

Mapuches y Derecho penal*

Jaime Couso**

INTRODUCCIÓN

El artículo se propone analizar el déficit relativo de la dogmática y la práctica penal chilena para tratar con justicia determinadas manifestaciones de conflicto protagonizadas por personas y grupos pertenecientes al Pueblo Mapuche.

Aquél déficit se aprecia especialmente en el marco del progresivo desarrollo de principios y normas del Derecho internacional de los Derechos Humanos aplicables a los pueblos indígenas y minorías étnicas. Ellos tienen especial fuerza vinculante desde que Chile ratificó, en el año 2008, el Convenio 169 de la OIT, que impone el desafío de revisar las diversas ramas de nuestro ordenamiento jurídico, también el Derecho penal, para examinar su consistencia con ellos. De estos principios y normas se desprenden, no sólo el déficit de nuestras normas y prácticas penales, sino también perspectivas significativas para superarlo.

Para caracterizar debidamente el déficit que se acusa, y apreciar en toda su importancia las perspectivas superadoras, el artículo se propone identificar, por una parte, ciertos aspectos del *substrato ideológico* de nuestro Derecho penal, constituido por algunas definiciones básicas de la disciplina que sirve de base para su reconstrucción y

* Este artículo corresponde a una versión resumida de un trabajo del mismo título, pero más amplio, actualmente en prensa, preparado en el marco de un proyecto de investigación sobre la situación del Pueblo Mapuche en el Derecho chileno, en el que el Profesor Jorge Contesse me invitó a participar. Mi gratitud está dirigida especialmente a él, por darme la oportunidad, con su invitación, de examinar una cuestión de la mayor relevancia política y jurídica, que también representa un complejo desafío intelectual. También agradezco las valiosas observaciones y referencias jurisprudenciales aportadas José Manuel Fernández, Abogado del Departamento de Estudios de la Defensoría Penal Pública de Chile, quien intervino como comentarista de una primera versión en borrador de este trabajo, en el Seminario “El Derecho bajo la lupa: las reivindicaciones del Pueblo Mapuche”, el 15 de mayo de 2012, en la Universidad Diego Portales.

** Profesor Titular de Derecho Penal, Universidad Diego Portales, República 105, Santiago.

reproducción cotidiana –la así llamada, “dogmática penal”– y también se propone identificar, por otra parte, ciertos aspectos del *sustrato ideológico* de los principios y normas del Derecho internacional aplicables en la materia, que podemos identificar con el enfoque del “multiculturalismo liberal”.

El trabajo comienza con una revisión de la forma en que el Derecho penal chileno ha tratado dos tipos de comportamiento delictivo protagonizados por personas y grupos pertenecientes al Pueblo Mapuche, y que pueden ser conflictivos desde el punto de vista interétnico (I), luego identifica, en la dogmática penal de “de cuño alemán”, ciertas definiciones básicas, que forman parte del *sustrato ideológico* de nuestras normas y prácticas penales en la materia, y que explican en buena medida los límites con que nuestro Derecho penal se encuentra para tratar (con justicia) aquellos conflictos (II), para, finalmente, examinar las perspectivas superadoras de esos límites que ofrece el “multiculturalismo liberal” (III).

I. DELITO Y CONFLICTO INTERÉTNICO EN DOS TIPOS DE CASOS TRATADOS POR LOS

TRIBUNALES CHILENOS

Tratamiento penal de la violencia para la recuperación de tierras ancestrales: contexto mapuche como agravante (terrorismo)

“El 19 de Diciembre del año 2001, un grupo compuesto por aproximadamente 50 personas provenientes de las comunidades mapuche de Tricauco, San Ramón y Chequenco, ingresaron al predio denominado Poluco Pidenco, propiedad de la empresa Forestal Mininco S.A, ubicado en la comuna de Ercilla, procediendo a prender una cantidad superior a 80 focos de fuego en dos sectores del interior del fundo. Producto de esta acción se formaron dos grandes incendios dentro del predio señalado. [...] Dentro de este contexto, personal de brigadistas forestales que combatían el incendio, fueron atacados durante la mañana del 19 de diciembre de 2001 por un número cercano a las 40 personas, los que les arrebataron 2 motosierras y 2 transistores portátiles. También Carabineros que concurren al lugar, fueron agredidos en el

interior del fundo, por medio de piedras lanzadas con boleadoras y elementos contundentes.”¹

En uno de los procesos penales que se siguieron en contra de los comuneros Mapuche presuntamente protagonistas de estos hechos, el Tribunal de Juicio Oral en lo Penal (en adelante, TOP) de Angol² condenó a JHM, PTR, JML, FMS y JMS a la pena de 10 años y un día de presidio por el delito de incendio terrorista realizado en contra del fundo Polunco Pidenco.

Esta decisión supone identificar en los hechos, no sólo las características que hacen de cualquier incendio intencional un atentado relativamente grave en contra de la seguridad de las personas³, sino además, una especial gravedad, derivada del hecho que, con esa acción se estaría procurando producir terror en la población o en una parte de ella⁴, lo que es propio de un atentado terrorista, delito que, más allá de su peligrosidad para las personas cuya vida o salud corrió un peligro concreto, produciría o podría producir “un daño indiscriminado”⁵, afectando a bienes jurídicos colectivos, como “la

¹ Síntesis de los hechos tomada de Soto, Nicolás, “El Delito de Incendio Terrorista y el Principio de Proporcionalidad”, Trabajo Final de Titulación para obtener el grado de Magíster en Derecho penal y procesal penal, inédito (al que se accedió por gentileza de su autor), 2011, p. 19.

² Sentencia del TOP de Angol, RUC 0100086954-2, 22 de agosto de 2004, contra JHM, PTR, JML, FMS y JMS, citada por Soto, “El Delito de Incendio Terrorista...”, cit. nota 1, p. 18.

³ O, si se quiere, un delito de peligro concreto en contra de (la vida y la salud de) las personas; v. Politoff, Sergio / Matus, Jean Pierre / Ramírez, María Cecilia: *Lecciones de Derecho Penal Chileno. Parte Especial*, 2ª edición, Editorial Jurídica de Chile, Santiago 2004, p. 472.

⁴ Más precisamente, el “temor justificado de ser víctima de delitos de la misma especie”, derivado de los medios empleados, de la evidencia de que el hecho responde a un “plan premeditado” de atentar contra un grupo de personas, o de que el hecho se comete para arrancar decisiones en la autoridad o imponerle exigencias (tal como lo señalaba el texto entonces vigente –posteriormente modificado en algunos detalles– del Art. 1 de la Ley de Conductas Terroristas, N° 18.314). V., en detalle, Bascuñán, Antonio, “El delito de incendio terrorista”, Informe en Derecho para la Defensoría Penal Pública, s/fecha (disponible en: <http://www.dpp.cl/resources/upload/0b3db5f55e09dadc3bd5e9d6f637eb25.pdf> [visitada en mayo de 2012]). V. también, Soto, “El delito de incendio terrorista...”, cit. n. 1, p. 11.

⁵ Como lo explicaba la exposición de motivos del proyecto de ley presentado por el entonces Presidente Aylwin, para la modificación de la Ley de Conductas Terroristas, proyecto que luego se convertiría en la Ley N° 19.027, de 1991; ver Aylwin, José, “Informe en Derecho. La aplicación de la Ley N°18.314 que “*determina conductas terroristas y fija su penalidad*” a las causas que involucran a integrantes del pueblo mapuche por hechos relacionados con sus demandas por tierras y sus implicancias desde la perspectiva de los derechos humanos”, (disponible en: http://www.observatorio.cl/sites/default/files/biblioteca/informe_en_derecho_ley_antiterrorista_y_derechos_humanos_rev.pdf [visitada el 28 de diciembre de 2011]).

“tranquilidad pública” (finalidad de causar temor)” y “[...]“la seguridad interior del Estado” (arrancar decisiones o imponer exigencias)”⁶.

En efecto, tal como argumenta el Tribunal en la sentencia:

“[...] el incendio que afecto al fundo Poluco Pidenco [...] es precisamente una conducta terrorista, toda vez que las acciones desplegadas en aquella ocasión evidencian que la forma, métodos y estrategias empleadas, tenían una finalidad dolosa de causar un estado de temor generalizado en la zona, situación que es pública y notoria y que estos jueces no pueden desatender; se trata de un grave conflicto entre parte de la etnia mapuche y el resto de la población, hecho que no fue discutido ni desconocido por los intervinientes.

“En efecto, el ilícito [...] está inserto en un proceso de recuperación de tierras del pueblo mapuche, el que se ha llevado a efecto por vías de hecho, sin respetar la institucionalidad y legalidad vigente, recurriendo a acciones de fuerza previamente planificadas, concertadas y preparadas por grupos radicalizados que buscan crear un clima de inseguridad, inestabilidad y temor [...] Estas acciones se pueden sintetizar en la formulación de exigencias desmedidas, hechas bajo presión por grupos violentistas a los dueños y propietarios, a quienes se les amenaza y presiona para que accedan a los requerimientos que se les formulan ...”

En esta decisión puede apreciarse que el contexto en que se produjeron los hechos, el “grave conflicto entre parte de la etnia mapuche y el resto de la población”, originado en la demanda histórica del Pueblo Mapuche por la recuperación de tierras ancestrales de las que se considera injustamente despojado, jugó precisamente un papel determinante en la decisión de tratar tales hechos como conductas terroristas, pues son aquel contexto y aquella demanda los que sirven de base para tener por configurada la exigencia legal (típica) de que el delito singular enjuiciado (el incendio del predio Poluco Pidenco) aparezca como un simple medio para un propósito de mayor envergadura, el de crear en parte de la población el temor (*terror*) de ser víctima de nuevos delitos. En efecto, como lo sugiere el razonamiento del tribunal, para quienes tengan noticia de la acción violenta singular ejecutada, el conocimiento del “grave conflicto” étnico que sirve de contexto a ese delito de incendio, y a otros similares

⁶ Villegas, Myrna, “El Derecho penal del enemigo y la criminalización del pueblo mapuche”, Foro N-OR Working Paper 01/2007, Universidad Católica del Norte, 2007 (disponible en: <http://es.scribd.com/doc/7295665/Villegas-Myrna-El-Derecho-Penal-Del-Enemigo-y-La-Criminalizacion-Del-Pueblo-Mapuche> [visitada el 29 de diciembre de 2011]), p. 25, mencionando también el “orden constitucional democrático”, si bien advirtiendo que la configuración típica del terrorismo en el derecho positivo chileno agota el objeto jurídico del delito en aquellos otros bienes colectivos (con independencia, además, de los bienes individuales afectados, cuya afectación sería sólo el vehículo para atentar contra las bienes colectivos).

cometidos en el pasado, haría surgir en ellos (sobre todo si son los propietarios de los predios cubiertos por las demandas de tierras ancestrales, o personas que trabajan en dichos predios) el temor de ser víctimas de ese mismo tipo de actos violentos en el futuro, temor que objetivamente estaría al servicio de los objetivos de aquellos líderes y comuneros mapuches (pues, seguramente, los propietarios se verían virtualmente forzados abandonar sus predios o a venderlos a bajo precios), y que constituiría, además, el verdadero móvil (se trata de un elemento subjetivo del tipo) de esta (y de cada) acción delictiva puntual: el móvil de causar terror, para conseguir la satisfacción, por medios violentos, de sus demandas. El contexto histórico político del grave conflicto étnico en que se produce el delito, entonces, lejos de atenuar (ni qué decir, eximir de) la responsabilidad penal⁷, la agrava.

Esta manera de juzgar la significación dada a los hechos de violencia por el contexto del “grave conflicto” mapuche también está –o por lo menos, estuvo– claramente presente en importantes sectores de la política chilena, especialmente de partidos de derecha,⁸ pero incluso, en alguna medida, en los partidos de la alianza de centroizquierda que gobernó el país hasta 2010.⁹

Las implicancias de la valoración y tratamiento penal de estas acciones como “terroristas”, van más allá del endurecimiento de las penas, alcanzando también una importante reducción de las garantías procesales, como ocurre en la generalidad de los

⁷ Como se podría desprender de los principios y normas del Derecho internacional de los Derechos Humanos aplicable, como se verá, *infra*, en la sección III.

⁸ V., por ejemplo, las declaraciones formuladas por el Senador Alberto Espina, entre otros parlamentarios, en el *Informe de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento, recaído en el encargo que le hiciera el Senado respecto del conflicto mapuche en relación con el orden público y la seguridad ciudadana en determinadas regiones*, Boletín N° S 680-12 (disponible en: http://www.libertadydesarrollo.cl/programas/comunicaciones/mapuche/informe_comision_c_map.pdf [visitada en diciembre de 2011]), pp. 2-3, analizado en una versión más amplia de este trabajo, citada *supra*, en nota *.

⁹ En efecto, la decisión de utilizar la legislación antiterrorista para enfrentar y juzgar los conflictos violentos protagonizados por miembros del Pueblo Mapuche viene de los gobiernos de la Concertación de Partidos por la Democracia; v. el voto de minoría, que reivindica esa política de la Concertación, redactado por el Senador Moreno (de la Democracia Cristiana), con acuerdo del Senador Viera Gallo (del Partido Socialista), en el *Informe de la Comisión de Constitución*, cit. nota 8, p. 154.

regímenes jurídico-penales de excepción que se ha dado en llamar el “derecho penal del enemigo”; justamente, como ha argumentado Villegas, el tipo de construcción ideológica que en Chile se ha producido para enfrentar el conflicto mapuche.¹⁰

La perspectiva mapuche sobre el contexto histórico. Primera aproximación

Esa manera de valorar el contexto –el grave conflicto étnico originado en la insatisfecha demanda histórica por la recuperación de tierras ancestrales–, que consiste en teñir de “terrorismo” a las acciones violentas emprendidas para la ocupación de predios singulares, contrasta ciertamente con la visión que los líderes y comuneros mapuche tienen sobre la significación aportada por el contexto a esos hechos. Aunque, desde luego, ello no se suele reflejar en las alegaciones formuladas en los procesos penales –donde la defensa suele consistir en que no hay pruebas de la participación de los imputados en los hechos– para los líderes y comuneros involucrados en los ellos, el contexto histórico-político justifica las acciones, a lo menos por las siguientes razones:

- El Estado chileno despojó violenta e injustificadamente al Pueblo Mapuche de las tierras ancestrales, por medio de acciones militares que lindaron en el genocidio, para luego radicar a las antiguas comunidades en una fracción de tierra muy reducida:

“[D]esde 1850, comienza a clarificarse la actitud del Estado, y de la sociedad chilena frente al Pueblo Mapuche del sur de Chile. Se desencadenan una serie de factores que llevarán a la ocupación del territorio, con lo cual se desintegra el viejo espacio fronterizo que habían logrado construir españoles y mapuches por más de dos siglos. Todo el peso del Estado en formación se dejó sentir entonces sobre la Araucanía, imponiendo a la región el proyecto de país y nación elaborado por los grupos dirigentes que gobernaban Chile desde Santiago”.¹¹

¹⁰ Conforme a esta construcción, impulsada por el Estado chileno, y que se expresa en la calificación de sus conductas como terroristas, “[...]el mapuche es un sujeto que por su posición desventajosa en la sociedad ha decidido abandonar el derecho, a pesar de “la inclusión” que le da formalmente la ley indígena a través de esta modalidad de Pacto Social “Republicano”, lo cierto es que forma parte de los “excluidos” por su forma de vida y pertenecer a una etnia distinta”; v. Villegas, “El derecho penal del enemigo...”, cit. nota 6, p. 30.

¹¹ *Informe de la Comisión Verdad Histórica y Nuevo Trato con los Pueblos Indígenas* (disponible en: <http://www.memoriachilena.cl/upload/mi973056855-2.pdf> [visitada en noviembre de 2011]), p. 356.

“[L]a llamada “Pacificación de la Araucanía” [...] [p]ara los mapuche fue una verdadera guerra de exterminio que culmina con la ocupación total de sus territorios, cuando pierde la guerra por la independencia en el año 1881. A este período de guerra y violencia sucede el período de arduccionamiento”.¹²

“Las raíces históricas del conflicto tienen como base principal “la disputa en torno a la propiedad de la tierra”, originada desde el primer contacto interétnico entre la Nación Mapuche y sus conquistadores [...]. Es mediante la entrega a fines del siglo pasado de los llamados títulos de Merced y el traspaso a propietarios privados de la casi totalidad del antiguo territorio mapuche en la Araucanía, que las antiguas comunidades son arrinconadas en una ínfima parte de sus terrenos”.¹³

- La política de restitución iniciada en décadas recientes es claramente insuficiente, y no ha logrado revertir la grave situación de pobreza y marginalidad en que se encuentra el Pueblo Mapuche, ni impedir el rápido proceso de desintegración cultural y de deterioro de la tierra:

“Históricamente las comunidades han reclamado por la pérdida de su territorio, sin embargo los intentos de obtener una respuesta satisfactoria a sus demandas territoriales han sido infructuosos, generándose además de la pérdida del territorio el empobrecimiento económico y la degradación de los recursos naturales dentro del territorio que aún permanece en sus manos. A todo este proceso se agrega con la dictación del Decreto Ley N° 701, en el año 1974, bajo la dictadura de Pinochet, la instauración en Chile de una política estatal de fomento forestal, que ha permitido la instalación y crecimiento de este tipo de empresas en el territorio mapuche, en desmedro de los habitantes originarios allí asentados, ha venido a agudizar el conflicto. Las comunidades acuden tanto a la justicia chilena (Tribunales), como a otras instancias administrativas entre ellas la CONADI a fin de encontrar un respuesta sus demandas por las tierras usurpadas, intentan por otra parte negociar con las empresas Forestales y con los empresarios que colindan con sus terrenos, sin embargo habitualmente los Tribunales fallan en su contra, las negociaciones con la CONADI se entrampan en largos trámites administrativos, no dan respuesta a sus requerimientos y, las empresas se niegan a dialogar con ellos.”¹⁴

- Para revertir esa situación de pobreza y de desintegración cultural es urgente e indispensable reconstituir los territorios ancestrales en una extensión y a una velocidad que el Estado chileno no se muestra dispuesto a asumir. La ocupación y el ejercicio de actos posesorios efectivos, incluso si formalmente violan la

¹² *Informe Final de la Comisión de Trabajo Autónomo Mapuche*, en *Informe de la Comisión de Verdad Histórica y Nuevo Trato*, vol III, tomo III, capt. III, (disponible en: http://biblioteca.serindigena.org/libros_digitales/cvhynt/v_iii/t_ii/capitulo_III.pdf [visitada el 30 de noviembre de 2011]), pp. 1103-1104.

¹³ Estudio de caso “Caso Logko Pichun y Norin en el contexto de aplicación de la Reforma Procesal Penal en el territorio mapuche”, preparado por María del Rosario Salamanca, e incluido en el *Informe Final de la Comisión de Trabajo Autónomo Mapuche*, cit. nota 12, pp. 1213-1214.

¹⁴ Estudio de caso “Caso Logko Pichun y Norin...”, cit. nota 13, pp. 1213-1214.

legalidad chilena, son medidas idóneas y necesarias para la recuperación territorial, que posiblemente servirán de base, posteriormente, por una política de “hechos consumados”, para que la institucionalidad chilena se vea forzada a reconocer esa posesión y regularizarla. Estas medidas no constituyen una coacción injusta, porque sólo se realizan sobre tierras que históricamente son mapuche, y cuya ocupación por el Estado chileno o por propietarios particulares “huinca” sólo fue posible por un despojo injusto y violento.

“Después intentar diversos medios para obtener respuesta y luego de décadas de intentos fallidos, “las comunidades que consideran tierras ocupadas por las forestales como sus tierras ancestrales han decidido ocuparlas físicamente. Aunque estas ocupaciones podrían ser consideradas por ciertos Tribunales como ilegales, la FIDH considera que en muchos casos corresponden a ocupaciones legítimas. El gobierno debe asumir su responsabilidad respecto de este problema y buscar una solución justa y viable a la cuestión fundamental de los Títulos de las tierras en disputa”.¹⁵

Esta visión mapuche sobre los términos de justicia que el contexto aporta, está directamente vinculada con aspectos centrales de su identidad histórica y cultural.

