



Multiculturalidad y su tratamiento Penal en Chile: una visión hacia una nueva justicia restaurativa.

Arturo Burgos Arratia.

Profesor de Cátedra: Sr. José Luis Díaz.

Tesis para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas.

TABLA DE CONTENIDO

AGRADECIMIENTOS.....3

DEDICATORIA.....4

RESUMEN.....4

INTRODUCCION.....6-8

CAPITULO I

I. LO MULTICULTURAL. EL CONCEPTO.....9-13

II. LO MULTICULTURAL Y EL DERECHO PENAL..... 14-16

III. EL MULTICULTURALISMO EN LA REALIDAD LATINOAMERICANA Y CHILENA.....17-20

IV. LOS SISTEMAS SANCIONATORIOS INDIGENAS Y SUS CARACTERES Y FINES DE LA PENA.....21-25

V. SISTEMAS SANCIONATORIOS INDIGENAS Y CONVENIO 169 Y LOS TRATADOS INTERNACIONALES Y DESAFIOS DEL SISTEMA PROCESAL CHILENO26-30

VI. DERECHO PENAL Y DERECHO CONSUECUDINARIO.....30-32

CAPITULO II

I. DELITOS CULTURALMENTE MOTIVADOS Y LAS *CULTURAL DEFENCES*33-36

II. DOCTRINA Y JURISPRUDENCIA.....37-39

III. ENTREVISTAS DE INVESTIGACION.....40-43

CAPITULO III

I. CONCLUSIÓN.....44-49

II. BIBLIOGRAFIA50

AGRADECIMIENTOS

Quiero agradecer a mis padres y Carolina los amores y los motores de mi vida, por sus palabras de amor y aliento espiritual y en especial a Joan, haitiana a quien nunca conocí pero que su muerte me enseñó a amar cada día más al prójimo y a quien dedico con especial atención estas líneas.

A mi amiga y compañera de Universidad, María José Erices, que a un año de su partida ilumina mis pasos desde algún lugar, a todo el pueblo Mapuche y Pehuenche quienes han debido soportar la sangre de los años sobre sus manos, a mi amigos “El Perry” y “Banda Yámana” con quienes compartimos música y vida en los momentos difíciles de nuestra existencia.

Agradecer también a los hermanos Menores Capuchinos quienes con su guía espiritual me impregnaron de San Francisco de Asís y su búsqueda por la Justicia hacia los más desposeídos.

A Joan, por recordarnos que antes que todo somos distintos, únicos e irremplazables.

“Aquel de vosotros que esté libre de pecado, que tire la primera piedra.

E inclinándose de nuevo, siguió escribiendo en el suelo. Al oír esto, se fueron retirando uno tras otro, comenzando por los más viejos, hasta dejar a Jesús solo con la mujer, que aún seguía allí. Entonces se incorporó Jesús y le preguntó:

Mujer, ¿dónde están? ¿Ya nadie te condena?

Nadie, Señor.

Tampoco yo te condeno. Ahora vete, y no vuelvas a pecar.” (Juan.7-11)

RESUMEN

En las siguientes páginas daremos a conocer una realidad presente en nuestra sociedad. Una realidad no menor que se manifiesta de diversas maneras. Nos adentraremos en la arista penal del tema, para así exponer la interrogante que se refiere a si el ordenamiento penal nacional responde de forma idónea a la multiculturalidad presente en nuestra patria y, si así fuera, de qué forma se hace eficiente su aplicación, y además, si nuestro sistema, en la actualidad, está preparado a abrirse a nuevas formas de justicia desde la mirada Multicultural. Vemos que es un tema que presenta reparos entre esa realidad y nuestro sistema punitivo, desde lo principios en que se fundan ambos, hasta las consecuencias en la teoría del delito.

Dicho lo anterior, el análisis propuesto se enfocará en lo doctrinal y algunas entrevistas, respecto a un tema de importante relevancia como lo es la figura de la costumbre indígena y la pervivencia de los sistemas sancionatorios indígenas en Chile y su aplicación en la institucionalidad procesal penal. Abordaremos sus características, efectos, y algunos casos de realidad internacional y nacional, abordaremos las formas de justicia indígena y algunos casos relativos a jurisprudencia.

INTRODUCCION

Si buscáramos una definición de nuestra sociedad, destacaría las palabras Diversidad y Heterogeneidad, pues claro, Chile actual cuenta con una serie de etnias, grupos, costumbres, tradiciones que se van desarrollando en distintas etapas de nuestra historia, tanto antes de la independencia como Estado-Nación y hoy en el ámbito del fenómeno de la migración, lo anterior ha venido siendo estudiado por las ciencias sociales y ha dado origen al termino de Multiculturalismo y con ello se comience a hablar de Estados Multiculturales.

El fenómeno de migración en nuestro país se debe a variadas circunstancias ya sea acuerdos bilaterales, empleo, religión, refugio, razones humanitaria, estudio, motivos familiares y otros, donde claramente se desplazan nuevas culturas a nuestro territorio.

De acuerdo al informe OBIMID 2016, Observatorio Iberoamericano sobre movilidad humana, migraciones y desarrollo, desde el 2001 Chile representa un hito internacional que lo posiciona como uno de los principales destinos migratorios sudamericanos, en el año 2014 se estimó en 411.000 migrantes permanentes residiendo en Chile lo que correspondería a 2.3 % de la población nacional.

Ante el creciente flujo migratorio nuestra institucionalidad debiera estar preparada a nuevas culturas, tradiciones y formas de vida distintas.

La multiculturalidad se ha manifestado de diversas maneras, desde la convivencia de distintas personas en un mismo territorio, las costumbres, el estilo de vida, hasta el conflicto provocado por esos mismos factores.

Uno de los aspectos destacables y motivantes es la concepción que se tiene de lo permitido y prohibido, es una figura compleja pues se produce un conflicto respecto a lo que una sociedad entiende como prohibido y lo establece como tal, frente a lo que otro grupo conceptualiza como permitido.

El conflicto se agudiza al involucrar valores, costumbres, convicciones, modos de vida.

Lo anterior trae aparejado discriminaciones de grupos determinados y es motivo de aislamiento social por parte del grupo dominante.

El derecho penal nos plantea respuestas, pero al mismo tiempo dudas e interrogantes. El derecho Penal Chileno nace al alero de ideas foráneas, ideas provenientes de la cultura Romano- Germánica, bajo el prisma que una sola ley rija los conflictos entre individuos, un solo juzgador y un solo legislador. No obstante, mucho antes de que Chile fuera nación, todo ha sido distinto, dentro del ámbito de multiculturalidad los indígenas ya contaban con sus sistemas sancionatorios, que tienen una mirada distinta a nuestra forma de pensar y ver el derecho penal que nos rige como nación, y que en los hechos nunca fue introducido ni tomado en cuenta por los legisladores, sino a partir desde el convenio 169 de la Organización Internacional Del Trabajo, algunos jueces sin mayor preparación y experiencia en el tema han tratado de tomar estas normas e introducirlas en nuestro ordenamiento jurídico penal.

Hoy nos surge la duda si nuestro ordenamiento punitivo cuenta con las herramientas necesarias para enfrentar la realidad multicultural que con los años se incrementara de sobremanera, sobre todo en el ámbito de las migraciones, lo que conlleva a nuevas formas de vida, diversas culturas totalmente distintas conviviendo. A modo de ejemplo, es fácil observar que hay un creciente ingreso de migrantes Haitianos a nuestro país, este país es exquisito en una variedad de culturas étnicas, es por eso que nuestra investigación gira en torno a la pregunta ¿qué tan preparado está el sistema penal chileno para afrontar la multiculturalidad a la luz del Convenios 169 y los tratados internacionales? Sobremanera trataremos de abordar la temática desde el artículo 8º y 9º del convenio 169 y a la luz de la actual legislación interna en la materia, tanto ley indígena como procesal penal , de ahondaremos en realidad indígena mapuche, en las zonas del Bío Bío y la Araucanía, veremos que nos dicen los autores, sujetos procesales e instituciones, finalmente este investigador quiso recopilar algunas entrevistas de algunas

comunidades radicadas en la región metropolitana y de la fiscalía en la comuna de Los Ángeles que tiene como jurisdicción las comunidades pehuenches, además de entrevistar abogados de otros países tanto de Colombia y Venezuela.

CAPITULO I

I. LO MULTICULTURAL. EL CONCEPTO.

Podemos decir que hoy nosotros vivimos en un estado Multicultural. Desde tiempos coloniales que américa se convirtió en un abanico de razas que se fundieron y entrecruzaron, aún más hacia el 1907 con la oleada de migración europea, entre ellos Alemanes, Franceses, Italianos, por nombrar algunos.

El multiculturalismo se refiere a la cantidad cultural cuantitativamente consideradas o sea “cantidad de culturas”¹.

Se apunta en un contexto territorial o geográfico de diversas culturas asociadas a nación², se puede indicar que un estado multicultural es donde cohabitan en un mismo territorio culturas asociadas a diversas naciones.³

Es relevante y necesario distinguir entre los términos Multi, Pluri e interculturalidad; lo pluri y multicultural caracteriza el hecho social, haciendo el alcance de que el término multicultural echa sus raíces en países de corte occidental, al contrario, el termino pluricultural se usa con más frecuencia en américa latina. Se trata precisamente de dos miradas de una misma cuestión, es decir, lo multi se refiere a una colección de culturas frente a otra que es dominante, a contrario censu de lo pluri que más bien se enfoca a una convivencia de culturas.

La interculturalidad, se trata de algo que está por construir, es la evolución en su forma contemporánea que ha experimentado el concepto de multiculturalidad y la podemos definir cómo aquel proceso y proyecto social-político que tiene por objeto la construcción de sociedades, relaciones de vida nuevas y distintas.

¹ Gonzalez Ferreyra, Jorge Diversidad cultural e indigenismo en la Argentina. P.4. disponible en:<http://www.pensamientopenal.com.ar/system/files/2012/05/doctrina33927.pdf> [fecha de visita 01 de noviembre de 2017]

² Así, KYMLICKA, ciudadanía, P. 26 y 36; LAMO DE ESPINOSA, “Fronteras”, p. 15; LIPKIN, “Can Liberalism”, p.4.

