INFORME DE LA COMISIÓN DE CONSTITUCIÓN, LEGISLACIÓN, JUSTICIA Y REGLAMENTO, recaído en el proyecto de ley, en primer trámite constitucional, iniciado en Moción del Honorable Senador señor Navarro, que modifica la ley Nº 19.253, excluyendo de la justicia militar a los miembros que indica de las comunidades indígenas.
BOLETÍN Nº 4.669-07.

HONORABLE SENADO:

Vuestra Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento tiene el honor de informaros el proyecto de ley de la referencia.

A las sesiones que vuestra Comisión dedicó al estudio de esta iniciativa concurrió el señor Subsecretario de Guerra, don Gonzalo García.

A una de dichas sesiones, asistieron, especialmente invitados, el Auditor General del Ejército, General de Brigada (J) señor Juan Patricio Arab; el Auditor General de la Armada, Contraalmirante (JT) señor Claudio Cereceda; el Auditor General de la Fuerza Aérea, General de Brigada Aérea (J), señor Renato Nuño, y el Auditor General de Carabineros, General (J), señor Ismael Verdugo.

Participaron, asimismo, los profesores señores Juan Domingo Acosta y Sergio Cea.

Cabe dejar constancia de que, en virtud de lo dispuesto por los artículos 66 y 77 de la Carta Fundamental, el artículo único de la Moción debe aprobarse con carácter orgánico constitucional, por incidir en las atribuciones de los tribunales.

Es dable señalar que este proyecto fue conocido por la Comisión junto a otros que versan, igualmente, sobre la competencia de la Justicia Militar. Se trata del Mensaje del Ejecutivo que modifica el Código de Justicia Militar, alterando la competencia de los Tribunales Militares y suprimiendo la pena de muerte, contenido en el Boletín Nº 5.159-07; de la Moción de la Honorable Senadora señora Alvear sobre jurisdicción penal militar, contenida en el Boletín Nº 4.792-07, y del proyecto de ley, en

segundo trámite constitucional, que modifica el Código de Justicia Militar, suprimiendo en la integración de la Corte Suprema al Auditor General del Ejército, Boletín Nº 2.215-07.

Por último, debe hacerse presente que, en conformidad a lo dispuesto por el artículo 127 del Reglamento de la Corporación, por tratarse de una iniciativa de artículo único, vuestra Comisión la discutió en general y en particular, a la vez, y recomienda a la Sala proceder de la misma forma.

- - - - - - - - - -

ANTECEDENTES

Para una adecuada comprensión de la iniciativa, deben tenerse presente los siguientes antecedentes:

A.- ANTECEDENTES JURÍDICOS

I. Disposiciones legales relacionadas con el tema en estudio:

a) Constitución Política de la República: Capítulo VI, sobre Poder Judicial. Su artículo 76 establece que la facultad de conocer de las causas civiles y criminales, de resolverlas y de hacer ejecutar lo juzgado, pertenece exclusivamente a los tribunales establecidos por la ley

Por su parte, el artículo 77 dispone que una ley orgánica constitucional determinará la organización y atribuciones de los tribunales que fueren necesarios para la pronta y cumplida administración de justicia en todo el territorio de la República.

A su vez, el artículo 19 asegura a todas las personas:

"2º.- 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;

3º.- La igual protección de la ley en el ejercicio de sus derechos.

Toda persona tiene derecho a defensa jurídica en la forma que la ley señale y ninguna autoridad o individuo podrá impedir, restringir o perturbar la debida intervención del letrado si hubiere sido requerida. Tratándose de los integrantes de las Fuerzas Armadas y de Orden y Seguridad Pública, este derecho se regirá, en lo concerniente a lo administrativo y disciplinario, por las normas pertinentes de sus respectivos estatutos.

La ley arbitrará los medios para otorgar asesoramiento y defensa jurídica a quienes no puedan procurárselos por sí mismos.

Nadie podrá ser juzgado por comisiones especiales, sino por el tribunal que señalare la ley y que se hallare establecido por ésta con anterioridad a la perpetración del hecho.

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.

La ley no podrá presumir de derecho la responsabilidad penal.

Ningún delito se castigará con otra pena que la que señale una ley promulgada con anterioridad a su perpetración, a menos que una nueva ley favorezca al afectado.

Ninguna ley podrá establecer penas sin que la conducta que se sanciona esté expresamente descrita en ella;”.

b) Código Orgánico de Tribunales. Su artículo 1° preceptúa que la facultad de conocer las causas civiles y criminales, de juzgarlas y de hacer ejecutar lo juzgado pertenece exclusivamente a los tribunales que establece la ley.

El artículo 5° del mismo Código dispone que a los tribunales ordinarios y especiales que menciona corresponderá el conocimiento de todos los asuntos judiciales que se promuevan dentro del territorio de la República, cualquiera que sea su naturaleza o la calidad de las personas que en ellos intervengan, sin perjuicio de las excepciones que establezcan la Constitución y las leyes.

Su artículo 169 establece que si siendo muchos los responsables de un delito hubiere entre ellos individuos sometidos a los tribunales militares y otros que no lo estén, el tribunal competente para juzgar a los que gozan de fuero juzgará también a todos los demás.

c) Ley Nº 19.253, que establece normas sobre protección, fomento y desarrollo de los indígenas, y crea la Corporación Nacional de Desarrollo Indígena. El Párrafo 1° de su Título VII, sobre normas especiales de los procedimientos judiciales, se refiere a la Costumbre Indígena y su Aplicación en Materia de Justicia. Está compuesto únicamente por el artículo 54, objeto de la enmienda propuesta por esta iniciativa.

El texto de esta disposición es el siguiente:

"Artículo 54.- La costumbre hecha valer en juicio entre indígenas pertenecientes a una misma etnia, constituirá derecho, siempre que no sea incompatible con la Constitución Política de la República. En lo penal se la considerará cuando ello pudiere servir como antecedente para la aplicación de una eximente o atenuante de responsabilidad.

Cuando la costumbre deba ser acreditada en juicio podrá probarse por todos los medios que franquea la ley y, especialmente, por un informe pericial que deberá evacuar la Corporación a requerimiento del Tribunal.

El Juez encargado del conocimiento de una causa indígena, a solicitud de parte interesada y en actuaciones o diligencias en que se requiera la presencia personal del indígena, deberá aceptar el uso de la lengua materna debiendo al efecto hacerse asesorar por traductor idóneo, el que será proporcionado por la Corporación.".

d) Código de Justicia Militar. Su artículo 3.° dispone que los Tribunales Militares de la República tienen jurisdicción sobre los chilenos y extranjeros, para juzgar todos los asuntos de la jurisdicción militar que sobrevengan en el territorio nacional.

Igualmente tienen jurisdicción para conocer de los mismos asuntos que sobrevengan fuera del territorio nacional, en los casos siguientes:

1° Cuando acontezcan dentro de un territorio ocupado militarmente por las armas chilenas;

2° Cuando se trate de delitos cometidos por militares en el ejercicio de sus funciones o en comisiones del servicio;

3° Cuando se trate de delitos contra la soberanía del Estado y su seguridad exterior o interior contemplados en este Código, y

4° Cuando se trate de los mismos delitos previstos en el número anterior, contemplados en otros Códigos y leyes

especiales, cometidos exclusivamente por militares, o bien por civiles y militares conjuntamente.

El artículo 5.°, por su parte, establece que corresponde a la jurisdicción militar el conocimiento:

"1.° De las causas por delitos militares, entendiéndose por tales los contemplados en este Código, excepto aquéllos a que dieren lugar los delitos cometidos por civiles previstos en los artículos 284 y 417, cuyo conocimiento corresponderá en todo caso a la justicia ordinaria, y también de las causas que leyes especiales sometan al conocimiento de los tribunales militares.

Conocerán también de las causas por infracciones contempladas en el Código Aeronáutico, en el decreto ley N° 2.306, de 1978, sobre Reclutamiento y Movilización y en la ley N° 18.953, sobre Movilización, aun cuando los agentes fueren exclusivamente civiles.

2.° De los asuntos y causas expresados en los números 1.° a 4.° de la segunda parte del artículo 3.°.

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;

4.° De las acciones civiles que nazcan de los delitos enumerados en los números 1.° a 3.°, para obtener la restitución de la cosa o su valor.".