En primer lugar, el Pueblo Mapuche nace de, y la posibilidad de su subsistencia como tal depende de, su relación permanente con los territorios en que se constituyó originariamente. En efecto, para los Mapuche

“el hombre *che* es un habitante más del *wajontu mapu*, es una parte integrante de la naturaleza y de las fuerzas espirituales *newen* que existen en el territorio, entendido éste en sus múltiples dimensiones”.¹⁶

En segundo lugar, de acuerdo con la perspectiva mapuche, esa relación con la tierra no es reducible al concepto de propiedad empleado por el derecho occidental, y no puede legítimamente ser afectada o interferida por actos de particulares, pues es una relación del pueblo mismo con el territorio, que admite diversas formas de uso y aprovechamiento, con titulares colectivos e individuales, según el tipo de uso y aprovechamiento de que se trate. De ello se desprende que, no sólo la ocupación

¹⁵ Estudio de caso “Caso Logko Pichun y Norin...”, cit. nota 13, pp. 1214. La sigla FIDH corresponde a la Federación Internacional de Derechos Humanos, una federación de ONGs especializadas en el tema.

¹⁶ Estudio de caso “Caso Logko Pichun y Norin...”, cit. nota 13, pp. 1217.

violenta por el Estado chileno, realizada a fines del siglo XIX, es injusta, sino que las operaciones, más o menos oportunistas, que los particulares “huincas” han realizado desde entonces no son idóneas, desde la visión de la normatividad mapuche, para afectar esa relación permanente e inalienable del Pueblo Mapuche con sus tierras y territorio. En efecto, para los Mapuche:

“[L]a visión wigka o en este caso la no mapuche que comparten tanto el Estado como las Forestales y que visualiza al hombre como el dominador de la naturaleza, considera la tierra propiedad privada, no contiene un concepto de territorio y le otorga al titular del dominio la posibilidad de disponer arbitrariamente del mismo.

Desde el punto de vista histórico los mapuche habitantes del territorio en conflicto se sienten los habitantes originarios y por tanto con derechos ancestrales sobre el mismo”.¹⁷

La visión mapuche, por lo demás, en buena medida comienza a verse confirmada y legitimada “desde afuera”, por el hecho de que, en tiempos relativamente recientes, la institucionalidad chilena tiende a reconocer su especial relación con sus territorios ancestrales, por lo menos a nivel de los principios, primero con una Ley (la Ley Indígena, N° 19.253, de 1993) que reconoce el concepto de “tierras indígenas”, las declara no enajenables ni embargables y crea un procedimiento y un fondo para devolver siquiera parte de las que le fueron arrebatadas al Pueblo Mapuche; luego, con la revisión de la “historia oficial” sobre la “pacificación de la Araucanía”, desde el propio Estado chileno, reconociendo la injusticia histórica del despojo y la justicia y urgencia de la adopción de medidas para la reconstitución territorial (en el Informe de la Comisión Verdad Histórica y Nuevo Trato con los Pueblos Indígenas); y, finalmente, con la adhesión, por parte del Estado chileno, a los principios y normas de Derecho internacional que reconocen el derecho de los pueblos indígenas a subsistir como

¹⁷ *Informe Final de la Comisión de Trabajo Autónomo Mapuche*, cit. nota 12, p. 1296.

pueblos, en sus territorios originarios, con su propio derecho y su propia cultura (como lo reconoce el Convenio n° 169 de la OIT, ratificado por Chile en 2008¹⁸).

Todo ello, en la perspectiva mapuche, no puede sino otorgar a los hechos de violencia destinados a (re)ocupar y ejercer actos de posesión sobre los territorios ancestrales un significado diferente, justificante, sobre todo si se tiene en cuenta su perspectiva de la urgencia de estas medidas para “salvar”, antes de que sea tarde, la cultura, la economía y el modo de vida del Pueblo Mapuche, en un contexto –para muchos de sus líderes– de estancamiento o de devolución “a cuentagotas” de los territorios sin los cuales esa tarea no sería posible.

Tratamiento penal de los delitos sexuales impropios¹⁹: entre la negación de la diferencia cultural y la afirmación de un déficit de personalidad culturalmente condicionado

“[...] los hechos según la acusación fiscal, ocurrieron el día 13 de noviembre de 2004, en horas de la noche, en circunstancias que la menor de iniciales U.C.H.R., se encontraba en el domicilio del acusado, éste procedió a mantener relaciones sexuales con la referida menor, de trece años de edad [...].

[...] [P]rueba Pericial:

[...] [P]sicóloga, [...] [c]oncluyendo que el imputado es un individuo ajustado a la realidad, con un coeficiente intelectual limítrofe, que es el [que] sigue al retardo mental, no se observan indicadores de psicopatología real ni potencial, no presenta problemas de modulación de la agresividad y/o impulsabilidad. En el ámbito de la sexualidad se descarta algún tipo de patología sexual.

[...] [A]ntropólogo, quien efectuó un peritaje a objeto de acreditar el aislamiento social del imputado y su comunidad, recurrió a los antecedentes de la defensoría mapuche, concurrió a la comunidad Bernardo Naneo. Es una comunidad con identidad cultural Pehuenche, unas 100 familias, estructura cultural basada en el patriarcado, exogamia, hablan mapudungun, presencia fuerte de la iglesia Pentecostal [...] Como acceso a la información poseen dos tipos: la televisión (3 canales) y radio (3 emisoras), no llegan diarios en forma normal. Test de conocimiento cultural a distinto nivel. El conocimiento está en un nivel medio, el imputado tiene conocimiento menor al de la comunidad (7 a 4). [...] Concluyó, que la mencionada comunidad mantiene patrones culturales

¹⁸ Convenio N° 169 sobre Pueblos Indígenas y Tribales en países independientes, de la Organización Internacional del Trabajo, ratificado por Chile el 15 de septiembre de 2008, y promulgado por el Decreto N° 236, del Ministerio de Relaciones Exteriores, de 2 de octubre de 2008 (D.O. 14 de octubre de 2008).

¹⁹ Con esta denominación se hace alusión a la relación sexual consentida entre una persona menor de edad y un adulto, que es constitutiva de delito por considerar la ley que la primera no es capaz de consentir en una relación sexual, o que necesariamente será dañada por ella (como el *statutory rape* del derecho angloamericano).

ancestrales, la descendencia es vía paterna, la familia reside en el lugar del esposo, la llegada de la menarquía, primera menstruación, hace a la mujer accesible a los hombres adultos de la comunidad, se habla mapudungun. En la veranada se traslada la familia a la cordillera en noviembre y vuelven entre marzo a abril, quedando aislados. [...] Terminó señalando que la Comunidad desconocía que tener relación con la menor, haya estado prohibido y penado por la ley chilena [...]”²⁰

En base a los antecedentes aportados en el proceso, y rechazando la pretensión de la defensa de que el acusado haya actuado en error de prohibición, el TOP de Temuco, dio por acreditado, más allá de toda duda razonable, que el imputado:

“el día 13 de noviembre de 2004, JVNN, en horas de la noche, en su domicilio, en el sector El Naranjo de la Comuna de Lonquimay, mantuvo relaciones sexuales [por] vía vaginal con la menor de 13 años de edad y de iniciales U.C.H.R.
[...] [E]n cuanto al eventual error de tipo y/o prohibición que invoca también la defensa, y que [la] 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 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). A su vez, la madre de la menor, manifestó que dentro de su comunidad la mujer se acostumbra a casar alrededor de los 20 años, y que primero lo hacen en el Registro Civil y después por la Iglesia, todo ello desvirtúa lo aseverado por la defensa en cuanto que para el imputado lo que estaba haciendo no estaba mal y no era ilícito [...] Finalmente, respecto a que en la idiosincrasia pehuenche o mapuche en general, la llegada de la menarquía o menstruación en la mujer, la hace disponible sexualmente para los varones adultos de la comunidad y por lo tanto los hechos deben ser analizados desde este punto de vista y de acuerdo a la legislación indígena, ello en caso alguno ha sido acreditado y [más] aun, fue desvirtuado por los dichos de la propia madre de la víctima.”²¹

El caso plantea la cuestión de si, desde el punto de vista de la cultura compartida por la comunidad pehuenche en la que se producen los hechos, las relaciones sexuales con una menor de edad, biológicamente ya púber, son consideradas lícitas o no, como antecedente para resolver si acaso la alegación de la defensa, de que el autor habría actuado en error de prohibición, debe ser acogida. La descripción y análisis del perito

²⁰ Descripción de los hechos tomada de la sentencia pronunciada por la Primera Sala del TOP de Temuco, RUC 04 00 41 55 71 – 3, RIT 101/2005, 23 de noviembre de 2005, contra JVNN, disponible (como anexo) en del Valle Rojas, Carlos et al, “Aproximación al análisis de la valoración de la prueba usando Modified Wigmorean Analysis (Mwa)”, *Ius et Praxis* [online]. 2009, vol.15, n.1 [citado 2011-12-31], pp. 15-53, en: <http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-00122009000100002&lng=es&nrm=iso>. ISSN 0718-0012. doi: 10.4067/S0718-00122009000100002.

²¹ Sentencia pronunciada por la Primera Sala del TOP de Temuco, cit. nota 20.

antropólogo, que darían base a esa alegación, no convencen al tribunal, que se deja convencer, por el contrario, por el testimonio de la madre de la víctima, y por la evidencia del acceso que esa comunidad tendría a medios de socialización (iglesia, radio) que transmitirían las valoraciones propias de la cultura chilena.

Como quiera que sea, la eventual existencia de una valoración cultural diferente (conforme a la cual puede consentir sexualmente quien ya es púber, por ejemplo, a los 13 años de edad) no interesa, en este caso, para examinar y decidir la ilicitud del comportamiento, cuestión que está fuera de toda discusión²², sino que sólo interesa como base para poder decidir si la alegación, por parte del acusado, de que actuó en error de prohibición, es sincera y creíble. La falta de evidencias concluyentes –en opinión del tribunal– de que la conducta fuese tenida por lícita en la valoración cultural de la comunidad del autor, entonces, sirvió para rechazar la sinceridad de tal alegación por el acusado.

En otros casos, en cambio, la alegación de que el autor de un injusto típico, a causa de su cultura diferente, no es capaz de conocer o de comprender la prohibición penal, ha sido acogida por los tribunales. Pero en esos casos nunca se plantea la cuestión de si comportamientos que para el derecho nacional son penalmente ilícitos, pueden dejar de serlo cuando son cometidos en el seno de una comunidad indígena que los tiene por lícitos o, en cualquier caso, por irrelevantes penalmente, sino sólo la cuestión de si esa cultura diversa puede explicar, siquiera en parte, la incapacidad del autor para comportarse conforme a las exigencias del único derecho válido, el derecho nacional,

²² Por más que ello había sido debatido apenas cinco años antes de los hechos en el Congreso Nacional chileno, cuando se aumentó de 12 a 14 años la edad de consentimiento sexual; consideración que la misma defensa realizó, obteniendo la siguiente respuesta por parte del tribunal: “en cuanto a lo expuesto por la defensa en orden que el aumento de edad de 12 a 14 de los menores para poder disponer libremente de su libertad sexual, fue muy discutida y con opinión desfavorable de personalidades del ámbito judicial, la Cámara de Diputados y profesores penalista, ello si bien es cierto, puede ser motivo para futuras discusiones y eventuales modificaciones, una vez entrada en vigencia dicha ley modificatoria por mandato del artículo 8° de Código Civil, nadie puede alegar ignorancia de la misma; a su vez, el artículo 5° del Código Procesal Penal señala que " la ley penal chilena es obligatoria para todos los habitantes de la República, incluso para los extranjeros...".

incapacidad que, tendencialmente, se interpreta como un déficit de personalidad y de racionalidad, condicionado por la cultura, la que, de pasada, es entendida como una cultura más primitiva, rasgo del que precisamente se deriva la capacidad exculpante (o de disminución de la culpabilidad, en su caso) de la pertenencia a la misma.²³

¿Perspectiva mapuche sobre las agresiones sexuales *impropias*?

Es más difícil aproximarse “desde fuera” a la valoración que personas del Pueblo Mapuche puedan hacer del contexto en que se producen las relaciones sexuales precoces (en su caso, incestuosas) con menores púberes, que hacerlo en el caso de las acciones de recuperación violenta de tierras por parte de los comuneros mapuche. La

²³ Así, por ejemplo, en la decisión del TOP de Villarrica, que acoge la alegación de la defensa, consistente en que el autor (al incurrir en una conducta de incesto con su hermana menor de edad) no sabía que lo que hacía estaba prohibido, se revela (en una versión tal vez más extrema que en otros casos) una forma de apreciar el contexto constituido por las creencias, prácticas y “mitos” supuestamente presentes en una comunidad indígena (en este caso, mapuche), que vincula, de manera subrepticia, la pertenencia a esa cultura indígena “minoritaria”, con una cierta deficiencia en el desarrollo cognitivo, social y moral del autor de un injusto penal, que es entendida y valorada como una cierta incapacidad; algo más, entonces, que un mero error de prohibición (“culturalmente condicionado”): en cierto sentido, como manifestación de su inimputabilidad (como –al pasar– lo sugiere la sentencia, equiparando este déficit, impropriamente, al error de prohibición), es decir una incapacidad de culpabilidad. La “sensibilidad cultural” en que se apoya la absolución, entonces, en este tipo de decisiones, pasa por reconocer, no simplemente una diferencia cultural, de convicciones normativas, sino –como se dijo– un déficit de personalidad y de racionalidad, condicionado por la cultura, una cultura tenida por más primitiva; v. Sentencia del TOP de Villarrica, RUC 0400178619-4, RIT 025/2005, 30 de julio de 2005, contra RMCV, a la que tuve acceso por gentileza de Gonzalo Berríos, Abogado Jefe de la Unidad de Defensa Penal Juvenil, de la Defensoría Penal Pública. También la idea de un déficit, o una relativa incapacidad, parece traslucirse en otra decisión que revela “sensibilidad cultural”, ahora no para exculpar, pero sí para dar a aplicación a la atenuación de responsabilidad criminal permitida por el Artículo 54 de la Ley Indígena, N° 19.253, en base a la consideración de la cultura indígena. En este caso, para un TOP de Santiago, conociendo de una causa por tráfico ilícito de estupefacientes, seguida en contra de unos presuntos “burreros” pertenecientes a la etnia Aymara, lo que atenúa la responsabilidad es que “[...] del conjunto de antecedentes aportados ya reseñados y habida consideración de que se trata de personas que pertenecen a la etnia aymara, [...] se ha considerado que las irreprochables conductas anteriores de los acusados CG y CC, constituyen una conducta excepcional [...]. [S]e ha tomado en cuenta el contexto cultural y social en que se desenvuelven las personas de esta etnia, quienes, atendida la precariedad en la que viven por la lejanía con la metrópolis, el aislamiento en el que desarrollan su quehacer, se hacen sujetos más vulnerables para ser utilizados por los proveedores y comercializadores de droga, pues es un hecho público y notorio que al estar cercano a las grandes áreas productoras de cocaína, son utilizados como “burreros” [...]” (sentencia del Cuarto TOP de Santiago, de Santiago, RUC N° 0500418571-6, RIT N° 24-2006, 12 de junio de 2006, contra CLCG, EACC y MRCC). Si bien en el razonamiento del tribunal es especialmente la marginalidad socioeconómica de los acusados la que es valorada a su favor, para atenuar su responsabilidad criminal, es explícito en el pasaje transcrito que esa marginalidad se combina con, o se valora a través de, la consideración de su origen étnico y su cultura: los Aymara, más que otros individuos socioeconómicamente marginales, vulnerables a la exploración de los grandes centros comercializadores de droga, serían menos reprochables, pues algo en su “contexto cultural” (y no sólo en su “contexto social”) disminuye su capacidad para comportarse conforme a Derecho.

razón, ya en primer lugar, radica en que respecto de estas últimas hay un discurso público explícito dirigido a plantearlas como una respuesta comprensible, cuando no justificada, a una injusticia. Respecto de aquéllas, en cambio, no hay un discurso público, si bien puede haber indicios de que, por ejemplo, las relaciones sexuales con menores púberes, o bien no son claramente condenadas como algo ilícito (como en la evaluación pericial antropológica aportada en el caso reseñado), o bien, aunque se consideran indebidas, se juzgarían con menor severidad por los Mapuche²⁴ que por el derecho estatal chileno (que puede llegar a castigar estas conductas hasta con 20 años y, en cualquier caso, con no menos de cinco años y un día de presidio). Estas diferencias de valoración, por cierto, no serían leídas por los Mapuche como una consecuencia de su incapacidad (absoluta o relativa) para comprender la sexualidad y las normas referidas a ella, sino de su valoración relativamente distinta sobre la extensión de esas normas y sobre la relativa gravedad de su infracción.

II. LA DOGMÁTICA PENAL “DE CUÑO ALEMÁN” Y SUS RECURSOS PARA EL PROBLEMA DEL MULTICULTURALISMO

El monismo jurídico y sus expresiones en el Derecho penal

“Un Estado, una Nación, un Derecho”

La pretensión de que, en todo el territorio de la República, el Derecho se aplique sin distinciones, con las mismas reglas, a todos sus habitantes, se asocia a principios fundamentales del ordenamiento jurídico chileno, que tienen una clara expresión en el Derecho penal, a través de la primacía, prácticamente sin matices, del Derecho estatal

²⁴ Así ocurriría en relación con las conductas de incesto, a lo menos claramente las que se den entre hermanos, según se desprende de la pericia antropológica aportada al caso resuelto por el TOP de Villarica, cit. nota 23.

legislado, cuyas prohibiciones penales están formuladas de manera abstracta e impersonal, de modo que deben aplicarse a todos los individuos, sin excepciones, tampoco las que pudieran basarse en el origen étnico. Es cierto que en materia de atenuantes e incluso, hipotéticamente, en materia de eximentes de responsabilidad criminal, el Derecho penal chileno admite la posibilidad de hacer ciertas diferencias basadas en la costumbre indígena (como se verá), pero la limitada extensión que se da a esas reglas especiales, y la suspicacia que su sola existencia despierta en algunos, da cuenta de la importancia que se asigna al principio conforme el cual el Derecho es y debe ser uno y el mismo para todos.

Uno de aquellos principios fundamentales, formulado desde el punto de vista de los intereses de los destinatarios del Derecho, sería el de igualdad ante la ley. Sin embargo, como es claro que la lógica interna de este principio no se opone a, sino que – por el contrario– promueve, el tratamiento desigual de quienes están materialmente en situaciones desiguales (por ejemplo, por sus diferencias culturales)²⁵, si se quiere entender la porfía con que los Estados-Nación defienden una perspectiva monista (un sólo derecho, igual para todos), parece necesario dirigir la mirada hacia otros principios, que protegen intereses, no ya de los individuos, sino del Estado mismo: unidad nacional, homogeneidad cultural e integridad territorial.

En efecto, hasta hace muy poco, la gran mayoría de los estados –y tal es claramente el caso de Chile– aspiraban a ser Estados-Nación, modelo en el cual

“el estado era visto implícitamente (y, a veces, explícitamente) como la posesión de un grupo nacional dominante, que usaba al estado para privilegiar su identidad, lenguaje, historia, cultura, literatura, mitos, religión, etc., y que definía al estado como expresión de su ser nacional”, grupo dominante que no necesariamente era el mayoritario, sino

²⁵ Como lo ha destacado Renteln al examinar el fundamento moral de la consideración de las *cultural defenses*: “The reason for admitting a cultural defense lies not so much in a desire to be culturally sensitive, although that is surely a large part of it, but rather in a desire to ensure equal application of the law to all citizens”; Renteln, Alison Dundes, *The Cultural Defense*, Oxford University Press, Oxford-New York, 2004 [versión Kindle], posición 3338. Sobre las *cultural defenses*, véase el excursus incluido *infra*, en la sección III.

incluso “a veces, una minoría capaz de establecer su dominio –por ej, los blancos, en Sudáfrica, o las élites criollas en algunos países de América Latina– [...]”.²⁶

Una serie de políticas bastante definidas estaba al servicio de este proyecto, entre ellas, la adopción de una lengua oficial establecida por ley; la construcción de un sistema nacional de educación obligatoria, con un currículo estandarizado enfocado en la enseñanza de la lengua/literatura/historia del grupo dominante; la centralización del poder político y la eliminación de las formas pre-existentes de soberanía o autonomía local; así como “la construcción de un sistema legal y judicial unificado, que funcionaba en la lengua del grupo dominante y usaba sus tradiciones jurídicas; y la abolición de todo sistema jurídico preexistente usado por los grupos minoritarios”.²⁷

Al servicio del mismo proyecto, y para dar eficacia a esas políticas, también fue común a muchos casos de construcción de Estados nacionales, la ocupación de las tierras, bosques, espacios de pesca, que solían pertenecer a los grupos minoritarios y pueblos indígenas, y su declaración como recursos “nacionales”, e, incluso, cuando estas políticas eran resistidas, “varias formas de “ingeniería demográfica” (por ej., presiones a los miembros del grupo para su dispersión, y/o promoción de asentamientos por parte de los miembros del grupo dominante en el territorio de los grupos indígenas y minoritarios) [...]”.²⁸

En este marco, la existencia y operación de un derecho mapuche pre-existente a la formación del Estado-nación chileno eran tan problemáticas para este proyecto como la existencia de territorios mapuche donde este pueblo ejercía jurisdicción, con sus propias autoridades, su economía y sus costumbres. Por ello, en contraste con la actitud de las autoridades españolas, que durante la colonia habían tolerado la existencia de una normatividad y unas autoridades indígenas para administrar justicia en las causas entre

²⁶ Kymlicka, Will, *Multicultural Odysseys: Navigating the New International Politics of Diversity*, Oxford University Press, Oxford, 2007, p. 61.

