



MODELO DE DEFENSA PENAL PARA IMPUTADOS INDIGENAS

PRESENTACIÓN	6
PARTE I. FUNDAMENTOS DE LA DEFENSA PENAL DE IMPUTADOS INDIGENAS	9
CAPÍTULO 1. DEFENSA PENAL ESPECIALIZADA PARA INDÍGENAS	10
1.1. Fundamentos conceptuales para la existencia de una defensa especializada para indígenas	10
1.1.1 Definición de defensa especializada	10
1.1.2 Defensa especializada y jurisdicción especial	10
1.1.3 Defensa, derecho constitucional y principio de igualdad	11
1.1.4 Defensa especializada y derecho internacional.....	13
1.1.5 Multiculturalidad y vulnerabilidad cultural	13
1.1.6 Naturaleza jurídica del convenio 169 de la OIT	15
1.1.7 Elementos de una defensa especializada	16
1.1.8La defensa especializada con modelos de defensa	16
1.2 Fundamentos legales y culturales para la existencia de una defensa especializada para indígenas	17
1.3 Modelos sobre defensorías indígenas en américa latina: bolivia, colombia y guatemala	20
1.4 Reconocimiento de la diversidad cultural e implicancias para la defensa penal indígena y la Defensoría Penal pública	23
CAPÍTULO 2. PRINCIPIOS JURÍDICOS Y NORMAS INTERNACIONALES.....	29
2.1 Derechos humanos y principios fundamentales	29
2.1.1 No discriminación	29
2.1.2 Igualdad	30
2.1.3 Igualdad de género	35
2.1.4 Reconocimiento de la diversidad cultural: instituciones tradicionales y sistemas internos de justicia	36
2.1.5 Principios de igualdad y de respeto a las autonomías culturales en materia penal	37
2.2 Instrumentos jurídicos aplicables a los pueblos indígenas	38
2.2.1 Instrumentos jurídicos de carácter general	39
2.2.2 Instrumentos jurídicos específicos para pueblos indígenas	41
2.2.3 Las normas internacionales en el sistema jurídico chileno en especial del convenio 169 de la oit	43
2.3 Breve referencia a los aspectos fundamentales del estatuto constitucional de los tratados internacionales tras la reforma constitucional de 2005	47
2.3.1 E control de constitucionalidad preventivo de los tratados internacionales	48
2.3.2 Jurisprudencia del tribunal constitucional. en cuanto a las diferencias entre un tratado internacional y una ley.....	49
2.3.3 Acerca de la acción de inaplicabilidad y los tratados internacionales	51
2.4 Convenio 169 de la organización internacional del trabajo (oit), su reconocimiento en chile, y su importancia en materia de defensa penal	55
2.4.1 Aspectos generales del convenio 169.....	55
2.4.2 El control de la constitucionalidad de los tratados internacionales, en especial referencia al convenio 169 oit	57

2.4.3 Análisis de las sentencia del tribunal constitucional relativas al convenio nº 169 de la oit	59
2.4.3.1 Análisis descriptivo de la sentencia rol 309 del tribunal constitucional. requerimiento de inconstitucionalidad recaído en el proyecto de acuerdo aprobatorio relativo al convenio nº 169 de la oit.....	59
2.4.3.2 Análisis descriptivo de la sentencia rol 1050 del tribunal constitucional: control preventivo y obligatorio del proyecto de acuerdo aprobatorio relativo al convenio nº 169 oit	60
2.4.4 Normas relevantes del convenio en materias de defensa penal.....	63
2.4.5 Algunos casos en los que se ha aplicado el convenio 169 de la oit	64
CAPÍTULO 3 ENFOQUE CULTURAL PARA UNA DEFENSA JURÍDICA ESPECIALIZADA.....	70
3.1 Fundamentos conceptuales, doctrinarios y jurisprudenciales	70
3.1.1 Cultura	70
3.1.2 Multiculturalismo y pluralismo cultural.....	71
3.1.2.1 Multiculturalismo	71
3.1.2.2 Pluralismo cultural.....	71
3.1.3 Pueblos indígenas y tribales	72
3.1.4 Derechos generalmente reconocidos a los pueblos indígenas.....	74
3.1.4.1 Derechos culturales.....	74
3.1.4.2 Derechos territoriales.....	74
3.2 Género y pueblos indígenas	82
CAPÍTULO 4. COSTUMBRE INDÍGENA Y SISTEMA PENAL	88
4.1Marco legal internacional y nacional de reconocimiento a la costumbre indígena y su reconocimiento en materia penal.....	88
4.1.1 Límites al reconocimiento de la costumbre indígena	90
4.1.1.1 Doble reconocimiento de derechos fundamentales	90
4.1.1.2 Principio de maximización de la autonomía indígena	91
4.1.2 Reconocimiento al derecho consuetudinario	93
4.1.3 Prueba de la costumbre indígena en el derecho nacional.....	95
4.2 Subsunción del elemento cultural en categorías dogmáticas: ¿justificación, exculpación o atipicidad?	98
4.2.1 La justificación	99
4.2.2 Error de prohibición.....	102
4.2.3 Error de comprensión culturalmente condicionado.....	104
4.2.4 La atipicidad	105
4.3 Consideraciones especiales sobre delitos cometidos en contexto de demandas territoriales.....	108
4.3.1 La ampliación del concepto de propiedad y los conflictos de propiedad.....	108
4.4 Consideraciones de género en la estrategia de defensa para indígenas y en la teoría del caso	114
4.4.1 Imputadas indígenas.....	115
4.4.2 Delitos sexuales	121
4.5 Proceso penal y derecho indígena	123
4.5.1 Derecho de acceso a la jurisdicción indígena en el sistema normativo chileno	123

4.5.1.1 La jurisdicción indígena como condición para suspender el procedimiento conforme al código procesal penal..... 125

4.5.1.2 Derecho del indígena frente a las sanciones 125

4.5.1.3 Las penas aplicadas por los tribunales indígenas y su tratamiento 127

4.5.2 Sanciones que los pueblos indígenas pueden aplicar 129

4.5.2.1 Respeto de las sanciones comunitarias 129

4.5.2.2 Conductas atípicas de acuerdo a la cultura comunitaria 129

4.5.2.3 Conductas atípicas para la ley penal pero penadas por la comunidad 129

4.5.2.4 Penas comunitarias por conductas mágicas 130

PARTE II. SOCIEDAD Y CULTURA MAPUCHE Y DEFENSA PENAL ESPECIALIZADA 131

Presentación 132

CAPÍTULO 1. CONTEXTO SOCIO-POLÍTICO Y JURÍDICO DE LA REGIÓN DE LA ARAUCANÍA 133

1. Desarrollo histórico – cultural de la relación chileno- indígena 133

1.1. El Wallmapu. 133

1.1.1. Ocupación militar por las nuevas repúblicas 134

1.1.2. Constitución de la propiedad rural 134

1.1.3. Período reduccional “clásico” 135

1.1.4. La reforma agraria y el “cautinazo” 136

1.1.5. Contrarreforma agraria y modelo neoliberal..... 137

1.1.6. Transición democrática y la etnoterritorialidad 138

CAPÍTULO 2 EL CONFLICTO MAPUCHE 143

2.1 Desde la cuestión mapuche al conflicto mapuche 143

2.2 El conflicto mapuche en la prensa nacional y regional 145

CAPÍTULO 3 CARACTERIZACIÓN SOCIOECONÓMICA Y CULTURAL DE LA POBLACIÓN INDÍGENA 147

3.1 Población indígena nacional..... 147

3.2 La población mapuche de la araucanía 147

3.2.1 Migración y localización..... 148

3.2.2 Educación..... 149

3.2.3 Jefatura de hogar 149

3.2.4 Pobreza 150

3.2.5 Participación laboral e inserción socioeconómica 150

3.2.6 Desarrollo humano 151

3.3 Identidad mapuche: identidades sociales 152

CAPÍTULO 4 COSMOVISIÓN INDÍGENA, PRINCIPIOS Y VALORES DE LA CULTURA MAPUCHE QUE INCIDEN EN LA DEFENSA PENAL..... 154

4.1. Ritualidad y protocolo indígena 154

4.1.1. Koyang 154

4.1.2 Pentukun..... 155

4.1.3. Uso de la lengua propia	156
4.2. Historia y relaciones culturales de la organización social, distribución del poder	157
4.2.1. Las autoridades tradicionales	157
4.2.1.1. Longko	157
4.2.1.2. Machi.....	158
4.2.1.3. Werken	158
4.2.1.4. Ad Mapu	159
4.2.2. Organización social y estructura familiar mapuche	159
4.2.3. Relaciones de familia que inciden en el ámbito de la justicia penal. distribución de roles y funciones	159
4.2.3.1. División sexual del trabajo.....	159
4.2.3.2. Construcción cultural de la masculinidad.....	160
4.2.3.3. Violencia intrafamiliar	160
4.2.3.4. Las prácticas sexuales en la cultura mapuche	161
4.2.3.5. Abuso sexual e incesto	162
4.3. Elementos culturales a considerar para una defensa especializada según los imputados indígenas y autoridades mapuches....	163
4.3.1. Participación de la comunidad en los procesos penales	163
4.3.2. Conocer la historia del conflicto	164
4.3.3. Rol de los facilitadores interculturales en la defensa	164
4.3.4. Compromisos de veracidad, exactitud en la información	165
4.3.5. Autonomía y libertad para decidir el curso del proceso y las salidas alternativas	165
4.3.6. Peritaje.....	166
CAPÍTULO 5 . LA DEFENSA PENAL EN LA OFICINA DE DEFENSA MAPUCHE DE LA REGIÓN DE LA ARAUCANÍA	167
5.1 La defensa penal indígena	167
5.2 La defensa penal mapuche en la region de la araucanía	167
5.2.1 La oficina de defensa mapuche	167
5.2.2 Problemas detectados	170
5.2.3 Materias a desarrollar.....	171
5.3 Definiciones del modelo de defensa penal indígena aplicables en el modelo general de defensa mapuche	173
5.3.1 ¿Quiénes son los imputados indígenas?.....	174
5.3.2 ¿Qué servicios requieren los imputados indígenas de la defensoría penal pública?	175
5.3.3 Las causas indígenas	179
5.3.4 Necesidades de la defensa especializada para indígenas	180
PARTE III. MODELO GENERAL DE DEFENSA PENAL INDIGENA	182
Presentación.....	183
CAPÍTULO 1 DISEÑO	184
1.1. Definiciones estratégicas defensoría penal pública	184

1.1.1. Misión institucional defensoría penal pública 184

1.1.2. Objetivos estratégicos defensoría penal pública 184

1.1.3. Matriz de definiciones estratégicas para la defensa penal especializada para pueblos originarios..... 184

CAPÍTULO 2 ORGANIZACIÓN 190

2.1. Estructura 190

2.1.1. La oficina de defensa especializada indígena 190

2.1.2. Oficina de defensa local con defensor especializado 192

2.2. Procesos 193

2.2.1. Identificación de imputados e imputadas indígenas y de causas 193

2.2.2. Derivación o asignación de causa 194

2.2.3. Atención del imputado de causa indígena..... 194

2.2.4. Registro de las causas indígenas..... 195

2.2.5. Evaluación y control de gestión 196

2.2.6. Flujo general de trabajo..... 196

CAPÍTULO 3 PERFILES DE CARGO 198

3.1. Defensor especializado 198

3.2. Pperfil del facilitador intercultural 201

3.3. Perfil del (la) asistente del defensor especializados..... 203

Anexo n° 1: guía rápida para la intervención de la defensa penal especializada 206

Anexo n° 2: formulario de registro de imputados e imputadas indígenas y causas indígenas 211

Anexo n° 3: estándares de defensa aplicados a la defensa penal especializada para indígenas 213

Anexo n°4: contenidos minimos para la especializacion del defensor y facilitador intercultural 215

Bibliografía..... 224

PRESENTACIÓN

Desde el año 2003 la defensa penal indígena se realizó siguiendo lo dispuesto en el Oficio 177 del Defensor Nacional y que toma como base lo dispuesto en la Ley 19.253. Con la ratificación del Convenio 169 de la OIT en Septiembre del 2008 y su posterior entrada en vigencia, se instala la necesidad de adecuar la acción de los servicios estatales en materia de reconocimiento y protección de los derechos de los pueblos indígenas. Este nuevo escenario hace necesaria una revisión del estado de la defensa penal indígena en el país. En consecuencia, durante el año 2008 se realizó la investigación llamada “La defensa de imputados indígenas en la Defensoría Penal Pública”¹, sus resultados revelaron los desafíos y las dificultades presentes en la prestación de la defensa indígena junto con la necesidad de generar un modelo de defensa penal indígena que permitiera afrontar problemas como la cobertura de la defensa especializada pertinente, fortalecer las bases conceptuales, técnicas y de gestión, entre otras materias.

El diagnóstico obtenido en el año 2008 permitió buscar los apoyos necesarios para iniciar los primeros avances. Efectivamente, un convenio de colaboración con la Agencia Española de Cooperación Internacional y Desarrollo (AECID) entregó los recursos necesarios para encargar un segundo estudio de mayor alcance que concluyera con una propuesta consistente en un modelo actualizado para la defensa penal mapuche adecuado al Convenio 169 de la OIT. La investigación “Actualización del modelo de defensa mapuche de la Defensoría Penal Pública 2009” fue realizada entre Abril y Agosto de 2010 por un equipo interdisciplinario de la Universidad Central, dirigido por la abogada y Directora de la Clínica Jurídica de la Universidad Central, Mylene Valenzuela Reyes, Investigadora Responsable del proyecto y por Andrés Llanos Silva, sociólogo y Director del Centro de Estudios Sociales y Opinión Pública de esta misma Casa de Estudios, quién se desempeñó como Co-Investigador. Integraron el equipo, la abogada penalista Myrna Villegas Díaz, la Administradora Pública, Marcela Uribe Bascur, la socióloga Fionne Nuñez Olea, el antropólogo Roberto Álvarez San Martín y el abogado constitucionalista Rodrigo Pica Flores. La Defensoría Penal Pública designó como contraparte técnica a los profesionales del Departamento de Estudios al abogado José Manuel Fernández Ruiz para materias penales y al sociólogo Miguel Macchino Farías en materia sociocultural y en el diseño del modelo de defensa.

Un propósito de mayor amplitud consistió en crear un modelo general de defensa penal indígena, para ello, el estudio de la Universidad Central fue un insumo relevante aún cuando este se concentró en desarrollar el modelo de defensa penal indígena mapuche. El modelo general de defensa penal indígena fue desarrollado en el Departamento de Estudios de la Defensoría Penal Pública, para que progresivamente sea adaptado a las particularidades y necesidades de defensa de imputados provenientes de diferentes pueblos indígenas. En lo que sigue se presenta el modelo de defensa penal para imputados del pueblo mapuche junto con un modelo general de defensa penal indígena.

La primera parte del modelo examina los fundamentos de la defensa penal de imputados indígenas, el reconocimiento de la diversidad cultural y las implicancias que ello tiene para defensas penales indígenas; se analizan los principios jurídicos, normas internacionales y el Convenio 169 de la OIT desde la perspectiva de su aplicación a la defensa penal de imputados indígenas. Se destaca el análisis del control de constitucionalidad del Convenio 169 y la jurisprudencia del tribunal constitucional. Estos fundamentos son comunes para la defensa penal de cualquier miembro de una etnia imputado penalmente, por esa razón es parte del modelo general de defensa penal indígena.

¹ Miguel Macchino y José Manuel Fernández, “La defensa de imputados indígenas en la Defensoría Penal Pública”, Documento interno de la Defensoría Penal Pública. Noviembre de 2008.

En la segunda parte se revisan los antecedentes sociales y culturales del pueblo Mapuche que contribuyen a una defensa penal especializada del imputado mapuche. El primer capítulo presenta un análisis del contexto socio-político y jurídico de la región de la Araucanía, el desarrollo histórico-cultural de la relación entre el Estado y el pueblo Mapuche, se destacan las instituciones tradicionales mapuche para luego examinar el conflicto mapuche hasta el presente. También se presenta una caracterización socioeconómica de la población mapuche, en lo cultural se presenta un análisis sobre la identidad mapuche y su cosmovisión. Con esta base se entregan elementos culturales que se deben tener presentes en una defensa especializada a partir de las declaraciones de los imputados indígenas y las autoridades mapuches. Concluye la segunda parte con una revisión de la defensa penal en la oficina de defensa mapuche de la región de La Araucanía, se revisa la actuación de la oficina de defensa penal indígena de Temuco, se informan los problemas detectados por la investigación de la Universidad Central, las materias a desarrollar y las definiciones aplicables a la defensa de imputados mapuche y de otros pueblos indígenas. El desarrollo que se presenta para el pueblo mapuche deberá ser desarrollado para las otras etnias. En consecuencia, el modelo que se presenta se entiende inserto en un proceso de construcción y adecuación a las características culturales de cada pueblo originario.

La tercera parte presenta el diseño del modelo general de defensa penal indígena aún cuando tenga referencias específicas al pueblo mapuche. Contiene el enlace del modelo con las definiciones estratégicas de la Defensoría Penal Pública y una matriz con las definiciones de la defensa penal especializada para pueblos indígenas destacando los objetivos de fin, propósito y de componentes con sus respectivos indicadores, continúa con una propuesta de organización con dos alternativas de operación que no son excluyentes y que en conjunto facilita la expansión del modelo considerando costos, calidad y oportunidad de la defensa. Las alternativas de operación no dejan fuera la posibilidad de que la prestación sea licitada. Se presentan los flujos, la dependencia funcional del defensor especializado, el facilitador intercultural y el asistente administrativo. Para cada cargo se entrega un perfil adecuado a sus tareas.

En la parte de anexos se incluye una guía para la intervención de la defensa penal especializada que permite reconocer la pertenencia indígena del imputado y las causas indígenas, para luego establecer procesos como la derivación de casos cuando corresponda. En un segundo anexo se presentan los nuevos datos que deben ser incorporados a la carpeta del defensor y al SIGDP para llevar registro de imputados indígenas, causas indígenas y de la prestación de defensa especializada. Un tercer anexo contiene una propuesta de estándares para la defensa de imputados indígenas. Se presenta además un resumen del modelo general de defensa para imputados indígenas y que es la base a considerar cuando se deba hacer una adaptación del modelo a la cultura de cada pueblo originario de una forma similar a la que contiene la parte II para la defensa penal mapuche.

Por último, hacemos presente que parte importante del estudio de la Universidad Central es incorporado en el modelo desarrollado por los profesionales del Departamento de Estudios que actuaron como contraparte de dicha investigación. Se debe destacar que la propuesta universitaria de un modelo de defensa penal indígena, fue objeto de modificaciones significativas razón por la que este documento difiere notoriamente de esa propuesta.

Miguel Macchino Farías
Sociólogo Departamento de Estudio

José Manuel Fernández Ruiz
Abogado Departamento de Estudio

PARTE I

FUNDAMENTOS DE LA DEFENSA PENAL DE

IMPUTADOS INDIGENAS

Capítulo 1 DEFENSA PENAL ESPECIALIZADA PARA INDÍGENAS

1.1. FUNDAMENTOS CONCEPTUALES PARA LA EXISTENCIA DE UNA DEFENSA ESPECIALIZADA PARA INDÍGENAS

1.1.1 DEFINICIÓN DE DEFENSA ESPECIALIZADA

Uno de los rasgos que destaca del contexto en que tiene lugar la defensa de imputados indígenas, en particular, de la defensa jurídica de sus intereses ante los tribunales de justicia y en el proceso penal, es que no existe una definición legal ni institucional de lo que es una “defensa especializada”. Podría parecer innecesario manejar una definición de la defensa especializada desde un punto de vista práctico, lo que sería probablemente adecuado si no existiera ese tipo de defensa en las instituciones del Estado, no obstante, debe asumirse que hay funciones que en ciertos servicios públicos consisten en algo más que la mera defensa de un interés particular y que podemos denominar, provisionalmente, como “defensa especializada”. Ya que se trata de una denominación provisional y que se encuentra vinculada a la defensa de un interés ante los tribunales de justicia, antes de precisar de forma específica sus elementos constitutivos es necesario, en primer lugar, identificar los rasgos generales que comparte con la definición tradicional de defensa de intereses –o derechos.

