



**DEFENSORÍAS REGIONALES**

**MINUTA REGIONAL**

**“EL CONVENIO 169 DE LA OIT Y LA DEFENSA PENAL DE INDÍGENAS”**

**N° 1/ 2010/ Abril**

Consulte sobre este documento a:  
[estudios@defensoriapenal.cl](mailto:estudios@defensoriapenal.cl)

# CONTENIDO

1. INTRODUCCIÓN.....	3
2. EL CONVENIO 169 DE LA OIT ES UN TRATADO QUE CONSAGRA DERECHOS COLECTIVOS, PARA SUJETOS COLECTIVOS.....	3
3. EL CONVENIO 169 DE LA OIT (SE) FUNDA EN UN NUEVO PARADIGMA DE LA RELACIÓN DE LOS ESTADOS CON LOS PUEBLOS INDÍGENAS .....	5
4. LOS DILEMAS DE LA DIVERSIDAD.....	7
5. NORMAS DEL CONVENIO 169 APLICABLES EN NUESTRO SISTEMA PENAL. DERECHO INDÍGENA, ENTRE LA LEY Y LA COSTUMBRE .....	10
6. BIBLIOGRAFÍA.....	23
7. COMENTARIOS A LA MINUTA PRODUCTO DEL DEBATE .....	24

**EL CONVENIO 169 DE LA OIT**  
**Y**  
**LA DEFENSA PENAL DE INDÍGENAS**

Rodrigo Lillo Vera<sup>1</sup>

**1. Introducción**

El 08 de Junio de 2003, el Defensor Nacional Rodrigo Quintana M. instruyó mediante el Ordinario 177 criterios generales para otorgar una atención especializada para Pueblos Indígenas, en ese documento, ya se consideraron algunos de los estándares establecidos en el Convenio 169 del OIT. Esta minuta pretende ser un aporte de continuidad en lo que forma parte de la misión de la Defensoría Penal: la defensa penal de indígenas.

Esto adquiere mayor relevancia si consideramos que el 15 de septiembre de 2009 entró en vigencia en Chile el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo, que establece derechos para los pueblos indígenas y tribales, con las consiguientes obligaciones para el Estado. El Convenio 169, en adelante el Convenio, fue aprobado en el año 1989 por la Organización Internacional del Trabajo y la mayoría de los países latinoamericanos ya lo habían ratificado antes que Chile. Así mismo, en la mayoría de los países se han desarrollado reformas legales y constitucionales en relación con los pueblos indígenas, desde que en 1986 Nicaragua reformó su Constitución Política para dar lugar a la autonomía indígena en la Costa Atlántica. El Convenio establece una serie de derechos nuevos para los indígenas, por ejemplo de participación y sobre los recursos naturales, sobre los que no nos detendremos en esta minuta.

Este artículo pretende ser una herramienta para el uso del Convenio como un catálogo de garantías y derechos que los defensores penales puedan utilizar en el ámbito de la justicia penal. Para ello resulta necesario previamente, analizar algunos principios generales fundamentales del Convenio que permiten la adecuada interpretación de las normas particulares que nos interesan. Para esto, se abordarán previamente los aspectos que presentan al Convenio como una transformación del sistema jurídico; tales como, el reconocimiento de los derechos colectivos de los indígenas, la perspectiva que asumen los estados ante las minorías étnicas, de acuerdo al Convenio, y también -aunque de manera superficial- se enfrentará la eventual contradicción entre derechos humanos y derechos indígenas. El abordaje de estos tres aspectos, que pueden parecer –en sumateóricos para la labor del defensor, permite comprender de mejor manera los artículos específicos que nos interesan para la defensa penal de indígenas y, a la vez, nos permite encontrar y crear soluciones a nuevos casos, en las normas del Convenio.

Por el Convenio 169, se inviste a los indígenas, mejor dicho, a los pueblos indígenas, de derechos referidos al ámbito de la justicia, y que se encuentran entre los artículos 8 a 10 del Convenio. Por una parte, el Convenio establece el derecho de los pueblos indígenas a desarrollar su propia jurisdicción, tanto procedimientos sancionatorios –incluso en el ámbito penal-; por otra, se consagra el derecho de estos pueblos de esgrimir ante los tribunales de justicia estatal sus propias normas emanadas de la costumbre. Lo anterior, con las consiguientes obligaciones estatales de reconocer tales procedimientos y aplicar tales normas en los juicios llevados en la, por así llamarla, justicia estatal (para distinguirla de la justicia indígena). Aunque se trata de procesos y ámbitos de derechos diferentes<sup>2</sup>, ambos derechos plantean argumentaciones que pueden usarse en el escenario de la defensa penal en los juicios del tipo acusatorio. Por cierto que estas alegaciones se darán en el segundo escenario.

**2. El Convenio 169 de la OIT es un tratado que consagra derechos colectivos, para sujetos colectivos**

---

<sup>1</sup> Abogado de la Unidad de Estudios, Defensoría Regional de La Araucanía. Agradezco a todos los comentaristas que participaron en la elaboración de esta minuta, por sus valiosos aportes. Especialmente a José Manuel Fernández y Bárbara Katz que dedicaron horas de esfuerzo para que esta minuta viera luz.

<sup>2</sup> Cfr. Lillo, Rodrigo. 2002. los derechos de los indígenas y el nuevo sistema procesal penal, en Revista de la Escuela de Derecho de la Universidad Católica de Temuco N ° 2. 2002.

El convenio 169 de la OIT constituye el primer instrumento de carácter internacional que reconoce la existencia de *Pueblos Indígenas* al interior de los estados<sup>3</sup>. Lo anterior implica aceptar que los indígenas constituyen agrupaciones humanas previas al estado, que tienen -o tuvieron- un territorio común, una historia, cultura y conocimiento; pero además, que se identifican con sus pares y a la vez se sienten diferentes de otros grupos. La primera de estas consideraciones se refiere a los elementos materiales que distinguen al grupo, lo que se refiere al “conjunto de creaciones instituciones y comportamientos colectivos de un grupo humano (...) el sistema de valores que caracteriza a una colectividad humana”<sup>4</sup>. La segunda se refiere a la condición subjetiva, también denominada conciencia étnica, esto es “la conciencia que tienen los miembros de su especificidad, es decir de su propia individualidad a la vez que de su diferenciación de otros grupos humanos, y el deseo consciente, en mayor o menor grado, de permanecer en él, es decir, de seguir siendo lo que son y han sido hasta el presente”<sup>5</sup>.

Este reconocimiento ha dado lugar a la larga discusión en el ámbito internacional y nacional acerca de si se puede considerar que hay pueblos que no coincidan con los estados y si éstos pueblos -sin estado- tienen derecho a la libre determinación. Sobre esto, para abordar lo que nos interesa, sólo señalaré que si bien el Convenio no resuelve de manera absoluta ésta discusión<sup>6</sup>, sí restringe de manera importante su ejercicio, disponiendo en su artículo 1.3, que para lo que atañe a este instrumento, los pueblos indígenas no pueden esgrimir el derecho a la libre determinación.

En el ámbito interno, esta discusión se ha desarrollado en dos oportunidades, de manera institucional. La primera oportunidad se verificó en plena discusión de la Ley N° 19.253, en la que la Comisión de constitución, legislación y justicia del senado, acogiendo la postura del senador Sinclair<sup>7</sup>, reemplazó el término “pueblo” del proyecto por el de “etnias”, por recoger “cabalmente las ideas que fundamentan la iniciativa”<sup>8</sup>. En la segunda oportunidad, julio de 2000, un conjunto de parlamentarios interpuso un requerimiento por inconstitucionalidad del Convenio 169. Conociendo de él, el tribunal constitucional de la época estableció que el Convenio no se contraponía a la carta fundamental en este punto, entendiendo que el sentido de este término en el Convenio equivalía a:

“un conjunto de personas o grupos de personas de un país que poseen en común características culturales propias, **que no se encuentran dotadas de potestades públicas** y que tienen y tendrán derecho a participar y a ser consultadas, en materias que les conciernan, con estricta sujeción a la ley suprema del respectivo Estado de cuya población forman parte. Ellos no constituyen un ente colectivo autónomo entre los individuos y el Estado”<sup>9</sup>

Énfasis que buscaba evitar supuestas contradicciones con la Constitución, por el uso del término *pueblos*.

Con todo, es sustantiva la consideración de los indígenas como pueblo, pues implica la valoración jurídica de aquellos elementos sin los cuales no se comprende un pueblo en cuanto tal. Por este sólo reconocimiento, los estados entienden la necesidad de preservar los conocimientos, valores y normas de los pueblos; los cuales son -o pueden ser- diversas de las de los estados. El reconocimiento que los indígenas constituyen pueblos, es decir, sujetos colectivos de derecho, constituye la mayor novedad del Convenio desde la perspectiva de los derechos humanos; pues si bien, con anterioridad el sistema

<sup>3</sup> En 1957 la Organización Internacional del Trabajo había ya aprobado un Convenio sobre Poblaciones indígenas. Este Convenio, nunca ratificado por Chile, consagraba sólo derechos de las personas individuales indígenas y se orientaba hacia la integración de los mismos en las sociedades globales. Más tarde, en 1966, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos estableció (artículo 27 del Pacto) derechos de las minorías étnico culturales y/o religiosas a no ser privadas del ejercicio de aquellas manifestaciones.

<sup>4</sup> De Obieta, Chalbaud, José. 1989. “El derecho humano de la autodeterminación de los pueblos”. Editorial Tecnos, Madrid 1989; p. 38.

<sup>5</sup> Op. Cit., p. 43.

<sup>6</sup> La Declaración Universal de Derechos de los Pueblos Indígenas del año 2008, ratificada por Chile, pone fin a esta discusión a favor del derecho a la libre determinación, aunque despeja el temor fundamental de los estados: este derecho no le permitiría (a los pueblos indígenas) conformar nuevos estados, pues se ejerce al interior de los mismos, y con el objeto de influir en los asuntos internos de los estados, que les atañen.

<sup>7</sup> El Senador Sinclair “manifestó su discrepancia al uso de estos términos en el proyecto, toda vez que la totalidad de los habitantes del territorio nacional integran el pueblo chileno, que es uno y único, siendo absolutamente inadecuado, desde un punto de vista geopolítico, la aceptación tácita, de la existencia de pueblos aborígenes o indígenas al interior del territorio” Senado, sesión 10ª, legislatura de 13 de julio de 1993, p. 1317.

<sup>8</sup> Senado, sesión 10ª, legislatura de 13 de julio de 1993, p. 1317.

<sup>9</sup> Sentencia dictada por el Tribunal Constitucional con fecha 4 de Agosto de 2000, considerando 44, en causa sobre requerimiento de inconstitucionalidad del Convenio 169, Rol N° 309 (el destacado es propio).

internacional reconocía derechos específicos a los indígenas (v. gr. artículo 27 del Pacto de Derechos Civiles y Políticos<sup>10</sup>), es la primera vez que se establece derechos que se ejercen por todo el pueblo considerado como tal. Aunque la existencia teórica de estos derechos ha sido rechazada desde el liberalismo, en la práctica estos derechos han permitido que el reconocimiento de la diversidad no se convierta en una mera declaración romántica, sino que otorgue a los indígenas de facultades poderosas al interior de los estados para influir en los asuntos que les afectan. Desde un punto de vista procesal, el Convenio reconoce –en general- derechos colectivos, cuyo titular no son los individuos considerados en sí, sino *los pueblos*. Esta categoría jurídica (la de los derechos colectivos), que se separa de los derechos individuales; se distingue también, de aquellos que en la doctrina se designan como derechos de *tercera generación*, colectivos o difusos

“Los derechos fundamentales de las comunidades indígenas no deben confundirse con los derechos colectivos de otros grupos humanos. La comunidad indígena es un sujeto colectivo y no una simple sumatoria de sujetos individuales que comparten los mismos derechos intereses difusos o colectivos (.....). En el primer evento es indiscutible la titularidad de los derechos fundamentales, mientras que en el segundo los afectados pueden proceder a la defensa de sus derechos o intereses colectivos mediante el ejercicio de las acciones populares<sup>11</sup>”.

Es decir, quien reclama los derechos de participación o al territorio, no son las comunidades, ni los indígenas de manera indeterminada, sino que *el pueblo*, globalmente considerado, a través de sus legítimos representantes. En materia de derechos ante la justicia, se consagran derechos colectivos, aunque subsisten los derechos individuales clásicos. En efecto, respecto del individuo, el reclamo porque el tribunal reconozca su específica identidad no es más que el ejercicio de su derecho a defensa; mientras que respecto del pueblo, el asunto consiste en el reconocimiento que se hará de su derecho a que la costumbre sea considerada por los tribunales y por el Estado en general. Si bien el Convenio se refiere en términos sustanciales a los derechos colectivos de los pueblos indígenas, también resguarda los derechos individuales de las personas indígenas, sea de manera expresa o indirectamente; porque el uso del Convenio no significa que un indígena no pueda exigir sus derechos en cuanto individuo (v. gr. Derecho a defensa, debido proceso, ser oído, etc.), el reconocimiento de los derechos colectivos no implica –de ningún modo- la derogación de otros derechos fundamentales<sup>12</sup>.

### **3. El Convenio 169 de la OIT (se) funda en un nuevo paradigma de la relación de los estados con los pueblos indígenas**

En general, desde una perspectiva histórica, pueden distinguirse tres perspectivas desde las que se ha entendido la relación de los estados con los indígenas, las cuales informan las reglas aplicables a éstos<sup>13</sup>.

La primera de estas visiones, denominada de *asimilación*, la podemos fijar en la conformación de los Estados nacionales. Durante la primera mitad del siglo XIX, se excluyó en nombre de la igualdad toda jurisdicción especial distinta de la estatal. La independencia trae consigo, al igual que en la formación de los Estados europeos, la idea de Estado-Nación y el principio de la igualdad ante la ley, que implica la unidad de las fuentes de derecho y la unidad de los sujetos a quienes están destinadas las normas jurídicas. La concepción de Nación desempeña la función de *catalizador* en la transformación del Estado de la temprana Edad Moderna en una república democrática “sólo la pertenencia a la *nación* fundaba un vínculo de solidaridad entre personas que hasta entonces habían permanecido extrañas las una de las otras”<sup>14</sup> Los criollos locales esgrimieron la idea de que habían surgido nuevas naciones mestizas, con una identidad diversa del colonizador; “[s]e buscaba *asimilar* o desaparecer a los indios dentro de la naciente nación mestiza y se impuso una homogeneización cultural forzosa por los criollos y mestizos que hegemonizaron los procesos de independencia”<sup>15</sup>

<sup>10</sup> Aunque el artículo 27 del PIDCP reconoce derechos a las minorías étnicas, éstas no constituyen sujetos de derecho, por lo que aquellos derechos sólo pueden ser reclamados por las personas que forman parte de aquellas minorías; minorías que, además, generalmente son negadas por los estados donde ellas existen.

<sup>11</sup> Sánchez Botero, Esther. 1998. “Justicia y Pueblos Indígenas de Colombia”. Universidad Nacional de Colombia. Facultad de Derecho, Ciencias Políticas y Sociales. Bogotá, DC, Colombia.

<sup>12</sup> A la eventual controversia entre unos y otros, me referiré más adelante.

<sup>13</sup> Podría agregarse una cuarta y primaria actitud frente a los indígenas, que no he incluido en este texto por ser propia de la época colonial. Sería la actitud de la Segregación, ver *Comentario 1 CCF*, sección 7.

<sup>14</sup> Habermas, Jürgen. 1999. “La Inclusión del otro”; editorial Paidós, Barcelona, 1999; p. 88.

<sup>15</sup> Yrigoyen, Raquel. 1999. “Reconocimiento constitucional del derecho indígena y la jurisdicción especial en los países andinos (Colombia, Perú, Bolivia, Ecuador)”, en: “*Pena y Estado*” N° 4, “Justicia Penal y

Hacia comienzos del siglo XX, complementado posteriormente con las ideas desarrollistas de mitad de siglo, surge lo que se ha denominado como *indigenismo -o asistencialismo-*, fundado en la idea de que los indígenas corresponden a un grupo de personas subordinados y que transitan por etapas inferiores de la civilización, que es necesario integrar a la sociedad e incorporar al mercado para su propio desarrollo. Entre nosotros, esto se manifiesta también, en la aparición de organizaciones indígenas creadas al amparo de la Iglesia Católica. Este discurso tomará mayor fuerza hacia la mitad del siglo XX. En este contexto nacen las agencias estatales asistencialistas para los indígenas y las normas jurídicas de protección (Convenio 107 de la OIT); y se acuña la terminología de *minoría étnica*<sup>16</sup>.