²⁷ Kymlicka, *Multicultural Odysseys*, cit. nota 26, pp. 62-63.

²⁸ Kymlicka, *Multicultural Odysseys*, cit. nota 26, pp. 63, 61.

indios, cuando la pena no era grave, reconociendo con ello cierta validez al derecho mapuche –al que sin embargo se veía como una expresión primitiva, que debía quedar bajo la tutela española–, las autoridades de la naciente República de Chile, tras la independencia, impulsaron un modelo “asimilacionista” de relaciones entre el Estado (y el derecho estatal) y los indígenas²⁹:

“La ideología imperante de la época es que los indígenas debían asimilarse al mundo criollo o mestizo dominante, y por lo tanto, desde ese período se crea –importado desde Europa por las ideas de la ilustración– la triple identidad Estado-Nación-Derecho. Al Estado como configuración política sólo le corresponde una Nación, definida por un pueblo, una cultura, un idioma, una religión [...] De manera que es precisamente este modelo, que en el ámbito del derecho trata de borrar todo vestigio del derecho propio y sus autoridades tradicionales”.³⁰

Y si bien durante el siglo XX comienza a reconocerse a los indígenas ciertos derechos, y su especificidad cultural, expresada en su idioma, su traje y su religión, la condición de ello es que se integren al desarrollo nacional, como “etnias”, no como “pueblos”, manteniéndose incuestionada la definición “monista” de un solo Derecho, para un sólo Estado y una Nación, en correspondencia con la cual

“[t]oda otra norma o forma de derecho no producida por el Estado, es visto como una mera costumbre, como una práctica aislada, que a veces puede estar “mezclada” con reglas morales y religiosas. El derecho propio de los indígenas, al no estar formalizados como el estatal, son vistos como sistemas atrasados, retrógrados, pre-modernos, que deben supeditarse e integrarse al Estado y al derecho nacional, para posibilitar la civilización de estos pueblos igualmente “atrasados” [...]”.³¹

Monismo jurídico en el Derecho penal.

Desde la dogmática penal se ha señalado el peligro que, para el reforzamiento (preventivo-general) de prohibiciones penales de pretendida validez universal, representaría la pretensión de instaurar “derechos penales locales” inspirados en la diversidad cultural. En palabras de Carnevali:

²⁹ *Informe Final de la Comisión de Trabajo Autónomo Mapuche*, cit. nota 12, p. 1032.

³⁰ Yrigoyen, citado por *Informe Final de la Comisión de Trabajo Autónomo Mapuche*, cit. nota 12, p. 1033.

³¹ *Informe Final de la Comisión de Trabajo Autónomo Mapuche*, cit. nota 12, pp. 1033-1039.

"Uno de los mayores problemas que se pueden presentar con la instauración de derechos colectivos, como por ejemplo, el establecimiento de sistemas judiciales atendiendo al grupo cultural, es el riesgo a la generación de guetos dentro de una sociedad, que puede derivar a un desmembramiento social. Precisamente, una sociedad en la que existen diversas identidades normativas, difícilmente, desde una perspectiva preventivo general, puede ser eficaz el Derecho penal. Es decir, mediante el reconocimiento de la diversidad cultural como un derecho colectivo y la disposición de los pertenecientes a tales grupos a buscar vías propias de solución de conflictos— fragmentación del Derecho penal por la presencia de derechos penales propios—, se terminaría por admitir ciertos comportamientos intolerables para el resto del componente social. Basta pensar en las prácticas de maltrato familiar o de agresión sexual."³²

Es cierto que el caso de los derechos de niños y mujeres frente al maltrato y la agresión sexual apela con mayor fuerza que otros casos a valoraciones universalistas, por el peligro común a toda sociedad de mantener situaciones de violencia estructural y opresión, cuyo arraigo cultural sólo es el reflejo de la injusta distribución del poder de generar y mantener en vigencia normas que favorecen los intereses de unos en perjuicio de los de otros.³³ Pero, en primer lugar, esa apelación, por su lógica interna “emancipadora”, que busca “proteger minorías dentro de minorías”³⁴ (rechazando situaciones de violencia estructural y opresión que, aunque formalmente tengan aval normativo en una comunidad, sólo hayan adquirido validez en el marco de un sistema nomogenético injusto), no vale sino para una fracción de las prohibiciones (por ejemplo, para la prohibición de la esclavitud, de la explotación sexual, de la coacción abierta a través de la violencia o la intimidación), no así para muchas otras (protección de

³² Carnevali, Raúl. “El multiculturalismo: un desafío para el Derecho penal moderno”. Polít. Crim. n° 3, 2007. A6, p. 1-28. [<http://www.politicacriminal.cl>], pp. 22-23.

³³ Como el propio Carnevali arguye: “se presentan una serie de cuestionamientos, desde la perspectiva de la víctima, difíciles de soslayar. Como se expuso precedentemente, una de las principales críticas que se han hecho a la tesis comunitaristas apuntan a la limitación de los derechos individuales, particularmente, al impedirse las voces de disidencia y la posibilidad de marginarse. Pues bien, aquello tiene particular importancia cuando se está frente a la víctima, en especial, cuando se trata de personas que no tienen espacios para expresarse así, sucede en muchas culturas con las mujeres y los niños. No debe olvidarse que en muchas manifestaciones culturales el pertenecer al género femenino constituye una desventaja dentro de la estructura social. Lo anterior, atenta contra el principio de igualdad de la ley penal, pues, se brinda un tratamiento discriminatorio sobre la base de la pertenencia”. V. Carnevali, “El multiculturalismo...”, cit. nota 32, pp. 22-23.

³⁴ Renteln, *The Cultural Defense*, cita nota 25, posición 3338.

convicciones morales mayoritarias³⁵, de la propiedad –frente a menoscabos no coactivos–, o de ciertas condiciones institucionales o funciones estatales consideradas necesarias o útiles para ejercer los derechos individuales); y, en segundo lugar, aun respecto de prohibiciones que apelen a valoraciones universalistas a partir de aquella lógica “emancipadora”, su pretendida validez universal no implica en absoluto la validez universal de una determinada forma de protegerlas –por ejemplo, el refuerzo penal– o de un determinada respuesta legislativa a la cuestión prudencial de la intensidad de la sanción que cabría considerar justa y necesaria para las diversas formas de infringir tales prohibiciones³⁶, caso en que lo único “universalmente válido” podría ser el deber de lealtad con el procedimiento democrático de cuestionamiento y derogación de normas (lo único que cabe exigir al ciudadano en un derecho secularizado, es decir, uno que admite el valor relativo de sus prohibiciones penales³⁷), procedimiento que bien podría (sin poner en peligro aquello que de universal puede haber en juego, en la definición de normas penales) reconocer esferas de competencia locales de establecimiento y derogación de normas penales (también) locales, frente a las cuales todo miembro de la comunidad debe actuar con lealtad.

Por ello, parece que la apelación al valor universal de ciertos bienes no agota la explicación del apego al “monismo jurídico(-penal)” que se aprecia en la dogmática penal, pues en toda aquella porción de derecho penal estatal legislado, que no es

³⁵ Y nótese que justamente en relación con la protección de la “indemnidad sexual” de los menores de edad (bien jurídico supuestamente protegido en dos casos reseñados en el apartado anterior), sucede que, junto a ciertas prohibiciones que ciertamente buscan ponerles a resguardo de situaciones de violencia estructural (como la explotación sexual comercial infantil), hay otras prohibiciones penales que sólo pueden entenderse como un refuerzo punitivo de convicciones morales o religiosas mayoritarias de una sociedad (típicamente ése es el caso en los atentados sexuales improprios respecto de menores edad ya púberes, que se produzcan fuera de contextos de “violencia estructural”); v. Couso, Jaime, “La sexualidad de los menores de edad ante el Derecho penal”, en *Derecho y sexualidades. Seminario en Latinoamérica de Teoría Constitucional y Política. SELA 2009*, Librería, Buenos Aires, 2010, pp. 233-265.

³⁶ Con más detalles, Couso, Jaime, *Fundamentos del Derecho penal de culpabilidad. Historia, teoría y metodología*, tirant lo blanch, Valencia, 2006, pp. 247 y ss., examinando en el pensamiento de Kindhäuser el problema del déficit de razones universalmente válidas para motivarse al cumplimiento de la norma penal en una sociedad pluralista.

³⁷ Couso, *Fundamentos*, cit. nota 36, pp. 252 y ss.

reconducible al argumento universalista de la emancipación (la mayor porción, según parece), esa adhesión al monismo jurídico(-penal) parece hacer referencia, como telón de fondo, a la pretensión, mucho más general, de que “un Estado” debe tener “un Derecho (penal)”, que refleje las convicciones de la mayoría (que no es lo mismo que las “universalmente válidas”). Nuevamente, en palabras de Carnevali:

“Si bien puede parecer razonable el esfuerzo dirigido al reconocimiento de la identidad cultural, parece, en cambio, discutible e incluso, peligroso, que el reconocimiento cultural de los pueblos minoritarios permita justificar actos atentatorios a bienes que la sociedad mayoritaria estima valiosos. Es decir, resulta difícil de admitir para una sociedad que la práctica de ciertos actos generen deberes de tolerancia y, por tanto, estimarlos legítimos, sólo por estar fundados en el respecto a la costumbre de ciertas culturas. Basta pensar en los conflictos que pudieran presentarse de justificar se actos de maltrato familiar o de lesiones corporales. Como se expuso precedentemente, decisiones de esta naturaleza —de raigambre comunitarista— pueden dar lugar a manifestaciones de desestabilidad social, contraproducente, examinado desde una perspectiva preventivo general.”^{38 39}

Y, aunque el ejemplo de los actos de maltrato familiar, de nuevo, apela a valoraciones universalistas (tras esa evocación se asoma claramente la opresión de niños y mujeres), la extensión del “género” (“actos atentatorios a bienes que la sociedad mayoritaria estima valiosos”⁴⁰) del cual se toma ese ejemplo, como “especie”, por una parte, y el fundamento de la preocupación (“desestabilidad social, contraproducente, examinado desde una perspectiva preventivo general”), por la otra, parecen dar cuenta de que, realmente, lo peligroso, más que la validación de conductas contrarias a ciertos valores universales, es la existencia de una pluralidad de sistemas normativos dentro el territorio del Estado nacional.

³⁸ Carnevali, “El multiculturalismo...”, cit. nota 32, pp. 22-23.

³⁹ La referencia a la “sociedad mayoritaria”, en este pasaje de Carnevali, por cierto, no alude al “Derecho” de la “Nación” dominante, pues la “mayoría” bien puede entenderse referida al resultado de la deliberación democrática. Sin embargo, desde la perspectiva de la conflictiva relación entre el Estado (democrático) chileno y el Pueblo Mapuche, y su exclusión respecto de las instituciones políticas chilenas, el Derecho de la mayoría coincide —claramente para el Pueblo Mapuche— con el “Derecho” de la “Nación” chilena, justificando el reclamo —si ese derecho amenaza las condiciones de subsistencia del Pueblo Mapuche— de que con ello nuevamente se proclama y promueve “un Estado, una Nación, un Derecho”.

⁴⁰ Esta limitación a la tolerancia de prácticas culturales diversas también aparece en el planteamiento de importantes filósofos del multiculturalismo, como Bikhu Parekh (citado por Renteln, *The Cultural Defense*, cit. nota 25, posición 234).

La antijuridicidad penal como límite infranqueable para la comprensión cultural de los conflictos penales indígenas.

Es cierto que la dogmática penal, hoy más que antes, se ha ido volviendo sensible a las diferencias culturales. El propio planteamiento de Carnevali da cuenta de ello, cuando aboga por dar espacio a la exculpación de comportamientos típicos y antijurídicos que aparecen condicionados por las pautas normativas y convicciones culturales del autor, no sólo cuando –lo que será de muy rara ocurrencia– esas pautas y creencias determinan un desconocimiento de la norma, sino incluso –lo que podría ser bastante más frecuente– cuando determinan que el autor no “comprende” el sentido de esa prohibición, es decir, cuando

“el esfuerzo de internalización de la norma se ve particularmente dificultado por su condicionamiento cultural y que permite afirmar que no es posible reprocharle su incompreensión —error culturalmente condicionado”.⁴¹

Dar cabida a esta defensa en el Derecho penal, concluye Carnevali, supone que “el juez sopesa la envergadura de los condicionamientos culturales” del autor; y ello es una exigencia del “principio de igualdad ante la ley”.⁴²

Con todo, en esta consideración de la diferencia cultural se revela un aspecto básico, que parece común a (casi) todas las expresiones de “sensibilidad cultural” de la dogmática penal, el reconocimiento de un límite infranqueable: la necesidad de afirmar, conforme al sistema monista-jurídico de las normas penales, que el sujeto condicionado por su cultura ha incurrido en un injusto penal típico. Esa sería una definición inexpugnable desde consideraciones multiculturales, adoptada precisamente a partir del Derecho penal estatal legislado, no sujeta a relativizaciones desde la normatividad “local” propia de una determinada comunidad o pueblo indígena.

⁴¹ Carnevali, “El multiculturalismo...”, cit. nota 32, p. 27.

⁴² Carnevali, “El multiculturalismo...”, cit. nota 32, pp. 27-28.

Así, por ejemplo, al referirse al tratamiento penal que cabe dar al “hecho realizado por motivos de conciencia”, en cuyo ámbito cabe situar al que está condicionado por las creencias y convicciones normativas de una cultura o etnia minoritaria, a la que pertenezca el autor, el más célebre exponente del Derecho penal “de cuño alemán”, en la actualidad, el tratadista Claus Roxin, admite que ese hecho puede estar “exento de responsabilidad” (lo que, en términos de la sistemática dominante en Chile, se expresaría como “exento de culpabilidad”), por falta de necesidad preventiva de pena, en la medida que el autor obra bajo “coacción de conciencia” provocada por la conminación penal (contraria a sus convicciones), que le provoca una “fuerte presión en la motivación”⁴³. Pero rechaza, en cambio, que la actuación por motivos de conciencia esté justificada por el ejercicio legítimo de un derecho (justamente, del derecho a la libertad de conciencia), lo que sería inconciliable con “la pretensión del Derecho de establecer normas objetivas y de validez general”.⁴⁴

Y si bien Roxin alude (al examinar bajo qué condiciones puede eximirse de responsabilidad al autor de un hecho cometido por razones de conciencia que afecta a bienes individuales de terceros) a la necesidad de “deducir [...] de una ponderación qué derecho fundamental goza de preeminencia”, esa referencia, que pareciera aludir a la posibilidad de una justificación (pues el principio del interés preponderante es precisamente el fundamento de varias de las causas de justificación⁴⁵), es engañosa, dado que en todo su discurso se trata siempre de la mera posibilidad de una exculpación, porque

“la inviolabilidad de la libertad de conciencia [...] no puede razonablemente suponer que el Estado deba hacer suya la decisión de conciencia del individuo, en cuanto se aparta de las leyes”⁴⁶

⁴³ Roxin, Claus, *Derecho Penal. Parte General, Tomo I*, § 22, nm 121-122.

⁴⁴ Roxin, *Derecho penal*, cit. nota 43, § 22 nm 121.

⁴⁵ Roxin, *Derecho penal*, cit. nota 43, § 7 nm 59 y § 14, nm 14.

⁴⁶ Roxin, *Derecho penal*, cit. nota 43, § 22 nm 121.

De este modo, el derecho a no ser forzado a actuar en contra de la propia conciencia constituye

“sólo un derecho a la indulgencia, no a la legalización del punto de vista propio”.⁴⁷

También en España⁴⁸ y Chile⁴⁹, cuando se ha acogido la posibilidad de una exención (o atenuación) de responsabilidad penal, respecto de quien ha cometido un hecho penalmente típico por razones de conciencia, se ha entendido que ello se debe a una desaparición o disminución de la culpabilidad del autor, sin que se vea en nada afectada la antijuridicidad de su conducta.

También Carnevali rechaza, como se vio, la resolución de los conflictos surgidos de la divergencia de valoraciones, culturalmente condicionada, por la vía de la justificación, por los peligros que ello supone para la prevención general y la estabilidad social.⁵⁰ De hecho, estos peligros incluso acecharían si, ya en sede de culpabilidad, el Derecho se muestra demasiado laxo a la hora de reconocer eficacia exculpante (siguiendo su planteamiento) al error de prohibición culturalmente condicionado⁵¹.

⁴⁷ Roxin, *Derecho penal*, cit. nota 43, § 22 nm 121.

⁴⁸ Muñoz Conde, Francisco/García Arán, Mercedes, *Derecho Penal. Parte General*, 6ª edición, tirant lo blanch, Valencia, 2004, p. 400.

⁴⁹ V., por ejemplo, Politoff, Sergio, *Derecho Penal*, Tomo I, Conosur, Santiago, 1997, p. 669.

⁵⁰ Por mi parte, en una investigación más general sobre la culpabilidad, concluida en 1997, defendí la tesis de que el hecho cometido por razones de conciencia puede dar lugar a una “inexigibilidad penal general” (v. Couso, *Fundamentos*, cit. nota 36, pp. 529 y ss.), que fundamenta la negación de la antijuridicidad penal de la conducta (no necesariamente, en cambio, la negación de su antijuridicidad general –acogiendo la distinción de Günther, seguida por Luzón Peña–), pues en casos de falta de legitimidad *discursiva* (en sentido *habermasiano*) de ciertas normas penales respecto de determinados grupos de personas, no se dan condiciones básicas de “motivabilidad racional por las normas” (posibilidad de sentirse autor racional de la norma), lo que hace decaer la necesidad (y la posibilidad) de un buscar un efecto preventivo-general, respecto de ese grupo, lo que, precisamente, fundamenta una causal de exclusión de la antijuridicidad penal (Couso, *Fundamentos*, cit. n. 36, p.532-533). La explicación, con todo, todavía se sitúa dentro del horizonte de un sistema monista de normas penales, sin posibilidad de admitir algún grado de pluralismo jurídico, respecto de ciertos pueblos indígenas, en la definición de lo injusto.