Dentro de la función de defensa de derechos, interesa especialmente, la defensa pública de derechos. En Chile, la función pública de defensa de derechos ante los tribunales de justicia tradicionalmente ha estado radicada en las Corporaciones de Asistencia Judicial. Hoy parte de esta función se ha transferido a lo que podemos denominar “Defensorías Públicas”, entre las que cabe incluir a la reciente Defensoría Laboral y aún antes a la Defensoría Penal Pública. La “defensa jurídica” en estos servicios públicos es ejecutada por funcionarios denominados “defensores” que son desde el punto de vista profesional, abogados. La función de estos abogados, a grandes rasgos, está constituida –legal y constitucionalmente– por la defensa de un interés individual dentro de un proceso judicial, luego, lo definitorio de la labor de defensa es que su realización como actividad está supeditada al interés del individuo que necesita la defensa. Lo anterior, en ningún caso contraría la consideración de que el suministro del servicio de defensa a través de instituciones públicas tiene efectos sociales agregados beneficiosos (no sólo para el Estado sino incluso para los pueblos originarios), pero sí implica no perder de vista que lo que justifica la labor del defensor, en nuestra tradición jurídica, es la defensa de un interés individual.

De acuerdo a lo precedente, lo primero que podemos concluir es que la defensa especializada al consistir en la representación de un interés ante tribunales de justicia, constituye una modalidad especial de defensa jurídica de derechos. La “especialidad” de la labor de defensa viene dada por la contextualidad de las características propias de esta actividad, es decir, sus rasgos diferenciadores dependerán de cuál sea el contexto jurídico en que la prestación de la defensa jurídica tenga lugar. Ya que es necesario considerar el contexto, la “defensa especializada” será analizada a partir del proceso penal, ámbito de competencia que le corresponde al defensor penal y a la defensoría Penal Pública.

1.1.2 DEFENSA ESPECIALIZADA Y JURISDICCIÓN ESPECIAL

La defensa especializada no debe confundirse con la especialización de los tribunales, o más en general con la “jurisdicción especializada”. La jurisdicción especializada constituye una parte del total de la jurisdicción judicial que se avoca específicamente a una materia determinada. Cuando se habla de jurisdicción especializada, no se está aludiendo a la tradicional división entre tribunales civiles y penales, sino a la incorporación de formas alternativas de solución de conflictos

durante el proceso judicial –en relación a la forma canónica de resolución que es la sentencia condenatoria.

Un ejemplo de jurisdicción especializada es lo que se conoce en el derecho comparado como “Cortes de drogas”, las que se avocan al conocimiento y fallo de ciertos tipos de delitos vinculados con el tráfico de sustancias estupefacientes. En el marco del proceso penal, uno de los problemas que se ha detectado en el funcionamiento de esta nueva forma de “administración de justicia especializada”, es el abandono del principio constitutivo del derecho procesal penal, a saber, su carácter adversarial. El principio de adversariedad es reemplazado por un principio de “tratamiento” que enfatiza el concepto de “trabajo en equipo”. En esta labor el defensor es parte de un “equipo de trabajo”, es decir, deja de constituirse en un funcionario cuya labor es otorgar asistencia jurídica a un interés individual sin considerar efectos sociales agregados beneficiosos, para pasar a ser uno de los objetivos de su función que el individuo, llegado el caso y cumpliéndose los requerimientos correspondientes, se someta, por ejemplo en el caso de la Cortes de Drogas, a tratamiento. En la jurisdicción especial la función que el abogado cumple se asocia prioritariamente al cumplimiento de un efecto social agregado y no al interés personal que el individuo persigue a través de la labor del defensor. El abogado defensor deja de ser considerado como un “adversario” a la pretensión del órgano persecutor en el proceso penal, así se genera, entonces, el problema de la pérdida del carácter adversarial del proceso penal².

El establecimiento de mecanismos alternativos a la solución de conflictos en el proceso penal como actualmente son la Suspensión Condicional del Procedimiento y los Acuerdos Reparatorios, precisamente porque introducen en alguna medida algunos de los conflictos que generan las “jurisdicciones especiales” –específicamente en relación al principio de adversariedad- y porque son ampliamente utilizados por los operadores del sistema jurídico-penal, deben ser tomados en consideración para la definición de lo que es una defensa especializada, para así evitar distorsiones. La distorsión se produce cuando el defensor pasa a ser considerado como integrante de un “equipo de trabajo” tal como en la “jurisdicción especializada”, pues entonces la noción de defensa especializada abandona la justificación –constitucional, como se verá en el siguiente apartado- de la labor del defensor, a saber, la defensa de un interés individual. Para evitar una concepción errónea de lo que es una defensa especializada no deben introducirse en ésta elementos de la “jurisdicción especial”, en el fondo, el considerar la “jurisdicción especial” define en forma negativa lo que es una defensa especializada, si bien no suministra información acerca de lo que es, si afirma lo que no debe ser.

1.1.3 DEFENSA, DERECHO CONSTITUCIONAL Y PRINCIPIO DE IGUALDAD

La función “negativa” que debe cumplir la “jurisdicción especial” en la definición de la defensa especializada se basa en la Constitución. En efecto, la Constitución diseña de forma “positiva” –pues afirma que cuenta como defensa en el proceso penal- los elementos que permiten continuar la tarea de conceptualización de la defensa especializada, al suministrar el concepto de derecho a la asistencia jurídica y al establecer el principio de igualdad.

A grandes rasgos, el derecho a la asistencia jurídica significa que el Estado debe garantizar que a aquel en contra de quien se dirige la persecución penal tenga la posibilidad de defenderse adecuadamente. La defensa, entonces, debe ser entendida como una función separada de la función de investigar y de la de juzgar. En esta medida la posición institucional de la defensa de acuerdo a la Constitución, es totalmente diferente a la defensa que existe en la “Jurisdicción Especial”. En la jurisdicción especial, el defensor ocupa una posición en un “equipo” de trabajo,

² Meekins, Tamar M., “Specialized Justice: The Over-Emergence of Specialty Courts and the Threat of a New Criminal Defense Paradigm”, *Suffolk University Law Review*, Volume XL, Number 1 (2006), p. 7.

dentro del cual se incorpora a la víctima y al persecutor. En el proceso penal el defensor no es parte de un equipo de trabajo que tiene un objetivo común y que es integrado por el juez y el persecutor (y la víctima en su caso), el defensor ocupa una posición autónoma en el proceso precisamente porque su deber constitucional es velar exclusivamente por el interés del imputado, esto es lo que explica que en el proceso penal la relación entre imputado y fiscal sea entendida como una relación de “adversarios”, y que indirectamente exige como elemento negativo de la definición, la interpretación de la labor de defensa en la “jurisdicción especial”.

Desde el punto de vista del contenido y en conformidad con el derecho constitucional, la exigencia de asistencia jurídica se cumple siempre que el Estado provea un sistema de asistencia legal que sea capaz de cumplir la función de contrapeso suficiente frente al poder que detenta el órgano persecutor –y que representa al Estado- en un juicio criminal. En Chile esta exigencia en el proceso penal es cumplida a través del servicio que presta la Defensoría Penal Pública, cuando el imputado no cuenta con los recursos necesarios para solventar los aranceles privados o desea ser defendido por este Servicio Público. Obviamente, la defensa puede ser proporcionada por un defensor ajeno al sistema de la Defensoría penal Pública, pero en tal caso, es una elección del imputado que no compromete la responsabilidad del Estado.

La importancia constitucional de la existencia de la Defensoría Penal Pública está directamente fundada en el deber del Estado de proporcionar defensa jurídica, la Defensoría es la forma que asume el debido cumplimiento de dicho deber. De no existir esta institucionalidad ni la debida provisión de estos servicios, existiría un déficit en el cumplimiento del deber estatal de prestar una defensa jurídica y por ende podría incurrirse, al menos, en responsabilidad internacional.

Para dar plena vigencia al derecho constitucional chileno no basta, en todo caso, con la existencia de una institucionalidad que preste servicios de defensa jurídica, debe también respetarse en su ejercicio el principio de igualdad. Básicamente el principio de igualdad exige, dependiendo de las circunstancias, un tratamiento igual o un tratamiento desigual³. El tratamiento desigual es necesario cuando las diferencias de los sujetos deben ser tomadas en consideración precisamente para mantener la vigencia del principio de igualdad. Dicho en otras palabras, el tratamiento desigual es necesario cuando no tomar en consideración las diferencias existentes origina un tratamiento contrario al principio de igualdad. En este contexto, en el que los sujetos beneficiados requieren de una prestación que reconozca sus particularidades –en razón de su vulnerabilidad social, como se verá con posterioridad (para ello puede recurrirse a la Reglas de Brasilia⁴) y en razón de su vulnerabilidad cultural, como se verá en la sección sub-siguiente-, está ordenado un tratamiento desigual, ello pretende garantizar su conformidad con el derecho constitucional.

³ Alexy, Robert, *Teoría de los Derechos Fundamentales*. Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, España, pp. 395-402.

⁴ Reglas de Brasilia

Sección 6ª.- Sistema de resolución de conflictos dentro de las comunidades indígenas

(48) Con fundamento en los instrumentos internacionales en la materia, resulta conveniente estimular las formas propias de justicia en la resolución de conflictos surgidos en el ámbito de la comunidad indígena, así como propiciar la armonización de los sistemas de administración de justicia estatal e indígena basada en el principio de respeto mutuo y de conformidad con las normas internacionales de derechos humanos.

(49) Además serán de aplicación las restantes medidas previstas en estas Reglas en aquellos supuestos de resolución de conflictos fuera de la comunidad indígena por parte del sistema de administración de justicia estatal, donde resulta asimismo conveniente abordar los temas relativos al patrimonio cultural y al derecho a expresarse en el propio idioma.

1.1.4 DEFENSA ESPECIALIZADA Y DERECHO INTERNACIONAL

Las exigencias constitucionales permiten justificar prima facie la necesidad de una defensa especializada porque ordenan un tratamiento diferenciado o desigual, sin embargo no suministran la forma como aquél debe particularizarse. La especificación de este tratamiento diferenciado puede lograrse con normas integrantes de lo que se ha denominado derecho internacional de los derechos humanos, es decir, disposiciones sobre derechos humanos y que están establecidas en tratados internacionales que han sido suscritos por Chile. En materia procesal penal dos tratados - Art. 8 N° 2 letra e) de la CADH y el art. 14 N° 3 letra d) PIDCP- ratifican la importancia que tiene la defensa jurídica en el proceso penal. La razón de ser de estos preceptos, se justifica en que el proceso penal puede tener como consecuencia la afectación más grave de los derechos fundamentales que se reconocen a los individuos y categorías de personas. Precisamente por este riesgo de afectación de derechos es que se establecen protecciones adicionales que no es posible encontrar en otras ramas del derecho, como en el derecho procesal civil o laboral.

Tanto la Constitución como estos tratados –CADH y PIDCP- definen lo prioritario de la prestación de asesoría jurídica, más tampoco exigen explícitamente la necesidad de una defensa especializada. La necesidad de la defensa especializada sólo se concreta como obligación para el Estado en referencia con otros Convenios Internacionales suscritos por Chile. Estos Convenios establecen obligaciones para el Estado de dar un tratamiento diferenciado, verbigracia, respecto de los niños –Convención sobre los Derechos del Niño- de los pueblos indígenas –Convenio 169 de la OIT-, de las mujeres –CEDAW y Convención de Belem do Pará-, discapacitados –Convención de Derechos de los Discapacitados-, inmigrantes –Convención internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares. La asistencia jurídica en este tipo de casos, para poder ser comprendida como tal, esto es, como forma de asistencia jurídica, debe reformularse de forma de captar las particulares características de sujetos considerados como “vulnerables”.

1.1.5 MULTICULTURALIDAD Y VULNERABILIDAD CULTURAL

Cuando se habla hoy de los derechos de los miembros pertenecientes a pueblos originarios y cual es el trato debido que el Estado debe proporcionarles, parece obligada la referencia a aquello que se ha denominado “multiculturalismo”.

En la filosofía política contemporánea puede arribarse a diferentes conceptos sobre lo que es el multiculturalismo, lo que depende básicamente de dos métodos distintos empleados para ello. Ambos métodos comparten un elemento en común fundamental, ambos se basan en diversos conceptos de cultura.

Una alternativa metodológica ha consistido en definir en forma “amplia” que es lo que debe entenderse por cultura, para luego intentar determinar si es que hay diferencias en grupos minoritarios en referencia a una “mayoría” –generalmente de carácter nacional- y a partir de las cuales se precisa qué tipo de medidas son las que estos grupos requieren para proteger sus intereses. Esta es sin duda una alternativa metodológica plausible, no obstante, aquí se opta por otra alternativa, a saber, una noción de cultura que abarque exclusivamente a ciertas clases de grupos minoritarios cuyo origen sin bien difiere –minorías de origen étnico y migratorio-, reúnen ciertas características especiales frente a otros grupos minoritarios –esta es una primera justificación para adoptar un concepto restringido de cultura. Este concepto “restringido” de cultura permite diferenciar el tipo de tratamiento y de políticas públicas que le compete al Estado respecto de los pueblos originarios en relación a las medidas que le compete respecto de otras minorías, como podría ser por ejemplo la minoría gay o los discapacitados. La otra justificación de la elección de un concepto restringido de cultura, es que permite diferenciar el tipo de medidas por cuya omisión el Estado puede hacerse responsable.

En conclusión, el concepto de cultura adecuado a las dos justificaciones que se enunciaron, no es uno con arreglo al cual aquellas diferenciaciones no sean posibles –entre por ejemplo pueblos originarios y otras minorías de origen no-étnico-, sino precisamente lo contrario. En razón de lo anterior preferimos aquel concepto de cultura que utiliza Will Kymlicka:

... yo estoy usando “cultura” como sinónimo de “nación” o “pueblo” –esto es, una comunidad intergeneracional, más o menos institucionalmente completa, que ocupa un determinado territorio o patria, y que comparte un lenguaje e historia distintivo. Y un estado es multicultural si sus miembros o pertenecen a diferentes naciones (un estado multinacional), o han emigrado de diferentes naciones (un estado poliétnico), y si este hecho es un aspecto importante de su identidad personal y vida política.”⁵

El Estado chileno es entonces multicultural, porque los miembros de los pueblos originarios pertenecen a diferentes “naciones” preexistentes a la colonización española.

El concepto de multiculturalismo no tiene una función puramente descriptiva, tampoco es un concepto “neutral”, si bien permite justificar la convivencia de una pluralidad de culturas que cohabitan dentro de un territorio sin que ninguna pueda pretender hegemonía sobre la otra, permite la crítica de la forma como se desarrolla la cultura “mayoritaria” en un momento histórico determinado, en esto radica su importancia práctica, pues manifiesta la necesidad de políticas públicas para la corrección de estas distorsiones.

El hecho que permite la crítica y que el multiculturalismo hace evidente es la constante falta de neutralidad del Estado en la mantención de su propia identidad cultural. El problema se cimienta en que por un lado la nación chilena es culturalmente diversa y por ende multicultural, y por otro que por mucho que el Estado sancione y establezca responsabilidades –como en casos o situaciones concretas de discriminación- no puede evitar al mismo tiempo no ser neutral en cuestiones culturales, por ejemplo al decidir cuál es el lenguaje oficial que se habla o cuáles son los contenidos de enseñanza con los que los estudiantes se forman⁶. Naturalmente, una vez identificada esta falta de “neutralidad” es posible detectar situaciones específicas en muchos otros ámbitos de la sociedad, en particular y en lo que nos es atinente, en la forma de administración de justicia y precisamente en aquel ámbito donde se pueden afectar de manera más grave los derechos fundamentales de los ciudadanos, a saber, en el proceso penal.

La falta de neutralidad del Estado en lo cultural puede ser corregida, así lo demuestra la experiencia comparada en Canadá y los Estados Unidos. Para corregir esta “distorsión cultural” no basta un enfoque de “mera tolerancia” hacia la diversidad cultural, sino que se requiere de acciones concretas y positivas del Estado para reforzar las capacidades individuales y colectivas de aquellos que se encuentran en una situación de desventaja con respecto a la cultura dominante. Estas acciones, entonces, se justifican por lo que denominaremos la especial posición de “vulnerabilidad cultural” de sus destinatarios.

En el plano de la defensa penal, esta “vulnerabilidad cultural” exige la existencia de medidas que disminuyan las brechas que sitúan al sujeto en una posición de desventaja, por lo mismo requiere no sólo del apoyo de un profesional experto en derecho procesal penal, sino de otros funcionarios que conozcan su lengua y su cultura, de modo de poder equiparar su situación a la posición que tendría aquel que siendo parte de la cultura mayoritaria fuera imputado de un delito. En particular, se hace indispensable recurrir a la figura del “facilitador intercultural” en la ejecución de la labor de defensa.

En conformidad a los elementos de los puntos anteriores es posible definir lo que es una defensa especializada: defensa especializada es aquella defensa jurídica de un interés individual

⁵ Kymlicka, Will. *Multicultural citizenship. A liberal theory of minority rights*. Clarendon Press, Oxford. 1995. p. 18.

⁶ Patten, Alan. “The rights of internal linguistic minorities”, en *Minorities within minorities. Equality, Rights and Diversity*, edited by Avigail Eisenberg and Jeff Spinner-Halev, Cambridge University Press. 2005. pp. 135-156.

que debe considerar las especiales condiciones de los destinatarios de dicha defensa cuando ello es exigible, y, es jurídicamente exigible adoptar las medidas necesarias para incorporar dichas diferencias en la defensa cuando de cuya omisión se pueda seguir la responsabilidad del Estado por el incumplimiento de obligaciones internacionales y/o constitucionales y por ende el imputado sea perjudicado en el derecho a un trato desigual, trato que se justifica por la especial vulnerabilidad –social como cultural- del imputado indígena.

1.1.6 NATURALEZA JURÍDICA DEL CONVENIO 169 DE LA OIT

Si el fin que se persigue en esta vida en común, de acuerdo a la Constitución, es la consolidación de un Estado democrático de derecho en que todos tengamos las condiciones que nos permitan la mayor realización espiritual y material posible, una sana relación entre el Estado y los pueblos originarios parece un presupuesto fundamental. En definitiva, la base para la construcción de relaciones más justas entre los diferentes pueblos pasa hoy necesariamente porque el Estado chileno reconozca su deber de cumplimiento de buena fe del Convenio 169, el tratado Internacional vigente que regula los derechos de los pueblos indígenas, y adopte las medidas legislativas y administrativas que correspondan. El desafío entonces es primordialmente un desafío político, porque es el Congreso y el gobierno quienes son en primer lugar destinatarios de las obligaciones internacionales contraídas a través de la suscripción del Convenio 169 de la OIT. De hecho, un análisis superficial del texto del convenio 169 es demostrativo al respecto, si bien no hay duda alguna de que algunos de los preceptos de este convenio son auto-ejecutables, la mayoría constituyen mandatos de acción –medidas las denomina el convenio- dirigidos directamente al Estado y que involucran para éste el deber de decretar medidas tanto administrativas como legales.

Aún cuando se afirme que el Estado no ha institucionalizado estas medidas, como recurso para negar el carácter auto-ejecutivo de las disposiciones del Convenio, no puede negarse su carácter obligatorio en muchos aspectos. Primero, porque gran parte del Convenio ya fue previamente objeto de institucionalización legal a través de la ley 19.253, de allí que ya exista actualmente una práctica, si bien todavía incipiente y no suficientemente desarrollada, del reconocimiento de la cultura mapuche tanto en medidas administrativas como en sentencias de tribunales de justicia. El Convenio 169, en estas materias constituye un reforzamiento y nuevo posicionamiento del tema indígena en la relación del Estado con los pueblos originarios. Segundo, el mismo Convenio parece suministrar un criterio útil para determinar cuándo una disposición es o no exigible. En efecto, en la mayor parte de los preceptos del Convenio es posible distinguir nítidamente sus “destinatarios”, es decir, la persona, órgano o grupos de personas a quien va dirigido la directiva contenida en la disposición –mandato, prohibición o permisión. Así en el Convenio muchos preceptos prescriben que “Los gobiernos deberán velar” o que “Los gobiernos deberán tomar medidas”, lo que indica tres cuestiones: (1) indica quien es el destinatario del precepto (por “gobierno” se entiende la autoridad con representación política, es decir, el poder legislativo y ejecutivo); (2) da a entender que el precepto ordena como condición para considerar que se cumple el Convenio –es decir, alguna de sus disposiciones en particular- que el “gobierno” debe hacer algo en el futuro; (3) permite interpretar que toda otra disposición cuyo destinatario no sea el gobierno, no requiere de un acto administrativo o legal para ser judicialmente exigible.⁷

⁷ El criterio esbozado en este párrafo dependiendo de la estrategia de defensa pudiera no ser “conveniente” –para la defensa-, en tal caso deberá elaborarse otra alternativa interpretativa convincente. En todo caso, la tesis aquí desarrollada tiene la ventaja de que considera necesariamente como “judicialmente exigible” todo el contenido de los artículos 8, 9 y 10, los que son directamente aplicables al proceso penal.