B.- ANTECEDENTES DE HECHO

1) La Moción

En ella, su autor señala, en primer lugar, que a raíz de los eventos que rodearon la muerte de don Juan Collihuín, en Nueva Imperial, diversas entidades le solicitaron promover la presentación y discusión de un proyecto legislativo que planteara cambios a la legislación militar para evitar que indígenas civiles sean procesados por la Justicia Militar. Para esos organismos, añade, lo preocupante del caso es que situaciones graves que involucran el derecho a la vida de un civil, sea investigado por un Tribunal Militar, lo que, a juicio de éstos, no procede y no da las debidas garantías de transparencia, probidad y sanción.

Explicó que los referidos temores se basan en lo ocurrido con diferentes casos, donde a pesar de que se ha establecido claramente la responsabilidad de agentes del Estado uniformados en daños causados a indígenas, ellos han quedado en la absoluta impunidad, así como en la tendencia internacional observada en los Estados democráticos, de acuerdo a la cual la competencia de los Tribunales Militares se ha venido limitando o suprimiendo.

A modo de fundamento, relata el caso de un indígena mapuche que murió y de otros dos que resultaron heridos de bala durante un incidente con la Policía en la Región de La Araucanía, en la noche del 28 de agosto de 2006, a la 01:00 hrs.

Explica que el incidente se produjo en Nueva Imperial, cuando una patrulla policial investigaba un robo de ganado y, según la versión oficial, ella fue recibida a tiros de escopeta por miembros de dos familias. A raíz de ello, Carabineros señaló que hizo uso de sus armas. La víctima mortal fue don Juan Lorenzo Collihuín Catril, de 71 años, mientras sus hijos Juan y Emilio Collihuín Llanculaf, de 44 y 36 años, respectivamente, permanecen heridos en un hospital de la zona. Aclara que los afectados por el robo de animales son miembros de la misma comunidad mapuche que los participantes en el incidente.

Los dos heridos a bala permanecieron internados en el Hospital de Temuco en calidad de detenidos por "porte ilegal de armas" y "homicidio frustrado" contra Carabineros.

Autoridades del Ministerio del Interior y de la Corporación Nacional para el Desarrollo Indígena (CONADI), calificaron el incidente como un hecho “estrictamente policial” que no guarda relación con el conflicto que desde hace años mantienen en la zona comunidades mapuches que reclaman tierras.

Por su parte, Carabineros informó que había ordenado una investigación interna para establecer con precisión los hechos que terminaron con la muerte del anciano mapuche.

En tanto, el dirigente Aucan Huilcamán, de la organización mapuche Consejo de Todas las Tierras, afirmó que Collihuín “fue ejecutado por Carabineros, por un supuesto acto de abigeato”. “La vida de un mapuche vale menos que una vaca”, afirmó Huilcamán.

No obstante, la familia de la víctima describió lo sucedido en forma totalmente diferente. En efecto, la hija del campesino y hermana de los heridos, Juana Collihuín, desmintió que hubiese existido un enfrentamiento y que la patrulla fuera atacada con una escopeta. "Ellos llegaron con dos civiles -los mapuches que denunciaron el robo de animales-

y todos dormíamos. Se levantó mi papá y luego mis hermanos. Hubo una discusión. Los policías dispararon y mi papá, que estaba como a tres o cuatro metros cayó al suelo. Ellos se retiraron, siempre disparando, porque mis hermanos los salieron persiguiendo hasta donde tenían el carro", contó la mujer. Explicó que su padre y sus hermanos fueron trasladados en auto al hospital de Nueva Imperial, ya que desde allí se les dijo que no había ambulancias.

Entretanto, el General de Carabineros don Augusto Carmona, Jefe de Zona de la IX Región, reconoció a la prensa que los policías no tenían orden judicial para entrar al predio de Collihuín. En todo caso, la Policía dice haber actuado en defensa propia al repeler el ataque de un hombre, en una de las propiedades allanadas, quien les habría disparado con una escopeta mientras otros “les atacaban con armas cortopuzantes”.

El señor Senador advierte que en ese sector no hay conflictos entre comunidades y agricultores, por lo que la Policía descartó cualquier relación con los últimos atentados y enfrentamientos registrados en la IX Región y que, en una nueva diligencia practicada posteriormente, Carabineros no encontró los seis animales robados que buscaban los mapuches.

A continuación, afirma que si se analizan con detenimiento los antecedentes, se observará que la eficiencia policial resulta dudosa por varias circunstancias.

Destaca que la operación policial se realizó a las dos de la madrugada, más de cuarenta y ocho horas después de recibida la denuncia de robo de ganado. Independientemente de lo que esperaban encontrar en el lugar, y a menos que se tratan de un delito flagrante, que no era el caso, es evidente que operar en plena oscuridad constituye un enorme riesgo. No se distingue nada, no se pueden identificar claramente los objetos ni las personas ni el tipo de amenaza que puede surgir, y se corre el riesgo adicional de lesionar a inocentes o provocar un daño mayor que el que se quiere reparar. Más prudente hubiera resultado esperar la madrugada para actuar.

Asegura que el intercambio de fuego no fue proporcional y que se trató de un operativo demasiado letal para un delito recurrente en la zona. Agrega que la comisión de los delitos de abigeato aumenta en septiembre y, por lo tanto, son de natural ocurrencia, creando una experiencia en el cuerpo policial sobre la manera de realizar las investigaciones y los cuidados que se deben tener al momento de enfrentarlos.

En suma, asevera que por los resultados, se podría concluir que todo fue sorpresivo y que la reacción natural de la fuerza

policial fue disparar a discreción mientras se retiraba del lugar. O sea, la sorpresa, la improvisación y la ineficiencia caracterizaron una investigación de rutina en una zona cargada de tensiones.

Luego, expresa su temor de que, atendida la conducta de la Justicia Militar, nuevamente pueda cometerse una injusticia.

A partir del caso descrito, el autor de la Moción desarrolla a continuación una serie de cuestionamientos generales a la Justicia Militar.

Justicia Penal Ordinaria moderna v/s Justicia Militar arcaica.

Su preocupación radica en la existencia, por un lado, de una justicia penal ordinaria moderna y, por otro, de una justicia militar arcaica, pues esta dicotomía arriesga la efectiva vigencia del principio de igual consideración y respeto a todas las personas.

Asegura que los cuestionamientos a la justicia militar tienen larga data y se refieren, principalmente, a tres aspectos. Primero, a la amplitud de la competencia de los tribunales militares; segundo, a su falta de independencia e imparcialidad, y tercero, a la vulneración de la garantía del debido proceso.

Expresa que el retraso de la reforma de la justicia militar es una de las grandes deudas pendientes de la transición. Desde el regreso a la democracia se subraya la excesiva competencia de los tribunales castrenses y la necesidad de traspasar muchos de sus ámbitos de acción a la justicia ordinaria, por ejemplo, los delitos comunes cometidos por uniformados y por civiles en contra de aquéllos.

Hace notar que desde la aplicación paulatina de la reforma procesal, quedaron desactualizados los procedimientos penales inquisitivos que ella dejó atrás y que persisten en los de la Justicia Militar.

Connota que la sociedad chilena resolvió reformar integralmente el sistema procesal penal que rigió en nuestro país, reemplazando aquel que se caracterizó por ser inquisitivo, escrito, formalista, por uno oral, público, acusatorio, controvertido, concentrado y con un sistema probatorio basado en los principios de la lógica, de las máximas de la experiencia y del conocimiento científicamente afianzado.

En cambio, resalta, el Código de Justicia Militar es del año 1926 y se mantiene casi en forma similar desde su nacimiento a la vida jurídica, en especial su organización y procedimiento, cuyo origen es la Ordenanza de 1768, de Carlos III de España, la cual estuvo vigente en

nuestro país hasta la dictación, en 1839, de la Ordenanza General del Ejército.

Recuerda que al crearse el Ministerio Público se estableció, en el inciso cuarto del artículo 83 de la Constitución Política, que las causas que sean de conocimiento de los Tribunales Militares se regirán por las normas del Código de Justicia Militar y de las leyes respectivas, involucrando a los órganos y a las personas que ese Código y esas leyes determinan.