Este último, ha sido el parámetro, por ejemplo, con que el Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Santiago, analizó el siguiente caso, para calificar la irreprochable conducta anterior de dos aymaras acusados de tráfico de cocaína:

"En efecto, del conjunto de antecedentes aportados ya reseñados y habida consideración de que se trata de personas **que pertenecen a la etnia aymara**, como se acreditó con la deposición de PJZA, y, **teniendo presente además lo dispuesto en el artículo 54 de la denominada "Ley Indígena"**, es posible atribuir a dicha minorante<sup>17</sup> el carácter que exige el artículo 68 bis del Código Penal para este caso en concreto. Para así decidirlo, se ha considerado que las irreprochables conductas anteriores de los acusados ChG y ChC, **constituyen una conducta excepcional, pues atendidas las particularidades que presentan la vida de estos enjuiciados** - probado mediante el testimonio de Zaval Astaburuaga - ha llevado al tribunal al convencimiento de asignarle dicha ponderación especial (...) además, se ha tomado en cuenta el contexto cultural y social en que se desenvuelven las personas de esta etnia, quienes, atendida la precariedad en la que viven por la lejanía con la metrópolis, el aislamiento en el que desarrollan su quehacer, se hacen sujetos más vulnerables para ser utilizados por los proveedores y comercializadores de droga, pues es un hecho público y notorio que al estar cercano a las grandes áreas productoras de cocaína, son utilizados como "burreros", todo lo cual hace meritoria una calificación de la conducta irreprochable"<sup>18</sup>.

El tribunal rebajó la pena explicando que los indígenas tienen un grado inferior de reproche, debido a su condición (de precariedad y vulnerabilidad) que les impide comprender la impicancia de las prohibiciones penales.

Esta perspectiva parece ser, hasta ahora, mayoritaria en la doctrina penal clásica y en la jurisprudencia<sup>19</sup>

Es la misma percepción que está presente en el mítico caso de Puerto Saavedra en la Novena Región, por el que varios mapuches fueron absueltos luego de sacrificar a un niño de la comunidad durante el maremoto del año 1960, en base a la eximente de responsabilidad del artículo 10 N° 9 del Código Penal:

"Que la defensa de los mencionados reos alegó en su contestación a la acusación la concurrencia de la eximente de responsabilidad criminal contemplada en el N° 9 del artículo 10 del Código Penal, esto es, haber actuado los reos violentados por una fuerza irresistible o impulsados por un miedo insuperable, alegación que debe ser oída por cuanto aparece en las distintas piezas del proceso que el sacrificio del menor LQ fue consumado como medio de "calmar la furia del mar", según términos textuales de los reos y testigos de la causa, mientras se sucedían los acontecimientos del día 22 de mayo y siguientes, que, naturalmente, produjeron en todos los habitantes de la zona afectada una alteración nerviosa que, en el caso de autos, debió tener, necesariamente, mayor gravedad y proporciones, **pues se trata de un sector de a**

---

comunidades indígenas". Buenos Aires: Instituto de Estudios Comparados en Ciencias Penales y Sociales, Enero 2000, p. 130 (129-142)

<sup>16</sup> "En el discurso del asistencialismo, si bien reconoce la existencia de un otro, se lo percibe como un "otro inferior", que es digno de protección por sus carencias. Si bien no pretende su asimilación, se mantiene una concepción etnocéntrica, donde el modo de vida dominante es el ideal a alcanzar. Este discurso, en relación con los mapuches, y en general, con los pueblos originarios de América latina, ya estuvo presente desde la conquista a través de la acción de algunas congregaciones religiosas. Al igual como en aquella época, esta actitud que se ejerce en la relación con los indígenas por las etnias mayoritarias, puede constituir una mitigación del actuar etno/genocida.

<sup>17</sup> Se refiere a la del artículo 11 N° 6 del Código Penal.

<sup>18</sup> Considerando décimo tercero, sentencia causa RIT 24-2006 de 12 de junio de 2006, dictada por la Sala del Cuarto Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Santiago, integrada por los Jueces Titulares doña Geni Morales Espinoza, quien la presidió, don Antonio Ulloa Márquez y doña Elizabeth Reinoso Diez. (el subrayado es mío).

<sup>19</sup> Sea que incluyan la variable cultural en el ámbito de la tipicidad (Schmidt, Welzel), o bien en la imputabilidad (Bustos). Zaffaroni por su parte (1988) explica que estas acciones podrían explicarse, según el caso, como error de comprensión o "error culturalmente condicionado".

población indígena que dio claras demostraciones de estar aún en una etapa de civilización que hace imposible responsabilizarlos por la acción cometida”<sup>20</sup>.

En el seno de la OIT, durante los primeros años de la década de los 80', se concluye que un Convenio como el 107, fundado en el desconocimiento de los indígenas como sujetos, debe ser reemplazada por una nueva visión, lo que cristaliza en la aprobación del Convenio en 1989. En el nuevo Convenio, los pueblos indígenas no constituyen ya culturas ancestrales destinadas a perecer para permitir el desarrollo de sus integrantes; sino que, por el contrario, parte de la base que todo pueblo tiene soberanía en la concepción de su ethos, su cultura y su proyecto colectivo. El nuevo Convenio rechaza la posibilidad de que existan sociedades más valiosas que otras, valorando de igual manera sus procesos de conocimientos. Breton describe lo que sería esta actitud positiva caracterizada por el reconocimiento de lo que denomina *derecho a la diferencia*; “[e]s la actitud que vuelve decididamente la espalda a los proyectos totalitarios de uniformización de la humanidad y de la sociedad, y que en el individuo diferente no ve ni un extraviado a quien hay que castigar, ni a un enfermo por curar, ni a un minusválido a quien ayudar, sino a otro sí mismo, dotado simplemente de un conjunto de rasgos físicos o de costumbres culturales, generadores de una sensibilidad, de gustos y de aspiraciones propios”<sup>21</sup>

Esta relación de actitudes contextualizada históricamente, plantea una especie de cláusula de progresividad: La normas del Convenio deben interpretarse bajo este último criterio o actitud, y no en cambio, de una manera *asimilacionista* o *integracionista*. Esto implica que no puede sobreponerse en cualquier caso la norma del derecho estatal a la del derecho indígena, ni viceversa. En el primero caso, al optar por la supremacía del derecho positivo, se estará intentando desconocer la diferencia; mientras que en el segundo, no aplicación del derecho constitucional y de Derechos Humanos al derecho indígena, se está adoptando una actitud de sobreprotección.

Bajo ciertas reglas de interpretación *edificante*, como se ha denominado en Colombia, debemos partir de la base que las costumbres jurídicas, las nociones de derechos, las reglas de convivencia social de los pueblos indígenas, son tan válidas como las reconocidas en el ordenamiento jurídico estatal.

#### 4. Los dilemas de la diversidad

Uno de los dilemas que debe enfrentar la aplicación del Convenio 169, particularmente en lo que se refiere al reconocimiento de la costumbre, consiste en la afirmación que el ejercicio los derechos indígenas, cuando constituyen restricciones internas -para usar el lenguaje Kymlicka-<sup>22</sup>, afectan necesariamente derechos individuales, y por tanto las bases del diseño democrático occidental. Temor que se hace explícito en el Convenio, que a la vez de reconocer el derecho de los pueblos indígenas a conservar sus costumbres e instituciones, como los métodos para reprimir los delitos cometidos por sus integrantes (en los artículos 8 y 9 del Convenio), prevé que su aplicación sólo es posible si es compatible con el sistema jurídico nacional y con los derechos humanos internacionalmente reconocidos.

Los derechos ante la justicia establecidos en el Convenio, en favor de los pueblos indígenas, reconoce como límite de aplicación los derechos humanos. En este sentido, el artículo 8.2 de la Convención dispone que los estados se encuentran excusados de aplicar el derecho reconocido a los indígenas en el artículo 8.1. del Convenio, en los casos en que las costumbres e instituciones sean incompatibles con los derechos fundamentales definidos por el sistema legal nacional, y aquellos reconocidos en el derecho internacional de los derechos humanos. Esta disposición establece un criterio acumulativo de excepción. Es decir, para que las costumbres sean consideradas contrarias al Convenio, deben ser incompatibles con la a) legislación nacional, y b) con las disposiciones internacionales de Derechos Humanos. Así, las disposiciones legales nacionales que son incompatibles con derechos reconocidos bajo el derecho internacional

<sup>20</sup> Considerando 5º, sentencia de 02 de octubre de 1962, causa Rol N º 24.228, dictada por doña Ester Valencia Durán (Destacado propio)

<sup>21</sup> Breton, Roland. *Las Etnias*, Oikos-tau S. A. ediciones. España; p. 138.

<sup>22</sup> Kymlicka, Will. 1995. "Multicultural Citizenship", Oxford: Clarendon Press; citado por Assies, Willem. 2000. "La oficialización de lo no oficial: ¿re-encuentro de dos mundos?", texto preparado para el curso post-congreso, "Identidad, autonomía y derechos indígenas: Desafíos en el Tercer Milenio", 18-22 de marzo, 2000, Arica, Chile.

de los Derechos Humanos no pueden ser usadas para justificar la ignorancia de las costumbres de los pueblos indígenas en la aplicación de la legislación nacional; por otra, las costumbres indígenas no pueden constituir justificación para la violación de los derechos humanos fundamentales.

El artículo 34 de la Declaración de la N U sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas reafirma este principio, en el sentido que el derecho internacional de los Derechos Humanos constituye una estándar para determinar cuáles costumbres son inaceptables. El artículo 34 de la Declaración, dispone que los pueblos indígenas tienen el derecho de promover, desarrollar y mantener sus estructuras institucionales y sus costumbres características, espiritualidad, tradiciones, procedimientos y prácticas y en el caso donde ellas existan, de acuerdo con los estándares de los Derechos Humanos internacionalmente reconocidos.

Aunque el Convenio es explícito en establecer como límite el reconocimiento de los derechos humanos (además del sistema jurídico nacional), la aplicación de esta norma constituye el dilema jurídico penal más relevante que nos plantea el Convenio, y que consiste en el desafío de resolver el conflicto que necesariamente se genera entre la aplicación de derechos colectivos de los pueblos indígenas versus los derechos fundamentales de sus individuos. ¿Qué vale más, el debido proceso o la intangibilidad de la autoridad indígena? ¿la integridad física o la tradición familiar que constituye base social de una comunidad? En fin, los casos en que indígenas son juzgados penalmente están colmados de debates como estos en que la diversidad pone en tela de juicio los principios básicos del Derecho Penal. Si bien, el hecho de la contradicción no en sí ajena al ordenamiento jurídico, el punto está en que la diversidad –estándar del Convenio- sólo es posible, en la medida en que pueda existir coordinación entre ambas instituciones. Si cada vez que advertimos una contradicción entre ambas normas (indígenas y estatales) posponemos la aplicación de los derechos indígenas por ser contrarios a los derechos consagrados por el estado, estaremos dando una respuesta *asimilacionista*, en la que la concepción de derechos estatal se percibe como superior a la indígena. Por otra parte, el negar a los derechos humanos la categoría de test de validez de las costumbres indígenas, constituye una postura *relativista*, respuesta que desnaturaliza la universalidad de los derechos humanos y que permite consolidar mecanismos de dominación al interior de las sociedades. Una pretensión como ésta es además errada, porque supone que las distintas sociedades no se relacionan entre sí, conformando compartimentos estancos. Ambas respuestas, extremas, han sido denominadas universalismo y relativismo respectivamente<sup>23</sup>. Para los universalistas, la aplicación de los derechos humanos debe ser uniforme y el origen cultural no constituye un criterio válido para establecer un estándar de derechos diverso. La razón doméstica, fue precisamente el argumento de dictadores de todos los signos para desoír y desacreditar las denuncias sobre violaciones de derechos humanos en sede internacional.

Sin embargo, bajo esta mirada universalista el reconocimiento de los derechos indígenas no tendría ninguna relevancia. Si de lo que se trata es establecer una nueva mirada de los derechos humanos que se aleje de las perspectivas etnocéntricas y que permita su aplicación a personas de distinta pertenencia cultural esta posición no es admisible bajo la Convención. Para los relativistas en cambio sólo es posible entender una conducta o valorar un hecho, a la luz de la comprensión que emana de la cosmovisión de esa sociedad particular. Para Bohannon por ejemplo, por más celo que se aplique a la tarea de analizar otra cultura “desde afuera”, no es posible eliminar el etnocentrismo de manera

<sup>23</sup> Para mayor información ver Santos, Boaventura de Souza. 1991. “Estado, Derecho y Luchas sociales”: Instituto Latinoamericano de Servicios Legales Alternativos, Bogotá Colombia; 1995. Santos, B. “A construção multicultural da igualdade e da diferença”, ponencia presentada en el VII Congreso Brasileiro de Sociología, realizado en el Instituto de Filosofía y Ciencias Sociales de la Universidad Federal de Río de Janeiro, 4 al 6 de Septiembre de 1995; Santos, B. 2003 “La caída del Angelus Novus: ensayos para una nueva teoría social y una práctica política”, ILSA, Bogotá, Colombia; Orellana, René. 2001. “Derecho. ¿qué eres? ¿dónde estás?”. Ensayo inicial que forma parte de la investigación realizada por el autor en el marco de un programa doctoral en Antropología y Sociología del Derecho de la Universidad de Amsterdam, con el apoyo de la Fundación Holandesa para el Avance de la Investigación Tropical (WOTRO), con la supervisión de André Hoekema y Willem Assies; Sierre, María Teresa, 1998. “Autonomía y pluralismo jurídico”, en: Milka Castro y María Teresa Sierra (compiladoras) “*Pluralismo jurídico y derechos indígenas en América Latina*”, *América Indígena*, N° 1 y 2 .México: Instituto Indigenista Interamericano de la OEA. Diciembre de 1999, (21-44). Sieder, Raquel, Pluralismo legal y globalización jurídica: retos del multiculturalismo en América Latina; ponencia presentada en el III Encuentro internacional de la red de antropología jurídica, *Pluralismo jurídico: presente y futuro*, Quetzaltenango, Guatemala, 9-12 de agosto, 2002; Carnevali, Raúl. “El multiculturalismo: un desafío para el Derecho penal moderno”. *Polít. Crim.* N° 3, 2007. A6, p. 1-28. [<http://www.politicacriminal.cl>].

absoluta, lo que según el antropólogo provoca una “cierta tendencia a elaborar análisis falsos del derecho vigente en África, Oceanía y entre los indios de América, mediante un simple traslado de las características del derecho occidental.....”<sup>24</sup>; no quedando más alternativa que usar los “conceptos y categorías nativos de las sociedades estudiadas”<sup>25</sup>. Pero esta posición, puede llevar a situaciones contrarias a los derechos humanos, puesto que según ella en general ninguna actuación puede ser valorada sino desde la propia perspectiva, con lo cual no sería posible cuestionar actos por ser violatorios de los derechos humanos, como el ya tradicional (no por eso legítimo) caso de la ablación del clítoris a mujeres africanas, o más cercano, la libertad sexual de las mujeres indígenas púberes. Por eso, esta respuesta ha sido calificada por Díaz Polanco, como la de “los enemigos entre nosotros”<sup>26</sup>

Sobre cómo enfrentar este dilema, en cuanto que las restricciones constitucionales<sup>27</sup> que traen aparejadas la aplicación de estos derechos, para que éstos no se vacíen de contenido, se puede recurrir a los criterios previstos por la Corte Constitucional de Colombia para casos sobre la validez y vigencia de ciertos derechos indígenas frente a la Constitución.

La Corte Constitucional de Colombia, para resguardar el principio de diversidad cultural consagrado en la Constitución de ese país (artículos 70, 171, 176, 246, 286, entre otros), ha señalado que sólo es posible la supervivencia cultural mediante un alto grado de autonomía, estableciendo como regla de interpretación *la maximización de la autonomía* y por lo mismo *la minimización de las restricciones*<sup>28</sup>. Esto implica que, puestos en controversia la diversidad étnica y los intereses generales de la nación, sólo es posible restringir la autonomía de las comunidades cuando “...se trate de una medida necesaria para salvaguardar un interés de superior jerarquía (verbigracia, la seguridad interna); y (...) “[q]ue se trate de la medida menos gravosa para la autonomía que se les reconoce a las comunidades étnicas”<sup>29</sup>.