1.1.7 ELEMENTOS DE UNA DEFENSA ESPECIALIZADA

De los apartados anteriores se desprenden ciertos elementos mínimos a considerar para la definición de una defensa especializada:

En primer lugar, la necesidad de la asistencia jurídica en el proceso penal se justifica tanto por las prescripciones de la Constitución, los Tratados Internacionales y el hecho de tratarse el proceso penal la forma de afectación legítima más grave de derechos fundamentales.

En segundo lugar, la necesidad de la asistencia jurídica está prescrita por la Constitución, la que exige considerar negativamente que esta defensa no puede asimilarse a la “jurisdicción especializada” y que exige considerar las especiales particularidades de los destinatarios en cuestión por disponerlo así el principio de igualdad. En este caso el principio de igualdad exige un tratamiento desigual.

En tercer lugar, la necesidad de tratamiento diferenciado se justifica por la vulnerabilidad social y cultural de los imputados indígenas.

En cuarto lugar, el tratamiento diferenciado se especifica a través de las prescripciones que establecen los Tratados Internacionales, los que establecen deberes de protección específicos respecto de cierto tipo de destinatarios. Estos sujetos son merecedores de una protección reforzada para garantizar adecuadamente sus derechos.

En quinto lugar, la exigencia de otorgar defensa especializada requiere no solo de asistencia de tipo jurídico, sino que la defensa como tal debe captar las especiales características del sujeto en cuestión –su posición es descrita como vulnerabilidad cultural-, si para ello es necesario contar con otro tipo de asistencia complementaria –se alude a la figura del facilitador intercultural-, el deber por parte del Estado sólo podrá cumplirse cuando de forma efectiva disponga de mecanismos suficientes para garantizar que la defensa se preste con asistencia de tipo complementario, pues sólo de esta forma se puede equiparar la situación del imputado indígena a la posición que tendría aquel que siendo parte de la cultura mayoritaria fuera imputado de un delito.

En sexto lugar, la garantía de la defensa jurídica es un derecho judicialmente exigible. Esto presenta un problema, porque tradicionalmente no se ha desarrollado la garantía de la defensa especializada y menos aún ha sido concebida como un derecho judicialmente exigible. La exigibilidad judicial de los derechos es habitualmente considerada en la teoría del derecho en general y en la teoría de los derechos subjetivos en particular, como una de las propiedades básicas de los derechos subjetivos o constitucionales –denominadas también como derechos de primera generación. Estimar que la defensa especializada es necesaria pero que no es judicialmente exigible equivale a negar que su institucionalización es parte de los deberes del Estado. No obstante, en la medida que se considere correcta la argumentación que aquí se ha expuesto, es posible concluir que la defensa especializada también es un derecho judicialmente exigible. Ello vendría justificado por la estructura de este derecho, a saber, como una especificación del derecho a la asistencia jurídica en casos de destinatarios características especiales, correlativo al deber del estado de otorgar asistencia jurídica en casos de destinatarios características especiales.

1.1.8 LA DEFENSA ESPECIALIZADA CON MODELOS DE DEFENSA

Las recientes experiencias de defensa especializada realizadas por la Defensoría Penal Pública se han consolidado en la elaboración de modelos específicos de defensa, este es el caso de la defensa juvenil, penitenciaria y mapuche. En estos casos, se establecen los fundamentos normativos que incluyen los tratados ratificados por el Estado de Chile, la norma constitucional, las leyes correspondientes y también los reglamentos aplicables a sujetos específicos a los que

estas distinguen como colectivos sociales vulnerables o por otro criterio que afecte su acceso a la justicia. Entre estos casos se puede considerar a las mujeres, los jóvenes, personas pertenecientes a pueblos originarios y otros sobre los cuales aún no se han emprendido modelos de defensa especializada como es el caso de los extranjeros.

Un segundo elemento de los modelos se concentra en construir una sistematización del cuerpo normativo que el defensor debe dominar a nivel cognitivo y actitudinal, como también los conocimientos para el apoyo complementario que proporcionan los equipos de soporte a la defensa constituidos por otros profesionales (asistentes sociales, psicólogos y peritos en general) y expertos como es el caso de los facilitadores interculturales. Este conocimiento sistematizado constituye la base de competencias que se deben incorporar al modelo de defensa como perfil del defensor y de quienes ejercen funciones de apoyo.

Un tercer elemento corresponde al diseño técnico de operación y que puede resumirse en la determinación territorial de la prestación, la estimación de recursos humanos, de cargas de trabajo, estándares, los sistemas de información, de evaluación, control y otros que se expresan posteriormente en el programa presupuestario de la defensa especializada.

Este breve esquema permite hacer compatible la concepción de una particular defensa especializada con la forma de actuación del Estado de tal manera que la defensa especializada sea entendida como un derecho que se respaldada con una política pública.

1.2 FUNDAMENTOS LEGALES Y CULTURALES PARA LA EXISTENCIA DE UNA DEFENSA ESPECIALIZADA PARA INDÍGENAS

El derecho a la defensa durante el proceso penal debe reforzarse en el caso indígena, a través de la existencia de mecanismos específicos que permitan el cumplimiento de las garantías mínimas⁸ establecidas a nivel internacional, de manera efectiva y pertinente.

Como hemos visto, la justificación constitucional puede comenzar a derivarse a partir del principio de igualdad constitucional, lo que se complementa en el nivel internacional con la Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación Racial y en el Convenio 169 de la OIT, concebida como una “medida especial” que deben adoptar los estados para “salvaguardar las personas, las instituciones, los bienes, el trabajo, las culturas y el medio ambiente de los pueblos interesados”⁹. Este tipo de defensa penal no constituye un acto de discriminación, sino que por el contrario se erige como una de las medidas especiales adoptadas precisamente para garantizar la conformidad con el principio de igualdad. En efecto, estas medidas se despliegan:

“... con el fin exclusivo de asegurar el adecuado progreso de ciertos grupos raciales o étnicos o de ciertas personas que requieran la protección que pueda ser necesaria con el objeto de garantizarles, en condiciones de igualdad, el disfrute o ejercicio de los derechos humanos y de las libertades fundamentales”.¹⁰

⁸ Estas garantías se encuentran consagradas en el Art. 8 de la Convención americana sobre derechos humanos (CADH). Adoptada en San José de Costa Rica el 22 de noviembre de 1969. Entrada en vigor: 18 de julio de 1978; Art. 14 del Pacto Internacional de derechos civiles y políticos (PIDCP). Adoptado por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su Resolución 2200 A (XXI), de 16 de diciembre de 1966. Entrada en vigor: 23 de marzo de 1976 y en XX Convención Internacional para la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas (CIDF) Adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su Resolución A/RES/61/177 del 20 de diciembre de 2006.

⁹ Art. 4 Convenio 169 de la OIT.

¹⁰ Artículo 1º inciso 4, dispone que: “Las medidas especiales adoptadas con el fin exclusivo de asegurar el adecuado progreso de ciertos grupos raciales o étnicos o de ciertas personas que requieran la protección que pueda ser necesaria con el objeto de garantizarles, en condiciones de igualdad, el disfrute o ejercicio de los derechos humanos y de las libertades fundamentales no se consideran como medidas de discriminación racial, siempre que no conduzcan, como consecuencia, al mantenimiento de derechos distintos para los diferentes grupos raciales y que no se mantengan en vigor después de alcanzados los objetivos para los cuales se tomaron.”

Por otra parte el artículo 12 del Convenio 169 de la OIT señala que:

“...los pueblos interesados deberán tener protección contra la violación de sus derechos, y poder iniciar procedimientos legales, sea personalmente o bien por conducto de sus organismos representativos, para asegurar el respeto efectivo de tales derechos. Deberán tomarse medidas para garantizar que los miembros de dichos pueblos puedan comprender y hacerse comprender en procedimientos legales, facilitándoles, si fuere necesario, intérpretes u otros medios eficaces”.

En virtud de estas normas constitucional e internacionales, una Defensoría Penal para indígenas habrá de contar con personal administrativo, abogados indígenas o defensores que manejen los elementos culturales, cosmovisión y derecho indígena que incidan en la defensa, que trabajen de manera interdisciplinaria y colaborativamente con facilitadores y traductores idóneos, personal capacitado para la elaboración de informes sociales, realizar labores de promoción de derechos, todo ello muy de cerca con el Imputado indígena y con la comunidad que suele tener un rol muy activo en los procesos penales¹¹.

En síntesis podemos afirmar que los pueblos indígenas requieren de defensa especializada porque:

- ✓ Forman parte del grupo de personas con mayores condiciones de vulnerabilidad social y económica especialmente las mujeres, que deben ser enfrentadas por los estados, a través de medios eficaces, de manera preferente y gratuita.
- ✓ Constituyen entidades colectivas que poseen valores, prácticas sociales, jurídicas, culturales y religiosas, sistemas de autoridad y resolución de conflictos propios, que requieren de mecanismos de protección que aseguren sus derechos específicos.

Los Pueblos Indígenas forman parte del grupo de personas con mayores condiciones de vulnerabilidad, en especial las mujeres

Los Pueblos indígenas generalmente forman parte de la población mundialmente más discriminada y vulnerable. Es así como estas naciones tienen una esperanza de vida menor, mayores tasas de mortalidad materna e infantil, y menos acceso a servicios de salud, mayores tasas de desempleo, menos años de educación y acceso a educación y capacitación vocacional que los promedios nacionales, situación que se agrava tratándose de mujeres y niños¹². Las primeras, quienes sufren una triple discriminación en razón de ser mujeres, indígenas y pobres, están “en peor situación que los hombres indígenas y las mujeres no indígenas en términos de niveles de pobreza, acceso a educación, recursos económicos y de salud, participación política y acceso a la tierra, entre otros asuntos”¹³.

Estas condiciones de marginación y exclusión social han sido consideradas al momento de configurar el derecho de acceso a la justicia de los pueblos indígenas. Las circunstancias sociales y económicas descritas unidas a la discriminación étnica de las que suelen ser objeto hacen que presenten mayores dificultades para “ejercitar con plenitud ante el sistema de justicia los derechos reconocidos por el ordenamiento jurídico”, y de allí que se considere que los indígenas son personas en condición de vulnerabilidad.¹⁴

¹¹ Véase el Capítulo II, 2.2.3 y en las páginas siguientes las implicancias que estos principios conllevan al estado, y en especial a la Defensoría Penal Pública.

¹² Especial consideración se debe tener respecto a los derechos de las mujeres que como se ha señalado sus derechos se encuentran reconocidos en diversos instrumentos internacionales, específicamente en: Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas, Artículo 44; Convenio No. 169 de la OIT, Artículo 3, Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, Artículo 2; Declaración de Beijing, Artículo 32; Plataforma de acción de Beijing, Artículo 34.

¹³ Directrices sobre los Asuntos de los Pueblos Indígenas. Grupo de Naciones Unidas para el Desarrollo. Naciones Unidas. Febrero de 2008.

¹⁴ “Podrán constituir causas de vulnerabilidad, entre otras, las siguientes: la edad, la discapacidad, la pertenencia a comunidades indígenas o a minorías, la victimización, la migración y el desplazamiento interno, la pobreza, el género y la

Al respecto, las Reglas de Brasilia sobre acceso a la justicia de las personas en condición de vulnerabilidad¹⁵ señala que:

“Las personas integrantes de las comunidades indígenas pueden encontrarse en condición de vulnerabilidad cuando ejercitan sus derechos ante el sistema de justicia estatal. Se promoverán las condiciones destinadas a posibilitar que las personas y los pueblos indígenas puedan ejercitar con plenitud tales derechos ante dicho sistema de justicia, sin discriminación alguna que pueda fundarse en su origen o identidad indígenas. Los poderes judiciales asegurarán que el trato que reciban por parte de los órganos de la administración de justicia estatal sea respetuoso con su dignidad, lengua y tradiciones culturales...”

Desde este punto de vista, las exigencias para cumplir con el principio de igualdad se vuelen todavía más necesarias, porque a la vulnerabilidad cultural –*vid. supra* 1.1.5 Parte I- se suma la vulnerabilidad social de los imputados indígenas.

Constituyen entidades que poseen valores, prácticas sociales, jurídicas, culturales y religiosas, sistemas de autoridad y resolución de conflictos propios

Los Pueblos Indígenas por definición constituyen entidades diferenciadas culturalmente del resto de la población. Tanto el Convenio 169 de la OIT, la Declaración sobre Pueblos Indígenas de Naciones Unidas como las definiciones doctrinarias elaboradas, por ejemplo por Martínez Cobo¹⁶ y el Grupo de Trabajo sobre Poblaciones Indígenas de Naciones Unidas, permiten sostener que los Pueblos Indígenas como tales son sujetos de derechos fundamentales, específicamente, pueden concebirse como titulares de un derecho colectivo a su identidad e integridad cultural¹⁷. No obstante lo anterior, es objeto de debate en el derecho internacional y constitucional comparado la titularidad de derechos fundamentales por sujetos colectivos, sobre todo en Chile pues el sistema jurídico no reconoce la existencia de pueblos indígenas. De hecho, actualmente es parte del programa de gobierno el reconocimiento constitucional de los pueblos indígenas. Esto demuestra que la tesis que sostiene la titularidad de derechos fundamentales por sujetos colectivos no está totalmente zanjada en Chile.

Los defensores de indígenas deben conocer el contexto cultural de las personas defendidas. Como lo señala el Art. 10 del Convenio 169 de la OIT, deben tomar en cuenta las características económicas, culturales y sociales indígenas cuando se impongan sanciones penales:

“Esto es de vital importancia en la argumentación que debe hacer un defensor público o cualquier defensor en un caso penal, ha sido una constante de que no se invoquen estas características. Eso hace que las personas indígenas puedan tener una defensa apropiada a esas características. Un defensor, fiscal o juez debe investigar plenamente o cerciorarse de esas características para poder dar mayor efectividad a su labor a favor de la justicia”¹⁸

privación de libertad. La concreta determinación de las personas en condición de vulnerabilidad en cada país dependerá de sus características específicas, o incluso de su nivel de desarrollo social y económico”. Sección 2ª.- Beneficiarios de las Reglas.1.- Concepto de las personas en situación de vulnerabilidad. Reglas de Brasilia sobre acceso a la justicia de las personas en condición de vulnerabilidad (Año 2008).

¹⁵ Cumbre Judicial Iberoamericana. Documento presentado por el grupo de trabajo a la tercera reunión preparatoria. Andorra, 4 al 8 de febrero de 2008. Estas reglas desarrollan los principios recogidos en la “Carta de Derechos de las Personas ante la Justicia en el Espacio Judicial Iberoamericano” (Cancún 2002), apartados 23 a 34 relativos a “Una justicia que protege a los más débiles”. En su generación participaron las principales redes iberoamericanas de operadores y servidores del sistema judicial: la Asociación Iberoamericana de Ministerios Públicos, la Asociación Interamericana de Defensorías Públicas, la Federación Iberoamericana de Ombudsman y la Unión Iberoamericana de Colegios y Agrupaciones de Abogados.

¹⁶ Study of the Problem of Discrimination against Indigenous Populations (E/CN.4/Sub.2/1986/7).

¹⁷ Véase Capítulo II apartado 2.1.3 sobre Conceptualización de Pueblos Indígenas y Tribales.

¹⁸ Romeo Tiu. Abogado e Investigador de origen Maya. K’iche. Ex Comisionado coordinador de la Comisión Presidencial contra la discriminación y el racismo contra los Pueblos Indígenas. (Guatemala, Año 2007-2008). Miembro Consejo Maya, asesor de la investigación sobre el sistema jurídico maya del Instituto de Investigaciones Sociales de la Universidad Landivar de Guatemala. Oficial de Asuntos Indígenas. Observador de Derechos Humanos, Naciones Unidas en Guatemala (MINUGUA, 1996-1999). Entrevista personal. Totonicapán, Guatemala. Julio de 2010.

Lo anterior implica, que los funcionarios de la administración pública, especialmente en el proceso penal, deben tener conocimientos amplios en materia cultural indígena y de sus derechos en general, y como lo señala Tiu:

“Si pueden hablar un idioma indígena mejor. Las instituciones públicas deben privilegiar la contratación de personal indígena, que reúna esas calidades; eso no descarta la contratación de personas que se esfuerzan por lograr mayor conocimiento en ese sentido. No es igual comprender un solo idioma que dos o tres, eso es una garantía de mejor comprensión, indudablemente. También es relevante conocer sobre propiedad y posesión no solo de tierras, sino de recursos naturales, ahora que está existiendo mucha vulneración de esos derechos de los pueblos indígenas. O sea, es recomendable darle utilidad a los artículos 14 al 17 de dicho Convenio, ya que está relacionado a varios delitos que podrían emplearse para ejercer presión sobre miembros de los pueblos indígenas, o para proveerles una buena defensa técnica”.¹⁹

En efecto, esta disposición asume implícitamente que están involucrados en la adjudicación penal, conocen y dominan los elementos culturales relevantes para el proceso penal. Esto no sólo exige una especialización de los defensores penales, sino de los actores del proceso penal, tribunales, fiscales, policías, etc.

La defensa penal especializada para indígenas es aquella defensa jurídica que garantiza a los pueblos indígenas (en su dimensión individual o colectiva) en condiciones de igualdad el disfrute o ejercicio de los derechos humanos que les asisten en su calidad de personas, así como de sus derechos específicos y propios en el ámbito de un proceso penal.²⁰

La especialidad de esta defensa obedece tanto a las condiciones propias de los defensores como a las características específicas de los sujetos o destinatarios de esta defensa (integrantes de los pueblos indígenas, en su calidad de individuos o en su dimensión colectiva), a sus necesidades e intereses, así como a las complejidades de los asuntos penales envueltos, los cuales muchas veces dicen relación con aspectos relativos a la reivindicación de derechos culturales o políticos, o que sin serlo afectan de una u otra forma a la convivencia cultural de estos pueblos.

La necesidad de contar con este tipo de defensa ha llevado a establecer diversos modelos de defensa entre ellas las que revisaremos a continuación.

1.3 MODELOS SOBRE DEFENSORÍAS INDÍGENAS EN AMÉRICA LATINA: BOLIVIA, COLOMBIA Y GUATEMALA

El ejercicio efectivo de los derechos y libertades fundamentales consagrados en los distintos instrumentos jurídicos, ya sean de carácter internacional o interno, requieren que todas las personas tengan acceso efectivo a servicios jurídicos prestados por abogados y defensores independientes, que los protejan y los defiendan en todas las fases de un proceso penal²¹.

Por tratarse de un derecho fundamental, éste debe ser cautelado y garantizado por el Estado, que debe establecer procedimientos eficientes y mecanismos adecuados para “hacer posible el acceso efectivo y en condiciones de igualdad a la asistencia letrada de todas las personas que se encuentren en su territorio y estén sometidas a su jurisdicción, sin ningún tipo de distinción ni discriminaciones”.

En América latina, existen defensorías para indígenas, que son relevantes de observar en tanto que la definición de sus objetivos y funciones implica un cierto modelo aplicado para la

¹⁹ Tiu Romeo, ob. cit.

²⁰ Véase el artículo 1º inciso 4 de la Convención sobre Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial citado más adelante.

²¹ Acceso a la Asistencia Letrada y Servicios Jurídicos. Principios básicos sobre la función de los abogados. Aprobados por el Octavo Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente, celebrado en La Habana del 27 de agosto al 7 de septiembre de 1990.

promoción, respeto, defensa y ejercicio de derechos para los pueblos originarios. En los países donde la presencia indígena representa un porcentaje cercano o superior al 50% de la población, estas experiencias cobran centralidad en los procesos de democratización de la sociedad a partir de la década de los 90 en adelante. Se pueden mencionar Bolivia, Colombia y Guatemala entre los países latinoamericanos que han avanzado en el abordaje de la temática indígena, implementando modelos de defensorías y/o servicios jurídicos especializados en prestar asistencia gratuita a la población indígena más desfavorecida.