En su concepto, ya es punto pacífico que la competencia, la organización y los procedimientos que inciden en los Tribunales Militares deben ser reformados integralmente, pero considerando y respetando las particularidades y características que la propia Constitución Política asignó a las Fuerzas Armadas y de Orden en el Capítulo XI de la Carta Fundamental.

En seguida, enumera tres factores que en forma conjunta hacen indispensable la reforma de la Justicia Militar.

El primero es la adecuación de las normas jurídicas que regulan el ámbito penal castrense a los principios que se consagran en la Constitución de 1980. En efecto, si se coteja el Código de Justicia Militar de 1926 con la Carta Fundamental, se constata que existen normas que son inconciliables con el principio del debido proceso. A modo de ejemplo, cita el artículo 123 del mencionado Código que permite apelar sólo determinadas resoluciones, criterio que reitera la Ley de Control de Armas, en su artículo 20.

El segundo factor es el impacto de la reforma procesal penal en el sistema de organización y de procedimiento consagrado en el Código de Justicia Militar. No es sustentable, dice, la coexistencia de un proceso penal con las características que contiene la Reforma Procesal Penal con el que se consigna en el Código de Justicia Militar, pues ello, a su entender, afecta la igualdad ante la ley. Todavía más, no visualiza razón por la cual los miembros de las Fuerzas Armadas y de Orden no tengan el mismo sistema garantístico que se está aplicando a la ciudadanía en nuestro país, aún tomando en consideración las características propias e inherentes de las Fuerzas Armadas y de Orden, que consagran la Carta Fundamental y las respectivas Leyes Orgánicas Constitucionales.

El tercero y último elemento que justifica la Reforma de la Justicia Militar es la competencia. Este es, dice, sin lugar a dudas, el agente más criticado y discutido en los estamentos políticos y académicos de nuestra sociedad.

Reitera que es un hecho innegable que en el Derecho Comparado los Códigos de Justicia respectivos han ido restringiendo la competencia de la Justicia Militar, excluyendo o restringiendo el juzgamiento de civiles.

En su opinión, se debe mantener la competencia para delitos comunes cometidos por militares durante el estado de guerra, estando en campaña, en acto del servicio y en recintos militares, lo cual no obsta a que las definiciones que el legislador estableció en el Título III del Libro IV “Disposiciones Complementarias del Código de Justicia Militar”, sean reformuladas.

Concretamente, propone que la reforma a la competencia de la Justicia Militar se oriente con el objeto de que no contemple la justiciabilidad de civiles, ni de militares cuando cometan delitos contra civiles.

Advierte estar conciente en cuanto a que el tema de la Justicia Militar en Chile no se soluciona simplemente con delimitar su competencia, excluyendo a los civiles. La reforma, agrega, debe ser integral, considerando los tres factores que ha mencionado precedentemente, lo que permitirá estructurar un nuevo Código de Justicia Militar.

Indica que las Mociones parlamentarias sobre esta materia sometidas a la consideración del Congreso Nacional, aunque parciales, inciden esencialmente en la competencia. Pero, debido a la injusticia a la que se está sometiendo actualmente a los pueblos indígenas, considera imprescindible abordar este problema desde ahora, con el objeto de crear una norma de excepción, vigente hasta que no se reforme la Justicia Militar de manera más profunda.

Casos Antuco y Antártica.

A continuación, el autor de la Moción asegura que la reforma de la Justicia Militar ha surgido como uno de los factores principales en los procesos que se incoan por los casos Antuco y Antártica. Señala que las decepcionantes condenas en primera instancia en el primero de ellos y las demoras para establecer la verdad en el segundo hicieron recrudecer las sospechas de presiones, alimentadas de antemano por filtraciones del expediente judicial -concretamente el encapsulamiento de la información que denunció el ex jefe del Departamento Antártico del Ejército y por fallas en el debido proceso que se imputan al coronel Juan Arab, instructor de la causa por la muerte de 45 soldados en la cordillera.

Afirma que más allá de tales datos, las dudas provienen de las añosas estructuras de la judicatura castrense y de que ésta

se encuentra postergada respecto de la reforma del sistema procesal penal en Chile.

A su juicio, lo ocurrido en la cordillera y la Base O'Higgins demostrarían que ni siquiera la persecución de delitos típicamente militares como el incumplimiento de deberes estaría debidamente garantizada por las actuales estructuras judiciales. Y ello por la cierta facilidad con que los mandos podrían, en razón de sus intereses, ejercer presiones sobre los subordinados que sustancian los procesos. Por ejemplo, el comandante de una división es, a la vez, juez militar en la zona bajo su mando y de este modo lo que ocurra en sus unidades le interesa desde la triple óptica del logro de los objetivos castrenses, de la gestión administrativa y de las eventuales trasgresiones a las normas legales. Es juez y parte a la vez y eso puede conducir a un conflicto de intereses.

Afirmó que en el caso Antártica, se habría llegado a conformar prácticamente un comité de crisis, con la participación del comandante de división y juez militar, para encapsular, orientar, acaso tergiversar los informes, y así no perjudicar los intereses institucionales, ya bastante dañados por la tragedia de Antuco.

Admitió que si bien en la Justicia Militar están separados los roles del instructor (fiscal), quien emite un dictamen con las conclusiones del sumario, y el sentenciador (juez), que dicta el fallo propiamente tal, éste es un oficial de arma, un oficial de justicia con título de abogado que puede acoger o no las propuestas de aquél.

Reconoció también que el instructor podría ejercer severamente su cargo, pero básicamente hay una dependencia jerárquica del oficial instructor respecto del general que actúa como juez.

Dice que distinta es la situación del coronel Arab, nombrado Ministro en Visita por la Corte Marcial por la notoriedad del caso Antuco, y de quien se ha argüido que su interés era ascender a General auditor de Guerra. No le convenía, por esto, ir contra las corrientes internas y atribuir penas más severas a los responsables de la muerte de 45 soldados. De ahí la aspiración de los abogados de los familiares de que la Corte escogiera, para proseguir las investigaciones de ambas tragedias, de entre sus dos miembros civiles y no de sus tres uniformados. Pero todos ellos acordaron, por unanimidad, rechazar que cualquiera se ocupase de averiguar lo ocurrido en la base O'Higgins.

Señala que el Director del Departamento Antártico, por su parte, declaró al fiscal, ya en diciembre, que fue objeto de presiones y sólo en febrero, cuando la prensa infiltró el proceso, los oficiales involucrados manifestaron su intención de ponerse a disposición de la

justicia. En el intertanto, el fiscal no realizó las indagatorias que correspondían.

No ha habido, coligió, toda la transparencia proclamada por el Comandante en Jefe del Ejército. Por más que se esté dispuesto a considerar como señera la gestión de cuatro años del general Juan Emilio Cheyre, los vicios revelados por vientos y hielos en los dos episodios hablan de una propensión a mentir y amañar los hechos por algunos mandos, llegándose incluso a falsificar la firma de un oficial conducido a la muerte, comportamientos que el Ministro Osvaldo Puccio estimó, no sin razón, como una herencia de prácticas legitimadas bajo la dictadura militar.

Presume que los cambios culturales excederán, con mucho, el plazo de la gestión de Oscar Izurieta. Pero un aliciente para sacudir mentalidades podrá ser un epílogo judicial digno para Antuco y la Antártica, que tendrá que escribirse antes de la remoción de las estructuras de una inconfiable Justicia Militar

En estas circunstancias, se pregunta si estas arbitrariedades denunciadas han sido cometidas contra militares, ¿qué cabe esperar cuando los Tribunales Militares conocen de litigios contenciosos entre militares y civiles? Conjetura que, por lógicas solidaridades institucionales, sólo cabe esperar que estas arbitrariedades se cometan contra los civiles, que son la parte extraña y más débil del proceso.

Pone de relieve que, bien dado el nivel de vulnerabilidad social y económica de los pueblos indígenas, se hace más patente que la parte más débil es aún más vulnerable si se trata de un indígena. El Derecho Penal puede ser un instrumento selectivo: la Justicia Militar deja de ser ciega cuando se trata de un sujeto vulnerable, sin una adecuada defensa.

