



**UNIVERSIDAD DE CHILE
FACULTAD DE DERECHO
ESCUELA DE POSTGRADO**

LA COSTUMBRE INDÍGENA Y RESPONSABILIDAD PENAL

MAGISTER EN DERECHO, MENCIÓN DERECHO PENAL

**AUTOR : SR. PEDRO PAREDES PEÑA
PROFESOR GUIA: SR. GERMAN OVALLE MADRID
SANTIAGO, 2015.**

A Nancy, Josefa y Diego, mi fuerza en los momentos de debilidad.

A Edith, mi madre y mi luz, desde el más allá.

Resumen

Este trabajo desarrolla los fundamentos dogmáticos que se hallan detrás de la consideración de la costumbre indígena, en nuestro derecho y en lo penal, como un antecedente para el reconocimiento de una eximente o atenuante de responsabilidad penal. Y en la aceptación de que este reconocimiento normativo, se hace en aras del respeto del principio de culpabilidad.

Por lo anterior, seguimos la tesis de que el fundamento de aquel reconocimiento normativo se fundamenta, en la existencia de un error de prohibición que, probado, determinará la eventual irresponsabilidad o benignidad en el tratamiento punitivo del indígena infractor de ley.

A su vez, en materia probatoria, postulamos que la exigencia del art. 54 inc. 1° de la Ley 19.253 en concordancia con el art. 8.2 del Convenio OIT 169, obligan a que la acreditación en juicio de la costumbre indígena que se invoca, implica justificar ésta y su vigencia, su compatibilidad con la Constitución Política de la República y con los derechos fundamentales que establece el sistema jurídico nacional o con los derechos humanos internacionalmente reconocidos; y probar que, el proceder del individuo, se motivó en el influjo socio-jurídico que sobre él provocó la regla de comportamiento existente en la comunidad, de que forma parte.

Palabras claves:

Costumbre indígena– error de prohibición– culpabilidad– cultura diferenciada– socialización exótica.

TABLA DE CONTENIDO

Introducción	1
1. Noción de la costumbre en Derecho.	3
2. Irrelevancia de la costumbre en derecho penal como fuente creadora de derecho. Y su relevancia como elemento hermenéutico.	6
3. Antecedentes Ley indígena vigente en Chile	8
3.1. Históricos.....	8
3.1.1. Ley de 04 de diciembre de 1866.	12
3.1.2. Ley 4802 de 1930.	13
3.1.3. Ley 14.511 de 1961.	13
3.1.4. Ley 17.729 de 1972.	15
4. Regulación vigente de la costumbre indígena en la Ley 19.253	17
4.1. Introducción.	17
4.2. Historia de la Ley 19.253.	18
5. Del art. 54 de la Ley 19.253 y su lugar en la teoría del delito.	21
5.1. Tesis que lo sitúa como elemento fundamentador de un error de prohibición.	23
5.2. Tesis que lo sitúa como elemento integrante de una eximente de responsabilidad penal.....	30
5.2.1. Eximente de legítima defensa propia y de terceros.	32
5.2.2. Eximente de la fuerza irresistible o el miedo insuperable.	37
5.2.3. Eximente de obrar en cumplimiento de un deber o en el ejercicio legítimo de un derecho, autoridad, oficio o cargo.	40
5.3. Tesis que lo sitúa como un elemento integrante de una atenuante de responsabilidad penal.	42
5.3.1. Eximente incompleta del art. 11 N°1 Código Penal.	46
5.3.2. Atenuantes emocionales, pasionales o emotivas.	49

5.3.3. Atenuante de procura celosa en la reparación del mal causado o que impide sus
ulteriores perniciosas consecuencias..... 50

6. Requisitos sustanciales del art. 54 de la Ley 19.253..... 53

6.1. Arts. 9 y 10 Convenio 169 Organización Internacional del Trabajo, sobre "Pueblos
Indígenas y Tribales en Países Independientes". 54

6.2. Indígenas de una misma etnia. 63

6.2.1. Legitimados para la invocación de la norma legal. 65

6.3. La costumbre no puede llevar a permitir la creación de dos derechos penales
paralelos..... 68

6.4. El reconocimiento normativo de la costumbre en derecho penal, en aras del
respeto del principio de culpabilidad. 69

6.5. La costumbre y la necesidad de prueba completa de su existencia y de haber
obrado el imputado por su influjo y estructura socio-jurídica. 72

Conclusiones 76

Bibliografía..... 80

Introducción

La dictación de la Ley 19.253 sobre “Protección, Fomento y Desarrollo de los Indígenas”, publicada en el Diario Oficial el 05 de octubre de 1993, introdujo la regulación normativa de la costumbre indígena, como un instituto respecto del cual se conciben efectos tanto en pleitos civiles como penales, siempre que ellos, como dice la disposición, se ventilaren entre indígenas de una misma etnia. Los cuerpos legales previos, que se hacían cargo de la materia, se enmarcaban en una preocupación destinada a la regulación de cuestiones vinculadas con el dominio, posesión o tenencia de las tierras indígenas -que ellas mismas determinaban- y en la creación de estructuras jurisdiccionales que resolvieran los asuntos controvertidos, que de éstas derivaban.

A su vez, el Convenio 169 de la OIT de 1989 sobre “Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes”, mandató, en lo que interesa, para los efectos de esta investigación, a los Estados partes a que, en cuanto ello sea compatible con los derechos fundamentales que establece el sistema jurídico nacional o con los derechos humanos internacionalmente reconocidos, las autoridades y los tribunales llamados a pronunciarse sobre cuestiones penales, deberán tener en cuenta las costumbres de dichos pueblos, en la materia. Este texto multilateral entró en vigencia en Chile, el 15 de septiembre de 2009; y en consecuencia, constituye legislación interna vigente.

Pues bien, tanto el Convenio 169, en su art. 9.2, como la Ley 19.253, en su art. 54, establecen supuestos en los cuales debe atribuirse, a la costumbre indígena, efectos en la tramitación de las controversias penales de “los pueblos tribales en países independientes y (de) los pueblos en países independientes, considerados indígenas”, a quienes se aplica el Convenio. Respecto de aquel, se obliga a que el juez “(tenga) en cuenta las costumbres de dichos pueblos en la materia”. Y en relación con éste, “como un antecedente para la aplicación de una eximente o atenuante de responsabilidad”.

El objetivo de este trabajo es desentrañar los fundamentos que ha tenido la legislación comparada y patria, para permitir que la costumbre indígena pueda ser invocada en un pleito criminal y los efectos, que esta decisión trae, en torno al principio de legalidad en la aplicación de la normativa penal en relación, por ejemplo, con las disposiciones civiles o comerciales, sobre la materia.

Y advertido lo anterior, hacer mención a los requisitos que han de exigirse para que la costumbre indígena pueda ser invocada, por los litigantes y aplicada por los Tribunales, en el marco de un litigio jurídico penal, como un antecedente para eximir o atenuar la responsabilidad de los justiciables, sujetos a su aplicación. Tanto sustanciales, vinculados con las propias exigencias típicas del art. 54 de la Ley 19.253, como los procesales, relacionados con la forma o manera en que la costumbre debe acreditarse en aquel.

Sobre los primeros, se expondrán ideas en torno a los fundamentos de la institución, a la luz del art. 54 de la Ley 19.253, esto es, tratarse de indígenas de una misma etnia y de una costumbre compatible con el ordenamiento constitucional; y los aportes interpretativos que pueden aprehenderse de los arts. 9 y 10 Convenio 169 OIT, sobre "Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes". Y en relación con los segundos, estableceremos la tesis de que las exigencias que han de formularse, por el juzgador penal, en sede de prueba y valoración están relacionadas con los estándares probatorios que establece el Código Procesal Penal, sin que resulte especialmente necesario el informe pericial, específico, a que alude el inc. 2° del art. 54 de la Ley 19.253. Y, además, estableceremos los requisitos, copulativos, que deberán cumplirse para que ella fuere reconocida en juicio.

1. Noción de la costumbre en Derecho.

Junto con indicar que la costumbre tiene el carácter de fuente del derecho,¹ se precisa que ésta, es la repetición de una determinada conducta realizada por la generalidad de los miembros de un grupo social, de manera constante y uniforme y con la convicción de cumplir con un imperativo jurídico, o que resulte ser jurídicamente obligatorio.²

Para Orrego, constituye la repetición de una determinada conducta, realizada por la generalidad de los miembros de un grupo social, de manera constante y uniforme y con la convicción de cumplir un imperativo jurídico. En forma más breve, también se ha dicho que es un uso implantado en una colectividad y considerado por ésta, como jurídicamente obligatorio.³ O más bien, en palabras de Ducci, no se trata que se tenga el deseo de crear, a través del comportamiento, normas jurídicas, sino que la intención de obrar jurídicamente.⁴ Y para Bullemore y Mackinnon implica una

¹ ALESSANDRI, Arturo, SOMARRIVA, Manuel, VODANOVIC, Antonio, *Derecho Civil*. Parte Preliminar y Parte General, Tomo I, quinta edición, Editorial Conosur Ltda., Santiago, 1990, p.103; DUCCI, Carlos, *Derecho Civil*. Parte General, cuarta edición, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1995, p.99; RUZ, Gonzalo, *Explicaciones de Derecho Civil. Parte General y Acto Jurídico*, Tomo I, Editorial Abeledo Perrot, Santiago, 2011, p.87; SANDOVAL, Ricardo, *Derecho Comercial. Actos de Comercio, Noción General de empresa individual y colectiva*, Tomo I, quinta edición, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1999, p. 64. En contra GALAZ, Sergio, *Remisiones a la Costumbre en el Código Civil chileno en: Estudios de Derecho Penal. Parte general, Acto Jurídico y Derecho de Bienes*, Editorial Abeledo Perrot, Santiago, 2011, p.278, para quien puede observarse entre los “operadores jurídicos” del medio chileno que se encuentra fuertemente arraigada la concepción de la irrelevancia de la costumbre como fuente jurídica.

² ALESSANDRI, Arturo, SOMARRIVA, Manuel, VODANOVIC, Antonio, *Derecho Civil*, op. cit. p. 143; RUZ, Gonzalo, *Explicaciones de Derecho Civil*, op. cit. p.89; DUCCI, Carlos, *Derecho Civil*, op. cit. p.100, quien incorpora como requisito, una cierta duración en el tiempo; y SANDOVAL, Ricardo, *Derecho Comercial*, op. cit. p.62, quien introduce la exigencia de su sanción por la ley o el juez.

³ ORREGO, Juan, *La costumbre*, en pc's [en línea] <http://www.juanandresorrego.cl/apuntes/el-código-civil-y-la-teoría-de-la-ley/> [consulta: 10 junio 2015].

⁴ DUCCI, Carlos, *Derecho Civil*, op. cit. p.100.

norma jurídica de carácter consuetudinario, creada e impuesta por el uso social a través de la repetición de conductas y que responde a una necesidad de justicia.⁵

Y se agrega que la costumbre, se contrapone a los usos propiamente dichos, denominados también usos individuales, en tanto éstos prácticas o conductas que, por conveniencia, oportunidad u otros motivos, siguen en sus relaciones jurídicas determinados sujetos.⁶ No tienen el elemento de generalidad de la costumbre ni tampoco concurre en ellos, el elemento psicológico. No obstante que un simple uso puede ser el germen de una costumbre.⁷ No se trata, dicen otros, de un mero uso o práctica, porque éste adolece de la generalidad y convicción de derecho de aquella.⁸

De esta forma, los autores son contestes, en que se trata de un instituto con requisitos objetivos (generalidad, constancia y uniformidad) y uno subjetivo (convicción de obedecer un imperativo jurídico).⁹

La costumbre, entre otras clasificaciones, puede ser: general y local; y contra ley, fuera de la ley y según la ley.¹⁰

Así, la doctrina es mayoritaria en orden a que en el derecho nacional la costumbre, tiene efectos vinculantes en los sistemas civil y mercantil. En aquel, regulada en el art. 2 del Código Civil y aplicable, cuando la ley se remite a ella [(*secundum legem*)] (por ejemplo, en el contrato de arrendamiento, arts. 1938,1940, 1944, 1951, 1986; en el contrato de mandato, art. 2117; en materia de contratos, art.

⁵ BULLEMORE G, Vivian, MACKINNON R, John, *Curso de Derecho Penal. Parte General*, Tomo I, Editorial Lexis Nexis, Santiago, 2007, p.87.

⁶ DUCCL, Carlos, *Derecho Civil*, op. cit. p.100.

⁷ ORREGO, Juan, *La costumbre*, op. cit.

⁸ ALESSANDRI, Arturo, SOMARRIVA, Manuel, VODANOVIC, Antonio, *Derecho Civil*, op. cit. p.44.

⁹ ALESSANDRI, Arturo, SOMARRIVA, Manuel, VODANOVIC, Antonio, *Derecho Civil*, op. cit. p.144; DUCCL, Carlos, *Derecho Civil*, op. cit. p.100; RUZ, Gonzalo, *Explicaciones de Derecho Civil*, op. cit. p.90; SANDOVAL, Ricardo, *Derecho Comercial*, op. cit. p.65; ORREGO, Juan, *La costumbre*, op. cit.

¹⁰ Véase ALESSANDRI, Arturo, SOMARRIVA, Manuel, VODANOVIC, Antonio, *Derecho Civil*, op. cit. p.145; DUCCL, Carlos, *Derecho Civil*, op. cit. p. 100; RUZ, Gonzalo, *Explicaciones de Derecho Civil*, op. cit. p.90; SANDOVAL, Ricardo, *Derecho Comercial*, op. cit. p.65.

1546];¹¹ y, en éste, en el art. 4 del Código de Comercio, en el silencio de la ley (*praeter legem*).¹²

La costumbre, por su propia naturaleza y alcances, deberá ser probada. En materia civil, cualquier medio de los establecidos por la ley, es idóneo para demostrar su existencia. Habrá que atenerse entonces al art. 1698 del Código Civil¹³ y a las exigencias del Código de Procedimiento Civil. En el ámbito mercantil, a su vez, según el art. 5 del Código de Comercio¹⁴ la costumbre podrá ser probada, por alguno de los medios siguientes:

a) Por el testimonio fehaciente de dos sentencias que, aseverando la existencia de la costumbre, hayan sido pronunciadas conforme a ella; y **b)** Por tres escrituras públicas otorgadas con anterioridad a los hechos que motivan el juicio en que debe acreditarse la costumbre.¹⁵

Por el contrario, en materia penal, se dice que carece de toda fuerza, pues no existe delito ni pena sin previa ley que lo establezca.¹⁶ Y ello se aplica tanto para

¹¹ ORREGO, Juan, *La costumbre*, op. cit.; RUZ, Gonzalo, *Explicaciones de Derecho Civil*, op. cit. p.92; DUCCI, Carlos, *Derecho Civil*, op. cit. p. 102; GALAZ, Sergio, *Remisiones a la Costumbre*, op. cit. p.284.

¹² ALESSANDRI, Arturo, SOMARRIVA, Manuel, VODANOVIC, Antonio, *Derecho Civil*, op. cit. p.149; DUCCI, Carlos, *Derecho Civil*, op. cit. p.100; RUZ, Gonzalo, *Explicaciones de Derecho Civil*, op. cit. p.91; SANDOVAL, Ricardo, *Derecho Comercial*, op. cit. p.64.

¹³ Art. 1698 Código Civil. "Incumbe probar las obligaciones o su extinción al que alega aquéllas o ésta. Las pruebas consisten en instrumentos públicos o privados, testigos, presunciones, confesión de parte, juramento deferido, e inspección personal del juez".

¹⁴ Art. 5 Código Comercio. "No constando a los juzgados de comercio que conocen de una cuestión entre partes la autenticidad de la costumbre que se invoque, sólo podrá ser probada por alguno de estos medios:

1°. Por un testimonio fehaciente de dos sentencias que, aseverando la existencia de la costumbre, hayan sido pronunciadas conforme a ella;

2°. Por tres escrituras públicas anteriores a los hechos que motivan el juicio en que debe obrar la prueba".

¹⁵ DUCCI, Carlos, *Derecho Civil*, op. cit. p. 102; RUZ, Gonzalo, *Explicaciones de Derecho Civil*, op. cit. p.95; SANDOVAL, Ricardo, *Derecho Comercial*, op. cit. p.67.

¹⁶ ALESSANDRI, Arturo, SOMARRIVA, Manuel, VODANOVIC, Antonio, *Derecho Civil*, op. cit. p.146.

determinar si un hecho constituye delito, como para, en caso afirmativo, establecer la pena que debe aplicarse.¹⁷

Ahora bien, inmiscuyéndonos, ya, en el destino final de nuestra investigación citamos a Aravena, para quien la costumbre indígena se refiere a aquellas reglas de comportamiento que existen al interior de cada pueblo indígena y que contribuyen al mantenimiento de su orden interno, y a la solución de los conflictos que puedan surgir.¹⁸ Y a Castillo, en cuanto que la costumbre o derecho consuetudinario contiene normas de conducta que regula la vida de la comunidad y tiene capacidad de coerción.¹⁹

En este escenario, ha de determinarse cuál ha sido la motivación del legislador nacional en el establecimiento de una norma como la del art. 54 inciso 1° de la Ley 19.253; y analizar los supuestos que determinan, según éste, que un mismo hecho jurídico –la costumbre- pueda tener efectos, como un antecedente, para eximir en un caso, de responsabilidad penal y, en otro, para atenuarla.

2. Irrelevancia de la costumbre en derecho penal como fuente creadora de derecho. Y su relevancia como elemento hermenéutico.

En el ordenamiento penal como se indicó, dice la doctrina, la costumbre carece de fuerza como fuente inmediata o directa, pues no hay delito ni pena, sin previa ley que lo establezca,²⁰ cuestión que resulta coherente con el propio texto constitucional²¹

¹⁷ DUCCI, Carlos, *Derecho Civil*, op. cit. p.103. En similar sentido, RUZ, Gonzalo, *Explicaciones de Derecho Civil*, op. cit. p.93.

¹⁸ ARAVENA, Andrea, *Derecho consuetudinario indígena. La Consideración de la costumbre como atenuante o eximente de responsabilidad penal: Informe pericial en: XII Congreso Internacional Derecho Consuetudinario y Pluralismo legal*, Arica, Chile, 2000, p.149.

¹⁹ CASTILLO, Eduardo, *Derecho Consuetudinario y Derecho indígena* citado por ARAVENA, Andrea, *Derecho consuetudinario indígena*, op. cit. p.149.

²⁰ ETCHEBERRY, Alfredo, *Derecho Penal*. Parte General, Tomo I, Tercera Edición, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1998, p.87; GARRIDO, Mario, *Derecho Penal*. Parte general, Tomo I, Segunda Edición, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1997, p.31; COUSINO, Luis, *Derecho penal chileno*, Tomo I, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1975, p. 94; CURY, Enrique, *Derecho Penal*. Parte general, Tomo I, Segunda Edición, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1992, p.145; LABATUT, Gustavo, *Derecho Penal*. Tomo I, Novena Edición actualizada por ZENTENO, Julio, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1995, p.40; NOVOA, Eduardo, *Curso de*

y legal,²² en cuanto la primacía de la ley como fuente del derecho criminal. Se dice que el Estatuto Fundamental reconoce esta realidad, como una garantía básica de toda persona y asegura que ningún delito se castigará con otra pena, que la señalada por una ley promulgada con anterioridad a su perpetración, (*nullum crimen nulla poena sine lege previa*). Y, adicionalmente, por cuanto ninguna ley podrá establecer penas sin que la conducta que se sanciona esté expresamente descrita en ella.²³ Emerge, así, el principio de la legalidad como una garantía de todo sujeto de derecho frente al poder punitivo estatal.²⁴

Lo anterior, no obsta el rol que los autores atribuyen a la costumbre, como un elemento tendiente a dar sentido y alcance a conceptos más o menos vagos,²⁵ como un elemento interpretativo auxiliar²⁶ o con efectos indirectos sobre las normas penales.²⁷ Y sin perjuicio que otros, la consideren, como fuente indirecta o mediata de Derecho Penal.²⁸ Así Cury, para quien, en todo caso, el reconocimiento de esta fuente

Derecho penal chileno. Parte general, Tomo I, Tercera Edición, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2010, p.111; POLITOFF L, Sergio, MATUS A, Jean Pierre, RAMÍREZ G, María Cecilia, *Lecciones de Derecho Penal Chileno*. Parte General, segunda edición, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2010, p.93; BULLEMORE G, Vivian; MACKINNON R, John., *Curso de Derecho Penal*, op. cit. p.72.

²¹ Art. 19 N°3 inc.9 de la Constitución Política de la República, en cuanto que “Ningún delito se castigará con otra pena que la que señale una ley promulgada con anterioridad a su perpetración, a menos que una nueva ley favorezca al afectado”.

²² Art. 1 inc. 1 del Código Penal. “Es delito toda acción u omisión voluntaria penada por la ley. Y Arts. 1 y 18, ambos incisos 1°, del mismo Estatuto en cuanto “Ningún delito se castigará con otra pena que la que le señale una ley promulgada con anterioridad a su perpetración”; y “Tampoco puede ser ejecutada pena alguna en otra forma que la prescrita por la ley, ni con otras circunstancias o accidentes que los expresados en su texto”.

²³ Cfr. ECHEVERRÍA, Germán, *La Garantía de igual aplicación de la ley penal*, Editorial Thompson Reuters, Santiago, 2013, p.11.

²⁴ NOVOA, Eduardo, *Curso de Derecho Penal chileno*, op. cit. p.115; POLITOFF L, Sergio, MATUS A, Jean Pierre, RAMÍREZ G, María Cecilia, *Lecciones de Derecho Penal Chileno*, op. cit. p.93.

²⁵ POLITOFF L, Sergio, MATUS A, Jean Pierre, RAMÍREZ G, María Cecilia, *Lecciones de Derecho Penal Chileno*, op. cit. p.105.

²⁶ BULLEMORE G, Vivian, MACKINNON R, John., *Curso de Derecho Penal*, op. cit. p.89.

²⁷ NOVOA, Eduardo, *Curso de Derecho penal chileno*, op. cit. p.119.

²⁸ Cfr. GARRIDO, Mario, *Derecho Penal*, op. cit. p.90; ETCHEBERRY, Alfredo, *Derecho Penal*, op. cit. p.87 y COUSINO, Luis, *Derecho penal chileno*, op. cit. p. 95, para quien en casos de interpretación progresiva de la ley penal, la costumbre sirve para aplicarla conforme su verdadera voluntad o el caso en que una ley penal en blanco se remita a la ley comercial, y en dicha hipótesis la costumbre indirectamente pasa a integrar el precepto legal.

mediata debe efectuarse limitadamente.²⁹ Sobre lo último, concordamos con Bullemore y Mackinnon en cuanto que no por el solo hecho que la ley penal se remita, a instituciones propias de otras ramas de derecho, ellas se transforman en fuentes de legislación criminal, pues la única manera de aquello, sería que la norma penal que se remite a la extrapenal se remitiese, a su vez, y expresamente, dado que sería una conducta, excepcional, dentro del sistema criminal, a la costumbre.³⁰

Un caso significativo, en sede penal, en que la ley se remite expresamente a la costumbre, dicen Politoff, Matus y Ramírez, es precisamente el art. 54 de la Ley 19.253.³¹

En todo caso, pertinente es precisar que la legalidad penal tiene también reconocimiento en otros textos, distintos del constitucional. El Código Penal reconoce la garantía de reserva legal, en su art. 18. Y aquél se contempla en diversos tratados internacionales suscritos por Chile, tales como la Declaración Universal de los Derechos Humanos (art. 11.2); Pacto Internacional sobre Derechos Civiles y Políticos (art. 15.1) y la Convención Americana sobre Derechos Humanos (art. 9).³²

3. Antecedentes Ley indígena vigente en Chile.

3.1. Históricos

Dice Cury que existe escasa información sobre las prácticas penales de los pueblos originarios, en el territorio nacional, al tiempo de iniciarse el proceso de conquista española. Pero que, en todo caso, no se habría tratado de sistemas normativos formalizados, sino que de meras costumbres arraigadas, a la que incluso sería difícil atribuir el carácter de derecho consuetudinario. Y agrega que, al parecer, operaba un sistema de composición, que se extendía incluso a infracciones como el

²⁹ CURY, Enrique, *Derecho Penal*, op. cit. p.149.

³⁰ BULLEMORE G, Vivian; MACKINNON R, John, *Curso de Derecho Penal*, op. cit. p.88.

³¹ POLITOFF L, Sergio, MATUS A, Jean Pierre, RAMÍREZ G, María Cecilia, *Lecciones de Derecho Penal Chileno*, op. cit. p.106.

³² ECHEVERRÍA, Germán, *La Garantía de igual aplicación*, op. cit. p.13.

homicidio y el adulterio, pero no a la injuria, a causa de que, presumiblemente, no se le consideraba delito.³³ En un sentido similar Etcheberry, para quien no puede hablarse propiamente de un derecho penal indígena en Chile, dada la falta de organización en Estado de que adolecieron los pueblos aborígenes³⁴ Y Novoa, para el cual la fuente del derecho araucano eran las costumbres y usos antiguos que pasaban por tradición de una generación a otra y que conservaban en su memoria los ancianos. Ese derecho consuetudinario reglamentaba las venganzas y establecía tarifas por las muertes y lesiones corporales, y las equivalencias que debían pagarse por los robos y adulterios.³⁵

Se critica las posturas clásicas aludidas, y se dice que los conceptos reseñados caen en un error histórico, que reside en la asociación de la conducta ilícita y su sanción, al principio de legalidad, en circunstancias que existen otros sistemas penales que carecen de éste y donde el castigo no se encomienda a un Estado, sino a la venganza individual o parental.³⁶

Se agrega, por otros, que la costumbre indígena dice relación con las reglas de comportamiento que existen al interior de cada pueblo indígena y que contribuyen al mantenimiento de su orden interno y a la solución de los conflictos que puedan surgir. Y que son elaboradas y transmitidas oralmente y que cambian de acuerdo a la evolución de las creencias y valores imperantes en cada comunidad indígena. Así, se modifican con el tiempo.³⁷

Por ejemplo, se añade que, en materia penal, el derecho consuetudinario mapuche o Az Mapu sancionaba, el homicidio, las lesiones, el adulterio, robo, hechicería; estupro y violación; bestialidad, sodomía e incesto y la deslealtad al jefe. Estos delitos, a su vez se encontraban jerarquizados, siendo los más graves el robo y

³³ CURY, Enrique, *Derecho Penal*, op. cit. p.127.

