia especial sin las debidas garantías.

La Corte IDH ha establecido al respecto que:

“En un Estado democrático de derecho la jurisdicción penal militar ha de tener un alcance restrictivo y excepcional y estar encaminada a la protección de intereses jurídicos especiales, vinculados con las funciones que la ley asigna a las fuerzas militares. Por ello, sólo se debe juzgar a militares por la comisión de delitos o faltas que por su propia naturaleza atenten contra bienes jurídicos propios del orden militar”²¹.

La frase anteriormente citada es del Caso Palamara, en donde la Corte condenó en 2006 al Estado de Chile, principalmente por permitir juzgar en un tribunal militar a un civil. Esta jurisprudencia, asentada ya en el Caso Palamara, ha sido precisada que en un caso reciente de la Corte Interamericana, en donde se razona que:

“(S)i los actos delictivos cometidos por una persona que ostente la calidad de militar en activo no afectan los bienes jurídicos de la esfera castrense, dicha

²⁰ (1) Artículo 5° numeral 3° del Código de Justicia Militar: “Corresponde a la jurisdicción militar el conocimiento:

(...)

3° De las causas por delitos comunes cometidos por militares durante el estado de guerra, estando en campaña, en acto del servicio militar o con ocasión de él, en los cuarteles, campamentos, vivaques, fortalezas, obras militares, almacenes, oficinas, dependencias, fundiciones, maestranzas, fábricas, parques, academias, escuelas, embarcaciones, arsenales, faros y demás recintos militares o policiales o establecimientos o dependencias de las Instituciones Armadas;

²¹ Corte IDH. **Caso Palamara Iribarne Vs. Chile**. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 22 de noviembre de 2005. Serie C No. 135. Párr. 124.

persona debe ser siempre juzgada por tribunales ordinarios. En este sentido, frente a situaciones que vulneren derechos humanos de civiles bajo ninguna circunstancia puede operar la jurisdicción militar”.

Ambas citas de jurisprudencia de la Corte IDH nos señalan las dos restricciones materiales básicas que debe tener la justicia militar en una sociedad democrática y en un Estado parte de la Convención Americana sobre Derechos Humanos:

- 1) Las personas civiles nunca deben participar en la justicia militar (ni como acusados/as ni como acusadores/as).
- 2) La justicia militar solo debe operar cuando se pone en riesgo bienes jurídicos del orden castrense.

De esta forma, cuando un militar comete un delito común sobre un civil, este debiese ser conocido siempre por la jurisdicción del ámbito civil. Por una parte, porque no se puede someter a un civil a un sistema especial y, por otra, porque los delitos comunes comprometen intereses civiles, que cualquier ciudadano/a puede infringir y no solo los que tienen la condición de militares.

El artículo 5° del Código de Justicia Militar establece que será competencia de los tribunales castrenses. Conocer de delitos cometidos por militares en el ejercicio de sus funciones o en comisiones del servicio. Esta norma no debería ser interpretada en el sentido que todos los delitos cometidos por Carabineros en la ocasión de sus funciones deban radicarse en la jurisdicción militar, porque eso daría, por ejemplo, el absurdo de considerar que es función propia de Carabineros infringir tormentos, o cometer ilícitos en contra de personas privadas de libertad o disparar sobre personas involucradas en un operativo policial, como es el caso que dio lugar a la muerte de Jaime Mendoza Collio²².

²² En este mismo sentido se pronunció el 7° Juzgado de Garantía de Santiago en audiencia de incompetencia de la causa RIT 16253 – 2011 de diecisiete de febrero de dos mil doce, en donde se investiga la responsabilidad de Carabineros de Chile por torturas hacia un estudiante. En esta oportunidad el Magistrado Cristián Sánchez resolvió:

“las acciones (...) que cometieron los funcionarios policiales, en contexto de la denuncia materia de esta querrela, no puede sostener este tribunal que se trata de actos propios del cargo de los funcionarios judiciales, por el solo hecho de que estos llevasen consigo eventualmente algún uniforme que los pudiese caracterizar, la sola circunstancia de obrar en ese contexto, esto es, amparado bajo el uniforme, no genera ni transforma los actos que ejecutan las policías en un estatuto que a todo evento importe sólo y siempre la infracción de tipos penales y de obligaciones que en definitiva van a ser de conocimiento exclusivamente de la Justicia Militar, no, porque si toleráramos esa circunstancia estaríamos entonces olvidando que el Derecho Penal debe ser interpretado en forma sistemática y en forma coherente, por cuanto, claramente los funcionarios policiales que actuaron en el procedimiento (...) lo han hecho en opinión de este tribunal, claramente, de acuerdo a la relación de la querrela, al margen de todo procedimiento policial definido” “da la impresión que estaríamos en presencia sólo de una maniobra policial que ha importado un mero abuso de poder, amparado en el uniforme policial y que en consecuencia ello

Más aún, consideramos que la aplicación de la jurisdicción militar para investigar y juzgar la muerte del comunero mapuche don Jaime Facundo Mendoza Collío ha causado diversas infracciones al debido proceso que se pasan a destallar.

b. Violación de las garantías del debido proceso

Si bien las normas del debido proceso han protegido tradicionalmente a las personas imputadas por un delito, lo cierto es que las garantías procesales también protegen el derecho de los individuos a que se resuelvan con la máxima justicia posible las controversias que se susciten entre dos partes, sean ellas particulares u órganos del Estado y se refieran a materias que estén o no en el ámbito de los derechos humanos²³.

En nuestra Constitución Política de la República el debido proceso está establecido de la siguiente forma:

Art. 19 n° 3 Constitución Política:

“Toda sentencia de un órgano que ejerza jurisdicción debe fundarse en un proceso previo legalmente tramitado. Corresponderá al legislador establecer siempre las garantías de un procedimiento y una investigación racionales y justos”.

Por su parte, la Convención Americana también establece la garantía del debido proceso en su artículo 8, en particular su numeral 8.1 aplicable a víctimas e imputados, señala:

atenta contra el sistema de Garantías Procesales, previsto en la Convención Americana de Derechos Humanos y a modo de ejemplo, en el emblemático caso de Palamara o en el caso Almonacid, en el que se condena al Estado Chileno por actos de esta naturaleza y que significa entonces, el quebrantamiento de la regla prevista en el artículo 25 sobre Protección Judicial de la Convención Americana de Derechos Humanos”. En esta misma línea, recientemente la Corte de Apelaciones de San Miguel, Rol I. Corte N° 1745-2012 REF, de 18 de diciembre de 2012, ha resuelto sobre la jurisdicción castrense que “...el artículo 1° de la Ley N° 20.477, que lleva por epígrafe “Restricción de la competencia de los tribunales militares”, previene en su inciso primero lo siguiente: “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”. Octavo: Que la norma transcrita en el basamento precedente no distingue la calidad en que deben intervenir los civiles o menores de edad en el proceso, para el fin de sustraer el conocimiento de una determinada causa del ámbito de la jurisdicción militar; en consecuencia, podrán hacerlo en calidad de imputados u ofendidos y, en ambos casos, será competente el tribunal ordinario con competencia en materia penal que corresponda.” Esta interpretación extensiva se funda expresamente en el Oficio 99-2012 de fecha 29 de agosto de 2012 de la Excma. Corte Suprema, informando sobre el Proyecto de Ley que modifica el Código de Justicia Militar.

²³ MEDINA, Cecilia. (2005). La Convención Americana: Teoría, Jurisprudencia. Vida, Integridad personal, debido proceso y recurso judicial. Santiago: Centro de Derechos Humanos, Facultad de Derecho, Universidad de Chile, pág. 267.

“Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter”.

De la norma transcrita se deprenden diversos derechos que conforman la garantía del debido proceso y que en el presente caso no habrían sido respetados.

i. Derecho a ser oído

En el contexto de la justicia criminal, el derecho a ser oído consiste en que toda persona debe tener acceso al tribunal para que éste pueda pronunciarse sobre la determinación de los hechos y sobre la decisión de culpabilidad o inocencia de una persona, lo que requiere el Estado debe proveer a los individuos de los medios para poder acceder a todas las instancias relevantes del proceso.

En este sentido es importante tener en consideración que el artículo 133 del Código de Justicia Militar establece:

“El sumario se seguirá exclusivamente de oficio y, por lo tanto, no se admitirá querellante particular en estos juicios. Sin embargo, tratándose de los delitos de violación, rapto, adulterio o estupro, no podrá iniciarse el sumario sin el consentimiento del ofendido o de las personas que en conformidad a la ley respectiva puedan perseguir o denunciar el delito”.

“Las personas perjudicadas con el delito, sus ascendientes, descendientes, cónyuge o hermanos podrán, no obstante, impetrar las medidas de protección que sean procedentes, especialmente las relativas a asegurar el resultado de las acciones civiles que nazcan del delito; pero sin entorpecer en manera alguna las diligencias del sumario. Si se presentaren varias, deberán obrar conjuntamente”.

Por su parte, el delito 133-A establece las facultades que se reconocen a “los perjudicados con el delito y las demás personas señaladas en el artículo 133”. Estas facultades son:

1.- Solicitar la práctica de diligencias, siempre que estas diligencias no entorpezcan las diligencias del sumario, es decir, las decretadas por el Fiscal.