Reitera que las injusticias e irregularidades denunciadas arriba, se hacen mucho más patentes cuando se trata de un indígena, como se acredita en informes de Derechos Humanos de organizaciones internacionales.

1. Informe "Derechos humanos y cuestiones indígenas" del Relator Especial de las Naciones Unidas, Sr. Rodolfo Stavenhagen, de 17 de noviembre de 2003.

Recuerda que la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado de Chile, por encargo de éste, preparó un estudio relativo al “Conflicto mapuche en relación con el orden público y la seguridad ciudadana”. (Boletín Nº S 680-12.)

En dicho informe, la Comisión pone de manifiesto “su profunda preocupación por la grave alteración de la vigencia del principio de la seguridad jurídica en las regiones del Bío Bío y la Araucanía. Considera que el Gobierno no está cumpliendo con sus obligaciones de proteger a los agricultores y legítimos propietarios de actos delictivos e incluso terroristas. Reconoce que solamente una minoría de organizaciones mapuches llevan a cabo actos de violencia contra los agricultores, pero que ésta no se justifica ya que sus derechos a la tierra están garantizados en las leyes existentes, y el conflicto se debe a la pobreza y la ineficacia de las políticas públicas”.

No obstante, algunos miembros de la Comisión del Senado, expresando una posición minoritaria, sostienen que el conflicto mapuche no puede ser reducido a la dimensión de orden y seguridad pública, sino que deben atenderse las demandas de las comunidades indígenas.”. Esta posición es compartida por el Relator Stavenhagen, la que se recoge expresamente en el informe sobre Chile para Naciones Unidas.

Señala el relator de la ONU, en el punto 39 de tal Informe que: “El denominado conflicto mapuche debe ser visto desde todos los ángulos y requiere considerar otros aspectos, no sólo el de seguridad pública. Ello ayudaría a evitar acciones contra organizaciones mapuches que resultan ser una manera de criminalizar una reivindicación legítima y de judicializar un conflicto que es esencialmente social. Los mapuche acusados de violencia contra la policía, así como los que han sido víctimas de la violencia o el maltrato policiales, comparecen, independientemente de que sean acusados o víctimas, ante tribunales militares. Tanto los fiscales como los jueces son miembros de las fuerzas armadas en servicio activo. Los jueces no tienen que tener una formación jurídica formal, no disfrutan de estabilidad en el cargo y están sujetos a órdenes superiores dentro de la cadena de mando militar. Estos tribunales no ofrecen las garantías de independencia e imparcialidad necesarias para garantizar que los mapuches en cualquiera de estas situaciones reciban un juicio justo o una oportunidad justa de resarcimiento.”.

2. Informe Indebido Proceso: los juicios antiterroristas, los tribunales militares y los Mapuches en el sur de Chile, de Internacional Human Rights Watch.

En primer lugar, este informe alude a los obstáculos presentados por los tribunales militares a los mapuche que buscan resarcimiento por los abusos policiales.

Resalta el contraste que se observa entre los procedimientos que se están aplicando ahora en los tribunales penales ordinarios y el sistema anacrónico de la Justicia Militar, que es muy marcado en La Araucanía, donde coexisten muy de cerca.

Pone de relieve que los procedimientos ante Tribunales Militares son muy largos, burocráticos, donde prácticamente no existe derecho a la defensa. Ello, porque el período de investigación es secreto y no existen instancias frente a las cuales hacer valer argumentos y evidencias, sino cuando ya se encuentra formada la convicción del juez. En la mayoría de los casos que involucran a mapuches, los Carabineros desarrollan una investigación interna que es considerada como parte del sumario y constituye un antecedente fundamental para el Fiscal y para el Juez. Esta investigación es realizada por el superior del (los) funcionario(s) involucrado(s), lo que afecta nuevamente la posibilidad de esclarecimiento de los hechos investigados, puesto que la condena eventual de uno o varios Carabineros por denuncias de torturas o malos tratos puede provocar un daño a la imagen institucional.

Señala que han pasado 15 años desde que el entonces Presidente de la Corte Suprema, don Luis Maldonado, en un discurso de apertura del año judicial al final de régimen militar, criticara la falta de independencia de los jueces militares. Sin embargo, a pesar de una serie de estudios académicos, sigue sin existir un proyecto de ley integral en el Congreso que limite la competencia de los tribunales militares. Hasta hace muy poco, no se habían propuesto siquiera reformas parciales, tales como las enmiendas para sacar de la jurisdicción militar el delito de maltrato de obra contra Carabineros. Cuando en 1998 el Congreso aprobó una ley para tipificar la tortura como un delito específico dentro del Código Penal, perdió la oportunidad de trasladar la competencia sobre los delitos de tortura y uso excesivo de la fuerza por parte de la policía a los tribunales penales ordinarios. Estos siguen tipificados como delitos militares si son cometidos por miembros de las Fuerzas Armadas en servicio activo, o en instalaciones militares o policiales. Durante el período de 1990 a 1996, casi el 70 por ciento de los casos juzgados por los tribunales militares estuvieron relacionados con civiles, ya sea como acusados o víctimas.

A continuación, la moción describe tres casos judiciales tramitados ente fiscalías castrenses como ejemplos de que los tribunales militares no enjuician a agentes de policía responsables de graves abusos contra detenidos mapuches: son los casos de Alex Lemún, Alberto Coliñir y Daniela Ñancupil.

En segundo lugar, el Informe de Internacional Human Rights Watch se refiere al uso de los tribunales militares contra los mapuches acusados de violencia contra la policía.

A este respecto, el citado documento describe los retrasos burocráticos y la falta de transparencia que se observan en los procesos de los tribunales militares que investigan los ataques contra miembros de Carabineros, citando al efecto, también a título ejemplar, los procesos seguidos en contra de José Llanca, un mapuche acusado de atacar

a dos Carabineros en un incidente confuso, y contra el líder estudiantil Julio Marileo.

Sobre este particular, plantea la necesidad de que un tribunal independiente examine las pruebas de ambas partes con imparcialidad.

Enseguida, enumera diversas Mociones que derogan la jurisdicción militar en relación a civiles, las que se encuentran a la espera de la correspndiente tramitación.

A continuación, se refiere a la Comisión creada por el Gobierno para estudiar reformas a la Justicia Militar.

Explica que esta iniciativa se enmarca dentro del Programa Nueva Justicia Para El Bicentenario (2006 - 2010), cuyo punto 6, relativo a la Justicia Militar, anuncia que “Se modificará el Código de Justicia Militar. Resulta necesario establecer las competencias de los tribunales militares traspasando a la justicia civil materias que en la actualidad se encuentran en ese ámbito, ello en concordancia a la moderna doctrina y la propia organización de nuestros institutos armados; adecuando sus procedimientos a los avances de la justicia en materia procesal penal.”.

Recuerda que en enero de 2006, los ex ministros de Justicia, Luis Bates, de Relaciones Exteriores, Ignacio Walker; y de Defensa, Jaime Ravinet; encabezaron la primera reunión de trabajo de la comisión que se dedicará a construir las bases de la reforma a la Justicia Militar.

Al respecto, cita al ex ministro señor Luis Bates, quien, al iniciarse este trabajo, sostuvo: "Hemos creído con los Ministros de Relaciones Exteriores y de Defensa que este es el momento oportuno de poner en marcha lo que ha sido una aspiración ciudadana desde mucho tiempo, que es la reforma a la Justicia Militar. Y por eso, se ha constituido esta mesa de trabajo, esta comisión integrada por personeros de Defensa, Auditores, señores Subsecretarios, especialistas en el tema, para seguir el mismo itinerario que exitosamente se siguió respecto a la Reforma Procesal Penal. Este es el momento de iniciar un diagnóstico, un estudio serio de la situación de la Justicia Militar en Chile", que permitirá delinear "una Justicia Militar acorde con la justicia internacional, acorde con las convenciones y organismos que tienen que ver con derechos humanos.".

También transcribe declaraciones del ex Ministro de Relaciones Exteriores, don Ignacio Walker, quien abordó la dimensión internacional de la reforma, declarando que "Hay fallos de órganos jurisdiccionales, como la Corte Interamericana de Derechos Humanos, que

recomiendan en el caso chileno reformas profundas en el ámbito de la Justicia Militar.”.