En Bolivia, por Decreto Supremo No. 26151 de 12 de abril de 2001, se crea el Servicio de Asistencia Jurídica a los Pueblos Indígenas y Originarios (SAJPIO). Se considera este organismo como una instancia dependiente del Ministerio de Asuntos Campesinos, Pueblos Indígenas y Originarios. El SAJPIO forma parte del Servicio Nacional de Defensa Pública y es una instancia encargada de prestar asistencia jurídica-técnica en el proceso de procuración y vigilancia de los derechos colectivos de las comunidades campesinas, pueblo indígenas y originarios del país.²²

Las funciones del Servicio de Asistencia Jurídica a Pueblos Indígenas y Originarios son²³:

- Promover el carácter multiétnico y pluricultural del país.
- Velar por el cumplimiento y aplicación de la legislación que establece los derechos y promueve el desarrollo del sector campesino, indígena y originario.
- Procurar y promover el reconocimiento del derecho propietario a la tierra y recursos naturales de las comunidades campesinas, pueblos indígenas y originarios.
- Apoyar el proceso de implementación de las diferentes leyes, decretos y reglamentos que incorporen la temática campesina, indígena y originaria.
- Promover y gestionar la incorporación de los derechos de las comunidades campesinas, pueblos indígenas y originarios en las nuevas leyes a ser aprobadas en el país, a través de propuestas de normas concertadas y consensuadas con los diferentes sectores involucrados: Organizaciones Campesinas, Indígenas y Originarias, Poderes del Estado y Sociedad Civil.

En Colombia, la ley 941 de enero de 2005 crea el Sistema Nacional de Defensoría Pública que presta su servicio en materia penal. La Defensoría Pública garantiza la asistencia judicial adecuada a los miembros de los pueblos indígenas y comunidades étnicas de acuerdo con los principios de diversidad cultural y pluralismo étnico señalados en la Constitución. La Defensoría del Pueblo, componente del Sistema, cuenta con una Defensoría delegada para los indígenas y las minorías étnicas. También pertenecen al Sistema los programas jurídicos que las autoridades indígenas establezcan.

Las funciones de la Defensoría delegada son:²⁴

- Formar a los ciudadanos en el conocimiento, la aplicación y la defensa de los derechos fundamentales, colectivos e integrales de los grupos étnicos.
- Desarrollar talleres de capacitación dirigidos a los servidores públicos del Estado y a los usuarios de la Defensoría del Pueblo en derecho y legislación étnica.
- Elaborar cartillas y documentos guías que le brinden a los servidores de la Defensoría, a los servidores públicos del Estado y a los usuarios del servicio, las herramientas necesarias que les permita entender y garantizar los derechos colectivos e integrales de los grupos étnicos (Autonomía, Territorio, Cultura, Salud y Educación de los grupos étnicos).

²² Inés Merensí, Reforma procesal penal y pueblos indígenas, documento de trabajo, CEJA, 2004.

²³ Creación del servicio de asistencia jurídica a pueblos indígenas y originarios decreto supremo nº 26151, Presidencia de la República, Bolivia, 2001.

²⁴ <http://www.defensoria.org.co/red/>

- Analizar la legislación étnica relacionada con la construcción e implementación de políticas públicas y la aplicación de las mismas, con el fin de recomendar correctivos y mejoras.
- Elaborar informes de diagnóstico de la situación de derechos humanos y de las políticas públicas correspondientes a los grupos étnicos y formular las recomendaciones correspondientes, mediante los informes y resoluciones defensoriales.
- Brindar atención especializada en asuntos étnicos a los clientes internos y externos de la Defensoría del Pueblo con el fin de hacer efectivos los derechos humanos y garantías fundamentales de los indígenas, afrocolombianos, raizales y de potenciarlos como titulares activos de los mismos, de conformidad con lo establecido en el Instructivo del Sistema de Atención Integral.
- Mediar en los conflictos internos e intraétnicos de las comunidades y pueblos que así lo requieran.
- Realizar el seguimiento a los acuerdos celebrados entre los grupos étnicos y el Estado, con el fin de verificar su cumplimiento.
- Realizar visitas periódicas de acompañamientos a los grupos étnicos que habitan regiones con situaciones críticas en derechos humanos.
- Brindar asesoría a los diferentes grupos étnicos, organizaciones, entidades estatales y dependencias internas de la Defensoría del Pueblo, relacionada con los asuntos de su competencia.

En Guatemala, la Ley de Servicio Público de Defensa Penal de diciembre de 1997²⁵ establece la obligación de la defensoría de atender la realidad pluricultural del país (Art. 29), además de adoptar una política de integración de abogados pertenecientes a los diferentes grupos étnicos del país (Art. 35).

Las defensorías indígenas fueron creadas en el marco del Instituto de Defensa Penal Pública, teniendo presente fundamentalmente la situación de los Pueblos indígenas (pobreza, barreras idiomáticas y culturales) y también como un modo de generar puentes interculturales entre la administración de justicia oficial y la justicia indígena. Estas se encuentran establecidas en diez (10) departamentos de la República (Huehuetenango, Sololá, Quiché, Mazatenango, Salamá, Cobán, Chimaltenango, Peten, Quetzaltenango y Totonicapán). Las funciones del Defensor Indígena son:²⁶

- Califica si el caso tiene pertinencia cultural y determina si el origen o causas del caso se encuentran dentro del ámbito intercultural. Esto se realiza bajo la supervisión del IDPP.
- Brinda atención especializada a grupos vulnerables, respetando sus costumbres y complementando el sistema jurídico indígena con el sistema jurídico estatal.
- Atiende a los imputados en su propio idioma para que éstos comprendan y sean comprendidos durante todo el proceso legal. También mantendrá informado a su patrocinado (a) del proceso.
- Resguarda los intereses de imputadas e imputados, desde el inicio del procedimiento dirigido en su contra hasta su completa terminación, proporcionando asesoría jurídica técnico penal adecuada relativa al caso.
- Resguarda los intereses, derechos y garantías de la imputada y del imputado, respetando la voluntad de su patrocinado y protegiendo sus derechos, garantías e intereses, velando para que su patrocinado no sea sometido a restricciones de libertad arbitraria ni ilegal.
- Vela por el cumplimiento de los principios del sistema acusatorio penal.

²⁵ Ley de Servicio Público de Defensa Penal que establece el desempeño del Defensor Público atendiendo a la realidad pluricultural del país, aprobada por decreto legislativo 129-97 de 10 de diciembre de 1997.

²⁶ <http://www.idpp.gob.gt/Servicios/DefIndigena>.

Estos modelos entregan elementos de referencia para el proceso implementado en Chile. A través de los tres ejemplos revisados es posible advertir la diversidad de objetivos y funciones en los modelos de asistencia jurídica especializada en pueblos indígenas. El modelo Boliviano presenta un tipo de asistencia jurídica que se centra en la promoción y la vigilancia de la aplicación de las leyes que garantizan los derechos de los pueblos indígenas reconocidos constitucionalmente. Cabe señalar, que Bolivia es un estado definido como multiétnico y pluricultural. En consecuencia con esta definición, coexisten un sistema de justicia formal y el sistema comunitario, en el cual prima la resolución de conflictos de acuerdo a la costumbre y tradición propia de los pueblos originarios²⁷.

Por su parte la defensoría del pueblo colombiana, además de funciones de promoción de la temática de derecho y etnia, brinda asistencia y asesoramiento jurídico directo a usuarios indígenas, provee de sistemas de mediación de conflictos y realiza el seguimiento de la aplicación de la legislación indígena en la política pública. En definitiva, en este modelo se combinan las funciones de promoción de derechos indígenas, con la asistencia directa a los usuarios del sistema judicial.

El modelo que presenta Guatemala es el más cercano al modelo de Chile, puesto que se trata de una defensa especializada en lo penal, que busca proteger los derechos de los pueblos indígenas, garantizar el acceso a la justicia y favorecer la interculturalidad en el sistema de justicia.

El modelo de defensa penal mapuche en Chile se diferencia de las experiencias mencionadas en que su función es proveer de defensa profesional a los Imputados indígenas mapuches del sistema judicial en lo Penal y no contempla los ejes de promoción de derechos o de política pública, los cuales están radicados en otras instancias de la administración del Estado, específicamente en el ejecutivo a través de la Corporación Nacional de desarrollo indígena (CONADI).

1.4 RECONOCIMIENTO DE LA DIVERSIDAD CULTURAL E IMPLICANCIAS PARA LA DEFENSA PENAL INDÍGENA Y LA DEFENSORÍA PENAL PÚBLICA

Teniendo presente las consideraciones realizadas en torno a los principios y normas sobre acceso a la justicia y derechos de los pueblos indígenas, así como los elementos culturales que los propios Imputados indígenas del sistema de defensa penal indígena señalaron como indispensables para ésta, se puede afirmar que los rasgos diferenciadores de las culturas indígenas, implican para los estados, y en particular para los defensores públicos, en su calidad de agentes del estado, entre otras cosas que:

- En la construcción de sus alegaciones y defensas deben reconocer y proteger los valores y prácticas sociales, culturales, jurídicos, religiosos y espirituales propios de los pueblos indígenas y tomar debidamente en consideración la índole de los problemas que se les plantean tanto colectiva como individualmente ²⁸
- Deben respetar la integridad de sus valores, cosmovisiones, prácticas e instituciones, aún cuando éstas no coincidan con las estrategias de defensa elaboradas por el defensor, siempre que se cuente con el consentimiento del imputado.
- Deben adoptar mecanismos destinados a garantizar que sus representados puedan comprender la información que se les proporcionan, las estrategias de la defensa y los alcances e implicancias que los procedimientos legales tienen en la esfera de sus derechos individuales y las implicancias para su comunidad y cultura.

²⁷ Inés Merensí, ob.cit.

²⁸ Art. 5 Convenio 169 de la OIT.

- Deben buscar y adoptar las medidas necesarias para que sus representados puedan comprender y hacerse comprender en procedimientos legales en su propio idioma, facilitándoles si fuere necesario, intérpretes u otros medios eficaces.²⁹
- Deben considerar, en el desarrollo de la defensa, el especial significado, dignidad y rol de las autoridades tradicionales o representantes culturales de la comunidad, así como los protocolos que deben guiar las formas de interrelacionarse con ellos.
- Podrán reforzar sus estrategias de defensa utilizando todos aquellos instrumentos jurídicos internacionales destinados a reconocer y garantizar los derechos culturales, la libertad de expresión, conciencia y religión. Así también implica el derecho que tiene el defendido o su comunidad de profesar su religiosidad o creencias, de manera individual o colectiva durante todo el transcurso del proceso de defensa, como una forma de propiciar el éxito de la misma, o una vez recluso en un Centro Penitenciario donde la expresión de su espiritualidad cobrará un significado mayor.
- Propiciar la resolución de conflictos dentro de la comunidad, a partir de las formas propias de resolución de controversias, así como la armonización de los sistemas de administración de justicia estatal e indígena basada en el principio de respeto mutuo y de conformidad con las normas internacionales de derechos humanos.³⁰ Ejemplo de ello podría ser la búsqueda de acuerdos reparatorios dirigidos a someter la controversia ante las autoridades tradicionales, o en los procedimientos abreviados³¹, teniendo presente siempre los derechos más fundamentales de las personas.³²

Las recomendaciones anteriores se pueden agrupar en torno a los siguientes principios rectores, según se puede advertir en los cuadros que siguen:

- Derecho de los indígenas a demandar y obtener justicia y satisfacción de sus derechos
- Pertinencia y eficacia
- Libre determinación
- Participación
- Consentimiento libre, previo e informado
- Reconocimiento de la diversidad lingüística
- Principio de gratuidad
- Desconcentración
- Coordinación

DERECHO DE LOS INDÍGENAS A DEMANDAR Y OBTENER JUSTICIA Y SATISFACCIÓN DE SUS DERECHOS

²⁹ Art. 12 Convenio 169 de la OIT.

³⁰ Sección 6ª. Sistema de resolución de conflictos dentro de las comunidades indígenas. Reglas de Brasilia, ob. cit.

³¹ Es así como Jaime López Allendes señala que existen casos en los cuales se han llegado a acuerdos reparatorios consistente en someterse a la mediación de un centro especializado. “En todo caso, nada obsta que sean las autoridades tradicionales indígenas quienes promuevan este acuerdo, o incluso que el propio tribunal de garantía apruebe, entre las bases de acuerdo reparatorio la intervención de una autoridad indígena tradicional para la solución del conflicto penal, tomando en consideración que los límites del ámbito de aplicación son bastante amplios, incluyéndose dentro de dicho ámbito los delitos contra la propiedad y contra las personas”. Reforma a la Justicia. Una visión de los derechos indígenas. En Bolivia, Chile, Guatemala y México. Edición Jörg Stippel- Mylene Valenzuela. Ministerio de Justicia. Año 2002.

³² Al respecto hay que considerar los límites establecidos al ejercicio de estos derechos. Como lo señala el Art. 9 de la Declaración de Naciones Unidas para los Pueblos Indígenas, “Los pueblos y las personas indígenas tienen derecho a pertenecer a una comunidad o nación indígena, de conformidad con las tradiciones y costumbres de la comunidad o nación de que se trate. No puede resultar ninguna discriminación de ningún tipo del ejercicio de ese derecho.” El Art. 8 del Convenio 169 de la OIT, junto con establecer que los pueblos indígenas tienen el derecho de conservar sus costumbres e instituciones propias, señala que éstas “no sean incompatibles con los derechos fundamentales definidos por el sistema jurídico nacional ni con los derechos humanos internacionalmente reconocidos”. Véase también lo señalado en el capítulo V en el punto 5.1 (b) sobre límites al reconocimiento de la costumbre indígena contenido en el presente estudio.

NORMA QUE SUSTENTA ESTE PRINCIPIO	EXIGENCIAS PARA LOS ESTADOS/ORGANIZACIONES	EXIGENCIAS PARA LA DEFENSORÍA
Convenio 169 OIT: Art. 12 Convención Americana de Derechos Humanos. Artículos 8,9 Convenio 169 OIT: Arts. 5 y 34 Reglas de Brasilia: Capítulo 1 y 2 Sección 2: 1,4,17,20,21 y 22 Sección 03: 24,33,34,39,41,42,43,44,48,49,85,91 y 100	Derecho a gozar de protección contra la violación de sus derechos y a iniciar procedimientos que aseguren la efectividad de sus derechos.	✓ Creación de defensorías especializadas para indígenas que promuevan, divulguen y defiendan los derechos de los pueblos indígenas. ✓ Existencia de facilitadores interculturales, traductores y peritos sociales, antropológicos disponible para la defensa.

PERTINENCIA Y EFICACIA		
NORMA QUE SUSTENTA ESTE PRINCIPIO	EXIGENCIAS PARA LOS ESTADOS/ORGANIZACIONES	EXIGENCIAS PARA LA DEFENSORÍA
Declaración Naciones Unidas sobre Pueblos Indígenas (Art.11, 12, 31) Convenio 169 OIT: Art. 4,5 y 12 Reglas de Brasilia. Capítulo cuarto	Defensa de abogados con la experiencia y competencia que requiera los distintos tipos de delitos en los que se ven afectados los indígenas. Los modelos y procesos de defensa deben adaptarse a modelos culturales y sociales de los PPIL.	✓ Defensores especializados con conocimientos en cosmovisión, cultura y derecho internacional de los derechos humanos e indígenas, para defensa pertinente y eficaz. ✓ Desarrollo de un lenguaje comprensible que enfatice en la oralidad y las implicancias culturales que esta forma de comunicación conlleva. ✓ Identificación de las necesidades e intereses de los defendidos y de sus comunidades, organizaciones o familia según corresponda. ✓ Respeto a los compromisos y palabra dada: cumplimiento a las gestiones en los tiempos y en las formas convenidas. ✓ Reconocimiento de la espiritualidad y religiosidad indígena en el proceso de defensa y reconocimiento por parte de autoridades judiciales y penitenciarias.

LIBRE DETERMINACIÓN		
NORMA QUE SUSTENTA ESTE PRINCIPIO	EXIGENCIAS PARA LOS ESTADOS/ORGANIZACIONES	EXIGENCIAS PARA LA DEFENSORÍA
Declaración Naciones Unidas PPIL: Art.3 Convenio 169 de la OIT: Artículos 13,14,15,16,17,18 Declaración sobre el Derecho al Desarrollo. Arts. 1,5 Pacto Derechos Civiles y Políticos.Art.1 Pacto Derechos Económicos, sociales y culturales.Art.1	Reconocimiento de formas propias de resolución de conflictos, a partir del reconocimiento de los derechos consuetudinarios o derechos indígenas, de sus autoridades y jurisdicciones propias y a asumir el control de sus propias instituciones y formas de vida, en el grado y forma que éstos deseen salvaguardarla, manteniendo y fortaleciendo sus identidades, lenguas y	✓ Propiciar la resolución de conflictos dentro de la comunidad, a partir de las formas propias de resolución de controversias, así como la armonización de los sistemas de administración de justicia estatal e indígena. ✓ Fortalecer las instituciones, autoridades propias, su identidad cultural en el transcurso de todo el proceso de defensa.

LIBRE DETERMINACIÓN		
NORMA QUE SUSTENTA ESTE PRINCIPIO	EXIGENCIAS PARA LOS ESTADOS/ORGANIZACIONES	EXIGENCIAS PARA LA DEFENSORÍA
	religiones, formas de vida.	

PARTICIPACIÓN		
NORMA QUE SUSTENTA ESTE PRINCIPIO	EXIGENCIAS PARA LOS ESTADOS/ORGANIZACIONES	EXIGENCIAS PARA LA DEFENSORÍA
Declaración Naciones Unidas PPII: Arts: 18, 15.2, 17.2, 30.2, 32.3, 36.2 y 38 Convenio 169 OIT: Arts. 6 y 7 Reglas de Brasilia: Capítulo segundo: Sección 1,2 Sección 4 Medidas Procesales: 34,47. Sección 5 : 3 Capítulo Tercero Sección 3: 74 Sección 6: 78 Sección 7: 79	Participación y decisión de su propio futuro, de manera personal o a través de sus autoridades tradicionales o de una organización representativa.	✓Establecer procedimientos y mecanismos de participación: derecho de las personas y colectivos interesados en los procesos penales para coadyuvar durante el proceso de defensa.

CONSENTIMIENTO LIBRE, PREVIO E INFORMADO		
NORMA QUE SUSTENTA ESTE PRINCIPIO	EXIGENCIAS PARA LOS ESTADOS/ORGANIZACIONES	EXIGENCIAS PARA LA DEFENSORÍA
Declaración Naciones Unidas PPII: Consentimiento libre, previo e informado (Art. 10, 19, 29.2, 11.2, 28, 32.2). Convenio 169 OIT: Arts. 6.2, 16.2 Convención Americana de Derechos Humanos. Arts. 1,8,13,23,27	Ausencia de coacción, intimidación o manipulación, que el consentimiento haya sido buscado con suficiente antelación a cualquier autorización o inicio de actividades, que se muestre respeto por los requisitos de tiempo de los procesos indígenas de consulta/consenso y que se suministre información plena y comprensible con respecto al impacto probable.	✓Entregar con la debida anticipación, de manera completa y comprensible información sobre la defensa de manera que puedan conocer el sentido, alcance y consecuencia de las decisiones que se adopten durante el proceso de defensa. ✓Respetar las decisiones adoptadas por los representados indígenas, aún cuando ello no concuerde con la teoría del caso formulada por el defensor.

RECONOCIMIENTO DE LA DIVERSIDAD LINGÜÍSTICA		
NORMA QUE SUSTENTA ESTE PRINCIPIO	EXIGENCIAS PARA LOS ESTADOS/ORGANIZACIONES	EXIGENCIAS PARA LA DEFENSORÍA
Convención Americana de Derechos Humanos. Artículos: 48,17. Reglas de Brasilia: Sección 6 N°49 Convenio 169: artículos 1,8,13,23,27	Establecer medidas para garantizar que los integrantes de los pueblos indígenas puedan comprender y hacerse comprender en procedimientos legales, facilitándoles, si fuere necesario, intérpretes u otros medios eficaces y a obtener las traducciones necesarias, escritas y orales en	✓Funcionarios que conformen el equipo de defensa que realicen primera atención en idioma materno del Imputado indígena. ✓Existencia de Facilitadores, traductores que participen durante todo el proceso de defensa penal en el caso que

RECONOCIMIENTO DE LA DIVERSIDAD LINGÜÍSTICA		
NORMA QUE SUSTENTA ESTE PRINCIPIO	EXIGENCIAS PARA LOS ESTADOS/ORGANIZACIONES	EXIGENCIAS PARA LA DEFENSORÍA
	procedimientos penales.	esto se requiera. ✓ Creación de mecanismos de difusión de derechos que consideren este derecho.