⁵¹ Así, Carnevali, “El multiculturalismo...”, cit. nota 32, p. 28: “En todo caso, no es posible dejar de advertir los riesgos que tales planteamientos presentan. Por de pronto, un recurso general y amplio a este tipo de medidas para enfrentar divergencias de orden cultural, puede dar lugar a desconfianzas en el sistema penal. Asimismo, no se puede dejar de reconocer el peligro que supone el establecimiento expreso de una eximente —como el citado Art. 15 del Código peruano— desde la perspectiva del principio de legalidad. Y es que un reconocimiento formal abre la puerta a una serie de dificultades que son difíciles de resolver a priori. Es así, que puede entenderse que la sola pertenencia a una determinada cultura condiciona su comprensión de la norma. O, por otro lado, cuánto tiempo debe permanecer un sujeto en un territorio determinado para estimar que comprende una norma. Podría dar lugar a una especie

Costumbre indígena y monismo jurídico(penal)

Ya antes de la ratificación por parte de Chile, del Convenio 169 de la OIT, el año 2008, el Derecho chileno había enfrentado la cuestión del multiculturalismo, en relación con los pueblos indígenas, por medio del reconocimiento de cierto valor a la costumbre indígena, incluso en materia jurídico penal. Ello ocurrió, indirecta y parcialmente, cuando el legislador decidió que la costumbre indígena debía ser tenida en cuenta, puntualmente, para modular el tratamiento penal de comportamientos de determinado pueblo indígena, adaptándolo parcialmente a la valoración relativamente diversa que tales comportamientos tendrían al interior de esa comunidad (como en el caso del pueblo Rapa Nui⁵²); pero el legislador también ha hecho referencia directa, y de modo un poco más amplio, a la necesidad de considerar la costumbre jurídica en materia penal, en el Art. 54 de la Ley N° 19.253 (la “Ley Indígena”), conforme al cual:

“La costumbre hecha valer en juicio entre indígenas pertenecientes a una misma etnia, constituirá derecho, siempre que no sea incompatible con la Constitución Política de la República. En lo penal se la considerará cuando ello pudiere servir como antecedente para la aplicación de una eximente o atenuante de responsabilidad. Cuando la costumbre deba ser acreditada en juicio podrá probarse por todos los medios que franquea la ley y, especialmente, por un informe pericial que deberá evacuar la Corporación a requerimiento del Tribunal.”

Una primera mirada de esta tendencia podría apreciar en ella otra expresión del monismo jurídico. Conforme a esta mirada, esta tendencia se inscribiría en el marco del denominado “modelo integracionista” de resolución de las relaciones entre el Estado y el derecho estatal, por una parte, y los pueblos indígenas, por la otra, que reconoce el valor relativo de la “especificidad cultural” indígena, expresada también en ciertas

de incentivo perverso, no integrarse ni conocer las normas imperantes. En definitiva, sin dejar de reconocer la pertinencia del error en los términos expuestos, parece innecesario crear ex novo una eximente, siendo suficiente las reglas generales”.

⁵² La Ley N° 16.441, de 1 de marzo de 1966, que crea el Departamento de Isla de Pascua, dio un tratamiento penal atenuado a los delitos sexuales y contra la propiedad cometidos en Isla de Pascua por naturales de ella: “Artículo 13° En los delitos contemplados en los Títulos VII y IX del Libro Segundo del Código Penal, cometidos por naturales de la Isla y en el territorio de ella, se impondrá la pena inferior en un grado al mínimo de los señalados por la ley para el delito de que sean responsables.”

valoraciones normativas relativamente distintas, en materia penal, pero sin poner en tela de juicio el valor universal de las normas del Derecho penal estatal legislado, sino apenas modulando, marginalmente, la aplicación de las exculpantes y, sobre todo, de las atenuantes, para tener en cuenta los condicionamientos y dificultades que ciertos individuos enfrentan a la hora de actuar conforme a las exigencias del Derecho, dificultades derivadas de su pertenencia a esa cultura que tiene ciertos usos y costumbres diferentes.

En efecto, el reconocimiento de un cierto valor a la costumbre indígena, con esos acotados efectos, supone abandonar completamente en manos del Derecho penal estatal legislado la definición del alcance del injusto penal típico, es decir, lo lícito y lo ilícito, para efectos penales, permitiendo a la normatividad indígena incidir solamente en la decisión de si el individuo es, y en qué medida, individualmente reprochable por su comportamiento antijurídico, o si, por el contrario, cabe exculparlo porque él (en su caso, condicionado por su cultura –defectuosa, desde el punto de vista de las definiciones estatales de lo injusto–) era incapaz de actuar de otra forma (de actuar como era debido, como los individuos sin defectos personales o culturales actuarían). Por otra parte, ya en el plano simbólico, la definición del derecho propio indígena como “costumbre”, en un ordenamiento jurídico, y en una rama del derecho, que asigna un valor claramente superior al derecho legislado, hasta el punto de ser la fuente por excelencia⁵³, supone también una desvalorización del mismo, como un producto normativo más primitivo, menos elaborado y desarrollado.

El efecto, visto desde la perspectiva mapuche, es que el derecho propio mapuche termina relegado al lugar de meros usos y costumbres, en palabras de Barrientos:

⁵³ V., sobre esa afirmación, en la tradición de los sistemas jurídicos continentales, Couso, Jaime, “El uso de precedentes en materia penal: retórica y realidad en perspectiva”, *Revista General de Derecho Penal*, N° 5, 2006.

“como el producto espurio de una cultura inferior que osa desafiar la homogeneidad normativa conseguida tras décadas de codificación”,

de modo que, la calificación del derecho propio mapuche como “costumbre jurídica”

“[es] una manera de negar la existencia de las autoridades y la jurisdicción indígena [...]. [S]u reconocimiento es visto como un abierto desafío al Estado y su pretensión de tener la jurisdicción exclusiva, sostenida en la ideología del universalismo e igualdad ante la ley”⁵⁴.

Sin embargo, especialmente después de la ratificación del Convenio 169 de la OIT, es posible tener otra mirada sobre el estatus de la costumbre jurídica indígena, que no confirma, sino pone en tela de juicio, la perspectiva del monismo jurídico en materia penal. En la próxima sección, al examinar las implicancias de la ratificación de dicho Convenio, se hará referencia a esa mirada diversa sobre la significación de la costumbre y el derecho propio mapuche en materia penal.

III. EL ENFOQUE DEL DERECHO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS Y SUS CONSECUENCIAS PARA EL DERECHO PENAL: PERSPECTIVAS SUPERADORAS

Las premisas

El intenso desarrollo del Derecho internacional de los Derechos Humanos en el campo de los derechos especiales de los individuos y pueblos indígenas viene a representar un importante cuestionamiento, dirigido desde el multiculturalismo, a las premisas en las que se apoya el monismo jurídico, asociadas a la pretensión de que los Estados están formados por una única nación, con una cultura, para la que debe regir un solo derecho. Ese cuestionamiento, contra lo que algunos temen, no pasa por negar la importancia de –y el papel que al Derecho estatal (y, ciertamente, también al Derecho internacional) le corresponde en– la protección de ciertos derechos fundamentales,

⁵⁴ Barrientos, citado por el *Informe Final de la Comisión de Trabajo Autónomo Mapuche*, cit. nota 12, p. 1036.

garantizados a todos los seres humanos, con independencia de su cultura, un principio básico del liberalismo democrático. La amplia acogida que, cada vez más Estados occidentales de tradición liberal, han brindado al principal instrumento internacional *multicultural*, el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), da cuenta de que ese temor ha ido cediendo. Más aún, acaso refleja la convicción creciente de que, como sostiene Kymlicka,

“[l]as políticas de reconocimiento y acomodo de la diversidad étnica pueden expandir la libertad humana, fortalecer los derechos humanos, aminorar las jerarquías étnicas y raciales, y profundizar la democracia”.⁵⁵

Y ello sería así, no sólo porque esas políticas y normas internacionales operan dentro de los límites establecidos por los estándares de los derechos humanos (en palabras de la UNESCO: “nadie puede invocar la diversidad cultural para violar los derechos humanos garantizados por el Derecho internacional”⁵⁶), sino también porque

“estas normas están inspiradas en valores liberales subyacentes de libertad, igualdad y democracia”.⁵⁷

Se trata, entonces, de normas y políticas multiculturales, que tienen una orientación e inspiración *liberal*, lo que se ha dado en llamar un *multiculturalismo liberal*.

Si esa es la premisa *liberal*, la premisa *multicultural* de estas políticas y normas promovidas a nivel internacional puede explicarse como un rechazo a los modelos tempranos de Estado-Nación unitarios y homogéneos, en que un grupo dominante (en América Latina, las élites criollas) definía la identidad cultural, la lengua, la cultura, etc., y dominaba el Estado para la protección de sus intereses, excluyendo o intentando asimilar a las minorías étnicas que habitaban sus territorios, en muchos casos, desde

⁵⁵ Kymlicka, *Multicultural Odysseys*, cit. nota 26, p. 18.

⁵⁶ Citado por Kymlicka, *Multicultural Odysseys*, cit. nota 26, p. 18.

⁵⁷ Kymlicka, *Multicultural Odysseys*, cit. nota 26, p. 18.

antes de que se estableciera el sistema colonial que antecedió la formación de tales estados (como en América Latina)⁵⁸.

Ya se ha examinado, más arriba, las formas que, en el caso chileno, adoptaron esas políticas, y cómo ellas están en la base de algunos de los conflictos que el Estado de Chile, con serios cuestionamientos dirigidos desde los organismos internacionales de Derechos Humanos, ha procurado resolver fundamentalmente a través de la criminalización, mediante la aplicación del Derecho penal.

A partir de ese rechazo a los modelos tempranos de Estado-Nación culturalmente homogéneo, común a toda forma de multiculturalismo, una serie de políticas implementadas en países que han ido superando tal modelo han ido configurando una perspectiva más *multicultural* para la resolución de la diferencia étnica, cultural y jurídica. Kymlicka identifica tres principios generales, comunes a estos diversos intentos por construir un estado multicultural:

1. el primero es, precisamente, el rechazo de la vieja idea de que el estado esté en manos de un grupo nacional singular;
2. el segundo es el rechazo de las políticas de construcción nacional destinadas a asimilar o excluir a los miembros de grupos minoritarios o no dominantes, y la aceptación, en cambio, de que los individuos deberían tener la posibilidad de acceder a las instituciones del estado y de actuar como ciudadanos plenos, sin tener que ocultar o negar su identidad etnocultural, debiendo el estado ofrecer reconocimiento y acogida a la historia, lengua y cultura de los grupos no dominantes (como lo hace con los dominantes); y
3. el tercero es que el estado debe reconocer la injusticia histórica que ha cometido a los grupos minoritarios y no dominantes por medios de aquellas políticas de asimilación y exclusión, y manifestar su voluntad de ofrecer algún tipo de reparación y rectificación por ellas.⁵⁹

Pluralismo jurídico y los derechos fundamentales como límite

En el plano del Derecho, la consecuencia normativa más importante del *multiculturalismo liberal* es el reconocimiento de la necesidad de los derechos colectivos, junto a los derechos humanos individuales, para garantizar “justicia

⁵⁸ Kymlicka, *Multicultural Odysseys*, cit. nota 26, pp. 61-62.

⁵⁹ Kymlicka, *Multicultural Odysseys*, cit. nota 26, p. 65.

etnocultural”, es decir, una situación de “ausencia de relaciones de opresión y humillación entre diferentes grupos etnoculturales”.⁶⁰

Los derechos individuales (incluso los de asociación y libertad de conciencia), según Kymlicka, aunque establecen límites al proceso de construcción nacional (por ejemplo, proscribiendo el genocidio o prohibiendo discriminar a los individuos en razón de su origen étnico, en el ejercicio de sus libertades individuales o de sus derechos políticos), no han protegido los derechos de las minorías; muy por el contrario, han dado cobertura normativa a la “construcción nacional” de los Estados occidentales, socavando cualquier identidad nacional competidora, con

“políticas pensadas para poblar los territorios de las minorías, para socavar sus instituciones políticas y educativas y para imponer una única lengua común”,

de modo que

“[I]a mayoría invoca los principios de los derechos humanos para exigir acceso al territorio de la minoría, para desguazar los tradicionales mecanismos políticos de consulta y acomodo y para rechazar las políticas lingüísticas que tratan de proteger la viabilidad territorial de las comunidades minoritarias”.⁶¹

Por ello, concluye Kymlicka, para evitar que los derechos humanos sean instrumento de sujeción injusta, deben completarse con varios derechos de las minorías: derechos lingüísticos, de autogobierno, de representación, federalismo, etc.; y se trata de derechos que no pueden llegar “después” que los derechos individuales, pues

“puede que con el tiempo [la minoría] se encuentre tan debilitada que sea incluso incapaz de exigir o ejercer de forma significativa sus derechos como minoría (por ejemplo, al perder el predominio local o la concentración territorial necesaria para conservar su lengua, o para ejercer autogobierno local)”.⁶²

Por otra parte, insistiendo en la idea de que tampoco los derechos humanos tradicionales pueden quedar en un segundo plano, pues

“los miembros individuales de las minorías nacionales pueden resultar tan maltratados y oprimidos por los dirigentes de su propio grupo como por el gobierno de la mayoría y,

⁶⁰ Kymlicka, Will, *La política vernácula. Nacionalismo, multiculturalismo y ciudadanía*, Paidós, Barcelona-Buenos Aires-México, 2003, pp. 101 y ss., y nota 4.

⁶¹ Kymlicka, *La política vernácula*, cit. nota 60, p. 104.

⁶² Kymlicka, *La política vernácula*, cit. nota 60, p. 105.

por consiguiente, todo sistema de autogobierno de la minoría debe incluir algunas disposiciones institucionales para hacer cumplir los derechos humanos tradicionales en el seno de la comunidad minoritaria”,

Kymlicka concluye que:

“Necesitamos un concepto de justicia que integre la equidad entre los diferentes grupos etnoculturales (a través de los derechos de las minorías) con la protección de los derechos individuales de la mayoría y la minoría (a través de los derechos humanos tradicionales)”.⁶³

Ahora bien, esta insistencia en que el pluralismo jurídico debe estar limitado por el respeto de los derechos fundamentales, ha sido vista como una desvalorización del derecho de los pueblos indígenas. Así, el Informe de la Comisión de Trabajo Autónomo Mapuche, producido en el marco del Informe de la Comisión Verdad Histórica y Nuevo Trato con los Pueblos Indígenas, tras recordar el “modelo segregacionista” vigente durante la colonia, que permitía a los indígenas conservar sus autoridades para dirimir conflictos entre indígenas, pero siempre bajo tutela española, pues se consideraba que eran

“carentes de capacidad para inteligir cuáles son los derechos naturales, pero tienen hermanos mayores que son los católicos españoles, quienes van a respetar las costumbres y autoridades indígenas mientras no violen a la ley humana y divina, impuestas por éstos, porque no tienen capacidad de inteligir”⁶⁴,

añade, ahora, sobre aquella insistencia en el límite opuesto al pluralismo jurídico, por los derechos fundamentales:

“Argumentos no menos ofensivos que los de antaño, pero con el mismo fondo han aparecido en la discusión actual, en que se habla del límite al reconocimiento del derecho propio mientras no violen las leyes, la constitución y los derechos humanos del mundo occidental; es decir, se trata de que en el caso de reconocimiento del derecho propio, éste debiera ser tutelado por el derecho estatal”.⁶⁵

Efectivamente, en el contexto de la desvalorización histórica a la cultura propia de los pueblos indígenas, esa queja parece plenamente justificada. Sin embargo, si los derechos fundamentales se reconocen como un límite general, también a las

⁶³ Kymlicka, *La política vernácula*, cit. nota 60, p. 106.

⁶⁴ Cita a Juana Inés de Sepúlveda, en el *Informe Final de la Comisión de Trabajo Autónomo Mapuche*, cit. nota 12, p. 1033.

⁶⁵ *Informe Final de la Comisión de Trabajo Autónomo Mapuche*, cit. nota 12, p. 1033.

concepciones normativas y, sobre todo, a los intereses políticos, económicos y sociales de los grupos hegemónicos, límites cuya “dinámica interna” es la de rechazar la dominación ejercida, al interior de todos los grupos y comunidades culturales y políticas, por aquellos que tienen más poder por sobre los más vulnerables, entonces la queja no puede entenderse (y su sentido no es éste) como una razón para relajar esos límites al interior de los pueblos indígenas. Lo decisivo, por cierto, es que en esos límites realmente no se realicen, una vez más, bajo el pretexto de universalidad, los intereses del grupo nacional dominante, que así detentaría de forma exclusiva el poder de definir, a fin de cuentas, el contenido de las disposiciones constitucionales. Por ello es tan importante el papel que los instrumentos internacionales de derechos humanos puedan cumplir en la definición del contenido de esos límites comunes, si en su interpretación se les “depura” de elementos etnocéntricos occidentales, de modo que lo que quede, sea su dinámica interna emancipadora y de limitación a la dominación.⁶⁶

El derecho indígena y su estatus frente al Derecho estatal: conflicto de contenidos normativos y la cuestión de los DDFD como límite. El caso del Derecho penal

El reconocimiento del derecho colectivo de los pueblos indígenas a su propia cultura y a una relativa autonomía política, por una parte, priva de legitimidad a la pretensión de que el Derecho debe ser uno y el mismo para todos los habitantes –a los que se asume culturalmente homogéneos, miembros de la única nación–. Los pueblos indígenas tienen un derecho, que ha sido reconocido por los instrumentos

⁶⁶ En tal sentido, como lo explica Ellacuría, detrás de la dimensión etnocéntrica de la protección de los derechos humanos definidos desde occidente, con pretensiones de un valor universal, que sirve de “fuerza legitimadora de los poderosos”, también es dable reconocer una “dinámica radical” emancipadora de las culturas y pueblos no centrales, y de las “mayorías postergadas”, frente al poder de los grupos y naciones hegemónicas, dinámica que sí es universalizable; v. sobre ello, en detalle, Senent de Frutos, Juan Antonio, *Ellacuría y los derechos humanos*, Desclée de Brouwer, Bilbao, 1997, pp. 76 y ss., 147 y ss. En relación con los pueblos indígenas, esa dinámica emancipadora debe servir para interpretar los derechos humanos como límites, también frente al poder del Estado nacional, de las autoridades y grupos dominantes, del mismo modo que deben limitar el poder de los grupos dominantes, al interior de los pueblos indígenas, a favor de las minorías más vulnerables en estas mismas comunidades.

internacionales de Derechos Humanos, como el Convenio 169 de la OIT, a sus propios sistemas de justicia y a sus propias valoraciones normativas.

Por otra parte, sin embargo, la demanda de limitar el pluralismo cultural y jurídico por medio de la exigencia de respeto a los derechos humanos es central, como se vio, al *multiculturalismo liberal*.

Ello plantea la cuestión de si no hay razones para que, aun en un escenario de relativo pluralismo jurídico, a lo menos el Derecho penal sea uno y el mismo para todos, considerando que esta rama del Derecho, supuestamente, refleja como ninguna otra la apreciación colectiva acerca de cuáles son las afectaciones de derechos fundamentales tenidas por tan importantes, que merecen la más enérgica protección estatal.

De hecho, si, de forma indiferenciada, se asume que todas las normas penales de un Estado son estrictamente necesarias para la protección de los derechos fundamentales, seguramente el reconocimiento del pluralismo cultural en el Derecho penal va a encontrar una cerrada oposición, reduciendo la “sensibilidad” hacia la diferencia cultural, en este campo, tan sólo a una actitud de mayor disposición a reconocer atenuantes o eximentes basada en una menor (o nula) culpabilidad del autor.⁶⁷

Pero ya se ha advertido que del reconocimiento del valor (“universal” o, por lo menos “ius-fundamental”) de ciertos bienes protegidos por el Derecho penal (la vida, la integridad física y salud, la autonomía, la libertad sexual, la indemnidad de los niños, incluso la propiedad) no es posible derivar automáticamente el valor “universal” o ius-fundamental de la decisión prudencial de proteger esos bienes, en contra de unas (y no otras) formas de afectación, precisamente por medio de prohibiciones penales; y, menos aun, el valor “universal” o ius-fundamental de la decisión prudencial de escoger una

⁶⁷ Según advierte Renteln, Renteln, *The Cultural Defense*, cit. nota 25, posición 228, el peligro de esta asunción indiferenciada de que todo el campo de lo penalmente prohibido refleja límites necesarios para la protección de los derechos fundamentales, estaría presente en el propio Kymlicka, cuando rechaza el “acomodo” del derecho estatal a las valoraciones de las minorías étnicas, en los casos en que sus tradiciones chocan con el derecho penal.

determinada intensidad penal para tales y cuales infracciones a esas prohibiciones penales.