2. Solicitar la publicidad del sumario, conforme al art. 130. El Sumario es secreto, pero pasado 60 días de comenzado el sumario, “podrá” hacerse público el sumario siempre que no fuere perjudicial al éxito de la investigación. El procesado podrá solicitar el conocimiento del Sumario durante la tramitación y tendrá siempre derecho a conocerlo transcurridos 120 días desde la fecha de la resolución que lo sometió a proceso.
3. Solicitar se dicten autos de procesamientos.
4. Deducir recurso de apelación en contra del sobreseimiento y en contra de la resolución que conceda la libertad provisional al o los inculpados (as).
5. Solicitar diligencias en el Plenario hasta la resolución que recibe la causa a prueba y asistir a las diligencias probatorias del Plenario.
6. Deducir recursos de casación en contra de sentencias de la Corte Marcial.
7. Ejercer los derechos que expresamente le concedan las leyes.

El Código de Justicia Militar no admite la figura del querellante particular, sólo admite que la víctima, el “ofendido” o sus parientes más cercanos, intervengan en el juicio en calidad de “partes perjudicadas” por el delito, fundamentalmente para asegurar el resultado de la acción civil, es decir, la indemnización o reparación de los perjuicios causados y siempre y cuando no entorpezca el desarrollo del sumario que realiza el Fiscal Militar correspondiente.

La Corte Marcial ha señalado expresamente que *“la institución del perjudicado con el delito es una excepción al principio doctrinario y positivo, de derecho y legislación procesal militar universal, del juicio sin querellante particular. En consecuencia, la intervención del perjudicado en el delito en el proceso penal militar está limitada estrictamente al ejercicio de los derechos que le conceden en forma expresa alguna disposición legal”*²⁴.

El profesor Renato Astroza señala que todos los delitos de jurisdicción militar, sean comunes o militares, *“lesionan un interés de carácter institucional que es de tanta importancia que hace desaparecer jurídicamente, en el aspecto penal toda lesión de carácter particular. Es por ello que hay un consenso unánime en la doctrina que se conforma con la legislación positiva universal, de no admitir al querellante particular en el juicio penal militar”*²⁵.

²⁴ Corte Marcial, REV. D. y GAC. 1995, Sección IV. P. 261.

²⁵ Renato Astroza Herrera, *Código de Justicia Militar Comentado*. 3° ed. Editorial Jurídica de Chile, p.p. 178 y 179.

Con la incorporación el año 1967 y con su reforma del año 1991, del art. 133-A al Código de Justicia Militar, que reconoce una serie de derechos a la “parte perjudicada”, se podría intentar analogar esta figura con la de la parte querellante. No obstante, esto no es así, ya que la justicia militar, por principio, no prevé la figura del querellante; el objeto de la participación de la parte perjudicada es distinta, pues actúa “fundamentalmente” para asegurar el resultado de la acción civil y además la parte perjudicada no posee una serie de derechos e incluso obligaciones de la parte querellante en el proceso penal.

El Código de Justicia Militar tiene como norma de referencia el Código de Procedimiento Penal, según los disponen expresamente algunas normas del Código de Justicia Militar que remiten a ese Código y según lo dispuesto también en el art. 122 del Código de Justicia Militar, que señala como norma supletoria las normas del procedimiento que correspondan a los Tribunales ordinarios. En el Código de Procedimiento Penal, él o la querellante posee derechos que exceden notoriamente la norma del art. 133-A. En términos generales, estas mayores facultades pueden verse reflejadas en las disposiciones relativas a la apelación. Así, mientras en el Código de Procedimiento Penal constituye la regla general que las partes pueden apelar de todas aquellas resoluciones que les causen un gravamen irreparable (art. 54 bis inc. 2° CPP), el Código de Justicia Militar establece, en cambio en el art. 123, que “solamente son apelables” las resoluciones que enumera²⁶. El art. 123 inc. 2° señala que las demás resoluciones sólo serán apelables cuando la ley conceda expresamente el recurso, como es el caso del art. 133-A que concede apelación respecto de dos tipos de resoluciones. Es decir, la apelación es una facultad muy restringida. En definitiva, el Código de Justicia Militar no considera la participación de las víctimas, salvo para objetivos determinados y con competencias restringidas. Estas disposiciones claramente no cumplen con los estándares internacionales sobre acceso a la justicia y particularmente respecto del derecho a ser oído.

La posibilidad de ser oído/a en el marco de un procedimiento legalmente tramitado, es de capital importancia. En efecto, el Excmo. Tribunal Constitucional ha señalado “entre las bases del debido proceso, se incluye en principio de contradicción o bilateralidad de la audiencia, comprensivo del conocimiento oportuno de la acción, el derecho a formular las defensas y de rendir y controvertir la prueba. Sin embargo, doctrinariamente se acepta que la contradicción tiene

²⁶ Estas resoluciones son el auto de procesamiento, la denegatoria de la libertad provisional con posterioridad al cierre del sumario y dentro del Sumario cuando la prisión preventiva haya durado más de 20 días, los autos de sobreseimiento y las sentencias definitivas e interlocutorias de primera instancia.

distintos grados, según la naturaleza de la acción ejercitada, y que no se identifica necesariamente con un momento determinado del proceso. Su intensidad no es la misma en un juicio de lato conocimiento que en uno ejecutivo y su expresión aparece postergada en las acciones propiamente cautelares”²⁷.

De esta forma se ha decidido que: “si el requirente fue oído, planteó alegaciones y defensas y tuvo la posibilidad de interponer recursos, entonces no fueron conculcadas sus garantías constitucionales”²⁸. A contrario sensu, si no existe bilateralidad, o sea, si no existe formalmente la posibilidad de influir en un juicio, se vulneran el debido proceso.

La Corte Interamericana se ha referido, en una jurisprudencia asentada, a la posibilidad de las víctimas de una violación a los derechos humanos, de participar en el juicio:

“Este Tribunal ha señalado recientemente que las garantías establecidas en el artículo 8 de la Convención Americana suponen que las víctimas deben contar con amplias posibilidades de ser oídas y actuar en los procesos respectivos”²⁹.

“(P)ara que exista ‘debido proceso legal’ es preciso que un justiciable pueda hacer valer sus derechos y defender sus intereses en forma efectiva y en condiciones de igualdad procesal con otros justiciables”³⁰.

“De acuerdo con el artículo 8.1 de la Convención, el derecho a ser oído exige que toda persona pueda tener acceso al tribunal u órgano estatal encargado de determinar sus derechos y obligaciones”³¹.

“De conformidad con el derecho reconocido en el artículo 8.1 de la Convención Americana, en relación con el artículo 1.1 de la misma, este Tribunal ha establecido que los Estados tienen la obligación de garantizar que, en todas las etapas de los respectivos procesos, las víctimas puedan

²⁷ STC 1200, considerando 5.

²⁸ STC 1314, considerando 42

²⁹ Corte IDH. **Caso del Tribunal Constitucional Vs. Perú**. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de enero de 2001. Serie C No. 71, párr. 81.

³⁰ Corte IDH. **Caso Hilaire, Constantine y Benjamin y otros Vs. Trinidad y Tobago**. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 21 de junio de 2002. Serie C No. 94, párr. 146.

³¹ Corte IDH. **Caso Apitz Barbera y otros (“Corte Primera de lo Contencioso Administrativo”) Vs. Venezuela**. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 5 de agosto de 2008. Serie C No. 182, párr. 72.

*hacer planteamientos, recibir informaciones, aportar pruebas, formular alegaciones y, en síntesis, hacer valer sus intereses*³².

Cabe señalar, que los “intereses” son cautelados por la Constitución. Como lo ha sostenido este Tribunal “en este contexto, si el Estado debe “contribuir a crear las condiciones sociales que permitan a todos y a cada uno de los integrantes de la comunidad nacional su mayor realización espiritual y material posible, con pleno respeto a los derechos y garantías que esta Constitución establece”, puede sostenerse que tal deber abarca la protección de los intereses individuales legítimos que deben entenderse comprendidos dentro de un enfoque amplio del concepto ‘derecho’³³.

En el fondo, el derecho a ser oído/a y ejercer una defensa, implica que la víctima es tratada como un sujeto de derechos y no como un mero objeto procesal. En ese sentido, el artículo 1° de la Constitución es claro en sostener que las personas nacen libres e iguales en dignidad y derechos, y que el Estado está al servicio de la persona humana.

La Corte IDH, a propósito de la defensa jurídica de un/a imputado/a –pero plenamente aplicable a la defensa de una víctima-, ha razonado “que el derecho a la defensa obliga al Estado a tratar al individuo en todo momento como un verdadero sujeto del proceso, en el más amplio sentido de este concepto, y no simplemente como objeto del mismo”³⁴.

Cabe recordar, que la reforma procesal penal realizada en nuestro país, dentro de sus metas, tuvo el dar mayor participación a la víctima en el proceso, ya que esta había sido dejada de lado por el Derecho. Es por esto que la víctima pasó a ser un interviniente dentro del proceso, y el Ministerio Público tiene la obligación de informarla y asistirle. Estas nuevas garantías que la reforma le otorga a la víctima, se pierden cuando un caso es llevado por la Justicia Militar.

