

Valdivia, veintiuno de octubre de dos mil catorce.

VISTOS

A fojas 167, comparece doña Lorena Fries Monleon, Directora del Instituto Nacional de Derechos Humanos, quien interpuso recurso de amparo en favor de los menores M. A. M. M. M. de 12 años y B. A. M. M. de 10 años de edad, por haberse vulnerados sus derechos constitucionales contenidos en el n°7 del artículo 19 de la Constitución específicamente su libertad personal y seguridad individual, al ser detenidos por Carabineros.

Enmarca su petición en el resguardo genérico de derechos de los niños de etnia mapuche, en el contexto del conflicto que se mantiene vigente por recuperación de tierras, indicando varios fallos, tanto de la Corte de Apelaciones de Temuco como de la Excm. Corte Suprema, recaídos en sendos recursos de amparo en los que esencialmente se ha ordenado a las fuerzas policiales actuar con estricto apego legal y constitucional, procurando un especial cuidado en relación al respeto de los derechos fundamentales de los menores involucrados en dicho conflicto, aseverando que estos generalmente están presente como una forma más de su particular forma de organización ancestral.

En cuanto a los hechos que motivan esta acción, indica que el 1 de octubre del presente año en el contexto de un proceso reivindicatorio, algunos miembros de la comunidad mapuche-huilliche Marraio Collihuinca, procedieron a realizar una ocupación pacífica en un sector que actualmente corresponde al Fundo Lumaco Bajo, de propiedad del Sr. E. C. K., propiedad que colinda con los terrenos en el cual se encuentra la referida comunidad. La ocupación fue repelida por un importante contingente de carabineros.

El procedimiento era grabado por dos los menores de edad por quienes se recurre, con una Tablet y un teléfono celular, al poco rato carabineros ingresó a la comunidad indígena dirigiéndose directamente a los menores, de forma violenta, gritándoles y amenazándolos, los obligaron a tirarse al suelo y a hacer entrega de los artefactos con los cuales registraban el procedimiento policial, especies que no han aparecido a la fecha. La menor B. A. M. M. fue apuntada con el arma de servicio de uno de los funcionarios policiales. Los niños fueron esposados sus manos en la espalda, obligados a caminar varios cientos de metros hasta el furgón policial al que fueron subidos y trasladados hasta la Comisaría de Río Bueno, lugar donde

fueron entregados a sus padres aproximadamente a las 23:00 hrs. Antes se constató sus lesiones, registró al menor M. A. M. M. M lesiones leves.

El recurrente estima el procedimiento policial desmedido, situación que causó gran impacto en la comunidad.

Agregó que estos hechos se desarrollaron en un contexto de violencia latente, pues la abogado regional del INDH, apersonado dos días después de estos en el lugar, pudo constatar la presencia permanente de personal de carabineros, cuestión que ha alterado la vida de la comunidad desde que son constantemente sometidos a control de identidad y registros de bolsos y ropas, además de monitoreo constante con vehículo y helicópteros. Recuerda que la comunidad es dueño de un predio de siete hectáreas que colinda con el predio del Sr. E. C. K y que no existe un camino o servidumbre activa para ingresar al mismo por lo que los habitantes de dicho predio deben saltar trancas para acceder a su propiedad.

La comunidad teme que estos hechos se repitan afectando a niños y ancianos, observando que existen varias mujeres de más de 70 en la comunidad.

Sobre el derecho, señaló que los niños por quienes se recurre fueron vulnerados en su derecho a la libertad personal y seguridad individual, por el actuar de carabineros en forma ilegal y arbitraria y que esos mismos derechos fundamentales se encuentran amenazados pues tal conducta puede repetirse en cualquier momento.

Refirió la aplicación de los tratados internacionales sobre derechos humanos con preferencia, incluso a la Constitución, por mandato del artículo 5 inciso segundo de la misma, así como la labor preponderante del Poder Judicial en la protección de tales derechos, correspondiéndole conciliar las distintas fuentes del derecho en pos de esa protección.