Por su parte, el ex Ministro de Defensa Nacional, don Jaime Ravinet, sostuvo que la reforma de la Justicia Militar es clave para completar la modernización de la justicia chilena, "No sólo por los tratados internacionales que ha firmado Chile, sino porque también hay todo un esfuerzo interno de agilizar, de hacer más eficaz, más rápida, más moderna nuestra justicia". "Creemos que este grupo de trabajo debe abocarse básicamente, por un lado, a estudiar la competencia de la Justicia Militar; en segundo lugar, el procedimiento, de manera de adecuarlo a la Reforma Procesal Penal. En tercer lugar, revisar la tipología de los delitos que son materia de la Justicia Militar.".

Programa de Gobierno. Compromiso de reforma de la justicia militar.

La Moción transcribe el apartado del Programa de Gobierno de la Presidenta Bachelet, denominado “Nuevo Trato Ciudadano”, referido a la materia en análisis. Su texto es el siguiente:

“Cambiaremos el Código de Justicia Militar, que ha quedado superado tanto por la nueva realidad jurídica como por los propios avances en la doctrina y organización de nuestros institutos armados. Al hacerlo, será necesario que el mismo garantice adecuadamente el debido proceso y que se delimite con precisión la competencia de la Justicia Militar”.

Recomendaciones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos a favor de la derogación de la jurisdicción militar sobre civiles.

La iniciativa también se funda en el criterio sostenido por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, según el cual los tribunales militares no cumplen los requisitos de independencia e imparcialidad de los tribunales de justicia. En sus recomendaciones a los Estados Miembros, incluidas en su Informe Anual de 1998, la Comisión señaló textualmente:

“En cuanto a los aspectos jurisdiccionales, la Comisión le recuerda a los Estados miembros que los ciudadanos deben ser juzgados por sus jueces naturales, regidos por el derecho común y la justicia ordinaria. Por lo tanto, los civiles no deben ser sometidos a la jurisdicción de tribunales especiales. La utilización, por ejemplo, de tribunales militares debe estar limitada al enjuiciamiento de miembros de las Fuerzas Armadas en servicio militar activo, por las faltas o delitos de función. En todo caso, esta jurisdicción especial debe excluir los delitos de lesa humanidad y las violaciones a los derechos humanos.”.

Observaciones del Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas.

Señala que, adicionalmente, en los últimos 15 años ha surgido una doctrina clara derivada de la jurisprudencia de los organismos internacionales de derechos humanos que afirma que la competencia de los tribunales militares sobre los civiles viola las garantías procesales protegidas por el artículo 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

En su Observación General número 13, emitida en 1984, el Comité de Derechos Humanos sostuvo que, aunque el Pacto no prohibía los tribunales militares, su uso para juzgar a civiles tenía que ser "muy excepcional y ocurrir en circunstancias que permitan verdaderamente la plena aplicación de las garantías previstas en el artículo 14.

Esta posición del Comité respecto a los tribunales militares ha sido confirmada en los últimos años. Por ello, rechaza su uso para juzgar a civiles en cualquier circunstancia o para juzgar a personal militar por infracciones que no fueran las cometidas en el ejercicio de funciones militares. Esta jurisprudencia incluye las observaciones finales del Comité respecto a los informes presentados por Estados Partes del Pacto, tales como Argelia (1992), Colombia (1993), Rusia (1994), Perú (1996), Polonia (1999) y Camerún (1999), así como decisiones en casos individuales.

Respecto del caso chileno, el Comité ha sostenido que la jurisdicción amplia de los tribunales militares para conocer de todos los casos relacionados con el enjuiciamiento de personal militar y sus facultades de fallar causas pertenecientes a los tribunales civiles contribuyen a la impunidad de que goza dicho personal y que impide su castigo por violaciones graves de los derechos humanos. Además, la persistente jurisdicción de los tribunales militares chilenos para procesar a civiles no es acorde con el artículo 14 del Pacto. Por consiguiente, "el Comité recomienda que se enmiende la ley para limitar la jurisdicción de los tribunales militares al enjuiciamiento de personal militar solamente, acusado de delitos de carácter exclusivamente militar.".

El autor de la Moción añade que otros organismos de vigilancia de los derechos humanos como el Comité contra la Tortura, el Comité sobre los Derechos del Niño y el Grupo de Trabajo sobre Detenciones Arbitrarias han adoptado una posición similar.

El Sistema Interamericano, incluida la Corte Interamericana, han ordenado en diversas oportunidades la derogación de la jurisdicción militar sobre civiles.

La iniciativa también destaca que el sistema interamericano de protección de los derechos humanos limita específicamente la jurisdicción militar sobre las violaciones de los derechos humanos. Al efecto, menciona la Convención Interamericana sobre la Desaparición Forzada de Personas, que declara expresamente que los miembros de las Fuerzas Armadas u otros actores del Estado implicados en desapariciones forzadas no disfrutarán del fuero militar.

A su vez, la Corte Interamericana de Derechos Humanos se ha opuesto al uso de tribunales militares para juzgar a personal militar en casos de violaciones de los derechos humanos. La Corte señaló, con respecto a la investigación por parte de un tribunal militar de la masacre carcelaria ocurrida en El Frontón, Perú, 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. Así, debe estar excluido del ámbito de la jurisdicción militar el juzgamiento de civiles y sólo debe juzgar a militares por la comisión de delitos o faltas que por su propia naturaleza atenten contra bienes jurídicos propios del orden militar.”.

Sentencia de la Corte Interamericana en contra del Estado de Chile, que ordena derogación de la jurisdicción militar sobre civiles (caso Palamara).

La Moción recuerda que el 22 de noviembre de 2005 la Corte Interamericana de Derechos Humanos dictó sentencia en el caso "Palamara Iribarne", afirmando que Chile debe respetar el carácter restrictivo y excepcional de la justicia militar, que los tribunales militares carecen de independencia e imparcialidad por estar insertos en una estructura jerarquizada y que se vulneran las normas internacionales relativas al debido proceso, especialmente porque se incumple con los estándares procesales de publicidad, oralidad, inmediación y contradicción.

La sentencia de la Corte Interamericana obliga a Chile a adecuar la normativa del Código de Justicia Militar a los estándares internacionales mencionados. Textualmente, la sentencia dispone que:

“14. El Estado debe adecuar, en un plazo razonable, el ordenamiento jurídico interno a los estándares internacionales sobre jurisdicción penal militar, de forma tal que en caso de que considere necesaria la existencia de una jurisdicción penal militar, ésta debe limitarse solamente al conocimiento de delitos de función cometidos por militares en servicio activo. Por lo tanto, el Estado debe establecer, a través de su legislación, límites a la competencia material y personal de los tribunales militares, de forma tal que en ninguna circunstancia un civil se vea sometido a la jurisdicción de los tribunales penales militares, en los términos de los párrafos 256 y 257 de la presente Sentencia”.

Los referidos parágrafos señalan lo siguiente:

“256. En cuanto a la necesidad de adecuar el ordenamiento jurídico interno a los estándares internacionales sobre jurisdicción penal militar, la Corte estima que en caso de que el Estado considere necesaria la existencia de una jurisdicción penal militar, ésta debe limitarse solamente al conocimiento de delitos de función cometidos por militares en servicio activo. Por lo tanto, el Estado debe establecer, a través de su legislación, límites a la competencia material y personal de los tribunales militares, de forma tal que en ninguna circunstancia un civil se vea sometido a la jurisdicción de los tribunales militares (supra párrs. 120 a 144). El Estado deberá realizar las modificaciones normativas necesarias en un plazo razonable.

257. Además, en el ámbito de la jurisdicción penal militar, los miembros de los tribunales deben revestir las garantías de competencia, imparcialidad e independencia indicadas en los párrafos 120 a 161 de la presente Sentencia. Asimismo, el Estado debe garantizar el debido proceso en la jurisdicción penal militar y la protección judicial respecto de las actuaciones de las autoridades militares, tal como se ha señalado en los párrafos 162 a 189 de este fallo”.