No parece justo por tanto en el caso de marras que, por ser el imputado un militar, la víctima y sus familiares vean sus derechos procesales disminuidos. Constituye una grave violación al derecho a un trato igualitario y al mandato

³² Corte IDH. **Caso Radilla Pacheco Vs. México**. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de Noviembre de 2009. Serie C No. 209, párr. 247. Además de: Corte IDH. **Caso Baldeón García Vs. Perú**. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 6 de abril de 2006. Serie C No. 147, párr. 146 / Corte IDH. **Caso Heliodoro Portugal Vs. Panamá**. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 12 de agosto de 2008. Serie C No. 186, párr. 247 / Corte IDH. **Caso Anzualdo Castro Vs. Perú**. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 22 de Septiembre de 2009. Serie C No. 202, párr. 183. Énfasis agregado.

³³ STC 634 considerando 21

³⁴ Corte IDH. **Caso Vélez Loor Vs. Panamá**. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de noviembre de 2010 Serie C No. 218, párr. 145.

constitucional que reconoce la igualdad entre todos/as los/as ciudadanos/as chilenos/as.

ii. Tribunal competente, independiente e imparcial establecido con anterioridad por la ley

Tribunal competente

La Constitución Política, como la CADH –norma con jerarquía constitucional por remisión del artículo 5 inciso 2³⁵- establece lo que en doctrina se conoce como el derecho al juez natural, que requiere que el tribunal esté establecido por la ley y que además esa ley respete ciertos principios al otorgarle competencia. Al respecto el Excmo. Tribunal Constitucional ha señalado que:

“El derecho de las personas a acceder libremente a un tribunal de justicia para la protección de sus derechos, también conocido en la doctrina moderna como derecho a la tutela judicial efectiva, es uno de los derechos asegurados por el N° 3° del artículo 19 de la Constitución, pues, aunque no esté designado expresamente en su texto escrito, carecería de sentido que la Carta Fundamental se hubiese esmerado en asegurar la igual protección de la ley en el ejercicio de los derechos, el derecho a la defensa jurídica, el derecho a ser juzgado por el juez natural, el derecho a un justo y racional procedimiento, si no partiera de la base de la existencia de un derecho anterior a todos los demás y que es presupuesto básico para su vigencia, esto es, el derecho de toda persona a ser juzgada, a presentarse ante el juez, a ocurrir al juez, sin estorbos, gabelas o condiciones que se lo dificulten, retarden o impidan arbitraria o ilegítimamente”³⁶.

El derecho a la competencia del juzgador, “está consagrado en los artículos 19 N° 3 inciso cuarto, 38 inciso 2°, 76 y 77 de la Constitución. El hecho de que toda persona sólo pueda ser juzgada por el tribunal que señale la ley y por el juez que lo representa no sólo constituye un derecho fundamental asegurado a toda

³⁵ Este artículo, en palabras de la Excma. Corte Suprema, otorga “rango constitucional a los tratados que garantizan el respeto de los derechos humanos, concediéndoles una jerarquía mayor que a los demás tratados internacionales, en cuanto regulan los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana y que “en definitiva los derechos humanos asegurados en un tratado de 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” (S.C.S Rol 3125-04 de 13.3.2007, considerando trigésimo nono).

³⁶ STC 1470, considerando 9.

persona, sino que representa, a la vez, un elemento básico para la seguridad jurídica, pues impide que el juzgamiento destinado a afectar sus derechos y bienes se realice por un tribunal o un juez distinto del órgano permanente, imparcial e independiente a quien el legislador haya confiado previamente esta responsabilidad que se cumple por las personas naturales que actúan en él³⁷.

La competencia que ejerce el tribunal, en la determinación de los derechos de las partes, no solo se ejerce sobre la parte acusada, sino sobre la parte acusadora también. Esto es incluso válido para los procedimientos penales. Al respecto el Excmo. Tribunal Constitucional ha establecido, en este sentido, que *“la querrela, el ejercicio de la acción y todas las actuaciones de la víctima dentro del proceso penal han de ser entendidas como manifestaciones del legítimo ejercicio del derecho a la tutela judicial efectiva en el proceso, por lo que el mismo no puede ser desconocido, ni menos cercenado, por el aparato estatal”*³⁸.

Incluso, a mayor abundamiento, se ha decidido que la acción y objetivos del proceso son parte del *“derecho a recurrir al juez en demanda de justicia, pues es la compensación por haberse prohibido la autotutela como solución de los conflictos. La solución del conflicto de los involucrados; y la actuación del derecho objetivo para mantener la observancia de la ley”*³⁹.

Si bien no es posible sostener que la víctima de un delito tiene derecho a la condena de los responsables, sí tiene un derecho claro a movilizar todo el sistema procesal penal para que se realice una investigación imparcial y efectiva, y que se le otorgue una reparación como víctima. En palabras de la Corte Interamericana *“el artículo 8.1 de la Convención Americana, en conexión con el artículo 25.1 de la misma, confiere a los familiares de las víctimas el derecho a que la desaparición y muerte de estas últimas sean efectivamente investigadas por las autoridades del Estado; se siga un proceso contra los responsables de estos ilícitos; en su caso se les impongan las sanciones pertinentes, y se reparen los daños y perjuicios que dichos familiares han sufrido”*⁴⁰.

Pues bien, la víctima de los procesos penales también se somete a la jurisdicción del Tribunal competente para sancionar a los responsables y la jurisprudencia interamericana ha sido enfática en sostener al respecto que:

³⁷ STC 554, considerando 17.

³⁸ STC 1535, considerando 17.

³⁹ STC 205, considerando 9.

⁴⁰ Corte IDH. **Caso Durand y Ugarte Vs. Perú**. Fondo. Sentencia de 16 de agosto de 2000. Serie C No. 68, párr. 130.

“cuando los tribunales militares conocen de actos constitutivos de violaciones a derechos humanos en contra de civiles ejercen jurisdicción no solamente respecto del imputado, el cual necesariamente debe ser una persona con estatus de militar en situación de actividad, sino también sobre la víctima civil, quien tiene derecho a participar en el proceso penal no sólo para efectos de la respectiva reparación del daño sino también para hacer efectivos sus derechos a la verdad y a la justicia (...). En tal sentido, las víctimas de violaciones a derechos humanos y sus familiares tienen derecho a que tales violaciones sean conocidas y resueltas por un tribunal competente, de conformidad con el debido proceso y el acceso a la justicia. La importancia del sujeto pasivo trasciende la esfera del ámbito militar, ya que se encuentran involucrados bienes jurídicos propios del régimen ordinario”⁴¹.

Al ser la jurisdicción militar una justicia especializada de juzgamiento de personal activo de las Fuerzas Armadas, en base a la Convención Americana y su jurisprudencia, y en base al sistema de garantías consagrado en el artículo 19 N° 2, no puede conocer en la determinación de derechos de **ciudadanos y ciudadanas civiles**.

Por lo anteriormente expresado y siendo que el caso del homicidio de Jaime Mendoza Collio fue sustanciado por tribunales militares, se habría afectado el derecho a un tribunal competente de acuerdo a los mencionados estándares internacionales de derechos humanos.

Tribunal independiente e imparcial

De acuerdo a la Corte IDH, la imparcialidad de un tribunal, “implica que sus integrantes no tengan un interés directo, una posición tomada, una preferencia por alguna de las partes y que no se encuentren involucrados en la controversia”⁴². Y la independencia de los jueces supone que se cuente con un adecuado proceso de nombramiento, duración establecida del cargo, garantías de inamovilidad y una garantía contra presiones externas⁴³.

⁴¹ Corte IDH. **Caso Radilla Pacheco Vs. México**. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de Noviembre de 2009. Serie C No. 209, párr. 275.

⁴² Corte IDH **Caso Palamara Iribarne Vs. Chile**. Sentencia de 22 de noviembre de 2005. Fondo Reparaciones y Costas. Serie C 135. Párr.146.

⁴³ Idem. par. 156. La Corte agrega que los Principios Básicos de Naciones Unidas relativos a la Independencia de la Judicatura se en el mismo sentido y cita el Caso del Tribunal Constitucional. Sentencia de 321 de enero de 2011. Serie C N° 71, párr. 75.

La justicia militar en Chile ha sido seriamente cuestionada en relación a su imparcialidad e independencia. A nivel regional, la Corte IDH señaló en el caso Palamara, que “Tal como surge del acervo probatorio y del peritaje de la señora María Inés Horvitz, la estructura orgánica de la justicia militar en Chile, en tiempos de paz, está compuesta por tres instancias integradas por jueces, fiscales, auditores y secretarios, quienes son militares en servicio activo, pertenecen a “un escalafón especial de justicia militar” y mantienen su posición de subordinación y dependencia dentro de la jerarquía militar. La jurisdicción militar se ejerce por los Juzgados Institucionales, los Fiscales, las Cortes Marciales y la Corte Suprema”⁴⁴.

Luego de describir la estructura, las distintas instancias, estamentos y las funciones de cada uno de los actores del sistema de justicia militar, la Corte IDH señala que la estructura orgánica y composición de los tribunales militares descrita, supone que “en general, sus integrantes sean militares en servicio activo, estén subordinados jerárquicamente a los superiores a través de la cadena de mando, su nombramiento no depende de su competencia profesional e idoneidad para ejercer las funciones judiciales, no cuenten con garantías suficientes de inamovilidad y no posean una formación jurídica exigible para desempeñar el cargo de juez o fiscales. Todo ello conlleva a que dichos tribunales carezcan de independencia e imparcialidad”⁴⁵.