El actuar ilegal de los funcionarios de carabineros radica en que la detención del niño y la niña se produjo cuando estaban en el predio de la comunidad, cerca de la casa de su abuela, espacio de resguardo y protección. No existió un escenario de desordenes públicos que justificara un actuar violento en su contra, sin poder olvidar la existencia de protocolos que regulan la actuación policial en el control del orden público.

Conforme a sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, el uso de la fuerza por parte de agentes del Estado no constituye per sé una violación de derechos humanos, pero debe estar sometida a estándares de proporcionalidad, sobre todo cuando los derechos comúnmente afectados son la vida y la integridad física. El test de proporcionalidad ha de hacerse atendiendo a cada caso, resultando la

peligrosidad de la persona uno de los elementos a considerar, sin embargo tal calificación positiva, no libera de la obligación de usar la fuerza estrictamente necesaria, refiriendo o dispuesto en el artículo 3 del Código de conducta para funcionarios encargados de hacer cumplir la ley. La proporcionalidad de las medidas también está relacionada con prever los conflictos a los que es posible enfrentarse, teniendo la obligación de planificar sus operaciones, para mantener su control y vulneración mínima de derechos.

Haciendo alusión, además, a la arbitrariedad, señaló que por tratarse de niños los afectados se debe tener presente toda la legislación nacional e internacional sobre protección de la infancia, en especial la preponderancia del interés superior del niño, manifestado en la plena satisfacción de sus derechos fundamentales, desarrollado por la CIDH en su OP n°17-2002 al señalar que se funda “en la dignidad misma del ser humano, en las características propias de los niños” y en varios fallos que cita y reproduce parcialmente.

Finalmente, solicitada la aplicación de una serie de medidas para avanzar en la repetición de estos hechos, las que materializa en su petitorio en las siguientes:

a.- Se declare la ilegalidad y arbitrariedad del uso injustificado e indiscriminado de fuerza al interior de la comunidad Marraio Collihuinca, el día 1 de octubre de 2014, que afectó en particular a los niños y niñas mapuches individualizados en el recurso.

b.- Se declaren infringidos los derechos constitucionales a la libertad personal y a la seguridad individual, consagrados en el artículo 19 n°7 de la Constitución Política de la República.

c.- Se adopte todo tipo de medidas dirigidas a restablecer el imperio del Derecho y asegurar la tutela de todos los derechos fundamentales violados, poniendo fin a los actos arbitrarios e ilegales descritos con antelación de cada uno de los recurridos.

d.- Se ordene a Carabineros de Chile de la Prefectura de Valdivia cumplir con los protocolos de actuación y aquellos que la institución ha adecuado a lo establecido en las leyes, en la Constitución Política de la República y en los Tratados Internacionales, especialmente a lo dispuesto en la Convención de Derechos del Niño, y en ese sentido se informe a esta Corte las medidas concretas adoptadas para ese cumplimiento.

e.- Se ordene a Carabineros de Chile que instruya los sumarios internos respectivos que permitan dilucidar las responsabilidades administrativas involucradas y adoptar las medidas necesarias para impedir

que se repitan actos que importen atentados a la libertad personal y a la seguridad individual.

A fojas 44, 113 y 199 comparece don E. M. M. evacuando sendos informes, esencialmente afirmando no ser efectivas las actuaciones ilegales imputadas. Explicó que la presencia policial en el Fundo Lumaco Bajo, se debió a la una denuncia de usurpación violenta efectuada el mismo día 1 de octubre de 2014, por la propietaria de dicho predio, por lo que en cumplimiento de la medida de protección decretada por el Ministerio Público días antes –fojas 18-, concurren a la zona constatando la existencia de una construcción precaria y tala de árboles, por terceros ajenos al predio. Cuando procedían a desarmar dicha construcción sujetos encapuchados comenzaron a lanzar piedras con boleadoras al personal policial y los trabajadores que estaban en el lugar. Entre el grupo estaban los menores, el varón encapuchado y lanzando piedras, portaban lienzos alusivos a la causa mapuche. En un primer momento y con el objetivo de disuadir a los sujetos se efectuó un disparo de cartucho de perdigones de goma, luego se procedió a su persecución logrando la detención de cuatro adultos y la “conducción” de los dos menores.