La Corte Constitucional colombiana ejercita este principio en el caso *González Wasorna*. La tutela es interpuesta por un indígena *embera chamí*, quien reclama ante la Corte por el juzgamiento que ha sido objeto en su comunidad, en virtud del que –según alega- se le ha vulnerado el derecho constitucional a la integridad física y psíquica, a la defensa y la garantía constitucional del debido proceso. Al analizar el límite general a la jurisdicción indígena (derecho reconocido también en los artículos 8.2 y 9.1 del Convenio), la corte aclara que cuando se establece que el ejercicio de este derecho colectivo (de jurisdicción) debe respetar la constitución y la ley, “no puede tratarse de todas las normas constitucionales y legales; de lo contrario, el reconocimiento a la diversidad cultural no tendría más que un significado retórico”<sup>30</sup>. Siguiendo el razonamiento de la corte, los límites a la forma en que se ejerce el control interno por las comunidades, sólo debe incluir los mínimos aceptables:

“a juicio de la Sala, este núcleo de **derechos intangibles** incluiría solamente el derecho a la vida, la prohibición de esclavitud y la prohibición de la tortura. Dos son las razones que llevan a esta conclusión: en primer lugar, el reconocimiento de que únicamente respecto de ellos puede predicarse la existencia un verdadero consenso intercultural. En segundo lugar, la verificación de que este grupo de derechos se encuentra dentro del núcleo de derechos intangibles que reconocen todos los tratados de derechos humanos, derechos que no pueden ser suspendidos ni siquiera en las situaciones de conflicto armado”<sup>31</sup>.

El ejercicio interpretativo de la Corte Constitucional de Colombia, utilizando su principio de “maximización de la autonomía”, permite explicar al juez, cómo es que el caso de los *capitanes* mapuches, que imponen el orden –incluso a través de la fuerza- en el *gillatún*,

<sup>24</sup> Bohannan, Paul. 1964. “La Antropología y la ley”, en TAX, SOL (ed.) “Antropología: una nueva visión”, editorial Norma, Colombia, 1964; p. 230 (228-237).

<sup>25</sup> Santos, Boaventura de Souza. 1991. “Estado, Derecho y Luchas sociales”: Instituto Latinoamericano de Servicios Legales Alternativos, Bogotá Colombia; p. 65

<sup>26</sup> Díaz Polanco, Héctor. 2000. “Los Dilemas de la diversidad”, ponencia presentada en el XII Congreso Internacional de Derecho Consuetudinario y Pluralismo Legal: Desafíos del Tercer Milenio, Arica, Chile marzo de 2000.

<sup>27</sup> Por aplicación del principio de supremacía constitucional todas las normas, quedan sujetas y se supeditan a la constitución, por lo que el establecimiento explícito de este límite es innecesario y reiterativo.

<sup>28</sup> Sentencia recaída en la Tutela T 349 de 8 de agosto de 1996, caso de Ovidio González Wasorna, citado en Gaviria Díaz, Carlos. 2002. “Sentencias. Herejías constitucionales”. Fondo de Cultura Económica, Bogotá Colombia, 2002; p. 351 y sgtes.

<sup>29</sup> Op. cit.; p. 354.

<sup>30</sup> Op. cit.; p. 354.

<sup>31</sup> Op. cit.; p. 355

aun cuando realicen el tipo penal del artículo 399 del Código Penal, puede transformarse en un caso de ejercicio legítimo de un derecho o por qué, solicitar la aplicación de la sanción de expulsión de la comunidad, no contradice la constitución, aún cuando no esté aquella establecida previamente en la ley.

Como a este método se le puede hacer nuevamente el reproche de ser una imposición universalista, la Corte constitucional de Colombia ha profundizado este procedimiento a través del esquema de conflicto de derechos de Alexy, recurriendo a los métodos de necesidad y proporcionalidad<sup>32</sup>, e intentando dar concreción a la lectura multicultural de los derechos que propone Santos<sup>33</sup>.

En la sentencia de la Tutela 523 de 1997, se da cuenta de un requerimiento del indígena páez Francisco Guembel, quien fue juzgado y sentenciado en doble instancia por órganos jurisdiccionales de su comunidad. El peticionario sostenía que se habían vulnerado su derecho a la integridad física al haber sido sometido a sanciones físicas que constituían actos de tortura y su derecho a un debido proceso, al no haber sido sometido a un juicio en un tribunal estatal, con acceso a un abogado defensor.

En cuanto al procedimiento a que fue sometido Guembel, la Corte razonó bajo la premisa (no vigente en Chile) del reconocimiento constitucional de la jurisdicción indígena, y, por lo mismo, la obligación del tutelado (miembro de una comunidad Páez) de someterse a sus órganos jurisdiccionales. Aunque el argumento de por qué no se vulneraba el derecho a un debido proceso, sí resulta aplicable entre nosotros, esto es, aquel que vincula el tribunal al principio de *previsibilidad*. En efecto, al ser el acusado un miembro de dicha comunidad, conocía las formas tradicionales de juzgamiento de los ilícitos y no fue, en cambio, sorprendido con la aplicación de un procedimiento ad-hoc. “Lo que se requiere, es el cumplimiento de aquellas actuaciones que el acusado pueda prever y que se acerquen a las prácticas tradicionales que sirven de sustento a la cohesión social”<sup>34</sup>. En efecto, quedó acreditado en el proceso que la investigación fue llevada a cabo por el Cabildo indígena Jambaló, aunque posteriormente la gravedad del asunto, se solicitó colaboración a los demás cabildos de la zona, lo que en todo caso era previsible en virtud de un acuerdo de cooperación realizado por los paeces en 1984<sup>35</sup>. También se determinó que tuvo la posibilidad de hacer sus descargos ante la Asamblea General.

En cuanto a la aplicación de las penas indígenas, la Corte se pronuncia a propósito de la sanción del *fuete*<sup>36</sup>, impuesta en el caso analizado, por la Asamblea General Páez. La corte se vale de la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanas o Degradantes y de la definición que en ella se hace de la conducta proscrita. Según este instrumento, se busca proteger el derecho a la integridad personal y la dignidad del individuo, que pueden ser violados por el uso arbitrario de la fuerza. Sin embargo, siguiendo la jurisprudencia de la Corte Europea de Derechos Humanos, “no todas las penas corporales constituyen tortura, y (...) para que adquieran tal entidad los sufrimientos producidos deben ser graves y crueles. La intensidad debe ser analizada a la luz de las circunstancias del caso, como la duración de la condena, sus efectos en la integridad física y moral del condenado, su sexo, edad o condiciones de salud, e incluso el contexto sociopolítico en el que se practica”<sup>37</sup>. Analizado bajo esta perspectiva la pena corporal del *fuete*, “consistente en la flagelación con “perrero de arriar ganado”, que en este caso se ejecuta en la parte inferior de la pierna”<sup>38</sup>, no reviste los grados de gravedad que exige la Convención para considerarlo como tortura, porque el daño corporal es mínimo. Tampoco se considera degradante porque su objetivo no es humillar al condenado, sino obtener su “purificación” y que este recupere su lugar en la comunidad.

##### **5. Normas del Convenio 169 aplicables en nuestro sistema penal. Derecho indígena, entre la ley y la costumbre**

<sup>32</sup> Alexy, Robert, *Teoría de los Derechos Fundamentales*, Centro de Estudios Políticos, Madrid, 2001; p. 90 y sgtes.

<sup>33</sup> Cfr. Santos, Boaventura de Sousa. 1998. “La globalización del derecho: los nuevos caminos de la regulación y la emancipación”; ILSA, U. Nacional de Colombia. 1998.

<sup>34</sup> Gaviria Díaz, Carlos. 2002; op cit. 2002; p. 341.

<sup>35</sup> Gaviria Díaz, Carlos. 2002; op cit. 2002; p. 342.

<sup>36</sup> Azote o látigo.

<sup>37</sup> Gaviria, op. cit. 2002. p. 344.

<sup>38</sup> Gaviria, op. cit. 2002. p. 345.

Las reglas aplicables a la justicia penal se encuentran previstas en los artículos 8 a 10 del Convenio y una de las formas posibles de sistematizar es la siguiente:

a) Reconocimiento de la costumbre o derecho consuetudinario; b) Respeto de los métodos tradicionales para la represión de los delitos cometidos por miembros de las comunidades, y de los órganos de jurisdicción; c) consideración de la condición de indígena de un condenado al aplicar una sanción del derecho penitenciario general y derecho a la aplicación preferente de sanciones alternativas al encarcelamiento; y, d) Acceso a la justicia estatal y los derechos que la ley establece en este ámbito a todos los ciudadanos.

a) Reconocimiento de la costumbre o derecho consuetudinario.

8.1. "Al aplicar la legislación nacional a los pueblos interesados, deberán tomarse en consideración sus costumbres o su derecho consuetudinario"<sup>39</sup>.

9.2. "Las autoridades y los tribunales llamados a pronunciarse sobre cuestiones penales deberán tener en cuenta las costumbres de dichos pueblos en la materia".

En general, el derecho consuetudinario consiste en "normas generales de comportamiento público; mantenimiento del orden interno; definición de derechos y obligaciones de los miembros; reglamentación sobre el acceso a, y la distribución de, recursos escasos (por ejemplo, agua, tierras, productos del bosque); reglamentación sobre transmisión e intercambio de bienes y servicios[...]; definición y tipificación de delitos, distinguiéndose generalmente los delitos contra los individuos y los delitos contra la comunidad o el bien público; sanción a la conducta delictiva de los individuos; manejo, control y solución de conflictos y disputas; definición de los cargos y las funciones de la autoridad pública"<sup>40</sup>.

El sólo hecho del reconocimiento de la existencia de un derecho diferente del estatal, resulta polémico, pues aparentemente implicaría el establecimiento de guetos o espacios cerrados en una sociedad democrática, que impiden la integración<sup>41</sup>. Sin embargo, el reconocimiento del derecho indígena en el Convenio, tiene un sentido diferente. No sólo porque el reconocimiento de la costumbre en el Convenio no excluye a los indígenas de la aplicación del derecho estatal y de los derechos humanos, sino además porque el derecho consuetudinario indígena no constituye un sistema por fuera del estatal, a modo de compartimento cerrado<sup>42</sup>, su relación es más bien de "órdenes jurídicos [que] interactúan, se amalgaman y mezclan, no sólo en el orden formal [...], sino también en el pensamiento y en el discurso"<sup>43</sup>. El derecho indígena "resulta siendo un orden social tan poroso que las interacciones jurídicas de ida y vuelta con otros subórdenes o el orden hegemónico (el estatal) lo transforman permanentemente"<sup>44</sup>. Tanto así, que Iturralde sostiene que el derecho consuetudinario no es más "que la forma en que las comunidades

<sup>39</sup> El Convenio hace sinónimos dos términos que, en estricto rigor, no lo son. La costumbre es apenas una fuente formal del derecho, mientras el segundo se utiliza para nombrar a algo distinto al derecho escrito o positivo. Mucho se ha especulado sobre la manera de nombrarlo. Otros prefieren en este sentido, el término derecho indígena, que puede ser demasiado equívoco porque incluiría el derecho positivo nacional e internacional; o incluso, derecho propio. Utilizaré en este caso los términos en el sentido genérico del Convenio.

<sup>40</sup> Stavehagen, Rodolfo. 1989. "Derecho consuetudinario indígena en América Latina"; en "Entre la Ley y la Costumbre"; Stavengahen, R.; Iturralde, D. (compiladores). Instituto Indigenista Interamericano e Instituto Interamericano de Derechos Humanos. México, 1990; p. 27.

<sup>41</sup> Carnevali, R. 2007. El multiculturalismo: un desafío para el Derecho penal Moderno". En revista "Política criminal" N° 3, 2007 A6, p. 26.

<sup>42</sup> Esto sólo sería posible desde una perspectiva segregacionista, que es muy lejana al Convenio.

<sup>43</sup> Orellana René. 2001. "Derecho. ¿qué eres? ¿dónde estás?". Ensayo inicial que forma parte de la investigación realizada por el autor en el marco de un programa doctoral en Antropología y Sociología del Derecho de la Universidad de Amsterdam, con el apoyo de la Fundación Holandesa para el Avance de la Investigación Tropical (WOTRO), con la supervisión de André Hoekema y Willem Assies; p. 15.

<sup>44</sup> Orellana, R.; op. cit.; p. 15.

y pueblos indígenas reinterpretan, adaptan y usan el derecho positivo nacional a su manera<sup>45</sup>.

Esta relación queda de manifiesto en que algunas sociedades indígenas, en las que éstas se reservan la resolución de delitos menores, entregando al derecho estatal los casos más graves; o que instituciones surgidas y concebidas desde el derecho positivo (v. gr. los comités de vigilancia campesinos) se transformen en mecanismos de represión de delitos, y no sólo en auxiliares de la policía y del sistema de justicia estatal<sup>46</sup>. También es posible apreciar esta característica del derecho indígena, en la adaptación de instituciones coloniales (y por ende, no propias) como los cabildos, y otras instancias de justicia indígena<sup>47</sup>.

Otra confusión en la que comúnmente se incurre a la hora de intentar identificar las normas de derecho consuetudinario, consiste en buscarlas en el pasado, como si se tratara de normas ancestrales y que las sociedades indígenas forjaran culturas estáticas. Las costumbres pre coloniales, o pre estatales de los pueblos indígenas pueden constituir un punto de partida, pero no explican su realidad actual y dinámica.

Esta complejidad, sumado al hecho que en las sociedades que se manejan de acuerdo al derecho consuetudinario, lo jurídico está inmerso en lo social –e inclusive en lo religioso-, opone una dificultad mayor para identificar, por parte del tribunal, cuándo estamos en presencia de una norma de derecho consuetudinario indígena.

A la pregunta de dónde encontrar el derecho indígena, la antropología jurídica ha dedicado mucho más esfuerzos que el derecho, por lo que una estrategia relevante en el marco de la defensa indígena lo constituye el uso de los peritajes antropológicos como forma de acreditar la costumbre invocada. Tanto así, que el peritaje constituye el medio probatorio que se utiliza habitualmente para probar la costumbre; la que por cierto, siempre debe ser acreditada, como lo ha resuelto por ejemplo, la Corte de Temuco rechazando un recurso de nulidad de la defensa:

“4. Que, en síntesis, se hace consistir la infracción a las normas citadas, en el hecho que la sentencia rechazó la solicitud de las defensas para aplicar la eximente de responsabilidad penal establecida en el artículo 10 N° 10 del Código del ramo. (Ejercicio legítimo de un derecho, consistente en ejercer su propia cultura).

5. Que **no está controvertido en autos, la aplicación de la costumbre indígena en materia penal**, en particular, para configurar circunstancias eximentes o atenuantes de responsabilidad. Sin embargo, ello no significa, como lo sostiene la defensa, que basta con subsumir los hechos que dio por establecido el tribunal en la causal de justificación, como si se tratara de un simple ejercicio aritmético, sino que, como claramente lo regula el artículo el artículo 54 inciso segundo de la Ley N° 19.253, **es menester que las conductas constitutivas de la costumbre, que en la especie configurarían las circunstancias modificatorias de responsabilidad penal, deban ser acreditadas en juicio**, para lo cual deben probarse por cualquier medio [...]. Carga procesal esta última, que le empece a las defensas de los acusados...”<sup>48</sup>

La utilización de peritajes antropológicos provoca que, necesariamente, la elaboración de toda la estrategia de defensa deba tener un enfoque interdisciplinario; aunque siempre es el defensor el que dirige la estrategia probatoria, porque constituye un asunto jurídico procesal. El cómo incorporar la pericia, resulta relevante para obtener una positiva percepción del tribunal, el que valorará diferentes evidencias a la hora de decidir sobre el reconocimiento de una norma que emana de la costumbre. Es por ello que a la hora de elaborar la teoría del caso, la labor del antropólogo será fundamental; lo contrario puede generar que el tribunal considere contradictoria la pericia con lo que sostiene la defensa, lo que redundará en la convicción del tribunal. Esto es lo que se aprecia por ejemplo en el siguiente caso:

“Que el tribunal no acogerá las peticiones formuladas por la defensa toda vez que las atenuantes invocadas no resultaron fehacientemente acreditadas. En efecto, se pretendió acreditar que el sentenciado obró impulsado por una fuerza irresistible que naturalmente provocó arrebató u obcecación al ver que su cuñada, conviviente de su hermano mayor, quien actualmente ejerce el rol paterno dentro del hogar, estaba intimando con el ofendido, lo que a su vez dentro de la cultura mapuche, de la que es integrante, lo habría impulsado a actuar en

<sup>45</sup> Iturralde, 1989, citado por Stavenhagen, R. op. cit. 1989; p. 227.