PRINCIPIO DE GRATUIDAD		
NORMA QUE SUSTENTA ESTE PRINCIPIO	EXIGENCIAS PARA LOS ESTADOS/ORGANIZACIONES	EXIGENCIAS PARA LA DEFENSORÍA
Capitulo segundo , sección 2 N° Reglas de Brasilia Declaración Naciones Unidas PPII Convenio 169 OIT: Art. 12 Convención internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares. Art.8, 18 (d). Convención Americana. Art. 8 (a) La gratuidad de la defensa es una garantía de igualdad Corte IDH: OC 16/99 Pacto Derechos Civiles y Políticos: 14 (d,f) Estatuto de Roma. Corte Penal Internacional 67 (d, f) Principios Básicos de los abogados (Salvaguardias especiales punto 6) Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Reglas las Naciones Unidas para la protección los menores reclusos. Art.18(a).	Derecho irrenunciable de ser asistido por un defensor proporcionado por el Estado, remunerado o no según la legislación interna, si el inculpado no se defendiere por sí mismo ni nombrare defensor dentro del plazo establecido por la ley.	✓ Entregar cobertura gratuita para personas y colectivos indígenas de manera culturalmente pertinente.

DESCONCENTRACIÓN		
NORMA QUE SUSTENTA ESTE PRINCIPIO	EXIGENCIAS PARA LOS ESTADOS/ORGANIZACIONES	EXIGENCIAS PARA LA DEFENSORÍA
Principios básicos definidos por La Comisión Andina de Juristas. Convenio 169: Art. 33	El defensor puede delegar funciones en representantes desconcentrados territorial o temáticamente y garantizar su presencia en distintas áreas territoriales y/o desarrollar ciertos ámbitos de acción de particular interés para el pleno goce de sus derechos humanos.	✓ Existencia de defensorías, unidades, funcionarios en áreas territoriales definidas, que permitan una mayor cercanía, participación y coordinación con organizaciones, comunidades indígenas en la defensa e instancias jurisdiccionales.

COORDINACIÓN		
NORMA QUE SUSTENTA ESTE PRINCIPIO	EXIGENCIAS PARA LOS ESTADOS/ORGANIZACIONES	EXIGENCIAS PARA LA DEFENSORÍA
Principios básicos definidos por La Comisión Andina de Juristas Convenio 169: artículos 32 y 39	Participación de la defensoría penal en redes comunales, regionales, nacionales e internacionales para mejorar sus procesos de	Creación o participación de / en mecanismos de coordinación (redes, articulaciones, mesas,

	intervención administrativa y legal.	comisiones) para implementar medidas específicas (convenio 169 OIT), ejecutar programas o acciones de mejoramiento técnico al interior de la defensoría indígena, a nivel nacional e internacional.
--	--------------------------------------	---

Capítulo 2 PRINCIPIOS JURÍDICOS Y NORMAS INTERNACIONALES

La protección de los derechos de los pueblos indígenas se ha centrado históricamente en el reconocimiento y garantía de los derechos de sus integrantes, a través de la aplicación de la normativa internacional dirigida al resto de los habitantes. Es a partir del año 1966 con la adopción del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (1966) que comenzó a configurar un derecho específico dirigido a las minorías³³, que permitió a los integrantes de los pueblos indígenas reclamar en la condición de “minorías étnicas” sus derechos. Lo cual resultaba insuficiente dado que los indígenas son pueblos y no minorías, y que el reconocimiento de los derechos de estos grupos se centraba exclusivamente en el carácter individual de sus integrantes y no en el componente colectivo de sus derechos.³⁴

Paralelamente en el orden internacional se fueron desarrollando doctrinariamente principios rectores que incorporaron los rasgos y características propias de los pueblos indígenas lo que permitió, entre otras cosas la formulación de normas internacionales específicas para estos colectivos, la elaboración de directrices ajustadas a sus necesidades, y el desarrollo jurisprudencial de los órganos del sistema universal y regional de protección de derechos humanos.

A continuación se analizarán aquellos principios que han tenido mayor relevancia en torno a la discusión de los derechos de los pueblos indígenas referidos a la igualdad de género, la no discriminación y el reconocimiento de la diversidad cultural.

2.1 DERECHOS HUMANOS Y PRINCIPIOS FUNDAMENTALES³⁵

Los pueblos indígenas, sus comunidades e integrantes tienen el derecho a la aplicación de sus normas tradicionales, derechos específicos establecidos en la Declaración de Naciones Unidas y el Convenio 169 de la OIT. Ambos instrumentos enfatizan este principio al señalar que “la aplicación de sus normas no deben menoscabar los derechos y las ventajas garantizados a los pueblos interesados en virtud de otros convenios y recomendaciones, instrumentos internacionales, tratados, o leyes, laudos, costumbres o acuerdos nacionales”. Los principios fundamentales contenidos en estos instrumentos son: la no discriminación, la igualdad, la igualdad de género, y el reconocimiento de los derechos colectivos.

- ✓ No discriminación
- ✓ Igualdad e igualdad de Género
- ✓ Reconocimiento de la diversidad cultural

2.1.1 NO DISCRIMINACIÓN

El sistema de protección internacional representado por las Naciones Unidas estableció desde su creación el valor de la dignidad de todos los seres humanos “sin hacer distinción por motivos de raza, sexo, idioma o religión”. El concepto más generalizado sobre no discriminación es

³³ Por minorías de “designa un conjunto muy diverso y abigarrado de agrupaciones humanas... El concepto operativo elaborado por la Sub Comisión de Prevención de Discriminación y Protección de Minorías, hoy denominada Sub Comisión de Derechos Humanos señala que una minoría en lo fundamental es un “grupo no dominante” y en segundo lugar que posee alguna distinción de carácter “étnico, religiosos o de origen nacional que lo hacer tener algunas (o muchas) diferencias con el resto de la población que se supone mayoritariamente dominante”. Concepto contenido en Documento: Minorías: Existencia y Reconocimiento. José Bengoa. Año 2000. E/CN/4/Sub.2/AC.5/2000/WP.2.3.

³⁴ Valenzuela, Mylene, Reforma a la Justicia. Una visión de los Derechos Indígenas en Bolivia, Chile, Guatemala y México. Ministerio de Justicia de Chile. Edición Jörg Stippel y Mylene Valenzuela. Año 2002.

³⁵ Directrices sobre los Asuntos de los Pueblos Indígenas. Grupo de Naciones Unidas para el desarrollo. Naciones Unidas. Febrero de 2008.

el contenido en Convención internacional sobre la Eliminación de todas las formas de discriminación racial:

1. En la presente Convención la expresión “discriminación racial” denotará toda distinción, exclusión, restricción o preferencia basada en motivos de raza, color, linaje u origen nacional o étnico que tenga por objeto o por resultado anular o menoscabar el reconocimiento, goce o ejercicio, en condiciones de igualdad, de los derechos humanos y libertades fundamentales en las esferas política, económica, social, cultural o en cualquier otra esfera de la vida pública.

Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación Racial adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su resolución 2106 de 21 de diciembre de 1965.

En relación a la discriminación que afecta a los pueblos indígenas el Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial señala que la discriminación que afecta a estos pueblos constituye discriminación racial. De allí que algunos países han llevado a cabo “reformas constitucionales y han adoptado leyes que reconocen identidades indígenas distintas y el carácter multicultural del estado”³⁶. No obstante y dado el carácter estructural de estas discriminaciones estas reformas han sido insuficientes para eliminar “el legado de discriminación histórica contra los pueblos indígenas y contra las mujeres indígenas con base en su género. En algunos casos, la misma existencia de los pueblos”.³⁷

2.1.2 IGUALDAD

La igualdad ante la ley significa, en primer término, la abolición de los llamados estatutos personales y privilegio de clase hace ya más de dos siglos, lo cual se garantizó mediante los caracteres de generalidad y abstracción característico de la ley en los inicios del Estado Liberal, y que supone que todos los gobernados son destinatarios de sumisión a ella en la misma forma.

La igualdad es en primer término, una garantía de trato frente al legislador y por otro un derecho subjetivo: el derecho a ser tratado de igual forma que los demás sujetos que se encuentran en las mismas situaciones de hecho.

En el marco protector de la garantía normativa de la igualdad se garantiza la protección constitucional de la denominada igualdad “en la ley”, prohibiéndose al legislador que establezca diferencias de tratamiento entre las personas y respecto de situaciones o finalidades o factores que obedezcan a una motivación arbitraria o utilicen medios que produzcan un resultado de tal carácter.

La igualdad “en la ley”, en tanto parte de la garantía constitucional “igualdad ante la ley” supone establecer dos campos de referencia para su estudio:

- a) la igualdad por equiparación,
- b) la igualdad por diferenciación y

La igualdad por equiparación puede ser conceptualizada como el igual tratamiento que la ley da a circunstancias, hechos o situaciones que no son semejantes o idénticas, pero cuyas diferencias se consideran como irrelevantes para el ejercicio de potestades normativas por parte del poder estatal. De esta forma, el Estado, por medio de la ley, trata de modo igual lo que en

³⁶ Directrices sobre los Asuntos de los Pueblos Indígenas. Grupo de Naciones Unidas para el desarrollo. Naciones Unidas. Febrero de 2008.

³⁷ Véase el informe del Relator Especial para 2006 (E/CN.4/2006/78) acerca de la cuestión de reformas constitucionales, legislación e implementación de leyes relativas a la promoción y protección de los derechos de las personas indígenas y la efectividad de su aplicación.

realidad es desigual como cuando, por ejemplo, dos personas tienen diferencias de capacidad intelectual o física, de edad, opiniones ideológicas o religiosas, pero se estima que tales diferencias son irrelevantes a la hora de otorgar derechos como la posibilidad de celebrar un contrato de arrendamiento de bienes urbanos.

El segundo campo de referencia es la igualdad por diferenciación, que puede conceptualizarse como diferenciación por parte del legislador en el trato a las personas, lo cual reconoce su fundamento en circunstancias o hechos diversos, que generan un resultado que se considera como relevante en relación a los efectos o finalidades que son perseguidos por una norma, tratando de modo desigual lo que no es igual, para lograr una igualdad final de resultado. Así, por ejemplo, el nivel de ingresos se considera una diferencia relevante a efectos de establecer impuestos personales; lo mismo acontece con la llamada discriminación positiva para las mujeres. Otro de los problemas de igualdad en la ley es, entonces, establecer cuándo la desigualdad puede o debe ser equiparable y cuándo diferenciable.

En este sentido, en el sistema chileno no toda diferencia de trato es inconstitucional, pues el constituyente no prohibió toda desigualdad ante la ley, sino que optando por una fórmula de otro tipo, optó por establecer como límite a la arbitrariedad, prohibiendo no toda forma de discriminación sino sólo aquella que tenga el carácter de arbitraria.

Para descifrar dicho concepto, en primer término es necesario mencionar que para la doctrina constitucional tradicional, en el sistema constitucional chileno es “discriminación arbitraria” toda diferenciación o distinción, realizada por el legislador o por cualquier autoridad pública, que aparezca como contraria a la ética elemental o a un proceso normal de análisis intelectual; en otros términos, que no tenga justificación racional o razonable.³⁸ En la medida que toda ley tiene un supuesto de hecho que motiva al poder estatal a establecer normas como una forma de reacción a ese hecho, la garantía jurídica de la igualdad supone, entonces, por un lado, que quienes se encuentren en la misma situación sean tratados de igual forma por la ley. Por otra parte y a contrario sensu, ello acarrea necesariamente una diferenciación razonable entre quienes no se encuentren en la misma condición, en la medida que el hecho distintivo sea relevante.

Cabe agregar que, dentro de dicha tendencia, en materia de derecho comparado se ha declarado que “no toda desigualdad de trato resulta contraria al principio de igualdad, sino aquella que se funda en una diferencia de supuestos de hecho injustificados de acuerdo con criterios o juicios de valor generalmente aceptados”³⁹ y que:

“la igualdad ante la ley consiste en que cuando los supuestos de hecho sean iguales, las consecuencias jurídicas que se extraigan de tales supuestos de hecho han de ser asimismo iguales. Y que deben considerarse iguales los supuestos de hecho cuando la introducción en uno de ellos de un elemento o factor que permita diferenciarlo del otro, haya de considerarse falta de un fundamento racional y -sea por ende arbitraria- por no ser tal factor diferencial necesario para la protección de bienes y derechos, buscada por el legislador.”⁴⁰

Así, no se impide que la legislación contemple tratos diferenciados para grupos específicos de personas, pues una situación diferenciada en materias sociales, lingüísticas, educacionales, históricas o de otro tipo puede fundar un trato diferenciado, siempre que la discriminación:

- a) no tenga el carácter de arbitraria
- b) no responda a un propósito de hostilidad contra determinados seres, o importe un indebido favor o privilegio personal o de grupo,

³⁸ Evans de la Cuadra, Los Derechos Constitucionales, Tomo II, pág. 125.

³⁹ Tribunal Constitucional español, sentencia 128/1987 de 16 de julio de 1983

⁴⁰ Tribunal Constitucional Español, sentencia 103/1983, de 22 de noviembre de 1983

c) que dicha diferenciación tenga como finalidad el logro del deber estatal contenido en el artículo 1 de la Carta Fundamental, en orden a “crear las condiciones sociales que permitan a todos y a cada uno de los integrantes de la comunidad nacional su mayor realización espiritual y material posible”, “promover la integración armónica de todos los sectores de la Nación y asegurar el derecho de las personas a participar con igualdad de oportunidades en la vida nacional”.

Sin que sea el objeto principal del presente estudio, cabe mencionar que entonces la clave de acceso a un acertado juicio de constitucionalidad de un estatuto diferenciado es la determinación de la razonabilidad o arbitrariedad del mismo. Por ello hay establecer el límite entre lo arbitrario y la discrecionalidad. Siguiendo a la doctrina, la distinción de lo que es fruto de la mera voluntad o el puro capricho (arbitrariedad) de y lo que, por el contrario, “cuenta con el respaldo -mayor o menor, mejor o peor, es otra cuestión- de una fundamentación que lo sostiene” (discrecionalidad)⁴¹. Así, un primer test para determinar si un enunciado normativo es o no arbitrario es si tiene o no fundamentación de algún tipo, resultando arbitrario aquello que carece de fundamento.

Ya superada dicha primera barrera, corresponde realizar un segundo examen, para calificar la legitimidad del factor de hecho que motiva o causa de la diferencia de trato establecida por el legislador.

Superado este segundo examen, corresponde examinar la legitimidad de la finalidad perseguida con la diferencia de trato y, finalmente, verificar la coherencia que debe existir entre dichos fines y los medios utilizados para su logro, en tanto resultado buscado por el legislador.

Las citas relevantes del TC sobre la igualdad ante la ley son:

Rol 1204:

DÉCIMO.- Que, en este sentido, esta Magistratura ha sostenido que “si bien el legislador goza de discreción y de un amplio margen en la regulación de las relaciones sociales, debe cuidar que las restricciones al goce de los derechos que puedan resultar de tales regulaciones encuentren justificación en el logro de fines constitucionalmente legítimos, resulten razonablemente adecuadas o idóneas para alcanzar tales fines legítimos y sean -las mismas restricciones- proporcionales a los bienes que de ellas cabe esperar, resultando por ende tolerables a quienes las padezcan en razón de objetivos superiores o, al menos, equivalentes”.⁴²

DECIMOPRIMERO.- Que la igualdad ante la ley consiste en que las normas jurídicas deben ser iguales para todas las personas que se encuentren en las mismas circunstancias y que no deben concederse privilegios ni imponerse obligaciones a unos que no beneficien o graven a otros que se hallen en condiciones similares.

En este sentido, este Tribunal, en diversos pronunciamientos, entendió que la igualdad ante la ley:

“consiste en que las normas jurídicas deben ser iguales para todas las personas que se encuentren en las mismas circunstancias y, consecuentemente, diversas para aquellas que se encuentren en situaciones diferentes. No se trata, por consiguiente, de una igualdad absoluta sino que ha de aplicarse la ley en cada caso conforme a las diferencias constitutivas del mismo. La igualdad supone, por lo tanto, la distinción razonable entre quienes no se encuentren en la misma condición”. Por lo tanto, se ha concluido, “la razonabilidad es el cartabón o standard de acuerdo con el cual debe apreciarse la medida de igualdad o la desigualdad”.⁴³

Así se desprende, como lo ha precisado esta Magistratura, que:

⁴¹ Fernández Rodríguez, Tomás-Ramón: “Discrecionalidad, Arbitrariedad y Control Jurisdiccional” Palestra Editores, 1ª edición, Lima, marzo 2006.

⁴² Ver roles N° 541, 1046 y 1061, entre otros.

⁴³ Sentencias roles N°. 28, 53, 219 y 755.

“la garantía jurídica de la igualdad supone, entonces, la diferenciación razonable entre quienes no se encuentren en la misma condición; pues no se impide que la legislación contemple en forma distinta situaciones diferentes, siempre que la discriminación no sea arbitraria ni responda a un propósito de hostilidad contra determinada persona o grupo de personas, o importe indebido favor o privilegio personal o de grupo, debiendo quedar suficientemente claro que el legislador, en ejercicio de sus potestades, puede establecer regímenes especiales, diferenciados y desiguales siempre que ello no revista el carácter de arbitrario”⁴⁴

En palabras del Tribunal Constitucional español,

“no toda desigualdad de trato resulta contraria al principio de igualdad, sino aquella que se funda en una diferencia de supuestos de hecho injustificados de acuerdo con criterios o juicios de valor generalmente aceptados”.⁴⁵

De esta forma, un primer test para determinar si un enunciado normativo es o no arbitrario, consiste en analizar su fundamentación o razonabilidad y la circunstancia de que se aplique a todas las personas que se encuentran en la misma situación prevista por el legislador.

Por otro lado, como lo señaló recientemente esta Magistratura en los autos roles N°s. 790-2007 y 755-2007, el examen de la jurisprudencia de diversos Tribunales Constitucionales, como el español y el alemán, da cuenta de que no basta con que la justificación de las diferencias sea razonable sino que además debe ser objetiva. De este modo, si bien el legislador puede establecer criterios que permitan situaciones fácticas que requieran de un tratamiento diverso, ello siempre debe sustentarse en presupuestos razonables y objetivos que lo justifiquen, sin que, por tanto, quede completamente entregado el establecimiento al libre arbitrio del legislador. Así, para poder determinar si se infringe la igualdad ante la ley, es necesario atender además a la finalidad perseguida por el legislador para intervenir el derecho fundamental de que se trata, la que debe ser adecuada, necesaria y tolerable para el destinatario de la misma, como lo ha puntualizado la doctrina autorizada⁴⁶.

Rol 1365

“ **VIGESIMONOVENO:** Que, en este sentido, este Tribunal ha entendido que la razonabilidad es el cartabón o estándar que permite apreciar si se ha infringido o no el derecho a la igualdad ante la ley asegurado por el artículo 19 N° 2° de la Carta Fundamental.

Así se ha afirmado que la igualdad ante la ley

“consiste en que las normas jurídicas deben ser iguales para todas las personas que se encuentren en las mismas circunstancias y, consecuentemente, diversas para aquellas que se encuentren en situaciones diferentes. No se trata, por consiguiente, de una igualdad absoluta sino que ha de aplicarse la ley en cada caso conforme a las diferencias constitutivas del mismo. La igualdad supone, por lo tanto, la distinción razonable entre quienes no se encuentren en la misma condición”. Así, se ha concluido que “la razonabilidad es el cartabón o standard de acuerdo con el cual debe apreciarse la medida de igualdad o la desigualdad”.⁴⁷

De esta manera, la garantía de la igualdad ante la ley no se opone a que la legislación contemple tratamientos distintos para situaciones diferentes, siempre que tales distinciones o diferencias no importen favores indebidos para personas o grupos. En palabras del Tribunal Constitucional español,

“no toda desigualdad de trato resulta contraria al principio de igualdad, sino aquella que se funda en una diferencia de supuestos de hecho injustificados de acuerdo con criterios o juicios de valor generalmente aceptados”⁴⁸

⁴⁴ Roles N° . 986-2008 y 755-2007.

⁴⁵ STC 128/1987.

⁴⁶ Tomás Ramón Fernández. De la arbitrariedad del legislador. Una crítica de la jurisprudencia constitucional. Editorial Civitas, Madrid, 1988, pp. 34 y 42

⁴⁷ Sentencias roles N° . 28, 53 y 219

⁴⁸ STC 128/1987

“recordando jurisprudencia emanada de los Tribunales Constitucionales español y alemán, ha fallado que “si bien el legislador puede establecer criterios específicos para situaciones fácticas que requieran de un tratamiento diverso, ello siempre debe sustentarse en presupuestos razonables y objetivos que los justifiquen, sin que, por tanto, queden completamente entregados los mismos al libre arbitrio del legislador.”⁴⁹

TRIGESIMOCUARTO: Que el juicio de igualdad que se viene realizando respecto de los preceptos legales reprochados en estos autos no sería completo si no se considerara un último criterio –también enfatizado por la jurisprudencia de este Tribunal-, que se refiere a que la distinción que dichos preceptos introducen sea tolerable para el destinatario (sentencias roles 790 y 1.535);”

Rol 977

“Décimo.- Que la existencia de un trato diferente para una cierta categoría de demandados no es suficiente para concluir que ello es contrario a la Carta Fundamental, pues ésta no prohíbe establecer diferencias, sino que hacerlo arbitrariamente; esto es, careciendo de fundamento razonable que pueda justificarlas”.