³ Carnevali, Raúl “ El multiculturalismo: un desafío para el derecho penal moderno”, P.1-28. Disponible en www.politicacriminal.cl/n_03/a_6_3.pdf

Prosiguiendo, retomamos la idea de multiculturalismo como un hecho social donde habitan y cohabitan diversas culturas, es preciso también tener presente y claro el concepto de cultura. Clifford Geertz⁴ la define de la siguiente manera: *“La cultura es la trama de significados en función de la cual los seres humanos interpretan su existencia y experiencia, así mismo como conducen sus acciones, la sociedad es la forma que asume la acción, la red de relaciones sociales realmente existentes. La cultura y la sociedad no son, entonces, sino diferentes abstracciones de los fenómenos”*

Es así como la diversidad cultural alude a distintos significados o interpretaciones que diversos grupos en Chile tienen acerca de su propia existencia y experiencias de la sociedad Chilena.⁵

En una sociedad donde hay constantes discriminaciones por diversos motivos ya sea de raza, idioma, religión, reconocer que existen diferencias, tiene efectos en la legalidad.

La cultura jurídica se concentra en cinco familias jurídicas culturales, a) cultura Romano- germánica, b) Cultura Anglosajona o Comon Law, c) Cultura de los derechos socialistas d) cultura jurídica compuesta de derechos religiosos y tradicionales e) la familia o cultura jurídica de los sistemas híbrido o mixto, son aquellos que no se logran ubicar en ninguna familia cultural anteriores. Como característica esencial de todas estas familias son sus fuentes y en casi todos está presente la costumbre o derecho consuetudinario.

Es importante señalar que en Canadá coexisten dos familias jurídicas o podríamos decir dos raíces culturales: Canadá como parte de la herencia cultural del Common Law y la raíz cultural de la provincia de Quebec. Nos parece interesante señalar este tipo de antecedentes pues Quebec en 1995 inicia un referéndum el 30 de octubre donde sus principales solicitudes parten del

⁴ Clifford, G., Ritual and Social Change: A Javanese Example. American Anthropologist, New Series, Vol.59, Nº.1.(Feb., 1957), Pp.32-54.

⁵ Nancy Barra. El desafío de la diversidad cultural en Chile. P.2

reconocimiento de Quebec como una comunidad Política distinta, que existió antes de la creación de Canadá en 1867 y durante el tiempo ha conservado sus costumbres, valores, rasgos característicos de una comunidad nacional viva. Después de años de espera finalmente la reforma de 1892 parte del principio de que en Canadá existe sólo una nación. Fuera del origen occidental, es en Canadá hacia el 1970 donde tomar mayor auge el origen del concepto multicultural, de sobremanera en las políticas canadienses de la década del 1970, el eje central de estas políticas ponían de relieve medidas y acciones con el objeto de evitar la discriminación y por otra parte el respeto hacia las minorías, desde una perspectiva liberal.

En definitiva el término multicultural, vino dado para hacer referencia a las tres entidades de la federación canadiense: la anglófona, la francófona y la de los aborígenes, es decir tres grupos étnicos que comparten una misma nación. Este proceso no fue fácil a veces doloroso.

Nuestro país tampoco es ajeno a la realidad internacional y de los pueblos; podemos identificar entre distintas etnias, grupos, costumbres y tradiciones. Hoy podemos distinguir al menos cuatro tipos de grupos a) indígenas nativos, b) mestizos indígenas- españoles, c) grupos inmigrantes que se han mestizado y d) los nuevos inmigrantes⁶.

Nuestro país ha sido escenario de una constante lucha por el reconocimiento en cuanto a la diversidad cultural, manifestación clara de ello es la lucha que han sostenido el pueblo mapuche y el Estado. Lucha que se da en el marco del reconocimiento de sus costumbres, tradiciones, prácticas, lengua y territorio, a no ser tratados arbitrariamente y discriminados por el hecho de pertenecer a esa cultura, y además a tener en cuenta una valoración jurídica distinta, tomando en consideración elementos distintos.

⁶ BARRA-ZUMAN, Nancy (2007). El desafío de la diversidad cultural para Chile. Publicación en Intercultural Center for Research in Education (INCRE). 26.pp Disponible en: <http://www.incre.org/pdf/Chile.pdf> [fecha visita 05 de noviembre de 2017], p.2

Otro elemento importante a considerar en cuanto a la diversidad es la migración. Como bien indicamos en la introducción, según el informe OBIMID - Observatorio Iberoamericano sobre Movilidad Humana-, migraciones y desarrollo, Para el año 2014 se estimó cerca de 411.000 migrantes permanentes residiendo en Chile, lo que correspondería al 2,3% de la población nacional.⁷ El mayor porcentaje reside en la región metropolitana con un 61,5 % del total de la población, en segundo lugar tenemos a Antofagasta con un gran proporción de migrantes concentrando el 6,9%. La tendencia de la migración en la región de Antofagasta se ha cuadruplicado desde el año 2005 hasta el 2014. En resumen, de los 6.612 migrantes que había en la región en el año 2005 al 2014 la cifra ascendía a los 28.236.

Y es así como nos surgen interrogantes dirigidas a determinar cómo los Estados deben enfrentar la diversidad cultural y Chile no es ajeno a esta pregunta, pues una cosa es reconocer la diversidad que existe, pero otra es establecer los parámetros, mecanismos para se puedan manifestar, pero además convivir junto a otras formas culturales.

Las dos vertientes que discuten de cómo proteger a las minorías y si es viable el reconocimiento de derechos culturales colectivos son el liberalismo y el comunitarismo.

La interrogante que se plantea es si es indispensable o no que una sociedad respete las diversidades culturales o para brindar dicha protección, solo sería adecuado garantizar efectivamente los derechos civiles y políticos de sus ciudadanos.

¿Es válido limitar libertades fundamentales para favorecer la preservación de ciertas culturas?

Es importante explicar, y antes de adentrarnos en el tema doctrinal del comunitarismo y liberalismo, y preguntarnos qué entendemos por derecho cultural.

⁷ INFORME BIDMI (2016) la migración en Chile: breve reporte y caracterización. Julio- agosto 2016. Disponible en http://www.extranjeria.gob.cl/media/2016/08/informe_julio_agosto_2016.pdf [fecha de visita 06 de noviembre de 2016], p. 12-44.

A juicio del profesor Raúl Carnevali Rodríguez⁸ cuando hablamos de derechos culturales se expresa un interés por proteger las diferencias, en la práctica esto se traduce en disponer tratamientos particulares si se es parte de una cultura determinada.

Para el liberalismo, el Estado debe garantizar los derechos fundamentales, asegurando principalmente el derecho a elegir, el derecho a la libertad, es decir, el Estado sólo debe crear las condiciones necesarias para que los sujetos puedan desarrollarse de forma autónoma. En definitiva, el Estado no debe intervenir, debe dejar hacer y tan sólo asumir una posición neutra frente a las diversas manifestaciones y modos de vida, respetando a cada una de las culturas existentes eso si no debe tener una preferencia por ninguna de ellas, pues vulneraría el principio de que todos somos libres e iguales en dignidad y derechos. En resumen, aquí cada quien elige pertenecer al grupo determinado, aquí lo esencial es la protección de la libertad y no la diversidad cultural.

Para los comunitaristas, la postura del liberalismo no propone nada novedoso, respecto a la temática esencial que es la multiculturalidad, éstos proponen la generación de derechos culturales colectivos, aquí es cuando depende de sus integrantes mantener viva su cultura, para este planteamiento cada sujeto encuentra su identidad en la medida que se ubica dentro de un contexto social.⁹

⁸ Doctor en Derecho, Profesor Asociado de Derecho Penal de la Universidad de Talca.

⁹ Carnevali, Raúl "El Multiculturalismo: Un Desafío Para El Derecho Penal Moderno", P.1-28. Disponible en www.politicacriminal.cl/n_03/a_6_3.pdf (fecha de visita 06 de noviembre 2017)

II. LO MULTICULTURAL Y EL DERECHO PENAL.

LOS PRINCIPIOS INSPIRADORES DEL DERECHO PENAL SUS CONTRADICCIONES CON LOS DELITOS CULTURALMENTE MOTIVADOS.

El derecho penal constituye uno de los medios de control social existentes en las sociedades actuales.

Siguiendo a Roxin:

“La misión del Derecho penal está en asegurar a sus ciudadanos una convivencia libre y pacífica, garantizando todos los derechos establecidos jurídicamente. Si esta misión es denominada, a modo de síntesis, protección de bienes jurídicos, por bienes jurídicos han de entenderse todas las circunstancias y finalidades que son necesarias para el libre desarrollo del individuo, la realización de sus derechos fundamentales y el funcionamiento de un sistema estatal edificado sobre esta finalidad”¹⁰

El concepto de cultura obedece a distintas visiones y es mutable en el tiempo. La idea de cultura en la categoría del derecho penal es la idea de cultura en cuanto a identidad cultural. Identidad cultural se refiere a la pertenencia a un grupo y este grupo tiene patrones de significado distintos a los otros grupos, y así varían de identidad cultural en identidad cultural.¹¹ El efecto de lo anterior es que estos colectivos se van dotando de una cosmovisión particular del orden de las cosas.

Se genera toda una problemática a la hora de la valoración de los factores culturales por el derecho penal, no obstante, esta podría quedar resuelta si es que se toman en consideración los factores culturales, mediante la integración tanto en la discusión legislativa, así como la participación de los representantes de grupos que detentan una identidad cultural diversa. Hoy vemos que muchas veces este

¹⁰ ROXIN, Claus, “ El concepto de bien jurídico como instrumento de crítica legislativa sometido a examen”, Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología , Nº 15 (2013), p., en <http://criminet.ugr.es/recpc/15/recpc15-01.pdf>. [visitado el 10.12.2017]

¹¹ Castillo. A. Revista de derecho (dic. 2014) la ponderación de las valoraciones culturales en el error de prohibición. pp. 243-267

proceso no es cumplido al pie de la letra por los legisladores, pues vemos como la consulta indígena, no obstante ser el convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo ratificado por Chile, no es vinculante a la hora de las tomas de decisiones.

El profesor Santiago Mir Puig, connotado penalista nos recuerda en su libro de derecho penal, parte general, que el derecho a castigar se puede fundamentar en diversas concepciones políticas, nosotros tendremos como base la concepción de Estado social y democrático de derecho en el cual hoy convivimos.

El principio de Estado de Derecho impone el postulado de un sometimiento a la potestad punitiva al derecho, lo que dará lugar a los límites del principio de legalidad. La idea de Estado Social sirve para legitimar la función de prevención en la medida que sea necesaria para proteger a la sociedad. Ello implica varios límites que giran en torno a la exigencia de la necesidad social de la intervención penal. Finalmente, la concepción del Estado democrático obliga en lo posible a poner el derecho penal al servicio del ciudadano, lo que puede verse como fuente de ciertos límites asociados al respeto de principios como la dignidad humana, igualdad y participación.¹²

Así las cosas, resulta importante señalar, de un comienzo que se trata de dos ideas distintas, que en ocasiones pueden ser contrarias, pero no obstante que es posible conciliar, ya que, de ello depende que podamos aspirar a un derecho penal intercultural. Básicamente nos referimos a los principios de Igualdad, legalidad, culpabilidad, intervención mínima y humanidad de las penas, frente al reconocimiento de la diversidad cultural, imperante en la idea de lo multicultural. En las siguientes líneas abordaremos este conflicto con más detalle.

