



Defensoría
Sin defensa no hay Justicia

**DOCUMENTO DE TRABAJO N° 4
DEFENSA PENAL DE INDÍGENAS
GUÍA BÁSICA PARA LA DEFENSA DE IMPUTADOS
INDÍGENAS**

DICIEMBRE DE 2018

INTRODUCCIÓN	4
1 EL CONVENIO 169 DE LA OIT, LA DECLARACIÓN DE DERECHOS DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS Y LA LEY 19.253	6
1.1 La Ley 19.253.....	8
1.2 El convenio 169 de la OIT.....	8
1.2.1 El Convenio 169 de la OIT y su relación armónica con la Ley Indígena.....	9
1.2.2 Los derechos de los pueblos indígenas y tribales	10
1.3 La Declaración de Derechos de los Pueblos Indígenas de la ONU.....	16
2 CUESTIONES RELEVANTES DE LA DEFENSA PENAL DE INDÍGENAS ...	18
2.1 Identificación de causa con imputado indígena.....	18
2.2 Determinación de la calidad de indígena.....	18
2.3 No discriminación y derechos de los imputados indígenas.....	22
2.4 Entrega de información.	23
2.5 Proporcionalidad y ponderación.....	24
3 ETAPAS PROCESALES.	26
3.1 Detención.....	26
3.1.1 Entrevista en la comisaría o cuartel policial, durante la detención.	26
3.1.2 Participación del Facilitador Intercultural Indígena.	27
3.1.3 Actitud y manejo del defensor.....	28
3.1.3.1 Saludo.....	28
3.1.3.2 Lenguaje a utilizar por el defensor o defensora.....	28
3.1.3.3 Intérprete.....	29
3.1.4 Recabar información familiar y de su comunidad.....	33
3.2 Primera audiencia	34
3.2.1 Consignar que se está en presencia de un imputado indígena.....	34

3.2.2	Verificar si información transmitida por el juez es comprensible para el imputado.....	34
3.3	Prisión preventiva.....	35
3.4	Etapas de investigación.....	37
3.4.1	Peritajes.....	37
3.4.2	Metodología.....	40
3.5	Salidas alternativas.....	41
3.6	Juicio oral.....	41
3.6.1	Audiencia de determinación de la pena del artículo 343 del Código Procesal Penal e implicaciones del Convenio 169 de la OIT.....	43
3.7	Ejecución de la pena privativa de libertad.....	47
5.8	Condena no privativa de libertad.....	50
4	LAS DEFENSAS CULTURALES: LAS POSIBLES TEORÍAS DEL CASO.....	51
4.1	El error de prohibición.....	51
4.2	El error de tipo culturalmente condicionado.....	52
4.3	Cumplimiento de un deber o ejercicio legítimo de un derecho.....	55
4.4	Fuerza irresistible o miedo insuperable.....	57
4.5	Circunstancias modificatorias de responsabilidad penal.....	58
	BIBLIOGRAFÍA.....	62

INTRODUCCIÓN

La defensa penal de imputados indígenas presenta particularidades tanto desde el derecho penal sustantivo como desde la forma en que ha de desenvolverse el defensor en el proceso penal. La calidad de indígena de un imputado y, consecuentemente, los derechos específicos reconocidos al imputado indígena no solamente condicionan la estrategia de la defensa, sino que también determinan el modo en como el defensor ha de relacionarse con los imputados y conducir la estrategia de defensa.

El hecho de que el imputado pertenezca a un pueblo indígena supone en muchos casos que posea una visión del mundo diferente y, por ende, que con ella se presenten aspectos culturales, costumbres, y tradiciones que juegan un importante rol en la explicación de un actuar determinado y que debiesen ser considerados a la hora de atribuir responsabilidad penal.

Pero además, es necesario atender al factor cultural por parte del defensor una comunicación adecuada entre el imputado y su defensor, que tenga a la vista las particularidades del primero. Una comunicación como ésta, que incluye la familia y la comunidad, forma parte de la debida información que corresponde entregar al imputado, y que forma parte del acceso a la justicia.

Es de esta manera, considerando la totalidad de los elementos que puedan yuxtaponerse en una defensa efectiva es posible garantizar la prestación de defensa penal y de calidad, respetuosa de los instrumentos internacionales suscritos por Chile en esta materia.

La Defensoría Penal se ha asumido este compromiso mediante la instalación de una oficina de Defensa Especializada, desde el año 2001 con la Defensoría Penal Mapuche de La Araucanía. Posteriormente, con la participación de facilitadores interculturales indígenas en los territorios de mayor población indígena o identificados históricamente con ellos. Actualmente, la Defensoría Penal Pública cuenta con 11 facilitadores interculturales en el país, 10 oficinas especializadas¹ y más de 200 defensores capacitados en defensa penal de indígena.

Materialmente, la defensa especializada de imputados indígenas se encuentra estructurada bajo un Modelo Institucional que describe la organización para desarrollar esta defensa a través de oficinas especializadas y/o defensores preferentes apoyados, en lo posible, por un facilitador intercultural indígena. Adicionalmente, existe un Manual de Actuación Mínimas para la defensa de imputados indígenas, protocolo que describe aquellos estándares que los defensores públicos deben cumplir en caso de asumir la representación de un imputado perteneciente a un pueblo originario.

Por su parte, esta Guía Básica pretende desarrollar someramente aquellos estándares mínimos que debe desplegar la defensa de personas indígenas, así como entregar algunas herramientas teóricas que sirvan de guía a los defensores en la realización de su labor. Para ello, la Guía

¹ Arica, Iquique, Calama, Rapa Nui, Cañete, Collipulli, Temuco, N. Imperial, Villarrica y Pnaguipulli.

trata, por una parte, la normativa específica de los pueblos indígenas y las posibles estrategias de defensa que se puedan esgrimir a partir de la misma, mientras que, por otro lado, expone cuáles son las cuestiones relevantes que el defensor debe tener en cuenta y cuál es su fundamento jurídico.

Esperamos que el presente material sea de utilidad.

Unidad de Defensa Penal Especializada.

1. EL CONVENIO 169 DE LA OIT, LA DECLARACIÓN DE DERECHOS DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS Y LA LEY 19.253

El tratamiento que le han dado las legislaciones latinoamericanas a la cuestión indígena en materia penal ha sido diverso. En general, la defensa penal indígena y su especificidad se ha construido a partir de las transformaciones de los sistemas jurídicos que han incorporado el reconocimiento de los derechos indígenas, lo que incluye el derecho propio². La trascendental importancia que reviste este reconocimiento dice relación con la incorporación de la costumbre indígena como fuente del derecho penal, la admisión de una jurisdicción propia que se ejerza en un determinado ámbito territorial y el reconocimiento de un derecho propiamente indígena.³

Chile carece de un reconocimiento expreso de los derechos indígenas de rango constitucional, por lo que la defensa penal indígena debe necesariamente fundarse en la articulación de diversos cuerpos normativos, entre los cuales se encuentran el artículo 53 de la Ley N° 19.253, los artículos 8° y 9° del Convenio 169 de la OIT, la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas (en adelante DNUDPI), y artículo 5° de la Constitución Política. Cabría señalar que no se trata de una lista exhaustiva, pudiendo el defensor recurrir a otras normas e instrumentos.

Históricamente el reconocimiento de la costumbre indígena tuvo su primer antecedente en la Ley N° 19.253 de 1993. En este cuerpo normativo se realiza un limitado reconocimiento de la costumbre indígena, la que se configura tan solo como un elemento que el juez penal podría considerar para la aplicación de circunstancias eximentes o atenuantes de responsabilidad penal. Más tarde, con la entrada en vigencia del Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo, se hace posible articular soluciones penales que van más allá de la consideración de circunstancias modificatorias de responsabilidad penal y que pueden traducirse en eximentes de responsabilidad o modalidades especiales de cumplimiento de sanciones penales. Por su parte, la Declaración de los Pueblos Indígenas de las Naciones Unidas, de 2007 ha entregado herramientas hermenéuticas y directrices que amplían el alcance del Convenio y orientan de manera general la aplicación de normas internas.

En todo caso, la Defensoría Penal Pública debe cumplir su rol frente a los imputados que pertenecen a los distintos pueblos originarios, asumiendo su defensa de manera eficaz, pertinente y oportuna.⁴ En lo que sigue, se revisará someramente el contenido y sentido de las normas que permiten construir una defensa especializada que comprenda los aspectos culturales que puedan incidir en la determinación de la responsabilidad penal de una persona

² El paulatino proceso de cambios en Latinoamérica ha incluido la ratificación del Convenio 169 de la OIT 1991, La Declaración de Naciones Unidas sobre Derechos de los Pueblos Indígenas del 2007 y la reciente similar Declaración de la OEA; todo el desarrollo de los órganos y tribunales internacionales, las reformas del derecho doméstico en diversos países que incluyen sendos cambios constitucionales; y, por cierto, un activo movimiento indígena.

³ Myrna Villegas, "Entre la exculpación y la justificación. Apuntes de legislación comparada latinoamericana sobre pluralismo jurídico y derecho penal".

⁴ Aranda, Pablo "La Defensa Penal Pública y Pueblos Indígenas".

indígena.

1.1. La Ley 19.253, sobre fomento, protección y desarrollo de los indígenas.

La llamada “Ley Indígena” reconoce la existencia de etnias y no de pueblos originarios, manteniendo de este modo una comprensión mono-culturalista del ordenamiento jurídico⁵. Lo anterior se debe a que esta ley no reconoce esferas de autonomía de los pueblos indígenas ni el control de los mismos sobre sus propios asuntos en materia de justicia e instituciones propias.⁶ En efecto, la ley reconoce de manera limitada la costumbre indígena disponiendo que *“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”*⁷.

Una interpretación muy restrictiva de esta norma importaría reconocer que el derecho consuetudinario es reducido a meros antecedentes personales que sirven como elementos que el juez podrá considerar para determinar si aplica o no una eximente o atenuante de responsabilidad.⁸

No obstante, actualmente la Ley N°19.253 debe interpretarse conforme al Derecho actualmente vigente, particularmente el Convenio 169 de la OIT, la DNUDPI y la interpretación que de ellos han hecho los Organismos internacionales; todos por considerarse estos como derechos fundamentales, los que forman parte de la naturaleza humana, y por así considerarlo la Constitución, son un límite de la soberanía. Así entonces, la Constitución ya no sólo constituye un límite de la aplicación de la “costumbre”⁹, sino también su fundamento; y por lo mismo, en caso de enfrentarse un conflicto entre ambos (derechos fundamentales vs derechos ante la justicia de los indígenas), la solución ya no es la supremacía lisa y llana de una norma sobre otra, sino la ponderación que debe hacer el intérprete de ambos principios.

1.2. El convenio 169 de la OIT.

En este orden de cosas, a partir de la entrada en vigencia del Convenio 169 de la OIT en 2009 se ha hecho posible, a la luz del artículo 5° inciso segundo de la Constitución, incorporar los derechos que establece el Convenio al *bloque de constitucionalidad*. En Chile, este bloque de derechos: *“está constituido por los atributos y garantías de los derechos fundamentales, asegurados directamente por la Constitución y por las normas de reenvío expresa y directamente establecidas por ella y que remiten al Derecho Internacional convencional”*¹⁰. De este modo, los derechos de los pueblos indígenas y tribales vienen a configurarse como

⁵ Ob. cit, Myrna Villegas, pp. 192.

⁶ Aylwin, José; Meza-Lopehandía, Matías; Yáñez, Nancy (2014), “Los pueblos indígenas y el derecho.” p. 188.

⁷ Artículo 54 de la Ley N°19.253.

⁸ Millaleo, Salvador, Derecho Consuetudinario Indígena y Derecho Penal Estatal En Chile: Sentido y alcance del artículo 54 de la ley indígena y el reconocimiento de la costumbre como eximente y atenuante a la luz del Convenio 169 de la OIT y la Declaración Universal de Derechos de los Pueblos Indígenas.

⁹ Ya nos extenderemos sobre una crítica a este concepto

¹⁰ Nogueira, Humberto “El bloque constitucional de derechos en Chile, el parámetro de control y consideraciones comparativas con Colombia y México: Doctrina y jurisprudencia” en: Estudios Constitucionales, año 13, N°2, 2015, pp. 312

límites a la soberanía y a la actuación de los poderes públicos, estableciendo a su vez, el deber correlativo del Estado de promover los mismos. Esto implica que los órganos del Estado deben emprender las acciones necesarias para asegurar que los sujetos de estos derechos puedan ejercerlos y gozar de ellos.

El Estado no solo está obligado a no vulnerar los derechos emanados de la costumbre indígena, sino que también debe fomentar y fortalecer dicha costumbre.

1.2.1. El Convenio 169 de la OIT y su relación armónica con la Ley Indígena.

El Convenio 169 surge como una necesidad de revisar las relaciones que median entre pueblos indígenas y Estados, a fin de –como reza el preámbulo del Convenio- *eliminar la orientación hacia la asimilación de las normas anteriores* y en consecuencia, superar el asimilacionismo cultural. Lo anterior se hace posible solo en la medida en que se reconozca que los pueblos indígenas tienen el derecho a conservar su propio derecho y aplicarlo de acuerdo a sus procedimientos. En este sentido la guía de aplicación del Convenio señala que:

“La implementación eficaz de los derechos de los pueblos indígenas reconocidos internacionalmente –incluso los derechos sobre las tierras y los recursos, y los derechos culturales, sociales y económicos- exige el reconocimiento y la aceptación de las costumbres, el derecho consuetudinario y los sistemas jurídicos de los pueblos indígenas, en especial en lo que respecta a los derechos colectivos, de fundamental importancia para los pueblos indígenas”¹¹

La ratificación del Convenio 169 de la OIT tuvo como consecuencia la incorporación de los principios, derechos y obligaciones que este establece al ordenamiento jurídico doméstico. Dado su carácter de tratado internacional, tal como lo ha reconocido la doctrina y progresivamente la jurisprudencia, los Derechos Humanos del tratado estarían provistos de rango constitucional o, al menos, supra legal. En este sentido Meza-Lopehendía señala que *“La Constitución chilena otorga explícitamente un estatus especial a ciertas normas de derecho internacional, específicamente a aquellas relativas a lo que el constituyente llama “derechos esenciales emanados de la naturaleza humana” –y que nosotros entendemos como derechos fundamentales-, contenidas en un tipo específico de fuente del derecho internacional: los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentran vigentes, aunque no exclusivamente en ellos”¹²*

De este modo, sea cual sea la postura que se tiene respecto de la jerarquía de los tratados internacionales, las normas de derecho internacional que establecen derechos fundamentales se posicionarían por sobre las normas de jerarquía legal de la Ley N°19.253, debiendo, por tanto, entenderse modificadas en lo que sean incompatibles con ellas.¹³

Las implicancias saltan a la vista: si la costumbre constituye derecho por el valor que le otorga el ordenamiento jurídico al incorporar el Convenio, quien actúa conforme a una norma

¹¹ Guía de aplicación del Convenio N°169, 2009b, 81.

¹² Meza-Lopehendía, Matías (2013), “El convenio N°169 de la OIT en el sistema normativo chileno”, Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología. N°15, p. 1.

¹³ Aylwin, José; Meza-Lopehendía, Matías; Yáñez, Nancy, ob. Cit., p. 190

de la costumbre lo hace ejerciendo legítimamente un derecho o cumpliendo legítimamente un deber.¹⁴

1.2.2. Los derechos de los pueblos indígenas y tribales

Los instrumentos internacionales, principalmente el Convenio 169 de la OIT, reconocen a los pueblos indígenas importantes derechos colectivos como individuales.

En cuanto los derechos individuales, su reconocimiento se desprende de dos principios; por una parte, la obligación de los Estados de garantizar el pleno goce y ejercicio de los derechos establecidos en la CADH y por otra, el principio de igualdad y no discriminación. En relación con el principio de igualdad, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha resaltado la idea de que al interpretar y aplicar su normativa interna, *“los Estados deben tomar en consideración sus características propias que diferencian a los miembros de los pueblos indígenas de la población en general y que conforman su identidad cultural”*¹⁵.

Los derechos colectivos, en cambio, derivan de su condición de Pueblos y, con ello, la atribución al derecho a la libre determinación de los mismos.¹⁶

En materia de justicia, los derechos fundamentales colectivos se refieren al reconocimiento por los Estados de los métodos de resolución, persecución de infracciones y sanción, tradicionales de los Pueblos Indígenas; además de los procedimientos y las instituciones propias (artículos 3, 4 y 5 de la DNUDPI).

El ejercicio de estos derechos colectivos no va en desmedro de los derechos individuales que le asisten a las personas pertenecientes a dichos pueblos, particularmente el acceso a la justicia en condiciones de igualdad. Esto implica precisamente que sus condiciones particulares deben ser consideradas cuando las personas se encuentran frente al sistema de justicia estatal. En este caso, el principio de igualdad opera *“como un mecanismo de interpretación de las normas jurídicas que apunta hacia la justicia, y por lo tanto debe hacer distinciones cuando las circunstancias lo amerite”*¹⁷.

Así entonces, los derechos de los indígenas ante la justicia (que se encuentran previstos, entre otros en los artículos 8°, 9° y 10° del Convenio), incluyen las siguientes dimensiones¹⁸:

i) **Reconocimiento de la costumbre o derecho consuetudinario**

¹⁴ Defensoría Penal Pública, Minuta Regional “El Convenio 169 de la OIT y la defensa penal de indígenas” (2010) Disponible en: <http://www.dpp.cl/resources/upload/093e523d3fa9fe3d8745793ada63a58b.pdf>

¹⁵ Nash, *El Sistema Interamericano de Derechos Humanos en acción. Aciertos y desafíos*, 169.

¹⁶ “Los pueblos indígenas tienen derecho a la libre determinación. En virtud de ese derecho determinan libremente su condición política y persiguen libremente su desarrollo económico, social y cultural”. Artículo 3 DNUDPI.

¹⁷ Manuela Royo, “Derecho Penal e interculturalidad como manifestación del principio de igualdad”, *Revista Política criminal* vol 10, no. 19 (2015): 378, consultado el 10 de enero de 2017, http://www.politicacriminal.cl/Vol_10/n_19/Vol10N19A12.pdf

¹⁸ Lillo, Rodrigo (2015) “Justicia penal y derechos indígenas. El largo camino del reconocimiento de la diversidad”, p.104.

Artículo 8

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

Como se observa, el Convenio impone al Estado la obligación de respetar el derecho consuetudinario indígena, disponiendo que al aplicar la legislación nacional deberán considerarse las costumbres o derecho consuetudinario indígena, no estando el derecho penal estatal exento de esta obligación.¹⁹

Artículo 9

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

En consecuencia, los órganos del Estado al ejercer sus facultades jurisdiccionales, de forma imperativa, deberán tener en cuenta la costumbre en tanto se configura como un cuerpo normativo que pasa a formar parte del ordenamiento interno y pasa a tener la obligatoriedad del mismo. Es decir, los Estados que ratifiquen el Convenio tiene el compromiso de respetar la autodeterminación normativa de los pueblos.

Desde una perspectiva pluralista, esto implica el reconocimiento de la autonomía indígena en tanto se incluyen sus sistemas propios de resolución de conflictos, con la sola limitación de aquellas costumbres e instituciones que sean incompatibles con los derechos fundamentales definidos por el sistema jurídico nacional y los derechos humanos internacionalmente reconocidos.²⁰ El derecho propio de los indígenas puede hacer surgir múltiples tensiones entre los derechos colectivos consagrados y los derechos humanos individuales.²¹ La DNUDPI ha procurado resolver las posibles tensiones, estableciendo que los derechos indígenas están firmemente anclados dentro del sistema más amplio de los derechos humanos y sujeto a las mismas restricciones.

Artículo 42.6 DNUDPI

“En el ejercicio de los derechos enunciados en la presente Declaración, se respetarán los derechos humanos y las libertades fundamentales de todos. El ejercicio de los derechos establecidos en la presente Declaración estará sujeto exclusivamente a las limitaciones determinadas por la ley y con arreglo a las obligaciones internacionales en materia de derechos humanos”.

¹⁹ Bertini, Leonello & Yáñez (2013), Pluralismo jurídico: derecho indígena y justicia nacional. Anuario de Derechos Humanos, N°9, 151-160, p.153

²⁰ Aylwin, José; Meza-Lopehandía, Matías; Yáñez, Nancy, ob. Cit., p. 422

²¹ Millaleo, Salvador, ob cit., p. 66-67.