En el procedimiento participaron 21 y no 40 funcionarios policiales, no intervino ni helicópteros ni zodiac, ni hubo allanamiento a viviendas y no se incauto una tablet y teléfono a los menores.

Agrega que de la conducción de los menores a la unidad policial se dio cuenta al juez de familia local Sr. D. C. O., quien ordenó la entrega de los mismos a sus padres.

Precisa que los recurrentes estaban en el predio usurpado, nunca fueron amenazados de forma ilegítima ni lesiones de forma física ni psíquica, habiéndose constatado que estaban sin lesiones, según atención médica.

Agregó que el artículo 58 de la ley de responsabilidad adolescente ampara el actuar policial y el artículo 79 del Código Procesal Penal se refiere al carácter de auxiliar del Ministerio Público, por lo que debe cumplir las instrucciones recibidas de éste.

Concluye que el actuar de carabineros se ajusto a derecho sin atentan contra garantías constitucionales. No existe una persecución contra la Comunidad Marriao Collihuilla, sino una orden del Ministerio Público en orden a proteger el predio del Sr. E. C. K ante eventuales ataques que puedan poner el peligro su integridad física, de su familia, trabajadores y dependientes, estimando que existe una tergiversación de los hechos por parte de la recurrente. Por lo anterior solita el rechazo del recurso.

Precisa que se inició una investigación administrativa, con fin de determinar eventuales responsabilidades.

A fojas 220 se trajeron los autos en relación.

CONSIDERANDO:

PRIMERO: Que la acción de amparo resulta procedente cuando se ha privado, perturbado o amenazado ilegalmente el derecho a la libertad personal y seguridad individual de las personas.

SEGUNDO: Que en la especie se atribuye ese actuar ilegal a funcionarios de carabineros en contra de un niño de 12 años y una niña de 10 años, ambos miembros de la comunidad mapuche tradicional Marriao Collihuinca, hechos ocurridos en el contexto de la ocupación de un predio ajeno por miembros de la misma comunidad, el día 1 de octubre del presente año.

TERCERO: Que con los antecedentes agregados a la causa resultan hechos no debatidos los siguientes:

a.- Que el día 1 de octubre de 2014, un contingente policial, en cumplimiento de instrucciones del Ministerio Público local, despachada el 29 de septiembre de 2014 –fojas 18-, se apostó en el Fundo Lumaco Bajo de propiedad del Sr. E. C. K, en resguardo de su integridad física, la de su familia y sus trabajadores.

b.- Que en esa ocasión se advirtió presencia de adultos encapuchados, resultando detenidos cuatro de ellos.

c.- Que en esa misma ocasión y contexto, los menores M. A. M. M. M, de 12 años, y B. A. M. M., de 10 años, fueron trasladados por funcionarios policiales a la Comisaría de Río Bueno, los que luego de unas cuatro horas fueron entregados a sus padres.

CUARTO: Que, se ha discutido las circunstancias en que los menores fueron trasladados a dicho lugar, esto es, causa de la misma y forma en que se procedió, situación precisa que se indica ilegal y vulneratoria de derechos, centrada esencialmente en la desproporcionalidad de la conducta impugnada.

QUINTO: Que al efecto ha de tenerse en presente que las autoridades policiales están a cargo de la mantención del orden público, sin embargo, las facultades que de ello se derivan han de ser ejercidas dentro de los límites normativos tanto nacionales como internacionales. De esa forma se debe analizar la forma en que se ejecuta la conducta del personal policial respecto de los menores respecto de quienes se recurre.