Así, si hay algo claro sobre la relación entre derechos humanos y derecho penal, es que los primeros limitan el poder punitivo del Estado, siendo, en cambio, problemática –y, en todo caso, muy acotada, para quienes la sostienen– la afirmación de una relación inversa⁶⁸, es decir, que los derechos humanos fundamentarían el ejercicio del *ius puniendi*, al punto de que, de su solo reconocimiento se derivaría una exigencia de que se castigue penalmente cualquier violación de tales derechos. De hecho, en el Derecho internacional se sostiene que, como consecuencia del deber estatal de protección de los derechos humanos, “de los pactos de derechos humanos sólo resulta una obligación de sanción penal de graves violaciones de los derechos humanos [y no de cualquier violación de ellos] para el Estado de comisión del delito [y no para terceros estados]”.⁶⁹

En la misma línea, según Renteln, los límites opuestos a la consideración de la cultura (a favor del acusado), también en casos penales, deben ser mucho más restrictivos, y no pueden simplemente identificarse con todo el derecho penal:

“La cultura debería influir en la decisión del caso, a menos que de ello resulte un daño irreparable a terceros. [...] En ausencia de toda amenaza real, las minorías étnicas deberían, en general, tener un derecho a seguir sus propias tradiciones culturales, libres de toda interferencia estatal [...]. Ahí donde el ejercicio de este derecho no choque con otros derechos humanos, debe ser protegido”.⁷⁰

Pero incluso si el derecho a seguir la propia cultura entra en tensión con otros derechos (de terceros)

⁶⁸ En detalle, críticamente sobre un movimiento en tal sentido, que aprecia en el discurso de los derechos humanos, Bascuñán, Antonio, “Derechos fundamentales y derecho penal”, *REJ – Revista de Estudios de la Justicia*, N° 9, Año 2007.

⁶⁹ Werle, Gerhard, *Tratado de Derecho Penal Internacional*, 2ª edición (traducción de Cárdenas/Couso/Gutiérrez), tirant lo blanch, Valencia, 2011, nm 205.

⁷⁰ Renteln, *The Cultural Defense*, cit. nota 25, posición 200-201.

“será necesario un cuidadoso análisis de la importancia relativa [el peso relativo] de los derechos [en colisión] [, y sólo] en algunas instancias el derecho a la [propia] cultura [puede] ser desplazado por otros derechos”.⁷¹

De modo que, en los demás casos, el principio de “máxima adecuación” debe presidir las decisiones del Estado.

Y en todo caso, lo que no parece justificado es que el pluralismo jurídico sea, por definición, visto como peligroso para los derechos de las minorías (en ello puede verse también la justicia de aquella queja en contra de la sospecha que –bajo la forma de una insistencia en el límite impuesto a la cultura por los derechos humanos– se proyecta sobre el derecho propio indígena). Así, por ejemplo, Renteln rechaza el argumento de que la *cultural defense* sería contraria a los derechos de las mujeres, por permitir que se invoque por maridos celosos que agredieron a sus mujeres, destacando que

“la defensa también beneficia a las mujeres, y [además] hay muchos más casos en que las *cultural defenses* se invocan sin relación alguna con mujeres, que los [pocos] casos relativos a maridos celosos”.⁷²

Ahora bien, si se piensa, en cambio, en la primera relación entre derechos humanos y derecho penal, es decir, aquella que postula a los derechos humanos como límites a *ius puniendi*, hay menos dificultades para acordar límites al pluralismo jurídico, pues es más sencillo decidir la ponderación entre los derechos humanos individuales y los intereses culturales en juego. Piénsese en los casos en que una forma de valorar y resolver el conflicto penal, al interior de una comunidad indígena, entra en colisión, por *exceso* de rigor punitivo (no por un supuesto *defecto* de tal rigor), con derechos humanos considerados fundamentales para todas las personas, como por ejemplo, el derecho del individuo a no ser castigado con una sanción que no podía saber con antelación que podía serle impuesta, o a no ser castigado si no tiene culpabilidad, ni a serlo con una pena desproporcionada a la culpabilidad del autor por el hecho, o, en

⁷¹ Renteln, *The Cultural Defense*, cit. nota 25, posición 201.

⁷² Renteln, *The Cultural Defense*, cit. nota 25, posición 3089 (las cursivas de la expresión *cultural defenses*, que se ha dejado en el idioma original, son mías).

cualquier caso, con una pena cruel o inhumana, etc. Si bien en tales casos, también puede reconocerse el conflicto, y la necesidad de “máxima adecuación” (que por ejemplo, bien puede expresarse en relativizar el alcance del “principio de legalidad de la pena”, siempre que no se llegue a negar su núcleo esencial⁷³), el balance en caso alguno podrá pasar por admitir castigos que sorprendan al individuo de buena fe, que sean desproporcionados, o que infrinjan la prohibición de penas crueles.

La perspectiva angloamericana de las *cultural defenses*

El desarrollo legal y jurisprudencial, en el derecho angloamericano, de las así llamadas *cultural defenses*, es decir, alegaciones que demandan al tribunal tener en cuenta el trasfondo cultural del imputado por un delito –o del interesado en un litigio civil o constitucional, etc.– para modular la decisión judicial de forma consistente con dicho trasfondo –en un caso penal: eximiendo al imputado o acusado de responsabilidad criminal, o atenuándola⁷⁴, se ido ha convertido, paulatinamente, en un punto de referencia a la hora de debatir la cuestión de cómo considerar, también en el Derecho penal de los sistemas continental-europeos, la diversidad cultural y étnica a la hora de adjudicar responsabilidad penal.⁷⁵

Leído desde la perspectiva del sustrato conceptual e ideológico del derecho penal “de cuño alemán”, ese desarrollo pareciera, en una primera lectura, confirmar lo correcto de su asunción principal en esta materia: la diferencia cultural atenúa la responsabilidad o exculpa, nunca justifica; e, incluso así, debe atenuar o exculpar de forma excepcional, de modo de no poner en peligro el efecto preventivo general de las normas penales y las penas.

⁷³ Pues, la oralidad puede suplir la escrituración entre quienes tienen clara noticia previa, a través de una socialización oral, sobre la sanción esperable para un delito.

⁷⁴ En detalle, Renteln, *The Cultural Defense*, cit. nota 25, *passim*.

⁷⁵ Carnevali, “El multiculturalismo...”, cit. nota 32, pp. 16-17.

En efecto, al resumir las razones a favor de considerar las *cultural defenses* en procedimientos penales, Renteln hace referencias que parecen coincidentes con ese alcance más bien acotado de las consideraciones culturales en materia penal:

“La lógica que está detrás de ese alegato es que el comportamiento de un individuo está influenciado por su cultura en una medida tan extensa que (1) o el individuo sencillamente no creía que sus acciones contravinieran alguna ley, (2) o el individuo se sintió forzado a actuar del modo en que lo hizo. En ambos casos, la culpabilidad del individuo es atenuada.

La mejor forma de alcanzar un equilibrio es mediante el establecimiento de una *cultural defense*, como excusa parcial”.⁷⁶

Sin embargo, cuando la propia Renteln trata el problema desde la perspectiva del derecho a la propia cultura, la lógica que subyace a la consideración de las *cultural defenses* se muestra con un alcance mayor, cumpliendo una función mucho más cercana a la afirmación de un derecho a comportarse conforme a la propia cultura –un derecho al que, en su caso, debe darse preeminencia– que a la afirmación de una conducta desde luego indebida, pero más o menos excusable:

“[M]i propia concepción es que los individuos deberían tener el derecho a seguir sus propias tradiciones culturales sin interferencias, a menos que las tradiciones signifiquen un gran riesgo para otros miembros del grupo étnico o para la sociedad en su conjunto. Ese riesgo debe ser extremadamente grave, como la amenaza de un daño físico irreparable”.⁷⁷

En efecto, para la autora solo en esas circunstancias extremas debe negarse el derecho a comportarse de acuerdo con la propia cultura, pues, a fin de cuentas, el derecho a vivir conforme a sus propios planes de vida, definidos por la propia cultura, son un “derecho humano fundamental”, de modo que no puede simplemente ceder frente a la pretensión de que hay una sola manera correcta de vivir, por más que ella venga validada por las convicciones de la sociedad mayoritaria:

⁷⁶ Renteln, *The Cultural Defense*, cit. nota 25, posición 2929, 2937.

⁷⁷ Y, tratando, en particular, del derecho a la libertad de conciencia o religión, su debido respeto, también a favor de las minorías, incluso haría innecesaria la aplicación de *cultural defenses*, porque ni siquiera se plantearía la cuestión de la ilicitud de la conducta (dejando a salvo la cuestión de los límites a ese derecho, que, por cierto, no tienen por qué ser coextensivos con todas las figuras penales del derecho estatal): “If a government purports to protect the religious liberty of all who reside within the borders of a country, then even religious minorities apparently can assert this right. Where this principle to be enforced uniformly, in many instances, cultural defenses would be unnecessary”; Renteln, *The Cultural Defense*, cit. nota 25, posición 2911.

“Hasta que el derecho a la cultura no sea entendido como un derecho humano básico, se seguirá diciendo a los individuos que deben asimilarse, que su trasfondo [cultural] es “irrelevante”, y que hay [sólo] un modo correcto de comportarse. En una sociedad culturalmente diversa es necesario que se permita a los individuos seguir sus propios planes de vida sin interferencia estatal”.⁷⁸

Por lo demás, en su recuento de la forma en que las consideraciones del trasfondo cultural influyen en el tratamiento de casos penales, Renteln da cuenta de efectos que bien pueden interpretarse como la afirmación de una justificación de la conducta.

Así ocurre, por ejemplo, cuando, para decidir si acoger o rechazar la alegación de que el autor cometió el hecho en “defensa propia” (una justificante, no una simple exculpante⁷⁹), el estándar a emplear consiste en si, bajo las circunstancias objetivas en que actuó el autor, era “razonable” considerar necesaria una defensa de la magnitud empleada por él, cuestión que debe decidirse (como en algún caso lo fue) teniendo en cuenta los factores, incluso culturales, que al autor razonablemente le llevaban a esa conclusión, como por ejemplo, el historial reiterado de violencia ejercida por la policía y los agentes del estado (que en algún momento histórico llegó a constituir genocidio) en contra de una comunidad étnica minoritaria a la cual pertenecía el autor y que, justamente, hacía “razonable” juzgar, bajo las circunstancias objetivas en que estaba

⁷⁸ Renteln, *The Cultural Defense*, cit. nota 25, posición 3470.

⁷⁹ La distinción entre *justification* y *excuse*, al interior del género de las *defenses*, si bien criticada por alguna doctrina y jurisprudencia, también se viene reconociendo desde hace ya unas décadas en el Derecho norteamericano, precisamente para afirmar que la primera defensa supone alegar que el autor actuó correctamente, conforme a derecho –incluso, en ciertos caso, conforme al deber–, lo que tiene una serie de implicancias prácticas (conocidas hace un siglo en la tradición germana, e identificadas actualmente en el derecho angloamericano –por ejemplo, que el acto justificado, a diferencia del excusado, no puede ser resistido por un tercero y, más aún, puede ser auxiliado). Además, es claro que, en el contexto de esa distinción, la “defensa propia” es una justificante, no una mera exculpante o *excuse*; v., por ej., Singer, Richard G. / La Fond, John Q., *Criminal Law. Examples & Explanations*, 4ª edición, Aspen Publishers-Wolters Kluwer, New York, 2007, pp. 409 y ss. De hecho, como afirma Fletcher (quien precisamente introdujo la distinción conceptual hace más de tres décadas en el contexto de la literatura norteamericana –así se lo reconocen, por ejemplo, Singer/La Fond, cit., p. 409), la distinción ya tiene base legal en el *Model Penal Code*, a partir de la distinción –conceptualmente previa a aquella– entre antijuricidad y culpabilidad; v. Fletcher, George, *The Grammar of Criminal Law. American, Comparative and International, Volume One: Foundations*, Oxford University Press, Oxford-New York, 2007, pp. 326-327.

siendo agredido, que era necesaria la violenta reacción defensiva emprendida por él, que se tradujo en la muerte de un policía.⁸⁰

Lo mismo puede decirse del efecto de la *cultural defense* en el tratamiento del uso sacramental del *peyote* –cactus con propiedades psicoactivas y alucinógenas, considerado droga en la legislación norteamericana⁸¹– por parte de indígenas norteamericanos, cuando ha conducido a absoluciones. Así se aprecia, por ejemplo, en la célebre decisión de la Corte Suprema de California, de al año 1964 (*People v. Woody*), que, reconociendo las propiedades alucinógenas del peyote y el interés estatal en su regulación, pero identificando una colisión entre ese interés, por una parte, y el interés de los acusados, indígenas *Navajo*, en ejercitar su religión por medio del uso de la droga, por la otra, concluye que

“dado que el uso del peyote incluye la esencia de la expresión religiosa, [su] peso es considerable [...] [y] [l]a escala se inclina a favor de la protección constitucional [...]”,

para, en seguida, hacer una clara declaración a favor del pluralismo, no sólo cultural, sino, en este campo, jurídico:

“Las variadas corrientes de las subculturas que fluyen hacia la corriente principal de nuestra vida nacional le confieren profundidad y belleza. Estamos preservando un valor mayor que el de una tradición antigua cuando protegemos el derecho de los indígenas que practican de modo honesto una vieja religión, usando peyote una noche en una reunión [...]”.⁸²

Es claro, pues, que en esta decisión no se trata de excusar o exculpar a los indígenas por su incapacidad, culturalmente condicionada, de comprender la prohibición penal de tráfico y consumo de drogas alucinógenas, sino de reconocer la licitud de su valoración cultural y su práctica religiosa diversa.⁸³

⁸⁰ Renteln, *The Cultural Defense*, cit. nota 25, posición 497-506.

⁸¹ También por el Art. 5 del Reglamento de la Ley de Drogas chilena, N° 20.000.

⁸² *People v. Woody* (1964), cit. por Renteln, *The Cultural Defense*, cit. nota 25, posición 1213.

⁸³ De hecho, a partir de ese reconocimiento jurisprudencial, el uso sacramental del peyote, por indígenas norteamericanos miembros de la Iglesia de Nativos Americanos (*Native American Church, NAC*), ha sido objeto de regulación estatal, permitiéndose incluso su uso por miembros del ejército pertenecientes a ella, con la restricción de interrumpir su consumo 24 horas antes de volver al servicio activo y no portarla en vehículos o bases militares. Sin embargo, dejando claro que no se trata de una revisión general del carácter socialmente nocivo del tráfico y consumo de *peyote*, la jurisprudencia norteamericana ha

El Convenio 169 de la OIT, y el principio de “máxima adecuación” en materia penal

El Convenio 169, en materia penal, recoge las dos dimensiones del *multiculturalismo liberal* recién apuntadas: el reconocimiento del derecho propio indígena y de los sistemas de justicia de los pueblos indígenas; y el límite impuesto por el respeto de los derechos fundamentales.

En lo que atañe al reconocimiento del derecho propio de los pueblos indígenas, el Art. 8 del Convenio declara (en lo que aquí interesa) que:

- “1. Al aplicar la legislación nacional a los pueblos interesados deberán tomarse debidamente en consideración sus costumbres o su derecho consuetudinario.
2. Dichos pueblos deberán tener el derecho de conservar sus costumbres e instituciones propias, siempre que éstas no sean incompatibles con los derechos fundamentales definidos por el sistema jurídico nacional ni con los derechos humanos internacionalmente reconocidos [...]”.

Además, específicamente en relación con la justicia penal, los Arts. 9 y 10 del Convenio disponen lo siguiente:

“Artículo 9

1. En la medida en que ello sea compatible con el sistema jurídico nacional y con los derechos humanos internacionalmente reconocidos, deberán respetarse los métodos a los que los pueblos interesados ocurren tradicionalmente para la represión de los delitos cometidos por sus miembros.
2. Las autoridades y los tribunales llamados a pronunciarse sobre cuestiones penales deberán tener en cuenta las costumbres de dichos pueblos en la materia.”

“Artículo 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.
2. Deberá darse la preferencia a tipos de sanción distintos del encarcelamiento.”

De las disposiciones citadas parece desprenderse, a primera vista, una diferencia entre el estatus de las conductas ajustadas a las costumbres y al derecho propio

rechazado extender su justificación a personas que no sean *Native American*, incluso aunque pertenezcan a la *NAC*, sin que para ello se considere un obstáculo la cláusula de no discriminación, pues la distinción no era “racial” (como se alegó), sino “política” (así, en *U.S. v. Warner* (1984), si bien sí se considero discriminatorio el trato en *Warner v. Graham* (1988), ambas decisiones citadas por Renteln, *The Cultural Defense*, cit. nota 25, posición 4218), dando a entender con ello que no se trata simplemente de permitir la conducta en el ejercicio de la libertad religiosa (nadie podría fundar una religión que adopte como práctica el consumo de drogas), sino de un acto de pluralismo cultural frente a un pueblo y una cultura indígena diversa.

indígena, pero prohibidas por el derecho penal nacional, por una parte, y el estatus de los sistemas de justicia penal indígena contrarios al sistema jurídico nacional, por la otra. Las primeras sólo tendrían como límite los derechos fundamentales, de rango constitucional, y los derechos humanos consagrados a nivel internacional. Los segundos estarían limitados, más en general, por el sistema jurídico nacional, lo que parece incluir las normas de rango meramente legal.

En el primer caso, entonces, la cuestión de los límites al pluralismo jurídico se presentaría, propiamente, como ha venido planteándose, es decir, exigiendo examinar en qué casos las conductas prohibidas por el derecho penal nacional afectan gravemente (no de cualquier modo), derechos fundamentales (o humanos) de terceros, causándoles un daño irreparable, y, aun en este caso sería necesario examinar los derechos en conflicto, desde el punto de vista del principio de máxima adecuación, antes de decidir si el derecho a la propia cultura (y al propio derecho) debe ceder. A nivel de la jurisprudencia comparada, en América Latina, ya se registra alguna decisión que, inspirada en el Convenio 169, ha sostenido la atipicidad de conductas que, de otro modo, habría que considerar penalmente relevantes⁸⁴, admitiendo la posibilidad de hacer una excepción a la pretensión punitiva del Estado, en atención a la legitimidad (y licitud) que esa conducta tiene, desde el punto de vista de la cultura diversa (y la religión) del imputado.

⁸⁴ Courtis, Christian, “Apuntes sobre la aplicación del Convenio 169 de la OIT sobre pueblos indígenas por los tribunales de América Latina”, *Revista Sur, Revista Internacional de Derechos Humanos*, Año N° 6, Número 10, Sao Paulo, Junio 2009, en: http://www.surjournal.org/esp/conteudos/getArtigo10.php?artigo=10,artigo_courtis.htm, cita en tal sentido una decisión de un juzgado de paz del Municipio de San Luis, en el norte de Guatemala, que habría desestimado la relevancia penal de un comportamiento denunciado como “tráfico de tesoros nacionales”, considerando que el imputado era un sacerdote Maya, que trasladaba los objetos de valor arqueológico para la práctica de rituales y ceremonias Maya; la decisión, en efecto, considera esta calidad en el marco del Art. 9.2 del Convenio 169, al que hace expresa referencia, si bien no es claro que, sin esta consideración la conducta habría sido considerada realmente como un caso de “tráfico”, por falta de la intención de comerciar con los objetos trasladados; v. las referencias y comentarios a la sentencia incluidos en *Aplicación del Convenio Núm. 169 de la OIT por tribunales nacionales e internacionales en América Latina. Una recopilación de casos*, Programa para Promover el Convenio Núm. 169 de la OIT (PRO 169), Departamento de Normas Internacionales del Trabajo, 2009, pp. 162 y ss.

En el segundo caso, a primera vista, dado que, según expresa el Art. 9, el derecho a recurrir a los métodos de la justicia propia tiene como límite, no únicamente la protección de los derechos humanos, sino, más en general, “el sistema jurídico nacional”, esta norma podría leerse como una cierta negación del pluralismo jurídico, pues también forman parte del sistema jurídico nacional las normas de rango legal, incluso las que no establecen propiamente derechos, sino, por ejemplo, penas, órganos judiciales competentes, procedimientos, etc. Ello afectaría tanto a las normas indígenas que conducen a sancionar conductas, más allá de los casos y de la forma establecida por las leyes estatales, así como (podría pensarse) a las sanciones indígenas que son demasiado benévolas, comparadas con las que el “sistema jurídico nacional” establece y exige imponer.