La falta de independencia e imparcialidad de los tribunales militares ha sido relevada también al interior de nuestro propio sistema judicial. Informando el proyecto de ley boletín N° 8472-07 por oficio N° 99-2012 de 29 de agosto de 2012, los Ministros de la Corte Suprema señores Muñoz, Dolmestch, Araya, Künsemüller y Silva, sostuvieron: “*en la actualidad, salvo en aspectos netamente disciplinarios, no se vislumbran razones que justifiquen la existencia de la jurisdicción penal militar en tiempos de paz, teniendo en consideración para ello, entre otros múltiples motivos, que en un Estado Democrático de Derecho no resulta concebible que sus ciudadanos se encuentren sometidos a dos clases distintas de justicia: para algunos, una impartida por un órgano independiente del persecutor, oportuna, fundada en un procedimiento esencialmente oral, acusatorio; y para otros, una impartida por un órgano vinculado de manera estrecha con el que investiga y, por consiguiente, **altamente parcial** y **falta de independencia, tardía, sustentada en un proceso escrito, inquisitivo**”.*

⁴⁴ Corte IDH **Caso Palamara Iribarne**. Sentencia de 22 de noviembre de 2005. Fondo Reparaciones y Costas. Serie C 135. Par. 150. En la misma sentencia, la Corte refirió el hecho de que los militares que integran nuestra Corte Marcial dependen jerárquicamente de los mandos militares superiores. Sobre la Independencia de la justicia militar, ver párr.150 a 156.

⁴⁵ Idem. Párr. 155.

Habiendo analizado los antecedentes del caso, este Instituto considera que la falta de independencia e imparcialidad pareciera haber afectado su resolución por la muerte de Jaime Mendoza Collío. En primer lugar porque el delito por el que se acusó al carabinero autor de los disparos, fue el de “violencias innecesarias causando la muerte”, contemplado en el artículo 330 número 1 del Código de Justicia Militar⁴⁶, delito militar sólo aplicable a militares. El único acusado Cabo 1° Jara Muñoz fue juzgado por Tribunales Militares y fue la Corte Marcial quien finalmente lo absolvió. La Corte Marcial de Ejército, Fuerza Aérea y Carabineros, con asiento en Santiago, se encuentra 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 Ejército⁴⁷. Es decir, la mayoría de sus integrantes son oficiales en servicio activo.

En síntesis, la muerte de una persona civil, Jaime Mendoza Collío, producida por un carabinero, fue tratada como un delito militar (violencias innecesarias causando la muerte) y juzgada por Tribunales Militares. En términos generales, se podría considerar que funcionarios(as) de Carabineros de Chile y, en general todos/as los militares, cuando cometen delitos del orden civil, hacia una víctima civil, constituyen un grupo de privilegio o al menos un grupo diferenciado arbitrariamente, principalmente porque el Tribunal que los juzgará está constituido por pares, militares en servicio activo, careciendo de imparcialidad.

Pero, además, es especialmente relevante que en términos concretos y en relación al caso analizado, esta falta de imparcialidad se habría visto reflejada en la valoración de la prueba realizada por la Corte Marcial, la cual otorgó pleno valor probatorio a los dichos del carabinero acusado, Cabo 1° Jara Muñoz, pero no otorgó ningún valor probatorio a los dichos de siete comuneros mapuche, sin fundamentar su decisión.

En efecto, conociendo de la apelación de la sentencia condenatoria de primera instancia, la I. Corte Marcial estableció los siguientes hechos y conclusiones:

⁴⁶ *“El militar que, con motivo de ejecutar alguna orden superior o en el ejercicio de funciones militares, empleare o hiciere emplear, sin motivo racional, violencias innecesarias para la ejecución de los actos que debe practicar, será castigado:*

1° Con la pena de presidio mayor en sus grados mínimos a medio si causare la muerte del ofendido”.

⁴⁷ Art. 48 Código de Justicia Militar.

*“... Ya en el sitio del suceso, los funcionarios del GOPE, comandados por el Teniente Raúl Alejandro Sáez Pezo, se separó en dos grupos, uno compuesto por cuatro personas y otro por tres, integrando este último el Cabo 1º Miguel Patricio Jara Muñoz el que se adelantó a sus dos compañeros y persiguió a un grupo de individuos que le lanzaron elementos contundentes y dispararon con escopetas, respondiendo el mencionado Cabo 1º Jara con tres disparos al aire con su pistola de servicio marca Jericho calibre 9 mm., serie 97304417, llegando hasta un canal, lugar donde el Cabo 1º fue atacado por una cantidad indeterminada de sujetos con disparos de escopeta, recibiendo la munición en el visor de su casco y en parte del chaleco táctico, por lo que el carabiniere agredido hizo un cuarto disparo al aire, lo que provocó que los sujetos huyeran pero, volviendo estos, le hicieron **un nuevo disparo de escopeta impactando en el aludido chaleco**, por lo que disparó por quinta y última vez apuntando a los agresores, causándole la muerte a uno de ellos...”.*

En este punto, la sentencia se refiere a hechos que no constaron en autos, pues el Sr. Jara Muñoz jamás declaró que el “nuevo disparo de escopeta” impactara “en el aludido chaleco” y hace caso omiso del Informe Policial relativo al chaleco que portaba el acusado y que “curiosamente” tenía un impacto de perdigón en su interior incompatible con el hecho de que una persona portara al momento del impacto, según se afirma en el informe pericial de la Policía de Investigaciones. Agrega el fallo de la I. Corte Marcial:

“4º) Que, en efecto, no está en duda la existencia del ilícito cometido por un grupo de personas al ocupar ilegalmente un bien raíz rural ni que el requerimiento del Ministerio Público haya dado la orden a Carabineros de desalojar y detener a los autores de tal hecho. Y tampoco puede haber duda del hecho cierto y comprobado que el acusado recibió dos disparos de escopeta que dañaron tanto el visor del casco como el chaleco táctico que utilizaba, como ha quedado acreditado de las fotografías tomadas por la Policía de Investigaciones y signadas con los números 15, 16, 17 y 18, de fojas 127, 128 y 129, donde se constatan las huellas de las municiones de escopeta; del mismo modo en las fotografías 43 y 44 de fojas 141 se aprecian las piedras y un cartucho de escopeta encontradas en el bolsillo de la chaqueta del occiso, según se indica a fojas 118. Se ha dicho ante estrados que tanto el casco y el chaleco con huellas de disparo, así como el cartucho de escopeta encontrado en la chaqueta de Jaime Facundo Mendoza Collío correspondían a un “montaje” efectuado por Carabineros,

“montaje” que, por cierto, no sólo no se ha demostrado en un juicio sino que ninguna prueba hay en estos autos de su existencia y corresponde solo a alegaciones que no tienen asidero en la causa. Se pretende, sin más, decir que personal de Carabineros ha cometido un delito alterando el sitio del suceso y obstruyendo la acción de la justicia, sin que conste ningún antecedente en la causa que permita a estos sentenciadores arribar a una conclusión de esta naturaleza. Consiguientemente, debe necesariamente tenerse por cierto que al Cabo 1º Jara se le disparó con una escopeta por alguna persona de aquellas que participaban en la ocupación ilegal del fundo “San Sebastián”, y que al difunto Mendoza Collío se le encontró entre sus vestimentas un cartucho de escopeta...

6º) Que debe insistirse en el hecho que ninguna probanza hay en autos de que se haya alterado el sitio del suceso o que se haya disparado intencionalmente por los propios Carabineros al casco y al chaleco táctico del Cabo 1º Jara Muñoz, como se quiso hacer en estrados por el apelante Consejo de Defensa del Estado y el adherente a la apelación, la parte perjudicada y como supone el testigo señor Leonel Esteban Neculpán Huentecol (fojas 1284), quien confesó haber participado en la toma ilegal del fundo “San Sebastián”. Tales imputaciones desde luego deben ser demostradas en este proceso o en uno seguido por cuerda separada y no es posible aceptarlas por el simple hecho de decirlas, pues importan, ciertamente, la comisión de un delito y al respecto debe presumirse la inocencia hasta que una sentencia condenatoria firme diga lo contrario, sentencia que no existe...”

La I. Corte Marcial desestima los antecedentes del juicio sosteniendo que un “montaje” (expresión usada en la sentencia) solo puede probarse en otro juicio penal y que mientras no se haga, “debe tenerse necesariamente por ciert(a)” la versión de los carabineros o policías acusados de un delito. Esta argumentación resulta insostenible, pues resulta evidente que aunque no exista una condena penal por un “montaje policial” ello no puede llevar a tener como una verdad irrefutable la versión policial, máxime cuando es un carabinero el acusado por un homicidio o violencia innecesaria con resultado muerte. Es decir, podría estimarse razonablemente probado un montaje en un juicio, para no acoger la coartada del acusado. También podría establecerse la falta de participación u otro motivo de absolución respecto del hecho del montaje, pero no respecto del hecho principal enjuiciado, en este caso la muerte de Jaime Mendoza Collío.