Nuestro modelo penal, nace ligado a fuentes europeas, nuestro código penal tiene como fuentes principales el código penal español de 1848 e incorpora elementos del código penal belga de 1867 cuyas fuentes de estos dos códigos serían el código penal francés, sobre estos no se hace mención a las raíces

¹² Mir Puig Santiago, Derecho penal parte General , Editorial Montevideo-buenos aires, 8va edición. 2010. Página 104.

originarias de nuestro país. Este derecho penal encuentra sus bases a la luz de la idea de una sociedad considerada homogénea, lo que no coincide con las realidades de los Estado pluriculturales. Este derecho se utilizara para la expulsión de todo un pueblo, el mapuche, de sus territorios para donarlo a familias que *portaban consigo la racionalidad y el proyecto de la modernidad liberal*¹³

La dicotomía resulta evidente en los fundamentos propios de nuestro sistema: mientras la clase dirigente del país importó del viejo continente los ideales expuestos, había una realidad silenciada y omitida, la de los pueblos indígenas y a la que luego vendría, la de la migración.

Para BORJA, la dicotomía a la que hacemos referencia se encuentra fundamentalmente en dos grandes principios: por una parte la tutela de los derechos humanos, universalmente reconocidos y aceptados, y, por otro, el respeto de la diversidad cultural.

Por un lado, el *ius punendi* del Estado se ve limitado por la efectiva tutela de los derechos humanos en un plano de igualdad. Por otro, las posturas interculturales del Derecho Penal, entendiendo tales límites, argumentan que no existiría un catálogo concreto y determinado de derechos fundamentales, que éstos tienen como misión proporcionar un núcleo universal con el que se puedan identificar todas las culturas y que tales derechos no serían patrimonio exclusivo de la sociedad occidental.¹⁴

Pues así frente al conflicto entre diversidad e igualdad, los derechos humanos vendrían a ser una especie de ente conciliador, pero con dos cuestiones claras: todo derecho acarrea su propia obligación y las garantías deben mirarse dentro de un enfoque colectivo y social.

¹³ Borja, Emiliano (2009). "El fundamento intercultural del derecho penal". *Anuario de derecho Penal y ciencias penales*. Nº 1, V. LXII, pp. 283-311 Disponible en: https://www.boe.es/publicaciones/anuarios_derecho/abrir_pdf.php?id=ANU-P-2009-10028300311 [fecha de visita 11 de noviembre de 2016], pp.2-3

¹⁴ BORJA (2009) 7.

III. EL MULTICULTURALISMO EN LA REALIDAD LATINOAMERICANA Y CHILENA.

Hacia mediados de los años ochenta el multiculturalismo en Latinoamérica comienza a manifestarse en la escena política, en un comienzo se vio como una forma de reivindicación de las demandas provenientes de sectores indígenas de la población¹⁵. No fue sino hasta los años 90' que las ideas se positivaron en distintas legislaciones como Nicaragua, Brasil, Bolivia, Argentina, Ecuador, Venezuela y México. En cuanto a la legislación Chilena esta tuvo protagonismo sino hasta la promulgación de la ley 19.253 del año 1993, conocida como ley Indígena.

En los siglos que prosiguen al descubrimiento de América no puede hablarse de una influencia del derecho penal Europeo, sino derechamente de una imposición de normas penales españolas y portuguesas en las nuevas tierras conquistadas. En consecuencia, el *Ius punendi*, medio a través del cual se regulaban las sanciones indígenas en América fue expropiado por los colonizadores. En España de la época colonial, se generó un gran debate Teológico- Jurídico respecto a si lo indios eran hombre plenamente libres o esclavos, el padre Bartolomé de Las Casas y el eminente Francisco de Vitoria, inspirador de la escuela de Salamanca en el ámbito del derecho internacional, fueron quienes realizaron una brillante y enérgica defensa, que dejó como conclusión que los indios no eran ni esclavos, ni cosas, ni seres inferiores sino que eran iguales a cualquier otro ser humano y podían ser dueños de tierras y bienes. No obstante considerárseles ciudadanos libres, en la práctica se les veía como seres con una capacidad limitada o disminuida, por ello debía ser vigilados u objeto de tutela y trabajar en las llamadas encomiendas que en hecho eran trabajos forzados.

En los posteriores procesos de independencia de las coronas españolas y portuguesas, las nuevas autoridades recuperaron el *Ius punendi*, sin embargo no devolvieron a las comunidades indígenas sus derechos. La nueva sociedad estaba

¹⁵ Arguello y Fernández (2012) pp. 118.

formada por una clase representante de la burguesía local, en su gran mayoría de criollos, que en definitiva ya estaban acostumbrados a sus leyes de origen occidental y obviamente siguieron apegados a ellas, ejemplos sobran, pero es un hecho público y notorio que gran parte de los códigos penales del siglo XIX de Latinoamérica se inspiraron en las leyes españolas e italianas de la época, por ejemplo el código penal es del 12 de noviembre de 1874, bajo la presidencia de Federico Errázuriz Zañartu. Éste entró en vigor el 1 de marzo de 1875, y varias de sus disposiciones originales continúan vigentes hasta hoy en día. El escrito se proyectó, fundamentalmente, sobre la base de sus predecesores español (1848) y belga (1867). Su redacción estuvo a cargo de un connotado equipo de juristas, presidido por Alejandro Reyes. Con el Código de 1874, más allá de las virtudes y defectos de todo texto jurídico, se consolidó una forma propiamente chilena de hacer justicia.¹⁶

La situación comenzara a dar un giro con la suscripción de convenciones internacionales en defensa de los derechos humanos desde el tratado de Versalles en adelante hasta la declaración de los derechos del hombre, pero no será sino hasta el convenio 169 del año 1989 sobre pueblos indígenas y tribales de corte laboral, donde se tendrá en cuenta la vulnerabilidad laboral de los indígenas, la idea de este convenio es mejorar sus condiciones de vida y dar por sentado las bases para considerar al indígena como sujeto de derecho al igual que todos los hombres por igual. Este estatuto no solo será un esquema en el ámbito laboral sino que abarcará diversas materias entre ellas el rol de la costumbre indígena en materia penal. Se destaca es que otorga derecho a los indígenas a resolver sus conflictos aplicando su propias costumbres o derecho consuetudinario y sistemas sancionatorios, reconociendo como limitación los derechos fundamentales y humanos conceptuados en derecho jurídico interno de cada Estado- Nación.

Cabe precisar que la estructura de gran parte de los países en Latinoamérica es la de Estado nación, lo que se ha denominado “monismo jurídico” lo cual es que la única fuente creadora del derecho es el Estado.

¹⁶ Consultado en <http://www.memoriachilena.cl/602/w3-article-92905.html> [12.12.2017]

Siendo el Estado el ente exclusivo que genera normas y fuente única de derechos, desplegó sobre la costumbre indígena una forma de dominación cultural, que se manifestó en la imposición de leyes exógenas a las normas de conductas ancestrales, sobre el ideario falso de igualdad que uniformó las diversas prácticas normativas en un solo Estado de Derecho. Esta visión queda atrás concibiendo que nación no es un concepto estancado y el Estado no es homogéneo, lo que se ha hecho evidenciar en países como Ecuador o Bolivia que se reconocen como pluri o multinacionales. Así, es un hecho que en una misma sociedad pueden existir y convivir distintos sistemas de valores que se adecuen a una norma fundamental que acredite la convivencia en sociedad, por lo que se ha argumentado que como mínimo, el referente final deben ser los derechos fundamentales.¹⁷ Han sido variadas las críticas al concepto de derechos fundamentales en este sentido, ya que si bien sirven para morigerar el tema de diversidad cultural en un Estado de derecho, específicamente un Estado liberal, éstos son constructos de una cultura distinta llamada occidental, y su utilización no sería más que una forma distinta de asimilación, puesto que no son parte del marco axiológico de determinados grupos étnicos que resaltan valores distintos, por ejemplo, el comunitarismo lo que es contradictorio con la idea de libertad individual propia de la figura y marco estructural de una sociedad liberal y un Estado nación, en que el sujeto principal es el individuo por sobre el colectivo.

Una vez que hemos explicado el fenómeno de lo multicultural, y alguno de sus aspectos, nos surge la interrogante ¿qué relación existe entre todo esto y el derecho penal? Pues hay mucha relación y como bien nos señalara CARNEVALI: el multiculturalismo supone un desafío para el derecho penal moderno. Esto se explica de la siguiente manera: el ordenamiento jurídico penal se construye pensando en una sociedad homogénea, lo que contrasta con la actualidad, ya que hoy perfectamente podemos hablar de Estado multiculturales. Así, ésta innegable

¹⁷ Para la historia del multiculturalismo y su relación jurídica con América Latina, sobre todo a nivel constitucional: ARGUELLO Y FERNÁNDEZ (2012)117-140

realidad repercute directamente sobre principios que informan el derecho penal, tales como el de legalidad, culpabilidad o igualdad ante la ley.¹⁸

De esta forma, el autor aludido se pregunta si es posible hallar un marco axiológico común que permita hablar de un derecho penal supracultural, o al menos, establecer políticas criminales básicas al menos¹⁹, concluyendo con lo que se denomina como delitos culturalmente motivados, específicamente en relación con aquéllos comportamientos que contradicen la norma penal pero se explican en razón de la cultura de su autor.²⁰

¹⁸ CARNEVALI, Raúl (2007). " El multiculturalismo: un desafío para el derecho penal moderno". Política Criminal N°3, A6, pp.1-28. Disponible en: http://www.politicacriminal.cl/n_03/a_6_3.pdf. (fecha de visita 12 de diciembre de 2017), p.3.

¹⁹ CARNEVALI (2007) 20.

²⁰ CARNEVALI (2007) 24.

IV. LOS SISTEMAS SANCIONATORIOS INDIGENAS Y SUS CARACTERES Y FINES DE LA PENA.

Antes de la llegada de los españoles a nuestro país existía un sistema sancionatorio indígena diverso, que se guiaba por el equilibrio de las fuerzas del cosmos como principio rector de todo el ordenamiento jurídico social, en el que se mezcla lo ético con lo espiritual, primando los intereses colectivo por sobre el individuo²¹.