Por esta razón, el Comité de Derechos Humanos de la ONU ha ofrecido una solución basada en la ponderación de los derechos comprometidos, conforme al test de proporcionalidad, necesidad, equidad y balance de derechos.²²²³

Contrariamente a lo dicho precedentemente, una interpretación que no reconozca el derecho de los pueblos indígenas de conservar su costumbre, instituciones propias y procedimientos de resolución de conflictos, implicaría que “*el reconocimiento a la diversidad cultural no tendría más que un significado retórico.*”²⁴

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

Si las normas citadas en el párrafo anterior (8.1 y 9.2 de la Convención) implican desde ya el deber de los órganos del Estado de respetar y considerar el denominado Derecho Propio²⁵, los artículos 8.2 y 9.1 del mismo cuerpo normativo consagran el deber de respeto de aquel Derecho en su dimensión orgánica. Dicho de otra forma, estas normas se refieren a la validez que Chile se obligó a entregar a la jurisdicción indígena.

En consonancia con lo anterior, y ahora respecto al reconocimiento de una jurisdicción propiamente indígena, el Convenio prescribe:

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

9.1 “Deberán respetarse los métodos a los que los pueblos interesados recurren tradicionalmente para la represión de los delitos cometidos por sus miembros”.

Lo anterior, permitirá al defensor la elaboración de dos líneas argumentativas. La primera, bajo el supuesto de la existencia de una jurisdicción indígena y su reconocimiento, podría alegarse en base al principio de prohibición de *non bis in ídem* que no puede existir una doble sanción respecto del hecho imputado o una doble valoración de las circunstancias que agravan la responsabilidad penal. Se vulnera dicho principio cuando un individuo es sancionado de acuerdo a su derecho consuetudinario y luego, en una segunda instancia, es

²² *Ibíd.*, p. 68.

²³ Durante los años 90’, además, la Corte Constitucional de Colombia estableció una jurisprudencia paradigmática en la materia, fundado también en la aplicación de la ponderación entre los principios de diversidad cultural (reconocido en la Constitución de 1991) y los de integridad personal o debido proceso. Ver Carlos Gaviria Díaz. 1992. *Herejías Constitucionales*. Fondo de Cultura Económica.

²⁴ Sentencia T-349/92, 2.3. de la Corte Constitucional Colombiana.

²⁵ Melin, Miguel, Patricio Coliqueo, Elsy Curihuinca y Manuela Royo. (2016), “*Az Mapu. Una aproximación al sistema normativo mapuche desde el Rakizuam y el Derecho Propio*”.

sancionado nuevamente bajo el derecho del Estado²⁶, o bien, al considerar el hecho ya sancionado por derecho propio para fundar una circunstancia agravante bajo el derecho estatal. La segunda línea argumentativa sería aquella que consiste en alegar la aplicación de un mecanismo de resoluciones de conflictos propios de una comunidad en un caso determinado, para alcanzar un arreglo entre las partes y presentarlo con posterioridad como base de un acuerdo reparatorio o suspensión condicional. Esta argumentación ha sido acogida en la jurisprudencia de nuestros tribunales en materia de violencia intrafamiliar:

TERCERO: “Que en este sentido, es un hecho público y notorio en esta Región, que las personas de la etnia mapuche, históricamente han resuelto sus conflictos, incluso algunos de mayor gravedad que los que motivan esta causa, mediante la Defensoría Penal Pública 4 negociación, por cuanto es propio de su cultura resolver de esta manera los conflictos, razón por la cual resulta plenamente aplicable el Convenio 169 ya referido por sobre la Ley 20.066.” y CUARTO: “Por otra parte, actuar de otra manera, impidiendo el término del conflicto de la forma que se ha producido, implicaría desintegrar a una familia que ha podido recomponerse mediante una solución que les parece justa, lo que estaría en contradicción con el Convenio ya referido que obliga a fortalecer la integración de los pueblos, más aún cuando de esta manera se contribuye a cumplir con el interés superior de fortalecer la familia de acuerdo a lo que establece la Constitución Política de la República.”²⁷

Por medio del criterio desarrollado en el fallo anteriormente citado, la judicatura ha optado por no hacer aplicación de la norma del art. 19 de la Ley N°20.066 y ha considerado procedente la concurrencia de acuerdos reparatorios entre imputados y víctimas de delitos desplegados en contexto de violencia intrafamiliar, dando preferencia al Convenio 169 de la OIT por sobre la prohibición legal de la norma en cuestión. Con ello, se otorga la posibilidad de que personas pertenecientes a pueblos originarios resuelvan sus controversias de acuerdo a su propia cultura y tradición en otras materias diversas.²⁸

No obstante, la Corte de Apelaciones de Temuco y los jueces de garantía de esa jurisdicción

²⁶Contrario a lo que se sostiene aquí, la Corte de Apelaciones de Concepción, 2 de mayo de 2014, en causa Rol N° 195-2014: “el artículo 9° numeral 1 del Convenio 169 sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes, al ser incompatible con el sistema constitucional chileno de solución de conflictos penales, no puede tener aplicación para la resolución de una causa criminal.” Según este tribunal se afectaría el principio consagrado en el artículo 19 N° 3 de la Carta Fundamental, por cuanto el ser juzgado por un tribunal distinto al que establece la ley se estaría violando el derecho a no ser juzgado por comisiones especiales. Aunque cuando este argumento es erróneo, pues lo que se tiene a la lista en este principio es evitar los *tribunales ad-hoc*, tan propios de los regímenes de excepción. Sin embargo, este caso es bastante distinto, puesto de lo que se trata es del juzgamiento por aquel órgano, y de la manera, que es conocida por quien es sometido a dicho juzgamiento, pues se trata de una actividad propia de la comunidad o pueblo, que forma parte de su cultural.

²⁷ Corte de Apelaciones de Temuco, de fecha 02 de agosto de 2012, rol de ingreso N° 581-2012.

²⁸ 2° Informe de Jurisprudencia sobre Defensa Penal de Imputados Indígenas, Defensoría Penal Pública, abril de 2013 p. 3 y ss.

han modificado su posición, rechazando los acuerdos reparatorios entre las partes en materia de VIF. Estos fallos han señalado que, desde el punto de vista de la equidad, no es admisible que el marido pueda causar lesiones a su mujer sin que exista una sanción. Un acuerdo reparatorio carecería de seriedad si se considera que a menudo las mujeres aceptaran el perdón del agravio a fin de mantener la unidad del hogar. Por otra parte, el Convenio N° 169 se encontraría limitado por la Convención Interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer (Belem do Para), de acuerdo al cual la violencia contra la mujer constituye una violación de los derechos humanos y las libertades fundamentales, cualquiera sea su etnia.²⁹

Pero esta solución es parcial, sesgada y no necesariamente más respetuosa de los Derechos Humanos. En efecto, si bien no se trata de la mera supeditación del artículo 19 de la Ley N° 20.066 a las normas citadas del Convenio 169, tampoco se resuelve jurídicamente esta disputa sobreponiendo las normas de la Convención Belém do Pará. No es una cuestión de jerarquía de normas o reglas, sino de un conflicto de principios, específicamente, la aplicación del mecanismo de proporcionalidad, según se desarrolla más adelante. Acorde a lo anterior, de lo que se trata es que “algo sea realizado en la mayor medida posible, dentro de las posibilidades jurídicas y reales existentes”. Con “reales”, se refiere a situaciones fácticas y con “jurídicas”, precisamente a la eventual oposición de otro derecho; en este caso, entre el derecho colectivo de los Pueblos Indígenas a ejercer su propia jurisdicción, y el derecho individual de la mujer a que se garantice su seguridad e integridad.

Como señala Carmona, la “*decisión final respecto de la vigencia y operatividad del derecho propio indígena, se pronuncia desde un lugar que representa la hegemonía de una cultura sobre otra [...] Pero, no obstante esta "parcialidad" manifiesta, deben intentar una resolución adecuada –que haga "justicia" a la importancia de los bienes jurídicos en disputa– del conflicto multicultural.*”³⁰ El defensor deberá, en consecuencia, aportarle al juez todos los elementos y argumentos disponibles a fin de que arribe a una decisión respetuosa del multiculturalismo.

iii) Consideración de la condición de indígena de un condenado al aplicar una sanción penal y derecho a la aplicación preferente de sanciones alternativas al encarcelamiento

El artículo 10 del Convenio prescribe que:

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

10.2 “Deberá darse preferencia a tipos de sanción distintos del encarcelamiento”

Esta norma ha sido utilizada en la jurisprudencia de nuestros tribunales y su

²⁹ Corte de Apelaciones de Temuco, de fecha 02 de agosto de 2012, rol de ingreso N° 220-2013.

³⁰ Carmona Caldera, Cristóbal. (2015). “Hacia una comprensión “trágica” de los conflictos multiculturales: acuerdos reparatorios, violencia intrafamiliar y derecho propio indígena.”, *Revista chilena de derecho*, 42(3), 975-1001. <https://dx.doi.org/10.4067/S0718-34372015000300010>.

compatibilidad con el ordenamiento interno ha sido refrendada por el Tribunal Constitucional³¹. En efecto, se ha señalado que esta norma debe entenderse en el marco de la competencia que tiene el juez para imponer penas alternativas a las sustitutivas de libertad de conformidad con la ley 18.216.

En el mismo sentido, y en virtud de la amplitud de la norma del art. 10.1 de la Convención, es posible afirmar que las características económicas, sociales y culturales deben ser consideradas para otros aspectos de la determinación de la pena, tales como para la fundamentación de circunstancias modificatorias de responsabilidad penal o la disposición del art. 69 del Código Penal.

En cuanto a la aplicación preferente de sanciones no privativas de libertad, esto se erige en una limitación para el juez al momento de imponer la pena, debiendo elevar el estándar de la *última ratio* de las penas privativas de libertad. Según se verá esto es aplicable además a la prisión preventiva.

1.3. La Declaración de Derechos de los Pueblos Indígenas de la ONU

La Declaración de Naciones Unidas sobre Derechos de los Pueblos Indígenas de 2007 -en adelante DNUDPI- amplía y fortalece ampliamente los derechos que se revisaron en el apartado anterior.³²

La DNUDPI es un instrumento que utilizando un lenguaje más directo que el Convenio, afirmándose incluso que “*vino a poner fin a la discusión en torno al estatus internacional de los pueblos indígenas*”.³³ Con todo, se trata de una declaración, no de un convenio, razón por la que para algunos no tendría el mismo efecto vinculante. Aun así, un sector de la doctrina sostiene que es posible hacer aplicable la DDPI por medio de una interpretación evolutiva del Convenio.³⁴ En el caso de la DNUDPI, si bien no constituye un tratado, se trata de una resolución de la Asamblea General de Naciones Unidas, que recoge principios propios del derecho internacional consuetudinario y viene a ampliar normas contenidas en diversos tratados³⁵.

³¹ Sentencia del Tribunal Constitucional N° Rol 309-2000, Rol N°1050-2008.

³² Artículo 5. Los pueblos indígenas tienen derecho a conservar y reforzar sus propias instituciones políticas, jurídicas, económicas, sociales y culturales, manteniendo a la vez su derecho a participar plenamente, si lo desean, en la vida política, económica, social y cultural del Estado.

Artículo 34. Los pueblos indígenas tienen derecho a promover, desarrollar y mantener sus estructuras institucionales y sus propias costumbres, espiritualidad, tradiciones, procedimientos, prácticas y, cuando existan, costumbres o sistemas jurídicos, de conformidad con las normas internacionales de derechos humanos.

Artículo 40. Los pueblos indígenas tienen derecho a procedimientos equitativos y justos para el arreglo de conflictos y controversias con los Estados u otras partes, y a una pronta decisión sobre esas controversias, así como a una reparación efectiva de toda lesión de sus derechos individuales y colectivos. En esas decisiones se tendrán debidamente en consideración las costumbres, las tradiciones, las normas y los sistemas jurídicos de los pueblos indígenas interesados y las normas internacionales de derechos humanos.

³³ Aylwin, José; Meza-Lopehandía, Matías; Yáñez, Nancy, ob. Cit., p. 464

³⁴ Millaleo, Salvador, ob cit., p. 18.

³⁵ Cfr. Informe del ex Relator Especial sobre Pueblos Indígenas, James Anaya, sobre Derechos de los Pueblos Indígenas A/68/317, 14 de agosto de 2013. En

línea, disponible en: <http://www.politicaspUBLICAS.net/panel/images/stories/docs/2013-ga-annual-report->

En cualquier caso, la DDPI puede ser una útil herramienta hermenéutica del defensor para desentrañar el sentido del Convenio.³⁶

[sp.pdf](#) .

³⁶ Véase Anaya, James “*El derecho de los pueblos indígenas a la libre determinación tras la adopción de la Declaración*” En Charters, Claire y Stavenhagen, Rodolfo (editores) *El desafío de la Declaración, “Historia y futuro de la declaración de la ONU sobre pueblos indígenas”*, pp. 194-209.

2. CUESTIONES RELEVANTES DE LA DEFENSA PENAL DE INDÍGENAS

La defensa de imputados indígenas se distingue de la defensa general en atención a la condición étnica del imputado, lo que puede determinar la estrategia de defensa, ya que permite construir una teoría del caso en base a la consideración de la costumbre indígena, y también permite determinar la relación con el imputado en cada una de las etapas del proceso. En lo que sigue, esta guía pretende indicar cuáles son las cuestiones relevantes que deben tener en cuenta los defensores a partir de la especificidad de la defensa indígena en cada etapa procesal, de los cuales pueden derivar deberes mínimos de actuación.

2.1. Identificación de causa con imputado indígena

La defensa penal de indígenas está determinada por la pertenencia del imputado a un pueblo indígena. Por tanto, el defensor a quien corresponda hacer el ingreso de la causa y/o la distribución de la misma, debe velar por establecer la calidad indígena del imputado de conformidad a los criterios y forma que se establecen más adelante. En este sentido, resulta sumamente importante el determinar el origen étnico para efectos de la defensa, su omisión puede provocar la vulneración de derechos o la falta de una defensa idónea y de calidad.

Como se señaló, la calidad étnica del imputado determina la forma en que **se** debe ejercer la defensa, por lo mismo ésta debe hacerse al momento del ingreso de la causa en el sistema, o apenas se tome conocimiento de la calidad indígena del imputado. Una vez identificada una posible causa con imputado indígena, en las localidades donde exista un defensor especializado en materia indígena, se informará a éste a fin que pueda asistir a la primera audiencia, o a la siguiente, en su caso.

2.2. Determinación de la calidad de indígena

Para determinar la calidad indígena de un imputado se debe poner atención en los criterios que se encuentran establecidos en la Ley N° 19.253 sobre protección, fomento y desarrollo de los indígenas y en el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo. Esto implica que, sin perjuicio que la ley considera los elementos culturales o incluso raciales (apellido indígena), el elemento preponderante es la autoidentificación. Esto implica que el defensor debe necesariamente consultarle a imputado si se identifica o siente parte de algún pueblo originario, de conformidad con lo que se dirá posteriormente, no pudiendo determinarlo en forma arbitraria.

La comprobación de que concurre al menos uno de estos elementos puede hacerse a través de una entrevista o con la detección de un apellido indígena

En cuanto a la demostración o acreditación de la calidad de indígena, sólo procede cuando exista controversia al respecto. Por el contrario, si el imputado posee alguno de los apellidos indígenas no se requiere evidencia adicional a la cédula de identidad.

Es muy importante la forma en que se realiza la entrevista, por la relación que se establece con el imputado, tomando relevancia aquí aspectos culturales de cada pueblo acerca de cómo se realiza una conversación de este tipo. Debido a ello, se sugiere asesorarse o ser acompañado, por el Facilitador Intercultural.

En términos generales, se sugiere no realizar las preguntas de modo literal, se debe explicar al imputado en qué consiste y para qué se requiere esta identificación, haciendo hincapié en

que esta identificación o afirmación de su identidad, está destinada a favorecerlo, ~~y~~ a conocer mejor su condición y situación.

a) Si el imputado o imputada se comunica naturalmente con la lengua indígena:

Si el imputado habla alguna lengua de un pueblo indígena, como mapuzungün, aymara, quechua u otra, se entiende que se ha identificado una causa con una persona imputada indígena, por lo que no será obligatorio seguir con las otras preguntas, a menos que se estime necesario para otros efectos vinculados a la teoría del caso o para obtener otros antecedentes útiles del imputado. Si por el contrario, la respuesta es negativa, deberá seguir indagando en base a los otros criterios que se expresan en los párrafos siguientes.

b) Si el imputado tiene uno o dos de los apellidos indígenas:

En caso de no poseer apellido indígena, debe necesariamente continuarse con las demás preguntas, pues es común en los pueblos indígenas encontrar personas pertenecientes a comunidades que no tengan apellidos indígenas, sin perjuicio de ostentar igualmente dicha calidad. En muchos casos los apellidos de personas indígenas han sido hispanizados, no obstante ser considerados igualmente indígenas por la comunidad o pueblo al que pertenecen

c) Autodefinición de indígena:

Este debe ser el segundo criterio de identificación. Sin embargo, es fundamental explicarle al imputado previamente los beneficios de ese reconocimiento; esto es, que las personas indígenas son titulares de ciertos derechos específicos que garantizan su acceso a la justicia y que se refieren en términos genéricos al uso de su propio idioma, a la consideración de cultura a la hora de resolver la imputación de la que es objeto, ~~y~~ que en caso de ser condenado, se prefiera la aplicación de penas no privativas de libertad, etc.

Si no se formula de esta manera, se podría generar un temor justificado de parte del imputado indígena, de que se verá perjudicado en su situación procesal. Lo anterior, se genera ya que primeramente existe un grado de desconfianza inicial del defendido respecto a la persona que la está entrevistando y a la situación que está enfrentando. En segundo lugar, el concepto indígena está relacionado muchas veces con un accionar discriminatorio, por tanto el razonamiento del representado puede tender a desconocer su condición de indígena en el entendido de que este reconocimiento podría perjudicarlo.

d) Si el imputado o imputada indígena declara pertenecer a alguna comunidad u organización indígena:

Esto se refiere, por aplicación del Convenio 169 de la OIT, no sólo pertenencia a alguna organización constituida al amparo de la Ley N° 19.253, sino también a aquellas tradicionales que no tienen reconocimiento legal, como el *ayllu* o el *lof*. Es necesario complementar la pregunta con otras como por ejemplo, cuáles son las actividades que realiza en su comunidad, quienes componen su grupo familiar, si celebra algunas festividades, entre otras. Esto va a permitir no solamente determinar su condición de indígena sino además determinar si tiene alguna práctica cultural.

e) Pertenencia a un pueblo indígena:

No debe ser la primera pregunta, sino que debe efectuarse sólo si las anteriores no tienen una respuesta positiva.

Esta pregunta no debe plantearse de forma literal puede confundir o conllevar una respuesta negativa. En efecto, el concepto pueblo originario, no es un concepto con el cual se encuentren familiarizados todos los indígenas,³⁷ y ha sido objeto de cuestionamiento entre los indígenas. Por lo tanto, al realizar la pregunta se recomienda adaptarla y usar palabras afines y no literales.

f) Si tiene un documento que acredite su calidad de indígena:

Se consultará al imputado(a) si posee algún documento³⁸ que acredite su calidad de indígena. Si no es así, el defensor o el facilitador(a) intercultural deberá intentar obtener un certificado que acredite la calidad de indígena del detenido o imputado.

No obstante, si se ha respondido afirmativamente cualquiera de las preguntas anteriores, no resulta necesario ningún tipo de documento que acredite la calidad indígena. En conformidad con la Ley N° 19.253, este documento sólo es necesario si existe alguna duda respecto de tal calidad.

En caso de que concurra algún otro criterio para el establecimiento de la identidad indígena, se debe intentar recabar de todas maneras el documento, pero el sólo objeto de evitar un eventual debate acerca de este punto, y sólo para efectos de evitar debates innecesarios, pero no porque sea un requisito legal.

g) La nacionalidad no es requisito de la calidad de indígena.

Aunque el art. 2 de la Ley 19.253 establece que uno de los requisitos para ser considerado indígena es ser chileno(a); por su parte, el Convenio 169 de la OIT, refiere en su art. 1° en términos amplios a las conciencia de la identidad indígena, sin importar la nacionalidad de la persona que tenga dicha calidad. Por lo tanto, la eventual argumentación del fiscal en este sentido se vería sobrepasada por las normas de la Convención.

En igual sentido, se puede argumentar que el art. 9° y 33 de la Declaración de Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, son claros en establecer que: *“los pueblos indígenas tienen derecho a determinar su propia identidad o pertenencia conforme a sus costumbres y tradiciones...”*.

La extensión de la aplicación del artículo 54 de esta Ley a indígenas de nacionalidad extranjera se puede justificar basado en diversos cuerpos legales en el orden internacional, tales como el art. 36 de la Declaración de Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas del año 2007, que sostiene la calidad de los pueblos indígenas más allá de las

³⁷ Por ejemplo, en algunas zonas de Perú o Bolivia se habla de comunidades “campesinos” para referirse a indígenas.