En suma, sostiene el Honorable Senador señor Navarro, la opinión de la comunidad internacional sobre el tema de los tribunales militares es consistente. Por ello, insiste en que ha llegado el momento de que el Gobierno chileno introduzca las reformas necesarias para limitar la jurisdicción de los tribunales militares a las infracciones del reglamento militar, traslade las investigaciones de delitos cometidos por civiles a los tribunales ordinarios y ofrezca a los civiles condenados por tribunales militares la oportunidad de que su caso sea revisado por un tribunal competente.

Insiste en que el Gobierno actual anunció que iniciaría dicha reforma y el Ministro de Justicia la señaló como uno de sus principales objetivos. En el intervalo confía en que los tribunales de justicia apliquen adecuada e imaginativamente los principios y normas jurídicas disponibles para resolver las cuestiones o contiendas de competencia que se traben. Entre aquellos están el principio del contenido mínimo de la jurisdicción militar y el principio "pro homine" que exige procurar la solución más beneficiosa para las personas y sus derechos esenciales o la que restrinja en menor grado estos derechos. Esto implica que, en la interpretación de las normas de competencia del Código de Justicia Militar, los tribunales deberían considerar que el ámbito de aquélla es reducido, pues está destinada a asegurar bienes jurídicos vinculados a la función castrense, y que debe siempre preferirse la norma procesal que garantiza mejor los

derechos de todos los intervinientes. Hoy esa norma es el Código Procesal Penal.

Por último, sostiene que los tribunales deben decidir los casos que se les sometan sin necesidad de esperar la derogación o modificación de las leyes nacionales que infringen los estándares establecidos en tratados ratificados por Chile, ya que ningún Estado puede excusarse de cumplir normas convencionales internacionales so pretexto de la existencia de normas internas.

La parte final de la exposición de motivos de esta Moción responde a la pregunta de por qué esta reforma a la Jurisdicción Militar debe ser aplicada primeramente a los indígenas.

Sobre este particular, afirma que todo el conflicto entre la sociedad chilena y los indígenas, tiene como motivo procesos históricos dolorosos, de difícil solución. Valorando los esfuerzos del Gobierno a través de su política indígena, reconoce que los indígenas son pobres entre los pobres. Sus índices de indigencia, de salud, de vivienda, de escolaridad, etc., muestran que se deben redoblar esfuerzos para resarcirlos de la usurpación de tierras y aguas.

Manifiesta que esta pobreza estructural y las usurpaciones de tierras, reconocidas incluso por historiadores conservadores como Sergio Villalobos, han creado conflicto social y una espiral de violencia, no generalizada como se quiere hacer ver, sino radicada en ciertas zonas, las más pobres y más vulnerables.

Este conflicto, dice, debe reconciliar a las partes en disputa. Una manera de lograr esta reconciliación es a través de gestos: así como hubo gestos para la reconciliación política después del Gobierno Militar, debemos realizar gestos para la reconciliación étnica entre los indígenas y la sociedad chilena que usurpó sus tierras y los condenó a una pobreza casi estructural.

En materia judicial, estos gestos tienen un ejemplo vigente, como es la Ley N° 16.441, de 1 de marzo de 1966, que crea el Departamento de Isla de Pascua, denominada “Ley Pascua”. En su artículo 13°, esta ley dispone:

“En los delitos contemplados en los Títulos VII y IX del Libro Segundo del Código Penal (delitos sexuales y delitos contra la propiedad), cometidos por naturales de la Isla y en el territorio de ella, se impondrá la pena inferior en un grado al mínimo de los señalados por la ley para el delito de que sean responsables”.

Asegura la Moción que esta norma no es inconstitucional, pues establece una discriminación positiva en materia judicial, una norma especial que se basa en los aspectos culturales y antropológicos de la costumbre indígena. Aplicar la ley común a los indígenas en este aspecto sería inconstitucional pues sería desconocer que son culturalmente diferentes. Recuerda que si no se reconocieran las diferencias, no habrían leyes a favor de los discapacitados, de los pequeños contribuyentes, de los trabajadores, de los consumidores, etc. Lo igual merece un trato igual, y lo diferente un trato diferente, señala la ya pacífica doctrina de la discriminación positiva.

Abundando en su argumentación, hace presente que la misma Ley Indígena es una muestra de ello. Los indígenas son diferentes, y en cierta medida deben ser sujetos de protección especial en sus derechos, que también son específicos. La inspiración de la Ley Indígena es que han sido vulnerados sus derechos, y establece protecciones especiales, de las que no goza ningún chileno. Esta discriminación positiva no es inconstitucional

Pone de relieve que los controles de constitucionalidad de la época declararon que la Ley Pascua no reñía con la Constitución de la época, que contenía, al igual que la actual, el derecho a la igualdad y a la no discriminación. Inspirada en tales valores constitucionales, la Ley Pascua incluso concede beneficios penitenciarios, y procesales, como la apreciación de la prueba penal en conciencia, la posibilidad de que el juez ordene el cumplimiento de dos tercios de la pena fuera de recintos penitenciarios bajo determinadas condiciones, la improcedencia del recurso de casación en la forma en juicios por simple delitos y faltas, entre otras.

Por ello, reitera, nadie podría descalificar esta norma, ni ninguna de esta ley como inconstitucional, pues se justifican como discriminaciones positivas. El mismo Tribunal Constitucional declaró que la Ley Indígena y la discriminación positiva se ajustaban a la Constitución de 1980.

Si en la Ley Pascua, vigente al día de hoy, los delitos contra la propiedad y los delitos sexuales cometidos por naturales tienen automáticamente un grado menos de pena que lo normal, entonces no ve posibilidad de que se declare inconstitucional el que los presuntos delitos cometidos por efectivos policiales contra indígenas, o viceversa, sean conocidos y juzgados por Tribunales de la Justicia Ordinaria. Significa sólo cambiar de Tribunal natural, de sede jurisdiccional. Nadie pensaría razonablemente que un juicio tributario lo viera un Juez de Menores. Aquí sucede lo mismo, acota.

Tal como señala el Código Orgánico de Tribunales en el inciso segundo de su artículo 5: “Integran el Poder Judicial,

como tribunales ordinarios de justicia, la Corte Suprema, las Cortes de Apelaciones, los Presidentes y Ministros de Corte, los tribunales de juicio oral en lo penal, los juzgados de letras y los juzgados de garantía". El inciso tercero dispone que son tribunales especiales los tribunales militares en tiempo de paz. Que funcionen plenamente los primeros respecto de un civil indígena, implica un gesto para solucionar un problema político, social y jurídico. No es, por tanto, ni un contrasentido ni una inconstitucionalidad.

Los fundamentos de la iniciativa precedentemente descritos concluyen insistiendo en que los informes de Derecho Humanos nacionales e internacionales son elocuentes: la discriminación positiva en este caso no es muestra de desigualad, ni es inconstitucional; es tan sólo el primer paso para que todos los chilenos no pasen por la jurisdicción militar, cuando no existe causa ni razón alguna para que ello ocurra. Lo contrario, seguirá siendo blasón de incumplimiento del Estado de Chile ante sus compromisos internacionales.

2) Opinión de la Corte Suprema

Por considerarla de especial interés, se reproduce la opinión remitida por la Corte Suprema en relación a esta iniciativa.

En su oficio, de número 4-2007, de fecha 9 de enero de 2007, el Máximo Tribunal expresa lo que sigue:

"1. El proyecto agrega un nuevo inciso final al artículo 54 de la Ley Nº 19.253, que excluye del juzgamiento de la justicia penal militar a aquellas personas que tengan la calidad de indígenas o miembros de las comunidades indígenas, que no pertenezcan a las Fuerzas Armadas y Carabineros de Chile y que hubiesen cometido hechos constitutivos de delitos, y hace competentes en esos casos a los tribunales ordinarios de justicia.

2. Se propone en el proyecto la modificación del artículo 54 de la ley, norma que introdujo "la costumbre" como fuente formal del derecho, que pueden invocar judicialmente sólo los miembros de las comunidades indígenas pertenecientes a una misma etnia y siempre que no sea incompatible con la Constitución Política de la República.

3. La redacción actual de esa norma es la siguiente:

"Artículo 54**.-** La costumbre hecha valer en juicio entre indígenas pertenecientes a una misma etnia, constituirá derecho, siempre que no sea incompatible con la Constitución Política de la República.

En lo penal se la considerará cuando ello pudiere servir como antecedente para la aplicación de una eximente o atenuante de responsabilidad.