En la sentencia se afirma que “no hay ninguna prueba del montaje”, pero lo cierto es que una afirmación de este tipo desconoce el hecho de que sí existe evidencia y el tribunal no se hace cargo ponderarla. Es así como en el expediente constan diversas pruebas que debieron haber sido valoradas:

- Declaraciones contradictorias, en especial porque los carabineros que iban con Jara dicen no haber visto nada, pero estaban a escasos segundos del lugar de los hechos.
- El perdigón al interior del chaleco antibala del acusado.
- Todos los perdigones habrían impactado en prendas o artefactos que no tenían una posibilidad de lesión en el cuerpo de Jara, y curiosamente, ninguno en el piso, a pesar de ser varios cientos los perdigones disparados al cuerpo de Jara Muñoz según su propia versión.
- El chaleco antibala de Jara fue encontrado tirado en el piso, en una oficina vacía, adyacente a la del General Bezmalinovic y sin ninguna cadena de custodia.

En este sentido el tribunal de segunda instancia debería al menos haberse hecho cargo de estos antecedentes y eventualmente incluso desestimarlos por insuficientes, pero en ningún caso dejar de considerarlos. En el considerando 11º la Corte Marcial añade:

*“11º) ... se olvida que los ocupantes ilegales hicieron numerosos disparos con escopeta y es posible y verosímil que uno de los perdigones se haya alojado en la parte del chaleco que muestra la referida fotografía y, ciertamente, también **es posible que uno de los perdigones haya rebotado y se haya desviado de su trayectoria**, pero lo que no es aceptable es pretender que esta Corte suponga, sin ninguna prueba, que ese perdigón obedece a una suerte de puesta en escena para alterar el sitio del suceso y las evidencias: toda la prueba apunta que dicho perdigón fue disparado por los ocupantes ilegales del mencionado predio, a los que el Cabo 1º Jara y los demás policías que participaron del operativo tenían la obligación de desalojar y detener. Se ha querido ver, asimismo, que no se encontraron perdigones en el campo, pero tampoco se encontraron las balas que disparó el Cabo 1º Jara, ni siquiera la que hirió mortalmente a Jaime Mendoza, ni tampoco se encontraron los balines de goma disparados por los Carabineros” (lo destacado es nuestro).*

Este razonamiento parece no respetar la objetividad pues son cientos los perdigones que según la versión del acusado se dispararon en su contra. En

cambio él, según su versión, disparó solo 5 balas, 4 al aire y otra que mató a la víctima. Por lo tanto, es obvio que era muy difícil encontrarlas (sumado a la gran cantidad de metros que una bala de 9 mm puede recorrer). La argumentación carece de objetividad cuando se dice que es más probable que un perdigón haya rebotado y desviado su trayectoria para alojarse en el interior de un chaleco antibalas, a que se hubiere realizado una puesta en escena por el acusado con el fin de alterar la evidencia.

Sorprende la manera en que la I. Corte Marcial fundándose en “lo posible” acepta que el perdigón al interior del chaleco antibalas del acusado se incrustó allí por una mera casualidad. Resulta difícil aceptar que se excluya de plano lo probable (el montaje, de acuerdo a lo expresado por la misma sentencia revisada por la I. Corte Marcial), frente a lo posible (que el perdigón llegó al interior del chaleco antibala por un rebote).

La sentencia pondera la prueba en relación al hecho de no haberse encontrado ningún perdigón en el lugar donde supuestamente fue atacado el Sr. Jara, presentando una justificación poco probable. Así, se justifica esta situación por parte del sentenciador de segunda instancia en los dichos del acusado, quien señala que los disparos de los que fue víctima, fueron ejecutados sobre unos montículos, al otro lado de un canal, de arriba hacia abajo, y en consecuencia muchos habrían impactado donde el acusado estaba arrodillado. En ningún momento se hace cargo del hecho que ningún perdigón fue encontrado en el piso, sino que todos en el chaleco táctico, en el chaleco antibala y en el casco. Ello no parece probable.

Además de la valoración de la prueba sin la debida objetividad, la argumentación de la Ilma. Corte Marcial en relación con el tipo penal difícilmente pasa un examen de imparcialidad. En efecto, el sentenciador estimó que aun cuando no se reunieran los requisitos de la legítima defensa, el fallo habría sido en todo caso absolutorio. Justifica así la aplicación de la eximente de responsabilidad penal contenida en el artículo 412 del Código de Justicia Militar, aún para el caso de estimarse que el acusado no fue atacado por terceras personas:

“16º) Que, en todo caso, aún de no darse en la especie todos los elementos de la legítima defensa, igualmente el Cabo 1º Jara está exento de responsabilidad criminal por aplicación a la especie del artículo 412 del Código de Justicia Militar. Esta norma refiere “La disposición del artículo anterior (o sea, la exención de responsabilidad penal de que trata el artículo 411 del Código de Justicia Militar) se aplicará también al caso en que el carabiniere haga uso de sus armas en contra de la persona o personas

que desobedezcan o traten de desobedecer una orden judicial que dicho Carabinero tenga orden de velar, y después de haberles intimado la obligación de respetarla; como cuando se vigila el cumplimiento del derecho de retención, el de una obligación de no hacer, la forma de distribución de aguas comunes, etc.” Claramente, atendida la época de redacción de la norma citada, cuando ésta se refiere a “orden judicial” **debe ahora también incluirse a una orden dada por el ente persecutor, esto es, el Ministerio Público.** En el caso sub judice, el Cabo 1º Jara Muñoz estaba obligado a cumplir una orden emanada del Ministerio Público, consistente en desalojar del fundo “San Sebastián”, en la comuna de Ercilla, a sus ocupantes ilegales y de detenerlos en caso de flagrancia, debiendo recordarse que todo usurpador, por la naturaleza del delito –permanente, como ya se dijo-, está siempre en flagrancia. Carabineros, entonces, está autorizado por esta disposición legal a usar de sus armas contra personas que desobedecen, con las siguientes exigencias:

a) Que el carabinero haya intimado la obligación de respetar una orden judicial (o del Ministerio Público) que el mismo tenga la obligación de velar... Es del caso que cuando Carabineros llega al referido fundo, al menos cuando llega el grupo al que pertenecía el Cabo 1º Jara, ya otro grupo de funcionarios policiales estaba dando cumplimiento a la orden del Fiscal a que ya se ha hecho referencia, prestando cobertura el nuevo contingente, persiguiendo a los ocupantes que atacaban a las fuerzas de carabineros, de manera que claramente debe entenderse que dichos ocupantes ya estaban “intimados” del cumplimiento de la orden, intimación que, en todo caso, consiste en hacer saber a los infractores que tienen el deber de respetar una orden judicial o, en este caso, del Ministerio Público y, ciertamente, es imposible sostener que los ocupantes ilegales del fundo no hayan sabido de la existencia de una orden de desalojo y de detención si, precisamente, se enfrentaron con Carabineros con piedras, palos y escopetas, para impedir que la fuerza policial cumpliera con su deber. O sea, sabedores los que se tomaron el campo, entre los cuales estaba Jaime Mendoza, de su actuar ilícito, la sola presencia de Carabineros constituía una intimación a deponer su actividad delictiva lo que no solo no hicieron sino que, al contrario, atacaron al personal policial de la manera que ya tantas veces se ha dicho.

b) Que la persona o personas desobedezcan o traten de desobedecer la orden judicial que le fue intimada por el carabinero. De acuerdo al mérito de los antecedentes, **enterados los ocupantes ilegales del predio de la orden**

dada en su contra, por la sola presencia de Carabineros, la desobedecieron al atacar a los funcionarios con palos, piedras y disparos de escopetas.

Respecto al considerando anteriormente transcrito, cabe señalar que no puede confundirse una orden judicial con la sola presencia de Carabineros. Ese error es evidente, pues de lo contrario jamás se aceptaría un recurso de amparo en contra de Carabineros, ya que debiera entenderse que cada vez que hay un carabinero ejecutando un acto, dicho acto obedecería a una orden judicial. Una orden judicial y otra del Ministerio Público no son comparables y, si así lo hubiese querido el legislador, lo habría establecido expresamente.

Por otra parte, no debe hacerse extensivo el derecho a usar un arma de fuego más allá de lo establecido expresamente en la ley, pues se trata de una norma que eventualmente autoriza a quitar la vida de un ser humano y en tal sentido no queda sino realizar una interpretación restrictiva, o bien, una literal. En efecto a luz de los tratados internacionales suscritos por el Estado de Chile no resulta factible realizar una interpretación extensiva de normas que permiten terminar con la vida como consecuencia de la desobediencia a una orden intimada (incluso en forma legal) y, en todo caso, dicha situación no puede autorizar a disparar a matar civiles sin los requisitos de excepcionalidad, necesidad y proporcionalidad señalados a propósito del derecho a la vida.

La I. Corte Marcial intenta equiparar la sola presencia de carabineros con una orden judicial de desalojo intimada en forma legal. El error es evidente, pues con tal interpretación no sería jamás necesario intimar una orden pues bastaría la presencia policial, y la norma que exige la intimación de la orden debe ser interpretada en el sentido en que tenga aplicación y no en uno en que jamás la tenga.

Continúa considerando 16º señalando:

c) *“Necesidad racional de usar el arma en la extensión en que se hizo. Ya está dicho pero hay que reiterarlo, aún cuando no concurren todos los requisitos de la legítima defensa (artículo 410 del Código de Justicia Militar en relación con el artículo 10 nº 4 del Código Penal), aparece claro que ante el ataque recibido por el Cabo 1º Jara de parte de aquellos que **desobedecieron la orden intimada**, esto es, con palos, piedras y disparos de escopeta, el hacer uso de su arma de fuego por parte del aludido funcionario policial, después que éste recibió en su equipo de protección personal al menos dos disparos de escopeta y habiendo*

adoptado una posición de defensa y protección de su persona y no de agresión, parece proporcional al ataque.”