³⁸ Por ejemplo, certificado emitido por la Corporación Nacional de Desarrollo Indígena, por ejemplo.

fronteras geopolíticas, y el art. 27 del PIDCP, que recoge los derechos de la vida cultural de las minorías étnicas. Conjuntamente se apoya la extensión de la norma en consideración al principio de igualdad y no discriminación, cuyo respaldo está a lo largo de diversos instrumentos internacionales tales como el art. 2° de la Declaración Universal de Derechos Humanos, el ya mencionado art. 27 del PIDCP, el artículo 5° de la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial, el artículo 3°.1 y 10° del Convenio 169 de la OIT, entre diversas otras normas.³⁹

Esta interpretación se refuerza en el Protocolo Iberoamericano a la justicia de personas con discapacidad, migrantes, niñas, niños, adolescentes, comunidades y pueblos indígenas en el apartado sobre personas, comunidades y pueblos indígenas que señala:

*“La autoadscripción es el criterio para determinar si una persona es indígena, pues la definición de lo indígena no corresponde al Estado. Es prerrogativa de quienes tienen conciencia de pertenecer a un pueblo o comunidad indígena definirse como tales”.*⁴⁰

El mismo instrumento agrega además que:

*“Quien se autoadscribe como indígena no tiene la carga de la prueba sobre esa circunstancia, pues no es una condición biológica o fenotípica, ni conlleva referentes materiales específicos e inmutables, sino que se trata de una identificación subjetiva con una identidad cultural”.*⁴¹

Tratándose de indígenas extranjeros, será muy difícil que en la primera entrevista porten un instrumento que acredite la calidad de indígena, sin perjuicio que durante el proceso su propio Consulado pueda otorgarle dicho documento. Por lo mismo, en el caso de los extranjeros, se debe preferir otros criterios de determinación de la identidad indígena.

Ni el motivo de la detención, ni la imputación formulada por el Ministerio Público, ni la eventual teoría del caso del defensor, constituirán antecedentes que permitan determinar o excluir la calidad indígena del imputado o imputada.

2.3. No discriminación y derechos de los imputados indígenas

“La construcción del discurso de los derechos de los indígenas se ha articulado en el sistema interamericano de derechos humanos en torno a dos ideas: la discriminación en derechos humanos individuales, a través de aplicación del catálogo de derechos y la aplicación de la obligación garantizar el pleno goce y ejercicio de los derechos establecidos en la Convención Americana sobre Derechos Humanos, lo que implica la aplicación de actos

³⁹ Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial. art. 1.2 “(...) toda distinción, exclusión, restricción o preferencia basada en motivos de raza, color, linaje u origen nacional o étnico que tenga por objeto o por resultado anular o menoscabar el reconocimiento, goce o ejercicio, en condiciones de igualdad, de los derechos humanos y libertades fundamentales en las esferas política, económica, social, cultural o en cualquier otra esfera de la vida pública.”

⁴⁰ Protocolo Iberoamericano a la justicia de personas con discapacidad, migrantes, niñas, niños, adolescentes, comunidades y pueblos indígenas (2014). p. 104.

⁴¹ *Ibíd.*, p.104.

*positivos. Pero además se ha planteado que los indígenas son titulares de un plus de derechos en tanto pueblo, que se han vinculado con la autonomía administrativa, autonomía jurídica, tierras sin título conforme al derecho nacional ordinario, titularidad para reclamar ante sistema interamericano”.*⁴²

Ninguna persona indígena podrá recibir un trato discriminatorio por su identidad étnica, idioma, género, aspecto, condiciones físicas y mentales, o por su condición social.

Sus culturas, prácticas, costumbres e instituciones deben ser tratadas en términos de igualdad en relación a las culturas, prácticas, costumbres e instituciones del resto de la sociedad dominante. La interculturalidad debe ser entendida como el diálogo respetuoso entre culturas y deberá ser el principio básico de relación entre los funcionarios del Estado y los indígenas.

Los Estados sólo podrán establecer distinciones objetivas y razonables cuando éstas se realicen con el debido respeto a los derechos humanos y de conformidad con el principio de aplicación de la norma que mejor proteja los derechos de las personas.

La aplicación del principio no discriminatorio de la igualdad de acceso a los derechos no significa que haya que dar un trato idéntico a las personas, más bien, se ha subrayado la importancia de tomar medidas especiales para reducir o eliminar las condiciones que llevan a la discriminación. La pretensión de la igualdad no es “asimilar” a las personas a una idea única de sujeto, más bien reconoce la validez de una diversidad de proyectos posibles.

Cabe aclarar que este principio implica una protección especial de las autoridades frente a actuaciones de terceros.

El Mecanismo de Expertos de ONU ha señalado “[...]la relación de los pueblos indígenas con los sistemas nacionales de justicia no puede examinarse, por tanto, sin tener en cuenta los factores históricos o su actual situación económica, social y cultural.”

Durante todo el proceso y posterior a la condena se velará para que el representado no reciba ningún trato discriminatorio por su condición de ser indígena por parte de funcionarios de Gendarmería, por otros reclusos o por cualquier persona o funcionario de alguna institución. Esto se puede observar fácilmente en temas relacionados con la aceptación del uso de vestimenta propia del pueblo originario, en el uso de la lengua, en la comida, ingresos de medicinas de uso tradicional, actividades relacionadas con la cultura, entre diversos otros.

El fundamento legal de la no discriminación se encuentra consagrado en diferentes instrumentos internacionales y nacionales. Algunas de ellas son las siguientes:

- i. Art. 2º Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas.
- ii. Art. 3.1. Convenio 169 de la OIT.
- iii. Artículo 27 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.
- iv. Art. 2.1 letra a) y art. 6º, Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial.

⁴² Nash, Claudio. P.12

- v. Principio II, de los Principios y Buenas Prácticas sobre la Protección de las Personas Privadas de Libertad en las Américas.
- vi. Regla 6° de las Reglas mínimas de Naciones Unidas para el tratamiento de los reclusos.
- vii. la Regla 54 de las Reglas de Bangkok relativas a las tradiciones religiosas y culturales.

Por lo anterior, cada vez que se verifique que se ha producido un acto discriminatorio respecto a su representado, se debiese hacer presente esta circunstancia al tribunal mediante la cautela de garantía o acción que la defensa determine pertinente a la situación concreta.

Asimismo, y en relación a lo anterior, destaca lo que establece a este respecto el Protocolo Iberoamericano de Actuación Judicial para mejorar el acceso a la justicia de personas con discapacidad, migrantes, niñas, niños, adolescentes, comunidades y pueblos indígenas, que sostiene que

“Se tiene que reconocer la personalidad jurídica, individual o colectiva de los indígenas que inicien acciones jurídicas ante los juzgados o tribunales en demanda de sus derechos específicos, sin que ello implique ningún trato discriminatorio por el hecho de asumir tal condición... A partir de esa detección deberá informársele a la persona que tiene una serie de derechos, como por ejemplo, ser asistido por un traductor y defensor que conozca su lengua y cultura e interponer los recursos y medios de defensa a su alcance, así como hacer las adecuaciones que permitan que le sean de fácil comprensión las diferentes etapas del procedimiento”.⁴³

2.4. Entrega de información.

Hay que tener siempre presente para el desarrollo de un adecuado vínculo abogado–representado con imputados indígenas que éstos últimos tienen una relación relevante con su familia y comunidad, distinta de quien no es indígena. Por lo mismo, es habitual que en casos de imputados indígenas, intervengan autoridades o agentes comunitarios durante el proceso, ya sea requiriendo información, haciendo de intermediario con la familia, la comunidad o simplemente como apoyo al imputado.

El defensor procurará entregar a estos actores, la información procesal y personal requerida, pero resguardando siempre el deber de secreto profesional. Para ello, se debe consultar y solicitar el consentimiento del imputado respecto de a quienes, y qué tipo de información, autoriza a entregar.

2.5 Proporcionalidad y ponderación

Como se mencionó, los derechos fundamentales establecidos en favor de los pueblos

⁴³ Protocolo Iberoamericano de Actuación Judicial para mejorar el acceso a la justicia de personas con discapacidad, migrantes, niñas, niños, adolescentes, comunidades y pueblos indígenas. 2014. XVII Cumbre Judicial Iberoamericana 2014, Suprema Corte de Justicia de la Nación México, D.F.; p. 103.

indígenas y tribales pueden colisionar con otros derechos fundamentales individuales^{44 45} o con determinadas normas.

Es a través del ejercicio de ponderación que se puede argumentar en favor de la aplicabilidad de un derecho ante otro.

La ponderación es una operación fundamental de aplicación jurídica basada en principios. Éstos, a diferencia de las reglas, no pueden ser aplicados categóricamente. Una regla puede, binariamente, cumplirse o no cumplirse. Los principios, por el contrario, son mandatos de optimización que ordenan que algo sea realizado en la mayor medida posible, de acuerdo con las posibilidades fácticas y jurídicas.⁴⁶ En tal sentido, pueden ser realizados en diversos grados.

Ahora bien, cabría decir que la ponderación es parte de un principio más amplio, a saber, el principio de proporcionalidad. Éste se compone de tres categorías⁴⁷: los subprincipios de adecuación, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto. Los primeros dos subprincipios tratan de una optimización relativa a las posibilidades materiales⁴⁸, es decir, se trata de otorgar la mayor realización a los principios, frente a cuestiones de carácter fáctico. El primero –principio de adecuación–, pretende excluir los medios que no sean eficaces para la realización de determinados principios o derechos. Una vez verificada la eficacia del medio se hace necesario de acuerdo al segundo principio –el de necesidad– verificar si el medio eficaz es, a su vez, eficiente. Será eficiente cuando el medio elegido en vistas al fin que se busca conseguir, sea el menos restrictivo de los principios o derechos fundamentales involucrados.⁴⁹ En ninguno de estos casos, la realización de unos derechos fundamentales, pone en riesgo la realización de otros.

La ponderación es objeto del tercer subprincipio, esto es, el de proporcionalidad en sentido estricto. En este nivel de análisis, se “pesan” los derechos que colisionan de acuerdo a la “ley de ponderación” que, según la fórmula Robert Alexy, consistiría en considerar que “*como alto sea el grado de incumplimiento o perjuicio de un principio, tanto tiene que ser la importancia de la realización del otro*”⁵⁰. Si en los dos primeros niveles se busca responder preguntas relativas a las posibilidades fácticas de cumplimiento de los mandatos de optimización, de lo que se trata en este tercer nivel es de responder a la pregunta relativa a

⁴⁴ Así sucede, por ejemplo, en materia de VIF, en los casos de acuerdos reparatorios según se expuso (*supra* 1.2.2 ii). Se ha sostenido que en estos casos existiría una colisión entre los derechos de las mujeres con el de los pueblos indígenas de que se respete sus formas tradicionales de represión de conflictos

⁴⁵ Véase: Carmona, Cristóbal. (2015) “Hacia una comprensión trágica de los conflictos multiculturales: acuerdos reparatorios, violencia intrafamiliar y derecho propio indígena.” En: Revista chilena de derecho, 42(3), 975-1001.

⁴⁶ Alexy, Robert (2008) “La fórmula del peso” En: “El principio de proporcionalidad y la interpretación constitucional” (Ed. Miguel Carbonell) pp. 14 y 15.

⁴⁷ La doctrina ha señalado un cuarto principio, a saber, la legitimidad del fin que se pretende alcanzar. Estos son básicamente los establecidos por los Tratados Internacionales, la Constitución y las Leyes.

⁴⁸ Alexy, Robert (2009) “Derechos fundamentales, ponderación y racionalidad” en: Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional num 11, enero-junio 2009, pp. 8.

⁴⁹ Contesse, Jorge (2017) “Proporcionalidad y derechos fundamentales” en: “Manual sobre derechos fundamentales: teoría general” Contreras Pablo y Salgado, Constanza (eds.), capítulo VII, pp. 285 y ss.

⁵⁰ Alexy, Robert. ob cit., pp. 9.

las posibilidades jurídicas. Esto implica determinar cuál es el nivel de afectación de un derecho y determinar si dicha afectación se encuentra o no justificada por la importancia de otro derecho que pretende ser realizado.⁵¹

En general, cada vez que existe una causa con delitos culturalmente motivados, se plantea la disyuntiva entre derechos individuales y derechos colectivos de los Pueblos Indígenas. Atendido, que ambos tiene valor jurídico en nuestro ordenamiento jurídico, el juez debe hacer una adecuada ponderación de los mismos. Otro tanto ocurre, por ejemplo, en los conflictos en materia de VIF de acuerdo al derecho propio mapuche. En estos casos el juez debiera preguntarse si la restricción que se hace de los derechos de las mujeres mapuches a partir de la aceptación de acuerdos reparatorios⁵², es admisible dentro de nuestro régimen constitucional. No es ¿vana? la complejidad de esta ponderación, atendida la distinta naturaleza de los derechos que se oponen. Por una parte, el derecho individual de la mujer víctima de acceso a la justicia, entendido en este punto como la posibilidad de ejercer una acción rápida y efectiva, versus el derecho colectivo de los Pueblos Indígenas al ejercicio de la jurisdicción. Si bien el segundo debiera ceder ante el primero, esto sólo procede cuando efectivamente la mujer –en el contexto de la justicia indígena- carece de las condiciones de igualdad que le permiten el acceso igual ante la justicia.

Un análisis escalonado adoptaría la siguiente forma:

i) Idoneidad: el primer punto a definir es si los acuerdos reparatorios son un medio eficaz para obtener la consecución de un fin institucionalmente legítimo, a saber, el respeto de los derechos de los pueblos indígenas y tribales (que se respeten las formas propias de resolución de conflictos).

En principio, y a la luz de la legislación comparada especialmente de los países andinos, el instituto del acuerdo reparatorio no resulta el mecanismo que favorece adecuadamente el ejercicio del derecho colectivo a la jurisdicción por parte de los Pueblos Indígenas. En efecto, mientras el primero constituye una salida alternativa concebida en un procedimiento al interior del sistema penal estatal entre dos individuos, el segundo constituye una manifestación de la libre determinación.

No obstante, los acuerdos reparatorios pueden entenderse como un remedio ante el desconocimiento del derecho de los pueblos indígenas a resolver sus conflictos y a utilizar sus propios mecanismos de persecución penal. Una instancia, apenas formal, en que la justicia estatal otorga “legalidad” a un proceso previo que viene dotado de legitimidad, por constituir un procedimiento tradicional y propio de la respectiva comunidad o pueblo.⁵³

ii) Necesidad: En este segundo nivel, lo que cabría preguntarse es si es que este medio

⁵¹ Contesse, Jorge, ob.cit. pp. 287 y ss.

⁵² Cristobal, Carmona., ob cit. 975-1001.

⁵³ Es importante señalar que debe acreditarse –mediante los pertinentes peritajes y otros medios de prueba- de que efectivamente existen y se han utilizado estos mecanismos, pues de lo contrario el acuerdo reparatorio no constituiría más una excusa.

es el más eficiente para alcanzar dicha finalidad.

A la luz de la doctrina desarrollada por la jurisprudencia de la Corte Constitucional de Colombia⁵⁴, que introdujo el principio de maximización de la autonomía como herramienta que permite garantizar la realización del principio de diversidad étnica, se puede establecer que la aceptación de los mecanismos propios de solución de conflictos y/o represión de los delitos, sí constituye una necesidad para asegurar el derecho colectivo de los pueblos indígenas para ejercer su derecho de libre determinación, manifestado en la posibilidad de jurisdicción.

En la medida que se desconoce ese derecho, se afectan los derechos del Pueblo de que se trata, e incluso su subsistencia.

Aquí es necesario relevar la aclaración que se hizo a propósito de la idoneidad. Lo que realiza el derecho colectivo de los Pueblos Indígenas, no es la posibilidad de llevar a cabo un acuerdo reparatorio en un caso determinado ante un juez de garantía. Lo que determina este derecho es la posibilidad de utilizar sus mecanismos propios de justicia, y que el Estado no le impida hacerlo. De ahí que sólo se afectaría el derecho colectivo cuando el acuerdo reparatorio, consistiera en una mera aprobación o ratificación formal de una instancia previa y que sea compatible con el derecho propio indígena⁵⁵. En cambio, si se trata de un acuerdo reparatorio, que no tiene un contenido anterior, que el juez sólo va a ratificar y confirmar, entonces no existe tal necesidad, y por lo tanto no hay conflicto entre ambos derechos.

iii) Proporcionalidad en sentido estricto: En este tercer nivel, debe preguntarse cuál de los derechos en juego debe prevalecer, si acaso los derechos fundamentales afectados por la medida que los restringen –en nuestro ejemplo, acceso a la justicia de las mujeres víctimas de VIF- o bien, los derechos cuyo favorecimiento son buscados por el medio establecido, esto es, el derecho a que se respete las formas tradicionales de represión de delitos establecidos por los pueblos indígenas y, a través de este, la garantía constitucional de la igualdad ante la ley.⁵⁶

Esta incompatibilidad o conflicto sólo se daría, según se ha hecho la prevención a propósito de la necesidad, en el caso que dicho acuerdo reparatorio sea la ratificación judicial de una solución o decisión obtenida mediante los métodos tradicionales de la comunidad o pueblo. Pues, como se ha dicho, si es un mero acuerdo reparatorio no existe ninguna conculcación al derecho colectivo y, por lo mismo, no hay conflicto de derechos.

Con todo, es necesario hacer otra prevención. El objeto de la proscripción de los acuerdos reparatorios en la Ley N° 20.066 para los casos de violencia doméstica, obedece a la necesidad de proteger a la mujer (o en general a la víctima), cuando entre víctima y agresor se da un relación de dependencia que impide a la víctima actuar con una voluntad y consentimiento libre, lo que provocaría que esos acuerdos no obedecerían precisamente a un

⁵⁴ Sentencia No. T-523/97

⁵⁵ Es decir, una que se realice de acuerdo a la costumbre de esa comunidad o pueblo, conforme a las reglas que habitualmente se sancionan o resuelven comunitariamente esas infracciones. Todo ello evidentemente debe ser acreditado mediante testimonios o peritajes.

⁵⁶ *Ibíd.*

“acuerdo” de voluntades, si no a un sometimiento de la víctima al victimario. Lo que evidentemente no logrará poner término al conflicto, sino por el contrario agudizarlo.

Para evitar esta situación, el ordenamiento jurídico “expropia” el conflicto, sacándolo del ámbito privado para llevarlo al tribunal.

Los métodos de represión de los delitos en las comunidades indígenas son también una forma de resolver un conflicto fuera de la esfera privada y de trasladarlo al ámbito público, que en los pueblos indígenas está constituido en general por asambleas o autoridades tradicionales.

Como ha señalado la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, esto forma parte del derecho de acceso a la justicia de las mujeres indígenas.

“El acceso a la justicia de las mujeres indígenas implica por un lado, el acceso a la justicia del Estado y por otro, el reconocimiento y respeto del derecho indígena; ambos sistemas deben ser compatibles con los derechos humanos internacionalmente reconocidos. La CIDH ha expresado la necesidad de que los Estados instauraren y apliquen un sistema judicial acorde con la diversidad cultural existente en los países, así como mecanismos que permitan reconocer y promover efectivamente el derecho indígena, conforme a sus normas tradicionales, tomando como parámetro las normas internacionales sobre derechos humanos”⁵⁷

Debido a ello es que podemos afirmar que, en los casos en que se intenta resolver un caso de violencia intrafamiliar por la vía de un acuerdo reparatorio, cuando este acuerdo encierra un procedimiento jurídico previo llevado a cabo en la comunidad, conforme a sus tradiciones y que implique la resolución de esa infracción o conflicto en un ámbito público de la comunidad, tampoco se produce el conflicto de derechos. En efecto, en la medida en que el conflicto excede el ámbito privado, se resguarda la posibilidad que la víctima (en este caso, la mujer) sea sometida para llevar adelante el acuerdo.

Así entonces, siempre que la hipótesis anterior se acredite, sólo existiría un conflicto efectivo entre derechos (el derecho a la integridad de la mujer o víctima de violencia intrafamiliar y el derecho colectivo de los Pueblos Indígenas a que se respeten sus métodos de represión de estos delitos), cuando el mecanismo tradicional utilizado por los Pueblos Indígenas, consista en uno privado que no garantice por tanto la integridad física y autonomía de la víctima.

Con todo, en esta última hipótesis, el derecho colectivo a la justicia pareciera ceder ante el derecho de la mujer por resguardar su integridad⁵⁸, y en fin, una vida libre de violencia.

⁵⁷ CIDH. Acceso a la justicia para las mujeres víctimas de violencia en las Américas. OEA/Ser.L/V/II. Doc.68, 20 enero de 2007, párr. 200.