<sup>46</sup> En este sentido ver Durán, Salamanca, Lillo. 2001. “Estableciendo límites entre la costumbre y la juridicidad cívico nacional en un sector mapuche de la Araucanía. Una aproximación antropológica – jurídica al caso del Comité de Vigilancia de Rüpükura del valle del Chol Chol”. En “Revista CREA número 2. Centro de resolución alternativa de conflictos, Escuela de Derecho de la Universidad Católica de Temuco, Temuco 2001, (53-76)

<sup>47</sup> V. gr. los indígenas páeces en Colombia.

<sup>48</sup> Corte de Apelaciones de Temuco, Rol N° 99-2009, 25 de febrero de 2009.

defensa del honor de toda su familia que era la que en definitiva resultaba afectada por esta situación.

Que si bien se pretendió justificar dicha actitud con la declaración del profesional antropólogo antes mencionado y aún cuando éste manifestó haber trabajado durante años con personas de la etnia mapuche, no logró formar convicción en este tribunal en cuanto a que la reacción del imputado sea propia de su cultura.

Que si bien es cierto la situación antes descrita pudo haber ofuscado al acusado, ella no justifica que haya agredido a la víctima hasta el punto de quitarle la vida. Se debe tener en consideración además que **el propio sentenciado intentó justificar su actuar señalando que la agresión fue en defensa propia ya que el occiso pretendió agredirlo...**<sup>49</sup>

Se plantea en estos casos un dilema procesal vinculado al sistema probatorio del sistema penal, ya que de acuerdo al artículo 297 del Código Procesal Penal, los jueces son libres de valorar la prueba, siempre que en este análisis no se exceda los límites de la lógica, las máximas de la experiencia y los conocimientos científicamente afianzados. Un peritaje antropológico que diera cuenta del sacrificio humano como costumbre consolidada de una comunidad, o del homicidio, -en fin- de fenómenos climáticos como forma de restablecer equilibrios jurídicos, podría ser considerado fuera del estándar de prueba admitido en la ley<sup>50</sup>. El modelo de valoración de la prueba, adoptado por el Código Procesal Penal chileno, el de la sana crítica, es aquel

“caracterizado por la inexistencia de reglas legales tendientes a regular el valor probatorio que el juez debe asignar a los medios de prueba, pero que impone al juez la obligación de fundamentar su decisión haciendo explícitas las razones que la han motivado, las que no pueden contradecir los principios de la lógica, las máximas de la experiencia y los conocimientos científicamente afianzados”<sup>51</sup>

En este sentido, el sistema de valoración de la prueba de sana crítica –o libre convicción– se encuentra equis distante, tanto del sistema de prueba legal o tasada, que impone al juez el método de valoración y qué valor darle a cada evidencia, como del sistema de la íntima convicción –que regía entre nosotros con el código de 1907–, en el que el juez no debe explicar cómo es que llega a su conclusión. En el sistema chileno actual, en cambio, el juez puede libremente valorar la prueba, pero debe explicar cómo llega a su conclusión. Como el objetivo es evitar la arbitrariedad judicial a que invitaba el sistema de íntima convicción, no existe prueba de antemano excluida, y en la que el juez no pueda fundar su convicción. Ni aun un peritaje que asegure que el homicidio puede constituir en determinadas circunstancias, un mecanismo legitimado en determinadas comunidades indígenas para restablecer el equilibrio- pero debe explicarlo. El rechazar un peritaje que arroje una conclusión como ésta, porque se funda en el misticismo, la barbarie o la locura, y por tanto, escapa a la reglas de la lógica, implica en suma, partir de la base que hay un conocimiento válido y otros improcedentes o inferiores. Un razonamiento de este tipo escapa del marco de interpretación que entrega el Convenio. Un razonamiento que excluye de antemano la posibilidad de reconocer y aplicar el derecho consuetudinario indígena, se funda en la asimilación o el indigenismo, y no en el reconocimiento de la diversidad. Esto no significa en ningún caso que la costumbre admita aplicación de cualquier modo, El Convenio ha establecido límites claros, sobrepasado los cuáles, la costumbre se hace inaplicable para el juez.

Un peritaje antropológico puede no ser valorado a la hora de la decisión, pero no por su contenido, sino por su propio peso probatorio. Esto se mide, sin duda en la calidad de la pericia, que debe ser fundada y científicamente justificable, esto aquí significa que se funda en un método científico. Aunque claramente la antropología –como cualquier ciencia– no es absoluta ni exacta<sup>52</sup>.

La costumbre evidentemente puede acreditarse por cualquier medio, sin embargo parece ser, el peritaje, el más adecuado. No resulta, en cambio, ajustado a las reglas de estándar de prueba, acreditar o desacreditar una prueba con la sola declaración de testigos, o más

<sup>49</sup> Considerando décimo tercero de la sentencia definitiva dictada por el Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Temuco, de fecha 18 de Abril de 2008, en causa RIT 045-2008.

<sup>50</sup> V. gr. Sentencia definitiva dictada por la Primera Sala del Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Temuco, integrada por Oscar Viñuela Aller, Ester Valencia Durán y Héctor Hinojosa en causa RIT 049-2006, de 31 de mayo de 2006.

<sup>51</sup> Horvitz Lennon, M. Inés. López Masle, Julián. 2004. Derecho procesal penal. Tomo II, Editorial Jurídica de Chile, Santiago 2004; p. 150.

<sup>52</sup> En la sentencia definitiva de la causa RIT 049-2006, de 31 de mayo de 2006, los jueces del Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Temuco, restan valor al peritaje antropológico por no tener la antropología el carácter de ciencia exacta (considerando 7). Destacado propio.

aún, de la víctima. Los testimonios pudiesen constituir antecedentes adicionales o circunstancias que unidas a otras pruebas, pudieran llevar al juez a una conclusión respecto de la vigencia de la costumbre en un contexto determinado. Sin embargo, darle a la víctima la capacidad de desacreditar un peritaje, no puede constituir una regla de valoración de la prueba.

“Finalmente, respecto a que en la idiosincrasia pehuenche o mapuche en general, la llegada de la menarquia o menstruación en la mujer, la hace disponible sexualmente para los varones adultos de la comunidad y por lo tanto los hechos deben ser analizados desde este punto de vista y de acuerdo a la legislación indígena, ello en caso alguno ha sido acreditado y m[ás] aun, fue desvirtuado por los dichos de la propia madre de la víctima...”<sup>53</sup>

Evidentemente, el tribunal puede no atribuir a un peritaje la convicción necesaria para reconocer una costumbre, como ocurre en el considerando transcrito. Pero no puede hacerlo, so pena de sobrepasar los límites del ejercicio probatorio del artículo 297 del Código Procesal Penal, en virtud de los dichos de la víctima. Esto implica un error desde el punto de vista lógico, pues se equipara dos pruebas que tienen distinta naturaleza, ya que se compara una opinión interesada -como la de la víctima- con la de una evidencia científica (como lo es el peritaje antropológico). La pericia debe ser evaluada en sí misma y en la circunstancia de constituir una aplicación más o menos acertada de una ciencia o arte. Pero además, una decisión de este tipo importa consumir una desigualdad de armas; porque se hace radicar en una de las partes, la víctima, la facultad de determinar un aspecto jurídico de la controversia del juicio, que determinará el resultado definitivo de condena o absolución.

El artículo 9.2 establece el deber de los tribunales de reconocer y dar aplicación al derecho consuetudinario indígena al momento de decidir asuntos penales<sup>54</sup>, sin establecer en qué ámbito puede hacerse, pero entendemos que la aplicación que se hará de la costumbre para efectos del Convenio tiene por objeto en definitiva responder la antigua pregunta de la doctrina penal acerca de cómo debe tratarse punitivamente a quienes pertenecen a una cultura diversa desde la cual se hace reproche.

La Ley N° 19.253, entre nosotros, al establecer el valor de la costumbre indígena, se refiere a ella en términos genéricos, acotándose en materia penal a las atenuantes y eximentes de responsabilidad. No es que la costumbre constituya en sí una circunstancia modificatoria de responsabilidad, sino que es su antecedente inmediato, que la contiene. Si la costumbre constituye derecho, por el valor que el otorga el ordenamiento jurídico, quien actúa conforme a una norma de la costumbre, lo hace cumpliendo legítimamente un deber. Así por ejemplo, se explica porque al aplicar la agravante del artículo 12 N° 18 – ejecutar el hecho con ofensa o desprecio de la dignidad y la autoridad mereciera el ofendido- del Código Penal, lo que se hace no es aplicar la costumbre para incorporar una nueva agravante que el legislador no previó, sino precisamente se aplica la ley, dándole la costumbre sustento a los requisitos de aquella.

“[L]a morada a la cual ingresó el acusado QH pertenecía al lonko de la Comunidad Temu cui cui y tal como expuso el perito BM y es un hecho conocido y aceptado socialmente incluso por quienes no pertenecen a la etnia mapuche, el lonko de una comunidad constituye la máxima autoridad dentro de la misma y por lo mismo se le debe respeto y es absolutamente impensable un ataque de tales características a su vivienda, a lo que debe agregarse que, al menos el acusado QH conocía perfectamente bien a quien pertenecía la casa a [la] cual entró violentamente y que durante la consumación del ilícito muchas se refirieron al dueño de casa en términos groseros y ofensivos, lo que corrobora aún más el desprecio a su autoridad. Al efecto no se acogerá lo alegado por la defensa en cuanto a que el artículo 54 de la [Ley N°] 19.253 haría improcedente la aplicación de esta agravante, por cuanto, en concepto de esto[s] sentenciadores, la interpretación de tal norma debe ser en el sentido que permite a los Tribunales de la República considerar elementos propios de la cultura indígena como atenuantes o eximentes en sentencias penales, pero en ningún caso implica que las agravantes genéricas que contempla el Código Penal no le sean aplicables si se reúnen los requisitos fácticos que lo hagan procedente...”<sup>5556</sup>

<sup>53</sup> Sentencia definitiva de fecha 23 de noviembre de 2005, dictada por la primera sala del tribunal de juicio oral en lo penal de Temuco, formado por los jueces Oscar Viñuela Aller, Aner Padilla Buzada y Jorge González Salazar, RIT N° 101-2005, considerando 11.

<sup>54</sup> Así también lo reconoce La Ley N° 19.253, en materia penal y bajo ciertas condiciones en casos civiles.

<sup>55</sup> Considerando décimo sexto de la Sentencia definitiva dictada con fecha 14 de Diciembre del año 2009 por el Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Angol, conformado por los jueces Ximena Saldívia Vega, Alejandra Rosas Lagos y Claudio Campos Carrasco, en causa RIT 106-2009.

<sup>56</sup> Que, respecto de los hechos acreditados en este caso (“que en horas de la madrugada del día 19 de noviembre de 2008, en circunstancias que JSCA, lonko de la comunidad de Temu cui cui de Ercilla, se

Lo que no es posible bajo las normas legales, es fundar una sentencia penal condenatoria en que se ha cometido un delito penal definido por la costumbre, o agravar la responsabilidad penal en base al derecho consuetudinario<sup>57</sup>. Esto es así, al menos en lo referido a la aplicación de la costumbre, porque como se ha dicho, mediante la aplicación de estas reglas, el asunto que se trata de resolver es como la diferencia cultural se reconoce en los tribunales estatales. Esto es, de cara a al problema de la contradicción de una norma de derecho estatal (expresión de la cultura hegemónica) con otra proveniente de la cultura minoritaria, se intenta “encontrar soluciones alternativas...revisando para ello las estructuras jurídicas dónde se advertirá en qué casos y con cuáles alcances la obligatoriedad de la norma puede excepcionarse”<sup>58</sup>. En este sentido, es necesario dar aplicación a la costumbre bajo la premisa que las normas penales deben siempre interpretarse a favor del imputado de manera de limitar la facultad punitiva del estado.

Para analizar las estrategias mediante las cuales puede alegarse la aplicación de la costumbre utilizaré como modelo de análisis y porque definen en lo sustancial, la actividad de la defensa de indígenas en casos penales, los denominados delitos culturalmente motivados y las *cultural defences*<sup>59</sup>.

Estas instituciones –delitos culturalmente motivados y las defensas culturales- constituyen la forma que la doctrina penal europea y norteamericana ha utilizado para enfrentar el dilema de juzgar a personas pertenecientes a otras culturas por conductas que afectan los valores más preciados de la sociedad que debe juzgarlos<sup>60</sup>. Es decir, conductas que contradiciendo la norma penal, se explican en razón de la cultura y por ende deben tener un tratamiento diferente.

Para que estemos frente al denominado delito culturalmente motivado, deben cumplirse tres presupuestos, a saber; i) que las razones del actuar se apoyen en motivaciones culturales, ii) debe existir coincidencia cultural (no necesariamente absoluta) entre el individuo y el grupo de pertenencia, y iii) relación antinómica, es decir, contradicción entre la cultura de pertenencia y la que realiza el juzgamiento<sup>61</sup>.

Identificado un caso de delito culturalmente motivado, se debe explorar las respuestas que puede ofrecer un sistema jurídico que incluye al Convenio 169, lo que la doctrina norteamericana denomina *cultural defences*. Para los norteamericanos, en todo caso, las defensas culturales deben buscarse en el propio sistema y en la estructura misma de la teoría del delito, ya sea en la tipicidad, antijuricidad o culpabilidad. Las causales utilizadas entonces, van desde el error de derecho, los estados pasionales (estado de necesidad), provocación, enfermedad mental, o imputabilidad disminuida, aunque desde la perspectiva del Convenio, también podremos esgrimir de modo más potente el ejercicio legítimo de un derecho (Artículo 10 N° 10 del Código Penal). Por ello es que podemos ubicar las defensas, tanto en la antijuricidad, como en este último caso, cuando argumentemos en base al ejercicio legítimo de un derecho, tanto como en la culpabilidad, cuando la defensa se funda en algunas de las situaciones anteriores.

---

encontraba pernoctando junto a su familia en su domicilio, inmueble ubicado en la aludida comunidad, llegó hasta dicho lugar un grupo de sujetos entre los cuales se encontraba el imputado HJEK, quienes junto con efectuar disparos en las afueras de la casa del ofendido, ingresaron a ésta sin su consentimiento después de quebrar vidrios y destruir dos puertas de la misma, además de otros destrozos, tras lo cual, una vez en el interior, procedieron a disparar hacia el techo del inmueble, para luego sustraer desde el mismo dos *trariloncos*, una *trapelacucha*, un *kiltantue*, y un *kull kull*, especies de propiedad del ofendido”), una teoría del caso que pudo sostenerse en el juicio es que en definitiva los acusados no desplegaron una conducta que pueda calificarse de hurto, puesto que como queda claro de los hechos relatados, no existía un ánimo de apropiación de las especies en un sentido lucrativo, que es lo que exigen los tipos penales de los delitos contra la propiedad. Se aprecia de los hechos acreditados, y queda claro al establecer la concurrencia de la agravante del artículo 12 N° 18, que el objetivo de los actores fue denostar a la víctima y su condición de autoridad, de lonko. Que, en cambio, en términos de la costumbre mapuche, esto se condice con el denominado *malón*, el que eventualmente era considerado para restablecer equilibrios o simplemente como mecanismo de solución de conflictos entre familias o comunidad, y en el que se arrebataban animales y hasta mujeres –*chinas*- u hombres –*cautivos*- con el objeto resolver pendencias. (Cfr. Coña, Pascual. 2000. “Testimonio de un cacique mapuche, editorial Pehuén, Santiago de Chile; p. 142.

<sup>57</sup> El artículo 54 de la Ley indígena dispone que “[E]n lo penal se la considerará –a la costumbre- cuando ello pudiere servir de antecedente para la aplicación de una eximente o atenuante de responsabilidad.

<sup>58</sup> García Vítor, Enrique. 2003. “Culturas diversas y sistema penal” en “Problemas actuales del derecho penal”, Universidad Católica de Temuco. 2003, p. 24.

<sup>59</sup> Cfr. Carnevali, op. cit.