³⁴ ETCHEBERRY, Alfredo, *Derecho Penal*, op. cit. p.45.

³⁵ NOVOA, Eduardo, *Curso de Derecho penal chileno*, op. cit. p.100.

³⁶ ROZAS, Cristian, *Aplicación del Multiculturalismo Penal en la Justicia Criminal chilena*, Tesis para optar al grado de Magíster en Criminología y Justicia Penal, Santiago, Universidad Central, 2012, p.176.

³⁷ ARAVENA, Andrea, *Derecho consuetudinario indígena*, op. cit. p.148.

el adulterio, los seguían la muerte por hechicería y el homicidio. Y cerraban la jerarquización las heridas, los atentados contra las costumbres y las deudas. Las injurias o difamaciones, sólo originaban luchas individuales sin consecuencias ulteriores.³⁸

La cosmovisión es la forma de concebir e interpretar el mundo, propia de una persona, pueblo o cultura, a partir de la cual se interpreta la vida y el entorno. En los pueblos indígenas alude a representaciones e interpretaciones que cobran sentido al interior de particulares forma de vida. Así, cada sujeto encuentra en su cultura elementos para interpretar la causa de determinados hechos o fenómenos y ello le asegura la convivencia social.³⁹

Se agrega que, en Latinoamérica, durante la Colonia se aplicaron políticas de segregación mediante la separación de regímenes jurídicos que buscaban preservar la diferencia cultural y racial de indios y españoles. Y que bajo el supuesto de la inferioridad natural de los indios, se les reconocía sus costumbres y usos, en tanto no afectasen la ley humana y divina.⁴⁰

Para los pueblos indígenas, la presencia del Estado implicó una imposición de valores, formas de vida y organización social diferente a las propias, las que debieron aceptar o rechazar, generándose una situación de combinación de derechos: conservar parte del propio e incorporar forzosamente parte del derecho positivo.⁴¹

³⁸ SALAMANCA, Huenchullán, *El Derecho en la Sociedad Mapuche: Un Análisis de Acuerdo a los Estudios Publicados Previos*” citado por ROZAS, Cristian, *Aplicación del Multiculturalismo Penal en la Justicia Criminal chilena*, op. cit. p.181.

³⁹ VILLEGAS, Myrna, ALBORNOZ, Patricia, SANDOVAL, Beatriz, “et al”, *Jurisprudencia Indígena, Cosmovisión e Integración*, Programa de Antropología Jurídica, Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, Santiago, 2009, p.18.

⁴⁰ IRIGOYEN, Raquel, *Reconocimiento Constitucional del Derecho Indígena y la Jurisdicción Especial en los Países Andinos (Colombia, Perú, Bolivia, Ecuador)*, Revista Pena y Estado, N°4, Editorial del Puerto, Buenos Aires, 2000, p.2.

⁴¹ VILLEGAS, Myrna, ALBORNOZ, Patricia, SANDOVAL, Beatriz, “et al”, *Jurisprudencia Indígena, Cosmovisión e Integración*, op. cit. p.29.

De esta forma, se genera una cuestión de multiculturalismo, esto es, a la presencia dentro de un mismo contexto espacial, de diversas culturas asociadas principalmente a la nación,⁴² es decir, a la concurrencia de elementos cognitivos comunes en cuanto a la representación del mundo externo, de la moral, de la religión, del derecho, etc. Así, puede hablarse de un Estado multicultural, dice la doctrina, en la medida que cohabitan en un mismo territorio culturas asociadas a diversas naciones, y, entre ellas, las culturas indígenas.⁴³ Y es por esto, que se crean instrumentos que exigen a los Estados, donde existen minorías, que dispongan de las medidas necesarias para hacer efectiva la diversidad cultural. Es el caso el art. 27 del Pacto internacional de Derechos Civiles y Políticos y el Convenio 169 de OIT, de 1989. En Chile, el 5 de octubre de 1993, se publicó la Ley 19.253.⁴⁴

Así, desde los tiempos de la dominación del territorio que hoy es Chile por parte de la Corona española y, por cierto, luego de la independencia nacional, existieron disposiciones normativas que regulaban las cuestiones vinculadas con los indígenas.⁴⁵

Para efectos de este trabajo, hemos seleccionado cuatro cuerpos normativos, previos a la Ley 19.253, hoy vigente, que tienen, en nuestro concepto, una mayor relevancia, por las materias que en ellos se trataba, particularmente, por haberse dictado una vez entrado en vigor el Código Civil chileno, en 1857, el que impuso a todos los habitantes de la República, un conjunto de normas en materia de personas, obligaciones, bienes, etc. De esta forma, los Estatutos Legales que se analizarán implicaban, a la luz del aludido Código Civil, un tratamiento especial de las materias que éste comprendía y por ello, sobre el punto, exigían una aplicación preferente sobre el mismo.

⁴² CARNEVALLI, R., *El multiculturalismo: un desafío para el Derecho penal moderno*, en Política Criminal, N° 3, 2007. A-6, p.1-28 [en línea] <http://www.politicacriminal.cl> [consulta: 26 febrero 2015].

⁴³ *Ibíd.*

⁴⁴ *Ibíd.*

⁴⁵ Cfr. MARDONES, Cecilia, *Legislación Indígena en Chile. La costumbre Indígena Mapuche*, Tesis para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, Santiago, Universidad Central, 2000, pp.6 y ss.

En cualquier escenario, veremos que éstos, como se adelantó, están relacionados con asuntos vinculados con la regulación del dominio, posesión o tenencia de las tierras en donde se hallaban asentamiento indígenas, con la creación de estructuras jurisdiccionales que resolvieran los asuntos controvertidos y con la forma en que éstas, debían conocer de las reclamaciones que se sometieran a su conocimiento.

3.1.1. Ley de 04 de diciembre de 1866.

Dictada bajo el gobierno de don José Joaquín Pérez. Dispuso que los terrenos situados al sur del Biobío fueran tratados como fiscales, correspondiendo al Estado sacarlos a remate, para su colonización por particulares.

Esta Ley creó la Comisión Radicadora de Indígenas, la cual ubicaba a los mapuche en terrenos de su pertenencia, para lo cual debían demostrar, al menos un año de posesión material. Igualmente, a cada cacique se le entregó un título de merced, para sí y su familia, reconociéndoles posesión sólo sobre una parte del terreno que estaban ocupando. Así, como dice Mardones, en la práctica el Estado se declaró dueño de todo el suelo de la Araucanía, puesto que ningún mapuche tenía título de propiedad preexistente al de merced al que el propio Estado otorgaba, con que lo éste se reservaba el control de la misma colonización.⁴⁶

A contar de 1927 se dictan diversos cuerpos legales tendientes a obtener la disolución de las comunidades indígenas, formadas al amparo de la legislación citada y que había determinado el agrupamiento de diversas familias. En este sentido la Ley 4169 de 29 de agosto de 1927, creó el Tribunal especial de división de comunidades indígenas.⁴⁷

⁴⁶ Ibíd. p.24.

⁴⁷ Ibíd. p.26.

Los Títulos de Merced otorgados por el Estado, bajo el amparo de esta legislación, mantienen reconocimiento, aun en la vigente Ley Indígena chilena.⁴⁸

3.1.2. Ley 4802 de 1930.

Se dictó el 11 de febrero de 1930. Modificó la Ley 4169⁴⁹ y creó los Juzgados de Indios cuya función era la división, de oficio, de las comunidades indígenas, que tuvieran Título de Merced conforme la Ley de 04 de diciembre de 1866 y asuntos vinculados con ella. La ley manda a que el Presidente de la República establezca la sede de dichos Juzgados.

Establecía la Ley que el procedimiento lo asumían los magistrados como árbitros arbitradores, que debían fallar en derecho.⁵⁰

El Título de Merced comunitario, en esta normativa, es cancelado y las normas del derecho civil principian a aplicar, a las comunidades disueltas. Hace cesar, igualmente, la Comisión Radicadora de Indígenas y dispone que los títulos del Estado o reconocidos por éste prevalecen sobre aquél.⁵¹

3.1.3. Ley 14.511 de 1961.

⁴⁸ Así, el art. 12 de la Ley 19.253, de 05 de octubre de 1993, expresa que son tierras indígenas, entre otras “1° Aquellas que las personas o comunidades indígenas actualmente ocupan en propiedad o posesión provenientes de los siguientes títulos:

b) Títulos de merced de conformidad a las leyes de 4 de diciembre de 1866 (...)”

⁴⁹ Publicada en el Diario Oficial de 08 de septiembre de 1927 y creaba Tribunal Especial de división de comunidades indígenas y reglamenta procedimientos. (Asiento en Temuco).

⁵⁰ Art. 6. “Los Jueces de Indios tendrán facultades de árbitros arbitradores para la tramitación y fallo de los juicios que les encomienda esta ley sobre División de Comunidades, y fallarán como tribunales de derecho las cuestiones relacionadas con no indígenas. Los incidentes promovidos durante el juicio, deberán fallarlos conjuntamente con la cuestión principal”.

⁵¹ MARDONES, Cecilia, *Legislación Indígena en Chile*, op.cit. p.27.

Se dictó el 03 de enero de 1961. En ella se crearon cinco Juzgados de Letras de Indios,⁵² todos sometidos a la jurisdicción de la Corte de Apelaciones de Temuco, con la competencia a que aludía su art. 2, relacionada principalmente con cuestiones vinculadas con litigios civiles sobre el dominio, posesión y tenencia de tierra que se trabaren en una comunidad indígena (por ejemplo, para su división) o incluso entre ellas y particulares, pero en caso alguna limitada a la sola división de la respectiva comunidad.⁵³ El procedimiento, establecido entre los arts. 31 a 41, era esencialmente

⁵² En las comunas de Victoria, Temuco, Nueva Imperia, Pitrufquen y La Unión.

⁵³ Artículo 2. "Los Jueces de Letras de Indios conocerán:

I. En única instancia:

1) De las cuestiones que se promuevan acerca de la calidad de particulares de los demandantes en los juicios iniciados contra las comunidades indígenas formadas en virtud del título de merced dado por el Estado con arreglo a las leyes de 4 de Diciembre de 1866 y posteriores, o de los indígenas que sean dueños singulares de lotes en que se hubieren dividido dichas comunidades y hasta quince años después de la inscripción de las respectivas adjudicaciones, y 2) De todas las cuestiones a que diere lugar la administración y goce de dichas comunidades durante la indivisión y la rendición de cuentas de los administradores o personas encargadas por los comuneros de la explotación del todo o parte del suelo común.

II. En primera instancia

1) De la división de las comunidades indígenas formadas en virtud del título de merced dado por el Estado con arreglo a las leyes de 4 de Diciembre de 1866 y siguientes;

2) De las cuestiones sobre rectificaciones de errores de hecho, inclusiones y exclusiones relativas al título de merced, sobre estado civil y derechos hereditarios y sobre toda otra cuestión que se suscite entre comuneros, o entre dos o más comunidades, dentro o con ocasión del juicio de división;

3) De los juicios que se promovieren en contra de particulares para la restitución a la comunidad indígena del todo o parte del predio comprendido en la merced, para la devolución de frutos o para el cobro de indemnizaciones provenientes del goce del inmueble que se reclama;

4) De toda cuestión relativa a los terrenos afectos al título de merced que se suscitare con particulares, como las de dominio, posesión, tenencia, prestaciones mutuas y constitución de servidumbres, etc.;

5) De las solicitudes para gravar, enajenar y celebrar los actos y contratos de que tratan los artículos 19 y siguientes:

6) De las cuestiones que se promuevan entre indígenas sobre alimentos en favor de capaces e incapaces, o sobre tuición de menores, mientras subsista la comunidad y hasta la expiración del plazo a que se refiere el artículo 22;

7) De las cuestiones relativas a las expropiaciones de que tratan el Título VI y demás disposiciones de esta ley;

8) De las contiendas que se susciten con motivo u ocasión de los actos o contratos celebrados por los indígenas que vivan o laboren en las comunidades o por los dueños singulares de lotes o hijuelas en que éstas se hubieren dividido y hasta quince años después de inscritas las adjudicaciones respectivas, siempre que dichos actos o contratos hayan tenido por objeto: a) la adquisición de elementos necesarios para la alimentación y vestuario del indígena y de su familia; b) la adquisición de animales, herramientas, útiles, maquinarias y demás elementos destinados a la explotación agrícola o ganadera, o de la comercialización de los productos de dichas explotaciones, y c) el ejercicio de la artesanía aborígen.

desformalizado y en el que el juez, podía encargar incluso diligencias de investigación a Carabineros.⁵⁴

En su art. 2 transitorio precisaba que los Juzgados de Indios de la Ley 4802 continuaban en funciones, pero en la forma y condiciones que establecía esta ley.⁵⁵

3.1.4. Ley 17.729 de 1972.

Dictada el 26 de septiembre de 1972 y se trata del antecedente legislativo, inmediatamente anterior a la Ley 19.253. Su importancia estriba en que es la primera norma que trata íntegramente el tema indígena, sin vincularlo de forma exclusiva, como los otros textos, con las tierras, precisando, por ejemplo, en su art. 1 quienes son los sujetos que, para todos los efectos legales, se tendrán por indígenas.⁵⁶ Deroga la Ley 14.511 y elimina los Juzgados de Letras de Indios.

9) De las solicitudes para rectificar o modificar las partidas de nacimiento, matrimonio y defunción que formulen los indígenas que figuran o hayan debido figurar en los títulos de merced o sus herederos y, en especial, de cualquiera cuestión relativa a la identidad de dichos indígenas que se susciten por diferencias ortográficas o prosódicas de sus nombres y apellidos, y 10) En general, de todas las cuestiones que se promuevan con motivo de la aplicación de los preceptos de la presente ley a menos que deban ser falladas en única instancia”.

⁵⁴ Art. 41 inc. 1° “Los Jueces de Letras de Indios, para aclarar hechos discutidos o que requieran comprobación, en los juicios o asuntos de que conozcan, podrán, de oficio, ordenar a Carabineros practiquen investigación acerca de ellos”.

⁵⁵ Art. 2 transitorio inc. 1° “Los actuales Juzgados de Indios continuarán en funciones en la forma y condiciones establecidas en la presente ley, incorporándose los cargos de Juez y Secretario de dichos Tribunales al Escalafón Primario del Poder Judicial, en las categorías que se les asigna”.

⁵⁶ Art. 1 Ley 17.729. “Se tendrá por indígena, para todos los efectos legales, a la persona que se encuentre en algunos de los siguientes casos:

1. Que invoque un derecho que emane directa e inmediatamente de un título de merced o título gratuito de dominio otorgado en conformidad a las leyes de fecha 4 de Diciembre de 1866, 4 de Agosto de 1874 y 20 de Enero de 1883; a la ley N° 4.169, de 8 de Septiembre de 1927; a la ley N° 4.802, de 11 de Febrero de 1930; al decreto N° 4.111, de 9 de Julio de 1931; a la ley N° 14.511, de 3 de Enero de 1961 y demás disposiciones legales que las modifican o complementan;

2. Que invoque un derecho declarado por sentencia dictada en juicio de división de una comunidad indígena con título conferido de acuerdo con las disposiciones legales mencionadas en el número precedente, salvo que dicho derecho se haya adquirido por un título oneroso anterior o posterior a la división, y

3. Que, habitando en cualquier lugar del territorio nacional, forme parte de un grupo que se exprese habitualmente en un idioma aborigen y se distinga de la generalidad de los habitantes

La Ley establecía en sus arts. 53 y siguientes el procedimiento jurisdiccional, tramitado ante un Juez de Mayor Cuantía, a que diere lugar la administración, explotación, uso y goce de las tierras indígenas.⁵⁷

En el procedimiento, se establecía la obligación del juez de pedir informes a diversas entidades Estatales (Instituto de Desarrollo indígena y Carabineros); y si se trataba de un conflicto entre comuneros, a distintas colectividades que señalaba (Asamblea de Comuneros, del Comité Campesino, entre otros).⁵⁸

Finalmente el procedimiento ordenaba que en lo no previsto, por la ley, el juez actuara como árbitro arbitrador y que ella no se aplicara a los procedimientos especiales que establecía el mismo Estatuto.⁵⁹

De esta forma, no existía en este cuerpo legal, referencia alguna al carácter de la costumbre indígena, como fuente para la solución de los litigios, civiles, que ella regulaba procesalmente. Menos por cierto, a los efectos que aquella podría generar en una cuestión del orden criminal.

de la República por conservar sistemas de vida, normas de convivencia, costumbres, formas de trabajo o religión, provenientes de los grupos étnicos autóctonos del país.

La calidad de indígena se acreditará con un certificado del Instituto de Desarrollo Indígena. Si éste deniega el certificado, el interesado podrá ocurrir ante el Juez de Letras respectivo, quien resolverá breve y sumariamente, previo informe del Instituto.

No obstante, todo el que tenga interés en ello podrá desconocer en juicio la calidad de indígena que invoque otra persona, aunque tenga certificado del Instituto, y resolverá el Tribunal oyendo al Instituto”.

⁵⁷ Art. 53 inc. 1°. “Las cuestiones a que diere lugar la administración, explotación, uso y goce de las tierras indígenas y los actos y contratos que se refieran o incidan en ellas, en que sean partes o tengan interés indígenas, serán resueltas, en única instancia, por el Juez de Letras de Mayor Cuantía del Departamento donde se encontrare ubicado el inmueble, conforme a las siguientes normas (...)”.

⁵⁸ Art. 53 N°3. “Con la declaración del demandante, y del demandado, en su caso, el Tribunal solicitará informes al Instituto de Desarrollo Indígena y al Cuerpo de Carabineros de Chile, enviándoles copia de ambas actuaciones”.

⁵⁹ Art. 53 N°12. “En lo no previsto por esta ley, el Juez actuará como árbitro arbitrador”.

4. Regulación vigente de la costumbre indígena en la Ley 19.253.

4.1. Introducción.

Se dice que el desconocimiento de los derechos de los pueblos indígenas y la imposición de formas ajenas a su costumbre se acrecienta durante el gobierno militar.⁶⁰ Se dicta el DL N°2568 de 1979, sobre división de las tierras mapuche⁶¹ y el N°2885 de 1981, que favorece el establecimiento de propiedad privada en la Isla de Pascua.⁶²

Esa legislación, añade Mardones, generó un proceso de división de comunidades indígenas, sin precedentes en la historia, el cual junto con ser ajeno a la costumbre indígena, dificultó la subsistencia económica y cultural de aquellas.⁶³

Este proceso de división de las tierras indígenas, hizo que las organizaciones se re articularan, dando lugar a nuevas instancias de representación y defensa de sus derechos, principalmente, de los aludidos en torno a la división de las tierras, el reconocimiento al carácter pluriétnico de la sociedad nacional, de participar en la resolución de sus asuntos, mejoramiento de las condiciones de vida de sus comunidades y la creación de una entidad que se encargara de crear políticas de Estado para los indígenas.⁶⁴

Aquellas demandas no fueron oídas por el régimen militar, pero se reactivaron en el contexto del proceso electoral presidencial de 1989, en el cual organizaciones indigenistas, lograron que sus demandas fueran recogidas por la candidatura de Patricio Aylwin quien los convocó, ese mismo año, a un encuentro nacional donde se formularon los requerimientos más sentidos por las comunidades indígenas del país.

⁶⁰ MARDONES, Cecilia, *Legislación Indígena en Chile*, op.cit. p.31.

⁶¹ Publicado en el Diario Oficial el 28 de marzo de 1979 y que “Modifica Ley N° 17.729, sobre protección de indígenas, y radica funciones del instituto de desarrollo indígena en el instituto de desarrollo agropecuario”.

⁶² Publicado en el Diario Oficial el 07 de noviembre de 1979 y que “Establece normas sobre el otorgamiento de títulos de dominio y administración de terrenos fiscales en la Isla de Pascua”.

⁶³ MARDONES, Cecilia, *Legislación Indígena en Chile*, op. cit. p.31.

⁶⁴ *Ibíd.* p. 58. En un sentido similar INSTITUTO DE ESTUDIOS INDÍGENAS, UNIVERSIDAD DE LA FRONTERA, *Los derechos de los Pueblos indígenas en Chile. Informe del Programa de Derechos Humanos*, Editorial LOM Ediciones, Santiago, 2003, p.9.

Todo lo cual concluyó con la firma de un Acta de Compromiso, en la cual se prometía avanzar en las problemáticas planteadas.⁶⁵

Asumido el gobierno de Patricio Aylwin, el 11 de marzo de 1990, se creó por DS N°30 de 27 de mayo de 1990 la Comisión Especial de Pueblos Indígenas (CEPI), uno de cuyos objetivos fue la elaboración de un proyecto de ley para los pueblos indígenas y sus comunidades.⁶⁶ Y otras dos medidas, una reforma constitucional para el reconocimiento de los pueblos indígenas y un proyecto, para la ratificación del Convenio OIT 169.⁶⁷

El proyecto de nueva Ley Indígena, en esencia, se fundamentaba en el principio de la discriminación positiva, reconociendo a los pueblos indígenas una serie de derechos que tienden a su desarrollo e integración, con respeto a su propia cultura.⁶⁸ Y entre ellos, derechos políticos y representativos, derecho a la tierra, derechos culturales, derecho al desarrollo, disposiciones complementarias a etnias diferentes a la mapuche.⁶⁹

4.2. Historia de la Ley 19.253.⁷⁰

El proyecto de Ley sobre Protección, Fomento y Desarrollo de los Pueblos Indígenas, se inició por medio de un Mensaje Presidencial de fecha 15 de octubre de 1991 (Boletín 514-01)⁷¹ relativo a “la protección, fomento y desarrollo de los pueblos indígenas”; el cual, como dice Mardones, proponía, en líneas generales, el

⁶⁵ MARDONES, Cecilia, *Legislación Indígena en Chile*, op.cit. p.61.

⁶⁶ *Ibíd.* p.63.

⁶⁷ INSTITUTO DE ESTUDIOS INDÍGENAS, UNIVERSIDAD DE LA FRONTERA, *Los derechos de los Pueblos indígenas en Chile*, op. cit. p.9.

⁶⁸ MARDONES, Cecilia, *Legislación Indígena en Chile*, op.cit. p. 64.

⁶⁹ INSTITUTO DE ESTUDIOS INDÍGENAS, UNIVERSIDAD DE LA FRONTERA, *Los derechos de los Pueblos indígenas en Chile*, op. cit. pp.10-11.

⁷⁰ Una información precisa y documentada en MARDONES, Cecilia, *Legislación Indígena en Chile*, op.cit.

⁷¹ BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL, *Historia de la Ley 19.253, Establece Normas sobre Protección, Fomento y Desarrollo de los Indígenas y Crea la Corporación Nacional de Desarrollo Indígena*, en pc's [en línea] <http://www.bcn.cl> [consulta: 02 marzo 2015], p.4.

reconocimiento de los pueblos indígenas que integran la nación, establecía la obligación de Estado de velar por su protección y promover su desarrollo, reconocía a personas, comunidades y asociaciones indígenas, establecía sistemas de educación multicultural bilingüe.⁷² En su art. 59, reconocía la existencia y validez del derecho consuetudinario y costumbre de los pueblos indígenas; ordenaba que en la aplicación de la legislación, debieran tomarse debidamente en consideración las costumbres y derechos de aquéllos. Y, disponía, que los pueblos indígenas que trataba la ley, tenían derecho a conservar sus costumbres e instituciones propias, siempre que éstas no sean incompatibles con los derechos fundamentales reconocidos en la Constitución Política del Estado y en los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes.⁷³ No se regulaba, en el proyecto, sin embargo, los efectos de aquel derecho consuetudinario en el ámbito penal, sino más bien se hacía una referencia comprensiva de todo el sistema jurídico nacional, en cuanto que, como decía su art. 60, la cultura y la costumbre de los pueblos indígenas debía considerarse como elemento de análisis y calificación jurídica de las circunstancias de hecho, que sirvieran de fundamento al fallo que hubiera de resolver, un asunto en que se vieran involucrados indígenas.⁷⁴

Fue la Cámara de Diputados, la que en el art. 53 del proyecto y en el primer trámite constitucional, propuso que la costumbre entre indígenas de una misma cultura, constituiría derecho, y precisó que ella podría servir como antecedente para la aplicación de una eximente o atenuante de responsabilidad,⁷⁵ siempre que fuera compatible con la Constitución Política del Estado y con los tratados internacionales ratificados por Chile.

Luego, el Senado modificó en lo pertinente, la noción de cultura por etnia, sin enmendar lo vinculado a la costumbre como circunstancia eximente o atenuante de responsabilidad criminal, siempre entre indígenas de una misma etnia⁷⁶ y eliminó la

⁷² MARDONES, Cecilia, *Legislación Indígena en Chile*, op.cit. p.64.

⁷³ BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL, *Historia de la Ley 19.253*, op. cit. p.27.

⁷⁴ *Ibíd.* p.27.