⁵⁸ Para un desarrollo más extenso del tema ver Erradicación de la Violencia Contra las Mujeres en las Américas: 2015. Nash, Claudio, Et. Al. “El Rol de los Operadores de Justicia Violencia contra mujeres indígenas en el marco de las relaciones familiares: pautas para decidir la procedencia de acuerdos reparatorios. Centro de Derechos

3. ETAPAS PROCESALES.

3.1 Detención

3.1.1 Entrevista en la comisaría o cuartel policial, durante la detención.

En toda defensa penal, resulta fundamental el primer contacto con el imputado. Por ello es que forma parte del derecho a defensa y de los requisitos que otorgan validez a un proceso, la posibilidad de defenderse, que implica la necesaria orientación del imputado.

Por ello el Código Procesal considera que los derechos que le asisten al imputado, entre ellos el derecho a ser asistido por un defensor, se ejercen desde los primeros actos del procedimiento y no necesariamente de la primera comparecencia o audiencia. La Constitución Política consagra el derecho de toda persona a la defensa jurídica en la forma que señale la ley, este derecho es un pilar fundamental de todo proceso racional y justo.

La Corte Suprema lo ha señalado en los siguientes términos:

“La garantía de la defensa en juicio sólo queda satisfecha cuando la persona imputada cuenta con la debida y suficiente defensa técnica, la que existe desde el momento del inicio mismo de la persecución penal, como ocurre en nuestro sistema procesal penal, lo que conlleva el derecho a contar con el profesional, por lo que cualquier acto o diligencia en la que deba realizar cualquier clase de manifestación como es una declaración o actos o diligencias que por su naturaleza sean inmodificables o irrepetibles, deben realizarse con la presencia personal del abogado defensor, sólo de esa forma el acto será válido”. (Considerando 19 de Sentencia de la Corte Suprema de 31 de diciembre de 2009 en causa Rol N° 9758-2009). Doctrina que ha sido reiterada por sentencias de la Corte Suprema Roles 6934-2009 y 4001-2010.

En el Derecho Internacional esta garantía es de larga data, en el año 1983, la CIDH concluyó que el derecho a asistencia letrada establecido en el artículo 8.2 de la Convención Americana era de aplicación en el primer interrogatorio.⁵⁹ Mientras que en Naciones Unidas, el Relator Especial sobre la cuestión de la torturas, ha recomendado que *“los detenidos gocen de acceso a asistencia letrada en un plazo de veinticuatro horas a partir de su detención”*⁶⁰

Más próximo, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha desarrollado diversas dimensiones que abarca el derecho a contar con una defensa técnica. En relación con la posibilidad la entrevista de información al momento de la detención, se han establecido algunos estándares generales, dentro del que destaca que ésta debe ser *“oportuna”*. Esto

Humanos, Facultad de Derecho Universidad de Chile. Santiago, 2015.

⁵⁹ Informe sobre la situación de los derechos humanos de un sector de la población Nicaragüense de Origen Miskito, OEA/Ser.L/V/II.62, doc.10,rev3,1983

⁶⁰ Informe del Relator Especial de las Naciones Unidas sobre la cuestión de la Tortura, Doc. ONU: E/CN.4/1995/34, 12 de enero de 1995, párr.926.d.

implica que “*el derecho a la defensa debe poder ejercerse desde que se señala a una persona como posible autor o partícipe de un hecho punible y solo culmina cuando finaliza el proceso*”,⁶¹ sin referencia a algún momento procesal específico.

En relación con las diligencias previas de investigación, la Corte ha visto la necesidad de establecer importantes cortapisas y limitaciones, debido a la tendencia regional para obtener falsas confesiones, que luego son avaladas en el proceso judicial.⁶² En los casos *Cabrera García y Montiel Flores*,⁶³ la Corte IDH ha señalado que el derecho de defensa debe ser ejercido “desde que se señala a una persona como posible autor o partícipe de un hecho punible” y que no se puede “*potenciar los poderes investigativos del Estado en desmedro de derechos fundamentales de la persona investigada*”. “*Por lo tanto, el derecho a contar con un defensor durante el interrogatorio, consultar con él libremente acerca del sentido de su declaración, dar su versión de los hechos, según el lenguaje de la propia Corte aparece como un núcleo central del derecho de defensa*”.⁶⁴

En el caso de los indígenas, y atendida las marcadas diferencias culturales, es muy relevante la entrevista inmediata con el imputado indígena, ya que esto trae consecuencias para el resto del proceso. Un ejemplo específico lo constituye el derecho a guardar silencio, de difícil comprensión para un indígena para el que en general los conflictos se resuelven en asamblea o mediante diálogos abiertos, sin que tenga nociones acerca de los tiempos y las etapas que implican un proceso penal.

3.1.2 Participación del Facilitador Intercultural Indígena.

A la primera entrevista con el detenido o imputado indígena debe concurrir el defensor o defensora especializada junto al facilitador(a) intercultural⁶⁵. La participación de el/la facilitador(a) intercultural no solo permitirá apoyar la labor de el/la abogado(a) incorporando los elementos culturales propios del mundo indígena, sino además ayudará a generar un vínculo entre éste y su defendido. Su presencia provocará que ella se sienta en un ambiente de mayor confianza al encontrar a un igual que pueda entender sus necesidades y requerimientos.

Si no es posible que concorra el/la facilitador(a) intercultural, por motivos de distancia, cobertura u otro evaluado por la respectiva jefatura, el facilitador analizará los antecedentes del caso con posterioridad a la audiencia, con el objeto de determinar, en conjunto con el/la defensor(a), si resulta pertinente una entrevista inmediata con el facilitador. Siempre se deberá realizar esta entrevista, en el caso que de la audiencia haya resultado la prisión preventiva del imputado o imputada.

⁶¹ Caso Acosta Calderón, cit., párr. 124; Caso de la Comunidad Indígena Yakye Axa vs. Paraguay, sentencia de 17 de junio de 2005, serie C, No. 125, párrs.116 y 117; Caso Tibi, cit., párr. 194; Caso Castillo Petrucci y otros, cit., párrs. 146-149, y Caso Suárez Rosero, cit., párr. 83.

⁶² Alberto Binder / Ed Cape /Zaza Namoradze/ 2015. Defensa penal efectiva en América Latina, Ed. Antropos, Bogotá, Colombia;p. 72

⁶³ Sentencia de 26 de noviembre de 2010, serie C, No. 220, párr. 154.

⁶⁴ Ib., id. P. 72

⁶⁵ Obligación aplicable exclusivamente a las localidades donde existe facilitador intercultural.

Asimismo, en aquellos casos en que se hayan realizado todas las preguntas tendientes a determinar la calidad de indígena del imputado y aún existan dudas acerca de ello, deberá informar a el/la facilitador(a) intercultural, para que sea éste quien se reúna con la persona y determine si efectivamente se trata de una persona indígena.

En el caso de una detenida, si la defensa la asume un defensor de género masculino y no una defensora podría obstaculizar aún más la fluidez de la comunicación con la representada. Ello, porque para las mujeres indígenas, especialmente aymara, quechua o likanantai que provienen de zonas rurales y de un contexto comunitario, es inusual entrevistarse a solas con un hombre desconocido.

En estos casos, es necesario la intervención de una facilitadora intercultural de género femenino, que pueda servir de puente de comunicación entre abogado(a) y representada. Incluso se puede solicitar la asistencia de otra persona de género femenino para que acompañe en la entrevista.

3.1.3 Actitud y manejo del defensor

La forma en que se forja la primera aproximación con un imputado indígena es fundamental en términos de generar una relación sólida de confianza entre abogado(a) y representado(a) que pueda mantenerse hasta el término de la causa. Por ello la actitud, el lenguaje verbal y corporal, son esenciales para dar una buena impresión a la defendida y comenzar a construir desde ahí un vínculo fluido de comunicación. Estos elementos abarcan desde el saludo hasta la enunciación de los derechos, según se acotan en los siguientes apartados.

3.1.3.1 Saludo.

El saludo es el primer contacto que el defensor o defensora tendrá con su representado. Es un acto que reviste suma importancia. Al momento de encontrarse con él o ella debiera presentarse como su abogado(a) y saludar de la mano si es que es esto posible. En las comunidades indígenas del norte el contacto visual tiene como significado la transparencia, que es un valor muy relevante en estas culturas. Entre los mapuche, resulta habitual que el saludo vaya unido a consultas sobre el trabajo, la familia y la salud.

Atendido la particularidad de las costumbres de cada pueblo, los facilitadores debieran instruir previamente a los defensores sobre estos elementos.

3.1.3.2 Lenguaje a utilizar por el defensor o defensora.

Es imprescindible que el defensor se exprese de manera clara frente a su defendido. Ello implica hablar en términos simples, modular bien y hablar pausadamente, además de ser cordial, empático y tener siempre en consideración que el objetivo es generar confianza en su defendido. Si bien, existen en el proceso penal muchos términos técnicos, se deberá simplificar la explicación de los mismos de forma que la información llegue de manera comprensible para el imputado, en especial sobre la situación jurídica que lo afecta. No se debería usar términos legales, ya que normalmente no son parte del vocabulario del afectado. Además, se recomienda el uso de sinónimos para relatar aspectos más bien formales o relacionados con el proceso.

Asimismo, es significativo el tono de voz que se utilice y la actitud corporal que tenga frente a su representado, ya que lo que la persona espera - bajo una situación de absoluta vulnerabilidad - es conocer no sólo el estado procesal en que se encuentra sino además sentirse acogida y comprendida por la persona que asumirá su defensa. No obstante la actitud amigable que deban tener los defensores con su representada, no hay que perder de vista que no se trata de generar una relación de amistad, ni de asumir posiciones indigenistas, sino que el buen trato debe estar siempre enmarcado en la relación profesional.

3.1.3.3 Intérprete y traductor

El Art. 14.3 letra f) del PIDCP dispone que *“Durante el proceso, toda persona acusada de un delito tendrá derecho, en plena igualdad, a la siguientes garantías mínimas: ...f) a ser asistida gratuitamente por un intérprete, si no comprende o no habla el idioma empleado por el tribunal.”* Este derecho incluye el disponer de un intérprete competente y gratuito, y el derecho a la traducción de documentos relevantes para el proceso. El intérprete permite una comunicación adecuada con el tribunal, traduciendo al tribunal lo que señala el acusado y viceversa. A su vez, mediante la traducción, el acusado puede conocer adecuadamente ciertos documentos que contienen información relevante para el proceso.

El uso de los idiomas indígenas constituye un derecho en sí mismo con su propio contenido esencial, pero también es parte del derecho a la propia identidad cultural, al ser el idioma un eje de la cultura⁶⁶.

En lo que a nuestro modelo respecta, nos interesa principalmente el uso de los intérpretes y los traductores, a pesar de que el derecho al bilingüismo en la justicia incluya la posibilidad de adoptar otras medidas, tales como acceder a la jurisdicción propia o especial, utilizar directamente un idioma indígena, dejar registro de los actos escritos en idioma indígena, utilizar señalética en estos idiomas, entre otras.

De este modo, el uso de un intérprete o traductor es el parangón por medio del cual se materializa *“un derecho irrenunciable en la justicia penal, [que] es la capacidad de comprender y hacer comprender mediante el uso de un idioma dado, pues tal es el medio eficaz para la realización de los actos procesales y para el ejercicio de un conjunto de derechos”*⁶⁷. Así las cosas, la comprensión por parte del imputado no constituye solamente un mecanismo que permita favorecer la labor del sistema de justicia y hacerla más eficiente, sino que es un requisito de validez sustancial para los actos del procedimiento.

Por lo anteriormente, la participación de un intérprete tiene dos objetivos fundamentales:

- i) la adecuada comunicación con su defensor, y
- ii) la comprensión de la imputación que le formula y en general, la adecuada

⁶⁶ Yrigoyen, Raquel (2003), “Fundamentos jurídicos para una justicia multilingüe en Guatemala”. En El derecho a la lengua de los pueblos indígenas. XI Jornadas Lascasianas. UNAM, p. 75 <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/2/740/11.pdf>

⁶⁷ *Ibíd.* p. 81

comunicación con el tribunal y el fiscal.

La obligación de proveer de este traductor o intérprete al imputado o imputada, corresponde evidentemente al Estado. Ahora bien, es cierto que normativamente no se ha establecido a cuál de los operadores de la justicia (Ministerio Público, Tribunales o defensa), corresponde específicamente. Sin embargo, esta distinción nos permite concluir que si al Ministerio Público le corresponde la persecución penal, la carga de la comprensión de los cargos debiera ser también de su ámbito. En cambio, todo lo que corresponde a la comprensión del proceso y comunicación con su defensor, corresponde a este último, pues se trata de una relación que se basa en la confianza.

El defensor es quien debe preocuparse de establecer si será necesaria la participación de un intérprete o traductor. Para establecer la necesidad de un traductor o intérprete, el defensor deberá apreciar si está frente a una persona indígena extranjera monolingüe en el uso de la lengua de su pueblo originario, o si su representado tiene muchas dificultades para comunicarse satisfactoriamente en el castellano. En ambos casos se requerirá siempre un intérprete, tanto para la comunicación con el defensor como en el contexto de la audiencia.

También se puede solicitar la intervención de un intérprete en aquellas situaciones en las que si bien la persona tiene un dominio parcial del español, este no es su lengua materna y la información no es recibida de manera completamente comprensible y/o la persona del imputado no puede darse a entender adecuadamente, o bien, puede suceder que el imputado sólo desee expresarse en su lengua originaria, caso en el que se respetará su derecho.

En este caso, se debe distinguir la situación de comunicación con el defensor y traducción en la audiencia o en contextos judiciales.

Para efectos de la comunicación con el defensor, en estas dos últimas hipótesis (que la lengua materna sea el idioma originario, o que simplemente se desea hacer uso del idioma propio), el defensor deberá realizar la consulta al imputado indígena si desea que intervenga un traductor. Siempre que el imputado lo solicite, el defensor permitirá que el imputado canalice su comunicación en su idioma propio; sea en la primera entrevista, previa a la audiencia; en las entrevistas posteriores de información, sea en la cárcel o en la oficina del defensor.

El defensor debe prestar atención y considerar como relevante la voluntad del imputado en todo momento, y no puede transformarse en una limitante para el ejercicio de este derecho.

Evidentemente una buena comunicación verbal entre abogado(a) y representada, afectará la estrategia de defensa que se elabora, la información que el detenido o imputado puede aportar y todo el derecho a defensa en su conjunto. Por ello se tomarán todas las medidas tendientes a asegurar que la persona se exprese y reciba la información en forma comprensible.

No obstante lo expuesto, esto debiese ser evaluable por el defensor o defensora en la medida que no puede afectar lo que sería el principal objetivo: esto es que el uso del idioma no menoscabe una comunicación eficaz.⁶⁸

⁶⁸ *Ibíd.*, p. 85.

En definitiva en los casos expuestos, la defensa debe hacer inmediatamente las gestiones para contactar a un intérprete a fin que concurra a la brevedad a la entrevista y posteriormente a la audiencia de control de la detención. En estas situaciones se deberá hacer presente al inicio de la audiencia del control de la detención.

Si no fuera posible obtener un intérprete en ese momento, debe solicitarse que la formalización no se realice y simplemente se determine un nuevo día y hora en que se pueda contar con las condiciones para llevarla a efecto, según lo establecido por el art. 132 del Código de Procedimiento Penal.

En virtud de la cautela de garantías establecida en el artículo 10° inciso segundo del Código Procesal Penal, la defensa deberá solicitar la suspensión de la audiencia hasta la concurrencia del intérprete. No es aceptable la opción de la ampliación de la detención, sin una oposición y contra argumentación por parte de la defensa, toda vez que no se está en las situaciones que contempla el artículo 132 del Código Procesal Penal.

Los fundamentos legales de contar con un intérprete para el indígena que no comprenda español, que no se comunique en dicho idioma o que simplemente desea hacer uso de su derecho a hablar en su lengua originaria, se encuentran establecidos en los siguientes instrumentos jurídicos:

- i.** Artículo 8° n° 2, letra a) de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.
- ii.** Artículo 14 n° 3, letra f) del Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos.
- iii.** Artículo 27, del Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos.
- iv.** Artículo 12, del Convenio 169 de la OIT.²⁶
- v.** Artículo 291 inciso 3°, del Código Procesal Penal.
- vi.** Principio V de los Principios y Buenas Prácticas sobre la Protección de las Personas Privadas de Libertad en las Américas.²⁷
- vii.** Principio 14° del Conjunto de Principios para la protección de todas las personas sometidas a cualquier forma de detención o prisión de las Naciones Unidas.
- viii.** Artículo 1.1 de la Declaración sobre los Derechos de las Personas pertenecientes a minorías nacionales o étnicas, religiosas y lingüísticas.
- ix.** Artículo 2.1 de la Declaración sobre los Derechos de las Personas pertenecientes a minorías nacionales o étnicas, religiosas y lingüísticas.

Cuadro N° 1 Intervención de traductor.

	Relación con defensor	Relación otros intervinientes
Imputado es monolingüe	Necesita traductor, puede hacerlo FII	Exigir traductor, rechazar audiencia si no hay disponibilidad y rechazar ampliación detención
Imputado se expresa mejor en el idioma originario	Asesorarse con FII	Consultar al detenido y en su caso exigir traductor en términos hipótesis anterior
Imputado es bilingüe y se comunica en su idioma como en español, con la misma fluidez	Debe consultarle al imputado si desea hablar en idioma indígena y pedir apoyo traductor	Consultar al detenido, en caso que desee prestar declaración si lo quiere hacer en su propio idioma.

En concordancia con lo anterior, la manera de disponer de un intérprete o traductor dependerá, a su vez, de si se requiere para la comunicación con el defendido o con otros operadores.

En el primer caso, se puede solicitar la intervención del Facilitador Intercultural Indígena de la zona respectiva, o de una distinta si esta carece de uno.

En el caso de tratarse de una comunicación con otros actores, como por ejemplo la realización de una declaración ante el Ministerio Público, dependerá del interés de la defensa, si se toma la iniciativa, o se plantea que, siendo el Ministerio Público la entidad pública que se encuentra ejerciendo la acción penal, a quien corresponde esta carga procesal.

Con todo, se puede solicitar la participación de un intérprete como si fuera un perito. Si bien en este caso, su labor no consiste en el análisis de un hecho desde una perspectiva científica, sino de la traducción de lo declarado por el imputado (u otro interviniente, como un testigo o la víctima), así se ha entendido en la práctica.

Así también, de conformidad al artículo 54 de la Ley N° 19.253 se puede pedir a la Corporación Nacional de Desarrollo Indígena que ponga a disposición del tribunal un traductor.

Por su parte si el facilitador(a) intercultural habla fluidamente el idioma de la detenida podrá concurrir en calidad de intérprete a la audiencia y en ningún caso deberá ser aceptado por la defensa que la audiencia se realice sin un intérprete o que algún coimputado u otro interviniente, realice esta función.

3.1.4 Recabar información familiar y de su comunidad

Entre los indígenas el vínculo con su familia es fundamental, a tal punto que su identidad se define en base a su origen (territorial y familiar). En el caso de los mapuche, por ejemplo, “*el núcleo fundamental de la organización social (...) -es, históricamente, la familia.*”⁶⁹ “*La cohesión social comunitaria se funda en estrechos lazos de parentesco y en relaciones de solidaridad y cooperación, los que se manifiestan a través del mingako, la vuelta de mano o la mediería*”.⁷⁰

Por lo mismo, el vínculo con la familia es relevante para la toma de decisiones procesales, para entregar información o para obtener información acerca del conflicto que puede gatillar o explicar el ilícito investigado.

Algunos imputados, por el contrario, pueden tener la aprehensión de no querer proporcionar antecedentes de contacto con sus familiares, ya que existe el temor de que la situación sea conocida por la comunidad de origen, pudiendo posteriormente ser rechazados al momento de querer reintegrarse. Por ello es esencial que se le explique la relación de confidencialidad y que sólo se le informará a la persona que ella indique (*supra* 4.4). Asimismo, se le informará de manera clara los efectos positivos que puede tener el mantener contacto con familiares, entre los cuales el permitir acreditar algún tipo de red de apoyo o tener acceso a documentos que permitan terminar en menor tiempo la causa.

Por otra parte, al momento de la detención son incautados todos los objetos personales que ellos portan, entre los cuales se encuentran teléfonos celulares, papeles, notas, etc. Muchas de ellas tienen consignados en sus pertenencias los datos de sus familiares los cuales son difícilmente recuperables una vez que se encuentran privadas de libertad.