A pesar de toda la prueba existente que contradice los dichos del Cabo 1º Jara, el sentenciador le otorga veracidad a los dichos de éste, que es el imputado en la causa y no señala por qué descarta el resto de la prueba. Asimismo, resulta preocupante la falta de valoración que se realiza en las declaraciones de los comuneros y comuneras mapuche pues ello se traduce en un posible acto discriminatorio ya que no es entendible que las declaraciones de al menos 7 comuneros y comuneras no hayan sido consideradas sin mayor fundamento, o al menos sin un fundamento que permita entender por qué esta prueba es desechada y la que absuelve al inculpado es considerada.

Consta en el expediente de esta causa distintas declaraciones de testigos directos de los hechos, todos pertenecientes al pueblo mapuche que señalan versiones diversas a los que finalmente fueron acogidos por el Tribunal:

- Declaración de María Mendoza (fojas 34) que asegura que los comuneros en la toma no tenían armas.
- Juan Curipán Collío (fojas 35) que declara que las únicas armas que ellos tenían eran boleadoras.
- Cristian Mendoza Millape (fojas 36) que declara que solo tenían boleadoras y chuecas.
- Jessica del Carmen Díaz Cabrapán (fojas 1038) que declaró haber visto pasar a la víctima (“el chico de apellido Mendoza”) y otro muchacho (el Yoto), solo a ellos dos, desarmados y perseguidos por carabineros.
- Ida del Carmen Troncoso Velásquez (fojas 1041 y 1044) que vio pasar dos jóvenes corriendo sin nada en sus manos, y que un carabinero le dijo a otro “dispárale hueón que se te escapa”, y que luego sintió un disparo distinto a escopeta, y después vio el cuerpo de la víctima tirado en el suelo cerca del canal.
- Isabel Inés Castillo Cabrapán (fojas 1040) que también vio solo a dos comuneros desarmados pasar corriendo por fuera de su casa, siendo seguidos por carabineros que les disparaban.
- Esteban Neculpán Huentecol (fojas 1284) que fue testigo directo del homicidio, pues es el otro muchacho que corrió junto con la víctima huyendo de carabineros.

Todos estos/as testigos declaran de forma tal que hacen increíble la versión del inculpado. Sin embargo, en la sentencia no se logra explicar por qué son desestimados. El sentenciador en definitiva no logra explicar por qué cree al acusado y no cree a ninguno de estos/as testigos.

En contraposición a ello, existen diversas contradicciones en relación a la tesis sostenida por el cabo Jara, a saber:

- Declara que disparó al aire cuando recibió los impactos balísticos en la visera, en el chaleco antibala y en el chaleco táctico.
- Resultó probado que el visor con los impactos de perdigones y con la transpiración dificultaron enormemente su visión.
- Luego declara que una vez que los comuneros y las comuneras huían, Jaime Mendoza Collío se dio vuelta para dispararle al cuerpo, y que sólo allí, cuando ya los disparos de escopeta de los comuneros eran a 30 metros de distancia, por primera vez usó su arma para disparar a matar, impactando en la espalda de la víctima.

Asimismo, existen declaraciones de funcionarios de carabineros que se contradicen con la tesis expuesta por la el mismo cabo Jara. Entre ellas, se destacan:

- Declaración del Sargento 2º Nelson Gabriel Maldonado Peso (GOPE) que afirma a fojas 222 “...cuando íbamos bajando escuchamos tiros de escopeta entre dos o tres tiros y después escuché alrededor de cinco tiros de pistola” (esto es incoherente con la declaración de Jara, pues éste habla de un intercambio de disparos, unos de escopeta, luego pistola, después escopeta y finalmente pistola). Después, este mismo Sargento afirma que cuando llegó a la orilla del canal, Jara le dijo que Jaime Mendoza Collío estaba muerto, pero no podía saberlo, porque ningún carabinero, ni el propio Jara había cruzado el canal en ese momento.
- No puede soslayarse la conclusión del Informe Pericial Balístico (de fojas 465) de la Policía de Investigaciones, que respecto al chaleco antibala que utilizaba Jara, establece: “Se estableció que el orificio ubicado en la cara interna de la parte posterior del chaleco, a 1,1 cm del borde izquierdo y a 37,5 del borde inferior, corresponde a un impacto de perdigón, cuya trayectoria no es compatible con el hecho de que una persona haya vestido el chaleco al momento de producirse el impacto”.

- El carabinero Manuel Toloza Hernández a fojas 1212 declaró que no vio mapuches portando escopetas.

Cabe destacar que tampoco se encontró un arma en el lugar y el testimonio del acusado de que habría visto como otros “peñis” recogían algo del piso que podría ser un arma. Nos parece que no es suficiente prueba para producir convicción respecto de este hecho. La única prueba de que el cabo recibió disparos de perdigones es el estado de sus vestimentas, pero no se le produjo ninguna lesión. Además, existen diversas declaraciones en el proceso donde consta que los comuneros y comuneras no usaron armas de fuego y en particular la víctima.

Evidentemente, la **declaración de un acusado** no es una a la que se le pueda dar el carácter de **plena prueba** como hizo el fallo contra el que se recurrió de casación. En este punto, encontramos uno de los aspectos más preocupantes del razonamiento del sentenciador de segunda instancia, pues fácilmente acepta como un hecho cierto e irrefutable la declaración del acusado carabinero, pero resta credibilidad a la declaración de ciudadanos y ciudadanas, que tienen como característica común no tener antecedentes penales y pertenecer al pueblo mapuche.

La garantía del juez imparcial requiere que la sentencia se haga cargo de todos los argumentos y pruebas rendidas por las partes y en caso de desecharlas lo haga mediante fundamentos razonables y dentro del marco legal, lo que no ocurrió en el caso de marras donde la prueba rendida es valorada con la clara intención de exculpar al Cabo 1º Jara de su responsabilidad en los hechos.

V. IGUALDAD ANTE LA LEY Y NO DISCRIMINACIÓN

Los antecedentes expuestos, nos llevan también a considerar la existencia de una violación al principio de igualdad ante la ley y del derecho a un igual acceso a la justicia.

Al respecto, cabe recordar que la igualdad ante la ley se encuentra consagrada en el artículo 19 N° 2 de la Constitución Política, señalando que se reconoce y asegura a todas las personas *“La igualdad ante la ley. En Chile no hay persona ni grupo privilegiados. En Chile no hay esclavos y el que pise su territorio queda libre. Hombres y mujeres son iguales ante la ley. Ni la ley ni autoridad alguna podrán establecer diferencias arbitrarias”*.

El artículo 3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, establece que *“Los Estados Partes en el presente Pacto se comprometen a garantizar a hombres y mujeres la igualdad en el goce de todos los derechos civiles y políticos enunciados en el presente Pacto”*. Además, asegura el derecho a la no discriminación en el Art. 2 N° 1, el cual dispone que *“Cada uno de los Estados Partes en el presente Pacto se compromete a respetar y a garantizar a todos los individuos que se encuentren en su territorio y estén sujetos a su jurisdicción los derechos reconocidos en el presente Pacto, sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social”*.

Una disposición similar contempla en Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, el cual señala que *“Los Estados Partes en el presente Pacto se comprometen a garantizar el ejercicio de los derechos que en él se enuncian, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social”*.

En el sistema interamericano, las cláusulas de igualdad y no discriminación se encuentran incluidas en los artículos 1.1 y 24 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. El artículo 1.1 establece que *“1. Los Estados Partes en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social”*. Por otra parte, el artículo 24 señala que *“Todas las personas son iguales ante la ley. En consecuencia, tienen derecho, sin discriminación, a igual protección de la ley”*.

La Comisión Interamericana de Derechos Humanos, ha señalado que *“una manifestación específica del derecho a la igualdad y a la no discriminación se da en el ámbito de los tribunales y cortes de justicia, en el cual dicho derecho se entrelaza con las garantías del debido proceso que fundamentan un juicio justo”*.

El principio de igualdad no excluye la existencia de diferencias entre dos o más personas o situaciones, sino más bien lo que realmente prohíbe son aquellas que se basan en distinciones de carácter arbitrario. Las diferencias de trato se permiten cuando los supuestos son desiguales y cuando la distinción obedece a un criterio de necesidad y se cumple con los requisitos de idoneidad y

proporcionalidad. Nuestro Tribunal Constitucional ha afirmado que las diferencias realizadas por los poderes del Estado deben obedecer a una finalidad objetiva y constitucionalmente válida, deben ser adecuadas al fin que se pretende obtener y, por último, deben ser proporcionales, en el sentido que no pueden tratar de alcanzar siquiera fines constitucionalmente legítimos de un modo abiertamente desproporcional⁴⁸.