<sup>60</sup> Carnevali, Raúl; op. cit.; p. 16

<sup>61</sup> Carnevali. Raúl; op. cit.; p. 25

Doctrinariamente podríamos recurrir a la noción de consentimiento de la víctima, como forma de exclusión de la responsabilidad penal. Como sostiene Mir Puig<sup>62</sup>, en ciertos delitos dirigidos contra la voluntad de la víctima y su libre ejercicio (v. gr. delitos contra la libertad), faltando la oposición de la víctima, “desaparece toda lesividad de la conducta: no puede haber delito de detención ilegal y si el detenido quiere ser detenido”<sup>63</sup>. En estos casos, en que existe *acuerdo* de la víctima, podría excluirse la tipicidad<sup>64</sup>.

Aunque la mayoría de la doctrina y, en general la jurisprudencia, ha utilizado para considerar jurídicamente las motivaciones culturales, los componentes de la culpabilidad, como los estados pasionales, inimputabilidad disminuida, o el error de derecho, inclusive en la versión del error culturalmente motivado de Zaffaroni<sup>65</sup>. Esto se explica, precisamente por la perspectiva que se tiene de las culturas minoritarias, mientras menor consideración existe de ellas, menor posibilidad de explicarse conductas fundadas en culturas diferentes. En efecto, se incurre en error de prohibición en aquellos casos en que “producto de un proceso de *socijalización exótica* el autor actúa afectado por lo que denomina *conciencia disidente* que hace que el autor crea falsamente que existe una causa de justificación legal que le dispensa de su obligación o que se encuentra en una situación de justificación que no existe”<sup>66</sup>. Este argumento puede ser re-interpretado a la luz del Convenio 169<sup>67</sup>.

Así por ejemplo, el caso de la sentencia del año 1962, recaída en contra de miembros de una comunidad mapuche lafkenche del sector de Collileufu en la comuna de Saavedra, Región de La Araucanía, que con el objeto de calmar el maremoto, y siguiendo las tradiciones y mandatos culturales hicieron sacrificio de un niño, golpeándolo, para luego lanzarlo al mar encrispado. La sentencia da por establecido que cuando se produjo el terremoto del día 22 de mayo, MSP dirigiéndose a su hermano JJP, “al ver que el mar se salía, le dijo que para calmarlo había que lanzar un niño a las aguas agregando que entregara para este sacrificio al niño LQP, que este era huachito y así no entregaban a uno de sus hijos; más tarde, como el mar no se calmaba le entregó a su nieto a LQP, el que cogiéndolo en sus brazos lo fue a arrojar a las aguas”<sup>68</sup>. El hecho es corroborado con la declaración de JPP, quien confiesa haber llevado al niño hasta la orilla del acantilado desde donde lo lanzó, “agregando que el niño iba callado cuando lo llevaba y tampoco gritó al ser arrojado a las aguas”<sup>69</sup>.

Es necesario mencionar, que las principales pruebas inculpatorias se obtienen de las indagatorias rendidas por los acusados ante los carabineros durante las primeras diligencias, posteriormente y –eventualmente- luego de la intervención de un abogado defensor- se retractaron, lo que no fue considerado por la sentenciadora.

En el considerando cuarto de la sentencia, se da cuenta de la *teoría del caso* de la defensa, en orden a considerar este actuar como uno en que los “reos” se encontraban violentados por una fuerza irresistible o impulsados por un miedo insuperable, debiendo quedar exentos de responsabilidad penal. Esto es lo que resuelve la sentencia fundándose en lo siguiente:

“las distintas piezas proceso [aparece], que el sacrificio del menor LQP fue consumado como medio de “calmar la furia del mar”, según términos textuales de los reos y testigos de la causa, mientras se sucedían los acontecimientos del día 22 de mayo y siguientes, que, naturalmente, produjeron en todos los habitantes de la zona afectada una alteración nerviosa que, en el caso de autos, debió tener, necesariamente, mayor gravedad y proporciones, pues se trata de un sector de la población indígena que dio claras demostraciones de estar aun en una etapa de civilización que hace imposible responsabilizarlos por la acción cometida. El sacrificio humano realizado como los bailes ejecutados en los cerros por los indígenas mientras temblaba y el mar los cubría, no son sino manifestaciones del estado cultural de esas reducciones...”<sup>70</sup>

<sup>62</sup> Mir Puig, Santiago. 1998. “Derecho Penal, parte general”, 5ª edición, Barcelona; p. 516 y sgtes.

<sup>63</sup> Mir Puig, Santiago; op. cit. 516-517.

<sup>64</sup> Ver *Comentario 3 JMF*, sección 7.

<sup>65</sup> Zaffaroni, Eugenio. 1988. Manual de Derecho Penal, parte general, Cárdenas editor, p. 585.

<sup>66</sup> Barrientos, Ignacio. 2008. Licitud del porte y uso de la hoja de coca, en revista “Política Criminal N ° 5 (2008) A5, [http://www.politicacriminal.cl/n\\_05/a\\_4\\_5.pdf](http://www.politicacriminal.cl/n_05/a_4_5.pdf); p. 7.

<sup>67</sup> Ver *Comentario 4 JMF*, sección 7.

<sup>68</sup> Sentencia definitiva dictada por la Jueza titular de Nueva Imperial Ester Valencia Durán, con fecha 02 de octubre de 1962 en la causa Rol N ° 24.228; considerando tercero.

<sup>69</sup> Op. cit.

<sup>70</sup> Op cit, considerando cuarto.

En sus consideraciones la sentenciadora da cuenta de una especie de inimputabilidad de los encausados indígenas, aun cuando la absolución de los acusados se funda en la causal de exclusión de responsabilidad del artículo 10 N° 9 del Código Penal, denominado estado de necesidad.

En un sentido distinto, recurriendo al error de derecho, podemos citar una sentencia del tribunal oral en lo penal de Villarrica del año 2005. En este caso se acusó a RMCV de 25 años por “acceder carnalmente vía vaginal a su hermana menor, de once años de edad a la fecha de los hechos”.<sup>71</sup> Aunque en este caso, se eximió de responsabilidad al acusado por incurrir en un error de tipo y/o prohibición, el aspecto de la pertenencia cultural sólo fue considerado tangencialmente. En efecto, el tribunal consideró que su desempeño intelectual, su baja formación educacional, su estado de asilamiento, habían influido directamente en la comprensión de la sexualidad y por lo tanto en uno de los elementos del tipo penal (penetración, acceso carnal), tanto como en la comprensión de la ilicitud.

El peritaje antropológico presentado por la defensa ahonda sobre este punto.

“...el antropólogo conversó con la menor y el acusado y ambos le señalaron que no sabían que lo hacían era malo, y que si bien, las relaciones incestuosas han estado prohibidas en todas las culturas existen ciertos mitos y creencias que las validan [...]. Si bien, indicó que no podía extrapolar las conclusiones de su pericia a una familia hipotética colocada en las mismas circunstancias, los padres del acusado insistieron en sus declaraciones que las relaciones entre familiares en la zona no eran pocas...”<sup>72</sup>

En este caso, la defensa mediante el peritaje, no intentó acreditar que la permisibilidad de las relaciones incestuosas constituye una norma de la costumbre mapuche pehuenche, sino sólo que siendo una practica reiterada, confunde a una persona como el acusado, con todas las limitaciones a su comprensión que determinaron en definitiva su actuar.

Esta progresividad ha implicado que someramente, los jueces se acerquen al reconocimiento de la costumbre y que éste sea fundamento de una defensa en casos culturalmente motivados.

En el caso de una sentencia de 2004<sup>73</sup>, los jueces decidieron que el acusado, don RLC, no había cometido desacato, no obstante haber reingresado al terreno del que había sido lanzado judicialmente. Su fallo se fundó en que no concurría en el imputado el elemento de la culpabilidad, porque el acusado incurrió en un error de prohibición, “esto es, actuó creyendo equivocadamente, por error inevitable, que se encontraba amparado en la casual de justificación del artículo 10 N° 10 del Código Penal, por ejercicio legítimo de un derecho, lo que obsta a la conciencia de la ilicitud de su conducta...”<sup>74</sup>. El tribunal adquirió la convicción de que el inculcado actuaba en todo momento como señor y dueño de la propiedad, teniendo dos sustentos jurídicos para ello, a saber; que los antepasados del imputado habían sido efectivamente los dueños de la propiedad, inclusive él había obtenido la posesión efectiva, la que inscribió en el Conservador de Bienes Raíces de Temuco y testigos que declararon en este mismo sentido. Por otra parte, el tribunal se valió de un informe antropológico evacuado por funcionarios de la Corporación Nacional de Desarrollo Indígena, que daba cuenta del valor que los indígenas otorgan a su tierra<sup>75</sup>.

Ahora bien, el tribunal pudo haber fundado su veredicto absolutorio directamente en el artículo 10 N° 10 del Código punitivo y no en un error indirecto de prohibición. Evidentemente, sólo respecto del primer aspecto (ser titular del derecho de herencia) existe un error de derecho.

En casos similares en que existe una reivindicación territorial, o de recursos naturales, es posible invocar además la noción de tierra y territorio que establece el artículo 13 del

<sup>71</sup> Sentencia definitiva de fecha 30 de julio de 2005, dictada por los jueces del TOP de Villarrica, Ximena Saldívar Vega, Viviana Cárdenas Beltrán y Luis Soto Méndez, en causa RIT 025/2005.

<sup>72</sup> Sentencia RIT 025/2005, considerando décimo sexto.

<sup>73</sup> Sentencia definitiva de fecha 11 de junio de 2004, dictada por los jueces del TOP de Temuco, Ester Valencia Durán, Cristian Alfaro Muirhead y Jorge González Salazar, en causa RIT 041/2004.

<sup>74</sup> Sentencia RIT 041/2004, considerando noveno.

<sup>75</sup> Este mismo criterio, llevó a los ministros de la Corte de Apelaciones de Valdivia a absolver a dos mapuches huilliches acusados –y condenados en primera instancia- por el delito de usurpación, ya que si bien habían ocupado un predio de Fernando Léniz Cerda en la comuna de Panguipulli, no tenían el ánimo de señor o dueño pues ésta es la forma tradicional en que los mapuches han reivindicado sus derechos territoriales. Sentencia definitiva de la Corte de Apelaciones de Valdivia de fecha 14 de noviembre de 2001, en causa Rol N° 110.077-01

Convenio<sup>76</sup>. La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha establecido, en base a esta concepción de las tierras y territorios<sup>77</sup> –aunque sin invocar el Convenio 169 de la OIT, por no ser una norma propia del sistema, que:

El derecho consuetudinario de los pueblos indígenas, debe ser tenido especialmente en cuenta, para los efectos de que se trata. Como producto de la costumbre, la posesión de la tierra debería bastar para que las comunidades indígenas que carezcan de un título real sobre la propiedad de la tierra obtengan el reconocimiento oficial de dicha propiedad y el consiguiente registro<sup>78</sup>.

En esta evolución agregamos como el fallo más reciente, la sentencia del TOP de Calama, confirmada por la Corte de Antofagasta, que absuelve a dos mujeres aymaras sorprendidas portando hojas de coca en la ciudad de Calama. El TOP de Calama adquirió convicción en cuanto al hecho que ambas mujeres transportaban entre sus pertenencias casi 5 kilos de hojas de coca en 11 bolsas de nylon verde, en horas de la tarde del 18 de diciembre de 2006, en el terminal de buses de esa ciudad<sup>79</sup>.

Las imputadas fueron absueltas y aunque la sentencia es profundamente confusa, pues primero recurre a argumentaciones propias del ejercicio legítimo de un derecho<sup>80</sup>, mientras que en la parte resolutive se alude al error en la causal de justificación como causal de eximente en este caso, pareciera ser, como lo sostiene Barrientos<sup>81</sup>, que el tribunal intentó establecer el primero de los argumentos.

En efecto, mientras concluye el tribunal que:

“... en la conciencia de las acusadas su conducta no resultaba atentatoria a derecho, ya que es habitual que en su etnia sea corriente que en ese tipo de festividades se consuma y use las hojas de coca, lo que tiene gran importancia para el pueblo aymará tanto para su desarrollo cultural como para su idiosincrasia, máxime cuando aquello le es reconocido legalmente, mediante las normas señaladas”.

Luego remata el tribunal,

“En consecuencia, las acusadas actuaron creyendo equivocadamente que se encontraban amparadas en la causal de justificación del artículo 10 N° 10 del Código Penal, por el ejercicio legítimo de un derecho, lo que obsta a la existencia de la conciencia de la ilicitud de su conducta, por lo que debe entenderse que su actuación en el hecho del juicio, con ser una acción típica y antijurídica, no es culpable...”<sup>82</sup>.

En este caso, no hay en verdad error alguno, pues las imputadas indígenas no se encuentran justificadas por una “imaginada” e inexistente causal, sino que actuaron de acuerdo a su cultura, lo que recibe un respaldo legal.

<sup>76</sup> Artículo 13.1. Al aplicar las disposiciones de ésta parte del Convenio, los gobiernos deberán respetar la importancia especial que para las culturas y valores espirituales de los pueblos interesados reviste su relación con las tierras o territorios, o con ambos, según los casos, que ocupan o utilizan de alguna otra manera, y en particular los aspectos colectivos de esa relación. 13.2. La utilización del término “tierras” en los artículos 15 y 16 deberá incluir el concepto de territorios, lo que cubre la totalidad del hábitat de las regiones que los pueblos interesados ocupan o utilizan de alguna otra manera”.

<sup>77</sup> “Entre los indígenas existe una tradición comunitaria sobre una forma comunal de la propiedad colectiva de la tierra, en el sentido de que la pertenencia de ésta no se centra en un individuo sino en el grupo y su comunidad. Los indígenas por el hecho de su propia existencia tienen derecho a vivir libremente en sus propios territorios; la estrecha relación que los indígenas mantienen con la tierra debe de ser reconocida y comprendida como la base fundamental de sus culturas, su vida espiritual, su integridad y su supervivencia económica. Para las comunidades indígenas la relación con la tierra no es meramente una cuestión de posesión y producción sino un elemento material y espiritual del que deben gozar plenamente, inclusive para preservar su legado cultural y transmitirlo a las generaciones futuras” sentencia de 31 de agosto de 2001, Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicaragua, voto de mayoría de los jueces Antonio A. Cançado Trindade, Sergio García Ramírez, Hernán Salgado Pesantes, Alejandro Montiel.

<sup>78</sup> Sentencia de la CIDH, considerando 151.

<sup>79</sup> Sentencia definitiva de fecha 06 de octubre del año 2007, dictada por los jueces del TOP de Calama, Marcela Mesías Toro, Franco Repetto Contreras y Carlos Muñoz Sepúlveda en causa RIT 66-2007.

<sup>80</sup> Inclusive en la sentencia de la Corte de Apelaciones que rechaza la nulidad interpuesta por el ministerio público, se invoca el artículo 27 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos alegado por al defensa.

<sup>81</sup> Barrientos, op. cit.; p. 7.

<sup>82</sup> Sentencia RIT 66-2007, considerando octavo.

b) Respeto de los métodos tradicionales para la represión de los delitos cometidos por miembros de las comunidades, y de los órganos de jurisdicción.

8.2. "Dichos pueblos deberán tener el derecho de conservar sus costumbres e instituciones propias [...]. Siempre que sea necesario, deberán establecerse procedimientos para solucionar los conflictos que puedan surgir en la aplicación de este principio."

9.1. [...] "[D]eberán respetarse los métodos a los que los pueblos interesados recurren tradicionalmente para la represión de los delitos cometidos por sus miembros".

Estas normas suponen el reconocimiento de lo que se ha denominado pluralismo jurídico o interlegalidad<sup>83</sup>, y específicamente al reconocimiento del ejercicio de la jurisdicción indígena. La experiencia en América Latina de jurisdicción indígena está marcada por la complejidad de la coordinación entre ambas justicias (estatal e indígena). En algunos países se ha intentado ordenar esta coordinación mediante legislación, en otros como en Colombia se ha tratado mediante la jurisprudencia. En otros aspectos, estas dificultades se refieren principalmente al ámbito de la competencia, siendo el criterio determinante la calidad de indígena de los afectados o el territorial. No obstante, en todos estos países, el reconocimiento de la jurisdicción indígena tiene rango constitucional.

Uno de los obstáculos más importantes del que se debe hacer cargo la tesis de la "jurisdicción indígena" es el fallo del Tribunal Constitucional del año 2000. El fallo del Tribunal Constitucional dispone expresamente que en materia penal, no es compatible con el sistema de justicia chileno la existencia de "tribunales indígenas"<sup>84</sup>. Pero, paradójicamente, la sentencia del TC no cierra la posibilidad constitucional a la existencia de tribunales indígenas<sup>85</sup>.