Rol 986

“Que la igualdad ante la ley se traduce, entre otras expresiones, en los caracteres de generalidad y abstracción característicos de este tipo de normas, lo cual supone que todos los gobernados son destinatarios de ellas;

TRIGESIMO: Que en el marco protector de la garantía normativa de la igualdad se garantiza la protección constitucional de la igualdad "en la ley", prohibiendo que el legislador, en uso de sus potestades normativas, o cualquier otro órgano del Estado, establezca diferencias entre las personas y respecto de situaciones o finalidades que tengan una motivación, utilicen medios o bien produzcan un resultado de carácter arbitrario, pues el constituyente no prohibió toda desigualdad ante la ley, sino que, optando por una fórmula de otro tipo, se inclinó por establecer como límite a la arbitrariedad, prohibiendo toda discriminación arbitraria;

TRIGESIMOPRIMERO: Que, en primer término entenderemos que discriminación arbitraria es "toda diferenciación o distinción, realizada por el legislador o por cualquier autoridad pública, que aparezca como contraria a la ética elemental o a un proceso normal de análisis intelectual; en otros términos, que no tenga justificación racional o razonable"⁵⁰

TRIGESIMOSEGUNDO: Que la garantía jurídica de la igualdad supone, entonces, la diferenciación razonable entre quienes no se encuentren en la misma condición; pues no se impide que la legislación contemple en forma distinta situaciones diferentes, siempre que la discriminación no sea arbitraria ni responda a un propósito de hostilidad contra determinada persona o grupo de personas, o importe indebido, favor o privilegio personal o de grupo, debiendo quedar suficientemente claro que el legislador, en ejercicio de sus potestades, puede establecer regímenes especiales, diferenciados y desiguales, siempre que ello no revista el carácter de arbitrario. Cabe agregar que, dentro de dicha tendencia, en materia de derecho comparado, se ha declarado que "no toda desigualdad de trato resulta contraria al principio de igualdad, sino aquella que se funda en una diferencia de supuestos de hecho injustificados de acuerdo con criterios o juicios de valor generalmente aceptados" (Tribunal Constitucional español, sentencia 128/1987 de 16 de julio de 1987) y que "la igualdad ante la ley consiste en que cuando los supuestos de hecho sean iguales, las consecuencias jurídicas que se extraigan de tales supuestos de hecho han de ser asimismo iguales. Y que deben considerarse iguales los supuestos de hecho cuando la introducción en uno de ellos de un elemento o factor que permita diferenciarlo del otro, haya de considerarse falta de un fundamento racional y -sea por ende arbitraria- por no ser tal factor diferencial necesario para la protección de bienes y derechos, buscada por el legislador." ⁵¹

TRIGESIMOTERCERO: Que, a efectos de establecer el límite entre lo arbitrario y la discrecionalidad, cabe señalar, en primer lugar, siguiendo a la doctrina, la distinción neta entre arbitrariedad y discrecionalidad, es decir, lo que es fruto de la mera voluntad o el puro capricho de lo que, por el

⁴⁹ Sentencia Rol Nº 1.535, considerandos 35º y 37º

⁵⁰ Evans de la Cuadra, Los Derechos Constitucionales, Tomo II, pág. 125.

⁵¹ Tribunal Constitucional español, sentencia 103/1983, de 22 de noviembre de 1983.

contrario, "cuenta con el respaldo -mayor o menor, mejor o peor, es otra cuestión- de una fundamentación que lo sostiene"⁵².

Así, un primer test para determinar si un enunciado normativo es o no arbitrario es si tiene o no fundamentación de algún tipo, resultando arbitrario aquello que carece de fundamento. Ya superada dicha primera barrera, corresponde calificar la legitimidad de la causa de la diferencia de trato y la legitimidad de la finalidad perseguida; para posteriormente llegar a la coherencia de ellas con los medios utilizados, y finalmente arribar al resultado buscado por el legislador.

Acotando lo ya expuesto, es un lugar común sostener que toda discriminación fundada en raza, sexo o clase es contraria a derecho.

En lo referido a los pueblos indígenas este principio implica, que no sólo deben ser considerados y tratados como a todas las personas sino que además los estados deben establecer medidas específicas, medidas positivas concertadas que enfrenten y eliminen las desigualdades y discriminaciones de la que son objeto.⁵³

Como lo señala la Declaración de Viena:

“ Considerando la importancia de las actividades de promoción y protección de los derechos de las poblaciones indígenas y la contribución de esas actividades a la estabilidad política y social de los Estados en que viven esos pueblos, los Estados deben tomar medidas positivas concertadas, acordes con el derecho internacional, a fin de garantizar el respeto de todos los derechos humanos y las libertades fundamentales de las poblaciones indígenas, sobre la base de la igualdad y la no discriminación, y reconocer el valor y la diversidad de sus diferentes identidades, culturas y sistemas de organización social.”⁵⁴

Estas medidas deben reflejar las aspiraciones de los pueblos indígenas de proteger, mantener y desarrollar sus culturas e identidades, costumbres, tradiciones e instituciones, “propósito que no deben ser contrarias a los deseos expresados libremente por los pueblos interesados”.⁵⁵

2.1.3 IGUALDAD DE GÉNERO

La igualdad de género implica que hombres y mujeres, no obstante tener diferencias y semejanzas, se sitúan o encuentran en iguales condiciones para realizar o ejercer todos sus derechos y desarrollar todo su potencial para contribuir al desarrollo nacional, político, económico, social, cultural, y beneficiarse con ello.

Este enfoque ha permeado las políticas públicas para lo cual se ha elaborado la denominación “mainstream de la Perspectiva de Género” que es “el proceso de evaluar las implicaciones que tiene para hombres y mujeres, cualquier acción que se planifique, incluyendo las de tipo legislativo, las políticas o los programas en todas las áreas y a todos los niveles. Es una estrategia para hacer de las experiencias y necesidades o intereses de hombres y mujeres una dimensión integral en el diseño, implementación, monitoreo y evaluación de las políticas y los programas en todas las esferas políticas, sociales y económicas a fin de que hombres y mujeres se beneficien por igual y desaparezca la desigualdad. El objetivo final es lograr la igualdad de géneros”.⁵⁶

⁵² Fernández Rodríguez, Tomás-Ramón: Discrecionalidad, arbitrariedad y control jurisdiccional, Palestra Editores, 1ª edición, Lima, marzo 2006.

⁵³ Véase el Capítulo I.2 de esta Guía sobre el contexto socio-político de los mapuches.

⁵⁴ Conferencia mundial de derechos humanos Declaración de Viena. Adoptada por la Conferencia Mundial de los Derechos Humanos de las Naciones Unidas el 25 de junio de 1993.

⁵⁵ Convenio 169 de la OIT. Art. 4.2

⁵⁶ Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas en su Reporte de septiembre de 1997.

En el ámbito de la justicia se ha acuñado el término “Justicia de Género”, que constituye una herramienta destinada a enfrentar las discriminaciones en el ámbito de la justicia, revisar las conceptualizaciones, valores y estereotipos que subyacen en las normas escritas y no escritas, en los procedimientos judiciales, en los operadores del sistema, de manera de lograr cambios encaminados a lograr una mayor equidad en las relaciones sociales como responsabilidad ineludible de todos.

La igualdad de género y la no discriminación cultural obligan a los operadores del sistema judicial a que en el momento de interpretar y aplicar el derecho lo hagan de manera compatible con los derechos humanos internacionalmente reconocidos, sin distinción alguna basada en motivos como el género... edad, raza, color, religión o credo, opinión política o de otra índole, origen nacional, étnico o social, la posición económica, el nacimiento u otra condición.⁵⁷

2.1.4 RECONOCIMIENTO DE LA DIVERSIDAD CULTURAL: INSTITUCIONES TRADICIONALES Y SISTEMAS INTERNOS DE JUSTICIA

Este principio implica el reconocimiento de la existencia de cosmovisiones distintas a la de la cultura oficial, de sus instituciones tradicionales y sistemas propios de administración de justicia. Implica dar valor normativo a los modos de organización sociopolítica y jurídica de los pueblos indígenas. En el sistema penal este principio se manifiesta en el reconocimiento que los estados han realizado a los derechos indígenas, a sus jurisdicciones e instituciones propias, a nivel constitucional y legal. Ejemplo de ello es el caso de Bolivia (1994), Colombia (1991)⁵⁸, Ecuador (1999), México (2001), Perú (1993) y Guatemala (1996), los que establecen en sus Constituciones un expreso reconocimiento a la diversidad étnica y cultural, a la calidad de pueblos indígenas, el derecho a las tierras y territorios, el reconocimiento del derecho consuetudinario por justicia estatal y funciones jurisdiccionales propias (Colombia, Perú, Bolivia, Ecuador, México).

Al respecto es importante mencionar en este acápite el desarrollo jurisprudencial de la Corte Constitucional de Colombia, que en el ejercicio de su mandato ha señalado que los pueblos indígenas, en cuanto tales, son titulares de derechos fundamentales, entre los cuales se encuentra el derecho a la integridad étnica y cultural el que:

“comprende el derecho a la supervivencia cultural, el derecho a la preservación de su hábitat natural, el derecho a la propiedad colectiva sobre la tierra habitada por la comunidad, el derecho a determinar sus propias instituciones jurídicas, el derecho a administrar justicia en su territorio y a regirse por sus propias normas y procedimientos, el derecho de la comunidad a determinarse por su cosmovisión religiosa y a hacerla valer ante terceros, el derecho a participar en la toma de decisiones que puedan afectarlos y el derecho a acudir a la justicia como comunidad”⁵⁹

Teniendo presente los derechos consagrados en diversos instrumentos internacionales, las Naciones Unidas elaboró directrices sobre los Asuntos de los Pueblos Indígenas⁶⁰, entre los cuales identificó un conjunto de principios rectores relativos al conocimiento tradicional, propiedad intelectual, patrimonio inmaterial, expresiones culturales, administración de justicia, leyes consuetudinarias indígenas, que se transcriben a continuación y que han sido adoptados por los autores, a fin de aplicarlos de mejor forma al contexto de la defensa penal indígena.

⁵⁷ Véase los Arts. 7, 21, 21, 42, 54 y 68 del Estatuto Corte Penal Internacional de Justicia.

⁵⁸ Como lo señala la Corte Constitucional de Colombia El derecho a la identidad cultural y el pluralismo cultural se pueden examinar a la luz de los mandatos constitucionales consagrados en los artículos 1, 7 y 70 de la Constitución que disponen el reconocimiento y protección de la diversidad étnica y cultural y la promoción de los diversos valores culturales de la Nación. Sentencia T-778/05. Acción de tutela transitoria Sentencia de la Sala Tercera de Revisión de la Corte Constitucional Bogotá, D.C., veintisiete (27) de julio de dos mil cinco (2005)

⁵⁹ Sentencia T-778/05. Acción de tutela transitoria.

⁶⁰ Directrices sobre los Asuntos de los Pueblos Indígenas. Grupo de Naciones Unidas para el desarrollo. Naciones Unidas. Febrero de 2008.

CONOCIMIENTO TRADICIONAL, PROPIEDAD INTELECTUAL, PATRIMONIO INMATERIAL Y EXPRESIONES CULTURALES
Principios rectores ✓ Los derechos de los pueblos indígenas a controlar, poseer y gestionar su conocimiento y creatividad tradicional se Reconocen, aunque en la práctica siguen siendo difíciles de implementar. ✓ Los pueblos indígenas tienen derecho a usar y preservar sus lenguas y los estados deben respetar este derecho. ✓ Hay que crear regímenes jurídicos específicos para asegurar que los pueblos indígenas puedan beneficiarse de su propio conocimiento, impedir su uso ilícito por otros y obtener el justo reconocimiento de parte de la comunidad internacional. ✓ Se llama a los estados a crear un entorno que aliente a los individuos y a los grupos sociales a crear, producir, divulgar, distribuir y tener acceso a sus propias expresiones culturales, prestando la atención debida a las circunstancias y necesidades específicas de los pueblos Indígenas. ✓ También son llamados a asegurar la participación más amplia posible de las comunidades para mantener y transmitir su patrimonio inmaterial e involucrarlas de manera significativa en su administración. Fuentes: Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas, Artículo 31; Convención sobre la protección y promoción de la diversidad de las expresiones culturales, Artículo 7; Convención para la salvaguardia del patrimonio cultural inmaterial, Artículo 15; Convenio sobre la diversidad biológica, Artículos 8j, 10c, 15; Pacto internacional de derechos civiles y políticos, Artículo 27.

Cuadro Adaptado, contenido en: Directrices sobre los Asuntos de los Pueblos Indígenas. Grupo de Naciones Unidas para el desarrollo. Naciones Unidas. Febrero de 2008.

ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA, LEYES CONSUETUDINARIAS INDÍGENAS
Principios rectores ✓ Los pueblos indígenas tienen derecho a la no discriminación y a igual trato en asuntos relativos a la justicia y el derecho a la traducción a sus propias lenguas en las Cortes. ✓ Los sistemas de justicia indígenas también pueden ser reconocidos si son compatibles con los derechos humanos reconocidos internacionalmente, y pueden ofrecer orientación en caso de disputas entre los pueblos indígenas y otros. ✓ El derecho consuetudinario indígena debe ser tomado en cuenta en decisiones para la resolución de conflictos. Fuentes: Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas, Artículos 13, 34, 40; Convenio No. 169 de la OIT, Artículos 8-12.

Cuadro Adaptado, contenido en: Directrices sobre los Asuntos de los Pueblos Indígenas. Grupo de Naciones Unidas para el desarrollo. Naciones Unidas. Febrero de 2008.

Las directrices antes mencionadas deben formar parte de las orientaciones que los estados deben incorporar a través de todas aquellas medidas de carácter especial que se precisen para salvaguardar las personas, las instituciones, los bienes, el trabajo, las culturas y el medio ambiente de los pueblos interesados⁶¹.

2.1.5 PRINCIPIOS DE IGUALDAD Y DE RESPETO A LAS AUTONOMÍAS CULTURALES EN MATERIA PENAL

El principio de igualdad en materia penal exige reconocer las desigualdades y tratar de manera desigual a los desiguales, lo que no ha de entenderse necesariamente en el sentido de discriminación positiva, o en la privación del carácter de sujeto de derecho (sentido negativo).

⁶¹ Art. 4 del Convenio 169 de la OIT.

Los pueblos originarios en América Latina, desde la Conquista han sido tratados de manera desigual en sentido negativo, como objetos de control social y no sujetos de derechos. Las oligarquías terratenientes postulaban que el originario era un ser inferior al que había que exterminar ya fuere para arrebatárles las tierras o convertirlos en mano de obra barata. Otros, más humanistas, hablaban de civilizarlos, es decir, homogeneizarlos, integrarlos a la civilización con el consiguiente proceso de aculturación⁶².

En este contexto, el sistema punitivo se ha venido presentando desde la colonia:

“como un subsistema funcional de la producción material e ideológica (legitimación) del sistema social global, es decir, de las relaciones de poder y de propiedad existentes, más que como instrumento de tutela de intereses y derechos particulares de los individuos”⁶³.

Esto significa que el sistema de justicia penal siempre ha sido altamente selectivo, tanto en lo que se refiere a los bienes jurídico penales cuya protección se positiviza en las normas, como en lo que se refiere al proceso de criminalización y a la población criminal. Como señala Baratta:

“... todo ello está dirigido casi exclusivamente contra las clases populares y, en particular, contra los grupos sociales más débiles, como lo evidencia la composición social de la población carcelaria”⁶⁴.

La necesaria incorporación de los derechos humanos al sistema penal, en cuanto límite al *ius puniendi* como fundamento de la intervención mínima, y criterio rector en la selección de bienes jurídicos penales, hace que el principio de igualdad no pueda ser concebido separado del Principio de respeto a las autonomías culturales, esto significa que el sistema penal debe “tomar en consideración la percepción específica de la realidad y de los valores de las minorías étnicas y de los grupos que representan culturas diferenciadas dentro de una determinada sociedad”. De esta forma, se presenta un límite funcional de la ley penal, consistente en “la falta de una condición necesaria para la criminalización de ciertos comportamientos, cuando éstos pueden ser considerados como normales en subculturas bien delimitadas”.

En tal sentido el Convenio 169, establece que:

“Los pueblos indígenas y tribales deberán gozar plenamente de los derechos humanos y libertades fundamentales, sin obstáculos ni discriminación. Las disposiciones de este convenio se aplicaran sin discriminación a hombres y mujeres de esos pueblos”. (Art. 3.1),

Y que:

“la conciencia de su identidad indígena o tribal deberá considerarse un criterio fundamental para determinar los grupos a los que se aplican las disposiciones del presente convenio. (Art. 1.2)

2.2 INSTRUMENTOS JURÍDICOS APLICABLES A LOS PUEBLOS INDÍGENAS

Los derechos de los pueblos indígenas se han ido configurando según han progresado los principios y las normas internacionales de los derechos humanos, las cuales se les aplican en su integridad. En este orden los principios fundamentales de no discriminación, igualdad, autodeterminación y reconocimiento de sus derechos colectivos les son especialmente aplicables.

Hoy podemos observar que existen cuatro estatutos jurídicos aplicables a los pueblos indígenas. Uno de carácter general en el que se contienen todos los instrumentos del derecho internacional, el segundo referido a la regulación de las minorías nacionales, étnicas, religiosas o

⁶² Zaffaroni, E.R. “Consideraciones acerca del reconocimiento del pluralismo cultural en la ley penal”. Doc. Inédito aparecido en publicación de Parte General Anteproyecto de Reforma al Código penal de Bolivia. Conforme a las resoluciones adoptadas en las reuniones de Santa Cruz de La Sierra (2008) y Buenos Aires (2009). Disponible en www.cienciaspenales.net (fecha consulta 2 junio 2010).

⁶³ Baratta, Alessandro. “Principios de Derecho Penal Mínimo”, en *Criminología y Sistema Penal* (compilación in memoriam a A. Baratta), Buenos Aires: Edit. B de F, 2004, pp.299-333.

⁶⁴ Idem.

lingüísticas⁶⁵, el tercero está conformado por los derechos de los pueblos contenidos en el Art. 1 de los Convenio de 1966⁶⁶, y por último uno específico, a través del cual les reconocen derechos especiales que dicen relación con el carácter colectivo de la propiedad y posesión de sus tierras, el derecho a conservar sus idiomas e instituciones, su derecho, a resolver conflictos internos de conformidad con su derecho consuetudinario. El reconocimiento de estos derechos pretende superar el enfoque independiente de la legislación que de corte individualista que no representaba las aspiraciones y realidades culturales de estos pueblos. Los instrumentos más importantes que consagran estos derechos son el Convenio 169 de la OIT (1989) y la Declaración de Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas (2007).⁶⁷

2.2.1 INSTRUMENTOS JURÍDICOS DE CARÁCTER GENERAL

En la medida que la discusión en torno a los derechos indígenas avanzaba en el concierto internacional se fueron incorporando normas dirigidas a los integrantes de los pueblos indígenas, algunas de ellas relativas a las mujeres y los niños. Es así que hasta hoy podemos identificar diversos instrumentos internacionales del sistema universal de protección, como aquellos del sistema interamericano, los que de manera directa o indirecta pueden ser aplicados a los indígenas, ya sea considerando a sus integrantes en calidad de individuos, o en cuanto pertenecientes a un Pueblo Indígena.

Es así como son especialmente aplicables a los pueblos indígenas los siguientes instrumentos:

Declaraciones

- Declaración Universal de Derechos Humanos (1948)
- Declaración sobre los Derechos de las personas pertenecientes a minorías nacionales, étnicas, religiosas y lingüísticas (1990)
- Declaración sobre el Derecho al Desarrollo (1986)⁶⁸
- Declaración y Plataforma de Acción de Beijing (1995)
- Declaración de Río sobre el desarrollo y el medio ambiente (1992)⁶⁹
- Declaración ministerial de Malmö de la UNEP (2000)⁷⁰

Convenciones y Pactos

- Convención para la prevención y la sanción del delito de Genocidio (1948)⁷¹
- Convención Internacional sobre Eliminación de Todas las Formas de Discriminación

⁶⁵ Art. 27 del Pacto de Derechos Civiles y políticos. Art. 27 que señala: “En los Estados en que existan minorías étnicas, religiosas o lingüísticas, no se negará a las personas que pertenezcan a dichas minorías el derecho que les corresponde, en común con los demás miembros de su grupo, a tener su propia vida cultural, a profesar y practicar su propia religión y a emplear su propio idioma”. Pacto internacional de derechos civiles y políticos. Adoptado por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su Resolución 2200 A (XXI), de 16 de diciembre de 1966. Entrada en vigor: 23 de marzo de 1976.