⁷⁵ *Ibíd.* p.177.

⁷⁶ *Ibíd.* p.364.

exigencia de compatibilidad con los tratados internacionales ratificados por Chile, por innecesaria. Incluso se rechazó la indicación de un senador, para haber permitido que la costumbre sirviera como antecedente agravatorio de responsabilidad penal, por estimarse atentatoria al artículo 19 N°3 de Constitución Política de la República.⁷⁷

Desde el segundo Informe de la Comisión Especial de Pueblos Indígenas del Senado, la institución en estudio, quedó normada en su art. 54 y en los términos en que fuera publicada en el Diario Oficial, el día 05 de octubre de 1993 y establece “Normas sobre Protección, Fomento y Desarrollo de los Indígenas y crea la Corporación Nacional de Desarrollo Indígena”.⁷⁸

La ley reconoce ocho etnias (Mapuche, Aimaras, Atacameños, Quechuas, Rapa Nui, Collas, Yaganes y Kawashkar),⁷⁹ adicionándose en dicha calidad, según Ley 20.117 de 08 de septiembre de 2006, la Diaguita.⁸⁰ Consta de ocho títulos, uno final y normas transitorias y en esencia regula, además, los siguientes aspectos: sanciones a la discriminación, etnodesarrollo, comunidades y organizaciones, tierras, cultura y lengua, justicia y organismo de desarrollo.⁸¹

⁷⁷ *Ibíd.* p.502.

⁷⁸ Art. 54 Ley 19.253. “La costumbre hecha valer en juicio entre indígenas pertenecientes a una misma etnia, constituirá derecho, siempre que no sea incompatible con la Constitución Política de la República. En lo penal se la considerará cuando ello pudiere servir como antecedente para la aplicación de una eximente o atenuante de responsabilidad.

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

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

⁷⁹ Artículo 1 inc. 2. “El Estado reconoce como principales etnias indígenas de Chile a: la Mapuche, Aimara, Rapa Nui o Pascuenses, la de las comunidades Atacameñas, Quechuas, Collas, las comunidades Kawashkar o Alacalufe y Yámana o Yagán de los canales australes.

El Estado valora su existencia por ser parte esencial de las raíces de la Nación chilena, así como su

integridad y desarrollo, de acuerdo a sus costumbres y valores.

⁸⁰ Cfr. VILLEGAS, Myrna, ALBORNOZ, Patricia, SANDOVAL, Beatriz, “et al”, *Jurisprudencia Indígena, Cosmovisión e Integración* por op. cit. p.15.

⁸¹ MARDONES, Cecilia, *Legislación Indígena en Chile*, op.cit. pp.68-70.

5. Del art. 54 de la Ley 19.253 y su lugar en la teoría del delito.

Ahora en más, y una vez pasada una somera revista a la historia de la Ley Indígena chilena, particularmente en lo que dice relación con su art. 54, indicaremos las principales soluciones legales o dogmáticas que se le han atribuido a la costumbre indígena, a la luz de categorías tradicionales del derecho penal y su relación con la legislación nacional respectiva.

Sobre el punto, existen dos grandes bloques de soluciones. Una sostiene que, en respeto del principio de igualdad jurídica, no puede permitirse la existencia de regulaciones normativas, especialmente establecidas para indígenas.⁸² Tesis que se controvierte en el entendido que no considera, que las poblaciones indígenas tienen diversas estructuras sociales, tradiciones y costumbres.⁸³

Por su parte, otro sector plantea que, en la ley general, deben existir normas especiales que consideren las características particulares de los indígenas, pero sin aceptar un régimen jurídico completo, destinado especialmente a ellos.⁸⁴ Y en relación con esto, en la literatura comparada cobran fuerza, preponderante, dos tendencias que consideran al indígena exento de pena, cuando existe la imposibilidad de cumplimiento de la norma penal. Una que lo considera como inimputable y otra que centra la determinación de la irresponsabilidad criminal en la concurrencia, a su respecto, de un error de prohibición.⁸⁵ Ello, sin perjuicio de precisarse, por otros, que las

⁸² CERVINI, Raúl, *Acerca del Principio del Respeto a las Autonomías Culturales y su Trascendencia en Latinoamérica*. Revista de la Asociación de Ciencias Penales de Costa Rica. 02 (02), 1990, p.12.

⁸³ *Ibíd.* p. 12; YRURETA, Gladys, *El indígena ante la ley penal*, Universidad Central de Venezuela, Caracas, 1981, p.51.

⁸⁴ CERVINI, Raúl, *Acerca del Principio del Respeto a las Autonomías Culturales*, op. cit. p.12

⁸⁵ MODOLELL, Juan Luis, *Breves consideraciones sobre la posible responsabilidad penal de sujetos pertenecientes a grupos culturalmente diferenciados (casos del indígena y costumbre de origen africano)* En: Derecho Penal y Pluralidad Cultural. Anuario de Derecho Penal 2006, Universidad Católica del Perú / Universidad de Friburgo (Suiza), 2007, p.274; YRURETA, Gladys, *El indígena ante la ley penal*, op. cit. p.65; ZAFFARONI, Raúl, ALAGIA, Eugenio, SLOKAR, Alejandro, *Derecho Penal*. Parte general. Segunda Edición, Sociedad Anónima Editora, Buenos Aires, año 2002, p.736.

particularidades del indígena, bien podría considerarse para una mejor individualización de la pena.⁸⁶

La inimputabilidad, como dice la doctrina, y es fácil advertir, se funda en una supuesta inferioridad del indígena, sea psicológica, social o económica y en su situación de incapacidad para entender y orientarse volitivamente, a las exigencias normativas Estatales.⁸⁷ Se dice que esta es la solución del derecho colombiano, el cual en el art. 33 de su Código Penal,⁸⁸ prevé como causa de inimputabilidad la diversidad cultural que origine, una incapacidad de comprensión o determinación,⁸⁹ estableciendo como medida para inimputables, de esta naturaleza, la que regula su art. 69 N°4,⁹⁰ esto es, la reintegración al medio cultural propio.⁹¹

En nuestro ámbito, la sola referencia del art. 54 de la Ley 19.253, en torno a que la costumbre indígena, puede servir de un antecedente para la concurrencia de una eximente o atenuante de responsabilidad penal, da cuenta que la calidad de indígena, para el derecho chileno, no constituye, por sí, una causal de exención o atenuación penal, por inimputabilidad; sino más bien, que se trata de un instituto sometido a otras categorías, ordinarias, del derecho penal común.

El reconocimiento del error de prohibición, en esta materia, lo analizaremos en el acápite siguiente, pues consideramos que es la que ha aceptado la legislación

⁸⁶ CERVINI, Raúl, *Acerca del Principio del Respeto a las Autonomías Culturales*, op. cit. p.12; YRURETA, Gladys, *El indígena ante la ley penal*, op. cit. p.64.

⁸⁷ CERVINI, Raúl, *Acerca del Principio del Respeto a las Autonomías Culturales*, op. cit. p.12

⁸⁸ Artículo 33 inc. 1. Código Penal de la República de Colombia. "Inimputabilidad. Es inimputable quien en el momento de ejecutar la conducta típica y antijurídica no tuviere la capacidad de comprender su ilicitud o de determinarse de acuerdo con esa comprensión, por inmadurez psicológica, trastorno mental, diversidad sociocultural o estados similares".

⁸⁹ MODOLELL, Juan Luis, *Breves consideraciones*, op. cit. p.275.

⁹⁰ Artículo 69. Código Penal de la República de Colombia. "Medidas de seguridad. Son medidas de seguridad:

1. La internación en establecimiento psiquiátrico o clínica adecuada.
2. La internación en casa de estudio o trabajo.
3. La libertad vigilada.
4. La reintegración al medio cultural propio".

⁹¹ MODOLELL, Juan Luis, *Breves consideraciones*, op. cit. p.275.

chilena, en el art. 54 de la Ley 19.253, como el fundamento para analizar la eventual irresponsabilidad penal del indígena o su tratamiento más benigno.

5.1. Tesis que lo sitúa como elemento fundamentador de un error de prohibición.

Como se anunció, a diferencia de las doctrinas citadas, la que aquí analizamos recurre a la noción del error de prohibición, como la categoría dogmática penal, que en esta especial materia, fundamenta la eventual irresponsabilidad criminal del indígena.⁹²

La conciencia de la antijuridicidad implica, sustancialmente y como enseña la doctrina, la posibilidad de quien interviene en la ejecución de un delito, conocer lo injusto de su actuar.⁹³ Y que esta conciencia se determina, conforme a una valoración en la esfera del profano,⁹⁴ pero en torno a lo que resulta ser jurídicamente malo, reprobable o indebido, es decir, no a lo moralmente indeseable o a la punibilidad de la conducta.⁹⁵ Y, además, desde una perspectiva finalista, a un conocimiento potencial del injusto, en la que el sujeto, pudiendo valorar su conducta como contraria al ordenamiento jurídico, no lo hace.⁹⁶

Es en este contexto en que emerge el instituto del error de prohibición, el cual incide sobre la conciencia de antijuridicidad de la conducta del sujeto, de forma tal que ejecuta el hecho, asistido en la convicción de que ha obrado lícitamente.⁹⁷ Tanto porque ignora que su conducta está sancionada por el ordenamiento o cree que su

⁹² CASTILLO, Alejandra, *La ponderación de las valoraciones culturales en el error de prohibición*, en Revista Derecho (Valdivia) Vol. XXVII, N°2, 2014, p.243-267 [en línea] <http://www.scielo.cl> [consulta: 30 marzo 2015], p.253.

⁹³ CURY, Enrique, *Derecho Penal*, op. cit. p. 434.

⁹⁴ *Ibíd.* op. cit. p. 435; POLITOFF L, Sergio, MATUS A, Jean Pierre, RAMÍREZ G, María Cecilia, *Lecciones de Derecho Penal Chileno*, op. cit. p. 332; ROXIN, Claus, *Derecho Penal. Parte General*, Tomo I, Editorial Civitas, Madrid, 1997 (traducción de la segunda edición alemana por Luzón Peña, Díaz y García y de Vicente), p.861.

⁹⁵ CURY, Enrique, *Derecho Penal*, op. cit. p.436.

⁹⁶ *Ibíd.* p.436; ZAFFARONI, Raúl, ALAGIA, Eugenio, SLOKAR, Alejandro, *Derecho Penal*, op. cit. p. 733.

⁹⁷ CURY, Enrique, *Derecho Penal*, op. cit. p.437; ROXIN, Claus, *Derecho Penal*, op. cit. p.861.

proceder está cubierto por causal de justificación, le atribuye efectos más extensos de los que produce o supone la existencia de circunstancias que en el hecho no operan, pero que de hacerlo, fundamentarían una causal de justificación.⁹⁸

Ahora bien, reducido a su esencia, de manera tradicional se ha precisado como teorías del error de prohibición, la del dolo y las de la culpabilidad. En aquellas, resulta innecesaria la distinción entre error de tipo y de prohibición, pues en ambos casos se excluye el dolo, pues éste comprende, no sólo el conocimiento de los elementos objetivos del tipo, sino también del carácter ilícito de la conducta. Y en éstas, considerando que la conciencia de la ilicitud es un elemento autónomo de la culpabilidad, que no integra el dolo, el error de prohibición implicará la exclusión de ésta y no de aquél. Haciéndose presente que la discusión se centra en el tratamiento punitivo que se le otorga al error **vencible** (inexcusable), pues una y otra tesis, consideran exento de reproche el hecho cometido, bajo régimen de error **invencible** (excusable), la primera, eso sí, por carencia de dolo o culpa, la segunda, por falta de culpabilidad. De esta forma, probado que fuere la existencia de un error vencible, para la teoría del dolo implicará el castigo a título de delito imprudente al suceso, efectivamente cometido, si existiere esta figura; y para las de la culpabilidad, la consideración de un hecho doloso, al que se le prodiga un tratamiento más benévolo, por la consideración de alguna atenuación punitiva.⁹⁹

En todo caso y como dicen Politoff, Matus y Ramírez uno de los principales focos de discusión de la disputa relativa al error de prohibición, dentro de las teorías de la culpabilidad, dice relación con el tratamiento del error sobre los supuestos fácticos

⁹⁸ Cfr. CURY, Enrique, *Derecho Penal*, op. cit. p.439; ETCHEBERRY, Alfredo, *Derecho Penal*, op. cit. p.333; POLITOFF L, Sergio, MATUS A, Jean Pierre, RAMÍREZ G, María Cecilia, *Lecciones de Derecho Penal Chileno*, op. cit. p. 334; ROXIN, Claus, *Derecho Penal*, op. cit. pp. 871 y ss.

⁹⁹ El estudio profundo sobre el tema escapa, con mucho, al objetivo de la investigación. Pero sin perjuicio, a modo referencial véase CURY, Enrique, *Derecho Penal*, op. cit. pp.441 y ss.; POLITOFF L, Sergio, MATUS A, Jean Pierre, RAMÍREZ G, María Cecilia, *Lecciones de Derecho Penal Chileno*, op. cit. pp.326 y ss.; KUNSEMULLER, Carlos, *Notas sobre el error de Prohibición*. Gaceta Jurídica. 292, 2004, pp. 6-7; MAÑALICH, Juan Pablo, *Consideraciones Acerca del error sobre la concurrencia de los presupuestos objetivos de las causales de justificación* En: XIV Congreso Latinoamericano de Derecho Penal y Criminología, 25 a 28 de septiembre de 2002, Santiago, Universidad de Chile, pp.147 y ss.

de las causales de justificación.¹⁰⁰ Y en este contexto, de forma estándar, se alude a la existencia de dos grandes teorías, la extrema de culpabilidad, en la que el tratamiento de la situación expuesta es idéntica a los otros casos, es decir, exención de culpabilidad en caso de error invencible o, en el evento de un error vencible, tratamiento más benigno, en el reconocimiento de un hecho doloso.¹⁰¹ Y la limitada o restringida, en la que se sostiene un tratamiento conforme los principios que regulan el error de tipo, esto es, excusabilidad en el evento de error invencible o imposición del tipo imprudente respectivo, si uno hubiere, en la concurrencia de una equivocación vencible.¹⁰²

En esta línea de razonamiento, y siguiendo a Zaffaroni, este error de prohibición también abarca casos en que existiendo conocimiento sobre la ilicitud del hecho, la equivocación se determina únicamente por la falta de comprensión,¹⁰³ casos en que el sujeto si bien conoce la norma prohibitiva, no puede exigírsele la comprensión de ella, como parte de su equipo valorativo.¹⁰⁴ Este error de comprensión tiene lugar, especialmente, cuando el agente pertenece a una cultura diferenciada, donde ha internalizado valores diferentes e incompatibles (la denominada socialización exótica) a la de la cultura mayoritaria.¹⁰⁵ De esta forma, para el citado, el error de prohibición cuando es invencible elimina la comprensión de la antijuridicidad. Y cuando es vencible genera el efecto de disminuir la reprochabilidad, con lo que puede implicar una disminución de la pena, hasta donde la ley lo autoriza.¹⁰⁶ Y agrega que, en la materia en estudio, estos supuestos tienen lugar cuando la dificultad para la comprensión está condicionado culturalmente, es decir, cuando incluso, conociéndose la norma

¹⁰⁰ POLITOFF L, Sergio, MATUS A, Jean Pierre, RAMÍREZ G, María Cecilia, *Lecciones de Derecho Penal Chileno*, op. cit. p.328.

¹⁰¹ Véase POLITOFF L, Sergio, MATUS A, Jean Pierre, RAMÍREZ G, María Cecilia, *Lecciones de Derecho Penal Chileno*, op. cit. p.329; CURY, Enrique, *Derecho Penal*, op. cit. p.443; KUNSEMULLER, Carlos, *Notas sobre el error de Prohibición*, op. cit. p.9.

¹⁰² Véase POLITOFF L, Sergio, MATUS A, Jean Pierre, RAMÍREZ G, María Cecilia, *Lecciones de Derecho Penal Chileno*, op. cit. p.329; CURY, Enrique, *Derecho Penal*, op. cit. pp. 443; y especialmente KUNSEMULLER, Carlos, *Notas sobre el error de Prohibición*, op.cit., 9; y, especialmente, MAÑALICH, Juan Pablo, *Consideraciones Acerca del error sobre la concurrencia de los presupuestos objetivos de las causales de justificación*, op. cit. pp. 148 y ss.

¹⁰³ ZAFFARONI, Raúl, ALAGIA, Eugenio, SLOKAR, Alejandro, *Derecho Penal*, op. cit. p.736.

¹⁰⁴ *Ibíd.* p.736.

¹⁰⁵ *Ibíd.* p.736.

¹⁰⁶ *Ibíd.* p.738.

prohibitiva, ella no ha podido ser comprendida por quien ejecuta la conducta típica.¹⁰⁷ O más bien como dice Yrureta, en línea común con Zaffaroni, a un error de comprensión culturalmente condicionado.¹⁰⁸ Y esto, aunque el condicionamiento cultural no necesariamente de lugar a error de prohibición, sino que incluso a un error de tipo o a justificaciones putativas.¹⁰⁹

Para Jakobs, si al autor le falta la conciencia de la antijuridicidad, respecto del núcleo de las normas centrales (aquellas que sólo se pueden revocar por medio de un acto revolucionario estatal o social), la inevitabilidad de este error sólo cabe concebirla en sujetos pertenecientes a otras culturas. Caso en el cual, no es solo el error lo que fundamenta la inculpabilidad, sino que un estado psíquico que presenta el autor, es decir, la socialización exótica, de modo de que éste no puede servir a la norma. Y agrega, que se trata de un caso extremo de inimputabilidad; el autor está motivado de modo diferente a cualquiera. Y ejemplifica: Si el autor supone que la alta traición, el homicidio o las lesiones están permitidas, ello sólo puede aceptarse, si el autor muestra como estado psíquico una socialización extraña.¹¹⁰

En una línea gruesa similar a la aquí indicada, Yrureta, quien considera lógico el instituto del error de prohibición para tratar los hechos punibles cometidos por indígenas, lo que se extendería también, para el error en los presupuestos objetivos de una causa de justificación.¹¹¹

No obstante lo anterior, la crítica a esta postura dominante, se funda en que la admisión de ella, implica aceptar que el ordenamiento jurídico, con referencia al cual se determina el error (de prohibición), del sujeto actuante, constituye el esquema de valores correcto, con lo que el hecho perpetrado torna, necesariamente, injusto.¹¹²

¹⁰⁷ *Ibíd.* p.738.

¹⁰⁸ YRURETA, Gladys, *El indígena ante la ley penal*, op. cit. p.65.

¹⁰⁹ ZAFFARONI, Raúl, ALAGIA, Eugenio, SLOKAR, Alejandro, *Derecho Penal*, op. cit. p.738.

¹¹⁰ JAKOBS, Günther, *Derecho Penal*. Parte General, Fundamentos y Teoría de la imputación, traducción de Joaquín Cuello Contreras y José Luis González de Murillo, segunda edición, Editorial Marcial Pons, Madrid, 1997, p.659.

¹¹¹ YRURETA, Gladys, *El indígena ante la ley penal*, op. cit. p.65.

¹¹² MODOLELL, Juan Luis, *Breves consideraciones*, op. cit. p.280.

Se agrega que una solución, en esa línea, plantea un problema de legitimación del derecho, pues las comunidades originarias son los habitantes milenarios del territorio, en el cual el Estado ejerce jurisdicción. De esta forma, añade Modolell, las soluciones normativas sobre la responsabilidad penal deben respetar lo más posible sus particularidades, para evitar la imposición unilateral del modelo dominante.¹¹³

Sobre esta especial materia, participamos de la doctrina mayoritaria, pero con el aporte que hace Zaffaroni. Es decir, aquella que ve en el error de prohibición la solución al tema de la irresponsabilidad del indígena y que, por ende, lo trata como un asunto que debe ponderarse en sede de reprochabilidad.

Creemos que aquella decisión se funda en la protección a la igualdad jurídica, de todos los habitantes de la República; pero en una relativa, en cuanto debe responder a las características propias de las poblaciones indígenas, particularmente en la actualidad, ante la vigencia, en el sistema jurídico nacional, del Convenio OIT 169.¹¹⁴ Así, la ponderación de las valoraciones culturales del indígena, no puede ser de tal entidad que implique una subjetivización excesiva de las normas penales, que pudiera acarrear un déficit preventivo de las mismas,¹¹⁵ lo que ocurriría si se aceptara que el solo carácter de indígena del hechor, implicare un tratamiento punitivo distinto, pero tampoco pueden validarse posturas que obviaren dichas consideraciones por razones de mera aplicación igualitaria, absoluta, de la norma penal.

De esta forma, concordamos con Castillo en cuanto que si el error de prohibición puede excluir la culpabilidad, si es invencible o atenuarla, si es vencible, es en este ámbito donde se hace más intensa la ponderación de las valoraciones culturales, distintas a la mayoritaria.¹¹⁶ Precisamente por el impacto que ésta tendrá, en la conciencia de la antijuridicidad del hecho cometido, por el sujeto respectivo, si

¹¹³ *Ibíd.* p.280.

¹¹⁴ Convenio Organización Internacional del Trabajo N°169, de 27 de junio de 1989, sobre "Pueblos indígenas y tribales en países independientes", promulgado por DS N°236 del Ministerio de RR.EE de Chile, de 02 de octubre de 2008 y publicado en el Diario Oficial de 14 de octubre de 2008.

¹¹⁵ CASTILLO, Alejandra, *La ponderación de las valoraciones culturales*, op. cit. p.253.

¹¹⁶ *Ibíd.* p.259.

pertenece a una identidad cultural distinta a la dominante, cuestión que, entre otras cosas, pudiera determinar el acceso de éste, a la información jurídica.¹¹⁷ Posición que se sostiene, particularmente, si el individuo tiene patrones de orientación normativa y valoraciones distintos, debidos a una socialización exótica o a un desarrollo extremadamente aislado de la sociedad mayoritaria. Así, en un análisis de determinación de pena, si se obviare la falta de culpabilidad, por una carencia a la comprensión de las normas, la imposición de la pena bordearía los terrenos del utilitarismo; pues no puede ponderarse con mayor peso específico, la calidad ejemplificadora de la pena como castigo, con cargo al principio de la culpabilidad, como límite a la pena que ha de imponerse.¹¹⁸ Y dentro de este principio, pensamos que es, por las razones expuestas, las que compartimos, en sede de error de prohibición y no de inimputabilidad, en el cual debe estudiarse los efectos que la ejecución de una determinada costumbre indígena puede generar en la comisión de un delito, como dice Zaffaroni, culturalmente condicionado.¹¹⁹

La doctrina nacional se ha ido uniformando en torno a la aceptación de la teoría de la culpabilidad, en la materia en estudio, y particularmente a la denominada moderada o restrictiva, para la cual, la concurrencia de un error vencible de prohibición, en materia de circunstancias fácticas de una causal de justificación, implicará un castigo por el tipo imprudente que corresponda, si uno existiere.¹²⁰¹²¹

Una lectura rápida del art. 54 de la Ley 19.253, pudiera llevar a concluir que ésta atribuye a la costumbre indígena, el carácter de eximente o atenuante distinta de aquellas que fijan los arts. 10 y 11 del Código Penal. De hecho, así parece entenderlo

¹¹⁷ *Ibíd.* p.259.

¹¹⁸ *Ibíd.* p.253.

¹¹⁹ ZAFFARONI, Raúl, ALAGIA, Eugenio, SLOKAR, Alejandro, *Derecho Penal*, op. cit. p.738.

¹²⁰ CURY, Enrique, *Derecho Penal*, op. cit. p. 442; ETCHEBERRY, Alfredo., *Derecho Penal*, op. cit. 334; POLITOFF L, Sergio, MATUS A, Jean Pierre, RAMÍREZ G, María Cecilia, *Lecciones de Derecho Penal Chileno*, op. cit. p.330.

¹²¹ Para el derrotero del reconocimiento jurisprudencial chileno del instituto, desde la teoría del dolo a la de la culpabilidad, véase CURY, Enrique, *Derecho Penal*, op. cit. p. 447; KUNSEMULLER, Carlos, *Notas sobre el error de Prohibición*, op.cit., pp. 11-12; y SOTO P, Miguel., *Una jurisprudencia histórica: hacia el reconocimiento del "principio de culpabilidad" en el derecho penal chileno*, Revista de Derecho de la Universidad Finis Terrae, Santiago, Año III, N°3, 1999.

el fallo de la Excma. Corte Suprema en ROL 2683-2010 de 11 de enero de 2012,¹²² en su considerando quinto, último párrafo.¹²³ Si así fuere, bastaría probar que los supuestos que se alegan, se subsumen en las hipótesis que establece aquella disposición y luego aplicarla, como eximente o atenuante, según correspondiere.

No concordamos con esa conclusión. Lo que la ley ha establecido con precisión es que la costumbre indígena, puede servir como un antecedente para la aplicación de una eximente o atenuante. Pero ¿cuál de éstas?, creemos que a las que se refiere el Código Penal, en tanto receptáculo del derecho penal común y las que establezcan leyes especiales. Cosa distinta es considerar que esa costumbre, como antecedente, pueda ser –según la nomenclatura indicada- específica, en cuanto sólo resulta aplicable a los sujetos y en las condiciones que fija el mismo art. 54 ya citado.