Cuando la costumbre deba ser acreditada en juicio podrá probarse por todos los medios que franquea la ley y, especialmente, por un informe pericial que deberá evacuar la Corporación a requerimiento del Tribunal.

El Juez encargado del conocimiento de una causa indígena, a solicitud de parte interesada y en actuaciones o diligencias en que se requiera la presencia personal del indígena, deberá aceptar el uso de la lengua materna debiendo al efecto hacerse asesorar por traductor idóneo, el que será proporcionado por la Corporación.”.

4. A virtud de la modificación que introduce el proyecto se incorpora un inciso final del siguiente tenor:

“Los indígenas o miembros de las comunidades indígenas que no pertenezcan a la Fuerzas Armadas y Carabineros de Chile, y que, en la reivindicación de sus derechos consagrados en la presente ley, cometieren hechos que revistieren caracteres de delitos, serán juzgados siempre por los tribunales ordinarios de justicia.”.

5. El proyecto persigue, entonces, sustraer de la jurisdicción penal militar a aquellos civiles que sean indígenas o miembros de comunidades indígenas que hubiesen cometido hechos que revistiesen caracteres de delito en reivindicación de los derechos contemplados en la Ley Nº 19.253, entregando su conocimiento y resolución a los tribunales ordinarios de justicia con competencia en esta materia.

6. La norma que se modifica se encuentra incluida como disposición única del Párrafo 1º, relativo a “La costumbre Indígena y su aplicación en Materia de Justicia”, en el título VII sobre “Normas Especiales de los Procedimientos Judiciales”.

Análisis del artículo 54, en su redacción actual.

En su inciso 1º reconoce a la costumbre como fuente formal del derecho, la que se puede hacer valer en juicio entre indígenas de una misma etnia, con la reserva que ello no puede ser incompatible o inconciliable con la Constitución Política de la República.

Añade la norma, que la costumbre será considerada en materia penal, en cuanto pudiera servir como antecedente para la aplicación de una eximente o una atenuante de la responsabilidad criminal.

A continuación se autoriza la prueba de la costumbre, especialmente por medio de informes periciales que evacuará la Corporación Nacional Indígena, y que, ante la comparecencia en juicio, deberá aceptarse el uso de la lengua materna.

Esta norma contempla lo que, en la teoría jurídica, política y social, se denomina “discriminación positiva”, porque el objetivo o fin de su incorporación en el texto tiene como propósito dar un tratamiento diferente y excepcional a quienes son miembros de una comunidad indígena provenientes de una misma etnia, trato que no será posible otorgar si hay individuos que no reúnan esas condiciones, pudiendo estimarse que no hay por ello, infracción al principio constitucional de la igualdad ante la ley.

Análisis de la norma propuesta.

La norma en referencia, propuesta como inciso cuarto o último del artículo 54 de la Ley Nº 19.253, pretende “que los indígenas o miembros de la comunidades indígenas que no pertenezcan a las Fuerzas Armadas ni a Carabineros de Chile, y que, en la reivindicación de sus derechos consagrados en la ley, cometieren hechos que revistieren caracteres de delito sean siempre juzgados por los tribunales ordinarios de justicia”.

Del examen de la norma surgen las consecuencias siguientes:

a) Establecería un estatuto legal excepcional, único, en materia de juzgamiento por la comisión de hechos que revistan caracteres de delito, sólo para las personas que la norma indica, indígenas en esa condición, sustrayéndolos de la jurisdicción penal militar dadas las circunstancias anotadas;

b) No aparece de los antecedentes del proyecto, ni se divisa de la legislación existente en la materia, una justificación lógica para someter a esas personas a un régimen de jurisdicción penal excepcional, y no aplicarse a todo el resto de las personas que habitan el territorio nacional, sean chilenos o extranjeros, que no posean las características étnicas o los niveles de pobreza e indigencia de quienes se quiere proteger.

Conclusiones:

1. Se infringiría o quebrantaría el ordenamiento constitucional en lo referente a los principios de igualdad ante la ley, estableciendo la existencia de personas o grupos de personas gozando de un régimen judicial penal excepcional, no aplicable a la generalidad de los habitantes de la Nación, y se vulneraría también el principio de igual

protección de la ley en el ejercicio de los derechos al establecer, como se dijo, un estatuto legal especial para personas de determinada condición étnica (Números. 2º y 3º del artículo 19 de la Constitución Política de la República).

2. La propuesta no resulta compatible con las normas de la Constitución Política de la República, porque no garantiza a todos los chilenos que no pertenezcan a las Fuerzas Armadas y a Carabineros de Chile el acceso o goce a un mismo sistema judicial.

Lo anterior resulta congruente con lo dispuesto en el artículo 10 de la Constitución Política de la República, que reconoce como chilenos a “los nacidos en el territorio de Chile”, por aplicación del principio del ius solis y lo contemplado en el artículo 14 del Código Civil, en cuanto dispone que “La ley es obligatoria para todos los habitantes de la República”, sin hacer diferencias entre personas de origen indígena y los que no pueden acreditar tal condición.

3. De esta forma se produciría una “discriminación arbitraria”, “no positiva” como se pretende por los autores del proyecto, al establecer un privilegio sólo reconocido a las personas de origen indígena y no a todas las personas de nacionalidad chilena ni a todos los habitantes de la Nación.

4. Con idénticos argumentos y razonamientos podría volverse a la creación de tribunales especiales para juzgar a las personas de origen indígena, que en época pretérita existieron y fueron suprimidos, lo que es abiertamente contrario a la Constitución Política de la República y al ordenamiento jurídico general.

5. No sería necesario promulgar una ley especialmente destinada a sustraer de la jurisdicción penal militar a personas indígenas, por cuanto en los proyectos en actual tramitación en el Congreso, contenidos en los Boletines Nº 3.254 y Nº 3.257, se sustraen de la jurisdicción penal militar a los civiles que hubieren cometido hechos que revisten caracteres de delito, sin distinguir sobre el origen de las personas que los hubieren cometido.

Por las consideraciones antes expuestas este tribunal es de la opinión de informar desfavorablemente el presente proyecto.

Se dejar constancia que un señor Ministro agregó como fundamento adicional para informar desfavorablemente el proyecto que, respecto de la posibilidad de que se esgrima haber actuado en reivindicación de derechos indígenas, se advierte una discriminación subjetiva adicional consistente en entregar al sujeto activo la determinación

de un elemento subjetivo de muy difícil calificación, pues corresponde a la intencionalidad o motivación del delito.

Acordada con el voto en contra de un Ministro, quien fue de parecer de emitir informe favorable respecto de la iniciativa legal, teniendo presente para ello que la regla general es que de las causas criminales conozcan los tribunales ordinarios y por excepción los tribunales militares, correspondiendo la iniciativa a una decisión de consagrar una contra excepción o vuelta a reglas generales, en lo cual no se observa discriminación, pues las excepciones deben amparar los casos en que se justifique y si existen, por ahora, razones que las desvirtúan deben aceptarse, a lo cual se agrega el hecho de constituir la voluntad de ir restringiendo paulatinamente la competencia de los tribunales militares y del procedimiento que ante ellos se aplica, diverso al oral y público que ofrece mayores garantías para los intervinientes.”.

- - -

DISCUSIÓN EN GENERAL Y EN PARTICULAR DEL PROYECTO

Por tratarse de una iniciativa de artículo único, en conformidad a lo dispuesto por el artículo 127 del Reglamento del Senado, **el Presidente de la Comisión, Honorable Senador señor José Antonio Gómez**, la puso en discusión en general y en particular, a la vez.

En primer lugar hizo uso de la palabra **el Auditor General del Ejército, General de Brigada (J) señor Juan Patricio Arab**.

Hizo presente, en primer término, que la iniciativa persigue sustraer de la jurisdicción penal militar a aquellos civiles que sean indígenas o miembros de dichas comunidades, que hubiesen cometido delitos de reivindicación de los derechos contemplados en la ley Nº 19.253, entregando su resolución a los Tribunales Ordinarios de Justicia.