⁶⁶ Nos referimos al Pacto internacional de derechos civiles y políticos y al Pacto internacional de derechos económicos, sociales y culturales (1966).

⁶⁷ Declaración de Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, aprobada por la Asamblea General el 13 de septiembre de 2007. (A/RES/61/295).

⁶⁸ Declaración sobre el derecho al desarrollo. Adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su Resolución 41/128, de 4 de diciembre de 1986.

⁶⁹ La Declaración de Río sobre Desarrollo. Principio 22 señala que: “Las poblaciones indígenas y sus comunidades, así como otras comunidades locales, desempeñan un papel fundamental en la ordenación del medio ambiente y en el desarrollo, debido a sus conocimientos y prácticas tradicionales. Los Estados deberían reconocer y apoyar debidamente su identidad, cultura e intereses, y hacer posible su participación efectiva en el logro del desarrollo sostenible”.

⁷⁰ Véase el Preámbulo, en http://www.unep.org/malmo/declaración_ministerial_de_malmö1.htm.

⁷¹ Adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su Resolución 260 A (III), de 9 de diciembre de 1948. Entrada en vigor: 12 de enero de 1951. Especialmente aplicable es el artículo II para los Pueblos Indígenas.

Racial (1965).⁷²

- Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (1966).⁷³
- Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (1966)⁷⁴
- Convención sobre los derechos del niño (1989)⁷⁵
- Convenio sobre la diversidad biológica, en especial Art. 8j (1992)⁷⁶
- Estatuto de la Corte Penal internacional (1998)⁷⁷

Directrices

- Directrices de las naciones unidas para la prevención de la delincuencia juvenil (1990)⁷⁸

Instrumentos de la UNESCO⁷⁹

- Convención sobre la protección del patrimonio mundial, cultural y natural (1972)
- Declaración universal de la UNESCO sobre la diversidad cultural y su Programa de acción (2001)⁸⁰
- Convención para la salvaguardia del patrimonio cultural inmaterial (2003)
- Convención sobre la protección y promoción de la diversidad de las expresiones culturales (2005)

Conferencias y programas

- La Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo, Agenda 21. Capítulo 26 (1992)

Conferencia Internacional sobre la Población y el Desarrollo (1994)

- Junto con lo anterior es necesario destacar el importante rol que ha asumido el Sistema de Protección Americano de Derechos Humanos, conformado por la Convención Americana de Derechos Humanos (1969)⁸¹, el Protocolo adicional a la Convención Americana sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales o Protocolo de San Salvador” (1988)⁸² y los estatutos que establecen y reglamentan el funcionamiento de la Comisión y la Corte

⁷² Véase especialmente los artículos 1,2, 4 y 7.

⁷³ Especialmente importantes en materia indígena son los artículos 1, 4, 14, 18,24, 26 y 27.

⁷⁴ Véanse los artículos 1, 2, 13,15 y 25 que son de especial importancia para los Pueblos Indígenas.

⁷⁵ Véase especialmente los artículos 2,4, 17, 20, 21, 29, 30, 31,32 y 40.

⁷⁶ En especial Art.8j, 17 y 18.

⁷⁷ Este estatuto señala en el Art. 7 relativo a los crímenes de lesa humanidad en su numeral 1.h) que se considerará por tal la “Persecución de un grupo o colectividad con identidad propia fundada en motivos políticos, raciales, nacionales, étnicos, culturales, religiosos, de género definido en el párrafo 3, u otros motivos universalmente reconocidos como inaceptables con arreglo al derecho internacional, en conexión con cualquier acto mencionado en el presente párrafo o con cualquier crimen de la competencia de la Corte”.

⁷⁸ El acápite IV sobre el proceso de socialización. Letra A relativo a la familia prescribe que “15. Deberá prestarse especial atención a los niños de familias afectadas por problemas creados por cambios económicos, sociales y culturales rápidos y desiguales, en especial a los niños de familias indígenas o de inmigrantes y refugiados. Como tales cambios pueden perturbar la capacidad social de la familia para asegurar la educación y crianza tradicionales de los hijos, a menudo como resultado de conflictos culturales o relacionados con el papel del padre o de la madre, será necesario elaborar modalidades innovadoras y socialmente constructivas para la socialización de los niños.

⁷⁹ Instrumentos disponibles en la página de la UNESCO:http://portal.unesco.org/en/ev.php-URL_ID=12024&URL_DO=DO_TOPIC&URL_SECTION=201.html.

⁸⁰ Véase especialmente los artículos 1, 4, 5, 7, y 8.

⁸¹ Convención americana sobre derechos humanos. Adoptada en San José de Costa Rica el 22 de noviembre de 1969. Entrada en vigor: 18 de julio de 1978.

⁸² Véase artículos 3, 6, 7, 10, 11, 12, 13, 14, y 15 de utilidad para los pueblos indígenas.

Interamericana de Derechos Humanos⁸³. Además, es importante saber de la existencia de otros instrumentos de la Organización de los Estados Americanos, entre ellos el Proyecto de Declaración de sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas (1997).⁸⁴

2.2.2 INSTRUMENTOS JURÍDICOS ESPECÍFICOS PARA PUEBLOS INDÍGENAS

El primer instrumento referido a los pueblos indígenas fue el Convenio sobre poblaciones indígenas y tribales Núm. 107, de 1957 de la Organización Internacional del Trabajo que estableció por primera vez normas para estos colectivos referidos a la tierras, educación y trabajo, siendo ratificado por 27 estados. Dado que este Convenio contenía normas que propiciaban la integración y asimilación indígena, sobre la base que “los pueblos indígenas y tribales eran sociedades “atrasadas” y transitorias, se llegó a la convicción que este instrumento debía ser actualizado. Así la Reunión de expertos en 1986, convocada por el Consejo de Administración de la OIT, concluyó que «el enfoque integracionista del Convenio era obsoleto y que su aplicación era perjudicial en el mundo moderno». Con ello entre 1987 y 1989 se revisó este instrumento y el Convenio así actualizado se adoptó como Convenio núm. 169, que será objeto de estudio en el capítulo siguiente.⁸⁵

Declaración de las Naciones Unidas

Un hito importante en el reconocimiento de los derechos indígenas lo constituye la Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas (2007)⁸⁶ cuyo fundamento arranca de la “urgente necesidad de respetar y promover los derechos intrínsecos de los pueblos indígenas, que derivan de sus estructuras políticas, económicas y sociales y de sus culturas, de sus tradiciones espirituales, de su historia y de su filosofía, especialmente los derechos a sus tierras, territorios y recursos”⁸⁷.

El valor de esta Declaración fue señalado por el Alto Comisionado de Derechos Humanos, al destacar que este instrumento “proporciona una interpretación sobre cómo los derechos humanos ya consagrados en otros instrumentos internacionales de importancia universal aplican a los pueblos y a los individuos indígenas. En este sentido, la Declaración sí tiene un efecto vinculante para la promoción, el respeto y el cumplimiento de los derechos de los pueblos indígenas alrededor del mundo”⁸⁸.

Como lo señala el artículo 43 de la Declaración los derechos que contienen sus

⁸³ Estatuto de la Comisión Interamericana de derechos humanos. Aprobado por la Asamblea General de la Organización de los Estados Americanos mediante la Resolución Nº 447, octubre de 1979.

Reglamento de la comisión interamericana de derechos humanos. Aprobado por la Comisión en su 109º período extraordinario de sesiones, celebrado del 4 al 8 de diciembre de 2000, y modificado en su 116º período ordinario de sesiones, celebrado del 7 al 25 de octubre de 2002, en su 118º período ordinario de sesiones, celebrado del 6 al 24 de octubre de 2003 y en su 126º período ordinario de sesiones celebrado del 16 al 27 de octubre de 2006. Estatuto de la Corte interamericana de derechos humanos. Aprobado por la Asamblea General de la Organización de los Estados Americanos mediante Resolución Nº 448, octubre de 1979.

⁸⁴ Forman parte de estos instrumentos: Carta de la organización de Estados Americanos(1948), Declaración Americana de los Derechos del Hombre (1948), Carta Interamericana de Garantías Sociales (1948) y Carta democrática Interamericana (2001).

⁸⁵ Manuela Tomei Y Lee Swepston. Pueblos indígenas y tribales: Guía para la aplicación del Convenio núm. 169 de la OIT Servicio de Políticas de Desarrollo Servicio sobre Igualdad y Coordinación de los Derechos Humanos Oficina internacional del Trabajo Con el apoyo financiero del Centro Internacional para los Derechos Humanos y el Desarrollo Democrático, Montreal (Ginebra, julio de 1996).

⁸⁶ Adoptada por la Asamblea general de las Naciones Unidas en el año 2007. Resolución a/res/61/106, de 13 de septiembre de 2007.

⁸⁷ Considerando de la Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas.

⁸⁸ Uprimny, Inés Margarita. Declaración de Naciones Unidas sobre los Derechos de Pueblos Indígenas. Presentación Power Point realizada en Curso de Especialización del Convenio 169 de la OIT en Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Central de Chile. Octubre de 2009.

disposiciones constituyen “las normas mínimas para la supervivencia, la dignidad y el bienestar de los pueblos indígenas del mundo”

Al respecto, este instrumento reconoce los siguientes derechos:

- ✓ **La libre-determinación:** Implica el derecho a la autonomía o al autogobierno en las cuestiones relacionadas con sus asuntos internos y locales, disponer de los medios para financiar sus funciones autónomas, conservar y reforzar sus propias instituciones políticas, jurídicas, económicas, sociales y culturales, manteniendo a la vez su derecho a participar plenamente, si lo desean, en la vida política, económica, social y cultural del Estado. (Art. 3, 4, 5, 18, 19, 20.1, 20.2, 23, 32.1, 33.2, 34,35, 37, 46.1, 16.1, 16.2).

En virtud de este Derecho los pueblos indígenas tienen derecho a determinar su propia identidad o pertenencia conforme a sus costumbres y tradiciones. (Art.33.1)

- ✓ **Continuidad histórica:** Los pueblos indígenas tienen derecho a que los tratados, acuerdos y otros arreglos constructivos concertados con los Estados o sus sucesores sean reconocidos, observados y aplicados y a que los Estados acaten y respeten esos tratados, acuerdos y otros arreglos constructivos. (Artículo 37. 1.).
- ✓ **Derechos colectivos e individuales.** Referidos a educación, las tierras, idiomas, autogobierno, instituciones políticas, sociales y culturales autónomas, integridad cultural, idiomas y expresiones culturales, tierras, cooperación transfronteriza.
- ✓ **Participación y Consulta:** Derecho a participar en la adopción de decisiones en las cuestiones que afecten a sus derechos, a través de sus representantes elegidos por sus propios procedimientos, mantener y desarrollar sus instituciones de adopción de decisiones. (Art. 18, 15.2, 17.2, 30.2, 32.3, 36.2 y 38).⁸⁹
- ✓ **Consentimiento libre, previo e informado** (Art. 10, 19, 29.2, 11.2, 28, 32.2).⁹⁰
- ✓ **Derecho a la Cultura:** Los pueblos indígenas tienen derecho a mantener, controlar, proteger y desarrollar su patrimonio cultural, sus conocimientos y expresiones tradicionales, manifestaciones de sus ciencias, tecnologías, sus creencia, ceremonias espirituales y religiosas de manera pública o privada (Art.11, 12, 31).
- ✓ **Derecho a las tierras territorios y recursos** (Art.8.2, 25, 26.2, 26.3, 27, 30.1, 30.2, 32.1, 32.2, 31.1).
- ✓ Derecho a procedimientos justos para resolver controversias con los estados u otras partes de conformidad a sus tradiciones y derechos propios (Art. 40).⁹¹
- ✓ **Derecho a gozar de todos los derechos humanos:** Disfrute de todos los derechos humanos y libertades fundamentales reconocidos en la Declaración Universal de los Derechos Humanos de la ONU, la Carta de las Naciones Unidas y demás instrumentos internacionales de derechos humanos.

⁸⁹ Véase Informe “Principios Internacionales Aplicables a la Consulta en Relación con la Reforma Constitucional en materia de derechos de los pueblos indígenas en Chile” (Apéndice A, infra).

⁹⁰ Así por ejemplo el Artículo 19 de la Declaración dispone que “Los Estados celebrarán consultas y cooperarán de buena fe con los pueblos indígenas interesados por medio de sus instituciones representativas antes de adoptar y aplicar medidas legislativas o administrativas que los afecten, a fin de obtener su consentimiento libre, previo e informado”.

⁹¹ Artículo 40 “Los pueblos indígenas tienen derecho a procedimientos equitativos y justos para el arreglo de controversias con los Estados u otras partes, y a una pronta decisión sobre esas controversias, así como a una reparación efectiva de toda lesión de sus derechos individuales y colectivos. En esas decisiones se tendrán debidamente en consideración las costumbres, las tradiciones, las normas y los sistemas jurídicos de los pueblos indígenas interesados y las normas internacionales de derechos humanos.

2.2.3 LAS NORMAS INTERNACIONALES EN EL SISTEMA JURÍDICO CHILENO EN ESPECIAL DEL CONVENIO 169 DE LA OIT

El derecho nacional recepciona las normas del derecho internacional de diversas formas, dependiendo del tipo de fuentes de las que provengan. Así, las reglas de derecho consuetudinario internacional se integran automáticamente,⁹² mientras que las normas convencionales requieren de la ratificación del tratado que las contenga.⁹³ En general, los tratados internacionales son equivalentes a las leyes,⁹⁴ por lo que deben aplicarse una vez que estén ratificados, promulgados y publicados y en caso de conflicto de ley, se aplican los principios de especialidad y temporalidad.⁹⁵ Sin embargo, la Constitución establece un estatuto especial para las normas de derechos humanos contenidas en tratados internacionales. Conforme a su artículo 5° inciso segundo, éstas limitan el ejercicio de la soberanía:

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

Se configura así un bloque constitucional de derechos, que más que asignar un determinado rango a los tratados internacionales sobre derechos humanos en nuestro ordenamiento jurídico, establece que los derechos contenidos en aquellos limitan el ejercicio de la soberanía del Estado.⁹⁶ De esta manera, los poderes públicos encuentran en estos derechos un límite negativo a su actuar, además de tener un deber positivo de promoción de los mismos.⁹⁷ Así lo ha entendido la Corte Suprema, al señalar que:

“Esta Corte Suprema, en reiteradas sentencias ha reconocido que de la historia fidedigna del establecimiento de la norma constitucional contenida en el artículo 5° de la Carta Fundamental se deduce que los derechos esenciales limitan la soberanía y son “superiores a toda norma que puedan disponer las autoridades del Estado, incluido el propio poder constituyente, lo que impide que sean desconocidos”.⁹⁸

Este estatus especial que la Constitución entrega a las normas internacionales de derecho humanos, permite afirmar que “desde el momento en que rige un tratado [de derechos humanos],

⁹² Benadava, Santiago, *Las relaciones entre derecho internacional y derecho interno ante los tribunales chilenos*, en *Nuevos enfoques del Derecho Internacional*, Editorial Jurídica de Chile, 1992, pp. 10- 18; En el mismo sentido INFANTE, María Teresa, *Los tratados en el derecho interno chileno: el efecto de la reforma constitucional de 1989 visto por la jurisprudencia*, mayo-agosto 1996, en *Revista Chilena de Derecho*, Vol. 23 N° 2 y 3, Tomo I, pág. 284; también GAETE, Eugenio, *Derecho Internacional y Derechos de los Estados: incorporación de los derechos humanos*, mayo-agosto 1996, en *Revista Chilena de Derecho*, Vol. 23 N° 2 y 3, Tomo I, p. 275.

⁹³ Artículos 32 N° 15 y 54 N° 1 de la CPR.

⁹⁴ Montt Santiago, y Matta, Manuel, *Una visión panorámica al Convenio 169 y su implementación en Chile*, borrador preparado para el Centro de Estudios Públicos (CEP), formato pdf, p. 22.

⁹⁵ Cordero Q., Eduardo, *Los principios y reglas que estructuran el ordenamiento jurídico chileno*, en *Ius et Praxis* [en línea], 2009, vol.15, n° 2, pp. 11-49. ISSN 0718-0012, p. 39.

⁹⁶ Nogueira, Humberto, *Las constituciones y los tratados en materia de derechos humanos: América Latina y Chile*, 2002, en *Ius et Praxis*, año 6 N° 2, pp. 229-279, pp.245. En el mismo sentido, Ruiz Tagle, Pablo, *Presentación: Constitucionalidad de los Tratados Internacionales en Chile*, en *Los Tratados Internacionales en la Jurisprudencia Constitucional*, Santiago de Chile, Facultad de Derecho Universidad de Chile, 2001, p. 13. En un sentido similar Cumplido, Francisco, *Alcances de la modificación del artículo 5° de la Constitución Política chilena en relación a los tratados internacionales*. mayo-agosto 1996, en *Revista Chilena de Derecho*, Vol. 23 N° 2 y 3, Tomo I; también Pfeffer, Emilio y Evans, Eugenio, *Reforma Constitucional 2005: derechos y garantías constitucionales*, en Zuñiga, Francisco, *Reforma Constitucional*, Santiago de Chile, Lexis Nexis, 2005, pp. 321-343; y Nash, Claudio, *La incorporación de los instrumentos internacionales de derechos humanos en el ámbito nacional: la experiencia chilena*, [pdf], <http://www.cdh.uchile.cl/conferencias_charlas/Nash/Derechos_Humanos-Unicef.pdf>, [consultado el 23 de julio de 2009], 2003, p. 8 y 9.

⁹⁷ Corte Suprema, fallo caso (Machi) Francisca Linconao con Sociedad Palermo Ltda., Rol N° 7287-2009, confirmando sentencia de la Corte de Apelaciones de Temuco, Rol 1773-2008, considerando 3°

⁹⁸ Revista Fallos del Mes N° 446, Sección criminal, p. 2066, considerando 4°, citado en Nogueira, Humberto, *Las constituciones y los tratados...*, pág. 265. También Corte Suprema, Caso contra Zapata y Romo, Rol N° 3452-2006, considerando 73°.

se incorpora su contenido al ordenamiento jurídico interno y se deroga toda norma jurídica de cualquier nivel o naturaleza incompatible con lo estipulado en él”.⁹⁹ De esta manera, el Congreso queda obligado por ellas y está imposibilitado de derogarlas, pues estaría traspasando el límite que le impone la propia Constitución.¹⁰⁰ Así mismo, en función del principio de eficacia directa de la misma consagrado en su artículo 6°, todos los órganos públicos quedan limitados en su actuar por estos derechos y obligados a promoverlos. Esto incluye, por cierto, tanto a los tribunales de justicia, como al Ministerio Público e incluso a la Defensoría Penal Pública. Cualquier acto que los vulnere adolecerá de nulidad de derechos público conforme a los artículos 6° y 7° de la CPR.¹⁰¹

Este carácter de límite al ejercicio de la soberanía hace que todas las normas de derechos humanos vigentes en nuestro ordenamiento jurídico sean autoejecutables.¹⁰² O sea, nunca puede ser pretexto para su incumplimiento interno la falta de regulación de tal o cual derecho.

Ahora bien, no cabe duda alguna que el Convenio 169 de la OIT es un tratado internacional.¹⁰³ Así mismo, sus normas son de derechos humanos, como se desprende de la discusión parlamentaria que siempre tuvo a la vista el hecho de estar ratificando un tratado de derechos humanos.¹⁰⁴ A esto hay que agregar que indiscutiblemente el derecho internacional considera los derechos colectivos como derechos humanos y particularmente los de los pueblos indígenas.¹⁰⁵ Así mismo, el preámbulo del propio Convenio 169 recuerda que “que en muchas partes del mundo esos pueblos no pueden gozar de los derechos humanos fundamentales en el mismo grado que el resto de la población de los Estados en que viven y que sus leyes, valores, costumbres y perspectivas han sufrido a menudo una erosión” lo que evidencia que la intensión del mismo es contribuir a superar esta situación. De esta manera, sus disposiciones constituyen un límite al ejercicio de la soberanía.

Cabe señalar que las normas de derechos humanos contenidas en otras fuentes del derecho internacional (vg. costumbre y principios) también ingresan al sistema jurídico nacional.

⁹⁹ Silva Bascuñán, Alejandro, Tratado de Derecho Constitucional, Tomo IV. La Constitución de 1980, Bases de la institucionalidad. Nacionalidad y ciudadanía. Justicia Electoral, 2ª edición, Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 1997, pág. 121.