La historia del Estado chileno y su relación con los pueblos indígenas no ha sido del todo pacífica sino más bien ha estado marcada por el conflicto y la desigualdad. Las demandas indígenas históricamente han sido desde el reconocimiento estatal hasta la autonomía y la autodeterminación.²²

La idea de juzgamiento a través de un sistema propio indígena y otro occidental no es ajena al territorio y a la autonomía que se ejerce sobre él. Es evidente que la pacificación de la Araucanía no está exenta de violencia e imposición militar con lo cual las costumbres e instituciones de nuestros indígenas se van perdiendo a lo largo de los años.

En este proceso fue determinante el hecho de que el Estado halla despojado de sus tierras a los mapuches en la zona de la Araucanía, anexándose con ello más de cinco millones de hectáreas de lo que fue el territorio ancestral y quedando solo un 5% para los mapuches según los investigadores VILLEGAS Y MELLA²³, dejando ese pequeño porcentaje a títulos de merced, muchos de los mapuches quedaron derechamente relegados a vivir en menos de 7 hectáreas por persona. La propiedad solo era reconocida a aquellos que la ocupaban materialmente, por posesión material, cosa que era evaluada mediante inspección ocular de un juez.

Hemos de señalar que antes del despojo los mapuches tenían su propio derecho que se iba creando mediante leyes consuetudinarias o de costumbre, el cual es conocido como el Az Mapu, donde contaban con una institucionalidad propia

²¹ Villegas, M. y Mella, E. (2017) Cuando la costumbre se vuelve ley. Chile: Lom

²² Royo, Manuela "derecho penal e interculturalidad como manifestación del principio de igualdad". Vol. 10, N° 19 consultado en <http://www.scielo.cl/pdf/politcrim/v10n19/art12.pdf> el 06/12/2017

²³ VILLEGAS-MELLA. Cuando la costumbre se vuelve ley. Editorial Lom. junio 2017.

en cuanto a política administrativa, como por ejemplo formas propias de resolución de conflictos, formas de convivencia propias. No obstante, los mapuches pasan a formar parte de la institucionalidad Chilena en el contexto de Estado Nación, no tomando en consideración sus elementos culturales como forma de vida, en definitiva como individuos dependientes de las autoridades Chilenas.

Hacia el año 1920 en adelante el Estado chileno legisla de forma unilateral donde se promueven una serie de normas que tienden a asimilar a los indígenas a la cultura dominante y a la realidad del mercado nacional.

Hacia el 1930 se crea el juzgado de indios que viene a disolver el tribunal de división de tierras, estos tribunales de indios profundizan el proceso de división de territorios a títulos de merced, dándoles de hecho esa facultad imperativa ya sea de oficio, inclusive sin la autorización del mapuche.

Durante la dictadura militar de 1973 se pone fin a las expropiaciones y a la detención del proceso divisorio. A través de los decretos leyes 2568 y 2750 del año 1979, VILLEGAS- DIAZ nos relata *“que estos decretos tendrán por objeto fomentar la propiedad indígena individual facultando a cualquier ocupante de una comunidad, sea mapuche o no, para solicitar la división de la reserva de la comunidad. Establece también un procedimiento expedito y gratuito para facilitar la división.*

El D.L 2568, además de dividir las tierras indígenas, elimino todo reconocimiento a la existencia de las comunidades indígenas”²⁴

Ya vuelta la democracia, en el año 1991, se inicia un proceso para la promulgación de una ley indígena, que tenía por objeto un nuevo trato con los indígenas basado en la responsabilidad y respeto mutuo entre chilenos e indígenas. El artículo 59 reconocía la existencia y validez de la costumbre indígena, no obstante el proyecto fue aprobado en el parlamento pero con bastantes vicisitudes sobre todo en materia de los jueces de paz que no fueron reconocidos y en el ámbito de la costumbre indígena.

²⁴ VILLEGAS-MELLA. “Cuando La Costumbre Se Vuelve Ley”. Editorial Lom. junio 2017.pp. 48-49.

El análisis de los fines de la pena en los sistemas sancionatorios a juicio de los autores VILLEGAS-MELLA debe hacerse a la luz del principio rector de reciprocidad, y el bien jurídico colectivo desde el cual subyace el equilibrio de las fuerzas comunitarias y del cosmos, estos sistemas se identifican al alero de la justicia restaurativa, esto es que la sanción no pretende castigar, sino de acoger nuevamente al individuo que no ha acatado las reglas de la comunidad.

Si realizamos una comparación con el derecho penal homogéneo u oficial dentro de las categorías dogmáticas que son utilizadas, podríamos señalar algunas hipótesis sobre los fines de la sanción penal.

1. La pena tiene dos fines:

- a) Un fin preventivo: su objeto es la reinserción del sujeto activo a la comunidad y que buscaría enmendar el equilibrio social.
- b) La pena para cada infracción será variable.

En consecuencia, vemos aquí la responsabilidad se inclina hacia un elemento colectivo-grupal, por ello que la conducta cometida por un sujeto trae aparejada la responsabilidad para su comunidad.

2.- La pena adquiere el carácter de penitencia secular:

Existen algunos tipos de sanciones corporales en la que se denota un sentido purificador del individuo, cada golpe va acompañado de un consejo. Respecto a esta temática y a juicio del profesor FERRÉ estas sanciones llamadas venganza de sangre *suponen una solución atávica o ancestral que ya aplicaban otras culturas hace cientos de años, costumbres que fueron abandonadas con el avance social y el respeto por los derecho humanos. Lo mismo ha ocurrido con la desaparición de las penas corporales o la pena de muerte, al menos en una buena parte del mundo. Conservar la tradición no puede suponer perpetuar la marginación, el atraso y el olvido.*²⁵

²⁵ FERRÉ (2008) (COLOCAR NUMERO EN LA MONOGRAFIA)

En cuanto a la penitencia esta puede ser consentida e incluso convenida con el infractor, pudiendo e incluso consistir en la realización de algún ritual. De aquí se entiende que el azotarse con ortiga o bañarse con agua fría son interpretadas como penitencia pues son dolorosas, y su efecto es que retribuyen y purifican.

La pena tiene efectos hacia el pasado y hacia el futuro. Hacia el pasado porque retribuye el mal causado, purificando al sujeto de la infracción. Y hacia el futuro pues restablece el equilibrio de las fuerzas de la comunidad, reparando las relaciones que se habrían quebrantado.

El az Mapu

El Az Mapu²⁶ es una especie de norma o código universal que prescribe normas de conducta tanto individuales como colectivas de carácter imperativo (el que hacer y cómo debe hacerse), pero también prohibitivo (que no hacer), las cuales resultan necesarias para el equilibrio cósmico.²⁷

El az Mapu es un todo y es la norma por la cual se regulan las comunidad mapuches en todos los aspectos de su vida, desde una cosmovisión circular y holística que gira en torno al concepto de tierra²⁸

Para el mapuche cumplir con az mapu es estar y sentirse bien, en armonía con la naturaleza, consigo mismo y con la comunidad.

VILLEGAS- MELLA se refieren a que el poder de juzgar es de origen divino, proviene del Ngnechen (Dios), quien lo ha entregado primeramente al pueblo, a los lof, y a los demás pueblos, con lo cual lo equiparan a una especie de jurisdicción internacional.

El sistema sancionatorio indígena va más allá de una compilación de normas y su base es una cosmovisión y espiritualidad se manifiesta de manera distinta en cada lof o comunidad.

²⁶ Sobre las interpretaciones del Az Mapu desde el Rakizuam (pensamiento propio del pueblo mapuche), véase Melín Pehuén et. Al. «Az Mapu Una aproximación al Sistema Normativo Mapuche», 21 y ss.

²⁷ VILLEGAS-MELLA. (2017)

²⁸ VILLEGAS-MELLA. (2017)

Los principios rectores del az mapu son el Yam y el Gen.

Yam, es el respeto a todo lo que nos rodea, siendo interpretado como derecho, aquí se incluyen en derecho de la tierra a ser respetada, derechos del agua, derechos del fuego, del aire, de los animales, de las montañas, de las aves, etc.

El Gen son las entidades superiores a todas las cosas e inclusive a nosotros mismos, como por ejemplo el hecho de las obligaciones-sanciones para la transgresión del Yam, obligaciones de respetar los derechos ya señalados y sanciones desde la ética y moral al trasgredir al Gen.

No hay una diferencia entre lo público y lo privado, entre infracción de tipo civil y penal, pues todo es regulado por los Yam y los Gen, que si se transgreden se deben restablecer pues su efecto sería desarmar la vida de la comunidad.

Para los mapuches primero se debe conversar entre los afectados, cualquiera sea el tipo de transgresión a la norma y después los mecanismos punitivos occidentales como ultima ratio.

V. SISTEMAS SANCIONATORIOS INDIGENAS Y CONVENIO 169 Y LOS TRATADOS INTERNACIONALES Y DESAFIOS DEL SISTEMA PROCESAL CHILENO.

De acuerdo a VILLEGAS- MELLA el sistema sancionatorio indígena son un conjunto de normas que reprueba ciertas conductas y atribuye consecuencias a dicho comportamiento. Además, existe un proceso para determinar la inocencia o culpabilidad del acusado y adjudicar una consecuencia a cargo de una autoridad de la propia comunidad.²⁹

Debemos indicar y precisar que no es posible asimilar los sistemas sancionatorios indígenas con el derecho penal, pues el eje central en derecho penal es el individuo. En el caso del sistema sancionatorio indígena el interés colectivo prima por sobre el individual, o sea el eje de protección es la comunidad.

Chile el año 2009 ratificó el convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo sobre pueblos indígenas y tribales traducido en el reconocimiento constitucional de los pueblos indígenas el cual debería ser entendido como parte de nuestro ordenamiento jurídico nacional a través del artículo 5º inciso segundo de nuestra Constitución Política, que señala que *“La soberanía reside esencialmente en la Nación. Su ejercicio se realiza por el pueblo a través del plebiscito y de elecciones periódicas y, también, por las autoridades que esta Constitución establece. Ningún sector del pueblo ni individuo alguno puede atribuirse su ejercicio. 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”³⁰*

²⁹ VILLEGAS-MELLA. Cuando la costumbre se vuelve ley. Editorial Lom. junio 2017. Pp. 71-72

³⁰ Constitución política de la república de Chile, consultada en http://www.gob.cl/wp-content/uploads/2014/03/constitucion_politica_2009.pdf, el 08/12/2017

En este sentido, nuestra constitución permite incorporar dentro de nuestro derecho interno normas contenidas en tratados internacionales de derechos humanos.³¹

A nivel de ley, la llamada ley indígena número 19.253 establece en su artículo 54, el derecho a hacer valer la costumbre en los juicios sustanciados entre indígenas, además da la facultad a los jueces de aplicar eximente o atenuante de responsabilidad la costumbre indígena, en la práctica esta norma no ha sido vinculante.