Así, si la objeción que pueda hacerse a estos tribunales es que vulneran el principio del juez natural y la igualdad ante la ley, éstas pueden ser rebatidas, sosteniendo la preexistencia de aquellos tribunales, la delimitación previa de su competencia y una

<sup>83</sup> Cfr. Santos, Boaventura de Sousa. 1998. "La globalización del derecho: los nuevos caminos de la regulación y la emancipación", ILSA, U. Nacional de Colombia, 1998. Sieder, Rachel. 2002. "Pluralismo legal y globalización jurídica en América Latina: Restos del Multiculturalismo en América Latina". Ponencia presentada en el III Encuentro Pluralismo Jurídico: presente y futuro de la Red Latinoamericana de antropología jurídica, Quetzaltenango, Guatemala, agosto de 2002.

<sup>84</sup> "52º... Confrontado el texto del artículo 9º, número 1º, con el contenido de los artículos 73º y 19º, Nº 3º, de la Constitución, debe necesariamente concluirse que lo que el Convenio dispone es absoluta y nítidamente incompatible con el sistema procesal nacional. En efecto, nuestra Constitución es categórica en cuanto ordena que todos los conflictos que se promuevan dentro del territorio de la República, deberán someterse a la jurisdicción de los tribunales nacionales para ser resueltos por medio de un debido proceso. Por su parte, el artículo 73º señala "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 lo tanto, dicha disposición excluye el empleo de cualquier otro medio de solución de conflictos que pudieran usar los pueblos interesados para la represión de los delitos cometidos por sus miembros, como lo es el que propone el artículo 9º del Convenio Nº 169 que, por ende, es inoponible e incompatible con nuestro sistema procesal penal contemplado para la sanción de los ilícitos que tipifica;

53º. Que en el ámbito de nuestro derecho procesal constitucional, el artículo 19º, de la Carta Fundamental, en su numeral 3º, al establecer la garantía de la igual protección de la ley en el ejercicio de sus derechos, expresa, en su inciso séptimo, que "Nadie puede ser juzgado por comisiones especiales, sino por el tribunal que le señale la ley y que se halle establecido con anterioridad por ésta" y agrega, en su inciso siguiente, que "Toda sentencia de un órgano que ejerza jurisdicción debe fundarse en un proceso previo, legalmente tramitado." Lo expuesto permite concluir que el contenido, en esta parte, del artículo 9º, al ser incompatible con el sistema constitucional chileno de solución de conflictos penales, no puede tener aplicación y, como su natural consecuencia, no permite ser tachado de inconstitucional, toda vez que dispone el tratado que la norma en análisis va a recibir aplicación sólo en cuanto sea compatible con el sistema jurídico propio de cada Estado, lo que en el caso de Chile, no ocurre por lo expuesto". (Sentencia del Tribunal Constitucional de fecha 04 de Agosto de 2000, en causa Rol 309).

<sup>85</sup> Ver *Comentario 5 JMF*, sección 7.

delegación tácita de facultades por parte de los indígenas de las comunidades en que se ejerce jurisdicción<sup>86</sup>.

Sin embargo, para efectos de esta minuta, como lo que nos interesa es la defensa penal de indígenas en el ámbito de la jurisdicción penal estatal, me referiré a las implicancias que las resoluciones de la jurisdicción indígena puedan tener en las defensas penales<sup>87</sup>. En este sentido, el reconocimiento de la jurisdicción indígena en materia penal, puede dar lugar a dos alegaciones en sede judicial: que no se le aplique sanción alguna por haber sido sancionado bajo la propia jurisdicción, o que se reconozca aquella, como salida alternativa (particularmente como acuerdo reparatorio).

Respecto de lo primero, y, suponiendo el reconocimiento de la jurisdicción indígena, sería necesario argumentar en base al principio del non bis in idem, el que no tiene consideración legal, pero la doctrina ha tendido a identificarlo con el artículo 63 del Código Penal, en cuanto no se puede valor dos veces circunstancias que agravan la responsabilidad. Si se demuestra que un sujeto ha sido sancionado de acuerdo a su costumbre o derecho consuetudinario, en su comunidad, el hacerlo el Estado en una segunda instancia, implicaría vulnerar dicho principio. Para ello, habrá que probar en juicio, por una parte, que en el derecho consuetudinario de una determinada comunidad o pueblo se aplica una sanción determinada a los que realizan una determinada conducta y que en el caso específico el imputado (a) realizó esa conducta y fue sancionado. Es el caso de un dirigente local que haya sido despojado de dicha condición, o de alguna de sus competencias (v. gr. representación ante autoridades estatales), por agredir físicamente a una autoridad gubernamental. En este caso, la autoridad indígena que incurrió en una conducta considerada ilícita en el ordenamiento estatal, tanto como en la comunidad indígena. Al ser requerido por un tipo penal, por ejemplo atentado a la autoridad<sup>88</sup>, ante el tribunal de garantía se podría solicitar el sobreseimiento definitivo<sup>89</sup> de la causa bajo el argumento que el ya ha sido objeto de una sanción, la que se encuentra ejecutoriada en el contexto del sistema procesal de su comunidad.

Asimismo, por otra parte, podría alegarse la aplicación de un mecanismo de resolución de conflictos propios de una comunidad en un caso determinado. Por ejemplo, en casos de conflictos familiares o vecinales, que se abordan en ese mismo nivel y se alcanza un arreglo entre las partes, presentarlo en el procedimiento como base de un acuerdo reparatorio o suspensión condicional. Aunque en materia de violencia intrafamiliar se presenta el obstáculo que las salidas alternativas entre las partes están excluidas. En efecto, la ley 20.066 excluyó la posibilidad de salidas alternativas, porque la violencia sobre miembros del grupo familiar, especialmente contra la mujer o los hijos menores, provoca en la víctima una situación de ausencia de voluntad, por encontrarse en un estado de temor y dominación. Ahora bien, recurriendo a los criterios de interpretación de la Corte Constitucional de Colombia, un reconocimiento de mecanismos de solución de conflictos en estos casos de violencia en la familia sería admisible siempre que, se tratara de procedimientos que no se desarrollen entre las partes involucradas –es decir víctima y victimario de los actos de violencia-, pues en estos mecanismos privados de solución de conflictos, se producirá siempre una situación de desequilibrio, que no se puede justificar ni siquiera en base al uso de la costumbre, por cuanto aquí se producirá un efecto sobre los derechos de la víctima que van más allá de la integridad física, y pudiera considerarse que atentan contra el derecho a no ser sometido a servidumbre o esclavitud, lo que forma parte del núcleo de derechos intangibles.

En cambio un mecanismo de solución de conflictos que no considere la voluntad de las partes sino por ejemplo a toda la comunidad o la familia en sentido amplio, si pudiera satisfacer los estándares de la norma interna y del respeto de los derechos humanos. En este caso se produce una *expropiación* del conflicto por parte de comunidad a la que pertenecen las partes, que pudiera excluir la posibilidad de dominación y voluntad condicionada, que es en suma, el sentido que se intenta obtener con las exclusiones de las salidas alternativas en la Ley N° 20.066.

<sup>86</sup> Esta idea fue propuesta por José Manuel Fernández Ruiz, ver *Comentario 4 JMF*, sección 7.

<sup>87</sup> En este sentido, véase *Comentario 5 JMF*, sección 7.

<sup>88</sup> Artículo 262 N° 2 en relación con el 261 del Código Penal.

<sup>89</sup> Artículo 250 letra f del Código Procesal Penal.

c) consideración de la condición de indígena de un condenado al aplicar una sanción del derecho penitenciario general y derecho a la aplicación preferente de sanciones alternativas al encarcelamiento.

10.1. "Cuando se impongan sanciones penales previstas por la legislación general a miembros de dichos pueblos deberán tenerse en cuenta sus características económicas, sociales y culturales".

10.2. "Deberá darse la preferencia a tipos de sanción distintos del encarcelamiento".

Esta norma puede ser utilizada en el contexto de la audiencia prevista en el artículo 343 del Código Procesal Penal para determinar la condena más adecuada para el caso específico, particularmente en cuanto a la forma de cumplir la sanción, aplicando para ello las posibilidades establecidas en la Ley N° 18.216. Evidentemente, esto no afecta la igualdad ante la ley, pues como señaló el Tribunal Constitucional para el caso del artículo 9 del Convenio (que se hace aplicable para este caso)

En tanto que, en relación al artículo 9, numeral 2º, del Convenio, señaló que: "en la medida en que autoriza al juez para tomar en cuenta la costumbre, no contraviene la Constitución Política, toda vez que la jurisdicción que ejerce y que, para el caso concreto, se singulariza en su competencia específica, lo autoriza para ponderar todos los elementos de hecho y de derecho ventilados en el proceso, entre los cuales pueden encontrarse las costumbres de los pueblos indígenas, sin que ello violente, de manera alguna, la igualdad ante la ley, y menos, la igual protección de sus derechos ante la justicia que ésta le brinda;"<sup>90</sup>.

Este sistema sería similar al que se utiliza en el caso del procedimiento penal de adolescentes, en los que en la audiencia de determinación de pena se discute acerca de la sanción más adecuada y en esta discusión el carácter y madurez del sentenciado es un elemento sustantivo al momento determinar la sanción. Las condiciones económicas, sociales y culturales podrían por ejemplo, considerarse una causa suficiente para autorizar el arresto nocturno como forma de cumplir una condena, según el artículo 10 de la mencionada Ley N° 18.216.

Asimismo, esta norma puede servir de base para la obtención de beneficios intrapenitenciarios como salidas esporádicas y otras en base a exigencias de prácticas culturales fundamentales.

En fin, más polémico sería alegar en esta audiencia por ejemplo, la aplicación de una sanción propia de la costumbre para un delito tipificado en normas penales positivas.

d) Acceso a la justicia estatal y los derechos que la ley establece en este ámbito a todos los ciudadanos.

8.3. "La aplicación de los párrafos 1 y 2 de este artículo no deberá impedir a los miembros de dichos pueblos ejercer los derechos reconocidos a todos los ciudadanos del país y asumir las obligaciones correspondientes"

<sup>90</sup> Sentencia del Tribunal Constitucional en causa Rol N° 309 de fecha 04 de agosto de 2000, reiterada en voto aditivo del integrante Juan Colombo, en sentencia del Tribunal en causa Rol N° 1050-08 de fecha 03 de abril de 2008.

El Convenio establece en verdad, una especie de derecho de doble dimensión. Por una parte, se reconoce el derecho de los indígenas de utilizar sus propios mecanismos de solución de conflictos y –derechamente- de represión de conductas ilícitas; por otro se reconoce también, el derecho de recurrir a la justicia estatal. Esto responde a un imperativo de justicia<sup>91</sup>, que responde a una constatación de la forma en que se ejerce el derecho consuetudinario indígena. Se justifica, efectivamente, en la conformación híbrida y porosa del derecho consuetudinario, según ya se señaló, en cuanto a que no se concibe al derecho indígena como uno separado y totalmente diferente del estatal.

Lo contrario –la exclusión de los indígenas del sistema de justicia estatal- implicaría una suerte de segregación de los indígenas y constituiría una especie de privatización de los conflictos internos de los indígenas, permitiendo la mantención de ciertas desigualdades al interior de las comunidades, como formas de dominación que surgen y se desarrollan en todos los sistemas y sociales.

Asimismo, esta norma permite y resguarda el cumplimiento de los principios y garantías penales y procesales individuales, incorporadas a través de siglos de desarrollo jurisprudencia y doctrinario, independiente de la condición étnica y del tribunal u órgano encargado de la decisión.

---

<sup>91</sup> Santos habla del nuevo imperativo categórico, a propósito de los diálogos interculturales.

## 6. Bibliografía

1. Alexy, Robert, *Teoría de los Derechos Fundamentales*, Centro de Estudios Políticos, Madrid, 2001.
2. Assies, Willem. 2000. "La oficialización de lo no oficial: ¿re-encuentro de dos mundos?", texto preparado para el curso post-congreso, "Identidad, autonomía y derechos indígenas: Desafíos en el Tercer Milenio", 18-22 de marzo, 2000, Arica, Chile.
3. Barrientos, Ignacio. 2008. Licitud del porte y uso de la hoja de coca, en revista "Política Criminal N° 5 (2008) A5, [http://www.politicacriminal.cl/n\\_05/a\\_4\\_5.pdf](http://www.politicacriminal.cl/n_05/a_4_5.pdf).
4. Bohannan, Paul. 1964. "La Antropología y la ley", en TAX, SOL (ed.) "Antropología: una nueva visión", editorial Norma, Colombia, 1964; p. 230 (228-237).
5. Carnevali, Raúl. 2007. "El multiculturalismo: un desafío para el Derecho penal moderno". *Polít. Crim. N° 3*, 2007. A6, p. 1-28. [<http://www.politicacriminal.cl>].
6. De Obieta, Chalbaud, José. 1989. "El derecho humano de la autodeterminación de los pueblos". Editorial Tecnos, Madrid.
7. Díaz Polanco, Héctor. 2000. "Los Dilemas de la diversidad", ponencia presentada en el XII Congreso Internacional de Derecho Consuetudinario y Pluralismo Legal: Desafíos del Tercer Milenio, Arica, Chile marzo de 2000.
8. Durán, Salamanca, Lillo. 2001. "Estableciendo límites entre la costumbre y la juridicidad cívico nacional en un sector mapuche de la Araucanía. Una aproximación antropológica – jurídica al caso del Comité de Vigilancia de Rüpükura del valle del Chol Chol". En "Revista CREA número 2. Centro de resolución alternativa de conflictos, Escuela de Derecho de la Universidad Católica de Temuco; (53-76).
9. García Vitor, Enrique. 2003. "Culturas diversas y sistema penal" en "Problemas actuales del derecho penal", Universidad Católica de Temuco.
10. Gaviria Díaz, Carlos. 2002. "Sentencias. Herejías constitucionales". Fondo de Cultura Económica, Bogotá Colombia.
11. Habermas, Jürgen. 1999. "La Inclusión del otro"; editorial Paidós, Barcelona.
12. Horvitz Lennon, M. Inés. López Masle, Julián. 2004. Derecho procesal penal. Tomo II, Editorial Jurídica de Chile, Santiago.
13. Lillo, Rodrigo. 2002. los derechos de los indígenas y el nuevo sistema procesal penal, en Revista de la Escuela de Derecho de la Universidad Católica de Temuco N° 2.
14. Sánchez Botero, Esther. 1998. "Justicia y Pueblos Indígenas de Colombia". Universidad Nacional de Colombia. Facultad de Derecho, Ciencias Políticas y Sociales. Bogotá, DC, Colombia.
15. Santos, Boaventura de Souza. 1991. "Estado, Derecho y Luchas sociales": Instituto Latinoamericano de Servicios Legales Alternativos, Bogotá Colombia.
16. ---. 1998. "La globalización del derecho: los nuevos caminos de la regulación y la emancipación"; ILSA, U. Nacional de Colombia.
17. Sieder, Rachel. 2002. "Pluralismo legal y globalización jurídica en América Latina: Restos del Multiculturalismo en América Latina". Ponencia presentada en el III Encuentro Pluralismo Jurídico: presente y futuro de la Red Latinoamericana de antropología jurídica, Quetzaltenango, Guatemala, agosto de 2002.
18. Stavehagen, Rodolfo. 1989. "Derecho consuetudinario indígena en América Latina"; en "Entre la Ley y la Costumbre"; Stavengahen, R.; Iturralde, D. (compiladores). Instituto Indigenista Interamericano e Instituto Interamericano de Derechos Humanos. México.
19. Yrigoyen, Raquel. 1999. "Reconocimiento constitucional del derecho indígena y la jurisdicción especial en los países andinos (Colombia, Perú, Bolivia, Ecuador)", en: "Pena y Estado" N° 4, "Justicia Penal y comunidades indígenas". Buenos Aires: Instituto de Estudios Comparados en Ciencias Penales y Sociales, Enero 2000, p. 130 (129-142).

## 7. Comentarios a la Minuta producto del Debate

**Comentario 1 JLA (Jaime López Allendes, Defensor Penal de la oficina de Defensa Penal Indígena, Temuco):** Comparto con uds. una sentencia que dictó el Tribunal Oral en lo Penal de Temuco, en juicio sobre homicidio en contra de un joven mapuche de Padre Las Casas, donde dentro de la tesis de la Defensa se encontraba la atenuante de obrar por estímulos tan poderosos que naturalmente hayan producido arrebatos u obcecación, del artículo 11 n° 5 del código penal.