Así entendida, advierte Hoekema, la cláusula según la cual los pueblos indígenas tienen facultades para resolver conflictos conforme a su cultura y tradiciones “siempre y cuando no contravengan las leyes nacionales (o las leyes de la república) ni la constitución”, en realidad,

“no reconoce el pluralismo jurídico; al contrario, dice que solamente cuando lo tolera el orden legal nacional, se aceptaría la normatividad local... [e]so no significa autonomía. A lo sumo conforma un sistema de pluralismo jurídico unitario”⁸⁵,

resultado que termina igualando el estatus del derecho y de los sistemas de justicia indígenas

“a la situación colonial en que se aceptaba el otro derecho siempre y cuando no fuera repugnante para la gente civilizada británica o holandesa”, siendo que “[e]l meollo de la cuestión es precisamente el reconocimiento de sistemas distintos, hasta contrarios, de derecho y de autoridad”.⁸⁶

Sin embargo, si bien aquella es una lectura posible del Convenio 169, en la jurisprudencia comparada, en América Latina, se registran decisiones que se han hecho

⁸⁵ Hoekema, André J., “Hacia un pluralismo jurídico formal de tipo igualitario”, *El Otro Derecho*, n° 26-27 (Abril de 2002) ILSA, Bogotá, Colombia, 2002 (también disponible en: <http://ilsa.org.co:81/biblioteca/dwnlds/od/elotrdr026-27/elotrdr026-27-03.pdf> [visitada en mayo de 2012]), p. 80.

⁸⁶ Hoekema, “Hacia un pluralismo jurídico...”, cit. nota 85, p. 80.

cargo de “el meollo de la cuestión”, enfrentando la tensión entre el respeto a los sistemas de justicia propios de los pueblos indígenas, por un lado, y el respeto a los derechos fundamentales, por el otro, de la mano del principio de “máxima adecuación” entre el respeto a la cultura y al derecho propio indígena y la protección de los derechos fundamentales (más que de la mera legalidad estatal).⁸⁷

Más allá del pluralismo jurídico: la tierra y el territorio indígena, entre los derechos culturales y la autonomía política como pueblo

Al hablar de las premisas del multiculturalismo liberal, en relación con los pueblos indígenas, es importante hacer una referencia, aunque muy breve, al estatus de las tierras y territorios indígenas, cuestión que está en la base de los casos de conflicto delictivo protagonizados por personas y grupos mapuche, para la recuperación de territorios ancestrales.

La reivindicación de las tierras ancestrales, a veces violenta, y penalmente relevante en el marco de las normas del estado nacional, no puede verse como otro caso más de “valoración jurídica diferente”, en la que se expresa la propia cultura y la propia normatividad del pueblo indígena que formula el reclamo⁸⁸. Sus dimensiones van más allá de la expresión de una diferencia de valoraciones culturales y normativas, para alcanzar el ámbito de la acción política, en demanda de autonomía territorial.

⁸⁷ Véanse, especialmente, las sentencias de la Corte Constitucional Colombiana, citadas y analizadas Hoekema, “Hacia un pluralismo jurídico...”, cit. nota 85, pp. 82-83, así como las referencias incluidas en una versión más amplia de este trabajo, citada *supra*, en nota *.

⁸⁸ La necesidad de distinguir este caso, de aquellas otras conductas penalmente relevantes en las que paradigmáticamente se expresan unas valoraciones normativas distintas, por ejemplo, ciertos comportamientos sexuales, o el uso de determinadas sustancias estupefacientes, que encuentran tolerancia o aceptación al interior de la respectiva comunidad indígena, pero son penalmente relevantes fuera de ella, la veo más claramente gracias a los comentarios que una versión resumida de este trabajo recibió en el Seminario Latinoamericano sobre Teoría Política y Constitucional, SELA 2012 (en México, DF), por parte del Profesor Owen Fiss, de la Universidad de Yale, a quien agradezco esa observación y el interés con que recibió este trabajo. Reconociendo la diferencia, en este lugar intento explicar la vinculación que, sin embargo, el caso de la recuperación violenta de tierras tiene con la perspectiva del multiculturalismo liberal, y con la cuestión del pluralismo jurídico, como perspectiva necesaria para su justo tratamiento a nivel del sistema penal.

En efecto, la recuperación de los territorios ancestrales, la principal demanda de los indígenas latinoamericanos, tradicionalmente se trataba desde la perspectiva de la protección a las tierras de indígenas frente a los abusos de particulares, compradores o invasores, pero actualmente, en el derecho internacional de los derechos humanos ha abierto dos dimensiones más complejas y vinculadas con los derechos colectivos de los pueblos indígenas: la dimensión territorial y la dimensión ambiental⁸⁹. Mientras la dimensión ambiental vincula la recuperación de las tierras ancestrales con el objetivo de conservarlas y recuperarlas del daño provocado por un uso no sustentable, sobre todo por empresas extractivas, la dimensión territorial, en palabras de Bengoa,

“consiste en comprender la tierra como un recurso material, cultural y soporte político a la existencia de un pueblo. A esto se le denomina territorio. Ya no es sólo el valor productivo de la tierra, sino principalmente se toma en cuenta su valor simbólico, ser el espacio de reproducción de la pertenencia social o directamente como señalan algunos, de la “Nación” [...]”.⁹⁰

En efecto, más allá de su significación estrictamente propietaria, las demandas territoriales formuladas por los pueblos indígenas, tienen claramente una dimensión de reivindicación política de autonomía, incluso, de soberanía compartida, que, desde la perspectiva de la estructura del Estado, puede entenderse como una demanda federalista⁹¹. Por ello, advierte Patton, hacer frente a la demanda indígena por restitución de tierras ancestrales, simplemente mediante el reconocimiento de títulos de propiedad, pero negando toda forma de soberanía o autonomía política, es una

⁸⁹ Bengoa, José, *La emergencia indígena en América Latina*, 2ª edición actualizada, Fondo de Cultura Económica, Santiago, 2007, p. 298.

⁹⁰ Bengoa, *La emergencia indígena*, cit. nota 89, p. 299.

⁹¹ De hecho, muchos casos, “viejos” (Bélgica) y “nuevos” (Bosnia Herzegovina), de arreglos políticos de tipo federalista tienen su origen en demandas de autonomía territorial formuladas por minorías étnicas; v. Fleiner, Thomas, cit. por Langton, Marcia/Palmer, Lisa, *Negotiating Settlements: Indigenous peoples, settler states and the significance of treaties and agreements: Overview of the Series*, paper presentado al Institute of Postcolonial Studies, Melbourne, 7 de Marzo de 2002 (disponible en: <http://www.atns.net.au/atns/references/attachments/Langton&PalmerARC1seminar7-3-022.PDF> [visitado en junio de 2012]), pp. 6-7.

inconsistencia, que sólo puede superarse reconociendo a nivel constitucional, a los pueblos indígenas, alguna forma de soberanía.⁹²

Con todo, la dimensión política de la demanda territorial, aunque trasciende la cuestión del pluralismo jurídico, para entrar en el campo de la cuestión de la autonomía política, la soberanía compartida y el federalismo, no está del todo desconectada de la identificación y afirmación del derecho propio y la cultura propia. Pues es el caso que, respecto de los pueblos indígenas en América Latina, la preservación de una relación colectiva con las tierras ancestrales parece estar íntimamente ligada a la subsistencia de la propia cultura, tanto por las referencias religiosas y de cosmovisión que se relacionan con esas tierras ancestrales, como por su vinculación con los modos tradicionales (culturalmente significativos) de organizar la actividad productiva, de una manera respetuosa de ciertas condiciones de sostenibilidad, por ejemplo, de los bosques.

Así, por ejemplo, la perspectiva Mapuche pone de manifiesto que, en las demandas de recuperación territorial hay algo más que una cuestión de mero beneficio económico “comercial” para determinadas personas o familias, pero también algo más que un interés “nacional” por el control político de un territorio: se trata de que la posesión y explotación privada de la tierra, que tiene cabida dentro del derecho propio mapuche, permita al mismo tiempo el ejercicio, por parte de los demás miembros de la comunidad, de actividades cultural y religiosamente significativas, así como la conservación de los recursos para las generaciones futuras.⁹³

⁹² Como lo hiciera en Canadá la *Canadian Royal Commission into Aboriginal Peoples* al proponer “soberanía compartida”, sugiriendo que los habitantes indígenas de Canadá fueran vistos “como socios en la soberanía de la nación, al mismo nivel que los gobiernos federal y provinciales [...]” y que “pudieran ser considerados un tercer nivel de gobierno soberano”. Patton, Paul, “Constitutional Paradoxes: Native Title, Treaties and the Nation”, en *Limits & Possibilities of a Treaty Process in Australia*, AIATSIS Seminar Series, 28 May 2001 (disponible en: <http://www.aiatsis.gov.au/research/docs/pdfs2001/Patton.pdf> [visitado en junio de 2012]), p. 8. V. también, Langton/Palmer, *Negotiating Settlements*, cit. nota 91, pp. 7-9.

⁹³ V. el análisis del “Caso Klen Klen de Rüpükura”, en el *Informe de la Comisión de Trabajo Autónomo Mapuche*, cit. nota 12, pp. 1195-1197.

En consecuencia, una visión distinta sobre las facultades que a los particulares entrega la “propiedad” privada de las tierras, y sobre los límites que impone a su titular, en beneficio de intereses superiores de la comunidad y del “cosmos”, también viene envuelta en algunas de las acciones de recuperación de tierras ancestrales, que se presentan ante los tribunales de justicia nacionales como problemas de usurpación violenta de propiedades inmuebles o, incluso, de incendios (“terroristas”, en su caso). Así, y aún cuando una solución justa del conflicto por la recuperación de tierras ancestrales, debe pasar por medidas políticas y administrativas más generales de restitución de tierras y de reconocimiento de autonomía política, la perspectiva del multiculturalismo liberal, y la demanda por pluralismo jurídico, entonces, también parece tener algo que decir, para demandar un tratamiento más justo y culturalmente sensible de casos puntuales de recuperación violenta de tierras conocidos por los tribunales penales, que han sido cometidos en contextos que los hacen aparecer, para sus protagonistas, como medidas necesarias, en casos extremos, ante el estancamiento de las soluciones administrativas y políticas.

Recepción reciente de estas premisas en Chile. Resquebrajamiento de las bases de legitimidad del enfoque penal tradicional

En los últimos 10 años, los procesos de desarrollo del derecho internacional de los derechos humanos, en el campo de los derechos de individuos y pueblos indígenas, han comenzado a tener alguna recepción en Chile, impactando en una medida creciente (pero, al parecer, no sin retrocesos) el derecho y la política indígena chilena. Entre los muchos efectos que ello ha producido y que se avecinan, se cuenta el incipiente resquebrajamiento de las bases de legitimidad del enfoque con que tradicionalmente el

Derecho penal y la práctica penal han venido tratando los conflictos delictivos que tienen un trasfondo étnico.

A continuación se reseña, brevemente⁹⁴, algunos hitos de la recepción de aquellos desarrollos para luego examinar, en unas pocas decisiones judiciales más recientes, indicios de lo que podría ser un cambio en la política de la jurisprudencia penal, sin perjuicio de señalar, como se verá, los límites de cualquier política jurisprudencial para enfrentar el problema más sensible, el de los intentos de recuperación violenta de tierras ancestrales, que requieren, ciertamente, una solución política más general.

i) El Informe de la Comisión Verdad Histórica y Nuevo Trato

El Informe de la Comisión Verdad Histórica y Nuevo Trato con los Pueblos Indígenas, pese a su limitado impacto práctico en las políticas indígenas de los años inmediatamente siguientes a su publicación, constituye un hito importante en la formulación de un discurso público receptivo frente a las principales críticas multiculturalistas; ya en primer lugar, receptivo frente a las críticas dirigidas a las consecuencias que el proceso de construcción nacional, impulsado en Chile a partir de la segunda mitad del siglo XIX, tuvo en las condiciones de subsistencia de los pueblos indígenas, y receptivo, también, frente algunas de las propuestas formuladas desde el multiculturalismo liberal para reconocer y reparar a tales pueblos.

Así, por ejemplo, en relación con la recepción de aquella crítica multiculturalista, el Informe declara que:

“Ambos procesos –el de negación de la identidad y existencia de los Pueblos Indígenas a favor de la formación de una identidad nacional única, y el de apropiación de su territorio a favor de la consolidación del territorio nacional– si bien fueron exitosos en su objetivo de servir a la formación del Estado Nación chileno, tuvieron consecuencias que se arrastran hasta el presente, en algunos casos desastrosas, para los Pueblos

⁹⁴ V., para mayor detalle sobre estos “hitos”, la versión más amplia de este trabajo, citada *supra*, en nota *.

Indígenas, como queda abundantemente acreditado en la evidencia que la Comisión ha examinado y que consta en este Informe: reducción territorial, fragmentación social, pérdida patrimonial, pérdida de vigencia de sus sistemas normativos propios, pérdida de sus idiomas por políticas de castellanización forzosa, y hasta la muerte y desaparición de Pueblos Indígenas enteros como los Aónikenk y Selk'nam, que fueron objeto de un verdadero genocidio ya que, junto con extinguirse su cultura, también se aniquiló a las personas que los integraban.⁹⁵

A su vez, en lo que atañe a las propuestas de política pública formuladas para reconocer, reparar y asegurar la subsistencia material y cultural de los pueblos indígenas, la Comisión Verdad Histórica y Nuevo Trato recomienda:

“Perfeccionar la Constitución Política del Estado, introduciendo una regla incorporada en las Bases de la Institucionalidad, que [d]eclare la existencia de los Pueblos Indígenas, que forman parte de la nación chilena, y reconozca que poseen culturas e identidades propias[;] [d]eclare que los Pueblos Indígenas de Chile son descendientes de las sociedades pre-coloniales que se desarrollaron en el territorio sobre el que actualmente el Estado chileno extiende su soberanía, a las que están ligadas por una continuidad histórica [y] establezca el deber del Estado de garantizar la preservación de la diversidad étnico cultural de la nación y, por consiguiente, la preservación y el ejercicio de la cultura y la identidad de los Pueblos Indígenas, con pleno respeto de la autonomía de sus miembros; y que en consonancia con dicha declaración, reconozca y garantice el ejercicio de un conjunto de derechos colectivos a favor de los Pueblos Indígenas”.⁹⁶

En relación con los territorios indígenas, la Comisión recomienda

“reconocer, como lo hace el Convenio 169 de la OIT en su artículo 13, la importancia especial que para los Pueblos Indígenas, sus culturas y valores espirituales reviste su relación con las tierras o territorios y los aspectos colectivos de dicha relación. Haciéndose cargo que en la cosmovisión indígena el territorio y los recursos que alberga son inescindibles”.⁹⁷

Especialmente significativo, en este contexto, es que la Comisión entiende que la recuperación del territorio se vincula íntimamente con el disfrute de los demás derechos, dando a las demandas indígenas de restitución de tierras, un especial estatus político, con consecuencias –en mi opinión– para la valoración jurídico penal de los conflictos surgidos por intentos de recuperación violenta:

⁹⁵ Informe de la Comisión Verdad Histórica y Nuevo Trato con los Pueblos Indígenas, cit. nota 11, p. 584.

⁹⁶ Informe de la Comisión Verdad Histórica y Nuevo Trato con los Pueblos Indígenas, cit. nota 11, p. 588.

⁹⁷ Informe de la Comisión Verdad Histórica y Nuevo Trato con los Pueblos Indígenas, cit. nota 11, p. 592.

“en opinión de la Comisión, el ejercicio de la mayor parte de los derechos cuyo reconocimiento la Comisión recomienda consagrar a nivel constitucional y del ordenamiento legal [...] está profunda e indisolublemente interrelacionado con el reconocimiento de los territorios indígenas”.⁹⁸

Consecuentemente con esos reconocimientos, la Comisión recomienda:

“el reconocimiento y demarcación de territorios indígenas y del derecho de los pueblos indígenas a participar en la gestión de dichos espacios territoriales [...] protección de tierras pertenecientes actualmente a indígenas [...] demarcación, titulación y protección de aquellas tierras sobre las cuales se demuestre propiedad ancestral indígena [...] [y] establecimiento de mecanismos de reclamación de tierras”.⁹⁹

Respecto de estos últimos mecanismos, especialmente significativo en relación con el alegato que explica las acciones de recuperación violenta de tierras en un contexto de insuficiencia de las acciones administrativas de restitución, parece el hecho de que, en el Informe de la Comisión, por una parte,

“cuando las reclamaciones conciernen a tierras indígenas ancestrales cuya propiedad esté en manos de particulares no indígenas, se recomienda instaurar en el ordenamiento legal procedimientos expeditos y a bajo costo para su reclamación por las personas o comunidades interesadas”.¹⁰⁰

y que, por otra parte, el mismo Informe declare que

“y es la convicción de la Comisión que la existencia de mecanismos eficientes y eficaces para procesar las reclamaciones de tierras, no sólo constituye un derecho de los Pueblos Indígenas, sino también evita que tales reclamaciones se efectúen por vías informales, tales como la fuerza (ocupación de tierras), cuando tales mecanismos no existen, o no son suficientes”.¹⁰¹

sin perjuicio de que la misma Comisión recomienda (lo que tiene más importancia administrativa que penal),

“cuando se diseñen los instrumentos legales pertinentes [...] considerar el otorgamiento de un puntaje adicional a las comunidades que se acojan a este mecanismo de reclamación de tierras, y representen sus demandas de una manera pacífica, cuando corresponda priorizar la asignación de recursos con estos fines”.¹⁰²

⁹⁸ Informe de la Comisión Verdad Histórica y Nuevo Trato con los Pueblos Indígenas, cit. nota 11, p. 593.

⁹⁹ Informe de la Comisión Verdad Histórica y Nuevo Trato con los Pueblos Indígenas, cit. nota 11, pp. 592-594.

¹⁰⁰ Informe de la Comisión Verdad Histórica y Nuevo Trato con los Pueblos Indígenas, cit. nota 11, p. 594.

¹⁰¹ Informe de la Comisión Verdad Histórica y Nuevo Trato con los Pueblos Indígenas, cit. nota 11, p. 594.

¹⁰² Informe de la Comisión Verdad Histórica y Nuevo Trato con los Pueblos Indígenas, cit. nota 11, p. 594.

En relación con el Pueblo Mapuche, en particular, el Informe de la Comisión, también efectúa recomendaciones que dan alguna razón a la perspectiva Mapuche sobre la justicia –y urgencia– de sus reclamos:

“esclarecer en cada caso el origen del proceso de constitución de la propiedad que hoy obra en manos de propietarios no indígenas al interior de los títulos antes referidos; determinar los casos en que procede que el Estado restituya y/o compense, aquellas pérdidas de tierras correspondientes a los títulos mencionados precedentemente. Respecto a los mecanismos de restitución de tierras mapuche que se encuentran en el patrimonio de particulares, la Comisión recomienda que se favorezca la conciliación y promuevan los acuerdos. No habiendo tal acuerdo, la Comisión opina que debe procederse a la expropiación de las tierras correspondientes mediante ley expropiatoria”.¹⁰³

Así, el Informe de la Comisión Verdad Histórica y Nuevo Trato constituye una verdadera ruptura con el discurso tradicional, en la valoración pública de las políticas de construcción nacional que despojaron al Pueblo Mapuche de sus territorios ancestrales, y de las bases de legitimidad de sus demandas de restitución.

Sin embargo, el rechazo que el Informe, o algunas de sus propuestas, encontraron en ciertos sectores de la sociedad chilena puede plantear problemas a la pretensión de definir la juridicidad o antijuridicidad de las reclamaciones de tierras y/o de los medios empleados por grupos mapuches, a partir de esta reevaluación del contexto histórico y político ofrecida por el informe.¹⁰⁴

En cualquier caso, el Informe de la Comisión Verdad Histórica y Nuevo Trato constituye un hito innegable en el resquebrajamiento del carácter más bien monolítico del relato histórico oficial en que se apoya la imposición, en el ámbito del Derecho penal, de una perspectiva monista jurídica, para la valoración de los conflictos surgidos

¹⁰³ La síntesis es de Aylwin, José, "El Informe de la Comisión Verdad Histórica y Nuevo Trato y sus desafíos para el Gobierno de Lagos", sin fecha (disponible en: <http://www.google.cl/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=1&ved=0CCwQFjAA&url=http%3A%2F%2Fwww.centrofecultura.cl%2FMapuches%28nuevotratoJoseAlwin%29.doc&ei=ha3bT8uTNY2i8QSp8MyGCw&usq=AFQjCNETioihIjwfCS79gEjCe8gUVfW4AQ> [visitada en diciembre de 2011]), p. 6 (el énfasis es mío).