Los órganos jurisdiccionales chilenos han sido poco claros a la hora de incorporar las normas del convenio 169 y demás tratados internacionales en causas penales, lo que ha llevado a ser condenado el Estado chileno por la Corte Interamericana de Derechos Humanos el año 2014.

A este respecto FERRÉ advierte: *“La aplicación del convenio exige que el derecho positivo establezca los parámetros de compatibilidad con el sistema jurídico formalizado. La validez de los procedimientos y el reconocimiento de las sentencias que evite el doble juzgamiento. En otras palabras las normas del Estado deben permitir expresamente el ejercicio de este ius punendi. Esto es lo que ha ocurrido con los países andinos, concretamente Colombia, Perú, Bolivia, Ecuador y Venezuela, que se declaran Estados multiétnicos y en consecuencia han consagrado en respectivas constituciones un sistema jurídico dualista en el que, junto al marco normativo estatal formalizado, convive el reconocimiento pleno del derecho consuetudinario indígena.”*³²

La recepción del convenio en el sistema jurídico Chileno.

La Constitución Política reconoce un estatus especial para las normas de carácter fundamentales contenidas en los tratados internacionales de derechos

³¹ Lledo, Rodrigo. Derecho Penal Internacional. Ediciones congreso. 2002

³² FERRÉ OLIVÉ, Juan Carlos. Revista Penal, Nº 22. Julio 2008. Consultado en <http://www.corteidh.or.cr/tablas/r25162.pdf>. [14.12.2017]

humanos ratificados por Chile, en gran parte vigentes en el ordenamiento internacional.

El convenio N° 169 contiene normas de derechos fundamentales y por ello constituye un límite al ejercicio de la soberanía (Meza-Lopehandía 2010C)³³ sin embargo existe debate en cuanto al modo en que ingresan al ordenamiento jurídico de cada estado suscriptor del convenio, principalmente a partir de la declaración de no autoejecutabilidad de varias de sus normas por parte del tribunal constitucional. A este respecto se dio debate profundo respecto al artículo 8 y 9 del Convenio en cuanto a la aplicación de la costumbre indígena en materia penal.

Los principios del convenio.

1.- el principio de no discriminación y de igualdad de oportunidades.

Nuestra historia nos evidencia que nuestros pueblos indígenas han sido maltratados, menoscabados y discriminados por las sociedades de las que son parte, actitudes que fueron alentadas por los estados con verdades políticas de estado en contra de grupos indígenas, durante décadas y actualidad.

Así el artículo 2.2 a del convenio, consagra que los Estados deben asegurar los derechos y oportunidades que la legislación interna otorga a los demás miembros de las población, y además garantizar los derechos humanos y libertades fundamentales sin obstáculos ni discriminación, incluyendo a las mujeres indígenas, como se deslinda del artículo 3.1 del Convenio.

2.- el principio de participación.

La participación de los pueblos indígenas en las decisiones públicas que los afecten o en el futuro pudieran afectarlos, es un principio que es parte de todo el convenio y diverso es su aplicación práctica en el convenio.

³³ Dudando del carácter fundamental de los derechos reconocidos en el último convenio N°169, Lucas Sierra (2010) y José Miguel Valdivia (2011). Este último señala que "Al circunscribir estos derechos al ámbito restringido de los pueblos indígenas, el convenio opta por consagrar derechos indígenas, no derechos humanos" (49).

La participación se manifiesta de diversas formas siguiendo la línea de los profesores AYLWIN, MEZA, YAÑEZ:

- a) Participación en las medidas que se tomen para superar las dificultades que experimenten al afrontar nuevas condiciones de vida y de trabajo (art.5 letra c),
 - b) Consulta previa frente a medidas susceptibles de afectarlos
 - c) Participación en la adopción de decisiones en instituciones electivas y organismos administrativos
 - d) Participación en los planes de desarrollo regional
 - e) Participación en los proyectos de desarrollo orientados a mejorar sus propias condiciones de vida
 - f) Medidas para mejorar el medio ambiente
 - g) En la organización y administración de los sistemas de salud
 - h) Programas de educación
- Principio de integridad cultural.

Aquí se abre paso a una concepción plural del mundo que valora la diversidad por sobre todo, dando paso a nuevas formas de vida y de respeto a los derechos fundamentales, lo que supone el reconocimiento de *un derecho a la cultura propia y preservación cultural*³⁴.

Lo anterior ha sido plasmado en el artículo 27 del pacto de derechos Civiles y políticos (1968) que establece expresamente *“En los estados en que existan minorías étnicas, religiosas o lingüísticas, no se negará a las personas que pertenezcan a dichas minorías el derecho que les corresponde, en común con los demás miembros del grupo, a tener su propia vida cultural, a profesar y practicar su propia religión y a emplear su propio idioma”*

El artículo 2.1 del convenio N° 169 establece que *“los gobiernos deberán asumir la responsabilidad de desarrollar, con la participación de los pueblos interesados,*

³⁴ AYLWIN, MEZA, YAÑEZ. “Los pueblos indígenas y el derecho” edit. Lom. (2013). Pp.348-349

una acción coordinada y sistemática con miras a proteger los derechos de esos pueblos y a garantizar el respeto a su integridad”

Estos es un cambio de paradigma a la concepción occidental o monista de las normas.

No obstante, lo más llamativo y significativo es la protección del hábitat indígena como condición de supervivencia cultural de los pueblos indígenas.

El principio de autonomía:

La autonomía encuentra su fuente en el derecho a la autodeterminación de los pueblos, del que los indígenas son titulares indiscutiblemente, al menos desde la firma de la Declaración De Derechos De Los Pueblos Indígenas de Naciones Unidas. Esta señala en su artículo 4 que *“los pueblos indígenas, en ejercicio de su derecho de libre determinación, tienen derecho a la autonomía o al autogobierno en las cuestiones relacionadas con asuntos internos y locales, así como a disponer de los medios para financiar sus funciones autónomas”*

El preámbulo, en su párrafo 4 nos indica *“reconociendo las aspiraciones de esos pueblos a asumir el control de sus propias instituciones y formas de vida y de su desarrollo económico y a mantener y fortalecer sus identidades, lenguas, religiones, dentro del marco de los estados en que viven”*

VI. DERECHO PENAL Y DERECHO CONSUECUDINARIO

El artículo 8º del convenio establece dos cauces de reconocimiento del derecho de los pueblos indígenas.

La primera sigue la línea de los operadores de la justicia, y particularmente a los jueces, en tanto ordena que *“al aplicar la legislación nacional a los pueblos interesados deberán tomarse debidamente en consideración sus costumbres o su derecho consuetudinario”*.

Artículo 9.2 del Convenio 169 *“Las autoridades y los tribunales llamados a pronunciarse sobre cuestiones penales deberán tener en cuenta las costumbres de*

dichos pueblos en la materia”, esto dice relación con la determinación de la pena y su aplicación.

Artículo 10.1 Convenio 169: *“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.”.*

Artículo 10.2 Convenio 169: *“deberá darse la preferencia a tipos de sanción distintos del encarcelamiento”.*

A este respecto el tribunal constitucional ha señalado que:

56º.[...] En consecuencia, el número 2º del artículo 9º, en la medida en que autoriza al juez para tomar en cuenta la costumbre no contraviene la Constitución Política, toda vez que la jurisdicción que ejerce y que, para el caso concreto, se singulariza en su competencia específica, lo autoriza para ponderar todos los elementos de hecho y de derecho ventilados en el proceso, entre los cuales pueden encontrarse las costumbres de los pueblos indígenas, sin que ello violente, de manera alguna, la igualdad ante la ley, y menos, la igual protección de sus derechos ante la justicia que ésta brinda (Rol Nº 309.2000).

A la luz de lo anterior tenemos que el Estado tiene un deber constitucional de reconocer la costumbre indígena tanto en sus elementos de hecho o de derecho ventilados en juicio, todo esto fundado en la norma analizada del Convenio 169 de la OIT en relación con el artículo 5, inciso segundo de la Constitución política de la República de Chile, y el artículo 6 y 7 de la misma.

“Es más en cuanto a la determinación de las penas por tratarse de una norma de derechos humanos contenida en un tratado internacional vigente y ratificado por Chile, la regla se incorpora al bloque de constitucionalidad, haciéndose obligatorio para el juez penal aplicar siempre la pena más baja que el sistema jurídico admita, y particularmente aquellas distintas al encarcelamiento. La obligación alcanza

también al ministerio público, que debe ajustar su pretensión punitiva al mandato del convenio”³⁵

En nuestra norma interna, la aplicación de la costumbre la encontramos con anterioridad a la aplicación del convenio el en artículo 54 de la ley 19.253 que ordena al juez aplicar “la costumbre hecha valer en juicio entre indígenas pertenecientes a una misma etnia”, significativamente en lo que se refiere con la liquidación de comunidades (art.16)

³⁵ AYLWIN, MEZA, YAÑEZ . (2013)

CAPITULO II

I. DELITOS CULTURALMENTE MOTIVADOS Y LAS *CULTURAL DEFENCES*

En el caso de Europa se habla de delitos culturalmente condicionados, mientras que, en EEUU, de cultural defences. En el primer caso se trata de determinar si los condicionamientos culturales influyen en la conducta, mientras que en el segundo se trata de una estrategia por la que se niega o se mitiga la responsabilidad penal.

Es necesario señalar que el delincuente por conciencia actúa bajo una situación subjetiva de rechazo a las normas vigentes³⁶, mientras que el que comete un delito culturalmente motivado, no ve a la cultura en que se desenvuelve de manera beligerante, no lo hace con el propósito de imponer sus valores o convicciones o derechamente de manifestarse contra el sistema, sino que internaliza de manera distinta las normas de conducta.