Puso de manifiesto que los otros dos proyectos que se encuentran en primer trámite constitucional que se han examinado en conjunto con esta iniciativa –esto es, el Mensaje del Ejecutivo contenido en el Boletín Nº 5.159-07 y la Moción de la Honorable Senadora señora Alvear contenida en el Boletín Nº 4.792-07-, excluyen de la jurisdicción militar a los civiles, manteniendo competencia respecto de ellos sólo en casos muy determinados, que son básicamente los delitos de homicidio y maltrato a Carabineros, aquellos contemplados por el Código Aeronáutico y el delito previsto para reservistas previsto en el artículo 75 del Decreto Ley Nº 2.306, de 1978.

En lo relativo al personal militar, señaló que se mantiene la competencia respecto de los delitos militares, como, asimismo,

respecto de los delitos comunes cometidos por militares en tiempo de guerra, o cuando se perpetran en presencia del enemigo o en campaña y también respecto de los cometidos en tiempo de paz o de guerra, cuando se cometen en cumplimiento de una orden, en acto de servicio o en el interior de un recinto militar. Se excluyen los delitos cometidos por militares con ocasión del servicio.

De esta manera, dijo, una iniciativa como la que se estudia carecería de sentido, ya que un militar, independientemente de su origen étnico, es un militar para todos los efectos legales, reglamentarios, disciplinarios y administrativos. Del mismo modo, se establecería una discriminación positiva atentatoria contra los principios de igualdad reconocidos por la Constitución Política de la República.

El Auditor General de la Armada, Contraalmirante (JT) señor Claudio Cereceda, el Auditor General de la Fuerza Aérea, General de Brigada Aérea (J), señor Renato Nuño, y el Auditor General de Carabineros, General (J) señor Ismael Verdugo, manifestaron su acuerdo con los planteamientos anteriores**.**

Enseguida, **el profesor señor Sergio Cea** expresó que con la exclusión de los civiles del juzgamiento por parte de los Tribunales Militares, esta Moción deja de tener sentido en términos generales, por cuanto, la competencia de la Justicia Militar solo afectará a los indígenas que pertenezcan en su calidad de militares a las Fuerzas Armadas.

Agregó que en lo que se refiere al maltrato de obra a Carabineros, tal situación está inmersa en una definición no sólo de carácter jurídico, por cuanto cada Estado tiene su propia percepción de la forma en que debe delimitarse el juzgamiento de civiles por parte de los Tribunales Militares.

A su vez, **el profesor señor Juan Domingo Acosta** expresó que la modificación propuesta por el proyecto le parecía inadecuada.

En primer lugar, explicó, su aplicación se referiría básicamente a los delitos de los artículos 416, 416 bis, 416 ter y 417 del Código de Justicia Militar, que son los que pueden cometer civiles y ser conocidos por Tribunales Militares.

Señaló que, en principio y con la lógica del proyecto, esos delitos deberían quedar sometidos a los Tribunales Ordinarios. Si hay razones para que sean conocidos por los Tribunales Militares, se generaría un tratamiento desigual injustificado respecto de los

demás habitantes y podría verse comprometido el principio de igualdad ante la ley.

En segundo lugar, consideró que el precedente sería negativo. Sostuvo que la Ley Indígena reconoce derechos a favor de los miembros de una comunidad indígena y regula el modo de ejercerlos y reclamarlos, mas no se ocupa de la comisión de delitos.

Añadió que, además, se produce una contradicción, pues reivindicar un derecho es propugnar su ejercicio, el que debe ser legítimo. Si no lo es, hay un abuso de un derecho. En el primer caso, no hay delito en virtud del artículo 10, número 10 del Código Penal, pues existiría una causal de justificación consistente en el ejercicio legítimo de un derecho.

Por último, opinó que la norma parece estar pensando en la reivindicación de tierras indígenas ancestrales, que nuestra legislación no reconoce. Advirtió que incorporar estos conceptos sin modificar la Ley Indígena puede traer serios trastornos.

Sobre la base de los antecedentes recibidos y de las consideraciones formuladas por los especialistas y los representantes de las distintas instituciones escuchadas, **la mayoría de los miembros de la Comisión** consideró que la Moción debía ser desestimada.

Puesta la iniciativa en votación en general, fue rechazada por cuatro votos en contra y una abstención. Votaron desfavorablemente los Honorables Senadores señora Alvear y señores Gómez, Chadwick y Espina. Se abstuvo el Honorable Senador señor Muñoz, don Pedro.

\- - -

En virtud del acuerdo precedente, vuestra Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento tiene el honor de proponeros el rechazo del siguiente

PROYECTO DE LEY

“Artículo único.- Agrégase el siguiente inciso final, nuevo, al artículo 54 de la Ley Nº 19.253:

“Los indígenas o miembros de las comunidades indígenas que no pertenezcan a las Fuerzas Armadas y Carabineros de Chile, y que en la reivindicación de sus derechos consagrados en la presente

ley, cometieren hechos que revistieren caracteres de delitos, serán juzgados siempre por los tribunales ordinarios de justicia.”.”.

- - -

Acordado en sesiones celebradas los días 16 y 30 de octubre y 6 de noviembre de 2007, con asistencia de sus miembros Honorables Senadores señores José Antonio Gómez Urrutia (Presidente), señora Soledad Alvear Valenzuela (Jorge Pizarro Soto), y señores Alberto Espina Otero (Baldo Prokurica Prokurica), Hernán Larraín Fernández (Andrés Chadwick Piñera) y Pedro Muñoz Aburto.

Sala de la Comisión, a 8 de noviembre de 2007.

NORA VILLAVICENCIO GONZÁLEZ
Abogada Secretaria

RESUMEN EJECUTIVO

INFORME DE LA COMISIÓN DE CONSTITUCIÓN, LEGISLACIÓN, JUSTICIA Y REGLAMENTO RECAÍDO EN EL PROYECTO DE LEY, EN PRIMER TRÁMITE CONSTITUCIONAL, INICIADO EN MOCIÓN DEL HONORABLE SENADOR SEÑOR NAVARRO, QUE MODIFICA LA LEY N° 19.253, EXCLUYENDO DE LA JUSTICIA MILITAR A LOS MIEMBROS QUE INDICA DE LAS COMUNIDADES INDÍGENAS. (Boletín Nº 4.669-07)

I.- PRINCIPALES OBJETIVOS DEL PROYECTO: modificar la Ley Indígena con el objetivo de establecer que los indígenas o miembros de las comunidades indígenas que no pertenezcan a las Fuerzas Armadas o a Carabineros de Chile, y que en la reivindicación de los derechos consagrados en ella cometieren hechos que revistieren caracteres de delitos, serán juzgados por tribunales ordinarios de justicia, excluyéndolos siempre de la justicia militar.
II.- ACUERDOS: rechazado en general por 4 votos en contra y 1 abstención.
III.- ESTRUCTURA DEL PROYECTO: consta de un artículo único.
IV.- NORMAS DE QUÓRUM ESPECIAL: en virtud de lo dispuesto por los artículos 66 y 77 de la Carta Fundamental, el artículo único de la Moción debe aprobarse con carácter orgánico constitucional, por incidir en las atribuciones de los tribunales.
V.- URGENCIA: no tiene.

VI.- ORIGEN DE LA INICIATIVA: Moción del Honorable Senador señor Navarro.
VII.- TRÁMITE CONSTITUCIONAL: primer trámite.
VIII.- TRÁMITE REGLAMENTARIO: primer informe.
IX.- LEYES QUE SE MODIFICAN O QUE SE RELACIONAN CON LA MATERIA:
a) Constitución Política de la República: artículos 76 y 77, Capítulo VI, sobre Poder Judicial.
b) Código Orgánico de Tribunales, artículos 1°, 5° y 169.
c) Ley Nº 19.253, que establece normas sobre protección, fomento y desarrollo de los indígenas, y crea la Corporación Nacional de Desarrollo Indígena, artículo 54.
d) Código de Justicia Militar, Título I, Libro Primero, artículos 3° y 5°.

Valparaíso, 8 de noviembre de 2007.

NORA VILLAVICENCIO GONZÁLEZ
Abogada Secretaria

ÍNDICE

	Página
Constancias reglamentarias	1
Antecedentes	
- Jurídicos	2
- De hecho	5
Discusión en general y en particular	26
Votación en general	27
Texto del proyecto	29
Resumen ejecutivo	30

- - -