¹⁰⁴ Opinión de Minoría del Comisionado Felipe Larraín sobre el Informe de la Comisión Verdad Histórica y Nuevo Trato, en *Informe de la Comisión Verdad Histórica y Nuevo Trato con los Pueblos Indígenas*, cit. nota 11, p. 148-150, cit. por Aylwin, "El Informe de la Comisión...", cit. nota 103, p. 7.

por los intentos de recuperación violenta de tierras y por la contraposición de visiones normativas entre el pueblo Mapuche y la práctica tradicional de la justicia penal chilena.

ii) Informe de los relatores de Naciones Unidas:

Otro hito en este proceso de resquebrajamiento de una visión monolítica sobre la forma en que debe valorarse el conflicto Mapuche, desde el Derecho penal, lo constituyen dos importantes informes de los relatores de Naciones Unidas para la cuestión indígena.

En primer lugar, como reseña Aylwin, el Informe del Relator Stavenhagen, quien estuvo de misión en Chile en 2003, destaca las limitaciones del ordenamiento jurídico chileno, en materia de derechos indígenas, “en particular en lo relativo a derechos de protección sobre los recursos naturales de los pueblos indígenas”¹⁰⁵; mientras que en materia de justicia señala que

“bajo ninguna circunstancia deberán ser criminalizadas o penalizadas las legítimas actividades de protesta o demanda social de las organizaciones y comunidades indígenas [, y que] no deberán aplicarse acusaciones de delitos tomados de otros contextos (“amenaza terrorista”, “asociación delictuosa”) a hechos relacionados con la lucha social por la tierra y los legítimos reclamos indígenas”.¹⁰⁶

A su vez, el informe del Relator Anaya, realizado a partir de su misión en Chile en 2009, refuerza la impresión de que los reclamos de restitución de tierras formulados por el Pueblo Mapuche todavía siguen en alguna medida insatisfechos, contexto que explicaría, en parte, los intentos de recuperación violenta, cuando el Relator Anaya

“observa la necesidad de resolver los reclamos de tierras pendientes e insta al Gobierno y al Congreso a asegurar que la Corporación nacional de Desarrollo Indígena [...] cuenten con suficientes recursos [...] [y a] reformar los procedimientos existentes del Fondo de Tierras y Aguas para adecuarlos a las normas contemporáneas de reconocimiento y restitución de los derechos de los pueblos indígenas a las tierras y recursos de ocupación y uso tradicional o ancestral, especialmente a la luz de la reciente ratificación por parte de Chile del Convenio N° 169 [, y] observa que **la falta de un mecanismo para reivindicar los derechos a las tierras ancestrales o a reparar a los indígenas por las tierras que hayan sido tomadas sin su consentimiento, como se menciona arriba, podría haber contribuido a un ambiente de enfrentamiento** en el

¹⁰⁵ Aylwin, "El Informe de la Comisión...", cit. nota 103, p. 10.

¹⁰⁶ Stavenhagen, Rodolfo, *Misión a Chile*, 2003, citado por Aylwin, "El Informe de la Comisión...", cit. nota 103, p. 10.

que algunos miembros de las comunidades mapuches se habrían sentido sin opciones adecuadas y, por ende, habrían optado por la protesta social que en algunos casos implicaría la comisión de delitos y de actos contrarios al orden público”.¹⁰⁷

El Informe del Relator Anaya advierte, además, sobre las consecuencias de la estigmatización de los indígenas y la “dinámica general de controversia entre los mapuche y las autoridades estatales”, y “manifiesta la necesidad de profundizar en una revisión de la política penal aplicada en los últimos años respecto a comunidades y personas indígenas y sus actos de protesta”. Por último, tiene presente el compromiso hecho en años anteriores por el Gobierno de no aplicar la ley antiterrorista, y reitera la importancia de reformar la ley, para definir más precisamente los delitos de terrorismo.¹⁰⁸

iii) Ratificación del Convenio 169 de la OIT por parte de Chile. Situación del derecho propio y de la justicia propia mapuche.

La ratificación del Convenio 169 de la OIT por parte de Chile, en el año 2008, constituye, ciertamente, un hito mayor en la recepción de la perspectiva del multiculturalismo liberal, con importantes repercusiones posibles, también en materia penal, en términos de relativizar carácter monolítico de la valoración de los conflictos de relevancia penal en los que se asoma una diferencia de normatividades entre los Pueblos Indígenas y el derecho nacional.

Por lo que respecta a la posibilidad de validar conductas que, pese a estar prohibidas por la ley nacional, tengan conformidad con la costumbre y el derecho propio indígena, la ratificación del Convenio 169 confiere bases más sólidas para la decisión de hacer prevalecer la normatividad indígena.

¹⁰⁷ *Recomendaciones del Relator Especial de la ONU sobre Derechos Indígenas James Anaya*, “La situación de los pueblos indígenas en Chile: seguimiento a las recomendaciones hechas por el Relator Especial anterior Informe sobre su visita de trabajo a Chile, los días 5 al 9 de Abril de 2009”, Consejo de Derecho Humanos de Naciones Unidas, A/HRC/12/34/ Add.6, 14 de septiembre 2009, pp. 6-8 (el énfasis es mío).

¹⁰⁸ *Recomendaciones del Relator Anaya*, cit. nota 107, pp. 9-10.

En efecto, hasta ahora, como se indicó en la primera sección de este trabajo, la consideración de la “costumbre” o de la cultura indígena tan sólo ha servido para atenuar la responsabilidad penal del autor, o para eximirlo de dicha responsabilidad, únicamente por razones de “inculpabilidad”.

Este limitado alcance dado a la costumbre jurídica, a decir verdad, no venía obligado, ni siquiera en el contexto de la Ley Indígena. La posibilidad de alegar, desde la defensa de un imputado indígena que ha actuado conforme a su costumbre, no simplemente la inculpabilidad del autor, sino derechamente la licitud de la conducta, si se dan las condiciones, en el caso concreto, para considerar que la normatividad del derecho indígena tiene precedencia, técnicamente no estaba excluida bajo la sola vigencia de esa Ley, que algún espacio ofrece para que la costumbre indígena co-determine el ámbito de lo penalmente lícito o ilícito. Ello es así, ya en primer lugar, porque el ordenamiento jurídico penal chileno no asocia las “eximentes” de responsabilidad criminal (a las que se refiere expresamente el Art. 54 de la Ley Indígena) a las exculpantes, sino que, conceptualmente al menos, abarca con aquella expresión (que preside el Art. 10 del CP), tanto a las exculpantes como a las propias justificantes, es decir, aquellas causas que, (en el caso típico) previa ponderación de los intereses en conflicto, permiten declarar que lo debido, lo jurídicamente correcto era, en su caso, realizar aquella conducta que, *prima facie*, la ley penal ha tipificado como delito, pero que bajo las circunstancias concretas, es lícita. Es más, algunas de esas eximentes (que, como todas, deben aplicarse a los indígenas de conformidad con su costumbre), están formuladas en términos tan generales (por ejemplo, el obrar en ejercicio legítimo del derecho, o en cumplimiento de un deber), que incluso ha llegado a verse en ellas la afirmación de una conformidad a derecho, en términos generales, sin atención a la existencia de un contexto situacional excepcional, al punto de que se llega

a confundir con referencias a la atipicidad de la conducta (por representar un “comportamiento socialmente adecuado” o un “riesgo permitido”¹⁰⁹).

Pero lo cierto es que, bajo la sola vigencia de la Ley Indígena, esa posibilidad de que la costumbre incida en la configuración del campo de lo penalmente lícito o ilícito, como se ha dicho, nunca fue reconocida por los tribunales, que parece haber compartido la visión reduccionista de la costumbre indígena, propia de la perspectiva monista, que veía en ella una normatividad de segundo rango.

La ratificación del Convenio 169 ofrece, en ese contexto, renovadas posibilidades para superar la perspectiva del monismo jurídico, al reconocer al derecho consuetudinario indígena un valor un valor que es –ya simbólicamente– independiente de la remisión que la ley haga a la costumbre indígena.¹¹⁰

Desde luego, la tendencia a la superación de la perspectiva monista, a partir de la ratificación del Convenio 169, no se produce sólo simbólicamente, sino también en el plano dogmático jurídico. El Convenio 169 es un tratado internacional que establece derechos humanos, de aquéllos que, conforme al Art. 5º, inc. 2º, de la Constitución chilena, todos los órganos del Estado tienen el deber de respetar y promover, bien puede entenderse que el deber (también) de los tribunales de atender al derecho

¹⁰⁹ También se admite esta posibilidad en el documento *Modelo de Defensa Penal para Imputados Indígenas*, Defensoría Penal Pública, s/fecha, 237 págs., inédito, al que tuve acceso gracias a la gentileza de José Manuel Fernández, Abogado del Departamento de Estudios de la Defensoría Penal Pública de Chile, p. 129.

¹¹⁰ En el plano simbólico, en efecto, es interesante consignar que, desde el propio mundo indígena hace unos años se interpretaba la negativa del Congreso Nacional a ratificar dicho instrumento, justamente, como una falta de reconocimiento del pluralismo jurídico. En efecto, en el marco de la preparación del Informe de la Comisión de Verdad Histórica y Nuevo Trato, el Informe Final de la Comisión de Trabajo Autónomo Mapuche, el año 2001 señalaba, sobre el estatus del derecho consuetudinario mapuche: “El Estado de Chile a la fecha se niega a ratificar el Convenio 169 (1989), de la Organización Internacional del Trabajo que recoge el concepto del “derecho consuetudinario” indígena y, reconoce las “costumbres e instituciones propias” de los indígenas (art. 8.2). De tal forma que en Chile el Pueblo Mapuche se encuentran sometidos a la legalidad del Estado; es decir, a que su legitimidad sea evaluada conforme al “otro derecho”, lo que implica una visión etnocéntrica del derecho”; v. *Informe Final de la Comisión de Trabajo Autónomo Mapuche*, cit. nota 12, p. 1016. Desde esa perspectiva, la posterior ratificación del Convenio 169, por el Estado de Chile, bien puede entenderse, también en el plano simbólico, como una superación de la visión monista conforme a la cual a la unidad del Estado nacional chileno le correspondía la vigencia de un solo derecho, por lo menos en lo que se refiere a la preeminencia del derecho nacional legislado sobre cualquier normatividad tradicional indígena.

consuetudinario indígena, no sólo rige ahora con independencia de las referencias que la ley común, por ejemplo, la Ley Indígena, hagan a la costumbre indígena, sino que tiene, además, rango supralegal¹¹¹. Por cierto, ello no resuelve directamente el problema surgido por el conflicto entre las normas del derecho consuetudinario indígena y las normas del derecho penal nacional, pues no sólo la consideración de las primeras, sino, en ciertos casos, también la consideración de las segundas, puede venir impuesta por el deber de proteger los derechos humanos. Pero lo que sí parece claro, ahora, es que en ese conflicto las primeras normas no tienen un rango de segundo orden, subordinado al de las leyes nacionales, sino, uno *prima facie* superior a ellas, salvo cuando la imposición de una prohibición penal sea una condición irrenunciable para la protección de derechos fundamentales o derechos humanos, frente a daños irreparables para terceros, y en circunstancias en que la prevención de esos daños tenga precedencia sobre el deber de respetar la cultura y el derecho propio indígena.¹¹²

¹¹¹ V., sobre la consolidación, en la jurisprudencia de los tribunales superiores de justicia, de la tesis que reconoce valor supralegal a los tratados internacionales que reconocen derechos humanos, Henríquez Viñas, Miriam Lorena, “Jerarquía de los Tratados de Derechos Humanos: Análisis Jurisprudencial desde el Método de Casos”, *Estudios constitucionales* [online]. 2008, vol.6, n.2 [citado 2012-06-17], pp. 73-119 (disponible en: <http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-52002008000100004&lng=es&nrm=iso>. ISSN 0718-5200. doi: 10.4067/S0718-52002008000100004 [visitada en junio de 2012]).

¹¹² Ahora, bien, por lo que respecta a la posibilidad de reconocer los sistemas de justicia indígenas, el panorama es algo más complejo, desde que el Tribunal Constitucional se pronunció expresamente, el año 2000, en contra de la compatibilidad entre los tribunales indígenas y el sistema procesal nacional. Sentencia del Tribunal Constitucional de fecha 4 de Agosto de 2000, en causa Rol 309, haciendo referencia a la facultad privativa de los tribunales de justicia, establecidos por la ley, para conocer de las causas civiles y criminales, así como a la prohibición de comisiones especiales, la exigencia de un juez natural y del respeto al debido proceso (considerandos 52 y 53); v., en todo caso, sobre la posibilidad de sostener la constitucionalidad de un reconocimiento de los tribunales indígenas, aun tras este fallo del TC, Lillo, Rodrigo, “El Convenio 169 de la OIT y la Defensa Penal de Indígenas”, en *Defensorías Regionales. Minuta regional “El Convenio 169 de la OIT y la Defensa Penal de Indígenas”*, N° 1/ 2010/ Abril, Defensoría Penal Pública, Chile, 2010 (documento inédito, al que tuve acceso gracias a la gentileza de José Manuel Fernández, Abogado del Departamento de Estudios de la Defensoría Penal Pública de Chile), pp. 19-20. En todo caso, la exigencia –establecida por el Convenio– de respetar los métodos sancionatorios de los pueblos indígenas, si son compatibles con el sistema jurídico nacional y los derechos humanos, indirectamente puede y debe ser cumplido, por medio del empleo de alguna de las salidas alternativas que contempla el Código Procesal Penal, cuando el hecho investigado ya ha recibido una respuesta que, desde el punto de vista de los fines del sistema penal, vuelve superflua la imposición de una pena conforme al ordenamiento penal nacional (si, por ejemplo, la víctima ha sido satisfecha) o que, desde el punto de vista de las garantías penales, derechamente la convertiría en excesiva (si el imputado ya ha cumplido una sanción comunitaria, con contenido punitivo); v., en ese sentido, Lillo, “El Convenio 169...”, cit. en esta nota, p. 20. A su vez, nada se opone a que las salidas alternativas,

Una posible objeción en contra del reconocimiento del derecho propio indígena, puede formularse a partir del principio de legalidad (penal). La objeción, en todo caso, sólo tiene sentido respecto de eventuales prohibiciones penales del derecho indígena que no estén recogidas en la ley nacional, así como respecto de eventuales penas contempladas por el derecho propio indígena, que tampoco estén reconocidas por el ordenamiento jurídico nacional. Esas prohibiciones penales y penas, de acuerdo con esta objeción, no podrían ser reconocidas en el derecho chileno, por infringir el principio de reserva legal en materia penal. En otro lugar¹¹³ he argumentado que la objeción no es concluyente, si los acuerdos normativos de un determinado pueblo indígena, los vínculos de pertenencia y los medios de socialización tienen la suficiente *densidad* como para que todos los miembros de esa comunidad puedan prever que se harán acreedores de ciertas sanciones si incurren en determinadas conductas prohibidas, tal como la jurisprudencia de la Corte Constitucional de Colombia lo ha reconocido.^{114 115}

particularmente la suspensión condicional del procedimiento, sean empleadas, no después, sino antes de que el conflicto sea resuelto a nivel de la comunidad indígena, imponiendo como una condición de la suspensión la satisfacción de las exigencias (compensatorias, en este caso, y no propiamente sancionatorias) formuladas por la instancia competente en dicha comunidad; v., sobre la posibilidad de legitimar la jurisdicción indígena, específicamente por medio de la suspensión condicional del procedimiento, *Modelo de Defensa Penal*, cit. nota 109, p. 125.

¹¹³ En una versión más amplia de este trabajo, citada *supra*, en nota *.

¹¹⁴ La cuestión sería, más bien, si acaso el derecho propio de las comunidades indígenas en Chile tiene esa densidad, y si es reconocible por sus miembros, como para que materialmente (más allá de la formalidad de la escrituración) la función de garantía del principio de legalidad esté a salvo en la aplicación de una normatividad transmitida por tradición oral. Ello no puede ser abordado en este lugar, pero hay antecedentes de la existencia, ya desde antes de la Colonia, de un sistema jurídico Mapuche con relativa consistencia normativa. Como lo reconoce el Informe Final del Grupo de Trabajo Legislación e Institucionalidad, en el Informe de la Comisión Verdad Histórica y Nuevo Trato: “previo a la llegada de los españoles al interior del pueblo mapuche existía un sistema para resolver conflictos, el que estaba firmemente establecido, pudiendo diferenciarse en él la forma en que se resolvían los conflictos al interior del grupo, y la forma en que se relacionaban unos grupos con otros”; v. *Informe de la Comisión Verdad Histórica y Nuevo Trato con los Pueblos Indígenas*, cit. nota 11, p. 170. Y, todavía a principios de siglo XX, recuerda el mismo Informe, citando a Guevara: “[e]s fácil reconocer en las costumbres de los araucanos una serie de reglas que se refieren a la seguridad común, a la manera de vengar los hechos perjudiciales o de obtener por ellos una reparación, a los pormenores de las uniones sexuales, a la sucesión i distribución de los bienes del jefe i, en suma, a numerosos actos privados del individuo”; v. Guevara, citado por el *Informe de la Comisión Verdad Histórica y Nuevo Trato con los Pueblos Indígenas*, cit. nota 11, p. 170. Ahora bien, por lo que respecta a la dimensión democrática del principio de reserva legal, la objeción en contra de las prohibiciones penales y sanciones del derecho propio indígena no tiene asidero desde una perspectiva pluralista, como la del multiculturalismo liberal y, en definitiva, la del Convenio 169, que reconoce como una legítima expresión de la comunidad política, a la que se debe relativa autonomía, los contenidos normativos que tradicionalmente conforman su derecho,

Sin perjuicio de ello, si acaso otras razones materiales aconsejan que la pretensión punitiva pública, expresada en la facultad (positiva) de tipificar conductas, se centralice en el derecho nacional legislado, y que al derecho propio indígena se deje sólo la posibilidad (negativa) de excluir la punibilidad de conductas que son conformes con sus contenidos normativos, así como, en su caso, la posibilidad de imponer sanciones alternativas a las del derecho nacional, y otros medios de resolución no penales, que (en atención al *non bis in idem*) excluyan una persecución penal por los tribunales nacionales, es algo que ciertamente puede ser deliberado. Pero las razones materiales para esa delimitación entre el área del derecho penal sujeta a una definición monista y la que está abierta al pluralismo jurídico, no podrían reducirse a una mera consideración del principio de legalidad.

Perspectivas superadoras de los déficits de la dogmática y la práctica penal chilena, en la jurisprudencia reciente

A partir de los cambios que ha venido experimentando la comprensión de los conflictos normativos interculturales de relevancia penal en los últimos años en Chile, algunas sentencias parecen ofrecer perspectivas superadoras de los déficits señalados en la sección I, si bien aún no articuladas en una concepción propiamente pluralista.

Así, por ejemplo, en una sentencia del TOP de Calama, confirmada por la Corte de Apelaciones de Antofagasta, la legitimidad que el uso de las hojas de coca en determinadas festividades religiosas tiene, en el seno de la comunidad indígena (Aymara) a la que pertenecen las imputadas, es tenida seriamente en cuenta por el

así como las definiciones normativas que sus autoridades formulen en la actualidad, siempre que se respeten los derechos fundamentales (incluidos los derechos políticos de participación el proceso nomogenético) de los miembros de la respectiva comunidad.

¹¹⁵ El estudio de la *densidad* normativa del derecho indígena es, además, relevante para resolver, a nivel jurisdiccional, si acaso debe tenerse por suficientemente (y legítimamente) sancionada una conducta a través del castigo impuesto por la respectiva comunidad indígena, con la consecuencia de que debe renunciarse a una persecución penal de la misma, a través del sistema penal nacional, por estar en juego el principio *non bis in idem*.

tribunal para absolverlas, por más que la articulación dogmática de las razones para hacerlo aún se efectúa dentro de los límites tradicionales de la exculpación de un comportamiento tenido por ilícito (¿sólo formalmente?):

“[...]las acusadas, no obstante realizar una conducta reprochable, lo hicieron siguiendo las formas y simbolismos propias de su cultura, lo que significa que ellas, en su conciencia y fuero interno, no tuvieron la intención de traficar las hojas de coca, sino entregárselas a una persona que, como creyente, las iba a utilizar en una festividad religiosa [...]; ahora bien, para enfrentar este *sincretismo* evidente que se nos ha presentado en este interesante caso, incluso podemos encontrar algún tipo de validación de esas manifestaciones culturales en las cuales se consume las hojas de coca [...] [L]a Ley 19.253, denominada Ley Indígena, [...] se ha hecho cargo de esa amalgama cultural que se produce con las comunidades indígenas. Desde el momento que el Estado Chileno las reconoce implícitamente lo está haciendo de sus tradiciones [...] La salvaguarda es no atentar en contra de la Constitución y en este caso, y como afirmaremos en el próximo párrafo, en modo alguno aquello ocurre.