Una de las mayores discusiones que se han generado en torno a la definición de error de prohibición sobre su significado, vale decir que hasta los años 70 nuestra jurisprudencia adhería a la visión que tenía de la doctrina civilista europea del siglo XIX, el que negaba valor al error en materia de derecho, aplicando el error *iuris nocet* y distinguiendo entre error de hecho y derecho. Paso a paso se fue dejando de lado esta distinción, puesto que no existen hechos que merezcan un reproche penal y que no se encuentren en la descripción legal, por lo que la distinción pasó a ser de error de tipo y error de prohibición siguiendo la doctrina alemana en la materia. El error de tipo recae sobre los elementos objetivos del tipo, mientras que el de prohibición en la ilicitud de la conducta³⁷

Finalmente, es relevante mencionar algunos criterios para la apreciación del error de prohibición. Para determinar la procedencia de esta institución se hace

³⁶ LUZÓN, D.2013. Actuación en conciencia y objeción de conciencia como causa de justificación y como causa de exculpación frente a la punición del delincuente por convicción. [en línea] Revista para el Análisis del Derecho InDret. N° 1 Enero > <http://www.indret.com/pdf/945.pdf>. [consulta: 22 noviembre 2017]

³⁷ GARRIDO, M.2010. Derecho Penal. Parte General. Santiago, Editorial Jurídica de Chile.t.L. pág.301

necesario realizar un juicio de excusabilidad en el que se toman en cuenta las características personales del autor y sus oportunidades o posibilidades de integración en la sociedad³⁸. El juicio debe realizarse en relación con el sujeto concreto y sus posibilidades, en base, al menos, a las oportunidades que tuvo acceso a la información, la posibilidad de reflexión sobre dicho conocimiento y si le era exigible que imaginase la criminalidad de su conducta³⁹

El error de comprensión culturalmente condicionado

Esta tesis fue concebida y desarrollada principalmente en Latinoamérica por el profesor Argentino Raul Zaffaroni, quien sostiene que el error de comprensión (como especie del llamado error de prohibición) se traduce en *“la inexigibilidad de la internalización de la pauta cultural reconocida por el legislador, en razón de un condicionamiento cultural diferente”*⁴⁰. En esta línea, se indicó que en estos casos *“el sujeto tal vez pudo haber conocido la prohibición de la norma pero no puede internalizarla o interiorizarla...por su condicionamiento cultural, de manera tal que no se le podrá reprochar el comportamiento realizado a pesar de haber conocido la prohibición”*⁴¹

Es necesario señalar que esta postura ha sido plasmada el artículo 15 del código Penal del Perú (de enero de 1991), y que fue redactada por Zaffaroni de la siguiente forma *“El que por su cultura o costumbre, comete un hecho punible sin poder comprender el carácter delictuoso de su acto o determinarse de acuerdo con esa comprensión, será eximido de responsabilidad. Cuando por igual razón, esa posibilidad se halla disminuida, la pena se atenuará, en la medida de la misma, incluso por debajo del mínimo legal”*.

Así por ZAFFARONI primero se plantea la idea del error de comprensión, entendido como la conciencia errada, lo que conduce al sujeto a un mayor esfuerzo

³⁸ POLITOFF, S., MATUS, J.Y RAMIREZ, M.2009. Lecciones de derecho penal chileno. Parte general.2º ed.Mexico D.F., Editorial Jurídica de las Americas.616 p.

³⁹ SLOKAR, A y ZAFFARONI, E.2002. Derecho Penal. Parte General. 2º Ediccion. Buenos Aires, Ediar. 1085 p.

⁴⁰ ZAFFARONI, Eugenio R., “Política criminal latinoamericana”, Ed.Hammurabi, Bs.As., 1988, pág.51

⁴¹ GARCÍA VITOR, Enrique. “ Diversidad cultural y derecho penal”, Universidad Nacional del litoral, Santa Fe, 1994, pág.31.

para la comprensión de su conducta como ilícita⁴². Por otro lado, esta figura nace a raíz de las comunidades indígenas del continente y que vino a superar la idea antigua y llena de sesgos: que el indígena es un inimputable por el sólo hecho de detentar dicha calidad. El autor argentino nos remite a extender la aplicación del error de comprensión culturalmente condicionado, ya que a veces puede darse a partir de una tradición cultural que enraíza con la nuestra⁴³.

En consecuencia, la conducta de un individuo puede verse fuertemente influida, incluso determinada por la fuerza de las costumbres y creemos que es en su conciencia que ella expresa su mayor expresión, y para efectos penales, la conciencia de la ilicitud. Por lo tanto, corresponderá al juez, mediante el juicio de excusabilidad, incluyendo los matices que aporta el error de comprensión, el que deberá valorar hasta qué punto dicha cultura ha influido sobre el sujeto de tal modo que determina su conducta, así por ejemplo, en la sentencia RIT 381-2012 del juzgado de Garantía de Isla de Pascua⁴⁴, el órgano judicial valoró la conducta de la imputada en relación con la costumbre ancestral⁴⁵.

Respecto a la migración, creemos que aplicar este concepto de error y la costumbre ancestral a sus casos es justa razón sobre todo entendiendo que tenemos una gran cantidad de Haitianos, en su gran mayoría afro- descendientes, y que coincidiría con la definición conceptual del convenio N° 169 respecto a que se entiende por pueblo tribal, a esto la doctrina y jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha sido clara y precisa donde señala que un pueblo tribal es *“un pueblo que no es indígena a la región [que habita] pero que comparte características similares con los pueblos indígenas, como tener tradiciones sociales, culturales y económicas diferentes de otras secciones de la comunidad nacional, identificarse con sus territorios ancestrales y estar regulados, al menos en forma parcial, por sus propias normas, costumbres o*

⁴² ZAFFARONI, R.1999. Tratado de derecho Penal. Parte General. Buenos Aires, Ediar.t.4.

⁴³ Ibidem, p.205

⁴⁴ Juzgado de Garantía de Isla de Pascua. 18 de noviembre de 2013. RIT O-381-2012.

⁴⁵ Idem.

*tradiciones*⁴⁶ Esta definición concuerda con lo establecido en el artículo 1.1.(a) del Convenio 169 de la OIT.

Es en este sentido que el reconocimiento de este tipo de error, cuando fuere procedente, sería un aporte. Ello no significa que pretendamos un favorecimiento arbitrario a un grupo determinado de la población, todo lo contrario, se trata de un reconocimiento a sus condiciones culturales, en muchas ocasiones diferentes a las que posee la mayoría nacional, para así buscar una adecuada aplicación del principio de culpabilidad.

Es el mismo profesor ZAFFARONI quien señala que es posible la aplicación de este tipo de error en el caso de que ocurra dentro del mismo ámbito cultural⁴⁷, con mayor razón se podrá aplicar a quien incurre en él siendo migrante, que puede no compartir los mismo cánones culturales que la sociedad dominadora.

A mayor abundamiento el profesor MAÑALICH, nos habla del choque de culturas con percepciones valorativas muy contrastantes⁴⁸, destacando el contexto socio- cultural, las condiciones culturales y las posibilidades de integración.⁴⁹

Además, tal como lo advertía Cury⁵⁰, y de la misma manera que se propones en el proyecto de Código Penal del año 2014, creemos que sería muy útil si todas estas ideas se complementaran con una norma específica que se refiera al error de prohibición. Probablemente, no sería necesario que se haga alusión al error de comprensión culturalmente condicionado, como ya se ha hecho en otros lugares, por ejemplo, en el art.15 del Código Penal Peruano, ya que, de esa manera se le podría dar mayor discrecionalidad al juez a la hora de determinar la procedencia de este tipo de error. Es decir, hablar de esta cuestión significa interiorizarnos en los individuos en cuestión, lo que evidentemente varía caso a caso.

⁴⁶ Corte IDH. *Caso del Pueblo Saramaka Vs. Surinam*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de noviembre de 2007. Serie C No. 172, párr. 79.

⁴⁷ ZAFFARONI, R.1999. Tratado de derecho Penal. Parte general. Buenos Aires, Ediar.t.4. cit. Pág. 20

⁴⁸ MANALICH, J.2011. Informe en derecho. Error de tipo y error de prohibición en los delitos contra la autodeterminación sexual. [en línea] Publicaciones de la Defensoría Penal Pública, Nº 2 < <http://www.biblio.dpp.cl/biblio/DataBank/5593.pdf>. [consulta: 9 de noviembre 2017]

⁴⁹ *Ibidem*, p.40

⁵⁰ CURY, E 2005. Derecho Penal. Parte general. 8ª ed. Santiago, Ediciones Universidad Católica de Chile.

II. DOCTRINA Y JURISPRUDENCIA.

- a) A pesar de que no exista una consagración expresa de esta figura, en primer lugar, mencionaremos el caso detallado en la sentencia del 7 de diciembre de 1953 de la Corte de Apelaciones de Valdivia, en la cual se confirma la absolución de Juana Catrilaf por el Homicidio de Antonia Millalef, quien fuera su abuela, ambas pertenecientes a la etnia mapuche. En los hechos, Juana Catrilaf siguió a su abuela a un estero, donde le propinó un golpe con un palo, maltratando luego su cabeza con una piedra y finalmente, habiéndole dado muerte, bebió su sangre⁵¹. La Corte la absolvió por la causal de fuerza irresistible, pero en base a lo ya comentado, creemos que es un caso de error comprensión culturalmente condicionado. Es más, la misma Corte estimó que la acusada actuó en defensa de su raza y que su visión estaba “supeditada por la poderosísima fuerza de sus supersticiones y costumbres”⁵²
- c) Sentencia Rol Nº 66-2007 de 6 de octubre de 2007, pronunciada por el Tribunal del Juicio Oral en lo penal de Calama⁵³. El día 18 de diciembre del 2006 dos ciudadanas de nacionalidad boliviana y de origen quechua fueron detenidas en Calama por encontrarse en posesión de 5,4 kg. de hojas de coca. El tribunal optó por la absolución, basándose en la causal de justificación del art. 10º Nº 10 del Código Penal, pues estas hojas estaban destinadas a una festividad religiosa de la Virgen de Kosca, localidad ubicada en las cercanías de Ollagüe. Aquí es fácil dilucidar, a nuestro juicio, que estamos frente a un error de comprensión culturalmente condicionado que recae sobre una causal de justificación, de carácter invencible.

⁵¹ CORTE DE APELACIONESS DE VALDIVIA. 7 de diciembre de 1953. “Contra Juana Catrilaf”. Gaceta Jurídica edición de julio y agosto, tomo LII, año 1955.