El hecho es que el imputado Caniupán en el contexto que se realizaba una fiesta en un sector rural, se acercó a un lugar alejado unos metros de la fiesta y le propinó una puñalada a la víctima de apellido Calfulaf por haberlo encontrado en una relación íntima con la conviviente de su hermano, ocasionándole la muerte.

En la parte que nos interesa, la Defensa llevó a un perito antropólogo a fin que informase acerca de la relevancia de la familia y de las relaciones familiares entre los mapuches, tomando en consideración que el ofendido por la víctima era su hermano mayor, quien había oficiado en el rol de padre de familia desde una temprana edad del imputado.

El fallo desestimó esta atenuante, señalando que el perito antropólogo no logró convencer al Tribunal que la reacción del imputado era propia de su cultura, y que el imputado había señalado que la víctima a su vez lo había agredido, por lo que la salvaguarda del honor no era la motivación, de acuerdo a la declaración del imputado.

Señala que si bien la situación antes descrita pudo haber ofuscado al acusado, ello no justifica que haya agredido a la víctima al punto de quitarle la vida.

Se pidió que se reconocieran otras atenuantes como la imputabilidad disminuida y la colaboración, pero finalmente sólo se reconoció la irreprochable conducta anterior, y se le condenó a la pena mínima de 5 años y un día.

En general, a mi modo de ver se trata de un fallo contradictorio, sobre todo en la atenuante que se solicitaba, por cuanto se señala que la motivación del homicidio no fue el comportamiento de su cuñada y la víctima, pero luego reconoce que pudo haber habido ofuscación, sin perjuicio que en la propia acusación se señala que la motivación fue precisamente por haberse "involucrado" con su cuñada.

Lo que queda es que a los Tribunales del Cuesta hacerse cargo de aspectos culturales incluso pro imputado, y ello es independiente de la ley vigente, por lo que no necesariamente el Convenio 169 hará cambiar la realidad jurisprudencial en la cual sigue no siendo vinculante, unido a un artículo 297 del código procesal penal que en este aspecto no será un control por la vía del recurso de nulidad.

En este caso puntual, al Tribunal le basta con señalar que no se ha llegado al convencimiento que la reacción del imputado se propia de su cultura, para no aplicarla como fuente material del Derecho.

Al momento de llevarse a cabo el juicio oral en esta causa, si bien no estaba vigente el Convenio 169, sí lo estaba la ley 19.253, que en este aspecto señala normas precisas en cuanto a considerar la cultura y la idiosincrasia como fuente material del Derecho. Igualmente el Tribunal no las consideró.

Llama la atención incluso lo escueto del fallo en la parte en que se pronuncia sobre la atenuante pedida, tomando en consideración que se explaya acerca del hecho y la participación, que no fueron controvertidos.

Con todo, hay que reafirmar que se hace necesaria la capacitación de los antropólogos en aspectos relacionados con la Reforma Procesal Penal, ya que es el peritaje antropológico el que debe motivar la convicción del Tribunal en torno a la aplicación de la cultura como fuente del Derecho. Es decir, los antropólogos deben ser capacitados en relación a los alcances y fundamentación de una Defensa, que en este caso se trató de una atenuante, y sobre todo en cuanto a la exposición frente a un Tribunal, que es donde deben lograr el convencimiento." López Allendes, Jaime. 'Debate del trabajo "El Convenio 169 de la OIT y la defensa penal de indígenas" en la Defensoría Penal Pública', Departamento de Estudios, Defensoría Nacional, 2010.

**Comentario 1 MRS (María del Rosario Salamanca Huenchullán, Defensora Penal Juvenil Temuco), páginas 4 y 5:** Me parece relevante dejar muy claro que en el ámbito de la justicia el convenio aborda dos grandes temáticas, la posibilidad de usar el derecho propio y la posibilidad de incorporar en el derecho estatal lo que el mismo convenio llama usos y costumbres y las normas referidas dentro de este mismo segundo ámbito a la determinación de la pena. En cuanto a lo primero, el uso de la justicia propia, creo que le tema va a pasar necesariamente por hacer modificaciones legales que posibiliten tal jurisdicción con todo lo que ello significa, desde el procedimiento que tienen los pueblos originarios y el reconocimiento de las autoridades que cuentan con lo que nosotros llamamos la facultad de dictar una sanción, si corresponde, y, hacer ejecutar lo fallado y que podríamos entender como sentencia. El alcance de esta jurisdicción, que tipo de delitos o faltas quedan dentro y cuáles no me parece que tendrán que ser los derechos humanos universalmente reconocidos, este ámbito se inserta en la autonomía de los pueblos originarios para aplicar lo que yo llamo el derecho propio, en fin el tema da para otro *paper*. En cuanto al segundo la posibilidad de alegar la calidad de indígena los usos y costumbres y las limitaciones a la pena que aborda el convenio en los art 8 a 10, en lo que dice relación a los derechos colectivos, creo que obviamente corresponden al pueblo al que se pertenece pero son ejercitados por los individuos. No veo una doble dimensión en el sentido de que “el convenio se refiere en términos sustanciales a los derechos colectivos de los pueblos indígenas, también resguarda los derechos individuales de las personas indígenas...” parte final del segundo párrafo página 5, veo más bien que cuando a un indígena individualmente considerado en una causa en este caso penal que pudiera ser también de otra índole –como de familia-, con ello se realiza el derecho colectivo y no existe una tal doble dimensión. En el mismo sentido diferenciar dos ámbitos cuando planteas “... las consecuencias de las resoluciones de la jurisdicción indígena puedan tener en el espacio judicial... puede dar a lugar a que no se aplique sanción alguna o considerarla salida alternativa...” me parece que se confunden los dos ámbitos. Yo creo que si existiese tal posibilidad –la efectividad de una jurisdicción indígena- en el Convenio, pero en Chile no existe ni se ha avanzado en tal sentido como estamos aquí analizando un trabajo teórico. Yo me pongo en la hipótesis de que si existiese la jurisdicción indígena y allí se tomarían ciertas decisiones de acuerdo con el derecho propio, no sería lógico ni sería ningún avance una jurisdicción que establezca ciertos grados de autonomía pero que lo resuelto pase nuevamente por la justicia estatal y enmarcarla en una u otra alternativa del sistema jurídico chileno.” Salamanca Huenchullán, María del Rosario, en ‘*Debate del trabajo “El Convenio 169 de la OIT y la defensa penal de indígenas” en la Defensoría Penal Pública*’, Departamento de Estudios, Defensoría Nacional, 2010.

**Comentario 2 MRS, página 20, párrafo 3:** en cuanto a la suspensión condicional del procedimiento que está en el marco de la justicia estatal es pertinente me parece dar esta salida una interpretación *maximizante* en base a las normas del convenio lo que significar que va mas allá de las normas que regulan al resto de los ciudadanos por ejemplo salidas alternativas en causas de VIF lo que si se ha alegado en audiencias yo misma tuve una causa te envié el acta ahí la jueza por ser precisamente los intervinientes mapuches si dio lugar a tal salida creo que es un ámbito en que podremos argumentar ley especial posterior y superior para extender el ámbito de aplicación de la norma, lo mismo que para el 241 CPP.” Salamanca Huenchullán, María del Rosario, en ‘*Debate del trabajo “El Convenio 169 de la OIT y la defensa penal de indígenas” en la Defensoría Penal Pública*’, Departamento de Estudios, Defensoría Nacional, 2010.

**Comentario 3 MRS:** el gran tema para la defensa me parece es construir en base a las normas del convenio interpretaciones favorables. Creo además que el tema de la prueba de la costumbre requerirá el abordaje en equipos multidisciplinarios, me imagino que además del antropólogo al que hemos recurrido en casi todos los casos mapuche podría considerarse psicólogos sociales asistentes sociales con conocimientos especiales del tema.” Salamanca Huenchullán, María del Rosario, en ‘*Debate del trabajo “El Convenio 169 de la OIT y la defensa penal de indígenas” en la Defensoría Penal Pública*’, Departamento de Estudios, Defensoría Nacional, 2010.

**Comentario 1 CCF (Claudia Castelletti Font, Departamento de Estudios, Defensoría Nacional, Santiago), página 5, tercer párrafo:** “En el párrafo 3 cuando se habla de las visiones sobre los pueblos indígenas, en particular la nota 15, me parece que es necesario aclarar que en la época de la conquista (o mejor dicho la época indiana) los indígenas eran considerados “miserables”, connotación no despectiva y tampoco

religiosa, sino estrictamente jurídica que decía relación con personas a quienes el Estado estaba obligado a proteger de manera especialísima. En esa condición estaban también huérfanos, viudas y otras personas que requerían especial asistencia, por lo que simplemente quiero decir que no fue una categoría especialmente creada para los naturales, sino que provenía de la legislación castellana y del Derecho romano postclásico recogido en las Partidas de Alfonso X.

Al respecto, pueden ver algunas notas en mis artículos “De la real confirmación del empleo de protector general de naturales”, en Revista Chilena de Historia del Derecho, N° 19, 2000 y “La vis atractiva del *lus commune* en Indias. A propósito de la noción de ‘Encomienda’ en Juan de Solórzano y Pereyra (1575-1655)”, en *Studi in onore di Manlio Bellomo*, Erice, 2004.

Es por esa categoría que los indios (gentilicio de Indias, nada más) en la época indiana (valga la redundancia) podían gobernarse a sí mismos y podían ejercer su propia judicatura a través de *privilegium*, es decir se autogobernaban incluso en materia judicial (jueces de indios regulados en ley 15, tit. I libro 6 de la Recopilación de Indias), formándose una República distinta de la de los españoles. En otras palabras en las Indias había una república de los españoles y otra, absolutamente distinta, formada por cada pueblo indígena. Al respecto, pueden ver Javier Barrientos Grandon, *El gobierno de las Indias*, Editorial Marcial Pons, Madrid 2004.

Ello sólo dice relación con lo estrictamente jurídico en la época indiana, muy distinto, por supuesto, al juicio de realidad que se pueda hacer sobre la época indiana.” Castelleti Font, Claudia. ‘*Debate del trabajo “El Convenio 169 de la OIT y la defensa penal de indígenas” en la Defensoría Penal Pública*’, Departamento de Estudios, Defensoría Nacional, 2010.

**Comentario 1 JMF (José Manuel Fernández, Departamento de Estudios, Defensoría Nacional, Santiago), página 15, primer párrafo:** debe rechazarse una interpretación estrecha que considere la costumbre exclusivamente como eximente o atenuante. Esta interpretación a la luz de la Ley 19.253 no es obligatoria hoy bajo la vigencia del Convenio 169 OIT. De hecho, es posible postular, como el mismo autor lo ha hecho, en los efectos procesales de la costumbre. Precisamente la tesis del “tribunal indígena” considera que la costumbre no sólo puede operar como eximente o como atenuante, sino más en general como conjunto de normas a través de las cuales se puede resolver un conflicto de carácter jurídico. De hecho la idea de restringir la costumbre a las atenuantes y eximentes dejaría fuera todo el ámbito de la determinación judicial de la pena, lo que va en contra de las mismas pretensiones del Convenio. Así el art. 10 n° 2 del Convenio dispone expresamente que debe aplicarse sanciones preferentemente no privativas de libertad.” Fernández, José Manuel. ‘*Debate del trabajo “El Convenio 169 de la OIT y la defensa penal de indígenas” en la Defensoría Penal Pública*’, Departamento de Estudios, Defensoría Nacional, 2010.

**Comentario 2 JMF, página 15, último párrafo:** parece bastante problemático establecer como principio regulador –en el caso que se estime correcto que existe lo que el autor llama “interlegalidad”- concebir que existe una colisión de deberes jurídicos. Si entiendo bien, el fenómeno de la interlegalidad colocaría a ciertos destinatarios de las normas –en este caso a los indígenas- en caso en que las disposiciones de la ley chilena y la costumbre entren en conflicto no en una disyuntiva, sino precisamente en una posición en que la costumbre *derrota* la ley chilena. Sin embargo, me parece que esta prioridad de la aplicación de la costumbre debe justificarse más a fondo, pues en caso de conflicto de acuerdo al Convenio 169 la regla parece disponer precisamente lo contrario, así el art. 8 n° 2 establece que:

“Dichos pueblos deberán tener el derecho de conservar sus costumbres e instituciones propias, siempre que éstas no sean incompatibles con los derechos fundamentales definidos por el sistema jurídico nacional ni con los derechos humanos internacionalmente reconocidos. Siempre que sea necesario, deberán establecerse procedimientos para solucionar los conflictos que puedan surgir en la aplicación de este principio.”

Desde este punto de vista, debería al menos justificarse porqué la costumbre rige por sobre la ley, no basta por lo tanto, referirse a la interlegalidad.” Fernández, José Manuel. ‘*Debate del trabajo “El Convenio 169 de la OIT y la defensa penal de indígenas” en la Defensoría Penal Pública*’, Departamento de Estudios, Defensoría Nacional, 2010.

**Comentario 3 JMF, página 16, primer párrafo:** Tal como dice el autor, uno de los aspectos del problema de la posibilidad de aplicación de sanciones se remite a aquellos actos que lícitamente pueden ser realizados de acuerdo a la Constitución Política de la República y al Código Penal –sobre la legitimidad de la “autoridad indígena” autorizada para aplicar sanciones se tratará con mayor profundidad en el comentario n° 2-, otro aspecto del problema es el punto de vista del sujeto que sufre estos castigos. ¿Podría verse como una manifestación del consentimiento de la víctima de la lesión, la aplicación de la sanción en el caso que el autor menciona sobre el Gillatún? En términos prácticos si bien es razonable la figura del “ejercicio legítimo de un derecho”, también puede considerarse como alternativa el consentimiento en la afectación del bien jurídico por parte de su titular, lo que de acuerdo a la doctrina, elimina el tipo, es decir, excluiría la responsabilidad del imputado antes de llegar al análisis de las causas de justificación. El consentimiento en este contexto creo que puede asumir una forma particular, pues si bien puede estar dirigido al acto concreto que afecta un bien jurídico, también puede estar dirigido a la aceptación de una “forma de vida” de la que se derivan ciertas consecuencias lesivas de derechos. En el primer caso el consentimiento podría probarse por ejemplo a través de una declaración de voluntad de la víctima. En el segundo caso podría optarse por una “presunta declaración de voluntad”, el argumento consistiría en sostener que en la medida que un individuo es considerado perteneciente a una comunidad indígena implícitamente acepta regirse por las reglas que esta comunidad dictamina. Si bien la doctrina penal cuando se refiere al “consentimiento presunto” considera que se trata de una causa de justificación –lo que igualaría al tratamiento del argumento del “ejercicio legítimo de un derecho”-, parece plausible que aquí opere directamente excluyendo el tipo. El consentimiento presunto se fundamenta en el interés del titular del bien jurídico y su voluntad hipotética –cuando el sujeto es incapaz de declarar su voluntad, por ejemplo, porque esta inconsciente producto de un accidente, *consiente presuntamente* en ser objeto de tratamiento médico-, pero en este otro supuesto el consentimiento presunto va dirigido a la aceptación de las consecuencias anexas a lo que involucra ser parte de una comunidad indígena. Esto en ningún caso restringe el derecho del miembro de la comunidad a salirse de ella, pero si restringe la posibilidad de demandar la afectación de sus derechos a consecuencia de actos que el sujeto ha conocido que producen ciertos efectos. Esta argumentación da paso a la discusión de significativos problemas respecto de la regulación de las relaciones entre la comunidad y sus miembros, pero ello escapa a este comentario. Debe remarcar que subyace a la lectura que en este comentario se hace del consentimiento, una interpretación de los derechos fundamentales centrada en el sujeto como su único titular. En tanto titular sobre ciertos bienes propios, en particular sobre su cuerpo, es legítimo que de su consentimiento para que otra persona lo lesione. Esto es lo que ocurre por ejemplo cuando durante un juego de fútbol alguien sale con un pie quebrado por una patada que fue propinada intencionalmente. Si bien en materia de disponibilidad de derechos nuestra tradición jurídica tiende a considerar en algunos casos que el cuerpo es indisponible, ello es compatible con la posición que aquí se sostiene, puesto que ambas posturas reconocen que hay ciertos márgenes en que esta disposición es lícita.” Fernández, José Manuel. ‘*Debate del trabajo “El Convenio 169 de la OIT y la defensa penal de indígenas” en la Defensoría Penal Pública*’, Departamento de Estudios, Defensoría Nacional, 2010.