Ahora bien, el fundamento de esta decisión legislativa nos parece acertado, pues una tesis contraria –la creación de una eximente específica- pudiera traer dificultades en sede de principio de legalidad, pues un reconocimiento en ese sentido, como expresa Carnevalli, abre la puerta para una serie de dificultades que son difíciles de resolver a priori, dando lugar incluso a un incentivo perverso, no conocer las normas imperantes. De esta forma, agrega, si el juez sopesa los condicionamientos culturales está respetando el principio de igualdad ante la ley.¹²⁴

Desde otra perspectiva, y a la luz del paradigma de atenuantes personales o materiales que plantea la doctrina nacional,¹²⁵ conforme el art. 64 del Código Penal,¹²⁶

¹²² En pc's [en línea] www.suprema.poderjudicial.cl [consulta: 15 febrero 2015].

¹²³ Sentencia de reemplazo, considerando QUINTO, último párrafo: “En consecuencia, este derecho ancestral, al no ser incompatible con la Constitución Política de la República, justifica plenamente ser considerado como una circunstancia atenuante específica y personal que beneficia a la totalidad de los sentenciados, de modo que se considerará al momento de imponer las penas por los injustos que han sido asentados en esta causa”.

¹²⁴ CARNEVALLI, R., *El multiculturalismo*, op. cit.

¹²⁵ NOVOA, Eduardo, *Curso de Derecho penal chileno*, Tomo II, op. cit. p.13; POLITOFF L, Sergio, MATUS A, Jean Pierre, RAMÍREZ G, María Cecilia, *Lecciones de Derecho Penal Chileno*, op. cit. p.526; GARRIDO, Mario, *Derecho Penal*, op. cit., p.330; ETCHEBERRY, Alfredo, *Derecho Penal*, Tomo II, op. cit. p.180; BULLEMORE G, Vivian, MACKINNON R, John., *Curso de Derecho Penal*, Tomo II, op. cit. p.246.

la calidad de indígena –ya veremos quienes la pueden invocar- es un antecedente para sostener una causa personal de morigeración, con lo que resulta comunicable, a sujetos distintos a aquél y que hubieran participado con éste, en la comisión del delito.

5.2. Tesis que lo sitúa como elemento integrante de una eximente de responsabilidad penal.

Como se sabe, la regla general es que todo delito determina el surgimiento de responsabilidad penal. Así, se es penalmente responsable tanto de los hechos dolosos, como de los culposos; y tanto de los hechos activos, como de los omisivos.

Si se habla del delito como presupuesto de la responsabilidad penal, se hace referencia a un hecho que ocurre en el plano fáctico y respecto del cual concurren los elementos requeridos para su configuración. Debe tratarse, entonces, de una conducta típica, antijurídica y culpable. Si falta alguno de estos elementos, lo que sucede cuando opera alguna circunstancia eximente de responsabilidad penal, no cabe hablar de delito y consecuentemente, no surgirá ésta.¹²⁷

En este escenario y como lo planteáramos más arriba, si el error de prohibición implica la ignorancia del sujeto de que su conducta está sancionada por el ordenamiento, cree que su proceder está cubierto por causal de justificación, le atribuye efectos más extensos de los que produce o supone la existencia de circunstancias que en el hecho no operan, pero que de hacerlo fundamentarían una causal de justificación.¹²⁸ Y si, según los términos del art. 54 de la Ley 19.253, la costumbre indígena, en lo penal, puede constituir un antecedente para la aplicación de

¹²⁶ Art. 64 inc. 1 Código Penal. “Las circunstancias atenuantes o agravantes que consistan en la disposición moral del delincuente, en sus relaciones particulares con el ofendido o en otra causa personal, servirán para atenuar o agravar la responsabilidad de sólo aquellos autores, cómplices o encubridores en quienes concurran”.

¹²⁷ POLITOFF L, Sergio, MATUS A, Jean Pierre, RAMÍREZ G, María Cecilia, *Lecciones de Derecho Penal Chileno*, op. cit. pp.157 y ss.; LABATUT, Gustavo, *Derecho Penal*, op.cit. p.76; ETCHEBERRY, Alfredo, *Derecho Penal*, Tomo I, op. cit. pp.164 y ss.; CURY, Enrique, *Derecho Penal*, op. cit. pp.226 y ss.

¹²⁸ Supra pp. 23 y 24.

una eximente o atenuante de responsabilidad penal, creemos que el legislador nacional, en esta especial materia, ha resuelto recoger una de las teorías que lo fundan;¹²⁹ y ha considerado que, para estos fines, no obstante la opinión mayoritaria en contrario,¹³⁰ es la extrema de la culpabilidad la que debe ser aplicada.

De esta manera, si un indígena comete un delito, y prueba que su proceder se asila en un error, invencible, pero culturalmente condicionado por una costumbre, que no vulnera la Constitución Política de la República, según el art. 54 inc.1 de la Ley Indígena chilena ni es incompatible con los derechos fundamentales que establece el sistema jurídico nacional o con los derechos humanos internacionalmente reconocidos, conforme el art. 8.2 Convenio OIT 169,¹³¹ podrá constituir un antecedente, para el reconocimiento de una eximente de responsabilidad delictiva. Por el contrario, si sólo acredita que su error ha sido vencible, podrá postular a un tratamiento penal más benigno, por medio de la configuración, a su favor, de una atenuante de responsabilidad penal. Bien pudo concluir el legislador, lo que no hizo, que ante la concurrencia de un error vencible –en coherencia con la teoría limitada- se castigara el infractor indígena, por el respectivo tipo imprudente.

Así, sostenemos que la interpretación que ha de hacerse del mentado art. 54 de la Ley 19.253 debe efectuarse considerando, en este especial ámbito, si la ejecución de la costumbre indígena respectiva implicó una falta de comprensión, al modo que lo entiende Zaffaroni, acerca del conocimiento de la antijuridicidad de la conducta típica, que sanciona el derecho estatal.¹³²

En lo siguiente, esta investigación camina por este sendero. Es decir, en el análisis dogmático de determinadas causales de justificación o se exculpación que

¹²⁹ Supra p.24.

¹³⁰ Ver citas 120 y 121.

¹³¹ Artículo 8.2. "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".

¹³² ZAFFARONI, Raúl, ALAGIA, Eugenio, SLOKAR, Alejandro, *Derecho Penal*, op. cit. p.738.

regula el derecho penal común. No porque el error de prohibición las funde, cuestión técnicamente insostenible, sino para dar cuenta cómo es que éste puede penetrarlas, por los efectos que, como se dijo, pudiera generar un error, culturalmente condicionado por una costumbre, en la existencia o efectos de una de aquellas o éstas. Y, a su vez, constatada la invencibilidad de esta equivocación, como manda la Ley Indígena chilena, eximir al autor de su responsabilidad penal. O atenuarla, si aquélla resultaba vencible.

Por su carácter y naturaleza, sólo haremos referencia a algunas de las eximentes que regula el Código Penal, centrando nuestras líneas a la de los N°s 4, 5, 6, 9 y 10 del art. 10 del citado cuerpo de leyes, en cuanto ellos las que han generado cierta controversia en su aplicación, por los tribunales nacionales.

5.2.1. Eximente de legítima defensa propia y de terceros.

La norma en específico del art. 10 N°4 establece: “El que obra en defensa de su persona o derechos, siempre que concurren las circunstancias siguientes:

Primera. Agresión ilegítima.

Segunda. Necesidad racional del medio empleado para impedir la o repelerla.

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

5° El que obra en defensa de la persona o derechos de su cónyuge, de sus parientes consanguíneos legítimos en toda la línea recta y en la colateral hasta el cuarto grado inclusive, de sus afines legítimos en toda la línea recta y en la colateral hasta el segundo grado inclusive, de sus padres o hijos naturales o ilegítimos reconocidos, siempre que concurren la primera y segunda circunstancias prescritas en el número anterior, y la de que, en caso de haber precedido provocación de parte del acometido, no tuviere participación en ella el defensor.

6° El que obra en defensa de la persona y derechos de un extraño, siempre que concurren las circunstancias expresadas en el número anterior y la de que el defensor no sea impulsado por venganza, resentimiento u otro motivo ilegítimo”.

En cuanto a la legítima defensa, nos parece trascendente la sentencia, antes citada, de la Excma. Corte Suprema ROL 2683-2010, de 11 de enero de 2012, la cual se pronunció acerca de la aplicación del art.10 N°4 del Código Penal respecto a indígenas pertenecientes a la comunidad Cauñicú de la comuna de Alto Biobío, Región del Biobío, quienes se trasladaron a otro lugar para desalojar a una familia, también de indígenas, en el contexto de un *malón*, en cuanto expresión concreta de guerra defensiva o de venganza familiar, matando a algunos de ellos y lesionando a otros. Si bien es cierto, el máximo tribunal del país no justificó el accionar delictivo, acogió, a través del art. 54 de la Ley 19.253 en armonía con lo preceptuado en los arts. 5, 6, 8, 9 y 10 del Convenio OIT 169,¹³³ la circunstancia atenuante de legítima defensa

¹³³ Art. 5. “Al aplicar las disposiciones del presente Convenio:

- a) deberán reconocerse y protegerse los valores y prácticas sociales, culturales, religiosos y espirituales propios de dichos pueblos y deberá tomarse debidamente en consideración la índole de los problemas que se les plantean tanto colectiva como individualmente;
- b) deberá respetarse la integridad de los valores, prácticas e instituciones de esos pueblos;
- c) deberán adoptarse, con la participación y cooperación de los pueblos interesados, medidas encaminadas a allanar las dificultades que experimenten dichos pueblos al afrontar nuevas condiciones de vida y de trabajo”.

Art. 6.

“1. Al aplicar las disposiciones del presente Convenio, los gobiernos deberán:

- a) consultar a los pueblos interesados, mediante procedimientos apropiados y en particular a través de sus instituciones representativas, cada vez que se prevean medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarles directamente;
- b) establecer los medios a través de los cuales los pueblos interesados puedan participar libremente, por lo menos en la misma medida que otros sectores de la población, y a todos los niveles en la adopción de decisiones en instituciones electivas y organismos administrativos y de otra índole responsables de políticas y programas que les conciernan;
- c) establecer los medios para el pleno desarrollo de las instituciones e iniciativas de esos pueblos, y en los casos apropiados proporcionar los recursos necesarios para este fin.

2. Las consultas llevadas a cabo en aplicación de este Convenio deberán efectuarse de buena fe y de una manera apropiada a las circunstancias, con la finalidad de llegar a un acuerdo o lograr el consentimiento acerca de las medidas propuestas”.

Art. 8.

“1. Al aplicar la legislación nacional a los pueblos interesados deberán tomarse debidamente en consideración sus costumbres o su derecho consuetudinario.

2. 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.

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”.

Art. 9. “1. En la medida en que ello sea compatible con el sistema jurídico nacional y con los derechos humanos internacionalmente reconocidos, deberán respetarse los métodos a los que

incompleta pues, en su concepto, no se configuró, al momento de la comisión de los hechos, la circunstancia de una agresión ilegítima por parte de los ofendidos que tuvieran que repeler o impedir los acusados,¹³⁴ pero habiéndose justificado, en la causa, violencia psicológica, amenazas de un mal inminente e incluso la violencia física contra el propio Lonko de la comunidad, el acuerdo de desalojo convenido entre los miembros de la entidad cultural, se interpretó en el contexto del ejercicio del derecho consuetudinario mapuche, exégesis que si bien no justificó los ilícitos perpetrados, reveló apropiado estimar a estos hechos, como revestidos de una atenuante especial, a fin de imponer una pena acorde con el contexto y derecho consuetudinario de la etnia pehuenche.¹³⁵ En todo caso, pensamos que la referencia a los arts. 5 y 6 del Convenio

los pueblos interesados recurren tradicionalmente para la represión de los delitos cometidos por sus miembros.

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

Art. 10 “Nº1 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.

Nº2 Deberá darse la preferencia a tipos de sanción distintos del encarcelamiento”.

¹³⁴ Sentencia de reemplazo, considerando TERCERO: “Que se desestimaré la solicitud en orden a subsumir la conducta manifestada por los acusados en la hipótesis del numeral cuarto del artículo 10 del Código Penal, teniendo únicamente en consideración que, en la especie, no se dan sus presupuestos legales al no configurarse al momento de la comisión de los hechos la circunstancia de una agresión ilegítima por parte de los ofendidos que tuvieran que repeler o impedir los acusados. No obstante lo anterior, esta Corte atendido las conclusiones del informe antropológico de fojas 1729, que corresponde a una experticia confeccionada en virtud del mandato estatuido en el artículo 54 de la Ley Nº 19.253 que establece normas sobre Protección, Fomento y Desarrollo de los Indígenas, en armonía con lo preceptuado en los artículos 5, 6, 8, 9 y 10 del Convenio Nº 169, de la O.I.T. sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes, normativas acordadas, además, con lo preceptuado en los artículos 5º de la Constitución Política de la República, 26 y 27 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, publicado este último en el Diario Oficial con data 29 de abril de 1989, dará aplicación a su contenido por considerarlo atingente al caso.

En efecto, tales preceptos hacen plenamente aplicable la costumbre hecha valer en juicio entre indígenas pertenecientes a una misma etnia, la que constituye derecho, siempre que no sea incompatible con la Carta Magna del Estado, práctica que en materia penal “puede servir como antecedente para la aplicación de una eximente o atenuante de responsabilidad”, lo que en el caso sub lite, si bien no califica para darle el tratamiento de eximente de responsabilidad penal, existen antecedentes suficientes y coherentes para considerarla como “aminorante” de la conducta demostrada por los enjuiciados, recepcionando así el derecho consuetudinario y hábitos del pueblo pehuenche como fuente de derecho, de modo de hacer compatible la sanción penal prevista en nuestra legislación general con las características económicas, sociales y culturales de esa etnia”.

¹³⁵ Sentencia de reemplazo, considerando CUARTO: “Que, el fundamento cuarto del fallo que se revisa, da por establecido como hecho de la causa que los miembros de la Comunidad Indígena de Cauñicú acordaron trasladarse, en horas de la noche, al Fundo San Luis ubicado a

169 OIT, por la Excma. Corte Suprema, sólo sirve para asentar la doctrina que subyace el fallo, en tanto el primero hace referencia a la finalidad, esencial, del instrumento, esto es, el reconocimiento y protección de los valores y prácticas sociales, culturales, religiosos y espirituales propios de los pueblos concernidos; y el segundo, a la exigencia de consultar a los pueblos interesados, cada vez que se prevean medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarles directamente, pero no alude, especialmente, a las cuestiones que la sentencia resuelve, como si lo hacen los arts. 8, 9 y 10 del aludido cuerpo normativo internacional.

Concordamos con la decisión jurisdiccional referida pero no, por lo antes expuesto, con sus fundamentos. En la sentencia aludida, no hay referencia expresa al error de prohibición, como uno de los institutos que pudieron admitirse para haber sostenido el tratamiento punitivo más benigno, de los indígenas concernidos, a la luz de la dinámica de hechos, que la misma Corte Suprema reconoce en el fallo y que, como se dijo, constituye la doctrina mayoritaria, respecto del tratamiento del indígena

cuatro kilómetros de la colectividad, con el propósito de “desalojar” y/o “expulsar” de la propiedad a la familia Huenupe Pavián, móvil que se sustenta en la identidad y contexto cultural de la Comunidad Indígena en estudio, cuyas demandas recurrentes decían relación con la restitución de sus tierras ancestrales, usurpadas luego de la constitución de los fundos históricos en la segunda mitad del siglo XIX, cuestión que tiene trascendencia a la luz del peritaje de fojas 1729, confeccionado por el antropólogo de la Corporación Nacional de Desarrollo Indígena de la Región del Biobío, don Fernando Sagredo Cáceres, que explica la problemática que derivó en los hechos sancionados en esta causa como un conflicto provocado por disputas de carácter territorial, acentuado por la irrupción al Alto Biobío de la organización indígena identificada como “Consejo de Todas las Tierras”, ajena al contexto cultural de las comunidades pehuenches, generándose una nueva situación de disputas por demandas de tierra al desconocer los mecanismos dispuestos por la ley indígena y por la autoridad del Lonko local José Naín Pérez, proceso que en pocos años significó un proceso sostenido de “amedrentamiento” y “expulsión” de los colonos chilenos del Cajón del Queuco, a la vez que la Comunidad de Ñauñicú literalmente defendió su territorio sobre la base de un sentido de identidad cultural. En este panorama de violencia, miembros de la familia Huenupe Pavián se adscribieron al movimiento liderado por el Consejo de Todas las Tierras, acrecentándose la violencia psicológica, las amenazas de un mal inminente e incluso la violencia física contra el propio Lonko de la agrupación, de modo que el acuerdo de desalojo convenido entre los miembros de la entidad cultural, debe interpretarse en el contexto de la aplicación de un mecanismo propio del “Ad Mapu”, así como el ejercicio del derecho consuetudinario mapuche, exégesis que si bien no justifica los ilícitos perpetrados, explica la situación de descontrol o violencia generado al cabo de tres años de continuos altercados y presión psicológica, conclusión que revela lo apropiado de estimar a estos hechos como una atenuante especial, a fin de imponer una pena acorde con el contexto y derecho consuetudinario de la etnia pehuenche, calificación por lo demás avalada por importante doctrina que se ha referido a los tópicos en estudio”.

infractor de ley. Ello sin perjuicio de la referencia, a la situación socio cultural de los sujetos involucrados y a la vinculación del art. 54 de la Ley 19.253 con el Convenio OIT 169.

Creemos que en esta particular materia, una interpretación respetuosa del error de prohibición como fundamento para analizar, la eventual irresponsabilidad criminal del indígena, en el contexto de la aplicación de la costumbre indígena, necesariamente hubiera llevado a analizar si el proceder de los enjuiciados fue, como dice Zaffaroni, culturalmente condicionado,¹³⁶ o si éstos mantenían patrones de orientación normativos y valoraciones distintas, debido a una socialización exótica o a un desarrollo extremadamente aislado, de la sociedad mayoritaria.¹³⁷

De esta manera, en nuestro concepto, si aquel patrón de orientación normativo daba cuenta de un desarrollo aislado de la sociedad mayoritaria y se hubiera probado la existencia de la costumbre de aquél núcleo humano, en los términos que establece el mismo art. 54 de la Ley 19.253, bien pudo considerarse que la conducta del agente se hallaba amparada, en un error invencible de prohibición y legitimar una defensa que, si se analizaba sobre la base del proceder de un sujeto parte de la sociedad mayoritaria, no reunía las exigencias del art. 10 N°s 4, 5 y 6 del Código Penal. Pero que, en el contexto de los hechos de la causa, bien podían configurar un error, excusable, respecto de los requisitos de una causal de justificación y por consiguiente, concluirse que el hecho resultaba, criminalmente, impune. Sea porque, condicionados culturalmente por su costumbre, los hechores creyeron que su proceder estaba cubierto por causa legal, le atribuyeron efectos más extensos de los que produce o supusieron la existencia de antecedentes que no operaban, pero de hacerlo, fundamentarían una de ellas.

Por el contrario, y en la misma línea previa, creemos que si el agente, de alguna forma, había mantenido contactos con la sociedad mayoritaria, no podría eximir su

¹³⁶ ZAFFARONI, Raúl, ALAGIA, Eugenio, SLOKAR, Alejandro, *Derecho Penal*, op. cit. p.738.

¹³⁷ JAKOBS, Gunther, *Derecho Penal*, op. cit. citado por CASTILLO, Alejandra, *La ponderación de las valoraciones culturales*, op. cit. p.244.

conducta, asilándose exclusivamente en la ejecución de una costumbre indígena, sino que debía someterse al escrutinio de la aplicación, a su favor, de un eventual error, vencible, de prohibición y optar a un tratamiento punitivo más benigno. Es decir, probar de alguna manera que su proceder, en torno a la costumbre indígena que invocaba, condicionó culturalmente el cumplimiento de la causal de justificación que se alegaba o sus efectos.

5.2.2. Eximente de la fuerza irresistible o el miedo insuperable.

La norma en específico del art.10 N°9 establece: “El que obra violentado por una fuerza irresistible o impulsado por un miedo insuperable” y contempla, para la doctrina nacional, dos causales de inexigibilidad: la fuerza irresistible y el miedo insuperable.¹³⁸

Un caso paradigmático, sobre la materia en investigación, y en el cual se aplicó el art. 10 N°9 del Código Penal es la sentencia dictada el 04 de julio de 1953, en Rol 37.872, por la juez subrogante del Segundo Juzgado de Valdivia, en causa seguida contra doña Juana Catrilaf Calfiñanco. Los hechos, como expresa Yrureta, son los siguientes: A Juana se le murió un hijo de pocos días de vida, y en los momentos de su muerte ella vio una visión de un perro colorado; Juana está enferma, se le hincha el estómago como si estuviera embarazada y siente vinagreras; esto lo atribuye ella a su abuela, una bruja que cree está acabando con la raza indígena. En esta creencia, Juana sigue a su abuela y en un lugar solitario le pide una piedra que ésta utiliza para hacer el mal, pero ella niega tenerla y la insulta. En vista de esto, Juana coge un palo y la golpea, derribándola; una vez en el suelo, agarra una piedra y con ella la golpea en la frente, bebiendo luego la sangre que sale de la herida. Con esto se siente mejor y nota que por su boca sale algo así como el diablo. La autopsia establece que la abuela

¹³⁸ Cfr. POLITOFF L, Sergio, MATUS A, Jean Pierre, RAMÍREZ G, María Cecilia, *Lecciones de Derecho Penal Chileno*, op. cit. p.346; NOVOA, Eduardo, *Curso de Derecho penal chileno*, Tomo I, op. cit. p.565; LABATUT, Gustavo, *Derecho Penal*, op.cit. p.149; ETCHEBERRY, Alfredo, *Derecho Penal*, Tomo I, op. cit. p.347; BULLEMORE, Vivian, MACKINNON, John., *Curso de Derecho Penal. Parte General*, Tomo II, op. cit. p.144; GARRIDO, Mario, *Derecho Penal. Parte general*, Tomo II, op. cit. p.316.

ha muerto a consecuencia de destrucción de la masa encefálica, por traumatismo del cráneo. Juana intenta negar, primeramente, que fue ella quien la golpeó, pero cuando se le dice que el juez y su secretario participan de las creencias araucanas, confiesa su acción.¹³⁹

Según Yrureta, una investigación muy completa probó que la occisa era conocida como bruja (*machi*) en la región, un lugar cordillerano alejado y atrasado. Y que los lugareños le atribuyen que causaba mal a la gente, consistente en matar con brujerías, especialmente a los niños, tirando a las casas flechas hasta el punto de hacerlas sonar; además daba veneno a la gente, con la cual ella estaba mal.¹⁴⁰ En el mismo, agrega la autora, se pidió un informe de tres peritos indigenistas,¹⁴¹ Sres. Gregorio Rodríguez, Presidente del Instituto Indigenista de Chile; Alejandro Lipschutz, Director del Departamento de Medicina Experimental y Profesor de la facultad de Medicina. Miembro honorario del Instituto Indigenista de Chile; y Roberto Iglesias, Médico-Investigador del Departamento de Medicina Experimental, Secretario del Instituto Indigenista de Chile, según el aludido fallo; quienes concluyeron que la reo, tuvo que cometer el delito impulsada por una fuerza irresistible, como medio de defensa suya y de su grupo, sin que las normas válidas para la nación chilena pudieran detenerla, sobre todo si no estaba compenetrada con ellas. Finaliza la pericia, aduciendo que la verdadera responsabilidad, por el acto perpetrado, era de la sociedad por haber mantenido, durante tantos años, a diversos núcleos de indígenas en abandono cultural completo.¹⁴²

Así, concluye el citado fallo, de 1953, que doña Juana Catrilaf obró movida por un miedo insuperable, pues actuó constreñida por imperativos que nacían de sus creencias sinceras, para defenderse de los males provocados por la víctima, en una situación de hecho que consideró amenazante, y privada de inteligencia y de libertad.¹⁴³

¹³⁹ YRURETA, Gladys, *El indígena ante la ley penal*, op. cit. p.77.

¹⁴⁰ *Ibíd.* p.77.

¹⁴¹ *Ibíd.* p.77.

¹⁴² *Ibíd.* p.78.

¹⁴³ *Ibíd.* pp.80-81.

Sin perjuicio de compartir una de las pocas críticas que se le hace al fallo, en cuanto a que más bien la imputada habría actuado en legítima defensa putativa,¹⁴⁴ pues su actuar se ejecutó en defensa de los suyos, no es menos cierto que plantea ciertas estructuras dogmáticas que lo hacen, como dice la doctrina, un modelo que podría ser propuesto a tribunales de cualquier país, por su sentido de justicia hacia el indígena apartado de la civilización.¹⁴⁵

No obstante lo anterior, el fallo recorre una línea similar a la que plantea esta investigación, en cuanto a la posibilidad de invocar la costumbre indígena, en este caso, para construir una alegación de fuerza irresistible o miedo insuperable, en cuanto condiciones que inhiben la exigencia de una conducta distinta a la realizada, que opera como eximente de responsabilidad, en cuanto el agente tenga patrones de orientación normativos y valoraciones distintas a la de la sociedad mayoritaria, debido a una socialización exótica o a un desarrollo extremadamente aislado de ésta, que hubieren determinado la ignorancia en la ilegalidad de su proceder. Creemos que éste era el caso de doña Juana Carilaf, tal como lo desarrolla el considerando séptimo de la mentada sentencia de 1953.¹⁴⁶

¹⁴⁴ Cfr. Ibíd. p.81.

¹⁴⁵ Ibíd. p.81.

¹⁴⁶ “(la acusada) es analfabeta y su nivel cultural, muy bajo. Estos caracteres han sido constatados en el informe de fojas 51 (informe antropológico que analizaremos en los párrafos posteriores) y se desprenden de su comportamiento en el tribunal y frente a los jueces, desprovisto de toda noción de aquellas prácticas con que, aún el más ignorante, exterioriza su respeto a la autoridad. Tiene nociones elementales sobre las normas de la vida civilizada pero ellas están supeditadas por la poderosísima fuerza de sus supersticiones y costumbres. Su experiencia parece ser limitada y circunscrita al ambiente en que vivía (su declaración de fojas 9 en cuanto afirma que sólo ha llegado hasta Panguipulli, poblado que, como es sabido en la región, es muy secundario en importancia (...)).”