Por ello, si es la primera entrevista en la comisaría o cuartel policial y es informado por parte del detenido de que sus contactos se encuentran entre los objetos personales que le fueron incautados, el defensor o defensora deberá hacer las gestiones en dicho momento con los funcionarios aprehensores, de manera que se le permita anotar teléfonos y direcciones de la familia o personas de contacto.

Si la entrevista se realiza en el calabozo del tribunal, se verificará con los funcionarios de Gendarmería presentes si entre los objetos personales del detenido se encuentra algún teléfono o dirección, de acuerdo a la información entregada por el detenido.

En caso que exista oposición de los funcionarios aprehensores o de Gendarmería para acceder a esos datos, se le deberá señalar al Juez de Garantía en la audiencia de control de la detención o eventualmente se hará uso de la cautela de garantía, en base a las normas y al derecho del detenido de contactar a sus familiares.

⁶⁹ Defensoría Penal pública. 2012. Modelo de Defensa Penal Indígena. Serie Documentos Oficiales N° 7, p.245.

⁷⁰ *Ib. Id.*; p. 245

3.2 Primera audiencia

3.2.1 Consignar que se está en presencia de un imputado indígena.

Como se ha explicado, ~~la~~ una de las dificultades que representa la defensa indígena es la identificación de un imputado de esa calidad, lo que dará origen y fundamento a la defensa especializada. La apreciación errónea o *folclorizada* que se tiene de los indígenas impide a la mirada no experta darse cuenta de la presencia de una persona perteneciente a un pueblo indígena.

Poner en conocimiento del tribunal acerca de la calidad de indígena y extranjera del imputado permitirá hacer desde el inicio de la audiencia un llamado de atención acerca de que se está en presencia de una persona que tiene derechos específicos y que los rasgos diferenciadores de la cultura indígena de alguna manera deben ser considerados por el juez, ya sea en el trato o en hablar más lento, por ejemplo.

No obstante que podría considerarse que ni los jueces ni los fiscales están preparados ni capacitados para asumir una causa desde la óptica de la diferencia cultural, es la labor de la defensa abogar por los derechos de la defendida y hacer presente los aspectos culturales diferenciadores, de manera de ir instalando la argumentación en este sentido y obligar al tribunal ya sea a pronunciarse en algunos casos o adecuar la forma de dirigir la audiencia frente a imputados con estas características especiales. Si bien, podría tardar tiempo para que los jueces hagan una diferenciación en la audiencia, a lo menos se logrará que el elemento indígena deje de ser un tema invisible para el juez y el fiscal. Asimismo, estas alegaciones apuntan a otorgar dignidad al defendido, evitar que sea discriminada y mostrar que se debe respetar su calidad de indígena.

3.2.2 Verificar si información transmitida por el juez es comprensible para el imputado

Es imprescindible que a medida que transcurre la audiencia del control de la detención se verifique que el representado comprenda lo que ocurre, lo que resuelve el juez y la información aportada por los intervinientes. Para ello es importante que el defensor le pregunte, a medida que ~~y~~ transcurre la audiencia e idealmente en cada etapa (v. gr.: 1. control de la legalidad de la detención; 2. Individualización de los intervinientes; 3. Notificaciones; 4. Formalización; 5. Resolución sobre cautelar; 6. Citación próxima audiencia, etc.), si entendió lo que se dijo y, en caso de no ser así, debe solicitar al tribunal una pausa para poder explicarle.

No es inusual que muchos jueces hablen muy rápido y con la utilización de vocabulario muy técnico o legal, en particular al dirigirse a un detenido y explicarle sus derechos. En este caso la defensa deberá solicitarle a éste ya sea que repita lo señalado o que hable más lento o en término comprensible para él o ella, atendidas las consideraciones culturales que detenta.

El defensor o defensora no debe tener temor de la impresión o actitud que tendrá el/la juez/a a una solicitud de este tipo, ya que es un derecho básico de la imputada el entender lo que ocurre en la audiencia y sobretodo de comprender los efectos de una resolución judicial que resuelva su situación jurídica o sea dictada en contra de sus pretensiones.

3.3 Prisión preventiva

Para oponerse a la solicitud de prisión preventiva, el defensor puede invocar el Convenio 169 de la OIT en lo relativo a esta materia, no obstante resulta fundamental no hacerlo de manera exclusivamente formal, ni enunciarlo de manera tal que se transmita que éste contiene un mandato absoluto para el juez, en orden a excluir la prisión preventiva de las medidas cautelares aplicables (*supra* 3).

NO sólo por un uso estratégico, sino que efectivamente pareciera ser que el Convenio no establece una regla de exclusión, sino más bien un principio, que el defensor debe procurar que el juez aplique, sea por vía del control de convencionalidad, sea por preferir aquella interpretación que haga compatibles las normas domésticas con las de los tratados internacionales.

Es fundamental hacer hincapié en lo dispuesto por el artículo 10° del Convenio 169 de la OIT, en cuanto a la aplicación de las sanciones penales que se preferirán tipos de sanciones distintas al encarcelamiento. Por ello, deberá argumentarse que decretar la prisión preventiva sería mucho más gravoso que la propia sanción penal, ya que con la aplicación del Convenio y en caso de ser condenada, la imputada podría acceder a alguna pena sustitutiva a la pena privativa de libertad. En razón de aquello y atendida la calidad indígena del imputado, toma aún mayor fuerza la excepcionalidad de la prisión preventiva, por lo que siempre se debiera preferir las otras medidas cautelares del artículo 155 del Código Procesal Penal.

El razonamiento podía enunciarse de la siguiente manera:

- i. el imputado A es indígena,
- ii. la formalización es por el delito B, al cual la ley le asigna una pena de presidio menor;
- iii. la pena que arriesga el imputado, habida consideración de sus condiciones personales que le permitiría el reconocimiento de alguna atenuante y ninguna agravante, más su calidad de indígena, permiten establecer con cierta certeza que podría ser objeto de una pena no privativa de libertad;
- iv. sería desproporcionado imponer una cautelar que le prive absolutamente de su libertad, si existe una alta probabilidad que la pena no lo fuere, en caso de ser condenado;
- v. la calidad de indígena es relevante, porque su pertenencia a un Pueblo Indígena, significa que pertenece a un grupo que ha sido históricamente discriminado y marginado, por lo que se encuentra en condiciones más desventajosas para enfrentar al sistema penal, y que, debido a los aspectos culturales propios de la sociedad a la cual pertenece, los efectos de la decisión judicial serán aún más devastadores que para un imputado que no pertenezcan a este grupo. En efecto, atendidas las pautas culturales de la sociedad en la que se desenvuelve el individuo, el desarraigo y daño psicológico pueden producir perjuicios no reparables.

Como ha dicho la Corte Interamericana de Derechos Humanos “[l]a duración prolongada de la prisión preventiva puede afectar de manera diferenciada a los miembros de pueblos indígenas por sus características económicas, sociales y culturales, que, en el caso de los

*dirigentes de la comunidad puede también tener consecuencias negativas en los valores, usos y costumbres de la comunidad o comunidades en que ejerce liderazgo”.*⁷¹

El artículo 10° del Convenio 169, asimismo refiere que al imponer una sanción penal se deben considerar las características económicas, sociales y culturales de la mujer indígena. Desde ahí que este contexto debiera ser considerado al evaluar la medida cautelar, ya que esta no puede ser más gravosa que la sanción. Algunos de los elementos sociales, económicos y culturales se relacionan, por ejemplo, con el vínculo de los indígenas con la tierra, con la comunidad o su relación con la autoridad, los que si además son relacionados a las características propias del caso, pueden configurar argumentaciones que sean sostenibles en esta etapa del proceso.

Asimismo, esta disposición puede aplicarse conjuntamente con el artículo 150 del Código Procesal Penal, en el sentido que el juez de garantía debe velar porque las condiciones de reclusión tengan en cuenta determinadas características, tales como, por ejemplo, tener en cuenta para determinar el lugar de reclusión que no le impida ser visitado por su familia, así como al momento de desarrollar actividades al interior de la prisión; ya sea ciertos aspectos de la alimentación, uso del idioma, prácticas religiosas, de salud, etc.

Si alguna de estas prácticas o actividades contraviene el Reglamento de Establecimientos Penitenciarios, la autoridad no puede desechar de plano su ejecución, sino que deberá hacer un examen de ponderación entre este derecho y el mantenimiento de la disciplina interna o la seguridad de los demás reclusos y funcionarios. Así se encuentra previsto en las Reglas de Bangkok, que indican en su Regla 54 que *“Las autoridades penitenciarias reconocerán que las reclusas de diversas tradiciones religiosas y culturales tienen distintas necesidades y pueden afrontar múltiples formas de discriminación que les impidan el acceso a programas y servicios que tengan en cuenta su género y cultura. Por ello, deberán prever programas y servicios amplios en que se atiendan esas necesidades, en consulta con las propias reclusas y con los grupos correspondientes”*. La Regla 55 complementa lo anterior señalando que *“se examinarán los servicios de atención anteriores y posteriores a la puesta en libertad, a fin de asegurar que resulten apropiados y accesibles para las reclusas indígenas y las pertenecientes a determinados grupos étnicos y raciales, en consulta con los grupos correspondientes”*. Si bien las Reglas de Bangkok fueron pensadas para las mujeres privadas de libertad, en cuanto tanto mujeres como indígenas (hombres y mujeres) se consideran grupos de especial vulnerabilidad, los principios serían aplicables a ambos grupos de formas asimilables.

A pesar de ser materia de discusión, algunos autores sostienen que estas normas implicarían que el juez debe aplicar la sanción “más baja que el sistema jurídico admita”⁷². Lo que parece indiscutible es que el juez debe, al menos, considerar las características económicas, sociales y culturales al momento de resolver. En efecto, el artículo 10.1 del Convenio establece que “se deben considerar” las características mencionadas, de manera tal que la resolución de un juez que no tuviera en cuenta estas alegaciones debiera ser objeto de impugnación por parte

⁷¹ Sentencia de la Corte IDH de mayo de 2014 en caso Norín Catrیمان y otros con Chile; párr. 357.

⁷² Matías Meza-Lopehandía, “El Convenio N° 169 sobre pueblos indígenas y tribales de la Organización Internacional del Trabajo.” en *Los pueblos indígenas y el derecho*, coord. José Aylwin (Santiago: LOM, 2013), 419.

del defensor por falta de fundamentación.

Cabe señalar que estos criterios no son incorporados como una condición más favorable para este grupo, sino que lo que busca la normativa es una aplicación de la ley procesal (en este caso, las medidas cautelares) de manera pertinente a sus condiciones personales y su contexto o situación particular. Ambos criterios implican que el Tribunal al momento de determinar una prisión preventiva debe tener en cuenta, que si se trata de una medida excepcional, en estos casos el estándar exigido es aún mayor, porque deben tomarse en cuenta aquellos aspectos que se desprenden de la calidad étnica del imputado.

Eventualmente, será necesario acreditar uno o más de estos elementos con medios probatorios como informes periciales o incluso el testimonio de agentes o autoridades de las respectivas comunidades o pueblos.

Debido a lo anterior, el defensor puede –estratégicamente- postergar o reiterar las alegaciones fundadas en estos argumentos para etapas procesales posteriores, con el objeto de reunir los antecedentes necesarios para respaldarlos.

Además, en este estado procesal es posible hacer mención a elementos relacionados con la naturaleza de la imputación, cuestiones culturales relevantes, tales como la cosmovisión o el derecho indígena que incidan ya sea en la ejecución del hecho o en sus consecuencias⁷³.

3.4 Etapa de investigación

3.4.1 Peritajes

Teóricamente, el peritaje antropológico es definido como un instrumento útil para el diálogo y la comprensión intercultural en contextos de diversidad cultural y deuda histórica.⁷⁴

El defensor debe solicitar e incorporar peritajes para probar debidamente aquellas circunstancias particulares que las normas imponen tener en consideración al momento de disponer la privación de libertad o condenar a una persona indígena y que formen parte de su teoría del caso. *“Se pretende establecer un diálogo respetuoso entre sistemas jurídicos distintos y de esta manera descriminalizar ciertas prácticas culturales de los pueblos indígenas lo que requiere de la traducción de las prácticas culturales tanto de la realidad del imputado como del sistema nacional, con el propósito de significar lo que ellas mismas expresan, considerando, eso sí, la prevalencia y hegemonía que ha tenido de una de esas prácticas, la nacional, como mecanismo histórico de control social.”*⁷⁵

El peritaje es una prueba fundamental para apoyar la teoría del caso de la defensa en casos

⁷³ Ver punto 2.

⁷⁴ Marcelo Berho, Fabien Le Bonniec, Rosamel Millaman, Juan Jorge Faundes, Ximena Alarcón, Paulo Castro, Aldo Vidal, Marcela Vásquez (2016) Informe hito 3, Proyecto Fondef IDEa ID14110379 Peritaje antropológico para la defensa penal especializada en contextos de diversidad cultural; p. 47

⁷⁵ Fernández, Francisca. “Estado actual y desafíos del peritaje antropológico en Chile: el caso del norte grande”, p.2

con imputados indígenas. En efecto, el peritaje en estos casos es imprescindible, ya que ayudará a formar la convicción del juez, en base a una opinión imparcial y fundada sobre la interpretación y apreciación de los hechos. Especialmente en aquellos hechos antecedentes propios de la cultura, que sólo pueden ser explicados por los estudiosos del tema.

Mediante este medio de prueba el juez podrá contar con una opinión objetiva acerca de conocimientos científicos, de un arte u oficio, que él desconoce y que le permita dirimir ciertas cuestiones de la causa.

Los jueces del tribunal oral carecen de toda información acerca de la ocurrencia de los hechos y de la realidad que rodea al acusado. Será la defensa quien debe presentarle un cuadro de cómo sucedieron los hechos desde el punto de vista del imputado, para lo cual será muy importante darle a conocer al tribunal el contexto del cual ella proviene.

*“La prueba pericial además, puede ser utilizada para contextualizar al tribunal, acerca de las circunstancias y particularidades que rodean al imputado, en especial en su calidad de indígena. Le permitirá tomar conocimiento acerca de sus costumbres, fiestas, su relación con la tierra, con su comunidad, con sus familiares, la forma en que está organizada la comunidad y la forma de relacionarse con la autoridades, ya sea de la propia comunidad, o policías, jueces, etc”.*⁷⁶ El peritaje igualmente permitirá probar la pertenencia del imputado al mundo indígena, no obstante el haber vivido en el ámbito urbano y tener procesos de culturización occidentales. El perito busca explicar a la autoridad el significado que el hecho implica en la integralidad de una cultura que le es ajena, frente a las diferentes realidades.⁷⁷

En general, se advierten dos grandes ámbitos de aplicación de los peritajes: el peritaje étnico cultural y los peritajes emergentes. Entre los primeros se encontrarían los de tipo intra sociales (referidos a la comunidad o el grupo familiar, su organización y comportamiento), los de tipo inter sociales (referidos principalmente a las reivindicaciones territoriales) y de la penalización de prácticas culturales. Los peritajes emergentes se refieren a los aspectos religiosos, de género, migratorios, entre otros.⁷⁸ De esta manera, los peritajes antropológicos se pueden orientar principalmente a: i) reconstruir contextos de vida sociocultural y familiar de las personas imputadas; ii) demostrar la afectación que produce la asimilación forzada del Estado y la sociedad chilena sobre las instituciones sociales, las culturas y territorios indígenas; iii) acreditar identidad y/o pertenencia sociocultural; iv) ilustrar fenómenos o hechos socioculturales emergentes; v) esclarecer significados lingüístico-culturales, asociados a objetos, símbolos e instituciones vernáculos, y vi) acreditar arraigo socio-territorial de persona/s imputada/s.⁷⁹

⁷⁶ Lara, Daniela y Hernández, Paulina (2015) “Protocolo de Atención a mujeres indígenas extranjeras privadas de libertad”, Eurosocial y Defensor Penal Pública.

⁷⁷ Valladares de la Cruz, L. (2012). “La importancia del peritaje cultural: avances, retos y acciones del Colegio de Etnólogos y Antropólogos Sociales, A.C. (CEAS) para la certificación de peritos”. Boletín Colegio de Etnólogos y Antropólogos Sociales, A.C, p. 12.

⁷⁸ Marcelo Berho, Fabien Le Bonniec, Rosamel Millaman, Juan Jorge Faundes, Ximena Alarcón, Paulo Castro, Aldo Vidal, Marcela Vásquez (2016) Informe hito 3, Proyecto Fondef IDEa ID14110379 Peritaje antropológico para la defensa penal especializada en contextos de diversidad cultural; p 13.

⁷⁹ Berhó, Marcelo et. Al. (2016), p.13

Resulta imprescindible contar con pericias antropológicas, sociales, psicológicas y/o sociológicas que permitan contextualizar el origen del imputado, sus prácticas culturales, su nivel social y económico e identificar todos los elementos que atendida su condición de indígena permita dar sustento a la teoría del caso de la defensa. En normas internacionales se establece que para tomar decisiones respecto a conflictos que involucren a personas indígenas se deben considerar sus costumbres, tradiciones y normas propias.

De esta manera, por ejemplo, el peritaje antropológico será fundamental si los hechos o la conducta del imputado obedecen a patrones culturales y si es posible invocar la concurrencia de alguna circunstancia que exima o atenúe su responsabilidad penal. Mediante este peritaje se pretende contextualizar la conducta y prácticas culturales del imputado indígena, dentro de su realidad en la comunidad, mediante los testimonios de familiares y de personas pertenecientes a la comunidad indígena de origen. Es función de la defensa asegurar que el peritaje sea completo y que se efectúe la relación respecto a la conducta del defendido con la costumbre indígena⁸⁰.

Las exigencias que los tribunales suelen requerir respecto de los peritajes son las siguientes:

- a) Mención de fuentes bibliográficas y/o etnográficas;
- b) Atribución directa de la conducta del imputado a la costumbre ancestral que se invoca. Es decir, que la costumbre permita explicar la motivación del sujeto para comportarse tal cual como ocurrieron los hechos.
- c) Atribución de la comunidad o el grupo indígena al que pertenece el imputado respecto de la costumbre que se invoca, es decir, determinar si los otros miembros del grupo cultural del ofensor están de acuerdo con esa motivación o justificación y si estiman sus acciones apropiadas en una situación determinada.

Cuando sólo se realiza un peritaje general sobre el pueblo correspondiente y no se hace esta relación directa los tribunales tienden a no considerarla como evidencia suficiente para acreditar algún hecho o circunstancia.⁸¹

El peritaje antropológico muchas veces requerirá ser complementado con algún peritaje psicológico, social, psicológico o sociológico, que dependiendo de la teoría del caso, permita abordar la conducta de la imputada de una manera más integral.

*“Uno de los principales desafíos en que se sitúan los peritajes antropológicos es romper con la folclorización y la construcción de una serie de estereotipos de lo indígena”.*⁸² Los peritajes deben ser minuciosos e intentar recoger las complejidades de las relaciones sociales. Para ello se sugiere que incluyan observación de campo y un trabajo interdisciplinario donde la perspectiva del defensor y el facilitador intercultural sean recogidas. El rol del de este último resulta imprescindible, dado que actúa como nexo con la comunidad y/o familia donde

⁸⁰ Lara, Daniela, et. Al (2015), p.84

⁸¹ Defensoría Penal Pública, n° 7 2012, p. 153

⁸² Fernández, ob. cit., p. 3., p. 3.

se obtendrán las entrevistas.

La relevancia está dada no sólo por determinar el tipo de pericia, sino además por elegir un perito idóneo que tenga todas las condiciones, capacidades y que, en definitiva, sea creíble ante los jueces.

En este sentido, se requiere contar con una oferta amplia de peritos, dentro de los cuales exista la posibilidad de elegir el profesional adecuado y que dicho perito tenga la disponibilidad no solo para elaborar el peritaje, sino también para comparecer al juicio oral.

3.4.2 Metodología

El/la facilitador/a intercultural indígena debe colaborar principalmente con el defensor, pero también debe hacerlo con el perito, en particular con el antropólogo, sociólogo, sicólogo o asistente social. Para ello le proporcionará todos los antecedentes necesarios que le permitan formarse una idea inicial. Adicionalmente, colaborará en el contacto pertinente y necesario con familiares o personas de la comunidad, así como cualquier información adicional que éste requiera para la elaboración del informe.