**Comentario 4 JMF, página 16, segundo párrafo:** una posible tesis que no se debe desdeñar, es matizar el argumento de la “socialización exótica” en caso de indígenas, porque en un sentido importante esta terminología parece apuntar en una interpretación “culturalista” que no parece ser la más adecuada al contexto del Convenio OIT. En efecto, me parece que se puede reconducir el argumento de la “socialización exótica” a los casos de una defensa que podríamos llamar “culturalista”, pero no cuando se trata de la defensa de indígenas. El indígena que cree que la costumbre de su pueblo es una forma de ley no es un tipo de conciencia disidente, justamente porque existen normas internacionales que le dan valor a la costumbre –desde el punto de vista del sistema jurídico- es que el indígena no se encuentra en la misma situación que, por ejemplo, un musulmán. Esta interpretación pretende distinguir dos tipos de defensas, una “culturalista” y una de “pueblo originario”. Me parece que el Convenio 169 no puede verse como un instrumento “culturalista” –al menos no únicamente-, sino como un texto legal que reconoce el carácter de “pueblos originarios” a las comunidades indígenas. A diferencia del musulmán, la existencia tanto de leyes como de tratados internacionales faculta en un sentido diverso al indígena a creer que su costumbre es la ley. El sentido práctico de esta diferenciación, es que la apelación a los tratados internacionales que le dan valor a la costumbre de los

pueblos originarios facilita la prueba de la invencibilidad del error de prohibición, al vincular la motivación para creer que existe una causa de justificación –que no existe- con ciertas normas del sistema jurídico chileno. Cuando se trata de la error de prohibición la estrategia es buscar los requisitos que hacen concurrir la invencibilidad, en estos casos si bien uno podría dudar de lo problemático del acceso al conocimiento de una prohibición, lo cierto es que aún pudiendo conocer la ley el hecho es que también “conoce” la costumbre de su pueblo. El problema aquí, entonces, no es sobre la mayor o menor posibilidad de conocimiento de la ley –accesibilidad normativa en palabras de Roxin-, sino en qué grado es razonable exigir a un indígena que le de prioridad al conocimiento que puede tener de la ley por sobre el conocimiento de su costumbre, sobre todo cuando en virtud de ésta última puede considerarse facultado para realizar actos que pueden ser estimados como delitos. En estos casos no parece razonable exigir que al indígena se le de prioridad a los mandatos de la ley, por ende, la regla sería el error de prohibición invencible.” Fernández, José Manuel. *‘Debate del trabajo “El Convenio 169 de la OIT y la defensa penal de indígenas” en la Defensoría Penal Pública’*, Departamento de Estudios, Defensoría Nacional, 2010.

**Comentario 5 JMF, página 19, segundo párrafo:** la siguiente argumentación pretende establecer la legitimidad de la tesis de la “jurisdicción indígena” y que su aplicación al sistema jurídico chileno no vulnera la Constitución Política de la República. Esta tesis hace referencia a la validez de la resolución de un caso en un “tribunal indígena” y que en principio es competente para conocer de él un tribunal del sistema de justicia criminal chileno. En una primera aproximación se intenta establecer en abstracto porque un “tribunal indígena” no vulnera la Constitución Política de la República. Luego se pretende establecer ciertos casos en que este tipo de tribunales si podría operar, aún sin una ley que regule expresamente la materia –ello supone, ciertamente, que al menos ciertos artículos del Convenio no tienen carácter programático, aunque acepta que necesariamente sí lo tienen aquéllos a través de los cuales es posible derivar la posibilidad de establecer válida y formalmente la existencia de Tribunales Indígenas. La pretensión de tribunales indígenas debidamente regulados es la mejor solución para la debida implementación del Convenio, no obstante ante la ausencia de una regulación, las siguientes consideraciones procuran establecer en qué condiciones aún sin regulación, parece plausible aceptar la tesis de la “jurisdicción indígena” (el supuesto de partida es la existencia de un “tribunal indígena”, no obstante se desconozcan cuáles podrían sus características y elementos fundamentales, se asume que se asemejan en sus propiedades necesarias a los tribunales chilenos).

Uno de los obstáculos más importante del que se debe hacer cargo la tesis de la “jurisdicción indígena” es el fallo del Tribunal Constitucional del año 2000. El fallo del Tribunal Constitucional dispone expresamente que en materia penal, no es compatible con el sistema de justicia chileno la existencia de “tribunales indígenas”, así:

“51°... Confrontado el texto del artículo 9°, número 1°, con el contenido de los artículos 73° y 19°, N° 3°, de la Constitución, debe necesariamente concluirse que lo que el Convenio dispone es absoluta y nítidamente incompatible con el sistema procesal nacional. En efecto, nuestra Constitución es categórica en cuanto ordena que todos los conflictos que se promuevan dentro del territorio de la República, deberán someterse a la jurisdicción de los tribunales nacionales para ser resueltos por medio de un debido proceso. Por su parte, el artículo 73° señala “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 lo tanto, dicha disposición excluye el empleo de cualquier otro medio de solución de conflictos que pudieran usar los pueblos interesados para la represión de los delitos cometidos por sus miembros, como lo es el que propone el artículo 9° del Convenio N° 169 que, por ende, es inoponible e incompatible con nuestro sistema procesal penal contemplado para la sanción de los ilícitos que tipifica;

53°. Que en el ámbito de nuestro derecho procesal constitucional, el artículo 19°, de la Carta Fundamental, en su numeral 3°, al establecer la garantía de la igual protección de la ley en el ejercicio de sus derechos, expresa, en su inciso séptimo, que “Nadie puede ser juzgado por comisiones especiales, sino por el tribunal que le señale la ley y que se halle establecido con anterioridad por ésta” y agrega, en su inciso siguiente, que “Toda sentencia de un órgano que ejerza jurisdicción debe fundarse en un proceso previo, legalmente tramitado.” Lo expuesto permite concluir que el contenido, en esta parte, del artículo 9°, al ser incompatible con el sistema constitucional chileno de solución de conflictos penales, no puede tener aplicación y, como su natural consecuencia, no permite ser tachado de inconstitucional, toda vez que dispone el tratado que la norma en análisis va a recibir aplicación sólo en cuanto sea compatible con el sistema jurídico propio de cada Estado, lo que en el caso de Chile, no ocurre por lo expuesto”.

Lo primero que llama la atención de esta sentencia, es la curiosa forma en que el Tribunal Constitucional declara que esta disposición no es incompatible con el sistema jurídico nacional. En efecto, el fallo del Tribunal Constitucional declara que es a través de las mismas reglas del Convenio como la constitucionalidad de sus disposiciones debe determinarse. Esto significa postular la existencia de una regla en el Convenio OIT sobre “compatibilidad de normas” y que prescribe que no pueden considerarse válidas aquellas disposiciones del propio Convenio que sean contrarias al sistema jurídico chileno. Como la disposición que otorga el ejercicio de jurisdicción a órganos no legitimados constitucionalmente es contraria al sistema jurídico nacional, esta debe considerarse inaplicable antes de que el Tribunal Constitucional entre a considerar si tal disposición es constitucional o no, es decir, sería la propia regla del Convenio sobre compatibilidad la que establecería la inaplicabilidad de una de sus disposiciones. Esta argumentación del Tribunal Constitucional abre una posibilidad interpretativa para considerar la legitimidad de estos órganos cuasi-jurisdiccionales, pues al pronunciarse solamente sobre la compatibilidad del art. 9 del Convenio de acuerdo a las mismas reglas del Convenio, lo ha declarado constitucional, de lo contrario habría fallado que el art. 9 era inconstitucional, lo que no es el caso.

Bajo el supuesto de que el art. 9 del Convenio 169 es constitucional, deben examinarse las razones por las que el Tribunal Constitucional consideró que no es compatible con el sistema jurídico nacional la tesis de los “tribunales indígenas”. La principal dificultad que debe sortear esta tesis es la crítica que afirma que un “tribunal indígena” afectaría la garantía del “juez natural”, pues establecería una comisión especial que vulneraría la Constitución Política de la República. Esta es una dificultad propia de la falta de una implementación desarrollada en la materia, pero no es un obstáculo insalvable para ciertos casos “menos graves”. Si los tres núcleos centrales de la garantía del juez natural son la previa delimitación legal de la competencia del juez, la pre-constitución del tribunal al momento del juicio y la igualdad ante la ley, entonces es posible pensar que éstas son exigencias que sí pueden ser cumplidas por un “tribunal indígena”. La competencia del Tribunal indígena puede considerarse limitada a la competencia del juez de garantía respecto de la Suspensión Condicional del Procedimiento o de los Acuerdos Reparatorios, pero bien también podría incluir toda la competencia que le corresponde a un juez penal. Tanto en uno como en otro caso las reglas de competencia estarían establecidas de forma previa. Si bien cabe insistir en que una regulación adecuada del funcionamiento de un “tribunal indígena” requiere de disposiciones legales, en algunos supuestos estas no parecen necesarias. Piénsese en los casos que son susceptibles de ser regulados por las disposiciones sobre Suspensión Condicional del Procedimiento y los Acuerdos Reparatorios, en éstos no parece haber inconveniente en acuerdos o condiciones de sometimiento a un “tribunal indígena”, precisamente porque el Código Procesal Penal permite una amplia gama de condiciones a estipular. La pre-constitución del tribunal tampoco parece ser un problema serio, en la medida que se conozcan de forma previa las autoridades que deberán fallar el caso. Por último, respecto de la garantía de igualdad ante la ley debe remarcar que ésta constituye un derecho subjetivo del ciudadano que no se ve afectado por la posibilidad del reenvío del caso a una “jurisdicción indígena”, la afirmación en contrario se enfrentaría al absurdo de considerar que las garantías constitucionales son deberes del ciudadano frente al Estado.

Fuera de la garantía del juez natural, la objeción de que estaríamos ante un tribunal especial implicaría predicar el mismo impedimento en casos donde si bien la no-especialidad del tribunal es discutible, aún así es reconocida como válida por el sistema de justicia, a saber, el caso de los Jueces Árbitros. Esta crítica sería inconsistente con las propias disposiciones de la ley chilena sobre la existencia de los tribunales arbitrales. Cuando dos partes se someten a un tribunal arbitral, no puede considerarse que se infringe la Constitución Política de la República en lo relativo a la exigencia del juez natural, pues son las mismas partes las que han elegido, autorizados por las reglas respectivas del Código Orgánico de Tribunales, someter la decisión de un asunto a un tribunal ajeno al sistema “formal” de resolución de conflictos jurídicos. Esta forma de jurisdicción es análoga a un posible sometimiento de un caso a las reglas de un “tribunal indígena”. En contra de esta aplicación analógica del caso en que las partes convengan ser juzgados de acuerdo a las reglas de esta especie de “tribunal arbitral” – tribunal indígena-, vale la prohibición en materia de arbitraje que el caso sea de competencia de un tribunal criminal, tal como lo dispone el Art. 230 del Código Orgánico de Tribunales. El problema de la prohibición de sometimiento de conflictos penales a

tribunales arbitrales dista de ser uno de carácter definitivo, pues es el mismo art. 227 del Código Orgánico de Tribunales el que permite una solución plausible. Si bien el art. 230 del Código Orgánico de Tribunales prohíbe el arbitraje en materias penales, el art. 227 del mismo establece la permisión del arbitraje en los demás casos “determinen las leyes”. Ahora bien, si el Convenio OIT 169 tiene al menos rango legal, la disposición sobre el respeto de “... los métodos a los que los pueblos interesados recurren tradicionalmente para la represión de los delitos cometidos por sus miembros” puede interpretarse como un caso más en que de acuerdo al art. 227 del Código Orgánico de Tribunales es legalmente posible recurrir a estos “tribunales indígenas”. En caso que se considere que existe un conflicto entre normas que prescriben soluciones diversas para un mismo supuesto, podría considerarse que rige la ley posterior sobre la misma materia, esto es, el Convenio 169.

Incluso si se rechaza la interpretación anterior, una forma de aceptar las razones del Tribunal Constitucional para considerar que esta disposición del Convenio no es compatible con el sistema jurídico nacional pero al mismo tiempo acceder a la posibilidad de una “jurisdicción indígena”, es entender que lo que hace el sistema jurídico no es reconocer otra forma de jurisdicción, sino que lo que ocurre es una integración de un sistema de costumbre en un sistema formalizado como el sistema jurídico chileno. Es decir, los “tribunales indígenas” no consisten en una jurisdicción paralela que dictamina sentencias, sino que se trata de la resolución de un conflicto por vía de la costumbre pero que es propiamente fallado por una sentencia de un tribunal chileno que bajo ciertas condiciones *constituye el valor de aquélla*. No se trata del reconocimiento de otra jurisdicción cuando se acepta que una sentencia extranjera produzca efectos en Chile. A través del mecanismo del exequátur no se está admitiendo que una legislación extranjera es la que está aplicando la ley, sino que *es la misma ley chilena la que se está aplicando a través del exequátur*. La ley extranjera no rige directamente, del mismo modo la costumbre indígena bajo la interpretación que aquí se sugiere. Lo que produciría efectos sería la resolución del tribunal de garantía. De este modo no se trata de una forma de resolución de conflictos diferente al proceso penal, pues sería la sentencia dictada en el proceso penal la que surtiría efectos reconociendo el poder vinculante de la “jurisdicción indígena”. Nada obstaría a que si no se cumplen ciertas condiciones de reconocimiento – como ocurre con el exequátur- los fallos de “tribunales indígenas” no deban ser considerados por el sistema jurídico nacional. Estas condiciones, en todo caso, aún no han sido precisadas.

Una argumentación en este sentido podría favorecer la explicación de la plausibilidad de una de las alternativas que el artículo plantea, esto es, el recurso al principio del *non bis in idem*.” Fernández, José Manuel. ‘*Debate del trabajo “El Convenio 169 de la OIT y la defensa penal de indígenas” en la Defensoría Penal Pública*’, Departamento de Estudios, Defensoría Nacional, 2010.

**Comentario 6 JMF, página 20, segundo párrafo:** pudiera ser insuficiente hacer referencia a una “sanción” de la comunidad sin determinar a quién se le está atribuyendo la autoridad necesaria para poder sancionar a un individuo, pues bien podría otra autoridad de la comunidad reclamar que la aplicación de la sanción le corresponde a él. Ésta no es la única dificultad que la no-identificación de la “autoridad” podría generar, en efecto, podría llegar a sostenerse que otro tipo de sanciones, incluso no reconocidas por la comunidad indígena, pudieran tener valor en el proceso penal. Ambos problemas – determinar quién puede sancionar y qué tipo de sanción se puede aplicar- podrían tener efectos agregados, es decir, no sólo afectar la posibilidad de uso de la costumbre en el caso actual, sino mermar la posibilidad de recurrir al uso de la costumbre en el largo plazo –podría deslegitimarse en tanto se interprete como una forma en que el imputado puede evitar su responsabilidad, alegando por ejemplo que su padre “lo sancionó”. Evitar estas posibles dificultades puede favorecer la consideración de una sanción basada en la costumbre como análoga a una sanción penal para los efectos de la aplicación del art. 63 del CP. La precisión del cómo sea que se resuelvan estas interrogantes parece ya estar avanzada, la práctica de los informes antropológicos apunta precisamente en esa dirección.” Fernández, José Manuel. ‘*Debate del trabajo “El Convenio 169 de la OIT y la defensa penal de indígenas” en la Defensoría Penal Pública*’, Departamento de Estudios, Defensoría Nacional, 2010.

**Comentario 7 JMF, página 21, cuarto párrafo:** en referencia al (Comentario 5 JMF), la solicitud de aplicación de una sanción propia de la costumbre debe ser coherente con el

reconocimiento de que la “sanción” sea producto del sometimiento al veredicto de las autoridades indígenas correspondientes. Es más, la aplicación de la sanción no podría desentenderse del procedimiento que la comunidad indígena tiene para éste preciso propósito. Esto podría llegar a no ser beneficioso para el imputado, lo que hace ver que el problema de la jurisdicción indígena recién comienza a vislumbrarse. En efecto, ¿podría el indígena elegir a que jurisdicción someterse?, ¿qué rol le cabe al defensor y a la Defensoría Penal Pública en una jurisdicción indígena?, las respuestas a estas preguntas no pueden ser abordadas en estos comentarios.” Fernández, José Manuel. *‘Debate del trabajo “El Convenio 169 de la OIT y la defensa penal de indígenas” en la Defensoría Penal Pública’*, Departamento de Estudios, Defensoría Nacional, 2010.