5.2.3. Eximente de obrar en cumplimiento de un deber o en el ejercicio legítimo de un derecho, autoridad, oficio o cargo.

La norma en específico del art.10 N°10 del Código Penal establece: “El que obra en cumplimiento de un deber o en el ejercicio legítimo de un derecho, autoridad, oficio o cargo”.

La eximente, ampara como causal de tal entidad, el ejercicio legítimo de un derecho, conferido expresa o tácitamente por el ordenamiento jurídico. A su vez, si no se tratare de función pública, respecto del ejercicio legítimo de autoridad, oficio o cargo, tanto la fuente de la actuación y las condiciones de su legitimidad habrá de buscarlas, en los términos de la vinculación contractual o en la forma en que han de desarrollarse determinadas actividades profesionales, o prestarse algunos servicios. Finalmente, el cumplimiento de un deber, supone la existencia de uno establecido en el ordenamiento jurídico –y no en el ámbito moral-¹⁴⁷ y que vincula al individuo en cuyo favor ha de operar la justificante.

De esta forma, en los términos de la relación art. 54 Ley 19.253 y 8.2 Convenio OIT 169, bien pudiera un indígena atribuir su proceder a la existencia de una costumbre y resulte, por ello, exento de responsabilidad penal, en tanto, el propio ordenamiento,¹⁴⁸ le conceda a aquélla la virtud de servir de un antecedente, para dicha finalidad, si se probare que su proceder se ha materializado en un error, invencible, de prohibición en cuanto suponga, por ejemplo, la existencia de circunstancias que si bien, en el hecho no operan, de hacerlo fundamentarían la legalidad de su proceder. Piénsese en la alegación de un indígena que dice ser propietario de un predio, fundado en alguno de los títulos que reconoce la Ley 19.253 en su art. 12, con lo que pudiera

¹⁴⁷ Cfr. ETCHEBERRY, Alfredo, *Derecho Penal*, Tomo I, op. cit. pp.243 y ss.; POLITOFF L, Sergio, MATUS A, Jean Pierre, RAMÍREZ G, María Cecilia, *Lecciones de Derecho Penal Chileno*, op. cit. p.235; CURY, Enrique, *Derecho Penal*, op. cit. pp.375 y 376; LABATUT, Gustavo, *Derecho Penal*, op.cit. p.109; BULLEMORE, Vivian, MACKINNON, John., *Curso de Derecho Penal*, Tomo II, op. cit., p.103; NOVOA, Eduardo, *Curso de Derecho penal chileno*, Tomo I, op. cit., pp. 378 y ss.; GARRIDO, Mario, *Derecho Penal*, Tomo II, op. cit. pp.192 y ss.

¹⁴⁸ Cfr. BULLEMORE, Vivian, MACKINNON, John., *Curso de Derecho Penal*, Tomo II, op. cit. p.104; NOVOA, Eduardo, *Curso de Derecho Penal Chileno*, Tomo I, op. cit. p.399; GARRIDO, Mario, *Derecho Penal*, Tomo II, op. cit. p.145.

no castigársele, como autor de alguno de los delitos de los arts. 457 y 458 del Código Penal, si luego se probare que aquellos instrumentos, para el derecho nacional, no tuvieren la suficiente fuerza normativa, para validar la posesión alegada.

Según la doctrina, los tribunales chilenos han recurrido al error de prohibición para fundar una exención basada en esta eximente, cuando se trata de ocupaciones ilegales de predios que constituyen territorio ancestral y que se hallan invadidas por no indígenas, cuando se deducen acusaciones por delitos de usurpaciones y desacato; pues existía en los indígenas la creencia que los territorios ancestrales les pertenecían, aun cuando hubiesen otros dueños, amparados por el derecho chileno.¹⁴⁹

Pareciera que este es el sentido del fallo RIT 27-2015, de 02 de marzo de 2015, del Tribunal de Juicio Oral en Lo Penal de Arica, al conocer de una acusación deducida en contra de un ciudadano boliviano, a quien se le atribuía el transporte de 16 kg. de hoja de coca. Y que resultó absuelto de aquella.¹⁵⁰ En el cual se estimó,¹⁵¹ que el imputado incurrió en un error de prohibición, en cuanto el sujeto realizó la conducta típica de la Ley 20.000, ignorante que ello era antijurídico. Y este error, bien puede relacionarse con la eximente en estudio, en cuanto el acusado creyó –fundadamente

¹⁴⁹ VILLEGAS, Myrna, ALBORNOZ, Patricia, SANDOVAL, Beatriz, “et al”, *Jurisprudencia Indígena, Cosmovisión e Integración*, op. cit. p.78. En el texto se alude, de la forma aquí citada, a las siguientes causas: Tribunal de Juicio Oral en Lo Penal de Villarrica, RIT 41-2004; Corte de Apelaciones de Temuco, ROL 398-20014; Corte de Apelaciones de Puerto Montt, ROL 92-2008.

¹⁵⁰ Los hechos fueron los siguientes: “El día 11 de junio de 2014, aproximadamente a las 19:00 horas, en el Complejo Fronterizo de Chungará, ubicado en el Km. 185 de la Ruta 11-CH comuna de Putre, el acusado conductor del camión PPU 2195 DLZ, proveniente desde Bolivia, ingresó a Chile trasladando oculto en la cabina del camión debajo de la litera, 02 sacos de polipropileno contenedores de hojas de coca con un peso bruto de 16 kilos 850 gramos y junto con estas especies la cantidad de 584 frascos de eco stevia de 80 grs. c/u, 12 paquetes de Hierba mate de 500 gramos cada uno y una bolsa con porotos de soya, sin ninguna documentación que acreditara su legal internación al país, las cuales quedaron a disposición del Servicio Nacional de Aduanas iniciando acción penal por un valor aduanero que asciende a \$1.791.766 pesos.

El peso bruto de las hojas de coca arrojó 16 kilos 850 gramos, incautadas y derivadas al Servicio Salud para su posterior análisis, procedimiento que fue posteriormente corroborado con informe del Instituto Salud Pública, el cual señala como resultado del análisis especie vegetal concluyente hoja de coca sujeto a la ley 20.000”. En pc’s [en línea] http://www.elmorrocuto.cl/sites/...cl/files/sentencia_caso_hoja_de_coca.doc [consulta: 25 marzo 2015]

¹⁵¹ Sin perjuicio de no compartir el fundamento que se invoca, en cuanto que, como dice el Considerando Décimo Sexto, el “acusado no actúa con un “dolo” de traficar”.

como se desprende de las probanzas agregadas al juicio y lo expone el considerando décimo octavo- que ejercía, legítimamente, un derecho.¹⁵²

5.3. Tesis que lo sitúa como un elemento integrante de una atenuante de responsabilidad penal.

Como se sabe, las modificatorias de responsabilidad penal dan cuenta de un hecho o circunstancia que la ley considera para graduar aquella. Su componente no siempre está vinculado con la conducta ilícita ni en un acto voluntario de quienes ejecutan aquella, sino que, muchas veces, por un acontecimiento o dato preexistente o posterior al delito. Son, en síntesis, circunstancias vinculadas no con el delito, sino con sus consecuencias; y, en particular, con la graduación de la pena, en tanto instrumento de materialización de la responsabilidad criminal o que contribuyen a afinar el juicio sobre el hecho punible, en atención a las particularidades que definen la identidad del caso concreto.¹⁵³ Pudiendo éstas clasificarse, principalmente, como: agravantes,

¹⁵² “(...) la hoja de coca tiene un uso transversal en Bolivia y en los pueblos indígenas como el aymara. Se utiliza para temas medicinales, como dolores de estómago, ungüentos, cremas, pomadas, para combatir la altura respecto a la “puna”, en ceremonias religiosas donde además ofrecen a la “pacha mama” la sangre de los animales más bellos, en cortes de cabello, en bautizos, en matrimonios, en duelos, cuando se recibe visitas, para interpretar el futuro y un sin número de actividades, en la cual la “hoja de coca” ya sea masticándola, o arrojándola al viento, o bien utilizada como incienso, o quemada en una fogata, es una costumbre y práctica de invaluable valor, el cual no se puede concebir sin su existencia y presencia; que incluso en las festividades más connotadas como el año nuevo aymara del 22 de junio y la fiesta de San Juan del 24 de junio, se requería mayor cantidad de hoja de coca, asegurando que 15 kilos de esa especie vegetal es poca. A mayor abundamiento, la propia funcionaria de la CONADI, doña Soledad Condore Calle, señaló que en todos los proyectos que financia su Servicio Público, en todas las ceremonias de apertura y cierre, con invitación de otros Servicios Públicos, utilizan la “hoja de coca”. Aseguró que tal elemento tan importante y vital en su cultura, no es posible producirlo en Chile, básicamente porque necesita un microclima especial que se da en Bolivia, por eso se encarga de allá, pero no con un afán de “traficar” (...).”

¹⁵³ RUDNICK, Carolina, *La compensación racional de circunstancias modificatorias en la determinación judicial de la pena*, Editorial Legal Publishing, Santiago, 2007, p.277; BULLEMORE, Vivian, MACKINNON, John., *Curso de Derecho Penal*, Tomo II, op. cit., p.215; GARRIDO, Mario, *Derecho Penal*, Tomo I, op. cit. p.181; LABATUT, Gustavo, *Derecho Penal*, op. cit. p.209.

atenuantes y mixtas; generales y específicas; comunes y especiales; comunicables e incommunicables; antecedentes, concomitantes y consiguientes.¹⁵⁴

Ahora bien, en cuanto a los fundamentos de las referidas modificatorias éstas han de hallarse a nivel de injusto o culpabilidad, en cuanto estos, elementos graduables del delito.¹⁵⁵

La implementación del sistema jurídico penal nacional de un catálogo taxativo de modificatorias (*numerus clausus*) de responsabilidad penal,¹⁵⁶ trae aparejado, una serie de consecuencias, y entre ellas:

a) Respeto del principio de la legalidad.

El reconocimiento de la Constitución Política de la República de que ningún delito se castigará con otra pena que la señalada por una ley promulgada con anterioridad a su perpetración (*nullum crimen nulla poena sine lege previa*)¹⁵⁷ aparece, indudablemente, como una garantía de todo sujeto de derecho frente al poder punitivo estatal, que no puede entenderse restringida, exclusivamente, al que establece, en abstracto, la ley penal, sino al que se individualice por el ejercicio de los procedimientos, que establezca la misma legislación.¹⁵⁸ Y, entre los antecedentes que

¹⁵⁴ POLITOFF L, Sergio, MATUS A, Jean Pierre, RAMÍREZ G, María Cecilia, *Lecciones de Derecho Penal Chileno*, op. cit. p.505; GARRIDO, Mario, *Derecho Penal*, Tomo I, op. cit. p.182; NOVOA, Eduardo, *Curso de Derecho penal chileno*, Tomo II, op. cit. p.14; BULLEMORE, Vivian, MACKINNON, John., *Curso de Derecho Penal*, Tomo II, op. cit. p.215; LABATUT, Gustavo, *Derecho Penal*, op. cit. p.209.

¹⁵⁵ Cfr. GARRIDO, Mario, *Derecho Penal*, Tomo I, op. cit., p.181; NOVOA, Eduardo, *Curso de Derecho penal chileno*, Tomo II, op. cit. p.14; RUDNICK, Carolina, *La compensación racional de circunstancias modificatorias*, op. cit. p.279.

¹⁵⁶ GARRIDO, Mario, *Derecho Penal*, Tomo I, op. cit., p.183; POLITOFF L, Sergio, MATUS A, Jean Pierre, RAMÍREZ G, María Cecilia, *Lecciones de Derecho Penal Chileno*, op. cit. p. 504; NOVOA, Eduardo, *Curso de Derecho penal chileno*, Tomo II, op. cit. p.15; RUDNICK, Carolina, *La compensación racional de circunstancias modificatorias*, op. cit. p.312.

¹⁵⁷ Ver cita 23.

¹⁵⁸ Art. 19 N°3 inc. 6 de la Constitución Política de la República: "Toda sentencia de un órgano que ejerza jurisdicción debe fundarse en un proceso previo legalmente tramitado. Corresponderá al legislador establecer siempre las garantías de un procedimiento y una investigación racionales y justos".

deben considerarse, para la determinación de la sanción respectiva, emergen, como se dijo, las eximentes y las modificatorias de responsabilidad penal.

En todo caso, pertinente es precisar que la legalidad penal tiene también reconocimiento en otros textos, distintos del constitucional. El Código Penal reconoce la garantía de reserva legal, en su art. 18.¹⁵⁹ Y aquél se contempla en diversos tratados internacionales suscritos por Chile, tales como la Declaración Universal de los Derechos Humanos (art. 11.2); Pacto Internacional sobre Derechos Civiles y Políticos (art. 15.1) y la Convención Americana sobre Derechos Humanos (art. 9).¹⁶⁰

Vinculado con éste principio, se haya vedado utilizar un razonamiento analógico para dar cabida a otros hechos o antecedentes, distintos de los que aparecen expresamente contemplados, con algunas de esas características.¹⁶¹

b) Incomunicabilidad de circunstancias personales.

Según éste, a la luz del art. 64 inc. 1° del Código Penal,¹⁶² si intervienen en la ejecución de un mismo hecho delictivo dos o más personas, las circunstancias de índole personal sólo podrán aplicarse respecto de aquellos partícipes en quienes se dieron los hechos constitutivos de las mismas. Es decir, respecto de aquellos sucesos o situaciones que sólo afecten a un individuo.¹⁶³

c) Inherencia de las circunstancias agravantes.

¹⁵⁹ Ver cita 32.

¹⁶⁰ *Ibíd.*

¹⁶¹ GARRIDO, Mario, *Derecho Penal*, Tomo I, op. cit. p.182; POLITOFF L, Sergio, MATUS A, Jean Pierre, RAMÍREZ G, María Cecilia, *Lecciones de Derecho Penal Chileno*, op. cit. p.504.

¹⁶² Ver cita 126.

¹⁶³ POLITOFF L, Sergio, MATUS A, Jean Pierre, RAMÍREZ G, María Cecilia, *Lecciones de Derecho Penal Chileno*, op. cit. p.525.

El Código Punitivo, en su art. 63 inc. 2º,¹⁶⁴ establece, para el caso de las agravantes, que éstas no han de ser consideradas, cuando consistan en un hecho sin cuya concurrencia aquél no hubiera podido cometerse.¹⁶⁵

Como se indicó, previamente, el fundamento de las circunstancias modificatorias, enseña la doctrina, ha de hallarse a nivel de injusto o culpabilidad, en cuanto éstos, elementos graduables del delito. Como asimismo, en datos vinculadas con el sustrato subjetivo, objetivo y con criterios político-criminales, relacionados con la punibilidad.¹⁶⁶ Constituyendo el principal esquema de clasificación, aquel que distingue entre atenuantes, agravantes y mixtas, según aumenten o disminuyan la reacción sancionatoria, reservándose la última nomenclatura para aquellas figuras que producen, uno y otro efecto, dependiente de la naturaleza del delito al cual acceden. Otras, atienden a su aplicación (generales o específicas), a sus efectos (comunes o especiales), a su comunicabilidad (personales o materiales) o al hecho que le sirve de base (antecedentes, concomitantes o consiguientes).¹⁶⁷

Hecha esta somera introducción y como ya se ha advertido, en distintos pasajes de esta investigación, postulamos que el proceso hermenéutico que ha de tener la aplicación del art. 54 inc.1 de la Ley 19.253, opera sobre la base de entender como fundamento de ella, el instituto del error de prohibición. Ya dijimos igualmente que, en nuestro concepto, si éste es **invencible** o **excusable** podrá constituir una herramienta dogmática, que podrá permitir la consideración de una eximente de responsabilidad penal y si es **vencible** o **inexcusable**, una atenuante.

¹⁶⁴ “Tampoco lo producen aquellas circunstancias agravantes de tal manera inherentes al delito que sin la concurrencia de ellas no puede cometerse”.

¹⁶⁵ POLITOFF L, Sergio, MATUS A, Jean Pierre, RAMÍREZ G, María Cecilia, *Lecciones de Derecho Penal Chileno*, op. cit. p.521.

¹⁶⁶ Cfr. GARRIDO, Mario, *Derecho Penal*, Tomo I, op. cit., p.181; NOVOA, Eduardo, *Curso de Derecho penal chileno*, Tomo II, op. cit., p.11; LABATUT, Gustavo, *Derecho Penal*, op.cit. p.209.

¹⁶⁷ GARRIDO, Mario, *Derecho Penal*, Tomo I, op. cit. p.182; NOVOA, Eduardo, *Curso de Derecho penal chileno*, Tomo II, op. cit. p.13; BULLEMORE, Vivian, MACKINNON, John, *Curso de Derecho Penal*, Tomo II, op. cit. p.215; LABATUT, Gustavo, *Derecho Penal*, op.cit. p.209.

Ahora en más, pasaremos revista a alguna de las atenuantes que, en nuestro entender, pudieren revestir mayor trascendencia dogmática para los fines de este trabajo.

5.3.1. Eximente incompleta del art. 11 N°1 Código Penal.

Recibe esta denominación la contemplada en el art. 11 N°1 de Código Penal, cuyo texto refiere que “poseen ese efecto las circunstancias expresadas en el artículo anterior, cuando no concurren todos los requisitos necesarios para eximir de responsabilidad, en sus respectivos casos”.¹⁶⁸

Tradicionalmente la doctrina ha distinguido tres clases de eximentes: **a)** las que implican un solo hecho material; **b)** las que constituyen un hecho intelectualmente divisible; y **c)** las que constan de requisitos, por disposición legal.¹⁶⁹ Constituyen, las de primer grupo, la de minoría de edad del art. 10 N°2 del Código Penal;¹⁷⁰ y del tercero, aquellas de los N°s 4, 5, 6, 7 y 11 del mismo Estatuto.

¹⁶⁸ Véase NOVOA, Eduardo, *Curso de Derecho penal chileno*, Tomo II, op. cit. p.15; ETCHEBERRY, Alfredo, *Derecho Penal*, Tomo II, op. cit. p.15; GARRIDO, Mario, *Derecho Penal*, Tomo I, op. cit. p.185; POLITOFF L, Sergio, MATUS A, Jean Pierre, RAMÍREZ G, María Cecilia, *Lecciones de Derecho Penal Chileno*, op. cit. p.505; BULLEMORE, Vivian, MACKINNON, John, *Curso de Derecho Penal*, Tomo II, op. cit. p.216; LABATUT, Gustavo, *Derecho Penal*, op. cit. p.210.

¹⁶⁹ Véase NOVOA, Eduardo, *Curso de Derecho penal chileno*, Tomo II, op. cit. p.15; ETCHEBERRY, Alfredo, *Derecho Penal*, Tomo II, op. cit. p.16; GARRIDO, Mario, *Derecho Penal*, Tomo I, op. cit. p.186; POLITOFF L, Sergio, MATUS A, Jean Pierre, RAMÍREZ G, María Cecilia, *Lecciones de Derecho Penal Chileno*, op. cit. p.506; LABATUT, Gustavo, *Derecho Penal*, op. cit. p.21.

¹⁷⁰ Art. 10. “Están exentos de responsabilidad criminal:

N°2. El menor de dieciocho años. La responsabilidad de los menores de dieciocho años y mayores de catorce se regulará por lo dispuesto en la ley de responsabilidad penal juvenil.

N°4. El que obra en defensa de su persona o derechos, siempre que concurren las circunstancias siguientes:

Primera. Agresión ilegítima.

Segunda. Necesidad racional del medio empleado para impedir la o repelerla.

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

N°5. El que obra en defensa de la persona o derechos de su cónyuge, de sus parientes consanguíneos legítimos en toda la línea recta y en la colateral hasta el cuarto grado inclusive, de sus afines legítimos en toda la línea recta y en la colateral hasta el segundo grado inclusive, de sus padres o hijos naturales o ilegítimos reconocidos, siempre que concurren la primera y

En relación con las del segundo grupo, la doctrina dominante concluye que la aplicación del art. 11 N°1 del Código Penal, no está limitada a las eximentes de la aludida tercera categoría, sino que a todas las que se componen de exigencias, moral o intelectualmente, divisibles.¹⁷¹ En un coherente tenor Garrido,¹⁷² para quien, en todo caso y contrariamente a aquellos, la regulación de estas eximentes incompletas, se halla exclusivamente en los arts. 71, 72 y 73 del Código Penal y no en los arts. 62 a 68 bis del mismo cuerpo de leyes.¹⁷³ Así, en esta línea de razonamiento y por su carácter divisible, moralmente, concluimos que, amparado en el art. 11 N°1 del Código Penal, podrán constituir una eximente incompleta: la locura o demencia y el trastorno mental

segunda circunstancias prescritas en el número anterior, y la de que, en caso de haber precedido provocación de parte del acometido, no tuviere participación en ella el defensor.

N°6. El que obra en defensa de la persona y derechos de un extraño, siempre que concurren las circunstancias expresadas en el número anterior y la de que el defensor no sea impulsado por venganza, resentimiento u otro motivo ilegítimo.

Se presumirá legalmente que concurren las circunstancias previstas en este número y en los números 4° y 5° precedentes, cualquiera que sea el daño que se ocasione al agresor, respecto de aquel que rechaza el escalamiento en los términos indicados en el número 1° del artículo 440 de este Código, en una casa, departamento u oficina habitados, o en sus dependencias, o, si es de noche, en un local comercial o industrial y del que impida o trate de impedir la consumación de los delitos señalados en los artículos 141, 142, 361, 362, 365 bis, 390, 391, 433 y 436 de este Código.

N°7. El que para evitar un mal ejecuta un hecho que produzca daño en la propiedad ajena, siempre que concurren las circunstancias siguientes:

- 1a. Realidad o peligro inminente del mal que se trata de evitar.
- 2a. Que sea mayor que el causado para evitarlo.
- 3a. Que no haya otro medio practicable y menos perjudicial para impedirlo.

N° 11. El que obra para evitar un mal grave para su persona o derecho o los de un tercero, siempre que concurren las circunstancias siguientes:

- 1ª. Actualidad o inminencia del mal que se trata de evitar.
- 2ª. Que no exista otro medio practicable y menos perjudicial para evitarlo.
- 3ª. Que el mal causado no sea sustancialmente superior al que se evita.

4ª. Que el sacrificio del bien amenazado por el mal no pueda ser razonablemente exigido al que lo aparta de sí o, en su caso, a aquel de quien se lo aparta siempre que ello estuviese o pudiese estar en conocimiento del que actúa”.

¹⁷¹ Véase NOVOA, Eduardo, *Curso de Derecho penal chileno*, op. cit. p.17; ETCHEBERRY, Alfredo, *Derecho Penal*, Tomo II, op. cit. p.17; POLITOFF L, Sergio, MATUS A, Jean Pierre, RAMÍREZ G, María Cecilia, *Lecciones de Derecho Penal Chileno*, op. cit. p.506; BULLEMORE, Vivian, MACKINNON, John, *Curso de Derecho Penal*, Tomo II, op. cit. p.217; LABATUT, Gustavo, *Derecho Penal*, op. cit. p.211.

¹⁷² GARRIDO, Mario, *Derecho Penal*, Tomo I, op. cit. p.186.

¹⁷³ Los art. 71, 72 y 73, establecen condiciones especiales de ponderación de circunstancias o antecedentes fácticos que implican un tratamiento privilegiado, respecto de los arts. 62 a 68 bis, que no gozan de dicha aptitud.

transitorio; el miedo insuperable; la fuerza moral irresistible; el ejercicio legítimo de un derecho; el cumplimiento de un deber; y la omisión por causa insuperable o legítima.¹⁷⁴

Ahora bien, como lo expusimos, supra 1, la costumbre constituye, en esencia, un instituto con requisitos de generalidad, constancia y uniformidad en la convicción de obedecerse un imperativo normativo. Y para los fines de este trabajo, del respectivo núcleo indígena. De esta manera, dable es concluir que ésta tiene las características de un hecho intelectual o moralmente divisible, con lo que, en el evento de no acreditarse la calidad de eximente, del antecedente que la funda, en los términos antes referidos, podrá reconocérsele en los términos del art. 11 N°1 del Código Penal. Cuestión que, en todo caso, en la doctrina nacional, salvo para Garrido¹⁷⁵ no tendrá mayores efectos, pues deberá ponderarse en los términos de los arts. 65 y siguientes del Estatuto Criminal.

De esta forma, si fundado en una costumbre indígena –la que deberá probarse en el juicio penal respectivo- se acreditare que el agente incurrió en un error de prohibición vencible, no se le eximirá de su conducta delictiva, pero podrá postular a que ella pudiera ser tratada más benignamente, por el reconocimiento de esta denominada eximente incompleta respecto, como dijimos, de la locura o demencia y el trastorno mental transitorio; el miedo insuperable; la fuerza moral irresistible; el ejercicio legítimo de un derecho; el cumplimiento de un deber; y la omisión por causa insuperable o legítima.

En este contexto, discrepamos de las conclusiones a que se arribó Aravena en un informe pericial solicitado, en 1994, por un Juzgado de Crimen de Santiago, en cuanto considerar que resultaba procedente que se reconociera a favor del autor – indígena- de un homicidio, la eximente del art. 10 N°9 del Código Penal, respecto de un hecho cometido en una comuna de la región Metropolitana, y quien dijo haber actuado

¹⁷⁴ Cfr. NOVOA, Eduardo, *Curso de Derecho penal chileno*, Tomo II, op. cit. p.17; ETCHEBERRY, Alfredo, *Derecho Penal*, Tomo II, op. cit. p.17; GARRIDO, Mario, *Derecho Penal*, Tomo I, op. cit. p.186; POLITOFF L, Sergio, MATUS A, Jean Pierre, RAMÍREZ G, María Cecilia, *Lecciones de Derecho Penal Chileno*, op. cit. p.506.