“Se observa una tensión perjudicial en el desarrollo óptimo del peritaje antropológico cuando el defensor sitúa el caso bajo pericia en el marco de la dogmática penal dominante y suprime o subsume la explicación antropológica a un dominio marginal. La tensión se disuelve en los casos en que el defensor trasciende las categorías de la dogmática penal y avanza hacia el reconocimiento de los derechos indígenas, como ocurrió en uno de los casos periciados”.⁸³

No obstante que cada perito tiene su metodología de trabajo, el defensor o defensora y el facilitador(a) intercultural deben velar porque la metodología utilizada por éste sea la adecuada, en el sentido de contener análisis empíricos. Consecuencialmente, es claro que la presentación de un perito al juicio cuyo único soporte de su informe sea la declaración de la imputada es muy probable que no produzca credibilidad ni vaya a ser considerado finalmente por el tribunal. Asimismo, a pesar de las dificultades que pueda tener el perito en la realización del peritaje con un defendido indígena, el abogado(a) deberá asegurar que éste haya agotado todos los medios para investigar sobre los siguientes aspectos:

- i. Antecedentes históricos del lugar donde proviene la representada.
- ii. Ubicación geográfica de la comunidad origen.
- iii. Diagnóstico del entorno social.
- iv. Prácticas culturales.
- v. Vínculo con familiares o personas de la comunidad.

Respecto del punto v), si no es posible para el perito acceder a familiares o personas de la

⁸³ Berhó, et.Al., (2017) PROYECTOS FONDEF DE INVESTIGACIÓN Y DESARROLLO INFORME DE AVANCE ANUAL Científico-Tecnológico y Económico-Social CONCURSO CIENCIA APLICADA- PROGRAMA IDEa N° 2 Título del Proyecto: Peritaje antropológico para la defensa penal en contextos de diversidad cultural; p. 52

comunidad de la defendida, mediante la ayuda del facilitador intercultural puede tener acceso al contacto de estas personas.

3.5 Salidas alternativas

Actualmente, el estatuto jurídico aplicable a los indígenas resguarda el derecho de los pueblos indígenas al reconocimiento de su sistema jurídico, derecho consuetudinario o derecho propio. Lo que incluye la obligación correlativa de las autoridades del Estado y los tribunales a respetar y considerar tal derecho al resolver los asuntos que se encuentran dentro de su competencia⁸⁴ (*supra* 1.2.2 i).

El defensor, en ejercicio de este derecho y como estrategia del caso, podrá incluirlo en la respectiva teoría del caso, o bien, intentar arribar a alguna salida alternativa que pueda formalizar otorgando valor legal, mediante el acuerdo reparatorio o la suspensión condicional del procedimiento, tomando en consideración los mecanismos propios existentes al interior de la comunidad, de acuerdo a su propio derecho.

Para ello, el defensor procurará lograr un acuerdo con la víctima, mediante mecanismo que la comunidad contemple y sin transgredir las reglas de la litigación penal. Para ello, se deberá velar por el cumplimiento de todas las formalidades propias de cada comunidad o autoridad indígena, así como las normas establecidas en el Código Procesal Penal referidas a las víctimas, comunicándolo al resto de los intervinientes.

Para el cumplimiento de las reglas comunitarias, el defensor se asesorará del Facilitador Intercultural Indígena, en su caso.

El defensor procurará contar con la presencia en audiencia de las comunidades o autoridades pertinentes para efectos de la salida alternativa.

3.6 Juicio oral

Existen, evidentemente, muchas formas estrategias para enfrentar la defensa de imputados indígenas en un juicio oral. Corresponde al defensor su diseño e implementación, así como la elección de las distintas alternativas jurídicas, en conjunto con el imputado.

En el caso de los imputados indígenas la diferencia se centra en la necesidad de tomar en cuenta las normas citadas (*supra* 1). Si el hecho que está siendo sometido a consideración de un tribunal tiene vinculación con la cultura, la costumbre o el derecho consuetudinario en relación a un pueblo indígena, estos elementos deben ser incorporados por el defensor en el juicio.

Una de las formas de hacerlo es a través de las denominadas *defensas culturales*, que corresponde a una creación de la jurisprudencia anglosajona. Si bien, los casos que se

⁸⁴ Artículo 8 del Convenio 169 de la OIT.

analizan bajo esta perspectiva tiene que ver con imputados extranjeros⁸⁵, se trata de modelos de aplicación de la jurisdicción mayoritaria a quienes pertenecen a minorías étnicas; al intento de responder a la pregunta sobre cuál es el grado de reproche que ha de aplicarse a quienes no pertenecer o comparten la cultura. Por lo mismo, estos modelos pueden ser aplicados (y así lo se ha hecho en nuestra jurisprudencia desde el muy conocido caso de Juan Catrilaf) a quienes pertenecen a Pueblos Indígenas, cuando una cuestión cultural está en el trasfondo del debate.

La pertenencia a una cultura diversa puede hacer que existan procesos de internalización de patrones conductuales diferentes y un contexto social diverso que deben ser considerados por medio de la vía que determine la defensa para su incorporación.

Desde el punto de vista doctrinario, aquellas hipótesis en que la conducta del imputado está motivada en un aspecto propio de la cultura, que esta motivación es aceptada por la cultura de pertenencia y que, además, existe una contradicción entre las normas de la cultura propia y la dominante, se conoce como delitos culturalmente motivados.

Los delitos culturalmente motivados se refieren a aquellos casos en donde entran en conflicto los valores culturales de un grupo minoritario con las normas penales vigentes. Se trata en definitiva de la colisión que surge entre la conducta desplegada por alguien que pertenece a una cultura minoritaria, que considera que el despliegue de la misma no es delito en el marco de su cultura producto de no coincidir con los elementos del tipo penal, pero que no obstante, sí lo es y sí coinciden dentro del sistema penal mayoritario.⁸⁶ Carnevali propone tres elementos que deben concurrir copulativamente para que un delito sea uno culturalmente motivado:

- i. Factor psicológico: Se trata de los motivos que animan el actuar. El móvil de la conducta debe estar apoyado en una motivación cultural, en ciertos códigos culturales.
- ii. Factor objetivo: Se requiere además que entre la conducta desplegada y el grupo de pertenencia exista una coincidencia cultural. No basta que el sujeto reclame haber actuado en base a sus códigos culturales, sino que además, la conducta debe estar relacionada con el grupo cultural al que pertenece.
- iii. Relación antinómica: Debe existir una colisión normativa entre la norma de la cultura de pertenencia y la cultura del lugar de residencia.

Existen numerosas posiciones, opciones y visiones en la doctrina respecto a cuáles son las configuraciones más adecuadas de teorías jurídicas en una causa con una persona indígena. En ese escenario, todos los casos pueden resumirse en tres hipótesis: causales de exculpación, causales de justificación y casos de atipicidad.

En nuestro medio se han incorporado a las alegaciones y a la misma jurisprudencia de los tribunales las teorías basadas en el error de prohibición, en donde existe una falta de

⁸⁵ Cfr. Maglie, Cristina de (2012) "Los delitos culturalmente motivados Ideologías y modelos penales". Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales. Madrid, España.

⁸⁶ Carnevali, Raúl (2007), "El multiculturalismo: un desafío para el Derecho penal moderno" p. 24.

comprensión de la antijuridicidad de la conducta desplegada debido a que, en nuestro caso, la persona tiene valores diferentes y que responden a su comunidad o pueblo de origen.⁸⁷ Más concretamente esta no comprensión de la antijuridicidad se traduce en la inexistencia de la conciencia de la ilicitud, la que en virtud del principio de culpabilidad ha de ser exigible al sujeto para atribuirle responsabilidad penal.⁸⁸

También es necesario considerar en estas materias el régimen de circunstancias modificatorias de responsabilidad penal, en específico, las atenuantes que podrían alegarse en virtud de la calidad de detentan los imputados indígenas, ya sea las que están expresamente previstas en el Código Penal y normas especiales, o bien, las eximentes incompletas de los arts. 11 nro. 1 y 73 del Código Penal.

3.6.1 Audiencia de determinación de la pena del artículo 343 del Código Procesal Penal e implicaciones del Convenio 169 de la OIT.

En base al Convenio 169 de la OIT, se pueden incluir en esta etapa dos tipos de argumentaciones: las características económicas, sociales y culturales de la persona y la preferencia de penas distintas al encarcelamiento. (*supra* 1.2.2, *iii*)

El defensor deberá introducir en este debate la consideración de determinadas circunstancias sociales, culturales y económicas relevantes y/o la posibilidad de que se aplique una pena diferente a la prisión. Para ello, se deberá hacer uso de peritajes antropológico, sociológico y/o psicológico.

Lo anterior se vincula en primer término a la preservación de dichas características, como forma de vida, la que el Estado está obligado a proteger:

“Es indispensable que los Estados otorguen una protección efectiva que tome en cuenta sus particularidades propias, sus características económicas y sociales, así como su situación de especial vulnerabilidad, su derecho consuetudinario, valores, usos y costumbres”⁸⁹.

La Corte Interamericana ha señalado que un estándar para determinar el nivel cumplimiento del Estado de sus obligaciones lo constituye el “vínculo con la especial vulnerabilidad a la que fueron llevados [los miembros de la comunidad indígena], afectando su forma de vida diferente [sistemas de comprensión del mundo diferentes de los de la cultura occidental, que comprende la estrecha relación que mantienen con la tierra] y su proyecto de vida, en su dimensión individual y colectiva”⁹⁰, de modo tal que estas características además se relacionan con el deber del Estado de garantizar una vida digna a los indígenas, acorde a su autodeterminación.

⁸⁷ Carnevali, Raúl (2007) “El multiculturalismo: un desafío para el derecho penal moderno”, p. 27

⁸⁸ Defensoría Penal Pública (2012), “Modelo de Defensa Penal Indígena”, p. 162.

⁸⁹ Serie C No. 214, Comunidad indígena Xákmok Kásek contra Paraguay, Corte Interamericana de Derechos Humanos, 24 de agosto 2010, párr. 270.

⁹⁰ Serie C No. 125, Comunidad indígena Yakye Axa contra Paraguay, Corte Interamericana de Derechos Humanos, 17 de junio de 2005, párr. 162.

La obligación general del Estado de considerar las particularidades económicas, sociales y culturales de los indígenas, en el contexto de las penas, se transforma en una especie de contenido de la reinserción social. En efecto, si la reinserción está contenida por aquellas actividades realizadas al interior del recinto penal y que favorecen la relación del condenado con su entorno social en libertad, el Estado adquiere un compromiso específico para con el condenado privado de libertad miembro de un pueblo indígena, en cuanto a la autoridad penitenciaria debe diseñar los programas de reinserción considerando estas características, así como realizar una ponderación especial a la hora de determinar un adelantamiento de la pena o todo tipo de vinculación con su comunidad y territorio.

Sumado a lo anterior, las características económicas, sociales y culturales tienen relevancia en la determinación del régimen interno. Si el cumplimiento de una pena privativa de libertad debe alterar lo menos posible el desarrollo de estas características, que además forman parte de la “vida digna” de las personas indígenas privadas de libertad, entonces se debe permitir la práctica de ceremonias, ritos y fiestas al interior de un recinto penal.⁹¹ Asimismo, el acceso a métodos de salud y educación propias y/o tradicionales.⁹²

En todo caso, la consideración de las características económicas, sociales y culturales debe tenerse en cuenta no sólo en la aplicación del artículo 10.1 del Convenio 169 de la OIT, sino también en la aplicación del artículo 10.2 del mismo cuerpo normativo, puesto que, como ha dicho la Corte Interamericana, estas características constituyen los motivos por los que una privación de libertad puede afectar de manera más intensa a un indígena que a una persona que no lo es, y por ende se deben preferir otro tipo de sanciones⁹³.

Por lo mismo, determinar las especiales características económicas, sociales y culturales del individuo en condición indígena permitirá fundar la decisión de imponerle o no una pena privativa de libertad y, de hacerlo, bajo qué condiciones especiales que favorezcan en todo momento su inserción social sin mermar las costumbres y tradiciones propias de su etnia. Sin embargo, debemos insistir en que la sola consideración de la pertenencia a un pueblo indígena pareciera ser insuficiente para justificar la determinación, especialmente porque la norma indica que esto sólo constituye una preferencia⁹⁴.

Finalmente, es necesario precisar que en la audiencia del artículo 343 del CPP se deben poner en consideración del tribunal los elementos relacionados con la calidad de indígena de la persona condenada. Conjuntamente se pueden introducir aspectos relacionados con la causa en su esfera de motivación cultural, siempre que se trate de aspectos ajenos al hecho ilícito

⁹¹ Tal como lo señala el Art. 12, DNU DPI: “Los pueblos indígenas tienen derecho a manifestar, practicar, desarrollar y enseñar sus tradiciones, costumbres y ceremonias espirituales y religiosas...”.

⁹² En este punto se abre otra línea de debate que parece ser ajena a esta presentación, y que es propio del debate del desarrollo cultural de los indígenas en medio libre. Según las normas de reconocimiento, tal como han sido desarrolladas por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, los Estados no sólo debieran permitir el ejercicio de prácticas culturales propias, como las prácticas propias de salud o el uso del idioma, sino que, al modo de Kymlicka, deben promoverse. No obstante, en este ejercicio debe existir un prolijo cuidado de no naturalizar y *folclorizar* estas prácticas, atendido a que el espacio en que se realizarán (la cárcel) no es su espacio natural.

⁹³ Ver infra párrafo 5.3.

⁹⁴ Ver infra párrafo 5.3.

propriadamente tal. Todas estas alegaciones deben incluir un respaldo empírico, lo que se realiza mediante la incorporación de pericias o antecedentes que fundamenten la solicitud que la defensa someta al conocimiento del tribunal. (*supra* 5.4.)

3.7 Ejecución de la pena privativa de libertad

En el caso de las personas privadas de libertad con ocasión del cumplimiento de una condena, si bien la facultad para determinar el lugar de reclusión y su traslado corresponde a la autoridad penitenciaria, ésta debe tener en consideración el respeto por sus derechos fundamentales y, en este caso particular, los derechos involucrados en la conexión especial que tienen los indígenas con sus comunidades y territorios.

En la Ley Orgánica de GENCHI, su artículo 6° dispone que “*Son obligaciones y atribuciones del Director Nacional (...) 12.- Determinar los establecimientos en que los condenados cumplirán sus penas y disponer los traslados de ellos de acuerdo con la reglamentación vigente*”⁹⁵. Como se desprende de la última frase de la norma, si bien se dejan algunos espacios para la decisión de la autoridad, no se trata de una facultad de carácter discrecional, sino más bien de una facultad reglada.⁹⁶

Por su parte, el párrafo 6 del Reglamento de Establecimientos Penitenciarios regula el régimen de visitas, que constituye un elemento fundamental de la reinserción del condenado al que se dirige la pena. En efecto, esta herramienta permite al recluso mantener sus vínculos extramuros, que le permita posteriormente superar aquella “*barrera que las instituciones totales levantan entre el interno y el exterior*”.⁹⁷

En concordancia con la especial conexión de las personas indígenas con sus comunidades y territorios, y debido a la particular interacción que se produce entre el Estado y una persona privada de libertad, es precisamente el Estado quien debe hacerse cargo de satisfacer los derechos y necesidades no suspendidos de aquellas personas que están bajo su custodia⁹⁸, debiendo proveer al indígena de todos los mecanismos que impidan su desarraigo cultural y que le permitan desarrollar su proyecto de vida de acuerdo a sus propias particularidades. Si la reinserción implica la integración adecuada en su espacio vital⁹⁹, esto implica que la cárcel

⁹⁵ En similares términos se encuentra previsto en Acta AD 1303-2007, Corte Suprema, de 17 de diciembre de 2007, que instruye a los jueces abstenerse de disponer los lugares donde deben cumplirse las prisiones preventivas, a menos que razones excepcionales lo justifiquen.

⁹⁶ Cfr. Unidad de Defensa Penitenciaria, “Traslados” (Documento de Trabajo N°2, Unidad de Defensa Penitenciaria, Defensoría Penal Pública, Santiago, 2012), 7.

⁹⁷ Erving Goffman, *Internados. Ensayos sobre la situación social de los enfermos mentales* (Buenos Aires: Amorrortu, 2001), 27.

⁹⁸ Serie C No. 244, Díaz Peña contra Venezuela, Corte Interamericana de Derechos Humanos, 26 de junio de 2012; Serie C No. 140, Masacre de Pueblo Bello contra Colombia, Corte Interamericana de Derechos Humanos, 31 de enero de 2006, párr. 111; Serie C No. 226, Vera Vera y otra contra Ecuador, Corte Interamericana de Derechos Humanos, 19 de mayo de 2011, párr. 42.

⁹⁹ Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para el Tratamiento de los Reclusos (Reglas Nelson Mandela), adoptadas por la Asamblea General de Naciones Unidas en su resolución 70/175, anexo aprobado el 17 de diciembre de 2015: Regla 88.1. “En el tratamiento de los reclusos no se hará hincapié en el hecho de su

debe provocar en menor medida posible la enajenación, por lo que es necesario mantener y fortalecer los vínculos con su comunidad.

En concreto, el Reglamento de Establecimientos Penitenciarios señala que *“en resguardo de las visitas, los condenados deberán ser reclusos preferentemente cerca de su lugar habitual de residencia”* (artículo 53 Reglamento de Establecimientos Penitenciarios). Por otra parte, la normativa internacional también hace referencia a la protección de este derecho, con miras a mantener un arraigo con su pueblo y propender a la reinserción social. La Regla 59 de las Reglas Mandela previene que *“[e]n la medida de lo posible, los reclusos serán internados en establecimientos penitenciarios cercanos a su hogar o a su lugar de reinserción social”*.

Si el Estado no cumple con estas obligaciones - tanto de procurar que la reclusión sea cercana al lugar de residencia, como de resguardar su derecho a visitas -, no solo implicaría desconocer derechos fundamentales del recluso, sino que además incurriría en una infracción a las normas nacionales e internacionales. De esta forma lo ha resuelto la Corte Interamericana al momento de condenar a Chile en año 2014 por una situación similar, en la que se refirió especialmente a la situación que viven las personas indígenas privadas de libertad:

“La Corte resalta que una de las dificultades en el mantenimiento de las relaciones entre las personas privadas de libertad y sus familiares puede ser la reclusión de personas en centros penitenciarios extremadamente distantes de sus domicilios o de difícil acceso por las condiciones geográficas y de las vías de comunicación, resultando muy costoso y complicado para los familiares el realizar visitas periódicas, lo cual eventualmente podría llegar a constituir una violación tanto del derecho a la protección a la familia como de otros derechos, como el derecho a la integridad personal, dependiendo de las particularidades de cada caso. Por lo tanto, los Estados deben, en la medida de lo posible, facilitar el traslado de los reclusos a centros penitenciarios más cercanos a la localidad donde residan sus familiares. En el caso de las personas indígenas privadas de libertad la adopción de esta medida es especialmente importante dada la importancia del vínculo que tienen estas personas con su lugar de origen o sus comunidades”.¹⁰⁰

Entonces, en el caso de las personas pertenecientes a pueblos indígenas, la facultad del Director Nacional de Gendarmería de disponer del lugar en que deba cumplirse una condena privativa de libertad debe verse doblemente limitada, tanto por el derecho a la protección de la familia como por el especial vínculo que tienen los indígenas con su comunidad y territorio, entendido como su lugar de origen y soporte de su cultura¹⁰¹. En efecto, “[p]ara

exclusión de la sociedad, sino, por el contrario, en el hecho de que continúan formando parte de ella. Con ese fin se buscará, en lo posible, la cooperación de organismos de la comunidad que ayuden al personal del establecimiento penitenciario en la tarea de.

¹⁰⁰ Serie C No. 279, CIDH, párr. 408.

¹⁰¹ Rol 75-2013, Jacob Pate Romero contra Jorge Eduardo Sáez Martín, juez del Décimo Segundo Juzgado de

*las comunidades indígenas la relación con la tierra no es meramente una cuestión de posesión y producción sino un elemento material y espiritual del que deben gozar plenamente, inclusive para preservar su legado cultural y transmitirlo a las generaciones futuras*¹⁰².

Adicionalmente, las características económicas, sociales y culturales descritas en el art. 10° del Convenio de 169 de la OIT deben ser consideradas a propósito de la concesión de un beneficio penitenciario. Así, por ejemplo, debiesen tener un rol en la decisión respecto a los permisos de salida, la postulación a un Centro de Educación y Trabajo o la libertad condicional, todas cuestiones propias de la ejecución de la pena. Las particularidades en materia económica, social y/o cultural de los condenados indígenas también deberían permitir adelantar la progresividad, cuando ello es autorizado por las normas penitenciarias, prefiriendo siempre aquellas que permitan desarrollar un vínculo con su familia y su comunidad, en su territorio, por la especial relevancia que tienen estos ámbitos en la vida de las personas indígenas.

3.8 Condena no privativa de libertad

El defensor debe velar por el respeto de los derechos del condenado durante el cumplimiento de cualquier condena, atendido a que el único derecho que se encuentra suspendido o restringido es el de libertad ambulatoria.