⁵² *Ibidem*, p.92

⁵³ No pude tener acceso a este fallo, sin embargo, los detalles del mismo se pueden encontrar en BARRIENTOS, I.2008. Licitud del porte y uso de la hoja de Coca. [en línea] Política Criminal. Nº 5, A 4-5 disponible en http://www.politicacriminal.cl/n_05/A_4_5.pdf. [consultado: 15 de diciembre 2017]

d) Causa rol 27-15 del 22 de marzo del 2015, análisis doctrinal y jurisprudencial microjuris⁵⁴, se trata de un ciudadano Boliviano que transportaba hojas de coca, proveniente desde Bolivia, ingresó a Chile trasladando oculto en la cabina del camión debajo de la litera, 2 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. 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. Calificación jurídica: Los hechos anteriormente descritos constituyen en opinión del Ministerio Público los delitos consumados de tráfico ilícito de sustancias estupefacientes y sicotrópicas, penado en el artículo 3° de la Ley 20.000 y contrabando impropio, contemplado en el artículo 168 y siguientes, y 178 de la Ordenanza de Aduanas. En ambos atribuye participación como autor al acusado. Son aplicables a los hechos materia de la acusación las siguientes disposiciones legales: Artículos 1°, 5°, 14, 15 N°1, 24, 28, 31, 50, 68 y 69 del Código Penal; 1°, 3° y 40 de la ley 20.000; 1° del Decreto 565 y 2° del DS N° 867/2007, ambos decretos del Ministerio de Justicia, Reglamento de la Ley N° 19.366; 259 del Código Procesal Penal; y 168 y siguientes de la Ordenanza de Aduanas.

Finalmente se absuelve al acusado de los cargos formulados en su contra como autor de un delito de tráfico ilícito de estupefacientes previsto y sancionado en el artículo 3 de la ley 20.000, pues si bien el ajusticiado, sin la autorización competente, «transportaba» sustancia ilícita (hoja de coca) que se encuentra

⁵⁴ c/ Velázquez Zambrana - Tribunales de Juicio Oral en lo Penal - 2-mar-2015 disponible en http://www.microjuris.cl/getContent?page=fullContent.jsp&reference=MJCH_MJJ40642&links= [consultado con fecha 17 de diciembre del 2017]

prohibida en nuestro país, según el artículo 1 de la misma norma, conjugado con el artículo 1° del Reglamento (Decreto 867), para que dicha conducta desplegada por el encartado sea delito, debe necesariamente existir dolo, vale decir, el "conocer y querer" cometer el delito de tráfico ilícito de estupefacientes, pero además este dolo no debe adolecer de un error, el cual puede ser error de tipo o error de prohibición. A nuestro juicio que estamos frente a un error de comprensión culturalmente condicionado que recae sobre una causal de justificación, de carácter invencible, creemos que el tribunal se equivoca al calificarlo como error de tipo de prohibición.

2.- Se acreditó que el acusado que no actuó con «dolo» de traficar, pues se encuentra amparado en un error de prohibición. Su conducta es típica, no cabe duda, calza con la norma del artículo 3° de la Ley 20.000, sin embargo, lo gobierna la ignorancia de la antijuridicidad de la norma. El acusado realiza la acción típica de la ley 20.000, pero no sabía que ello era antijurídico, dado que según su testimonio y de los propios testigos dan cuenta de lo arraigada que se encuentra la hoja de coca en el pueblo aymara, de la cual forma parte desde pequeño el acusado. En efecto, las normas de la OIT, obligan a que el Estado de Chile garantice el respeto a la identidad de los pueblos indígenas, lo que supone que cuando la responsabilidad penal de sus integrantes deba determinarse, sus particularidades sociales y culturales, deben ser objeto de una ponderación concreta, lo que ocurre en el presente caso con el acusado aymara.

Creemos que es bien utilizada la ponderación del convenio 169 de la OIT, más no obstante creemos que el tribunal no tuvo en consideración a la hora de calificarlo inclusive como eximente de toda responsabilidad, debería haber hecho valer el artículo 8 y 9 del Convenio 169 en su máxima amplitud y además los principios del derecho internacional, e insistimos además en la ponderación como un error de comprensión culturalmente condicionado pues se daban todas las condiciones típicas y culturales del acto.

III. ENTREVISTAS DE INVESTIGACIÓN

1. La primera entrevista se realizó al fiscal adjunto de la fiscalía de los Ángeles, Región del Bio Bio, don Juan Carlos Vargas en mes de noviembre quien además autorizó publicar esta entrevista, el medio empleado fue a través de una llamada telefónica, las preguntas fueron abiertas y simples.
 - a) ***¿Qué tipo de delitos se cometen en las comunidades pehuenches?***
El fiscal respondió que principalmente se cometían delitos relativos al abigeato y delitos comunes.
 - b) ***¿Hay facilitadores interculturales en la fiscalía de los Ángeles?***
El fiscal respondió de que sólo tenía conocimiento de una interlocutora cultural a nivel regional, además agregar que es sólo para fines de traducción en los juicios, y que tenía mayor presencia en la región de la Araucanía.
 - c) ***¿Conoce usted el Haz Mapu o sistemas sancionatorios indígenas?***
El fiscal señala que no tiene mayor conocimiento sobre esta temática, pero agrega que estas temáticas se tratan con mayor envergadura en la región de Araucanía.
 - d) ***¿Recibe usted capacitación por parte del Ministerio Público respecto a los sistemas sancionatorios o elementos culturales?***
El fiscal señala que se reciben capacitaciones, pero muy poco o casi nada respecto a la temática indígena, agrega que la defensoría iría más adelantada en el tema, no obstante, me recomienda acercarme a una nueva unidad especializada en materia de derechos humanos que fue creada hace muy poco.
2. Entrevista N°2: Agrupación Mapuche Tripay Antu de la comuna de Maipú, Región metropolitana, en calle Chacabuco:

El primer entrevistado es don Mauricio Llaitul Acum, Nisol de la asociación mapuche quien es líder de esta asociación, esta entrevista fue realizada mediante grabación y fue autorizada por este líder.

a) ¿Usted ve en el ámbito penal respecto a la comunidad mapuche, que los sujetos procesales del ámbito penal, ministerio público, jueces, si tienen la preparación adecuada para hacer valer el convenio N° 169 y la ley indígena vigente en Chile?

El líder responde que no se da cabal cumplimiento a la ley indígena y el convenio N° 169, y señala el desconocimiento por parte de los sujetos procesales, tanto del ministerio público y jueces de garantía y esto estaría en evidencia en los casos relativos a terrorismo y problemas entre los mismos indígenas. Me comenta lo que indican los autores VILLEGAS-MELLA en su libro *Cuando La Costumbre Se Vuelve Ley* respecto a los sistemas sancionatorios como comunidad, o cuando una comunidad afecta a otra se busca la sanción y me habla de la reparación del daño, refiriéndose a la justicia restaurativa, donde median los jefes de las comunidades. Se refiere además a las sanciones dentro de la comunidad como por ejemplo la expulsión, no se busca en encarcelamiento, me señala que además para ellos no existe una mirada de prisión por parte de las comunidades. Señala además la falta de una institucionalidad que sea capaz de tomar en cuenta los sistemas sancionatorios. Agrega una falta de voluntad por parte del Estado en cuanto al compromiso del convenio N° 169. Nos habla de una ofensa por parte de la Alcaldesa Katty Barriga al no dejarlos entrar a su sede para poder realizar sus rogativas a su rewe o altar ceremonial, el cual además nos comenta que le dieron la posibilidad de guardarlo en una bodega, lo que significa una tremenda ofensa para ellos. Me señala que en Maipú, de acuerdo al último censo, se declaró más de 50.000 personas pertenecientes a alguna etnia indígena. Denuncia que se utilizan cámaras en esta sede, cosa que es una violación a sus rogativas en un espacio que llevan más de una

década, señala que hay costumbre por sí misma. No obstante, reconoce que la sede pertenece a dominio municipal, pero agrega que han sido hostigados y violentados en sus derechos como indígenas.

b) ¿Quiénes imparten Justicia en la comunidad?

Son sus jefes, Lonkos, la comunidad se refiere también al ámbito territorial, pero muy importante es la autoridad de los ancianos. Me señala que su sueño sería que algún día se reconociera su sistema indígena y se aplicara al sistema procesal.

3. Entrevista a Abogada Colombiana Mónica Lara Ramos, Miembro del Consejo Consultivo Nacional de migración.

Se realizó solo una pregunta abierta, se contactó mediante llamada telefónica, no se pudo sostener una entrevista personal debido a su extensa agenda académica y laboral.

¿Cómo usted percibe la realidad chilena actual a la luz de su experiencia en materia de migración, en relación al convenio N° 169 en materia penal?

“Me parece un sistema seriamente cuestionable, nosotros tenemos casos como el de un joven migrante que han estado más de 5 meses en la cárcel cumpliendo medidas cautelares y ha salido absuelto (reserva identidad del joven de nacionalidad colombiana), creo que Chile no respeta el convenio 169, al contrario, lo viola sistemáticamente, no tiene facilitadores interculturales en Gendarmería, además ¡imagínate! se implantó una comisaria en la comuna de Independencia solo para ver materias del ámbito de migrantes, eso para nosotros es una ofensa pues creo que segrega la justicia, creemos que es deber del Estado a nivel nacional contar en esta materia una política uniforme, aquí verificas claramente la ausencia de políticas de integración a nivel país.”.

Me menciona el caso de la Haitiana Joan Florvil: “La justicia determinó que nunca se cometió un delito por esta ciudadana, es más, la fiscalía insistió que actuó dolosamente y yo me pregunto dónde está la preparación de estos fiscales en materia de derechos humanos y esencialmente del cumplimiento del convenio N° 169 ¡¡¡Imagínate!!! que la justicia, un tribunal del país decreta la inocencia póstuma de esta ciudadana, ¡por favor! ¿Qué es eso? en fin, para responder tu pregunta, creo que el Estado chileno tiene escasa preparación en esta temática.”.

CONCLUSIONES

Resulta un hecho evidente que nuestra actual sociedad conviven una pluralidad de culturas y cosmovisiones, lo que se manifiesta en diferentes escenarios, entre las que destaca la étnica y aquella situada en el ámbito de las migraciones.

Es evidente, además, que a nuestra institucionalidad aún le quedan tareas pendientes en cuanto al tratamiento de la costumbre indígena sobre todo en materia penal y procesal, considerando que es un mandato constitucional cumplir con el Convenio N° 169 y sus principios. Vemos como las bases de nuestro ordenamiento jurídico punitivo nacional no están pensadas para dar una respuesta adecuada a esta realidad.

Creemos que es necesario el reconocimiento de los derechos indígenas ante la justicia, relacionando esto con el reconocimiento de la justicia indígena y el pluralismo legal, esto es, el reconocimiento de “la existencia e interacción de diferentes ordenamientos normativos sobre las mismas situaciones sociales en un espacio geo-político determinado”⁵⁵

Lo anterior significa que debemos sacarnos los sesgos monistas de nuestra visión del Estado como creador de derecho, sino más bien que diversos derechos tienen vigencia social en forma simultánea y conflictiva.