¹⁷⁵ GARRIDO, Mario, *Derecho Penal*, Tomo I, op. cit. p.186.

en defensa de su persona, familia y pueblo,¹⁷⁶ por cuanto, por sus contactos con la sociedad mayoritaria, no era dable apreciar la existencia de patrones de orientación normativos y valoraciones distintas a ésta, que hubieren implicado un **error invencible** o **excusable** de prohibición. De esta forma, en nuestra línea argumental, lo que correspondía al caso, era derechamente que aquella circunstancia se le reconociera como alguna atenuante. Dudamos, en todo caso, que ella fuere la eximente del art. 11 N°1 en relación con el art. 10 N°9 del Código Penal. Más bien pensamos que ella debió ser alguna de las que analizaremos en el numeral siguiente.

5.3.2. Atenuantes emocionales, pasionales o emotivas.

El art. 11 N°s 3, 4 y 5 del Código Penal, contempla como atenuantes las de provocación o amenaza precedente, de vindicación próxima de ofensa y de actuar por estímulos que produzcan arrebatos y obcecación.

Respecto de aquéllas la generalidad de la doctrina¹⁷⁷ las vincula con la culpabilidad. En nuestro parecer, su fundamento se halla en este contexto, por existir una exigibilidad disminuida, en cuanto la razón que predomina, en el proceder del sujeto, es la motivación que lo impulsa y no, necesariamente, el estado de alteración síquica que ésta haya tenido la virtud de provocar.

De esa forma, volvemos a nuestra tesis, y concluimos que en todos aquellos casos de provocación o amenaza precedente, vindicación próxima de ofensa y de actuación en términos de arrebatos y obcecación, deberá estudiarse si el ejercicio de la costumbre indígena que se invoca, se halla en una relación de error vencible de prohibición respecto del autor del ilícito; y sólo si existe ella, se podrá, asilado en ésta, aminorar el castigo punitivo, por medio del reconocimiento de alguna de aquellas tres

¹⁷⁶ ARAVENA, Andrea, *Derecho consuetudinario indígena*, op. cit. p.150.

¹⁷⁷ NOVOA, Eduardo, *Curso de Derecho penal chileno*, Tomo II, op. cit. p.24; GARRIDO, Mario, *Derecho Penal*, Tomo I, op. cit. p.188; POLITOFF L, Sergio, MATUS A, Jean Pierre, RAMÍREZ G, María Cecilia, *Lecciones de Derecho Penal Chileno*, op. cit. p.507; BULLEMORE, Vivian, MACKINNON, John, *Curso de Derecho Penal*, Tomo II, op. cit. p.218; LABATUT, Gustavo, *Derecho Penal*, op. cit. p.212.

atenuantes. Para estos fines, deberá analizarse si la costumbre permite este proceder vindicativo, estudiar el carácter y naturaleza de los contactos del sujeto con la sociedad mayoritaria y si su proceder, ha sido corolario de dicha conducta, es decir, si ha sido culturalmente condicionado. Sólo en la constatación de estos requisitos, el indígena podría obtener la declaración de la costumbre como el antecedente idóneo para el reconocimiento de alguna de las aludidas mitigantes, en el contexto del art. 54 inc. 1 de la Ley 19.253.

5.3.3. Atenuante de procura celosa en la reparación del mal causado o que impide sus ulteriores perniciosas consecuencias.

Esta atenuante, no posee otro fundamento que no sea una disminución de la necesidad de pena, fundada en la conducta desplegada por el sujeto con posterioridad a la ejecución del hecho. Supone que el individuo actúa positivamente en procura de la reparación de las consecuencias de su hecho o para impedir que éstas se produzcan o acrecienten. Y en cuanto al celo, ha de implicar un verdadero esfuerzo para el autor del ilícito, atendido sus propias posibilidades y que denote una verdadera preocupación de su parte.¹⁷⁸

Tradicionalmente esta reparación del mal causado, se le vincula con la consignación, por parte del encausado, de alguna suma de dinero a favor de la víctima.¹⁷⁹ Y las discusiones que se generan, en el foro, están más bien vinculadas con el monto de ella y su oportunidad. Para Garrido, puede hacerse en cualquier momento, antes de la dictación de la sentencia condenatoria.¹⁸⁰ En un sentido similar Novoa.¹⁸¹

¹⁷⁸ NOVOA, Eduardo, *Curso de Derecho penal chileno*, Tomo II, op. cit. p.34; GARRIDO, Mario, *Derecho Penal*, Tomo I, op. cit. p.197; BULLEMORE, Vivian, MACKINNON, John, *Curso de Derecho Penal*, Tomo II, op. cit. p.224; LABATUT, Gustavo, *Derecho Penal*, op. cit. p.215.

¹⁷⁹ Cfr. POLITOFF L, Sergio, MATUS A, Jean Pierre, RAMÍREZ G, María Cecilia, *Lecciones de Derecho Penal Chileno*, op. cit. p. 511.

¹⁸⁰ GARRIDO, Mario, *Derecho Penal*, Tomo I, op. cit. p.198.

¹⁸¹ NOVOA, Eduardo, *Curso de Derecho penal chileno*, Tomo II, op. cit. p.34.

En relación con el tema en estudio, la cuestión podría tener una mirada diversa, en torno a lo que, conforme a una determinada costumbre indígena, debiera constituir una reparación celosa de un mal causado o una acción tendiente a impedir, sus ulteriores perniciosas consecuencias.

Sobre este punto, necesario es traer a colación la discusión que se ha generado en torno al art. 19 de la Ley 20.066 sobre Violencia Intrafamiliar,¹⁸² el cual impide la aprobación de acuerdos reparatorios en actos de dicha índole; y los convenios, de ese carácter, que acordaren miembros de comunidades indígenas. Sobre el particular, la Excma. Corte Suprema en ROL 10.635-2011 de 04 de enero de 2012¹⁸³ (en fallo dividido) rechazó un recurso de queja en contra de una decisión de la Itma. Corte de Apelaciones Temuco, en ROL 955-2011 de 27 de octubre de 2011,¹⁸⁴ que no hizo lugar a un recurso de apelación deducido en contra de la decisión de un Juez de Garantía que sobreseyó una causa de violencia intrafamiliar, entre indígenas, por la aprobación de un acuerdo reparatorio, amparado en el art. 9.1 del Convenio OIT 169.¹⁸⁵ Ha sido aquel fallo de la Corte Suprema, el que ha fundado alegaciones de las defensas de indígenas, en torno a validar dichos convenios.¹⁸⁶

Discrepamos de la decisión jurisdiccional. Y para ello, creemos que la justificación es íntegramente sistémica. El art. 9.1 del Convenio OIT 169, al ser objeto de control de constitucionalidad, por el Tribunal Constitucional en ROL 309-2000 de 04 de agosto de 2000, fue declarado constitucional, pero incompatible con el sistema jurídico y calificada de disposición de Derecho Internacional, no ejecutable,¹⁸⁷ conforme

¹⁸² Art. 19 Ley 20.066 sobre Violencia Intrafamiliar. “Improcedencia de acuerdos reparatorios. En los procesos por delitos constitutivos de violencia intrafamiliar no tendrá aplicación el artículo 241 del Código Procesal Penal”.

¹⁸³ En pc's [en línea] www.suprema.poderjudicial.cl [consulta: 30 marzo 2015].

¹⁸⁴ En pc's [en línea] www.poderjudicial.cl [consulta: 30 marzo 2015].

¹⁸⁵ Ver cita 130.

¹⁸⁶ DEFENSORIA PENAL PUBLICA, *Modelo de Defensa Penal para imputados indígenas*, en pc's [en línea] <http://www.dpp.cl/resources/upload> [consulta: 05 abril 2015].

¹⁸⁷ En pc's [en línea] www.tribunalconstitucional.cl [consulta: 25 febrero 2015]:

“52º. Que en cuanto al artículo 9º del Convenio, los requirentes no precisan la inconstitucionalidad de su número 1º, limitándose a sostener que es la condición étnica del infractor la que determina aplicar esta norma de excepción.

con el art. 19 N°3 de la Constitución Política de la República, por su incompatibilidad con el sistema constitucional chileno de solución de conflictos penales. Además, y como lo manifestó el voto de minoría del fallo de la Corte Suprema, porque el propio sistema nacional, en el art. 19 de la Ley 20.066, ha excluido el método indígena, para dar solución terminal colaborativa, a una conflicto de violencia intrafamiliar.

Sin perjuicio de lo anterior, pensamos que una costumbre indígena, distinta a una prestación pecuaria, sí pudiera constituir argumento suficiente para configurar una atenuante de reparación celosa del mal causado, en delitos en el contexto de violencia intrafamiliar.¹⁸⁸ Creemos que el argumento normativo discurre en la interpretación

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".

¹⁸⁸ Art. 1 Ley 20.066 sobre Violencia Intrafamiliar. "Objeto de la ley. Esta ley tiene por objeto prevenir, sancionar y erradicar la violencia intrafamiliar y otorgar protección a las víctimas de la misma". Art. 5 "Violencia intrafamiliar todo maltrato que afecte la vida o la integridad física o psíquica de quien tenga o haya tenido la calidad de cónyuge del ofensor o una relación de convivencia con él; o sea pariente por consanguinidad o por afinidad en toda la línea recta o en la colateral hasta el tercer grado inclusive, del ofensor o de su cónyuge o de su actual conviviente.

También habrá violencia intrafamiliar cuando la conducta referida en el inciso precedente ocurra entre los padres de un hijo común, o recaiga sobre persona menor de edad, adulto mayor o

sistémica de los arts. 9.2 del Convenio OIT 169¹⁸⁹ y 54 inc. 1 de la Ley 19.253 y en la inexistencia de una norma precisa de la Ley 20.066¹⁹⁰ que excluya la aplicación del art. 11 N°7 del Código Penal, como hábil para atenuar la responsabilidad de un sujeto indígena imputado.

En relación con la comisión de delitos, no perpetrados en el contexto de violencia intrafamiliar, la cuestión pareciera ser más clara. En cuanto operen los supuestos del art. 54 inc. 1° de la Ley 19.253 en vinculación con el art. 10 del Convenio OIT 169¹⁹¹ y no exista disposición expresa que lo prohíba, la reparación celosa del mal causado, consistente en alguna prestación que ejecuta una costumbre indígena, bien podrá ser tenida en cuenta como dice el art. 9.2 del Convenio OIT 169 o servir como antecedente, como expresa la Ley Indígena chilena, de la atenuante de responsabilidad penal del art. 11 N°7 del Código Penal.

6. Requisitos sustanciales del art. 54 de la Ley 19.253.

En nuestro derecho, como se ha dado cuenta, en las páginas previas de este trabajo, el art. 54 de la Ley 19.253, incluido en el capítulo sobre normas especiales de los procedimientos Judiciales, párrafo 1°, denominado “De la Costumbre Indígena y su Aplicación en Materia de Justicia”, es la norma que regula los efectos de la aplicación de la costumbre indígena en nuestro ordenamiento jurídico. Y establece en un mismo inciso, en el primero, dos reglas. La primera, en cuanto que si se hace valer en juicio por indígenas de una misma etnia, constituirá derecho, siempre que no sea incompatible con la Constitución Política de la República. Y la segunda, en que, en lo penal, será considerada cuando pudiere servir como antecedente para la aplicación de una eximente o atenuante de responsabilidad penal.

discapacitada que se encuentre bajo el cuidado o dependencia de cualquiera de los integrantes del grupo familiar”.

¹⁸⁹ Ver cita 133.

¹⁹⁰ Cfr. POLITOFF L, Sergio, MATUS A, Jean Pierre, RAMÍREZ G, María Cecilia, *Lecciones de Derecho Penal Chileno*, op. cit. p.510.

¹⁹¹ Ver cita 133.

De esta forma siempre que se haga valer, como manda la regla común –y se pruebe- en juicios de la sede no penal, constituirá derecho. De esta forma, a la luz del art. 2° del Código Civil, en estas materias, aquella puede operar *secundum legem*.

Por el contrario, en el ámbito penal, esta costumbre, no constituye una eximente o atenuante de responsabilidad penal distinta o diversa, a las establecidas en el ordenamiento jurídico estatal, sino que puede constituir un hecho o dato, he ahí su noción de antecedente, a los que la propia ley le atribuye la virtud de fundar uno de los aludidos institutos. Y, en ese contexto, en un escenario excluir aquella y en otro, disminuirla.

En lo sucesivo, daremos una somera revista a los requisitos que establece el art. 54 de la Ley 19.253; y la interpretación que, en nuestra opinión, debe atribuírsele para su aplicación, en pleno respeto de la igualdad ante la ley y el principio de culpabilidad, tal como se ha indicado más arriba.

6.1. Arts. 9 y 10 Convenio 169 Organización Internacional del Trabajo, sobre "Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes".

Se sostiene que, por largo tiempo, la realidad de los pueblos indígenas y sus derechos, no constituyó una preocupación para el derecho internacional. Y que el tratamiento que aquel procuró, de las que eran conocidas como poblaciones, fue inicialmente efectuado por la Organización Internacional del Trabajo (OIT), en el contexto de la realidad de los trabajadores indígenas.¹⁹²

Por lo anterior, en 1945, la OIT designó un Comité de Expertos para la elaboración de un convenio integral, referido a indígenas. De él surgió, el 26 de junio

¹⁹² AYLWIN, José, CARMONA, Cristóbal, MEZA-LOPEHANDÍA, Matías, "et al", *Las implicancias de la ratificación del Convenio N°169 de la OIT en Chile*, Programa de Derechos de los Pueblos Indígenas, en pc's [en línea] http://www.observatorio.cl/sites/default/files/biblioteca/libro_ley169.pdf [consulta: 09 febrero 2015], p.7.

de 1957, el Convenio OIT 107 sobre la “Protección y la Integración de las Poblaciones Aborígenes y otras Poblaciones Tribales y Semitribales en los Países Independientes”;¹⁹³ calificado, como el primer instrumento que recogía los derechos de estos pueblos, aunque siempre con vistas a la integración a sus colectividades nacionales.¹⁹⁴ Entre alguno de los derechos reconocidos estaba en el art. 7.2 el derecho a mantener sus propias costumbres e instituciones.¹⁹⁵¹⁹⁶

Así, el reconocimiento que se hacía del derecho consuetudinario era transitorio, pues se creía que una vez alcanzada la integración de aquellos, ya no tendría razón de ser. Y en el orden interno, se indicaba que aunque se les reconocían algunos derechos en aras de la integración, el derecho consuetudinario continuará proscrito, imperando, de esta forma, la teoría monista del derecho.¹⁹⁷

En la línea de esta investigación, necesario es hacer presente que el Convenio 107 contemplaba en sus arts. 7, 8, 9 y 10, normas referentes al tratamiento penal del infractor indígena, admitiendo el respeto al derecho consuetudinario de los pueblos indígenas, siempre que no sea incompatible con el ordenamiento jurídico nacional o los objetivos de los programas de integración. Asimismo, hacía mención a la validez y vigencia de los métodos de control social; prohibición de ciertas sanciones; y reglas en materia de medidas cautelares, privativas de libertad.¹⁹⁸

¹⁹³ En la ciudad de Ginebra, 40ª reunión CIT.

¹⁹⁴ AYLWIN, José, CARMONA, Cristóbal, MEZA-LOPEHANDÍA, Matías, “et al”, *Las implicancias de la ratificación del Convenio N°169 de la OIT en Chile*, op. cit. p.8.

¹⁹⁵ Art. 7.2 Convenio 107: “Dichas poblaciones podrán mantener sus propias costumbres e instituciones cuando éstas no sean incompatibles con el ordenamiento jurídico nacional o los objetivos de los programas de integración”.

¹⁹⁶ CABEDO, Vicente. *El Reconocimiento del Derecho y la Jurisdicción Indígena en el Convenio 169 de la OIT*, en pc's [en línea] <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/4/1989/4.pdf> [consulta 18 de febrero2015], p.33.

¹⁹⁷ *Ibíd.* p.33.

¹⁹⁸ Art. 8 Convenio 107 OIT. “En la medida compatible con los intereses de la colectividad nacional y con el ordenamiento jurídico del país:

(a) los métodos de control social propios de las poblaciones en cuestión deberán ser utilizados, en todo lo posible, para la represión de los delitos cometidos por miembros de dichas poblaciones;

(b) cuando la utilización de tales métodos de control no sea posible, las autoridades y los tribunales llamados a pronunciarse deberán tener en cuenta las costumbres de dichas poblaciones en materia penal.

De esta forma, cada una de los derechos que se le reconocían a las poblaciones indígenas, estaban imbuidos por el afán integracionista que el Convenio referido, establecía ya, desde su preámbulo.¹⁹⁹

Con el pasar de los años, la tesis integracionista que sustentaba el Convenio OIT 107 comenzó a ser cuestionada, particularmente derivadas por el fortalecimiento de las organizaciones indigenistas, quienes junto con tener mayor presencia en el plano internacional, comenzaron a reivindicar los derechos de los pueblos indígenas, particularmente, el derecho a su identidad cultural y a la diferencia.²⁰⁰

Ello motivó la necesidad de revisar el aludido instrumento; y, conscientes de la obsolescencia de aquel, la OIT, lo revisó en las Conferencias Generales de los años 1988 y 1989. El resultado fue la adopción, el 27 de junio de 1989, del Convenio OIT 169 sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes.²⁰¹

Este convenio reconoce a los pueblos indígenas como tales e incorpora la noción de pueblo tribal, con lo que su aplicación se extiende a todas las regiones del mundo.²⁰² Y adhiere a un concepto práctico, que no define exhaustivamente qué se entiende por pueblos indígenas, sino que más bien es descriptivo en relación con las

Art. 9 Convenio 107 OIT: "Salvo en los casos previstos por ley respecto de todos los ciudadanos, se deberá prohibir, so pena de sanciones legales, la prestación obligatoria de servicios personales de cualquier índole, remunerados o no, impuesta a los miembros de las poblaciones en cuestión".

Art. 8 Convenio 107 OIT:

"1. Las personas pertenecientes a las poblaciones en cuestión deberán ser objeto de protección especial contra la aplicación abusiva de la detención preventiva y deberán contar efectivamente con recursos legales que las amparen contra todo acto que viole sus derechos fundamentales.

2. Al imponerse penas previstas por la legislación general a miembros de las poblaciones en cuestión se deberá tener en cuenta el grado de evolución cultural de dichas poblaciones.

3. Deberán emplearse métodos de readaptación de preferencia al encarcelamiento".

¹⁹⁹ Párrafo Primero Preámbulo: "Después de haber decidido adoptar diversas proposiciones relativas a la protección e integración de las poblaciones indígenas y de otras poblaciones tribales y semitribales en los países independientes (...)"

²⁰⁰ CABEDO, Vicente. *El Reconocimiento del Derecho y la Jurisdicción Indígena en el Convenio 169 de la OIT*, op. cit. p.35.

²⁰¹ *Ibíd.* p.34.

²⁰² AYLWIN, José, CARMONA, Cristóbal, MEZA-LOPEHANDÍA, Matías, "et al", *Las implicancias de la ratificación del Convenio N°169 de la OIT en Chile*, op. cit. p.29.

características socio-culturales y las particularidades de los pueblos indígenas y tribales.²⁰³

Se agrega, por la doctrina, que el instrumento aludido recoge y reconoce una amplia gama de derechos colectivos de los pueblos indígenas, prestando especial atención a las relaciones derecho consuetudinario-sistema estatal. Exige, que el derecho consuetudinario sea tenido en cuenta por las autoridades estatales; y reconoce, explícitamente, para la represión de delitos, la jurisdicción indígena y las costumbres e instituciones, siempre que sean compatibles con los sistemas nacionales y con los derechos humanos, internacionalmente reconocidos.²⁰⁴

Si bien razonable es creer, que el Convenio OIT 169 representa un avance en la relación derecho consuetudinario-derecho estatal, al dejar atrás tesis integracionistas vinculadas con la aspiración de un monismo jurídico, el propio instrumento internacional en referencia, considera que aquél o las costumbres indígenas, sólo constituyen una suerte de fuente secundaria del Derecho Estatal. Es decir, como se indica, los Estados admiten la existencia de un Derecho propio de los indígenas, pero inferior, porque debe normarse por los derechos fundamentales, por el sistema jurídico nacional o por los Derechos humanos internacionalmente reconocidos; con lo que, no tienen autonomía frente a lo nacional.²⁰⁵

Chile al tiempo de la adopción del Convenio, en junio 1989, se abstuvo en su aprobación.²⁰⁶ El 21 de diciembre de 1990 el Ejecutivo envió al Congreso Nacional un Proyecto de Acuerdo destinado a la aprobación de aquél.²⁰⁷ Fue aprobado por la

²⁰³ *Ibíd.* p.29.

²⁰⁴ CABEDO, Vicente. *El Reconocimiento del Derecho y la Jurisdicción Indígena en el Convenio 169 de la OIT*, op. cit. p.36.

²⁰⁵ MARES DE SOUZA, Carlos, *Autodeterminación de los pueblos indígenas y jusdiversidad*, citado por CABEDO, Vicente. *El Reconocimiento del Derecho y la Jurisdicción Indígena en el Convenio 169 de la OIT*, op. cit. p.38.

²⁰⁶ DONOSO, Sebastián, *Chile y el Convenio 169 de la OIT: Reflexiones sobre un desencuentro*, Vicerrectoría de Asuntos Públicos Universidad Católica, año 3 N°16, 2008 en pc's [en línea] <http://www.politicaspUBLICAS.uc.cl> [consulta 20 de febrero2015], p.6.

²⁰⁷ BOLETIN N°233-10. Inicia proyecto de Ley referido al acuerdo relativo al Convenio N°169 sobre pueblos indígenas, adoptado por la Organización Internacional del Trabajo, el 27 de junio

Cámara de Diputados el 11 de abril de 2000 y remitido, en la misma jornada, al Senado, donde se tramitó por siete años.

El 7 de julio de 2000, un grupo de parlamentarios, dedujo para ante el Tribunal Constitucional un requerimiento de inconstitucionalidad, según el entonces vigente artículo 82 N°2 de la Constitución Política de la República, para que se declarara no ajustado a la Carta Fundamental, el Convenio OIT 169.²⁰⁸

El 04 de agosto de 2000, el tribunal requerido resolvió, en fallo ROL 309-2000, no existir colisión entre el convenio y la Constitución, sobre la base de dos grandes argumentos: **a)** la distinción entre normas autoejecutables o programáticas; y **b)** la tesis sobre la incompatibilidad constitucional.²⁰⁹

Sobre las disposiciones programáticas dijo el Tribunal Constitucional chileno, que para su implementación o establecimiento de derecho interno, se requieren de leyes o disposiciones administrativas; con lo que no pueden ser inconstitucionales, pues no son normas vigentes ni lo serán en solo mérito del tratado. Y sobre la incompatibilidad constitucional, manifestó que si en el tratado se alude a expresiones como "...siempre que sea compatible con el sistema del Estado...", dable es concluir que en el conflicto interpretativo siempre vencerá la Constitución nacional. Así, por ejemplo, la norma del art. 9 del Convenio, se salva por constituir una norma sometida al estándar de la compatibilidad.²¹⁰

Finalmente, para su aprobación, se dispuso por el Gobierno una cláusula interpretativa del art. 35 del Convenio,²¹¹ en cuanto que éste sólo hace referencia a

de 1989 en historia Decreto N°236 Ministerio de Relaciones Exteriores. En pc's [en línea] <http://www.leychile.cl/navegar> [consulta 06 de marzo 2015].

²⁰⁸ AYLWIN, José, CARMONA, Cristóbal, MEZA-LOPEHANDÍA, Matías, "et al", *Las implicancias de la ratificación del Convenio N°169 de la OIT en Chile*, op. cit. p.100.

²⁰⁹ Véase DONOSO, Sebastián, *Chile y el Convenio 169 de la OIT: Reflexiones sobre un desencuentro*, op. cit. p.7.

²¹⁰ *Ibid.* p.7.

²¹¹ Art. 35 Convenio 169 OIT: "La aplicación de las disposiciones del presente Convenio no deberá menoscabar los derechos y las ventajas garantizados a los pueblos interesados en

tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes. Declaración aceptada por la OIT, pero criticada por las organizaciones indígenas, quienes vieron ella una maniobra política destinada a limitar los efectos de otros instrumentos internacionales y entre ellos, a la declaración de Derechos de los Pueblos Indígenas de Naciones Unidas, que al no tener el estatus de Tratado, no puede ser sometido a aprobación en el Congreso Nacional.²¹²

El 9 de abril de 2008 el Proyecto aprobatorio fue remitido al Presidente de la República, para su promulgación. Pero luego, ante gestiones que debieron hacerse ante la OIT, por la aludida clausula interpretativa, ésta exigió un nuevo depósito en que se limitara a efectuar la ratificación, lo que se cumplió el 12 de septiembre de 2008, razón por la cual el Convenio entró a regir en Chile, 12 meses después.²¹³

Finalmente, el Acuerdo relativo a la aprobación del Convenio OIT 169 de 27 de junio 1989, fue promulgado mediante DS N°236 del Ministerio de Relaciones Exteriores, el 14 de octubre de 2008.