Para todo lo referido a las penas no privativas de libertad, debe tenerse en cuenta lo dispuesto en el artículo 10.2 del Convenio 169 de la OIT, en el sentido que debe preferirse las sanciones no privativas de libertad. Esta norma establece una verdadera regla de ponderación, que le juez debe tener en cuenta a la hora de determinar la naturaleza de la pena, y por lo mismo, también puede considerarse a la hora de determinar o revocar una medida cautelar.¹⁰³

Por su parte, el artículo 13 del Convenio 169 señala que: *“al aplicar las disposiciones de esta parte del Convenio, los gobiernos deberán respetar la importancia especial que para las culturas y valores espirituales de los pueblos interesados reviste su relación con las tierras o territorios, o con ambos, según los casos, que ocupan o utilizan de alguna otra manera, y*

Garantía de Santiago, Corte de Apelaciones de San Miguel, 19 de marzo 2013: la Ministra Cabello señalaba en su fallo disidente que “Primero: Que las normas del Convenio 169 de la Organización del Trabajo son vinculantes para todos los órganos del Estado de Chile y pueden ser invocadas por las personas pertenecientes a los pueblos originarios; Cuarto: Que habida consideración de la norma transcrita [art. 10.1 del Convenio 169], que dispone que cuando se impongan sanciones penales a miembros de pueblos originarios deberá tenerse en cuenta sus características económicas, sociales y culturales, la disidente estima que al resolverse la solicitud de cambio de establecimiento penal... debió tenerse en cuenta esta norma, lo que no se hizo. En efecto el Juzgado de Garantías solo pondero el citado informe de Gendarmería y anteriores decisiones sobre traslado de reclusos.”

¹⁰² Serie C No. 79, CIDH, párr. 149; Serie C No. 125, CIDH, párr. 131; Serie C No. 116, Masacre Plan de Sánchez contra Guatemala, Corte Interamericana de Derechos Humanos, 19 de noviembre de 2004, párr. 85.

¹⁰³ Conforme al artículo 140, letra C9 inciso 3° del Código Procesal Penal, la pena asignada al delito constituye un criterio para establecer la peligrosidad del imputado.

en particular los aspectos colectivos de esa relación”.

La jurisprudencia de la Corte Interamericana ha sostenido, por su parte, que *“la cultura de los miembros de las comunidades indígenas corresponde a una forma de vida particular de ser, ver y actuar en el mundo, constituido a partir de su estrecha relación con sus territorios tradicionales y los recursos que allí se encuentran, no sólo por ser éstos su principal medio de subsistencia, sino además porque constituyen un elemento integrante de su cosmovisión, religiosidad y, por ende, de su identidad cultural”*¹⁰⁴ ..

Debido a lo anterior, el defensor velará para que el condenado indígena cumpla su condena no privativa de libertad en un domicilio dentro del territorio de su comunidad, de manera que le permita mantener los lazos con ésta y su familia.

¹⁰⁴ Comunidad indígena Yakye Axa contra Paraguay, Corte Interamericana de Derechos Humanos, 17 de junio de 2005.

4. LAS DEFENSAS CULTURALES: LAS POSIBLES TEORÍAS DEL CASO

En lo que sigue, se tratará de manera más detallada cada una de las estrategias de defensa que se enuncian precedentemente.

4.1 El error de prohibición

Se ha señalado que el error de prohibición es aquel que impide la comprensión de la antijuricidad por inexistencia de la conciencia de la ilicitud que ha de ser exigible al sujeto para atribuirle responsabilidad.¹⁰⁵ Se distingue entre el error directo y el indirecto de prohibición. El primero, consiste en la creencia errónea de que una conducta no está prohibida en el sistema legal. El segundo, es aquel que consiste en la falsa convicción de que opera una causal de justificación. Como sugieren algunos autores, como Villegas en relación con los indígenas: “*el problema asociado al error de prohibición es precisamente que el acto sigue siendo antijurídico, de manera tal que se vuelve a la idea de imposición de unos valores (los de la cultura dominante) sobre otros*”.¹⁰⁶

Cabe señalar que es sumamente importante definir con precisión qué tipo o caso de error de prohibición es el que concurre en el caso concreto. Lo anterior es necesario para dar mayor sustento a los argumentos que se desarrollan, facilitar la explicación del caso al tribunal y conocer los efectos doctrinarios y jurídicos que cada error puede tener respecto de la culpabilidad. Si bien existe la clasificación de error de prohibición de tipo “directo” e “indirecto”, es menester precisar que ambas categorías engloban diversos casos y escenarios. En ese orden de ideas:

- El “error de tipo directo” es considerado como el caso en que el sujeto obra en la creencia errada de que su acción no está prohibida y que, por lo tanto, no es delito¹⁰⁷. Por ejemplo, el sujeto adulto considera que la mujer menor de 14 años puede consentir sexualmente a partir de su primer periodo menstrual.
- A su vez, los errores de tipo “indirectos” son aquellos en los que, a pesar de que el agente reconoce su conducta como infractora y prohibida, el agente considera que esta su actuar está revestido por una causal de justificación. En este sentido, el error recaería respecto de la existencia de una causal de justificación o en efectos. De este modo, pueden acontecer los siguientes casos:
 - El sujeto sabe que su conducta está prohibida, pero considera que está revestida por una causal de justificación que no existe o que no se halla consagrada en la

¹⁰⁵ Zaffaroni, Alagia y, Slokar (2005) “Manual de Derecho Penal. Parte general”, p. 275.

¹⁰⁶ Myrna, Villegas, ob. Cit., p. 195

¹⁰⁷ Cury, Enrique (2009), “Derecho Penal. Parte General”, p. 440.

ley¹⁰⁸. *Esto trata del caso de quien asesina al homicida de su padre (u otro familiar), como forma de restablecer el equilibrio o az mapu, actuando en ejercicio de un deber que le impone el rol que cumplen dentro de su cultura.*

- El sujeto sabe que su conducta está prohibida, pero considera que está amparada por una causal de justificación que existe y que está contemplada en la ley, pero que cuyos efectos no alcanzan al hecho concreto, es decir, se le considera con efectos mucho más extensivos de los que el sujeto cree¹⁰⁹. Este es el caso de quien ingresa a un predio ajeno, creyéndolo propio (usurpación), motivado en que se encuentra dentro del espacio que conformaba el espacio histórico que ocupaba su comunidad indígena o grupo familiar. Esta situación se ve refrendada por el reconocimiento que hacen del derecho al territorio, las normas internacionales¹¹⁰¹¹¹. El clásico caso de la doctrina penal chilena de Juana Catrilaf, que fue resuelto por la vía del miedo insuperable, consistió en el homicidio de quien le habría realizado un daño mediante la acción de energías de la naturaleza, “un trabajo”. La autora del homicidio, creyó actuar en legítima defensa (o acaso la causal del artículo 10 N° 11 del Código Penal), porque se enfrentaba a una agresión contra su persona y familia, y la única manera de repelerla proporcionalmente era, dándole muerte. En este caso, la autora piensa que la legítima defensa, alcanza este caso.
- Finalmente, se prevé el caso en el que el sujeto sabe que su conducta está prohibida, pero supone, erradamente, que en el caso concreto se dan las circunstancias fácticas necesarias para la concurrencia de una auténtica causal de justificación¹¹². Los ejemplos clásicos corresponden a casos de usurpación, si el acusado en verdad creyó reclamar parte de su territorio, pero un peritaje georeferencial y/o topográfico, que el territorio ancestral de la comunidad se encontraba fuera del inmueble al que se ha ingresado sin autorización, o bien, si los títulos han sido dejados sin valor, o se discute la misma¹¹³. El autor esta errado en una cuestión de hecho, que influye en la causal de justificación.

4.2 El error de tipo culturalmente condicionado.

A diferencia del error de prohibición, el error de tipo culturalmente motivado no se funda en un desconocimiento de la prohibición, ni total ni parcial, sino en la ausencia de

¹⁰⁸ *Ibíd. ídem.*

¹⁰⁹ *Ibíd. ídem.*

¹¹⁰ Con todo, en estos casos, en singulares circunstancias (por ejemplo, si ha existido un reconocimiento de parte del Estado chileno, mediante la concesión de algún título), podría incluso tratarse de un caso en que no concurre el tipo penal específico de la usurpación.

¹¹¹ Es cierto, que bien cabría alegar en este caso que se trata derechamente de un ejercicio legítimo de un derecho.

¹¹² *Ibíd. ídem.*

¹¹³ Aunque en este último caso, más bien procede el declarar el sobreseimiento temporal del caso, mientras se resuelve la cuestión civil.

internalización del tipo penal por parte del sujeto a causa de su pertenencia a una cultura diversa.¹¹⁴ Dicho de otra forma, se incurre en un error de prohibición en los casos en que *“producto de un proceso de socialización exótica el autor actúa afectado por lo que denomina conciencia disidente que hace que el autor crea falsamente que existe una causa de justificación legal que le dispensa de su obligación o que se encuentra una situación de justificación que no existe”*¹¹⁵.

En el contexto de los errores de tipo culturalmente motivados, debe advertirse por una parte que los sujetos activos realizan su acción bajo la creencia de que realizan una conducta atípica y, por tanto, no concurre la consciencia de producir un perjuicio al interés tutelado por la norma. En consonancia con lo anterior y en relación a la configuración del delito, sostiene De Maglie que *“la conciencia de la ofensa asume un papel dominante en el contenido del dolo [...] Parece de hecho muy difícil llegar a identificar, en el fundamento del hecho doloso del autor cultural, una actitud deliberada oposición hacia la sociedad de acogida. El conflicto respecto al sistema que deriva de su comportamiento no es de hecho el síntoma principal de una hostilidad hacia los valores protegidos, sino que se trata a menudo de su efecto inevitable y siempre colateral, de una actitud derivada de la ausencia de percepción del desvalor de la propia conducta”*¹¹⁶

Es decir, ante la ausencia inevitable de la percepción de los elementos constitutivos del tipo, tendríamos que excluir el dolo penal. Si entendemos que un delito es una acción u omisión típica, antijurídica y culpable y que, desde las teorías de la acción final, el dolo considerado como el conocimiento de los elementos objetivos del tipo es un requisito fundamental para que concurra la tipicidad, entonces habríamos de concluir que al eliminar el dolo penal, eliminaríamos a su vez la tipicidad.¹¹⁷

Más allá de los reproches que puedan formularse a la utilización de esta causal de justificación¹¹⁸, en suma corresponde a una estrategia plausible para la defensa de un caso de imputado indígena. Con todo, no debe perderse de vista la complejidad de acreditar que el imputado no comprende o derechamente no comparte la valoración jurídica del ordenamiento penal vigente. En caso como estos, siempre existe la tentación de buscar el estereotipo del “indígena salvaje”, que actualmente sólo encontramos en algunas tribus no contactadas del Amazonas, pero no se condice con la sociedad indígena actual. Lo que evidentemente no

¹¹⁴ *Ibíd.*, Myrna Villegas, p. 196.

¹¹⁵ Barrientos, Ignacio (2008) “Licitud del porte y uso de la hoja de coca, en: Revista Política Criminal N° 5 A5, p. 7.

¹¹⁶ De Maglie, Cristina (2012), “Los delitos culturalmente motivados: ideologías y modelos penales”, p. 247.

¹¹⁷ Millaleo, Salvador, *ob cit.*, p. 36.

¹¹⁸ En palabras de Modolell, “llama poderosamente la atención, particularmente que sea la propia doctrina penal dominante la que avale tal solución, ya que la culpabilidad presupone un injusto, es decir, un hecho contrario al ordenamiento jurídico, lo que implica considerar que el acto cometido por el indígena es de tal naturaleza, aunque no sean culpables. Dicha solución parte de que el ordenamiento jurídico correcto es el del Estado y no el de la comunidad indígena; de allí, su tratamiento como persona equivocada. Por lo tanto, se valora el hecho realizado por el indígena “desde afuera”. Desde mi punto de vista, es de suma importancia resaltar este aspecto, ya que el hecho cometido por un indígena no debe ser tratado necesariamente en el ámbito de la culpabilidad. Modolell González, Juan Luis (2006), Breves consideraciones sobre la responsabilidad penal de sujetos pertenecientes a grupos culturalmente diferenciados., p. 279.

impide mantener la autoidentificación, la pertenencia cultural.

Así por ejemplo, en el caso de la pastora aymara Gabriela Blas, quien fue condenada como autora del delito consumado de parricidio por omisión, ya que, mientras desarrollaba labores de pastoreo en el altiplano del norte de Chile, extravió a su hija y, posteriormente, ésta fue encontrada muerta; En dicha oportunidad, la defensa sostuvo que es parte de la costumbre de las mujeres aymaras realizar sus labores acompañadas por sus hijos y dejarlos en un lugar específico para, posteriormente, ir a buscarlos.¹¹⁹ Sin embargo, el tribunal desestimó esta línea argumentativa por cuanto:

“Ángel Parraguez dio cuenta que estuvo en el interior de la vivienda que ocupaba Gabriela Blas, observando prendas femeninas y documentación en el lugares, tales como toallas higiénicas y su carnet de Fonasa, especie y documentos no propios para quien se dice sufrir de privación cultural, de tal entidad que no pudo representarse que el hecho de dejar solo a un niño en un lugar solitario, que ella bien conocía podría acarrearle la muerte [...]”¹²⁰.

Esta forma de negación comprende la idea de que la imputada no mantenía una identidad “pura” y carente de “contaminación” de otras culturas diversas a la propia. Más bien, se trataría de una indígena integrada dentro de la sociedad occidental y que por tal razón estaría suficientemente “civilizada” para comprender la antijuricidad de su conducta. Se trataría en definitiva, de la aplicación de la teoría del “baremo cultural” de acuerdo a la cual existen indígenas no integrados, medianamente integrados y otros completamente integrados a la cultura occidental. Los medianamente integrados e integrados deben someterse en términos generales al derecho de la sociedad mayoritaria¹²¹.

La misma percepción tuvo el tribunal de Temuco, al condenar a un pewenche mayor de edad, que accedió carnalmente a una menor de 12 años con su consentimiento. La defensa alegó error de prohibición basado en que en las comunidades pewenches las mujeres, luego de la pubertad, suelen mantener relaciones con hombres de la comunidad dado que ya se les considera con capacidad para poder discernir y consentir respecto de su sexualidad. Lo anterior impediría al actor comprender que se encontraba cometiendo un delito. Más allá de que es labor del tribunal valorar la prueba presentada, llama la atención los argumentos que fundaron el rechazo:

“Ahora, en cuanto al eventual error de tipo y/o prohibición que invoca también la defensa, y que Doctrina en algunos casos acepta, en la especie estos sentenciadores estiman no se presenta, ya que como ha quedado demostrado el imputado vive en una comunidad Pehuenche, a no más de 2 o 3 kilómetros de la localidad de Lonquimay, tiene en su hogar aparatos de televisión y radio, que lo

¹¹⁹ Royo, Manuela (2015) “Derecho Penal e interculturalidad como manifestación del principio de igualdad”, Polít. crim. Vol. 10, Nº 19, p. 379

¹²⁰ Sentencia Tribunal Oral en lo Penal de Arica, Rit 221-2009, 11 de octubre de 2010.

¹²¹ Millaleo, Salvador, ob cit., p. 38.

conectan al resto del país y al mundo, mantiene contacto con organismos de la Comuna donde habita, además en su comunidad está fuertemente presente la Iglesia Pentecostal y él se reconoce como católico, ambas religiones son cristianas, doctrina que mantiene como elementos esenciales la prohibición de las relaciones sexuales pre matrimoniales y un ensalzamiento de la virginidad de la mujer, bajo sanciones de índole religiosos (pecado) ”¹²².

La teoría del baremo cultural niega absolutamente el dinamismo y la evolución de las costumbres indígenas en el tiempo y a propósito de su contacto con otras culturas y sociedades¹²³. Resulta fundamental en estos casos, apoyarse con peritajes culturales, cuando el defensor alegue el error de prohibición, pues de lo que se trata en definitiva es de demostrar probatoriamente la existencia de diferencias que deben ser valoradas jurídicamente a objeto de obtener por parte del tribunal el reconocimiento de las características propias de cada individuo.

4.3 Cumplimiento de un deber o ejercicio legítimo de un derecho

Otra alternativa de defensa cultural¹²⁴, viene a ser el cumplimiento de un deber o ejercicio legítimo de un derecho como causal de justificación excluyente de antijuricidad¹²⁵. Lo anterior sería válido respecto de algunas conductas desplegadas por personas indígenas en virtud de la interpretación ya reseñada de la Ley N° 19.253, el Convenio 169 y la Declaración de la ONU al alero del artículo 5 inciso 2 de la CPR (*supra* I).

Bajo esta idea ha sido posible absolver a un imputado indígena acusado del delito de porte ilegal de armas, fundado en que la conducta se adscribe como un derecho a la costumbre del pueblo al que pertenece y, por tanto, no sería antijurídica:

“[..]es dable afirmar que nos encontramos frente a un acto culturalmente motivado, en el ámbito de la práctica cultural de un sujeto perteneciente a una etnia reconocida legalmente de conformidad con lo señalado en el artículo 1° y 62 de la ley N° 19.253, por lo que necesariamente encuentra sustento o justificación legal el actuar del acusado, al tenor del Convenio N° 169, y del artículo 27 del Pacto de Internacional de Derechos Civiles y Políticos, ya citados, quien al ser fiscalizado por funcionarios policiales fue sorprendido portando un rifle y municiones al interior del vehículo en que se movilizaba, el que previamente había utilizado en sus labores propias de "pastoreo" en el sector fronterizo de las vegas de Pular, al interior de esta provincia;

¹²² Sentencia Rol N° 101-2005.

¹²³ Ver Millaleo, Salvador, ob cit., p. 38.

¹²⁴ Aunque ésta no ha sido considerada como tal en la jurisprudencia europea ni anlgosajona.

¹²⁵ Villegas, ob. cit., p. 198.

encontrándose aquella práctica reconocida y permitida, en el contexto de la labores propias del "pastoreo", en que un arma, y en este caso, un rifle, pasa a ser una herramienta de trabajo del "pastor", [...] no siendo así reprochable penalmente el hecho [...] Que enmarcándose el actuar del encartado al tenor del artículo 10 N° 10 del Código Penal, en el ejercicio legítimo de un derecho a propósito del Convenio N° 169 de la OIT, y del Pacto de Derechos Civiles y Políticos ya citado, en los que se reconoce y protege la práctica cultural a los integrantes de los pueblos indígenas, en tanto portadores de derechos colectivos, y habiéndose acreditado debidamente la motivación cultural de su actuar, y más allá del conocimiento que hubiere tenido de la existencia de la prohibición respecto del porte de arma de fuego, su accionar finalmente se encontraba reconocido por el derecho y por ende permitido.”¹²⁶

En el presente caso, el hecho que se le imputaba al acusado en definitiva no constituye un acto antijurídico, sino todo lo contrario, se trataba del ejercicio de un derecho contemplado por el ordenamiento jurídico. En este caso, el estatuto de derechos indígenas. Por su parte, tanto en el caso del error de prohibición, como en la fuerza irresistible o miedo insuperable, la calificación importa la necesidad de considerar a la conducta como ilegal, ilícita o reprochable por el derecho, pero que, producto de condiciones personales que colocan al individuo en una situación “anómala”, dicho reproche no puede concretarse en el individuo.

El derecho estaría autorizando actuar o no actuar de dicha manera, llegando al punto de considerar que dicha conducta es armónica con la normativa vigente. Por otro lado, considerar que la conducta está revestida por errores culturalmente condicionados supone señalar que el derecho considera la conducta como contraría a sí mismo y, por tanto, ilegal, ilegítima y potencialmente reprochable, pero que producto de la ignorancia, los defectos o las “anormalidades” que supone la impresión cultural en el sujeto, no han de ser reprobadas.

Por otra parte, si bien se puede extender lo dicho “*al cumplimiento de un deber derivado de la cultura o derecho consuetudinario indígena, [...] es necesario advertir que en este punto la doctrina es mucho más exigente en relación a la fuente del deber, en el sentido de que debe tratarse de una obligación establecida en la ley³⁵ de una manera inmediata y, además, específica*”¹²⁷. Como ha señalado Cury, respecto del ejercicio legítimo de un derecho “*no es necesario que la facultad aparezca expresamente establecida en la ley, la existencia de un derecho puede también deducirse de normas consuetudinarias o mediante interpretación analógica*”¹²⁸.

¹²⁶ TOP de Calama causa Rol 138-2015, Ruc 1401069965-8

¹²⁷ Unidad de Defensa Penal Juvenil, Defensoría Penal Pública (2012). “Defensa Penal de adolescentes indígenas: propuestas para tener presente, discutir y profundizar”. p. 9

¹²⁸ Cury, E: Op. Cit. en n 27, p.382. Comparte lo señalado por Cury: Politoff, S.; Matus, J; Ramírez, M: Lecciones de Derecho Penal Chileno, Parte General, (Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2004), p.238.