En primer lugar se tiene presente que el personal policial se constituyó en el lugar por expresa instrucción del Ministerio Público y a

petición de la ocupante del Fundo Lumaco Bajo, el mismo día de los hechos. Sin perjuicio de no haberse determinado el número exacto de funcionarios presentes en el lugar, de las fotografías acompañadas en el informe evacuado por el Mayor de Carabineros J. P. R. G. -a fojas 67- se puede advertir que estos eran varios –nueve al menos, veintiuno según lo referido por la recurrida- y que ellos portaban, al cinto, su arma de servicio –fojas 105, 106 y 107-. Luego y como anexo del informe evacuado por el mismo funcionario policial –a fojas 44- se lee en el parte denuncia n°173, al relatar los hechos –foja 26- que dieron alcance “al interior de la propiedad de la familia Marriao” a los sujetos que perseguían y aunque de ese documento no queda del todo claro si ello significa que también seguían a los menores, a continuación de esa información son mencionados.

Estos medios de prueba, presentados por la propia recurrida, dan cuenta de dos situaciones: a) que es plausible lo relatado por los menores ante el juez Sr. C. -fojas 216 a 218- en cuanto fueron apuntados por armas de fuego, pues los funcionarios policiales portaban la de rigor, y b) que las detenciones de los sujetos adultos se produjeron fuera del predio en el que estaban destinados, lo que coincide con el relato de los menores, por lo que nuevamente resulta plausible la veracidad de lo dicho por éstos en cuanto a que ellos también fueron detenidos en ese lugar y no dentro del Fundo Lumaco Bajo.

Sobre las lesiones del niño M. A. M. M. M., se ha discutido su existencia. Los documentos de fojas 61 y 64 –remitidos por el Hospital de Río Bueno- aparecen suscritos por el mismo médico cirujano, el primero fechado el 2 de octubre a las 00:01 hrs. y el segundo el 1 de octubre a las 23:32 hrs., coincidiendo en que el menor presentaba lesiones leves, éstos no guardan concordancia con el agregado a fojas 77 –acompañado por la recurrida- en el que se indica que el menor no presentaba lesiones, documento sin firma ni referencia de ningún profesional responsable cuya hora registrada es 10:10.

Lo anteriormente anotado, permite advertir que el desarrollo de los hechos se ajusta a lo expresado por los menores, de forma tal que también resultan verosímil la conducta desproporcionada de los funcionarios policiales en cuanto los niños fueron reducidos violentamente, encañonados y al menos uno de ellos esposado, para luego ser llevados a un recinto policial. Claramente esa conducta no se ajusta ni remotamente a la situación prevista en el artículo 58 de la ley 20.084, la que por lo demás no establece expresamente que puede procederse a la privación de libertad del menor en la hipótesis prevista, por el contrario ella indica que se han de tomar las medidas para restablecer el orden y la tranquilidad y protección a la víctima,

no expresa que la única medida posible para obtener ese objetivo es detener al menor. El inciso segundo, refiere que el niño ha ponerse a disposición del tribunal de familia, lo que tampoco importa detención. Luego precisa que el niño puede ser entregado a sus padres o guardadores cuando la infracción es menor, en este caso se le ha imputado sólo a M. A. M. M. M. lanzar piedras, lo que constituye una falta de aquellas posibles de sancionar a los mayores de 14 años – artículo 496 n°26-, por ende, dicha disposición no resultaba aplicable en la especie, ni aún respecto de M. A. M. M. M.

Tal situación torna ilegal la actuación policial al detener a los dos menores M. M., sin existir motivo justificado y sin ampararse en norma legal.

SEXTO: Que, no puede desatenderse que en su actuar Carabineros estaba obligado a cumplir el protocolo diseñado por la propia institución, lo que no se hizo a cabalidad, es así como no se acreditó que personal femenino estuviera a cargo de la detención de los menores, tal como se indica en el apartado “Desalojo frente a ocupación o usurpación de inmueble” –fojas 153- presencia que tampoco se advierte en las fotografías acompañadas por la recurrida.