En el caso que ha motivado la presentación del presente informe en derecho, es plausible sostener entonces que existe un tratamiento y una valoración desigual respecto de testigos carabineros y de testigos mapuche, contraviniendo el principio de igualdad, consagrado además de los citados, en diversos instrumentos internacionales específicos, como la Convención Internacional sobre la eliminación de todas las formas de discriminación racial, que en su art. 5 letra a) dispone:

“En conformidad con las obligaciones fundamentales estipuladas en el artículo 2 de la presente Convención, los Estados partes se comprometen a prohibir y eliminar la discriminación racial en todas sus formas y a garantizar el derecho de toda persona a la igualdad ante la ley, sin distinción de raza, color y origen nacional o étnico, particularmente en el goce de los derechos siguientes:

a) El derecho a la igualdad de tratamiento en los tribunales y todos los demás órganos que administran justicia”

En este mismo tenor, el artículo 26 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, dispone que:

“Todas las personas son iguales ante la ley y tienen derecho sin discriminación a igual protección de la ley. A este respecto, la ley prohibirá toda discriminación y garantizará a todas las personas protección igual y efectiva contra cualquier discriminación por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social”.

Específicamente respecto de discriminación a integrantes del pueblo mapuche, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, ha señalado que a la luz del derecho internacional, “las personas y los pueblos indígenas son titulares de los derechos a la igualdad, a verse libres de toda forma de discriminación –en particular de toda forma de discriminación racial fundada en su origen étnico–, y a

⁴⁸ STC 1254, consideraciones 46. En el mismo sentido STC 1307, consideraciones 12 a 14 y STC 1273, considerando 60.

recibir igualdad de trato por parte de los tribunales de justicia sin que su pertenencia étnica sea motivo de distinción, exclusión, restricción o preferencia desfavorable”⁴⁹.

El Consejo de Defensa del Estado fundamentó, como causal de casación principal, la vulneración de las leyes reguladoras de la prueba, vicio que habría influido sustancialmente en lo dispositivo del fallo. Para ello, el CDE comienza sus argumentaciones, señalando que la sentencia recurrida infringió varias normas penales, por cuanto desconoció todo valor probatorio a las declaraciones de los y las testigos perteneciente al pueblo mapuche. La Corte Marcial justificó esta diferenciación sosteniendo que al menos el testigo Luis Mendoza Millape disparó un arma de fuego y que todos los testigos eran ocupantes ilegales del fundo o simpatizantes de los mismos, de manera que no tienen la imparcialidad necesaria para formar plena convicción al Tribunal.

En otras palabras, la Corte Marcial desestimó los dichos de las y los testigos mapuche por haber participado de la ocupación o ser simpatizantes de quienes participaron en la toma del fundo. Esta interpretación de la Corte, a juicio del Consejo de Defensa del Estado, violaría las normas de los arts. 459 y 464 del Código de Procedimiento Penal, por cuanto se trataba de once testigos contestes⁵⁰, que dieron razón de sus dichos y que declaraban que la ocupación del Fundo San Sebastián fue realizada en forma pacífica y sin porte de armas de fuego.

Al Instituto preocupa que la valoración de la prueba se haya realizado de manera discriminatoria, restando credibilidad a los y las testigos mapuche, por no considerárseles imparciales y, por otra parte, se haya concedido absoluta credibilidad a los testigos policías, a quienes si se considera imparciales, a pesar de que al igual que los presuntos ocupantes tuvieron participación directa en los incidentes, por cuanto esta discriminación no estaría debidamente justificada. La Corte Marcial invalidó el testimonio de los y las comuneras por considerar que participaron de la ocupación ilegal o son simpatizantes de ésta, sin fundamentar estas afirmaciones en antecedentes ciertos que consten en el proceso y sin individualizar respecto de los y las testigos, quienes verían afectada su credibilidad

⁴⁹ Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Informe N° 176/10, Casos 12.576, 12.611 y 12.612 Segundo Aniceto Norín, Juan Patricio Marileo Saravia, Víctor Ancalaf Llaupe y otros. Fondo. 5 de noviembre de 2010. Párr. 176.

⁵⁰ Se trata de los testimonios de Juan Mendoza Collío (fojas 12), de Sergio Marín Cayul (fojas 30), de Mario Curipán Collío (fojas 32), de María Mendoza Collipu (fojas 34), de Juan Curipán Collío (fojas 35), de Luis Mendoza Millape (fojas 36), de Pedro Cabrapan Millape (fojas 445), de Ida Troncoso Velásquez (fojas 1.074), de Rosa Mellado Licán (fojas 1.119), de Isabel castillo Cabrapán (fojas 1.182) y de Leonel Neculpan Huentecol (fojas 1.284).

por su participaron en la toma y quienes por simpatizar con esta. Por el solo hecho de pertenecer a una etnia determinada, una persona no puede a priori, carecer de imparcialidad o carecer sin fundamentación de credibilidad. En ese sentido, el CDE, que al menos 3 testigos no participaron de la ocupación.

Además, el Consejo de Defensa del Estado denuncia que la Corte Marcial no se hace cargo de los peritajes que constan en autos y que contradicen la tesis de la legítima defensa. En este sentido, se desconoce valor probatorio al peritaje contenido en el Informe Pericial Planimétrico del sitio del suceso realizado por el Laboratorio de Criminalística de la Policía de Investigaciones de Temuco, que rola a fojas 156 a 160, que establece que el imputado se encontraba al menos a 30 metros de la víctima. También se desconoce valor probatorio al Informe de Autopsia, que establece la causa de muerte, no se consideran los resultados obtenidos por los peritos y que constan en el acta de rastreo de proyectiles, que no logran encontrar restos de balas u otras evidencias en el lugar donde el carabinero disparó o en el lugar donde falleció la víctima.

Tampoco se consideraron los informes que señalan que las muestras tomadas en las manos de la víctima no son características de residuos de disparos de arma de fuego (minuta equipo multidisciplinario que ratifica Informe Químico N° 112, Informe N° 115 de fojas 551, de la Brigada Homicidios de Temuco), etc. Sin embargo, señala el CDE, la Corte Marcial dio valor probatorio de presunción o indicio, infringiendo las normas de los arts. 485 y 488 N° 1 y 2 del Código de Procedimiento Penal, a las fotografías, las cuales interpretó en el sentido de que Jaime Mendoza Collío estaba de perfil y no de espalda al momento de recibir el disparo que les costó la vida. El fallo acogió esta prueba indiciaria otorgándole plena validez de acuerdo a los requisitos del art. 488 N° 1 y 2 (ambas normas reguladoras de la prueba según jurisprudencia reiterada de esta E. Corte), sin cumplir con los requisitos exigidos para las presunciones judiciales, es decir, fundarse en hechos reales y probados y que sean múltiples y graves.

Las normas reguladoras de la prueba son “normas básicas que importan prohibiciones o limitaciones impuestas por la ley a los sentenciadores en su facultad de establecer los hechos del proceso y así asegurar una correcta decisión en el juzgamiento”⁵¹. La vulneración de las leyes reguladoras de la prueba, en la medida que esta vulneración influya en lo dispositivo del fallo, autoriza la nulidad de la sentencia por la vía de la casación.

⁵¹ Sentencia Corte Suprema, causa Rol 5514-2005, de 24 de julio de 2006. Considerando sexto.

La ponderación de la prueba, en cambio, es facultativa del juez de instancia. No obstante, de hacerse esta valoración de manera arbitrariamente discriminadora, se estaría vulnerando el principio de igualdad ante la ley, establecido en la Constitución Política de la República, como en los Tratados Internacionales de Derechos Humanos vigentes en Chile.

VI. DERECHO A UN RECURSO JUDICIAL EFECTIVO

Obligación de Investigar y Sancionar a los Responsables

La obligación de investigar, que se desprende de la obligación de garantía, implica, “una obligación de medio y no de resultado, que debe ser asumida por el Estado como un deber jurídico propio y no como una simple formalidad condenada de antemano a ser infructuosa. La obligación del Estado de investigar debe cumplirse diligentemente para evitar la impunidad y que este tipo de hechos vuelvan a repetirse. En este sentido, la Corte IDH recuerda que la impunidad fomenta la repetición de las violaciones de derechos humanos”⁵². Por otra parte, la Corte “ha advertido que esta obligación se mantiene ‘cualquiera sea el agente al cual pueda eventualmente atribuirse la violación, aún los particulares, pues, si sus hechos no son investigados con seriedad, resultarían, en cierto modo, auxiliados por el poder público, lo que comprometería la responsabilidad internacional del Estado”⁵³.

Consecuencia de la investigación de investigar es que, si las pruebas aportadas en el procedimiento conducen a la determinación de responsabilidades penales, procede la sanción penal de los autores de delitos. La Corte Interamericana ha dicho que “(...) considera pertinente reiterar esta posición y recordar que los Estados tienen una obligación general, a la luz de los artículos 1.1 y 2 de la Convención, de garantizar el respeto de los derechos humanos protegidos por la Convención y que de esta obligación deriva el deber de perseguir conductas ilícitas que contravengan derechos reconocidos en la Convención”⁵⁴. De esta forma, “(...) la Corte dispone que el Estado debe conducir eficazmente los

⁵² Corte IDH. **Caso González y otras (“Campo Algodonero”) Vs. México**. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 16 de noviembre de 2009. Serie C No. 205. Párr. 289.

⁵³ Corte IDH. **Caso González y otras (“Campo Algodonero”) Vs. México**. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 16 de noviembre de 2009. Serie C No. 205. Párr. 291.

⁵⁴ Corte IDH. **Caso Heliodoro Portugal Vs. Panamá**. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 12 de agosto de 2008. Serie C No. 186. Párr. 203.

procesos penales que se encuentran en trámite y los que se llegaren a abrir para determinar las correspondientes responsabilidades por los hechos de este caso y aplicar las consecuencias que la ley prevea”⁵⁵.