4.4 Fuerza irresistible o miedo insuperable

Como es sabido, el artículo 10° del Código Penal en su numeral 9° establece una exención de responsabilidad penal al que obre violentado por una fuerza irresistible o impulsado por un miedo insuperable. Para los efectos de lo que aquí se trata, la pregunta que cabe hacerse es si acaso la situación de fuerza irresistible o miedo insuperable puede ser determinada por las visiones culturales diversas.

En 1960, bajo el contexto del terremoto y posterior tsunami que afectó principalmente a las zonas centro y sur del país, se realizó el “sacrificio” de un niño a manos de la comunidad mapuche en la que residía, a objeto de calmar la furia del mar y las consecuencias sufridas por las personas de comunidad producto de los desastres naturales ya mencionados. El caso fue conocido por la justicia y en 1962 se dictó la absolución de los encartados, dado que la magistratura consideró que habrían obrado bajo miedos insuperables producidos por la supuesta escasa civilidad y formación del pueblo mapuche. Sostiene el fallo en comento:

”Que la defensa de los mencionados reos alegó en su contestación a la acusación la concurrencia de la eximente de responsabilidad criminal contemplada en el N° 9 del artículo 10 del Código Penal, esto es, haber actuado los reos violentados por una fuerza irresistible o impulsados por un miedo insuperable, alegación que debe ser oída por cuanto aparece en las distintas piezas del proceso que el sacrificio del menor LQ fue consumado como medio de “calmar la furia del mar”, según términos textuales de los reos y testigos de la causa, mientras se sucedían los acontecimientos del día 22 de mayo y siguientes, que, naturalmente, produjeron en todos los habitantes de la zona afectada una alteración nerviosa que, en el caso de autos, debió tener, necesariamente, mayor gravedad y proporciones, pues se trata de un sector de la población indígena que dio claras demostraciones de estar aún en una etapa de civilización que hace imposible responsabilizarlos por la acción cometida”¹²⁹

Para un sector de la doctrina, el uso más adecuado de las defensas culturales se da en la esfera de la culpabilidad¹³⁰. Ello por cuanto reduce la posibilidad de sentencias contradictorias en las que dos individuos que cometen el mismo delito son castigados de manera diferente. Esta visión sin embargo, hace vista ciega del pluralismo valórico al interior de sociedad multiculturales y complejas.¹³¹ El tipo de razonamientos sostenidos en la sentencia de 1962, ha tendido a ser rechazado por la doctrina moderna por cuanto importaría considerar al indígena infractor como un ser anormal.¹³² En efecto un razonamiento como este implicaría afirmar que la población indígena sería menos reprochable, por encontrarse en una etapa

¹²⁹ Sentencia de 2 de octubre de 1962, causa Rol N° 24.228, dictada por doña Ester Valencia Durán.

¹³⁰ Carnevali, ob. Vit.; p. 27.

¹³¹ Ibíd. p. 61.

¹³² Villegas, ob. cit., p. 198.

cultural de atraso respecto de quienes no son indígenas.¹³³

No obstante lo anterior, y en hipótesis similares a las del error de prohibición, es posible todavía construir una alegación de fuerza irresistible o miedo insuperable cuando existan condiciones que inhiban la exigencia de una conducta, en cuanto el agente tenga patrones de orientación normativos y valoraciones distintas debido a una socialización exótica que hubieren determinado la acción. Así las cosas, el defensor no puede de antemano descartar esta argumentación, aunque sí, debiese tener el debido cuidado a fin de resguardar la dignidad de las personas pertenecientes a pueblos originarios. En definitiva, la fuerza o miedo insuperable al operar en las percepciones subjetivas de los individuos, influyen en las operaciones cognitivas de los sujetos y en consecuencia, moldean las reacciones emocionales y percepciones sensibles. De allí que pueda esgrimirse la fuerza o miedo insuperable con las limitaciones que correspondan.¹³⁴

4.5 Circunstancias modificatorias de responsabilidad penal

4.5.1. Atenuantes

De acuerdo a las normas expuestas, en virtud del art. 54 de la Ley Indígena, la costumbre indígena puede servir de antecedente para las atenuantes del artículo 11 del Código Penal. En el mismo sentido, la posibilidad de construir estas atenuantes ha sido acogida por la Excma. Corte Suprema, instancia en la que se sostuvo que *“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”*.¹³⁵

En el mismo sentido, y como ya se señaló anteriormente, el art. 10° del Convenio 169 de la OIT dispone que *“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”*, en este sentido, es deber tener a la vista consideraciones relativas a las características culturales propias del imputado indígena al momento de imponer sanciones penales, entendiendo por “imposición” no solo la determinación de la forma de cumplimiento y la ejecución de la pena, sino también el quantum y la extensión temporal de ésta.

Pareciera ser, en todo caso, que no se trata de una atenuante genérica (por el sólo hecho de constituir el imputado un indígena), lo cual reñiría con el principio de igualdad y daría pie a una serie de conflictos jurídicos que tendrán en todo caso que ser resueltos caso a caso. Como de lo que se trata es realizar un reproche penal que recoja las particularidades culturales del imputado, la cultura o pertenencia étnica del individuo debe ser considerada a la hora de evaluar la concurrencia de alguna de las atenuantes previstas explícitamente en el Código Penal y en leyes especiales. Así por ejemplo, existe la posibilidad de hacerse de las denominadas “eximentes incompletas” de los arts. 11° nro. 1 y 73 CP, y de otras

¹³³ Royo, ob. cit., p. 379.

¹³⁴ Millaleo, Salvador, ob cit., p. 58.

¹³⁵ Sentencia de la Corte Suprema en causa Rol 2683-2010 de 11 de enero de 2012.

circunstancias previstas en el art. 11 del Código Punitivo, consideradas a partir de las particularidades propias del sujeto en su condición indígena. De este modo, y por ejemplo, el concepto de “justicia” del art. 11 N°10 CP – obrar por celo de la justicia – puede ser diverso según sea como se acuñe en una cultura y otra; lo mismo podría ocurrir con el “celo” empeñado en reparar el mal causado – art. 11 nro. 7 CP –, con la “naturalidad” con la que se produce el arrebató y la obcecación del art. 11 nro. 5 del mismo cuerpo normativo, entre otras posibilidades.

El defensor por tanto, deberá hacer presente la costumbre indígena cuando puede ser útil para explicar los condicionamientos y dificultades que los imputados indígenas enfrentan para actuar conforme a las exigencias del derecho, provenientes de la pertenencia una cultura que tiene ciertos usos y costumbres.

4.5.2. Agravantes

En materia de agravantes, de acuerdo a las normas del Convenio, el juez debiera que tener en cuenta la costumbre indígena al momento de agravar la pena, como lo hace la sentencia de más abajo

“[L]a morada a la cual ingresó el acusado QH pertenecía al lonko de la Comunidad Temu cui cui y tal como expuso el perito BM y es un hecho conocido y aceptado socialmente incluso por quienes no pertenecen a la etnia mapuche, el lonko de una comunidad constituye la máxima autoridad dentro de la misma y por lo mismo se le debe respeto y es absolutamente impensable un ataque de tales características a su vivienda, a lo que debe agregarse que, al menos el acusado QH conocía perfectamente bien a quien pertenecía la casa a [la] cual entró violentamente y que durante la consumación del ilícito muchas se refirieron al dueño de casa en términos groseros y ofensivos, lo que corrobora aún más el desprecio a su autoridad. Al efecto no se acogerá lo alegado por la defensa en cuanto a que el artículo 54 de la [Ley N°] 19.253 haría improcedente la aplicación de esta agravante, por cuanto, en concepto de esto[s] sentenciadores, la interpretación de tal norma debe ser en el sentido que permite a los Tribunales de la República considerar elementos propios de la cultura indígena como atenuantes o eximentes en sentencias penales, pero en ningún caso implica que las agravantes genéricas que contempla el Código Penal no le sean aplicables si se reúnen los requisitos fácticos que lo hagan procedente...”¹³⁶¹³⁷

¹³⁶ Considerando décimo sexto de la Sentencia definitiva dictada con fecha 14 de Diciembre del año 2009 por el Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Angol, conformado por los jueces Ximena Saldivia Vega, Alejandra Rosas Lagos y Claudio Campos Carrasco, en causa RIT 106-2009.

¹³⁷ Que, respecto de los hechos acreditados en este caso (“que en horas de la madrugada del día 19 de noviembre de 2008, en circunstancias que JSCA, lonko de la comunidad de Temu cui cui de Ercilla, se encontraba pernoctando junto a su familia en su domicilio, inmueble ubicado en la aludida comunidad, llegó hasta dicho lugar un grupo de sujetos entre los cuales se encontraba el imputado HJEK, quienes junto con efectuar disparos en las afueras de la casa del ofendido, ingresaron a ésta sin su consentimiento después de quebrar vidrios y destruir dos puertas de la misma, además de otros destrozos, tras lo cual, una vez en el interior, procedieron a disparar hacia el techo del inmueble, para luego sustraer desde el mismo dos *trariloncos*, una *trapelacucha*, un *kiltantue*, y un *kull kull*, especies de propiedad del ofendido”).

Sin embargo, esto debe ser rechazado conforme a una interpretación sistemática de nuestro ordenamiento jurídico. En efecto, de acuerdo al artículo 54 de la Ley N° 19.253,¹³⁸ la costumbre puede sólo constituir atenuante o eximente, por lo que no es posible fundar una sentencia penal condenatoria en que se ha cometido un delito penal definido por la costumbre, o agravar la responsabilidad penal en base al derecho consuetudinario. Esto es así, al menos en lo referido a la aplicación de la costumbre, porque como se ha dicho, mediante la aplicación de estas reglas, el asunto que se trata de resolver es como resolver la contradicción de una norma de derecho estatal (expresión de la cultura hegemónica) con otra proveniente de la cultura minoritaria, se intenta “*encontrar soluciones alternativas...revisando para ello las estructuras jurídicas dónde se advertirá en qué casos y con cuáles alcances la obligatoriedad de la norma puede excepcionarse*”¹³⁹. En este sentido, es necesario dar aplicación a la costumbre bajo la premisa que las normas penales deben siempre interpretarse a favor del imputado de manera de limitar la facultad punitiva del Estado. Lo cual se desprende también del principio de progresividad de los Derechos Humanos, recogido en el Convenio 169 (artículo 35), conforme al cual, dicho instrumento internacional no debe interpretarse de modo que restrinja derechos garantizados en otros instrumentos jurídicos nacionales o internacionales.

Si, en el ámbito de la jurisdicción indígena, podría hipotéticamente aplicarse el derecho propio en perjuicio de un imputado (sea porque en dicha fuente se establece un delito o infracción no previsto en la legislación, o una circunstancia que agrave el reproche), en el ámbito de la justicia estatal se produciría conflicto entre opuestos principios vigentes; el derecho al reconocimiento del derecho propio ya señalado, con el principio de legalidad y el principio pro imputado, ambos recogidos en el artículo 19 N° 3 de la Constitución Política.

Para resolver este dilema es necesario aplicar el mecanismo de ponderación o proporcionalidad anteriormente desarrollado.

¹³⁸ El artículo 54 de la Ley indígena dispone que “[E]n lo penal se la considerará —a la costumbre— cuando ello pudiere servir de antecedente para la aplicación de una eximente o atenuante de responsabilidad.

¹³⁹ García Vítor, Enrique. 2003. “Culturas diversas y sistema penal” en “Problemas actuales del derecho penal”, Universidad Católica de Temuco. 2003, p. 24.

BIBLIOGRAFÍA CITADA

- ALEXY, Robert (2008) “La fórmula del peso” En: “El principio de proporcionalidad y la interpretación constitucional” (Ed. Miguel Carbonell)
- ALEXY, Robert (2009) “Derechos fundamentales, ponderación y racionalidad” en: Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional num 11, enero-junio 2009, pp. 8.
- ANAYA, James (2010) “El derecho de los pueblos indígenas a la libre determinación tras la adopción de la Declaración” En Charters, Claire y Stavenhagen, Rodolfo (editores) El desafío de la Declaración, “Historia y futuro de la declaración de la ONU sobre pueblos indígenas”,
- ARANDA, Pablo “La Defensa Penal Pública y Pueblos Indígenas”.
- BARRIENTOS, Ignacio (2008) “Licitud del porte y uso de la hoja de coca, en: Revista Política Criminal N° 5 A5, p. 7. Disponible en: http://www.politicacriminal.cl/n_05/a_4_5.pdf
- AYLWIN; MEZA-LOPEHANDÍA, YÁÑEZ, (2014), “Los pueblos indígenas y el derecho.”
- BERHO, LE BONNIEC, MILLAMAN, FAUNDES, ALARCÓN, CASTRO, VIDAL, VÁSQUEZ (2016) “Informe hito 3, Proyecto Fondef IDeA ID14I10379 Peritaje antropológico para la defensa penal especializada en contextos de diversidad cultural”
- CARMONA, Cristóbal. (2015). “Hacia una comprensión "trágica" de los conflictos multiculturales: acuerdos reparatorios, violencia intrafamiliar y derecho propio indígena.”, Revista chilena de derecho, 42(3).
- CARNEVALI, Raúl (2007), “El multiculturalismo: un desafío para el Derecho penal moderno”
- CONTESSE, Jorge (2017) “Proporcionalidad y derechos fundamentales” en: “Manual sobre derechos fundamentales: teoría general” Contreras Pablo y Salgado, Constanza (eds), capítulo VII, pp. 285 y ss
- DE MAGLIE, Cristina (2012), “Los delitos culturalmente motivados: ideologías y modelos penales
- DEFENSORÍA PENAL PÚBLICA (2012), “Modelo de Defensa Penal Indígena.” Santiago: Centro de Documentación Defensoría Penal Pública. Disponible en:

<http://www.biblio.dpp.cl/biblio/DataBank/7521-2.pdf>

- LILLO, Rodrigo. DEFENSORÍA PENAL PÚBLICA, Minuta Regional (2010) “El Convenio 169 de la OIT y la defensa penal de indígenas” Disponible en:
<http://www.dpp.cl/resources/upload/093e523d3fa9fe3d8745793ada63a58b.pdf>
- Guía de aplicación del Convenio N°169, 2009b, 81.
- GOFFMAN, Erving (2001) “Internados. Ensayos sobre la situación social de los enfermos mentales”, Buenos Aires: Amorrortu.
- FERNÁNDEZ, Francisca. “Estado actual y desafíos del peritaje antropológico en Chile: el caso del norte grande”
- LARA, y HERNÁNDEZ (2015) “Protocolo de Atención a mujeres indígenas extranjeras privadas de libertad”, Eurosocial y Defensor Penal Pública.”
- LILLO, Rodrigo (2015) “Justicia penal y derechos indígenas. El largo camino del reconocimiento de la diversidad”
- MELIN, COLIQUEO, CARIHUINCA y ROYO (2016) “Az Mapu. Una aproximación al sistema normativo mapuche desde el Rakizum y el Derecho Propio.” Territorio Mapuche: Rojo diseño Editorial
- MEZA-LOPEHENDÍA, Matías (2013) “El convenio N°169 de la OIT en el sistema normativo chileno”, Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología. N°15
- MEZA-LOPEHANDÍA, Matias (2013) “El Convenio N° 169 sobre pueblos indígenas y tribales de la Organización Internacional del Trabajo.” En: “Los pueblos indígenas y el derecho”, José Aylwin (coord).
- MILLALEO, Salvador, “Derecho Consuetudinario Indígena y Derecho Penal Estatal En Chile: Sentido y alcance del artículo 54 de la ley indígena y el reconocimiento de la costumbre como eximente y atenuante a la luz del Convenio 169 de la OIT y la Declaración Universal de Derechos de los Pueblos Indígenas.”
- MODOLELL González, Juan Luis (2006) “Breves consideraciones sobre la responsabilidad penal de sujetos pertenecientes a grupos culturalmente diferenciados”.
- NASH, Claudio, Et. Al. “El Rol de los Operadores de Justicia Violencia contra mujeres indígenas en el marco de las relaciones familiares: pautas para decidir la procedencia de acuerdos reparatorios. Centro de Derechos Humanos, Facultad de Derecho Universidad de Chile. Santiago, 2015.
- NOGUEIRA, Humberto (2015) “El bloque constitucional de derechos en Chile, el parámetro de control y consideraciones comparativas con Colombia y México:

Doctrina y jurisprudencia” en: Estudios Constitucionales, año 13, N°2.

- ORELLANA, René (2001), “Derecho. ¿qué eres? ¿dónde estás?”. Ensayo inicial que forma parte de la investigación realizada por el autor en el marco de un programa doctoral en Antropología y Sociología del Derecho de la Universidad de Amsterdam, con el apoyo de la Fundación Holandesa para el Avance de la Investigación Tropical (WOTRO), con la supervisión de André Hoekema y Willem Assies;
- ROYO, Manuela (2015) “Derecho Penal e interculturalidad como manifestación del principio de igualdad”. Polít. crim. Vol. 10, N° 19, Julio, Art. 12, pp. 362-389.
- Unidad de Defensa Penal Juvenil, Defensoría Penal Pública (2012). “Defensa Penal de adolescentes indígenas: propuestas para tener presente, discutir y profundizar”.
- VILLEGAS, Myrna (2012) “Entre la exculpación y la justificación. Apuntes de legislación comparada latinoamericana sobre pluralismo jurídico y derecho penal”.
- YRIGOYEN, Raquel (2003), “Fundamentos jurídicos para una justicia multilingüe en Guatemala”. En El derecho a la lengua de los pueblos indígenas. XI Jornadas Lascasianas. UNAM, p. 75 disponible en:
<https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/2/740/11.pdf>
- ZAFFARONI, ALAGIA Y SLOKAR, (2005) “Manual de Derecho Penal. Parte general”.
- 2° Informe de Jurisprudencia sobre Defensa Penal de Imputados Indígenas (2013), Defensoría Penal Pública.

NORMAS CITADAS

- Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos.
- Convención Americana sobre Derechos Humanos
- Declaración sobre los Derechos de las Personas pertenecientes a minorías nacionales o étnicas, religiosas y lingüísticas.
- Convenio N° 169 de la OIT.
- Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial.
- Declaración de las Naciones Unidas de los Derechos de los Pueblos Indígenas.
- Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para el Tratamiento de los Reclusos (Reglas Nelson Mandela).
- Reglas de las Naciones Unidas para el tratamiento de las reclusas y medidas no privativas de la libertad para las mujeres delincuentes y sus Comentarios (Reglas de Bangkok)
- Protocolo Iberoamericano a la justicia de personas con discapacidad, migrantes, niñas, niños, adolescentes, comunidades y pueblos indígenas
- Constitución Política de la República.
- Código de Procedimiento Penal
- Ley N° 19.253

JURISUPRUDENCIA CITADA

- Comunidad indígena Xákmok Kásek contra Paraguay, Corte Interamericana de Derechos Humanos, 24 de agosto 2010.
- Comunidad indígena Yakye Axa contra Paraguay, Corte Interamericana de Derechos Humanos, 17 de junio de 2005.
- Díaz Peña contra Venezuela, Corte Interamericana de Derechos Humanos, 26 de junio de 2012.
- Masacre de Pueblo Bello contra Colombia, Corte Interamericana de Derechos Humanos, 31 de enero de 2006.
- Vera Vera y otra contra Ecuador, Corte Interamericana de Derechos Humanos, 19 de mayo de 2011.
- Masacre Plan de Sánchez contra Guatemala, Corte Interamericana de Derechos Humanos, 19 de noviembre de 2004.
- Sentencia T-349/92, 2.3. de la Corte Constitucional Colombiana.
- Sentencia de la Corte IDH de mayo de 2014 en caso Norín Catriman y otros con Chile.
- Sentencia de la Corte Suprema en causa Rol 2683-2010 de 11 de enero de 2012.
- Corte de Apelaciones de Temuco, de fecha 02 de agosto de 2012, rol de ingreso N° 220-2013.
- Sentencia Ilustrísima Corte de Apelaciones de Concepción, causa Rol N° 195-2014 de 2 de mayo de 2014.
- Sentencia Ilustrísima Corte de Apelaciones de Temuco, causa Rol N° 581-2014 de 2 de agosto de 2012.
- Sentencia Ilustrísima Corte de Apelaciones de San Miguel, causa Rol N° 581-2014 de 2 de agosto de 2012.
- Sentencia del Tribunal Constitucional N° Rol 309-2000, Rol N°1050-2008.
- TOP de Calama causa Rit 138-2015.
- Sentencia, causa Rol N° 24.228, dictada por doña Ester Valencia Durán.
- TOP de Arica, causa Rit 221-2009, 11 de octubre de 2010.