Tampoco se dio cumplimiento a lo destacado en el apartado “Detención de manifestantes menores de edad (niños niñas y adolescentes) específicamente en lo referente a niños indígenas –fojas 158- que por una parte los obliga a “considerar que en las comunidades indígenas los niños están presente junto a los adultos en todas las actividades” y por otra a priorizar la asistencia de un experto en cosmovisión indígena, cuando resulte necesario el uso de la fuerza. Esto último, ubica a los agentes del Estado en la obligación de apegar sus conductas a una situación de especial consideración, no sólo por la menor edad del sujeto respecto del cual ha de ejercer su función, sino también de su condición cultural diversa, lo que obliga a un estándar superior –por su calidad de menor- y distinto –por su etnicidad- en la conducta policial, lo que no se advirtió en el procedimiento desplegado.

SÉPTIMO: Que por otra parte, aun cuando fuere efectivo que carabineros no actuó de forma violenta –física y psicológicamente- en contra de los menores, no puede obviarse que el procedimiento adoptado resulta ser desproporcionado si se atiende al objetivo perseguido y a la calidad y condición de los afectados, pues no se ha discutido que efectivamente los menores fueron trasladados –privándolos de su libertad- hasta la Comisaría de Río Bueno y que allí permanecieron por unas cuatro horas, sin que exista motivo alguno para apartarlos de su familia, máxime si estaban en las inmediaciones de su hogar, sin que se haya acreditado que se agotaron las

diligencias encaminadas a ubicar a algún familiar que se hiciera responsable de ellos, cuestión que parece del todo lógica si el único objetivo de su gestión era proteger a niños vulnerados en sus derechos, que se ha alegado. A ello cabe agregar que la niña B. A. M. M. señaló que ese día estaba con su abuela y su tía Sonia, según consta a fojas 216.

OCTAVO: Que resulta preciso mencionar que el actuar de carabineros y cualquier otra fuerza de seguridad a cargo de mantener el orden público, no debe exceder el uso de sus facultades de modo tal que sea su conducta la que provoque un estado de hostilidad al punto que incite el desorden público, pues ello resulta contrario al objetivo de su participación social. En la especie no puede despreciarse la situación particular de haberse aplicado al sector un particular sistema de control personal –cuya legalidad no se discutió en esta causa- consistente en control de identidad y registro de bolsos y ropas, situación a la que no está –ni debiera estar- acostumbrado ningún ciudadano. Lo anterior obliga a revisar y redefinir el plan de acción en el cumplimiento de sus obligaciones.

Y visto además, lo dispuesto por los artículos 19 n°7 y 21 de la Carta Fundamental, se **ACOGE**, el recurso de amparo interpuesto a fojas 167 por la Directora del Instituto Nacional de Derechos Humanos, doña Lorena Fries Monleon, en favor de los niños M. A. M. M. M. y B. A. M. M., ambos de apellidos M. M., por haberse vulnerado su derecho a la libertad personal y seguridad individual, en el procedimiento policial ejecutado el día 1 de octubre del presente año en las inmediaciones del Fundo Lumaco Bajo, por funcionarios de la Prefectura de Valdivia n° 23, a cargo del Teniente E. R. M., y se ordena:

1.- El cese inmediato de todo acto ilegal y arbitrario que prive, perturbe o amenace la libertad individual y seguridad personal de los menores señalados.

2.- Adoptar por Carabineros de Chile de la Prefectura de Valdivia n° 23, las medidas necesarias para ajustar estrictamente sus actuaciones a lo que ordenan la Constitución, los Tratados Internacionales vigentes en Chile, las leyes y protocolos diseñados institucionalmente a la luz de la normativa señalada, especialmente en lo que dice relación con menores de edad.

Regístrese digitalmente, comuníquese y archívese en su oportunidad.

Redacción de la Ministra señora María Soledad Piñeiro Fuenzalida.
N°Crimen-203-2014.

Pronunciada por la **PRIMERA SALA**, por la Ministra Srta. RUBY ALVEAR MIRANDA, Ministra Interina Sra. MARIA SOLEDAD PIÑEIRO FUENZALIDA, Ministra Suplente Sra. GLORIA HIDALGO ALVAREZ. Autoriza la Secretaria Sra. ANA MARIA LEON ESPEJO.

En Valdivia, veintiuno de octubre de dos mil catorce, notifiqué por el **ESTADO DIARIO** la resolución precedente