Por otro lado, Naciones Unidas en Asamblea General dictó la Resolución 61/295 de 13 de septiembre de 2007, por la que aprobó la “Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas”, la que estableció “normas mínimas para la supervivencia, la dignidad y el bienestar de los pueblos indígenas del mundo”.

Se dice, por la doctrina, que al contener reglas mínimas, contiene prescripciones a los Estados para el respeto del principio de identidad y conservación de los indígenas que habiten al interior, careciendo la declaración de una definición de pueblos indígenas, ya que las Naciones Unidas han señalado previamente en su Estudio del Problema de la Discriminación Contra las Poblaciones Indígenas que “la

virtud de otros convenios y recomendaciones, instrumentos internacionales, tratados, o leyes, laudos, costumbres o acuerdos nacionales”.

²¹² DONOSO, Sebastián, *Chile y el Convenio 169 de la OIT: Reflexiones sobre un desencuentro*, op. cit. p.8.

²¹³ AYLWIN, José, CARMONA, Cristóbal, MEZA-LOPEHANDÍA, Matías, “et al”, *Las implicancias de la ratificación del Convenio N°169 de la OIT en Chile*, op. cit. p.102.

cuestión de la definición ha de ser un área privativa para las comunidades indígenas mismas”. Y que por su naturaleza jurídica, no hace una mención extensa a normas de cómo el Estado debe tratar al indígena infractor de ley, sólo hace referencias al valor del Derecho Indígena para la resolución de conflictos ya sea contra Estados, cuestión que excede al Derecho Penal interno, o bien con “ótras partes”, de lo que se concluye que con esta expresión se abarcan tanto personas naturales como jurídicas e incluso algunos órganos del Estado como el Ministerio Público, por ejemplo, en materia penal.²¹⁴

De esta forma, los tres instrumentos internacionales aludidos fijan normas que determinan el tratamiento penal que se debe prodigar a los infractores de ley, indígenas. Y, particularmente, el Convenio OIT 169, recoge la normativa regulada en el Convenio OIT 107, pero la reformula, toda vez que le quita toda noción integracionista, como la que fijaba el art. 7 del Convenio OIT 107.

De esta manera, se expresa que, al igual que el art. 7 del Convenio 107 OIT, el art. 8 del Convenio 169 OIT²¹⁵ establece, en lo que interesa, el respeto al Derecho Consuetudinario de los indígenas, en cuanto obliga a que en la aplicación de la legislación nacional, a los pueblos interesados, deberán tomarse debidamente en consideración sus costumbres o su derecho consuetudinario, expresándose que su uso, en todo caso, se encuentra sometido a ciertos límites, que ya no son los programas de integración del Estado, sino que los derechos humanos, sean los definidos por el sistema jurídico nacional o con aquellos internacionalmente reconocidos. Y se sostiene que la aplicación de éste, en materia penal, se encuentra normada por el art. 9.2 del mismo Estatuto.²¹⁶ Nosotros agregamos que esto, sin perjuicio de la existencia de una limitación, si se quiere adicional y especialísima, en materia criminal, prevista en el art. 9.1,²¹⁷ en los términos que se expresa acto seguido.

²¹⁴ ROZAS, Cristian, *Aplicación del Multiculturalismo Penal en la Justicia Criminal chilena*, op. cit. p.109.

²¹⁵ Ver cita 133.

²¹⁶ ROZAS, Cristian, *Aplicación del Multiculturalismo Penal en la Justicia Criminal chilena*, op. cit. p.109.

²¹⁷ Ver cita 133.

En efecto, razonable es advertir que la cláusula de compatibilidad de la costumbre indígena, para ser tenida en cuenta por el derecho nacional crece, en sede penal, pues no sólo se extiende a la que deriva de los derechos fundamentales del respectivo sistema –como lo sería en sede civil, comercial o laboral-, sino que a normas del mismo ordenamiento Estatal que, sin tener ese carácter, chocan contra la costumbre indígena que se invoca; decisión que, en nuestro parecer, resulta coherente, por la naturaleza misma del Derecho Penal, en el cual es la Ley, la fuente inmediata de su creación, como se indicó en supra 2. En todo caso, en nuestro Derecho, esta consideración no tiene mayores efectos jurídicos pues, como resolvió el Tribunal Constitucional en ROL 309-2000 de 04 de agosto de 2000, si bien aquel precepto era ajustado a la Carta Fundamental, al mismo tiempo, resultaba incompatible con el sistema procesal nacional y, en consecuencia, no aplicable.²¹⁸

Entonces, aunque el aludido Convenio OIT 169, pretenda imponer la regulación, internacional, del multiculturalismo jurídico y admitirse la existencia de un Derecho propio de los indígenas, como bien dicen los autores, éste podría considerarse inferior, pues debe normarse por los derechos fundamentales, que haya establecido el respectivo sistema jurídico nacional o los que hubieran sido internacionalmente reconocidos; con lo que pierden autonomía, frente a lo nacional.²¹⁹

Esto sumado a que la permanente vinculación y los regulares contactos, en un país físicamente pequeño como Chile, entre los miembros de la comunidad indígena y la sociedad mayoritaria hará, con el transcurso del tiempo, y sin que se pretenda una supuesta integración forzada u obligatoria a lo nacional, más difícil acoger la exención o benignidad en el castigo, al amparo del expediente en estudio, a la luz del mentado art. 54 de la Ley 19.253.

Creemos, en todo caso y no obstante las precisiones anteriores, que la legislación chilena cumple, sobre el punto, con el mandato internacional. En efecto, lo

²¹⁸ Ver cita 187. Considerando 53°.

²¹⁹ MARES DE SOUZA, Carlos, *Autodeterminación de los pueblos indígenas y jusdiversidad*, citado por CABEDO, Vicente. *El Reconocimiento del Derecho y la Jurisdicción Indígena en el Convenio 169 de la OIT*, op. cit. p.38.

que el Convenio OIT 169 manda, en el art. 9.2, es tener en cuenta las costumbres de los pueblos indígenas, en materia criminal. Y si se analiza el art. 54 inc. 1 de la Ley 19.253, precisamente, se establece que ésta podrá ser considerada (tenida en cuenta), como un antecedente, para la aplicación de una eximente o atenuante de responsabilidad penal.

En torno al art. 10.1 del Convenio 169 OIT y siguiendo a Rozas sólo cabe precisar que el Tribunal Constitucional, en el antes citado ROL 309-2000 de 04 de agosto de 2000, resolvió que la norma, al exigir que se tengan en cuenta, para la determinación de la pena, las características económicas, sociales y culturales de los condenados indígenas, no hacía más que reiterar los principios que inspiran el proceso penal. Ello sin perjuicio de la conclusión a que arriba el mismo autor, en cuanto que la norma referida modificaría las finalidades de las penas que se contemplan el Derecho Penal chileno, cuando éstas se aplican a miembros de pueblos indígenas.²²⁰

A su vez, el art. 10.2, en cuanto exige dar preferencia, respecto de condenados indígenas, a sanciones distintas al encarcelamiento, bien pudiera generar efectos en nuestro sistema sustitutivo de penas, en cuanto constituir aquél, un elemento interpretativo auxiliar de la Ley 18.216 de 14 de mayo de 1983 que “Establece penas que indica como sustitutivas a las penas privativas o restrictivas de libertad”, con las modificaciones que a ésta efectuó la Ley 20.603 de 27 de junio 2012, a la hora de optar entre la imposición de una pena privativa de libertad en un régimen penitenciario cerrado o por alguna de las sanciones que, actualmente, contempla el último cuerpo normativo aludido.²²¹

²²⁰ ROZAS, Cristian, *Aplicación del Multiculturalismo Penal en la Justicia Criminal chilena*, op. cit. pp.154 y ss.

²²¹ Art. 1 inc. 1 Ley 18.216. “La ejecución de las penas privativas o restrictivas de libertad podrá sustituirse por el tribunal que las imponga, por alguna de las siguientes penas:

- a) Remisión condicional.
- b) Reclusión parcial.
- c) Libertad vigilada.
- d) Libertad vigilada intensiva.
- e) Expulsión, en el caso señalado en el artículo 34.
- f) Prestación de servicios en beneficio de la comunidad”.

6.2. Indígenas de una misma etnia.

El legislador de la Ley 19.253, en su art. 1 inc. 1° estableció, en esencia, que los indígenas de Chile, son los descendientes de quienes habitaban el territorio, desde tiempos precolombinos, y que conservan manifestaciones étnicas y culturales y en que la tierra es el fundamento esencial de su existencia y cultura.²²² Y reconoció, en su texto original, ocho etnias principales. Una novena se agregó por la Ley 20.117.²²³ En todo caso, el reconocimiento legislativo de las referidas nueve etnias, no significó que sólo ellas puedan tener la calidad de tales, sino que se aludió a las que resultaban mayoritarias en el país.²²⁴

De esta forma, lo que el legislador de la Ley 19.253 reconoce son etnias y son a ellas a quienes les garantiza los derechos que fija, pero no se refiere a éstas como pueblos indígenas, en circunstancias que aquella noción es más restringida que ésta en cuanto ella se limita, en esencia, a una colectividad que se identifica y es identificada conforme a ciertos criterios étnicos, es decir, en torno a ciertos elementos comunes.²²⁵ Y lo anterior, no obstante que la historia fidedigna del establecimiento de la mentada Ley, da cuenta que su proyecto original aludía, en su art. 1, a los pueblos indígenas como sujetos activos de sus normas,²²⁶ lo que fue modificado durante su tramitación ya, desde el primer informe de la Comisión Especial de Pueblos Indígenas de la Cámara de Diputados,²²⁷ el cual lo reemplazó por la expresión cultura indígena. Luego el Senado, en su Comisión al efecto, enmendó ésta por la noción etnia.²²⁸

El Convenio OIT 169, plantea en su art. 1 que se aplica, tanto a pueblos tribales (art. 1.1.a) o pueblos indígenas (art. 1.1.b), en países independientes, que reúnan las

²²² Art. 1 inc. 1 Ley 19.253. “El Estado reconoce que los indígenas de Chile son los descendientes de las agrupaciones humanas que existen en el territorio nacional desde tiempos precolombinos, que conservan manifestaciones étnicas y culturales propias siendo para ellos la tierra el fundamento principal de su existencia y cultura”.

²²³ VILLEGAS, Myrna, ALBORNOZ, Patricia, SANDOVAL, Beatriz, “et al”, *Jurisprudencia Indígena, Cosmovisión e Integración*, op. cit. p.15.

²²⁴ *Ibíd.* p.15.

²²⁵ *Ibíd.* p.15.

²²⁶ BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL, Historia de la Ley 19.253, op. cit. p.9.

²²⁷ *Ibíd.* p.93.

²²⁸ *Ibíd.* p.31.

condiciones que el mismo fija.²²⁹ Precisándose, en su artículo 1.2, que la conciencia de su identidad indígena o tribal, deberá considerarse un criterio fundamental, para la determinación del grupo, al que se aplica el Convenio.²³⁰ Y, en coherencia, con lo antes dicho, en su art. 1.3 añade que la noción de pueblo, que establece el instrumento, no podrá interpretarse en el sentido que se le atribuya a éste, en el derecho internacional.²³¹ De esta forma, el término pueblo que establece el Convenio, ha de entenderse exclusivo, para las regulaciones normativas que él fija, sin referencias a otras reglas de cuerpos jurídicos internacionales, distintos. Se advierte, la inexistencia de una definición de lo que ha de entenderse por pueblo tribal o indígena, sino que se alude, más bien, a una serie de requisitos, que han de cumplir las colectividades humanas que pretendan la aplicación, a su respecto, de sus disposiciones.²³²

Por el contrario, la Ley 19.253, junto con indicar que el Estado reconoce las referidas nueve etnias, regula en su art. 2, quienes han de considerarse indígenas.²³³

²²⁹ Art. 1 Convenio 169 OIT.

“1. El presente Convenio se aplica:

- a) a los pueblos tribales en países independientes, cuyas condiciones sociales, culturales y económicas les distingan de otros sectores de la colectividad nacional, y que estén regidos total o parcialmente por sus propias costumbres o tradiciones o por una legislación especial;
- b) a los pueblos en países independientes, considerados indígenas por el hecho de descender de poblaciones que habitaban en el país o en una región geográfica a la que pertenece el país en la época de la conquista o la colonización o del establecimiento de las actuales fronteras estatales y que, cualquiera que sea su situación jurídica, conservan todas sus propias instituciones sociales, económicas, culturales y políticas, o parte de ella”.

²³⁰ Art. 1 Convenio 169 OIT:

“2. La conciencia de su identidad indígena o tribal deberá considerarse un criterio fundamental para determinar los grupos a los que se aplican las disposiciones del presente Convenio”.

²³¹ Art. 1 Convenio 169 OIT:

“3. La utilización del término "pueblos" en este Convenio no deberá interpretarse en el sentido de que tenga implicación alguna en lo que atañe a los derechos que pueda conferirse a dicho término en el derecho internacional”.

²³² DONOSO, Sebastián, *Chile y el Convenio 169 de la OIT: Reflexiones sobre un desencuentro*, op. cit. p.5.

²³³ Art. 2 Ley 19.253. “Se considerarán indígenas para los efectos de esta ley, las personas de nacionalidad chilena que se encuentren en los siguientes casos:

- a) Los que sean hijos de padre o madre indígena, cualquiera sea la naturaleza de su filiación, inclusive la adoptiva;

Se entenderá por hijos de padre o madre indígena a quienes descendan de habitantes originarios de las tierras identificadas en el artículo 12, números 1 y 2.

- b) Los descendientes de las etnias indígenas que habitan el territorio nacional, siempre que posean a lo menos un apellido indígena;

La norma chilena no sólo utiliza criterios objetivos [de las letras a) y b) del art. 2 de la Ley 19.253], sino también, subjetivos [letra c) de la misma disposición], en cuanto a la exigencia de la práctica de formas de vida, costumbres o religión de estas etnias de un modo habitual o por una relación conyugal, con persona indígena. Pero siempre, en este último caso, en la existencia de una auto identificación indígena; con lo que esta calidad depende del sujeto y su relación con la cultura respectiva.²³⁴ De hecho, el propio Mensaje de la Ley 19.253, sobre el punto, expone que en la definición de la calidad de indígena se habrían seguido modernas corrientes de pensamiento que basan en la autodefinición, pues la pertenencia a una cultura y pueblo indígena es una decisión personal, producto de la propia conciencia de participación.²³⁵

6.2.1. Legitimados para la invocación de la norma legal.

Despejadas someramente, por los objetivos de este trabajo, las cuestiones tendientes a determinar las exigencias que plantea la Ley, para entender quienes son los sujetos que pueden invocar las prerrogativas que ella formula o, como dice la norma, quienes se considerarán indígenas para su ámbito, debemos efectuar un análisis que responda a la interrogante de cuáles son los efectos que trae dicha decisión normativa, en torno al instituto en estudio.

Como se dijo, conforme el texto de la Ley 19.253, el primer requisito que establece el legislador, para hacer valer, en juicio, la costumbre es que se trate de indígenas de una misma etnia. De esta forma, pareciera que aquella, en una primera aproximación, sólo pudiera invocarse –hacerse valer, como dice la norma- cuando el

Un apellido no indígena será considerado indígena, para los efectos de esta ley, si se acredita su procedencia indígena por tres generaciones, y

c) Los que mantengan rasgos culturales de alguna etnia indígena, entendiéndose por tales la práctica de formas de vida, costumbres o religión de estas etnias de un modo habitual o cuyo cónyuge sea indígena. En estos casos, será necesario, además, que se autoidentifiquen como indígenas”.

²³⁴ Cuestión, si se quiere, no novedosa en el Derecho chileno, a la luz de las referencias contenidas en la causa seguida en contra de doña Juana Catrilaf, en 1953.

²³⁵ BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL, Historia de la Ley 19.253, op. cit. p.5.

litigio se traba entre indígenas; y no sólo ello, sino entre quienes pertenezcan, a una misma etnia.

No compartimos aquella interpretación. Creemos que, en sede penal, la costumbre indígena, bien puede servir como antecedente para eximir o atenuar responsabilidad penal, si la invoca –y por cierto prueba- una persona indígena, aunque no litigue contra otro, de su misma etnia; lo haga contra persona, que no tiene esa calidad; o simplemente, cuando no haya un ofendido, por el delito.²³⁶ Y esto, por dos grandes argumentos, uno que deriva de la sola interpretación de la norma legal y otro sustentado, en el Convenio OIT 169.

El primero, dice relación con la interpretación que puede efectuarse del texto mismo del art. 54 inc. 1° de la Ley 19.253. Esto es, leer el inciso aludido como una norma, que contiene una regla general y otra especial. Aquella regulada, antes del punto seguido, y que sería aplicable para todas las materias distintas a la penal y sólo a éstas, sería aplicable la exigencia que, para hacer valer la costumbre, el pleito debiera incoarse entre indígenas de una misma etnia. Por el contrario en lo penal, como dice la Ley, pudiera ser considerada cuando la costumbre sirva de antecedente, para la aplicación de una eximente o atenuante de responsabilidad penal. Pero, en ambos escenarios, siempre que no sea incompatible con la Constitución Política de la República.

El segundo, deriva de la interpretación que puede efectuarse de los arts. 8 y 9 del Convenio OIT 169 y los efectos que dicha norma internacional, provoca en el derecho de los Estados partes, entre ellos Chile.

En efecto, si se considera que el Convenio OIT 169, constituye un Tratado Internacional, ratificado por nuestro país, que regula derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana, como dice el art. 5 inc. 2 de la Constitución Política de la

²³⁶ Art. 108 inc. 1 Código Procesal Penal. “Concepto. Para los efectos de este Código, se considera víctima al ofendido por el delito”.

República,²³⁷ y que en nuestro concepto, por ello, implica un límite al ejercicio de la soberanía, aparece que su contenido emerge como indisponible para las autoridades Estatales,²³⁸ y entre ellas, por cierto, los órganos jurisdiccionales.

De esta forma, en un proceso hermenéutico respetuoso del aludido art. 5 de la Ley Fundamental en relación con el art. 6 de mismo Estatuto,²³⁹ no se podrán obviar, las reglas que sobre el particular prodiga el aludido texto internacional y así, a la luz de lo dispuesto en el art. 9.2, cuando deba existir pronunciamiento en materias penales, se deberán tener en cuenta las costumbres de los sujetos indígenas; sin que pueda restringirse su aplicación, porque el Convenio OIT 169 no lo hace, a aquellas situaciones en que el conflicto se hubiera trabado entre miembros de alguna colectividad de ese carácter y menos, entre quienes pertenezcan a una misma etnia. Este es el sentido que aparece del fallo RIT 27-2015, de 02 de marzo de 2015, del Tribunal de Juicio Oral en Lo Penal de Arica, al conocer de una acusación deducida en contra de un ciudadano boliviano, a quien se le atribuía el transporte de 16 kg. de hoja de coca. Y que resultó absuelto de aquella.²⁴⁰

Pensamos que esta última interpretación propuesta, es la que se aviene más precisamente, con los principios de respeto al multiculturalismo jurídico que pretenden sustentan el Convenio OIT 169 y que da cumplimiento, además, a lo que nuestro sistema normativo nacional establece, en el ya citado art. 5 del Código Político; constituyendo aquél, como se dijo, un límite al ejercicio de la soberanía y, en la materia en análisis, precisamente al uso del *ius puniendi*, en contra de sujetos que, según la

²³⁷ Art. 5 inc. 2 Constitución Política de la República. “El ejercicio de la soberanía reconoce como limitación el respeto a los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana. Es deber de los órganos del Estado respetar y promover tales derechos, garantizados por esta Constitución, así como por los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes”.

²³⁸ Cfr. AYLWIN, José, CARMONA, Cristóbal, MEZA-LOPEHANDÍA, Matías, “et al”, *Las implicancias de la ratificación del Convenio N°169 de la OIT en Chile*, op. cit., p.130. En el mismo texto, véanse las diversas posturas doctrinarias, sobre el sentido y alcance del art. 5 inc. 2 de la Constitución Política de la República, en relación con la normativa de jerarquía inferior.

²³⁹ Art. 6 inc. 1 Constitución Política de la República. “Los órganos del Estado deben someter su acción a la Constitución y a las normas dictadas conforme a ella, y garantizar el orden institucional de la República”.

²⁴⁰ Ver cita 150.

Ley chilena, forman parte de una de etnia y para la comunidad internacional, de un pueblo.

6.3. La costumbre no puede llevar a permitir la creación de dos derechos penales paralelos.

La vinculación de los arts. 3 inc. 1 de la Constitución Política de la República, 14 del Código Civil y 5 del Código Penal²⁴¹ con el art. 54 de la Ley 19.253, determina, como se dijo, que el Estado ha de ejercer su imperio jurídico en todo el territorio de la República y que la legislación nacional tiene aplicación, en todo el ámbito de aquella; sin que pueda aceptarse la existencia de ámbitos espaciales, dentro de ésta, sometidos, ordinariamente, a regímenes punitivos distintos, a los del derecho Estatal.²⁴² De esta forma, no resulta admisible concluir que de la interpretación, sistémica, que pueda hacerse de los ya citados arts. 54 de la Ley Indígena chilena y 8, 9 y 10 del Convenio OIT 169, se pretenda que la costumbre indígena constituya un derecho u ordenamiento jurídico paralelo al legítimamente establecido, de acuerdo a las reglas constitucionales, reguladas por la Carta Fundamental.

En efecto, si el art. 54 ya referido, atribuye a la costumbre el carácter de antecedente para la aplicación de una eventual eximente o atenuante de responsabilidad penal, razonable es creer que aquella sólo surtirá efectos en el contexto de estos institutos y por cierto siempre, en torno a categorías tradicionales de derecho penal, respecto de sujetos que han ejecutado un hecho típico, antijurídico y culpable. Pero, sin la pretensión de que aquel derecho consuetudinario pudiera

²⁴¹ Art. 3 inc. 1 Constitución Política de la República. “El Estado de Chile es unitario”; Art. 14 del Código Civil. “La ley es obligatoria para todos los habitantes de la República, incluso los extranjeros”; y Art. 5 del Código Penal. “La ley penal chilena es obligatoria para todos los habitantes de la República, incluso los extranjeros. Los delitos cometidos dentro del mar territorial o adyacente quedan sometidos a las prescripciones de este Código”.

²⁴² Sin perjuicio de la situación, excepcional, regulada en el artículo 13 de la Ley 16.441 que “Crea el Departamento de Isla De Pascua”, en cuanto que “En los delitos contemplados en los Títulos VII y IX del Libro Segundo del Código Penal, cometidos por naturales de la Isla y en el territorio de ella, se impondrá la pena inferior en un grado al mínimo de los señalados por la ley para el delito de que sean responsables”. Esto es, en relación con crímenes y delitos contra el orden de las familias, la moralidad pública, la integridad sexual y la propiedad.

constituir un todo orgánico que postule una aplicación, ordinaria y general, simbiótica con el derecho nacionalmente establecido. Y en este contexto, en caso alguno con la pretensión de derogar, siquiera tácitamente, los tipos penales que ha fijado la legislación punitiva nacional. Si la pretensión de la Ley 19.253 fuera distinta, lógico es pensar que no hubiera resaltado a la costumbre indígena como un mero dato, para considerar aquéllas.

Por otro lado, lleva a la misma conclusión la propia regulación internacional sobre el punto. Como se dijo antes, si bien el Convenio OIT 169, pretender enarbolar banderas distintas al del integracionismo indígena tutelar, propio del Convenio OIT 107; no es menos cierto que los arts. 8 y 9 de aquel instrumento internacional al establecer, expresamente, el baremo de la compatibilidad, de la costumbre indígena, con el sistema jurídico nacional y los derechos humanos internacionalmente reconocidos, sólo constituye una suerte de fuente accesoria del Derecho Estatal,²⁴³ al cual ineludiblemente deberá estar sometido.

Cuestión distinta es, como se dirá, que por razones, esencialmente, vinculadas con el respeto al principio de culpabilidad, la costumbre indígena, legalmente acreditada, tenga efectos al tiempo de ponderar la reprochabilidad del sujeto, en contra de quien se ha enderezado persecución penal.

6.4. El reconocimiento normativo de la costumbre en derecho penal, en aras del respeto del principio de culpabilidad.

La imposición de la pena implica, necesariamente, culpabilidad. Y, siguiendo a Castillo, si el error de prohibición puede excluir aquella, si es invencible o atenuarla, si es vencible, es en este ámbito donde se hace más intensa la ponderación de las valoraciones culturales, distintas a la mayoritaria.²⁴⁴ Precisamente por el impacto que

²⁴³ MARES DE SOUZA, Carlos, *Autodeterminación de los pueblos indígenas y jusdiversidad*, citado por CABEDO, Vicente. *El Reconocimiento del Derecho y la Jurisdicción Indígena en el Convenio 169 de la OIT*, op. cit. p.38.

²⁴⁴ CASTILLO, Alejandra, *La ponderación de las valoraciones culturales*, op. cit. p.259.