Debemos plantearnos reformas urgentes en el plano constitucional, respecto al reconocimiento de nuestros pueblos indígenas y su derecho a auto determinarse, haciendo efectivo su derecho a participación en las decisiones que giren en torno a sus comunidades, siendo así evidente marchar hacia un estado plurinacional con rango constitucional. Principios recogidos tanto en la declaración de Naciones Unidas de los derechos de los pueblos indígenas como en el Convenio N° 169 de

⁵⁵ LILLO, Rodrigo. **Justicia penal y derechos indígenas: El largo camino del reconocimiento de la diversidad.** *Rev. austral cienc. soc.* [online]. 2015, no.28 [citado 08 Diciembre 2017], p.99-115. Disponible en la World Wide Web: <http://mingaonline.uach.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-17952015000100006&Ing=es&nrm=iso>. ISSN 0718-1795.

la Organización Internacional del Trabajo, es en esta última norma internacional donde se recogen estos derechos en los artículos 8.9 y 10 los que como ya dijimos incluyen el deber del Estado de tomar en consideración el derecho consuetudinario indígena, todo esto en relación con el artículo 5º inciso segundo de nuestra constitución política y, 6º y 7º de la misma.

En nuestra observación y acorde a la jurisprudencia es fácil evidenciar que son muy pocas las sentencias sobre la materia eso deja a la luz que la preparación de los sujetos procesales no holística a la hora de estudiar las normas, ni tampoco queda demostrada la preparación y planes de capacitación del ente persecutor, sobre todo de una fiscalía del sur de nuestro país donde habita la comunidad pehuenche y donde sólo existe una persona como facilitador intercultural, creemos que es necesario un nexo o un rol preponderante de la antropología jurídica y reglas claras a la hora de tomar en cuenta la costumbre de cada comunidad, y la valoración misma de la prueba, el apoyo de la antropología en este tipo de procesos no sólo permite determinar si la conducta del imputado responde a una costumbre, también permite entender el contexto sociocultural en que se produce un determinado hecho.

Cómo entender que la relación de la tierra mapuche no es meramente una cuestión de posesión y producción sino un elemento material y espiritual del que deben gozar plenamente, inclusive para preservar su legado cultural y transmitirlos a las generaciones futuras (Comunidad Mayagna Awas Tingini v/s Nicaragua, párr.149).

En materia de reconocimiento de la jurisdicción indígena, los pasos son lentos, esto queda en evidencia en la sentencia de la Corte de Apelaciones de Concepción, a propósito de un recurso de nulidad intentado por la defensa, en que sus argumentos señalaban que el asunto ya había sido resuelto por la comunidad bajo los principios del sistema sancionatorio propio indígena, ante esto la Corte indicó que una sentencia dictada por la comunidad a la que pertenece el imputado o una sanción penal impuesta por ellos, no es compatible con nuestro sistema jurídico nacional, de manera que no tiene aplicación el artículo 9º antes transcrito.

El artículo 76 de la Constitución Política de la Republica dispone que: “La facultad de conocer las causas civiles y criminales de resolverlas y de hacer ejecutar lo juzgado, pertenece exclusivamente a los tribunales establecidos por la ley”. El artículo 19 de la carta fundamental, en su numeral 3º, señala la garantía de igual protección de la ley en el ejercicio de sus derechos, expresa en su inciso 7º, 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” (Corte de Apelaciones de Concepción, 2 de mayo de 2014, en causa Rol N° 195-2014).

No es correcto hablar de un juzgamiento por comisiones especiales, entendiendo este como “Un tribunal *ad-hoc*, creados para juzgar un caso concreto a una determinada persona, o grupo de personas en particular, sin que se garantice la imparcialidad e independencia del juzgador, vulnerando el principio de igualdad conforme al cual todos los ciudadanos en idénticas situaciones deben ser juzgados por el mismo tribunal”⁵⁶. Más bien, es todo lo contrario, se trata de formas, sistemas propios que utilizan los indígenas para reprimir los delitos y resolver los conflictos jurídicos al interior de las comunidades, con una finalidad de una pena en base a una justicia restaurativa que logre devolver al individuo a la comunidad, siguiendo los términos del convenio 169 de la OIT.

La novedad se ha producido en los casos de violencia intrafamiliar pues según este ley no se permiten acuerdos reparatorios, sin embargo los tribunales superiores e inclusive la corte suprema⁵⁷ pues han llegado al convencimiento que esto conforma una forma tradicional para resolver conflictos al interior de la comunidad. En esta temática es posible advertir que la visión del ente persecutor es clara respecto a que sobre esta temática no procedería los acuerdos reparatorios pues la violencia intrafamiliar es un atentado contra los derechos humanos, y

⁵⁶ Lübert, V. 2011. “El derecho a no ser juzgado por comisiones especiales: Análisis crítico de jurisprudencia”. Revista de Estudios de la Justicia 15: 87-107.

⁵⁷ Que ha rechazado, al menos en dos ocasiones (en causas Rol N° 10635-2011 y N° 592-2012), las quejas interpuestas por el Ministerio Publico en contra de las resoluciones que dan lugar a los acuerdos reparatorios.

además por convenciones que ha sido ratificadas antes por el estado Chileno como la convención BELEM DO PARA la que tiene por objeto prevenir, sancionar, y erradicar la violencia contra la mujer, habiendo una especie de colisión de derechos que ha sido resuelta por nuestra legislación nacional, en cuanto al señalar el propio convenio 169 en su artículo 8.2 señala expresamente “ *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 derechos humanos internacionalmente reconocidos*”

En cuanto al acceso a la justicia consideramos que se avanza a paso lento con una política uniforme y de integración por un lado estos derechos no se refieren a menoscabar los derechos individuales, reconocidos en instrumentos generales como los pactos de derechos. En esta línea creemos que los pueblos indígenas y los migrantes sobre todo de pueblos tribales o afro-descendientes tienen derecho a su jurisdicción especial, y por otro lado derecho a la justicia estatal sin discriminación.

En consecuencia, el ejercicio de este derecho no sólo significa el acceso a un intérprete o facilitador intercultural, sino que se debe garantizar que tanto indígenas como migrantes puedan comprender adecuadamente lo que ocurre en un proceso, en todas sus etapas e inclusive en la fase des-formalizada de investigación penal estatal. Hay que reconocer algunos avances en el poder judicial como constitución de salas especializadas, o bloques especiales de audiencias para casos indígenas, sobre todo en los juzgados de garantía de Temuco, en la región de la Araucanía. Agregar a esto que el ministerio público tan solo este año creó una unidad especializada en temas de derechos humanos; no tenemos mayores detalles de su implementación. No obstante, esto no significa una especialización de los jueces y fiscales, sino más bien plantea un desafío y base para aquello para los asuntos que deban resolver en el futuro, en relación a estas materias para no seguir siendo condenados por la Corte Interamericana de Justicia como lo fue el año 2014, donde el derecho estatal se manifestó con una visión absolutamente

Monista y no homogénea en la materia. No obstante lo anterior, creemos que hay buenas señales, pues recientemente⁵⁸ se dio a conocer el “Protocolo Iberoamericano de Actuación Judicial para mejorar el acceso a la justicia de personas con discapacidad, niñas, niños, adolescentes, comunidades y pueblos indígenas”. Este pretende establecer estándares que hagan aplicable las normas previstas en convenios y tratados internacionales de derechos humanos, no es vinculante para los jueces pero se trata de un instrumento oficial⁵⁹ que viene a interpretar normas de carácter internacional relativas a derechos humanos.

Lo anterior nos llevaría a un mayor reconocimiento a la diversidad cultural presente en el país, sin embargo, de la misma manera, como lo ha señalado la doctrina, creemos que es necesario ponerle límites, los que se pueden encontrar en la protección efectiva de los derechos fundamentales, tales como la vida, integridad física o libertad, agregando la protección de determinados bienes jurídicos relativos a delitos de carácter sexual, es del caso señalar la indemnidad y la libertad en esta materia. El criterio sería determinar aquellos bienes jurídicos de mayor trascendencia en la sociedad.

De acuerdo a lo expuesto, nuestra postura es buscar una alternativa mediante el reconocimiento del error de comprensión culturalmente condicionado en el ordenamiento nacional, buscando como contrapartida el objetivo de la aplicación también del convenio 169. Sin embargo, nos enfrentamos a una realidad que requiere respuestas más amplias. Se requieren soluciones más completas, desde la mirada de la teoría del delito hasta de índole político criminal, legislativo, por qué no decirlo, y además un cambio de mentalidad en la sociedad entera para no seguir con una visión sesgada y relativizada que nos hacen discriminar y segregar a migrantes y nuestros propios pueblos originarios, esto influirá en la perspectiva hacia el futuro de la mirada que tengamos de lo multicultural en unos siglos más, por sobre todo en la educación de las nuevas generaciones, el objetivo no es seguir pagando caro nuestra forma de observar las cosas, ya fuimos testigos de una

⁵⁸ Como producto de la XVII cumbre judicial Iberoamericana, 2-4 de abril de 2014, Guadalajara, México.

⁵⁹ Se trata de un documento suscrito por una asociación que incluye a las cortes supremas de países iberoamericanos.

condena a nuestra institucionalidad judicial por parte de la Corte Interamericana de Justicia.

Quedan muchas preguntas y dudas y con muchas posibles respuestas en el camino. No obstante, lo abordado es un testimonio vivo para seguir trabajando por una sociedad que necesita ser cada día más justa, inclusiva e igualitaria.

BIBLIOGRAFÍA

1. SISTEMAS JURÍDICOS CONTEMPORÁNEOS, Nuria González Martín, Nostra Ediciones, México, 2010.
2. DERECHO PENAL, Garrido Montt, M., Tomo I y II, Editorial Jurídica de Chile, 2003.
3. LOS DERECHOS DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS EN CHILE, INFORME DEL PROGRAMA DE DERECHOS INDÍGENAS, Instituto de Estudios Indígenas, Universidad de la Frontera, LOM Ediciones, Chile, 2003.
4. CUANDO LA COSTUMBRE SE VUELVE LEY, Villegas Díaz, M., Mella Seguel, E., LOM Ediciones, Chile, 2017.
5. LOS PUEBLOS INDÍGENAS Y EL DERECHO, José Aylwin, Matías Meza-Lepehandía, Nancy Yáñez, LOM Ediciones, Chile, 2013.
6. AUTONOMÍA Y DOMINIO DEL HECHO EN DERECHO PENAL, Claus Roxin, Maciel Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, Madrid, 2000.
7. HISTORIA DEL PUEBLO MAPUCHE SIGLO XIX Y XX, José Bengoa, LOM Ediciones, Chile, 2008.
8. DERECHO PENAL, Santiago Mir Puig, IB de F, Montevideo- Buenos Aires, 2010.
9. DERECHO PENAL, Alfredo Etcheberry, Editorial Jurídica de Chile, 2016.