La jurisprudencia internacional, con respecto a una violación a los Derechos Humanos, advierte que “El Estado no podrá argüir ninguna ley ni disposición de derecho interno para eximirse de su obligación de investigar y, en su caso, sancionar penalmente a los responsables de los hechos (...)”⁵⁶.

La correcta aplicación de la obligación de garantía, con su componente de investigación efectiva y de sanción a los responsables, es una de las herramientas principales que posee el Estado para combatir la impunidad.

La impunidad, en palabras de la Corte Interamericana se puede entender como “la falta en su conjunto de investigación, persecución, captura, enjuiciamiento y condena de los responsables de las violaciones de los derechos protegidos por la Convención Americana, toda vez que el Estado tiene la obligación de combatir tal situación por todos los medios legales disponibles ya que la impunidad propicia la repetición crónica de las violaciones de derechos humanos y la total indefensión de las víctimas y de sus familiares”⁵⁷.

Cabe señalar que la impunidad no se combate sancionando a los responsables identificados, con *cualquier penalidad*, sino una penalidad que sea congruente con el bien jurídico lesionado y con el impacto en la violación de los derechos humanos. En palabras de la jurisprudencia de la Corte IDH, la persecución penal “(...) *debe ser consecuente con el deber de garantía al que atiende, por lo cual es necesario evitar medidas ilusorias que sólo aparenten satisfacer las exigencias formales de justicia. En este sentido, la regla de proporcionalidad requiere que los Estados, en el ejercicio de su deber de persecución, impongan penas que verdaderamente contribuyan a prevenir la impunidad, tomando en cuenta varios factores como las características del delito, y la participación y culpabilidad del acusado*”⁵⁸.

⁵⁵ Corte IDH. **Caso Heliodoro Portugal Vs. Panamá.** Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 12 de agosto de 2008. Serie C No. 186. Párr. 245.

⁵⁶ Corte IDH. **Caso Heliodoro Portugal Vs. Panamá.** Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 12 de agosto de 2008. Serie C No. 186. Párr. 246.

⁵⁷ Corte IDH. **Caso Bámaca Velásquez.** Sentencia de 25 de noviembre de 2000. Serie C No. 70, párr. 211

⁵⁸ Corte IDH. **Caso Heliodoro Portugal Vs. Panamá.** Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 12 de agosto de 2008. Serie C No. 186, párr. 203.

En este marco, cuando un agente del Estado, como en este caso lo fue el cabo Miguel Patricio Jara Muñoz, 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, investigar los hechos, sancionar a los responsables, reparar a las víctimas y decretar todas las medidas necesarias para la no ocurrencia de nuevas vulneraciones. Lo anterior, en estricta línea con la obligación de garantizar los Derechos Humanos, ya explicado en la parte introductoria de este informe⁵⁹.

El Recurso Efectivo como parte de la obligación de investigar y sancionar

La concreción de la obligación de garantía, con sus componentes de investigación y sanción, se realiza a través de lo que se conoce como recurso judicial efectivo.

La Corte Interamericana ha sostenido que “(...) *los Estados Partes están obligados a suministrar recursos judiciales efectivos a las víctimas de violaciones de los derechos humanos (...), recursos que deben ser sustanciados de conformidad con las reglas del debido proceso legal (...), todo ello dentro de la obligación general, a cargo de los mismos Estados, de garantizar el libre y pleno ejercicio de los derechos reconocidos por la Convención a toda persona que se encuentre bajo su jurisdicción (...)*”⁶⁰.

Un recurso judicial es inefectivo, o ineficaz, en palabras de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, cuando no permite 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 adecuada⁶¹. Además, un recurso judicial se convierte en ineficaz cuando ha sido sustanciado por un tribunal que no cumplen con los estándares mínimos del debido proceso, como la justicia militar por las razones anteriormente desarrolladas.

⁵⁹ Véase Corte IDH. **Caso Velásquez Rodríguez Vs. Honduras**. Fondo. Sentencia de 29 de julio de 1988. Serie C No. 4. Párr. 166. “Esta obligación implica el deber de los Estados Partes de organizar todo el aparato gubernamental y, en general, todas las estructuras a través de las cuales se manifiesta el ejercicio del poder público, de manera tal que sean capaces de asegurar jurídicamente el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos. Como consecuencia de esta obligación los Estados deben prevenir, investigar y sancionar toda violación de los derechos reconocidos por la Convención y procurar, además, el restablecimiento, si es posible, del derecho conculcado y, en su caso, la reparación de los daños producidos por la violación de los derechos humanos”

⁶⁰ Corte IDH. **Caso Kawas Fernández Vs. Honduras**. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 3 de abril de 2009 Serie C No. 196, párr. 110.

⁶¹ CIDH. **Caso Carranza c Argentina**. INFORME N° 30/97 (1997) Párr. 74.

Cabe señalar que el concepto de reparación manejado a nivel internacional, “comprende las diferentes formas cómo un Estado puede hacer frente a la responsabilidad internacional en que ha incurrido. Los modos específicos de reparar varían según la lesión producida: podrá consistir en la *restitutio in integrum* de los derechos afectados, en un tratamiento médico para recuperar la salud física de la persona lesionada, en la obligación del Estado de anular ciertas medidas administrativas, en la devolución de la honra o la dignidad que fueron ilegítimamente quitadas, en el pago de una indemnización, etc. En lo que se refiere a violaciones al derecho a la vida, como en este caso, la reparación, dada la naturaleza del bien afectado, adquiere sobre todo la forma de una indemnización pecuniaria, según la práctica jurisprudencial de esta Corte”⁶². El concepto de reparación, de manera constante en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, incluye la sanción a los responsables de la violación⁶³.

Vulneración del ecurso judicial efectivo en el presente juicio

Sin lugar a dudas, el proceso penal en un Estado democrático de Derecho, es uno de los recursos judiciales que se contemplan para la garantía de los derechos humanos, específicamente, para la investigación de las circunstancias de la vulneración de derechos, la determinación de los responsables, su enjuiciamiento y su eventual sanción.

El proceso penal, para que constituya un recurso efectivo en el sentido de los estándares internacionales, debe ser sustanciado de acuerdo a las normas del debido proceso y con estricto respeto a la ley, la Constitución y los instrumentos internacionales. Pero, además, el proceso penal debe brindar posibilidades reales de reparación a la víctima y a sus familiares.

Como se ha razonado en el presente documento, la falta de debido proceso en el juzgamiento del responsable, las violaciones que de por sí tiene el proceso en la Justicia Militar y la absolución de un imputado, a pesar de que existen pruebas concluyentes de la infracción, convierten hasta ahora al juicio penal en un proceso judicial abiertamente ineficaz.

La ineficacia del proceso penal, a su vez, es una forma de denegación de justicia que repercute en que la víctima y sus familiares no podrán obtener la reparación que el Estado está obligado a otorgar.

⁶² Corte IDH. **Caso Garrido y Baigorria Vs. Argentina**. Reparaciones y Costas. Sentencia de 27 de agosto de 1998. Serie C No. 39, párr. 41.

⁶³ Corte IDH. **Caso Goiburú y otros Vs. Paraguay**. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 22 de septiembre de 2006. Serie C No. 153. Párr. 164 y ss.

La Excm. Corte Suprema, teniendo a la vista la ineficacia de este proceso penal tiene la oportunidad, como un tribunal verdaderamente independiente e imparcial, de abordar esta violación a los derechos humanos, valorar la prueba, determinar a los responsables, sancionarlos y poder brindar una reparación efectiva a los afectados.

VII. CONCLUSIONES

- a) Las acciones desplegadas por el Cabo 1° Jara Muñoz, que provocaron la muerte del comunero mapuche y que fueron materia del presente proceso, afectaron el derecho a la vida del comunero mapuche don Jaime Facundo Mendoza Collío. Hasta la fecha, no parece satisfecha la obligación del Estado de Chile de investigar y sancionar dicha afectación del derecho a la vida, procurando además la reparación de los daños a través de una investigación y proceso judicial efectivos e independientes. Resulta relevante en este incumplimiento de esta obligación estatal, la indebida aplicación al acusado de la eximente de la legítima defensa.
- b) Ante los hechos denunciados, constituye una obligación del Estado de Chile realizar una investigación en un tribunal independiente e imparcial, dentro de un procedimiento respetuoso del debido proceso, a objetos de determinar la responsabilidad criminal del Cabo 1° Jara Muñoz en la muerte de don Jaime Mendoza Collío. Esta obligación se habría cumplido de manera deficiente, en la medida que los hechos fueron investigados por la justicia militar, la cual ha sido seriamente cuestionada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos y por algunos integrantes de nuestro máximo Tribunal, por cuanto no asegura estándares de independencia e imparcialidad, viola el principio del juez natural y tampoco asegura el derecho de ser oído de los familiares directos de la víctima.
- c) Las diferencias injustificadas en la valoración de las pruebas, de estar basada en una discriminación por motivo de la pertenencia étnica de los declarantes, constituirían una violación flagrante al principio de igualdad y no discriminación que se relación con la vulneración a leyes reguladoras de la prueba por parte de la I. Corte Marcial.
- d) Al ser conocida la causa por un tribunal militar, se privó a la familia de un recurso judicial efectivo, que les permitiera establecer la responsabilidad del agente policial involucrado, obtener la sanción penal adecuada y la reparación correspondiente.