Ya lo hemos señalado, en la conciencia de las acusadas su conducta no resultaba atentatoria a derecho, ya que es habitual que en su etnia sea corriente que en ese tipo de festividades se consuma y use las hojas de coca, lo que tiene gran importancia para el pueblo aymará tanto para su desarrollo cultural como para su idiosincrasia, máxime cuando aquello le es reconocido legalmente, mediante las normas señaladas. **En consecuencia, las acusadas actuaron creyendo equivocadamente que se encontraban amparadas en la causal de justificación del artículo 10 N° 10 del Código Penal, por el ejercicio legítimo de un derecho**, lo que obsta a la existencia de la conciencia de la ilicitud de su conducta, por lo que debe entenderse que su actuación en el hecho del juicio, con ser una acción típica y antijurídica, no es culpable, toda vez que falta el elemento de la conciencia de la ilicitud de su proceder; lo que en la especie, en relación a lo obrado por las acusadas, no se dio, por lo que al no existir la culpabilidad, componente aquella de ésta, no hay delito”¹¹⁶.

Los argumentos referidos a la licitud que la conducta tiene en la cultura de las imputadas, como se ve, perfectamente servirían para absolverlas derechamente por la eximente de “ejercicio legítimo de un derecho” –incluso dentro de los términos de la Ley Indígena–, si dicha eximente ha de ser interpretada conforme a la costumbre indígena, tal como lo dispone el Art. 54 de la Ley Indígena. El tribunal, materialmente parece haber hecho esa consideración, si bien optó por negar formalmente la justificante, y reconocer sólo que la creencia, por parte de las acusadas, de que actuaban legítimamente, constituía un error no reprochable.¹¹⁷ La diferencia entre sus

¹¹⁶ Sentencia del TOP de Calama, de fecha 6 de octubre de 2007, Rol Único: 0600900213-6, Rol Interno: 66-2007 (el énfasis es mío).

¹¹⁷ V. también los comentarios críticos, en una línea similar, de Lillo, “El Convenio 169...”, cit. nota 112, p. 18.

consideraciones materiales y la solución formal al caso, con todo, salta a la vista. Las imputadas, conforme a la doctrina que presidió la solución formal del caso (conducta ilícita, pero considerada lícita por un error invencible), aunque quedan libres de pena, a futuro ya no podrán volver a reclamar error de prohibición; ello les niega el derecho a actuar a futuro conforme a la propia cultura. Si la solución, en cambio, hubiese estado presidida por lo que parecen haber sido las consideraciones materiales del tribunal (es una expresión lícita de la religiosidad y cultura Aymara usar hojas de coca en determinados ceremoniales, y “traficar” con esas hojas para que accedan a ella quienes officiarán de ministros en tales ceremonias), como lo estuvo en la solución aplicada por los tribunales norteamericanos que han reconocido el derecho de los indígenas Navajo (en Estados Unidos de América) a usar peyote en circunstancias similares, entonces las imputadas, a futuro, igualmente libres de pena, además podrían ejercer libremente su derecho a actuar conforme a la propia cultura.

Otras sentencias también consideran seriamente la cultura y la costumbre indígena para evaluar si acaso una conducta típica está justificada (o si, a lo menos, el injusto se ve disminuido por la concurrencia de una atenuante), bajo las circunstancias del caso. Y si bien en el caso concreto se rechaza la concurrencia de la justificante, el tribunal adopta, en cada caso, esa decisión, como una cuestión de hecho (no se probó que la costumbre indígena justificara la conducta, o disminuyera su injusto), y no de derecho (admitiendo conceptualmente la posibilidad de la justificación, si la prueba de la costumbre hubiese sido clara).

Así ocurre en una sentencia del Juzgado de Garantía de Nueva Imperial, que debió pronunciarse acerca de si correspondía justificar por la eximente de “ejercicio legítimo del derecho” o de “cumplimiento del deber” la conducta violenta, constitutiva de los delitos de lesiones menos graves, amenazas y daños, por medio de la cual los

acusados repelieron al dueño del predio que pretendía impedirles la celebración de una ceremonia de Machitún, para sanación del Lonco de su comunidad, cumpliendo con el deber que les correspondía como “capitanes” de dicha ceremonia, realizada en un lugar que, con independencia de quién fuese su propietario, tradicionalmente habría estado destinada a ese tipo de ceremonial. La sentencia rechazó la justificación, justamente, por falta de evidencias contundentes acerca de la licitud de tal conducta en el seno del derecho consuetudinario indígena, con argumentos que, sin embargo, servirían para justificar la conducta de los “capitanes”, si la prueba hubiese sido concluyente:

“En efecto, si lo pretendido por la defensa fue el sostener que la conducta de los imputados era la manifestación de una costumbre legalmente establecida como derecho y que ésta era legítima, ello no lo logró, desde que no se explicó, a través de la prueba rendida, el por qué el causar lesiones y amenazar formaban parte de un actuar legítimo y no constituía un abuso del derecho que le concedía su función en el machitún. Tampoco se probó el que el cargo ejercido permitiere causar, sin constituir un exceso, lesiones o amenazas a bienes jurídicos de las víctimas que implicaron finalmente un resultado lesivo subsumible en los tipos penales por los cuales se condenó. De esta forma, se da respuesta a la petición de las defensas en cuanto a esta pretensión”¹¹⁸.

Sobre la recuperación violenta de tierras. Posibilidades y límites del la justicia penal.

Por lo que respecta al caso de la recuperación violenta de tierras ancestrales Mapuche, alguna decisión reciente se muestra más sensible que la jurisprudencia tradicional al contexto político (e indirectamente, histórico y cultural) en que esas conductas se producen. Tal es el caso de una sentencia del Juzgado de Garantía de Osorno, que absuelve a los acusados por el delito de usurpación violenta, sin ignorar que la violencia está dirigida a forzar el inicio de un procedimiento administrativa de restitución, contexto que, para el tribunal, lejos de agravar la conducta (como en el caso en que el incendio se califica de terrorista, en atención a dicho contexto), lo priva de su lesividad criminal. Para arribar a esa conclusión, el tribunal concluye que desaparece el

¹¹⁸ Sentencia del Juzgado de Garantía de Nueva Imperial, de 15 de enero de 2008, en causa RIT 567-2007.

dolo de usurpación en los mapuches que ocuparon el predio, pues lo habrían hecho, no con ánimo de señores y dueños, sino teniendo

“por finalidad, un curso causal distinto a la sola privación del dueño por el mero uso de la vías de hecho [...] en esencia, el inicio o aceleramiento de gestiones administrativas, tendientes a que se les entregue en dominio o posesión el predio, pero por este mecanismo, determinan que [...] la conducta descrita en la acusación –y su adhesión– resulta atípica al artículo 458 del Código Penal”.¹¹⁹

Al resolver de este modo, en todo caso, el Tribunal advierte que ello no significa validar, para todos los efectos jurídicos, los comportamientos de autotutela, o “justicia por mano propia”, sino sólo negar la relevancia penal de estas acciones:

”Que, las conclusiones anteriores no significan, en caso alguno, como lo esbozó [la] fiscalía, que el rechazo de la acusación determine una vulneración del estado de derecho y una autorización velada de la “justicia por mano propia”. En efecto, lo que resuelve esta sentencia es la absolución de los encausados como autores del delito de usurpación que le fuera imputado; lo que no quiere decir, en caso alguno, que su ingreso no autorizado a una propiedad de la cual, en esta sede, no probaron ser dueños y el uso que hayan hecho de bienes existentes en el interior del predio, pueda perseguirse por medio de las acciones civiles (protectores de la posesión o el dominio), en la sede competente o de las penales que sancionen los deterioros o sustracciones, que pudo experimentar el fundo Lompué. El estado de derecho no se ampara exclusivamente con el ejercicio de las acciones criminales o con el actuar del persecutor penal, sino que con el uso de todas las herramientas que los sistemas sustantivos y adjetivos civil o penal (en su concepción más amplia) confieren a todos quienes han visto vulnerado un derecho”.¹²⁰

Por último, y si bien fuera del campo de la jurisdicción penal, una reciente sentencia de la Corte de Apelaciones de Valdivia, al acoger un recurso de protección interpuesto por un grupo de mapuches, en contra de un particular que realizaba una tala de árboles considerados sagrados para esa comunidad, da cuenta de un reconocimiento, hasta ahora inédito, de la concepción Mapuche del territorio, que tendencialmente valida la normatividad de este pueblo indígena sobre las dimensiones religiosas y ambientales asociadas a la tierra, que –tal como se señaló más arriba¹²¹– se constituyen en límites del ejercicio del derecho de propiedad:

“... el recurrido, [debe] cesar en sus actividades de tala ilegal de árboles milenarios que se encuentra en un terreno de 2,5 hectáreas de su predio Hijueta N° 3 de Carimallin, y permitir el libre acceso de los recurrentes a dicho sitio, que es un lugar sagrado para la

¹¹⁹ Sentencia del 3/02/2011, en causa RIT N°482-2010, del Juzgado de Garantía de Osorno.

¹²⁰ Sentencia del 3/02/2011, en causa RIT N°482-2010, del Juzgado de Garantía de Osorno.

¹²¹ V., *supra*, las referencias a Bengoa, *La emergencia indígena*, cit. nota 89.

comunidad Mapuche Williche, del sector Maihue Carimallin, en la época estival y para el solo efecto de realizar rogativas de Lepun y Nguillatun...”.¹²²

Más allá de estos importantes desarrollos jurisprudenciales, el problema de la recuperación de tierras Mapuche, a través de actos de violencia, en el contexto de una implementación tardía e insuficiente de las políticas que el propio Estado de Chile considera como una reparación histórica esencial para que el Pueblo Mapuche ejerza sus derechos colectivos, y desarrolle su cultura y su economía, da cuenta de las aporías del sistema penal para enfrentar con justicia tal conflicto.

Pues, por una parte, una consideración seria del contexto histórico, político y cultural de esos hechos de violencia, claramente mina la legitimidad de la intervención penal frente a los mismos. Por otra parte, sin embargo, las posibilidades de una implementación equitativa y racional de la política de restitución de tierras, a través del procedimiento y del Fondo creado por la Ley Indígena, incluso en el escenario de que, en su extensión y velocidad, llegue a ser idónea y proporcionada a la magnitud del despojo de que históricamente fue víctima el Pueblo Mapuche, en buena medida dependen de que ése sea el único camino tenido por lícito para que el Estado cumpla con aquel deber. Ello exigiría, de parte de todos los implicados (también, ciertamente, el Pueblo Mapuche), lealtad frente a los mecanismos legales de recuperación de tierras, así como frente a los procedimientos democráticos de manifestación del disenso respecto de la oportunidad y el alcance de las políticas públicas de restitución.

Sin embargo, hasta hace muy pocos años (¿aún hoy?), la posición históricamente subordinada del Pueblo Mapuche, frente a la hegemonía “huinca”, en estas materias, precisamente pasaba por una virtual imposibilidad de co-determinar democráticamente,

¹²² Sentencia de la Corte de Apelaciones de Valdivia, de fecha 4 de mayo de 2012, Rol N° 501 – 2011. La relevancia de esta sentencia, y su reconocimiento de las dimensiones religiosa y ambiental del concepto de tierra, para los Mapuche, fueron señalados por José Manuel Fernández en sus comentarios a la primera versión de este trabajo (v. *supra*, nota *) (la sentencia completa está disponible en: <http://www.futawillimapu.org/Llitu/Corte-de-Apelaciones-de-Valdivia-acoge-recurso-de-proteccion-en-favor-de-comunidades-Mapuche-Williche-del-Pilmaiken.html> [visitada en junio de 2012]).

desde el Pueblo Mapuche, esas políticas públicas. En ese contexto, entonces, la imposición del derecho penal, en contra de las acciones de “autotutela”, bajo la máxima de la lealtad debida por todos hacia los procedimientos democráticos de manifestación del disenso, no logra superar su radical déficit de legitimidad.

Ahora bien, ese déficit de legitimidad de la imposición del derecho penal en estos casos, ¿se puede traducir en la justificación de la conducta, en un procedimiento penal?

La cuestión se relaciona con los límites de la justificante de *ejercicio legítimo de un derecho*. El problema no estaría tanto en la supuesta exigencia de que *el derecho* ejercido esté reconocido expresamente en la ley¹²³, pues también se ha admitido que está justificado quien realiza una conducta delictiva (más precisamente, una acción penalmente *típica*) en ejercicio de un derecho deducido de normas consuetudinarias¹²⁴ (y al derecho indígena, a lo menos se le reconoce ese estatus), sino en el entendimiento de que no sería *legítimo* el ejercicio del derecho cuando se traduce en un acto de *justicia por propia mano*¹²⁵, es decir, en un caso de *autotutela*. Y si bien el derecho penal chileno cuenta con *defensas* (eximentes de responsabilidad penal) que justifican acciones de *autotutela* emprendidas en casos extremos, en los que la tutela estatal no está a disposición de quien se ve actual y seriamente amenazado en sus derechos, en principio, esas *defensas* sólo están a disposición de quien comete una acción penalmente *típica* para la *conservación* de un derecho frente a una agresión de un tercero (legítima defensa) o frente un mal emergente (*estado de necesidad justificante*), y no, en cambio, a disposición de quien la comete para obtener la *reparación* de un menoscabo del

¹²³ Si bien, así lo entiende Etcheberry, Alfredo, *Derecho Penal*, 3ª edición, Tomo I, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1998, p. 244.

¹²⁴ Así, Cury, Enrique, *Derecho penal. Parte general*, 7ª edición, Ediciones Universidad Católica de Chile, Santiago, 2005 p. 382.

¹²⁵ Etcheberry, Alfredo, *Derecho Penal*, cit. nota 123, pp. 245-246.

propio derecho, que ya se ha producido¹²⁶, como ocurre con los despojos de tierras indígenas.

Pero cuando se trata de juzgar hechos acaecidos en contextos en los que la tutela estatal, por muchos años, se había mostrado inoperante para resolver reclamos de tierras ancestrales, la legitimación del castigo penal de la *autotutela*, materialmente pierde justificación. Además, la distinción entre *conservación* de un derecho (que sí podría realizarse mediante actos de autotutela), y *reparación* de un menoscabo del propio derecho (que no podría), es poco esclarecedora respecto de la complejidad de los vínculos del Pueblo Mapuche con sus territorios ancestrales, que abarcan derechos colectivos de carácter cultural y religioso (y no sólo los vinculados a su explotación económica), que en no pocos casos también se pueden entender actualmente perturbados y amenazados, y no simplemente menoscabados en un pasado remoto.

Con todo, la justificación de la ocupación, más o menos coercitiva, de esos territorios, por parte de comunidades Mapuche, para preservar sus derechos colectivos, todavía supone que, ponderados los intereses en conflicto, la medida no es desproporcionada, lo que exigirá examinar si las personas que realizaron la ocupación realmente no contaban con medios menos lesivos igualmente eficaces (entre los que no se incluiría la posibilidad de obtener restitución administrativa de los territorios, si ella probadamente ha sido ineficaz), y si, aun siendo así, la forma de realizar la ocupación no imponía costes excesivos a quienes, protegiendo intereses igualmente válidos, se oponían a ella (como ocurriría cuando la ocupación efectiva de un lugar habitado pasa necesariamente por acciones que ponen en peligro la vida o integridad corporal y salud de la personas).

¹²⁶ Etcheberry, Alfredo, *Derecho Penal*, cit. nota 123, pp. 245-246.

Ahora bien, incluso cuando se trata de juzgar hechos que exceden esos límites (como los incendios de predios que han puesto en peligro bienes personalísimos de terceros), cometidos en un contexto que, aun cuando no justifica (precisamente, por ser excesivos), bien podría llevar a excluir o disminuir severamente la culpabilidad de autores que actuaron motivados por profundas convicciones culturales y políticas, como miembros de un Pueblo que defiende sus derechos ancestrales¹²⁷, las dificultades que la justicia penal en la práctica ha encontrado para juzgar tales hechos haciendo justicia al contexto en que se producen, dan cuenta de una cierta aporía, que sugiere claramente la necesidad de un abordaje más global del problema, en el plano político y legislativo. En efecto, respecto de la mayor parte de los delitos violentos que llegan a la justicia, y que están marcados por aquel contexto, la única posibilidad de una resolución justa pasa, en mi opinión, por medidas que van más allá de la forma de aplicación judicial del Derecho penal.

En palabras de Aylwin:

"Finalmente en materia política, debería anunciarse el compromiso del gobierno de no aplicar a futuro legislación especial (ley antiterrorista y ley de seguridad del estado) para perseguir a indígenas en casos relacionados con sus derechos territoriales, y de desistirse de los requerimientos hechos en contra de indígenas a la fecha por esta legislación; indultar a los condenados indígenas por conflictos relacionados con el reclamo de los mismos derechos ocurridos en los últimos años, en especial aquellos condenados por la legislación especial antes referida; proponer la declaración de una legislación de amnistía para aquellas acciones desarrolladas por indígenas en el marco de dichos conflictos y en defensa de sus derechos; y conformar una instancia de alto nivel, con participación de representantes indígenas electos por sus propios pueblos y de representantes de Estado, con miras a posibilitar el dialogo entre ambas partes para el análisis y definición de la política pública y de las reformas jurídico-políticas y culturales necesarias para asegurar la vigencia de los derechos indígenas, así como en general, para establecer los lineamientos de una nueva relación interétnica en el país".¹²⁸

¹²⁷ Varios de esos hechos constituyen *hechos de conciencia* o de *delincuencia por convicción*, cuya posible exculpación ha sido planteada desde hace tiempo, en el seno de la propia dogmática penal "de cuño alemán"; v. Couso, *Fundamentos*, cit. nota 36, pp. 529 y ss. V., sin embargo, Muñoz Conde/García Arán, *Derecho penal*, cit. nota 48, pp. 396 y ss., limitando la posibilidad de exculpación a los casos en que no se lesione o ponga en peligro "bienes jurídicos fundamentales"; y Roxin, *Derecho penal*, cit. nota 43, § 22, nm 115-119, admitiendo la posibilidad de exculpación de hechos de conciencia que atenten en contra de derechos fundamentales de terceros, sólo si éstos han sido afectados de modo periférico.

¹²⁸ Aylwin "El Informe de la Comisión...", cit. nota 103, p. 8. También el Relator Stavenhagen llama la atención sobre la necesidad de soluciones de excepción: "bajo ninguna circunstancia deberán ser

Así, la celebración de un acuerdo político sustantivo, que siga a un proceso de deliberación que integre al Pueblo Mapuche, y se traduzca en políticas de restitución, que gocen de amplio acuerdo, parece ser una condición previa para exigir lealtad con los procedimientos y normas democráticamente definidos por dicha política, a través del Derecho penal. Y, ante a un acuerdo de esa envergadura, que reconozca las dimensiones políticas del problema de la restitución de tierras y la insuficiencia de la respuesta del Estado chileno frente a los despojos sufridos por el Pueblo Mapuche en el pasado, la justicia del castigo penal de los hechos de violencia ocurridos hasta antes de ese reconocimiento, decae severamente (sin perjuicio de que aún quepa sancionar algunos hechos especialmente graves –como los homicidios–, que aún así podrían ser objeto de indultos parciales). La necesidad y justicia de una amplia amnistía, quedaría, entonces, en evidencia.

criminalizadas o penalizadas las legítimas actividades de protesta o demanda social de las organizaciones y comunidades indígenas [...] [por ello,] propone que el Gobierno de Chile considere la posibilidad de declarar una amnistía general para los defensores indígenas de los derechos humanos procesados por realizar actividades sociales y/o políticas en el marco de la defensa de las tierras indígenas”; v. Stavenhagen, Rodolfo, *Misión a Chile*, 2003, citado por Aylwin, "El Informe de la Comisión...", cit. nota 103, p. 10.