ésta tendrá, en la conciencia de la antijuridicidad del hecho cometido, por el sujeto respectivo, si pertenece a una identidad cultural distinta a la dominante, cuestión que, entre otras cosas, pudiera determinar el acceso de éste, a la información jurídica.²⁴⁵ Posición que se sostiene, particularmente, si el individuo tiene patrones de orientación normativa y valoraciones distintos, debido a una socialización exótica o a un desarrollo extremadamente aislado de la sociedad mayoritaria.²⁴⁶ O como dice Zaffaroni, cuando el agente pertenece a una cultura o subcultura diferenciada, donde ha internalizado valores diferentes e incompatibles –la denominada socialización exótica-, a los de la sociedad mayoritaria.²⁴⁷

En este sentido, una de las consecuencias del multiculturalismo en el ámbito penal se enfrenta por medio de dos institutos, del Derecho Comparado: las llamadas *cultural offences* o *culturally motivated crimes* y las *cultural defences*.²⁴⁸ Los primeros, dan cuenta de comportamientos que contradicen la norma penal, pero se explican en razón de la cultura a que pertenece el infractor. Se trata de un actuar desarrollado por un miembro de una cultura minoritaria, la que estima que aquel no es delito, dentro de su esfera cultural. Y las *cultural defences*, son catalogadas como factores o circunstancias que permiten excluir o disminuir la responsabilidad penal, siempre que la conducta encausada obedezca a motivaciones culturales.²⁴⁹

Para estar ante un delito culturalmente motivado es necesario que concurra un factor psíquico en el agente, esto es, que su acción desplegada se apoya en motivaciones culturales o como dice la doctrina, en supuestos psicológicos que determinan su obrar, dada la concurrencia de ciertos códigos culturales que lo condicionan en determinado contexto.²⁵⁰ Es decir, en el actuar reprochado debe haber una personificación del valor cultural minoritario del sujeto.²⁵¹

²⁴⁵ *Ibíd.* p.259.

²⁴⁶ JAKOBS, Gunther, *Derecho Penal*, op. cit. citado por CASTILLO, Alejandra, *La ponderación de las valoraciones culturales*, op. cit. p.244.

²⁴⁷ ZAFFARONI, Raúl, ALAGIA, Eugenio, SLOKAR, Alejandro, *Derecho Penal*, op. cit. p.736.

²⁴⁸ CARNEVALLI, R., *El multiculturalismo*, op. cit.

²⁴⁹ *Ibíd.*

²⁵⁰ *Ibíd.*

²⁵¹ *Ibíd.*

Por el contrario, las *cultural defences* como se dijo, aluden a factores o circunstancias que permiten excluir o disminuir la responsabilidad penal, siempre que la conducta encausada obedezca a motivaciones culturales y que el hecho considerado como delictivo fuera realizado por el autor de buena fe, que se sustenta en la creencia, en su tradición cultural y que hacen que el sujeto ni siquiera se represente que su actuar sea antijurídico.²⁵² Agregándose, por Castillo, que ésta debe ejercerse en relación con otras figuras del Derecho, ya sea la inimputabilidad, legítima defensa, estado de necesidad, error de prohibición, entre otras, en la que la defensa cultural se halla en relación de complemento.²⁵³

En este sentido, conforme la interpretación que hemos sugerido al tratamiento de la costumbre, que reconoce el art. 54 de la Ley 19.253, y su vinculación con el error de prohibición, para la consideración de la irresponsabilidad penal del indígena o su ponderación para un proceder más benigno, desde una perspectiva de un hecho culturalmente condicionado, como dice Zaffaroni,²⁵⁴ no es temerario concluir, dogmáticamente, que el legislador chileno, en la referida disposición de la Ley Indígena, ha incorporado la *cultural defences*, como un mecanismo de defensa hábil para el indígena, cuando sus caracteres culturales son los que determinan la comisión del hecho delictivo, ya sea porque detenta una valoración particular de un determinado bien jurídico, o bien porque en razón de una firme determinación cultural en su desarrollo tiene una concepción diversa de lo bueno, lo malo, lo permitido o lo prohibido. Y compartimos con Castillo, en que no basta con que el sujeto se sienta culturalmente especial.²⁵⁵

En este contexto, y como antes ya se adelantó, si bien es efectivo que las defensas culturales pudieran generar oposición por el eventual debilitamiento de las normas penales, objeciones razonables por cierto, reiteramos que el fundamento de aquellas es una cuestión de reprochabilidad pues, como se dice, no puede ponderarse

²⁵² CASTILLO, Alejandra, *La ponderación de las valoraciones culturales*, op. cit. p.262.

²⁵³ *Ibíd.* p.263.

²⁵⁴ ZAFFARONI, Raúl, ALAGIA, Eugenio, SLOKAR, Alejandro, *Derecho Penal*, op. cit. p.738.

²⁵⁵ CASTILLO, Alejandra, *La ponderación de las valoraciones culturales*, op. cit. p.262.

con mayor peso específico, la calidad ejemplificadora de la pena como castigo (criterio preventivo), con cargo al principio de la culpabilidad, como límite y justificación de la sanción que ha de imponerse, cuestión que, se agrega, además de ser incorrecto, de acuerdo a las teorías modernas de la pena, es inhumano.²⁵⁶ Pues, si no se hace, se incumple la exigencia que al efecto formula el art.19 N°3 inc. 7 de la Constitución Política de la República.²⁵⁷

6.5. La costumbre y la necesidad de prueba completa de su existencia y de haber obrado el imputado por su influjo y estructura socio-jurídica.

La costumbre es un hecho; y como tal, para que se le reconozca en el fallo y genere los efectos pretendidos por la defensa del imputado, debe ser acreditada en juicio. Esta es la regla que establece el art. 54 inc. 2 de la Ley 19.253, el cual permite que ella se pruebe por todos los medios que franquea la ley y, especialmente, por un informe que deberá evacuar la Corporación (de Desarrollo Indígena),²⁵⁸ a requerimiento del tribunal.

La autorización de probar la costumbre, por todos los medios que autoriza la ley, nos parece acertada. Y coherente con la disposición del art. 295 del Código Procesal Penal,²⁵⁹ que fija una regulación, en un similar sentido. De esta forma, la aparente prevalencia probatoria del aludido Informe de la Corporación de Desarrollo Indígena, no es tal y no pasa de ser una regla programática de la ley, de concederle al organismo especial que crea, una función administrativa, en el ámbito de las mismas competencias que se le otorgan. Así, bien se podrá justificar la costumbre que se

²⁵⁶ *Ibíd.* p.265.

²⁵⁷ Art. 19 N°3 inc. 7 Constitución Política de la República. “La ley no podrá presumir de derecho la responsabilidad penal”.

²⁵⁸ Art. 38 inc. 1 Ley 19.253. “Créase la Corporación Nacional de Desarrollo Indígena como un servicio público, funcionalmente descentralizado, dotado de personalidad jurídica y patrimonio propio, sometido a la supervigilancia del Ministerio de Planificación y Cooperación. Podrá usar la sigla CONADI. Tendrá su domicilio y sede principal en la ciudad de Temuco”.

²⁵⁹ Art. 295 Código Procesal Penal. “Libertad de prueba. Todos los hechos y circunstancias pertinentes para la adecuada solución del caso sometido a enjuiciamiento podrán ser probados por cualquier medio producido e incorporado en conformidad a la ley”.

invoca, con otras probanzas, por ejemplo, con informes antropológicos de organismos no estatales o sujetos particulares, que sirvan para formar al tribunal, la convicción de la existencia de aquélla. De hecho, así se probó la costumbre en el ya citado fallo de 02 de marzo de 2015 en RIT 27-2015 del Tribunal de Juicio Oral en Lo Penal de Arica. O incluso, sin los mentados informes, si las pruebas diversas a éstos, son de tal entidad que cumplen, con la exigencia aludida.

Pero más importante que lo anterior, resultan dos cuestiones que deben considerarse al tiempo de la prueba de la costumbre: **a)** su completa existencia y **b)** que el imputado obró por su influjo y estructura socio-jurídica.

En relación con lo primero. Deberá probarse que el proceder del agente resulta coherente con la exigencia de repetición constante de la conducta realizada por la generalidad de los miembros de su grupo humano indígena, etnia para la Ley chilena, de manera constante y uniforme y en la convicción de dar cumplimiento a una regla normativa. En un sentido similar Aravena, para quien la costumbre indígena se refiere a aquellas reglas de comportamiento que existen al interior de cada pueblo indígena, y que contribuyen al mantenimiento de su orden interno y a la solución de los conflictos que puedan surgir²⁶⁰ Y Castillo, en cuanto la costumbre o derecho consuetudinario contiene normas de conducta que regulan la vida de la comunidad y tiene capacidad de coerción.²⁶¹ Es decir, deberá justificarse que no se trata de un mero uso o práctica inorgánica a la comunidad respectiva, sino de una regla de comportamiento generalmente aceptada como obligatoria.

Luego, una vez probado que el proceder respectivo da cuenta de una costumbre del grupo indígena, del que forma parte el enjuiciado, deberá acreditarse que ésta, a la época de los hechos, era la que regía, sobre el punto, a la comunidad, en cuanto como expresan Aravena y Castillo, son normas que cambian de acuerdo con la evolución de las creencias y valores imperantes en cada comunidad indígena y por

²⁶⁰ ARAVENA, Andrea, *Derecho consuetudinario indígena*, op. cit. p.149.

²⁶¹ CASTILLO, Eduardo, *Derecho Consuetudinario y Derecho indígena* citado por ARAVENA, Andrea, *Derecho consuetudinario indígena*, op. cit. p.149.

tanto, modificables en el tiempo, según ella; o que no sería un derecho inmutable o para conservar lo antiguo, pues como la comunidad y sociedad, adquieren dinamismo, adaptándose a lo nuevo, según éste.²⁶²²⁶³

Finalmente deberá justificarse que la costumbre indígena, vigente, que invoca el sujeto, conforme con el art. 54 inc. 1 de la Ley 19.253 en relación con el 8.2 Convenio OIT 169 es compatible con los derechos fundamentales que establece el sistema jurídico nacional o con los derechos humanos internacionalmente reconocidos. Ya dijimos que el art. 9.1 de Convenio OIT 169 fue declarado constitucional, pero incompatible con el sistema jurídico nacional por el Tribunal Constitucional, en fallo dictado en ROL 309-2000 de 04 de agosto de 2000.

En relación con lo segundo. Probada la existencia de la costumbre, su vigencia y su compatibilidad con los derechos fundamentales que establece el sistema jurídico nacional o con los derechos humanos internacionalmente reconocidos, deberá acreditarse que el proceder del sujeto fue en cumplimiento de aquella directriz de conducta o como se ha indicado, que permita explicar la motivación del sujeto para comportarse tal como ocurrieron los hechos.²⁶⁴

En efecto si, según nuestra tesis, el error de prohibición es el fundamento que sustentaría, en el art. 54 inc. 1 de la Ley 19.253, una eventual eximente o benignidad en el tratamiento penal del indígena infractor de ley criminal, resulta coherente exigir pruebas de que el proceder del agente, se haya motivado en el influjo socio-jurídico que sobre él provocó la regla de comportamiento existente en la comunidad, de que forma parte. No es suficiente, la sola incorporación de antecedentes que acrediten la existencia de la costumbre, en el grupo que integra, pero sin una vinculación de ésta

²⁶² ARAVENA, Andrea, *Derecho consuetudinario indígena*, op. cit. p.149.

²⁶³ CASTILLO, Eduardo, *Derecho Consuetudinario y Derecho indígena* citado por ARAVENA, Andrea, *Derecho consuetudinario indígena*, op. cit. p.149.

²⁶⁴ DEFENSORIA PENAL PUBLICA, *Modelo de Defensa Penal para imputados indígenas*, op. cit. p.95.

con el actuar del sujeto enjuiciado, como que el individuo, forma parte de aquella colectividad. En un sentido similar Defensoría Penal Pública.²⁶⁵

²⁶⁵ *Ibíd.* p.95.

Conclusiones

La costumbre indígena no fue considerada, por nuestro legislador, como un instituto relevante para regular los efectos de las conductas jurídicas de los miembros indígenas de nuestra sociedad, hasta la Ley 19.253. Los textos normativos anteriores a ésta, vinculadas con materias de indígenas, sólo regulaban cuestiones relacionadas con litigios sobre el dominio, posesión y tenencia de la tierra y creaban estructuras jurisdiccionales y procedimientos destinados a la solución judicial de aquellos.

Fue la Ley 19.253, de 05 de octubre de 1993, la que estableció, por primera vez en nuestro derecho, que la costumbre indígena constituiría derecho, si ella no era incompatible con la Constitución Política de la República. Y, en lo penal, que pudiera servir como un antecedente para la configuración de alguna eximente o atenuante de responsabilidad penal. Creemos que el movimiento indigenista de fines de los años ochenta, que se opuso tenazmente a normas que facilitaban la división de las comunidades por medio de procesos de subdivisión de la tierra y la suscripción del Convenio OIT 169 sobre sobre “Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes” de 27 de junio de 1989, el cual en sus arts. 8 a 10, estableció normas tendientes al respeto y validez de la costumbre o derecho consuetudinario, siempre que ella sea compatible con los derechos fundamentales de la legislación nacional y con los derechos humanos internacionalmente reconocidos; parecen ser los hitos que permitieron la adopción, en nuestro país, de una decisión como la referida.

En este contexto, de valoración legislativa nacional de la costumbre indígena a la luz del Convenio OIT 169, analizamos el fundamento de aquella, conforme las instituciones tradicionales del derecho penal. Y concluimos, a la par con la doctrina mayoritaria, que es el error de prohibición el que permite un tratamiento respetuoso del principio de la culpabilidad del indígena infractor de la ley penal, a fin de evitar cualquier atisbo de alegaciones relacionadas con una eventual subjetivización excesiva de las normas penales, que pudiera acarrear un déficit preventivo de las mismas.²⁶⁶

²⁶⁶ CASTILLO, Alejandra, *La ponderación de las valoraciones culturales*, op. cit. p.253.

Discrepamos, de esta forma, con aquellos que ven en la inimputabilidad del indígena el fundamento de la norma y también con aquellos que se resisten a cualquier disposición que implique un tratamiento punitivo diverso, a los miembros de una colectividad originaria, que cometen un delito.

En todo caso, el tratamiento del error de prohibición, en este especial campo, lo entendemos de la manera como lo hace Zaffaroni es decir, en la existencia de un eventual error de prohibición por la falta de comprensión, culturalmente condicionado.

De esta manera, si el error de comprensión se manifiesta porque el agente pertenece a una cultura diferenciada, donde ha internalizado valores diferentes e incompatibles (la denominada socialización exótica)²⁶⁷ a la de la cultura mayoritaria, aquel es invencible, elimina la comprensión de la antijuridicidad y el enjuiciado deberá resultar exento de castigo. A su vez, si la equivocación es vencible generará el efecto de disminuir la reprochabilidad, con lo que podrá postular a una disminución de la pena, hasta donde la ley lo autoriza.²⁶⁸

Creemos que, a la luz de nuestra legislación, la tesis es sostenible. El art. 54 inc. 1 de la Ley 19.253, no regula taxativamente cuándo la costumbre indígena, legalmente acreditada, ha de considerarse como un antecedente para una eximente o atenuante de responsabilidad penal. Es así, como en concordancia con lo expuesto, estimamos que en todos aquellos casos en que el proceder del sujeto se hubiera visto motivado, por una errónea comprensión, debido a su socialización exótica bien pudiera alegar alguna de las eximentes del catálogo del art. 10 del Código Penal o de las leyes especiales y no ser castigado, por su carencia de reprochabilidad en el ilícito cometido.

Por el contrario, si se prueba la existencia de un error, pero éste no alcanza un estándar de invencibilidad, sea porque el individuo ha mantenido contacto regulares, de cualquier forma, con la sociedad mayoritaria o porque no ha internalizado valores diferentes e incompatibles con ésta, podrá concedérsele un tratamiento punitivo más

²⁶⁷ ZAFFARONI, Raúl, ALAGIA, Eugenio, SLOKAR, Alejandro, *Derecho Penal*, op. cit. p.736.

²⁶⁸ *Ibíd.* p.738.

benigno, por medio de la configuración, a su favor, de la atenuante de responsabilidad criminal que corresponda.

Así, y como lo planteáramos, pensamos que es razonable concluir, dogmáticamente, que el legislador chileno, en la referida disposición de la Ley Indígena, ha incorporado la *cultural defences*, como un mecanismo de defensa, hábil, para el indígena, en cuanto aluden a factores o circunstancias que permiten excluir o disminuir la responsabilidad penal, siempre que la conducta encausada obedezca a motivaciones culturales.²⁶⁹

Igualmente, creemos que el legislador chileno, en esta especial materia, ha resuelto optar por la teoría extrema de la culpabilidad; y ha considerado que, para efectos, al menos, del art. 54 inc. 1 de la Ley 19.253, es aquella la que debe ser aplicada. De esta forma, si un indígena comete un delito y prueba que su erróneo proceder, invencible o excusable, se asila en una costumbre que no es incompatible con la Constitución Política de la República (art. 54 ya citado) o con los derechos fundamentales que establece el sistema jurídico nacional o con los derechos humanos internacionalmente reconocidos (art. 8.2 Convenio OIT 169), podrá servir de antecedente de una eximente de responsabilidad delictiva. Por el contrario, si sólo acredita que su error ha sido vencible o inexcusable, podrá postular a un tratamiento penal menos severo, por medio del reconocimiento, a su favor, de una atenuante de responsabilidad criminal.

Finalmente, en materia de prueba, para su reconocimiento como eximente o atenuante en el juicio respectivo, deberá acreditarse completamente, la existencia de la costumbre, su vigencia y su compatibilidad, según el art. 54 inc. 1 de la Ley 19.253 en relación con el 8.2 Convenio OIT 169, con los derechos fundamentales que establece el sistema jurídico nacional o con los derechos humanos internacionalmente reconocidos. Dijimos que el art. 9.1 de Convenio OIT 169 fue declarado constitucional, pero incompatible con el sistema jurídico nacional por el Tribunal Constitucional, en fallo dictado en ROL 309-2000 de 04 de agosto de 2000.

²⁶⁹ CASTILLO, Alejandra, *La ponderación de las valoraciones culturales*, op. cit. p.262.

Y por otro lado, deberá justificarse que el proceder del individuo, se motivó en el influjo socio-jurídico que sobre él provocó la regla de comportamiento existente en la comunidad, de que forma parte. No siendo suficiente, procesalmente, la mera incorporación de antecedentes que acrediten la existencia de la costumbre, en el grupo que integra, pero sin una vinculación de ésta con el actuar del sujeto enjuiciado.

Bibliografía

1. ALESSANDRI, Arturo, SOMARRIVA, Manuel, VODANOVIC, Antonio, Derecho Civil. Parte Preliminar y Parte General, Tomo I, quinta edición, Editorial Conosur Ltda., Santiago, 1990.
2. ARAVENA, Andrea, Derecho consuetudinario indígena. La Consideración de la costumbre como atenuante o eximente de responsabilidad penal: Informe pericial en: XII Congreso Internacional Derecho Consuetudinario y Pluralismo legal, Arica, Chile, 2000.
3. AYLWIN, José, CARMONA, Cristóbal, MEZA-LOPEHANDÍA, Matías, "et al", Las implicancias de la ratificación del Convenio N°169 de la OIT en Chile, Programa de Derechos de los Pueblos Indígenas, en pc's [en línea] http://www.observatorio.cl/sites/default/files/biblioteca/libro_ley169.pdf.
4. BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL, Historia de la Ley 19.253, Establece Normas sobre Protección, Fomento y Desarrollo de los Indígenas y Crea la Corporación Nacional de Desarrollo Indígena, en pc's [en línea] <http://www.bcn.cl>.
5. BOLETIN N°233-10 Inicia proyecto de Ley referido al acuerdo relativo al Convenio N°169 sobre pueblos indígenas, adoptado por la Organización Internacional del Trabajo, el 27 de junio de 1989 en historia Decreto N°236 Ministerio de Relaciones Exteriores en pc's [en línea] <http://www.leychile.cl/navegar>.
6. BULLEMORE, Vivian, MACKINNON, John. Curso de Derecho Penal. Santiago, Legal Publishing, 2010.
7. CARNEVALLI, R., El multiculturalismo: Un desafío para el Derecho penal moderno, en Política Criminal, N° 3, 2007. A-6, p. 1-28 [en línea] <http://www.politicacriminal.cl>.
8. CABEDO, Vicente. El Reconocimiento del Derecho y la Jurisdicción Indígena en el Convenio 169 de la OIT, en pc's [en línea] <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/4/1989/4.pdf>.
9. CASTILLO, Alejandra, La ponderación de las valoraciones culturales en el error de prohibición, en Revista Derecho (Valdivia) Vol. XXVII, N°2, 2014, p. 243-267 [en línea] <http://www.scielo.cl>.
10. CERVINI, Raúl, Acerca del Principio del Respeto a las Autonomías Culturales y su Trascendencia en Latinoamérica. Revista de la Asociación de Ciencias penales de Costa Rica. 02 (02), 1990.

11. COUSINO, Luis, Derecho penal chileno, Tomo I, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1975.
12. CURY, Enrique, Derecho Penal. Parte general, Tomo I, Segunda Edición, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1992.
13. DEFESORIA PENAL PUBLICA, Modelo de Defensa Penal para imputados indígenas, en pc's [en línea] <http://www.dpp.cl/resources/upload>.
14. DONOSO, Sebastián, Chile y el Convenio 169 de la OIT: Reflexiones sobre un desencuentro, Vicerrectoría de Asuntos Públicos Universidad Católica, año 3 N°16, 2008 en pc's [en línea] <http://www.politicaspUBLICAS.uc.cl>.
15. DUCCI, Carlos, Derecho Civil. Parte General, cuarta edición, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1995.
16. ECHEVERRIA, Germán, La Garantía de igual aplicación de la ley penal, Editorial Thomson Reuters, Santiago, 2013.
17. ETCHEBERRY, Alfredo, Derecho Penal. Parte General, Tomo I, Tercera Edición, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1998.
18. GALAZ, Sergio, Remisiones a la Costumbre en el Código Civil chileno en: Estudios de Derecho Penal. Parte general, Acto Jurídico y Derecho de Bienes, Editorial Abeledo Perrot, Santiago, 2011.
19. GARRIDO Montt, Mario. Derecho Penal. Parte general. Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2000.
20. IRIGOYEN, Raquel, Reconocimiento Constitucional del Derecho Indígena y la Jurisdicción Especial en los Países Andinos (Colombia, Perú, Bolivia, Ecuador), Revista Pena y Estado, N°4, Editorial del Puerto, Buenos Aires.
21. INSTITUTO DE ESTUDIOS INDÍGENAS, UNIVERSIDAD DE LA FRONTERA, Los derechos de los Pueblos indígenas en Chile. Informe del Programa de Derechos Humanos, Editorial LOM Ediciones, Santiago, 2003.
22. JAKOBS, Günther, *Derecho Penal*. Parte General, Fundamentos y Teoría de la imputación, traducción de Joaquín Cuello Contreras y José Luis Gonzaez de Mirillo, *segunda* edición, Editorial Marcial Pons, Madrid, 1997.
23. KUNSEMULLER, Carlos, Notas sobre el error de Prohibición. Gaceta Jurídica. 292, 2004.
24. LABATUT, Gustavo, Derecho Penal. Tomo I, Novena Edición actualizada por ZENTENO, Julio, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1995.

25. MAÑALICH, Juan Pablo, Consideraciones Acerca del error sobre la concurrencia de los presupuestos objetivos de las causales de justificación En: XIV Congreso Latinoamericano de Derecho Penal y Criminología, 25 a 28 de septiembre de 2002, Santiago, Universidad de Chile.
26. MARDONES, Cecilia, Legislación Indígena en Chile. La costumbre Indígena Mapuche, Tesis para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, Santiago, Universidad Central, 2000.
27. MODOLELL, Juan Luis, Breves consideraciones sobre la posible responsabilidad penal de sujetos pertenecientes a grupos culturalmente diferenciados (casos del indígena y costumbre de origen africano) en Derecho Penal y Pluralidad Cultural. Anuario de Derecho Penal 2006, Universidad Católica del Perú / Universidad de Friburgo (Suiza), 2007.
28. NOVOA, Eduardo, Curso de Derecho penal chileno. Parte general, Tomo II, Tercera Edición, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2010.
29. ORREGO, Juan, La costumbre, en pc's [en línea] <http://www.juanandresorrego.cl/apuntes>.
30. POLITOFF Lifschitz, Sergio, ACUÑA Matus, Jean Pierre, RAMÍREZ Guzmán, María Cecilia. Lecciones de Derecho Penal. Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2004.
31. ROXIN, Claus, Derecho Penal. Parte General, Tomo I, Editorial Civitas, Madrid, 1997 (traducción de la segunda edición alemana por Luzón Peña, Díaz y García y de Vicente).
32. ROZAS, Cristian, Aplicación del Multiculturalismo Penal en la Justicia Criminal chilena, Tesis para optar al grado de Magíster en Criminología y Justicia Penal, Santiago, Universidad Central, 2012.
33. RUDNICK, Carolina, La compensación racional de circunstancias modificatorias en la determinación judicial de la pena, Editorial Legal Publishing, Santiago, 2007.
34. RUZ, Gonzalo, Explicaciones de Derecho Civil. Parte General y Acto Jurídico, Tomo I, Editorial Abeledo Perrot, Santiago, 2011.
35. SANDOVAL, Ricardo, Derecho Comercial. Actos de Comercio, Noción General de empresa individual y colectiva, Tomo I, quinta edición, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1999.
36. SOTO P, Miguel., Una jurisprudencia histórica: hacia el reconocimiento del "principio de culpabilidad" en el derecho penal chileno, Revista de Derecho de la Universidad Finis Terrae, Santiago, Año III, N°3, 1999.

- 37.** VILLEGAS, Myrna, ALBORNOZ, Patricia, SANDOVAL, Beatriz, "et al", Jurisprudencia Indígena, Cosmovisión e Integración, Programa de Antropología Jurídica, Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, Santiago, 2009.
- 38.** YRURETA, Gladys, El indígena ante la ley penal, Universidad Central de Venezuela, Caracas, 1981.
- 39.** ZAFFARONI, Raúl, ALAGIA, Eugenio, SLOKAR, Alejandro, Derecho Penal. Parte general. Segunda Edición, Sociedad Anónima Editora, Buenos Aires, año 2002.