¹⁰⁰ Montt, Santiago y MATTA, Manuel, ob. cit., p. 23.

¹⁰¹ Cfr. relator especial de naciones unidas sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas (James Anaya), Principios Internacionales aplicables a la consulta en relación con la reforma constitucional en materia de derechos de los pueblos indígenas en Chile, 24 de abril 2009, en La situación de los Pueblos Indígenas en Chile: seguimiento de las recomendaciones hechas por el Relator anterior, A/HRC/12/34/Add.6, formato pdf, 14 de septiembre 2009, disponible en línea <http://www2.ohchr.org/english/bodies/hrcouncil/docs/12session/A.HRC.12.34.Add.6_sp.pdf>, párr. 6.

¹⁰² Montt, Santiago y Matta, Manuel, ob. cit., p. 23

¹⁰³ Fue ratificado por el Congreso Nacional conforme a las reglas constitucionales pertinentes y constituye “un acuerdo internacional celebrado por escrito entre Estados y regido por el derecho internacional” tal como lo establece el artículo 2.1a) de la Convención de Viena de 1969, ratificada por Chile.

¹⁰⁴ La propia Comisión de Derechos Humanos, Nacionalidad y Ciudadanía en su Primer Informe sobre el Proyecto de Acuerdo que Aprueba el Convenio 169 de la OIT, recordó que: “La necesidad de reconocer la íntima relación del individuo con la cultura del pueblo al cual pertenece, y de respetar la identidad cultural de ese individuo junto a la de todos los que conforman ese grupo, hace surgir la concepción de un nuevo derecho humano colectivo, cuyo sujeto receptor es el pueblo o grupo étnico del cual forma parte. Este derecho humano colectivo, por constituir un desarrollo doctrinario nuevo, ha sido llamado de ‘tercera generación’”. comisión de derechos humanos, nacionalidad y ciudadanía, Primer Informe sobre el Proyecto de Acuerdo que Aprueba el Convenio 169 de la OIT, Boletín N° 233-10, formato aspx, en línea <<http://www.camara.cl/pley/pdfpley.aspx?prmID=1377&prmTIPO=INFORMEPLY>>, consultado el 21 de junio de 2010, p. 6)

¹⁰⁵ Basta recordar la Declaración de Derechos de Pueblos Indígenas de Naciones Unidas en la que se los considera como titulares del derecho a la autodeterminación concretada en autonomía. Cabe mencionar también la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y los informes y recomendaciones del Relator Especial de Naciones Unidas para los Derechos y Libertades de los Indígenas.

Así lo ha señalado tanto la jurisprudencia¹⁰⁶ como la doctrina nacional.¹⁰⁷ En materia de derechos humanos la Corte Suprema ha sido explícita:

“Igualmente, se ha declarado que el derecho internacional, aun consuetudinario, tiene prevalencia sobre la legislación nacional, a pesar que el primero no se encuentre traducido en tratados o convenciones obligatorias para Chile, sino solamente en los principios de derecho internacional generalmente aceptados, los que se entienden automáticamente incorporados en el derecho chileno, sin necesidad de un acto de recepción por parte de los órganos del Estado[...] y “deben ser aplicadas por los tribunales nacionales con preferencia al derecho interno”.¹⁰⁸

En definitiva, lo que consagra la norma en estudio es justamente la incorporación automática de la totalidad del derecho internacional de los derechos humanos a nuestro derecho interno.¹⁰⁹

Que las normas sobre derechos fundamentales del Convenio N° 169 de la OIT sean parte del bloque de constitucionalidad de nuestro ordenamiento jurídico acarrea una serie de consecuencias. Lo primero es que con la entrada en vigencia del Convenio, se derogan tácitamente todas las normas internas que lo contradigan, no sólo por aplicación del principio *lex posteriori derogat priori*¹¹⁰ sino que porque el estatus especial que la Constitución entrega a las normas internacionales de derechos humanos, permite afirmar que “desde el momento en que rige un tratado, se incorpora su contenido al ordenamiento jurídico interno y se deroga toda norma jurídica de cualquier nivel o naturaleza incompatible con lo estipulado en él”.¹¹¹ O sea, también prevalecen sobre las normas especiales. En la práctica, esto significa que las normas legales anteriores al tratado deben ser inaplicadas por los tribunales de justicia en todo lo que las contradigan, sin que sea necesario accionar de inaplicabilidad por inconstitucionalidad.¹¹² Respecto

¹⁰⁶ Gaete, Eugenio, ob. cit., p. 275. En el mismo sentido Benadava, Santiago, Las relaciones entre derecho internacional y derecho interno ante los tribunales chilenos, en Nuevos enfoques del Derecho Internacional, Editorial Jurídica de Chile, 1992, pp. 10- 18. El autor concluye tras recorrer la jurisprudencia desde 1932 a 1989 que “En general, podemos afirmar que la jurisprudencia de nuestros tribunales admite que las reglas de derecho internacional generalmente aceptadas se entienden automáticamente incorporadas en el derecho chileno, sin necesidad de un acto de recepción por parte de los órganos del Estado, y que deben ser aplicadas por los tribunales nacionales cuando se les presente ocasión para ello” (pág. 18). María Teresa Infante sostiene que cuando la validez de la costumbre internacional ha sido rechazada se ha hecho por la falta de certeza respecto a su contenido específico o a la vigencia de determinado principio y no por negar la vigencia de tales principios en el orden interno (Infante, María Teresa, Los tratados en el derecho interno chileno: el efecto de la reforma constitucional de 1989 visto por la jurisprudencia, mayo-agosto 1996, en Revista Chilena de Derecho, Vol 23 N° 2 y 3, Tomo I, pág. 284).

¹⁰⁷ “[E]n ningún caso puede interpretarse como que aquellas fuentes [la costumbre internacional y los principios generales del Derecho] no son admitidas por nuestro ordenamiento constitucional” Pfeffer, Emilio, Los Tratados Internacionales sobre Derechos Humanos y su ubicación en el orden normativo interno, en Revista Iuris et Praxis, el línea, formato pdf, disponible en internet en: <http://redalyc.uaemex.mx/redalyc/pdf/197/19790121.pdf>, pág. 471. PRECHT afirma que adoptar una postura distinta que excluya *ius cogens* del ordenamiento jurídico chileno constituye una violación del derecho de tratados consagrado en la Convención de Viena -tratado internacional vigente y ratificado por Chile-, en cuanto éste “está basada sobre la idea de la obligatoriedad jurídica del *ius cogens*” (Precht, Enrique, Vino nuevo en odres viejos: derecho internacional convencional y derecho interno chileno, en Revista Chilena de Derecho, Vol 23 N° 2 y 3, Tomo I, pp. 381-405 (1996), p. 386). El destacado es del autor. La afirmación se funda en los artículos 38, 52, 53, 64 y 65 N° 5 de la Convención de Viena. Particularmente, el primero de ellos establece que una norma de un tratado puede llegar a ser obligatoria para un tercer Estado en cuanto se trate de una norma consuetudinaria de derecho internacional.

¹⁰⁸ Corte Suprema, c/ Zapata y Romo, Rol N° 3452-2006, considerando 73°.

¹⁰⁹ Precht, Enrique, Vino nuevo..., pp. 396 y 399. También Gaete, Eugenio, Derecho Internacional y Derechos de los Estados: incorporación de los derechos humanos, Revista Chilena de Derecho, Vol. 23 N° 2 y 3, Tomo I, (1996), pág. 266. El autor afirma que un tratado no ratificado puede ser invocado en las medidas que sus normas cristalicen principios generalmente aceptados por los Estados, los tribunales o por la doctrina. “Los tratados multilaterales sobre derechos humanos pueden ser aplicados, aun en defecto de ratificación por el Estado, a título de principios generales del Derecho o, incluso, a título de costumbre internacional” (ob. cit., 275).

¹¹⁰ Montt, Santiago y Matta, Manuel, ob. cit., p. 22.

¹¹¹ Silva Bascuñán, Alejandro, Tratado de Derecho Constitucional, Tomo IV. La Constitución de 1980, Bases de la institucionalidad. Nacionalidad y ciudadanía. Justicia Electoral, 2ª edición, Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 1997, pág. 121.

¹¹² “En virtud de lo primero [del deber de respeto a los derechos garantizados por tratados internacionales], existe la necesidad de conformarse a lo dispuesto en tratados internacionales ratificados y vigentes en Chile, y ese deber recae

de normas jurídicas dictadas con posterioridad a su entrada en vigencia, éstas deberán ser declaradas como inconstitucionales por el Tribunal Constitucional (TC) en el control preventivo¹¹³ y en su defecto el juez o las partes de un litigio donde se pretende aplicar, pueden solicitar que se declare su inaplicabilidad por inconstitucionalidad,¹¹⁴ a partir de la cual puede ser derogada con efectos generales por el propio Tribunal Constitucional.¹¹⁵

Por otra parte, las normas de derecho interno relativas o que incidan en derechos fundamentales se ven resignificadas por el contenido de las normas internacionales. A este respecto, la Corte de Apelaciones ha señalado, en un caso relativo a consulta y participación, que “el Convenio 169- citado- sin duda viene a enriquecer la Ley Indígena 19.253”.¹¹⁶ Así por ejemplo, el entendimiento de la garantía de la propiedad del artículo 19° N° 24 de la Constitución, se ve ensanchado por la categoría de hábitat y territorio indígena que introduce el Convenio N° 169 y que ha desarrollado la Corte Interamericana de Derechos Humanos, sobre la base de la misma garantía establecida en el artículo 21° de la Convención Americana de Derechos Humanos.¹¹⁷ Desde esta perspectiva, la violación de los derechos fundamentales contenidos en tales instrumentos constituye tanto una violación del derecho interno como del derecho internacional.¹¹⁸ Finalmente cabe señalar que el orden jurídico interno y el internacional se retroalimentan en materia de derechos humanos, debiendo primar siempre aquel que resulte más beneficioso para el ejercicio de los derechos de las personas (principio pro homine).¹¹⁹

Antes de terminar esta sección cabe señalar que una vez constitucionalmente ratificado un tratado internacional de derechos humanos, sus normas pasan a integrar el sistema jurídico nacional trayendo consigo el conjunto de reglas relativas a su creación, validez, aplicación e interpretación. De allí que la interpretación auténtica del mismo emanada de sus órganos resulta obligatoria para los tribunales de justicia, y por ende la relevancia de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, toda vez que Chile ha ratificado los Tratados

sobre todo órgano del Estado, no únicamente sobre los órganos legislativos, de modo que todo órgano administrativo y todo tribunal, cuando haya de adoptar una decisión ha de acoger la contenida en el tratado internacional si ella estuviere en contradicción con una norma de derecho interno inferior a la Constitución... [no es que ellos tengan] competencia de anular normas de derecho interno contrarias a las de los tratados, sino de otorgar a las de éstos el primer orden de prioridad después de la Constitución” (Bertelsen, Raúl, ob. cit., pág. 221. En el mismo sentido, aunque “no en sentido dogmático sino en uno práctico” ver Montt, Santiago y Matta, Manuel, ob. cit., p. 23.

¹¹³ “[M]ás allá de disquisiciones dogmáticas sobre la jerarquía, en la práctica, los tratados internacionales quedan en una posición superior a las leyes ordinarias, pues, por una parte derogan el Derecho interno anterior, y, por otra parte, no son derogables por la actividad normativa posterior del Congreso Nacional”. Montt, Santiago y Matta, Manuel, ob. cit., p. 23.

¹¹⁴ El TC ha fallado recientemente admitiendo que el haber declarado la constitucionalidad de un precepto en control ex-ante, no lo inhabilita para conocer de inaplicabilidad (pese al tenor del artículo 37° de la Ley Orgánica Constitucional del Tribunal Constitucional). Esto porque en el primer caso “no consideró ningún vicio específico que pudiera afectar la constitucionalidad del precepto examinado en ese momento, sino que se limitó al análisis abstracto propio del control preventivo obligatorio de constitucionalidad a que se refiere el inciso primero del artículo 93 N° 1 de la Carta Fundamental”. (TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, Rol N° 1365-2009, considerando 9°).

¹¹⁵ Artículo 93 N° 6 y 7 de la CPR.

¹¹⁶ Corte de apelaciones de Temuco, Puelman con COREMA de la Araucanía (Caso Lof Palguin), Rol N° 1705-2009, considerando 10°. La sentencia fue revocada en una polémica sentencia por la Corte Suprema (Rol N° 1525-2010). Para un análisis crítico de la misma, véase MEZA-LOPEHANDÍA G., Matías, El caso del Lof Palguin ante la Corte Suprema: Derechos Humanos y Pueblos Indígenas, 2010, en La Semana Jurídica del 11.06.2010 al 17.06.2010.

¹¹⁷ El artículo 13.1 del Convenio N° 169 establece el término tierras debe “incluir el concepto de territorios, lo que cubre la totalidad del hábitat de las regiones que los pueblos interesados ocupan o utilizan de alguna otra manera”. Por su parte la Corte Interamericana ha establecido una interpretación evolutiva del derecho a la propiedad incluyendo en éste la propiedad ancestral indígena sobre sus territorios y recursos en función del papel que éstos cumplen en la su subsistencia como pueblos diferenciados. Para este desarrollo consultar Sentencia Caso Comunidad (Mayagna) Awas Tiggí con Nicaragua (2001); Comunidad Yake Axa vs. Paraguay (2005); Caso Comunidad Sawhoyamaya vs. Paraguay (2007); Caso Saramaka vs. Surinam (2007).

¹¹⁸ Nogueira, Humberto, Las constituciones y los tratados..., pág. 243.

¹¹⁹ Nogueira, Humberto, Las constituciones y los tratados..., págs. 241 y 249.

Internacionales que la crean y le reconocen competencia. Así lo ha entendido la propia Corte Interamericana en una sentencia en contra del Estado de Chile:

“el Poder Judicial debe tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana”.

2.3 BREVE REFERENCIA A LOS ASPECTOS FUNDAMENTALES DEL ESTATUTO CONSTITUCIONAL DE LOS TRATADOS INTERNACIONALES TRAS LA REFORMA CONSTITUCIONAL DE 2005

Cabe señalar que la facultad de conducir las relaciones internacionales y firmar tratados pertenece al presidente de la República, de conformidad al artículo 32 y 24 de la Constitución, correspondiendo la facultad de aprobarlos o rechazarlos al Congreso según el antiguo artículo 50 de la misma.

Tras la reforma constitucional del año 2005, el actual artículo 54 señala dentro de las atribuciones del Congreso Nacional:

“Aprobar o desechar los tratados internacionales que le presentare el Presidente de la República antes de su ratificación” (Nº 1, inciso 1º).

La reforma constitucional mantiene intacta esta primera oración; esto implica una limitada acción del Congreso Nacional: “Aprobar o desechar”. Y por tratado internacional se debe entender lo establecido en el Art. 2º de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados.

En el primer inciso, la reforma incorpora una segunda oración, la que sostiene:

“La aprobación de un tratado requerirá, en cada Cámara, de los quórum que corresponda, en conformidad al artículo 66, y se someterá, en lo pertinente, a los trámites de una ley”.

Según Humberto Nogueira¹²⁰ esta oración merece dos comentarios:

- Constitucionaliza la interpretación realizada por la doctrina y por el Tribunal Constitucional, la que había sostenido que las materias abordadas por tratados internacionales que correspondían a enunciados normativos que la Carta Fundamental sostiene que deben ser aprobados por determinado quórum parlamentario en el ámbito del Derecho interno de acuerdo al Art. 66 de la Carta, debe aprobarse su incorporación por el Congreso Nacional por el mismo quórum, tema que queda zanjado por la reforma constitucional.
- Del mismo modo, la reforma introduce una precisión en su frase final, que es de gran trascendencia, ya que el texto original podía prestarse a malas interpretaciones. En efecto, la nueva redacción establece que el tratado internacional “se someterá, en lo pertinente, a los trámites de una ley”. La expresión “en lo pertinente” explicita lo que parte importante de la doctrina venía sosteniendo, como asimismo ya había asumido el Tribunal Constitucional (STC, Rol Nº 288/1999, considerando 6º) en el sentido que un tratado internacional no es una ley, ni tiene jerarquía de ley, ya que el tratado es una norma de Derecho internacional, expresión de la voluntad de dos o más Estados u organismos internacionales o supranacionales, a diferencia de la ley, que es expresión de la voluntad unilateral de los órganos colegisladores de un Estado. Por ello, el tratado requiere la aprobación del Congreso, sólo para su incorporación al Derecho interno. Una vez que el tratado se encuentra aprobado por el Congreso y ratificado por el Presidente de la República, genera inmediatamente las obligaciones pertinentes del estado en el plano internacional, es decir, las normas del tratado pasan a ser derecho interno sin dejar de ser

¹²⁰ Ver libro colectivo “Reforma Constitucional”, Lexis Nexis, 2005.

derecho internacional, pero, a diferencia de las normas generadas por fuente interna no son susceptibles de derogación por voluntad unilateral del Estado.

La reforma de 2005 introdujo además algunas otras innovaciones, estableciendo trámites específicos para la aprobación de los tratados y el régimen de las reservas, todo lo cual puede generar inconstitucionalidades de forma en caso de no ser cumplidas.

En cuanto a los trámites específicos, se establece la obligación del Presidente de la República de informar al Congreso “sobre el contenido y el alcance del tratado, así como de las reservas que pretenda confirmar o formularle” al momento de someter el tratado a su aprobación.

Por otra parte, se agrega la facultad del Congreso de “sugerir la formulación de reservas y declaraciones interpretativas a un tratado internacional, en el curso del trámite de su aprobación, siempre que ellas procedan”.

No deja de llamar la atención que las reservas deban ser retiradas con acuerdo del Congreso si para su formulación esto no es un requisito.

De la misma forma se explicita que es atribución exclusiva del Presidente de la República el retiro o la denuncia de un tratado, con la limitación de pedir la opinión a ambas Cámaras y posteriormente informar al Congreso dentro de los quince días de efectuada la denuncia o el retiro.

Finalmente, el inciso sexto del texto reformado introduce un principio de grandes repercusiones en el Derecho interno y que es plenamente armónico con las obligaciones internacionales asumidas por el Estado chileno en la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados de 1969 (ratificada y publicada por Chile en el año 1981). Dicho inciso precisa:

“Las disposiciones de un tratado sólo podrán ser derogadas, modificadas o suspendidas en la forma prevista en los propios tratados o de acuerdo a las normas generales de Derecho Internacional”.

De acuerdo con este precepto constitucional el Estado chileno no deja ninguna duda sobre la voluntad de hacer efectiva las obligaciones de ius cogens de cumplir de buena fe las obligaciones internacionales contenidas en los arts. 26 y 27 de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados (*pacta sunt servanda*), como asimismo la obligación de no oponer obstáculos de Derecho interno al cumplimiento de las obligaciones internacionales voluntaria y libremente aceptadas, generando responsabilidad internacional por ello.

2.3.1 EL CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD PREVENTIVO DE LOS TRATADOS INTERNACIONALES

Dentro de los controles preventivos, se encuentra el control obligatorio de las leyes interpretativas de la Constitución y de las normas que versen sobre materias que la Constitución reserva a la Ley Orgánica Constitucional, incluyendo en ello de manera expresa a los tratados internacionales.

Cabe mencionar que en el derecho chileno la denominación “orgánica constitucional” corresponde a preceptos legales de control obligatorio antes de su promulgación y que requieren para su aprobación o modificación de los 4/7 de los senadores y diputados en ejercicio. Las materias de este tipo de leyes son un verdadero catálogo cerrado de reservas materiales contempladas en la Constitución.

Se hace presente que como estas materias son de control obligatorio, lo común es que no exista conflicto, sino normas sometidas a control preventivo en razón de reservas materiales específicas, agregando la reforma de 2005, de acuerdo a lo declarado con anterioridad por el Tribunal, “las normas de un tratado que versen sobre materias propias de estas últimas”, en alusión a las referidas leyes orgánicas constitucionales.

Este es un control de carácter abstracto y preventivo, realizado con anterioridad a la promulgación del tratado internacional, disponiendo la Constitución que “la Cámara de origen enviará al Tribunal Constitucional el proyecto respectivo dentro de los cinco días siguientes a aquél en que quede totalmente tramitado por el Congreso”.

En caso de ser declaradas inconstitucionales las normas sometidas a control previo, las mismas no podrán convertirse en Ley de la República.

Por otra parte, además de los controles preventivos obligatorios, existen controles previos de orden contencioso, que no pueden ser puestos en ejecución sin conflicto y sin requerimiento del legitimado activo. En efecto, se establece como atribución del Tribunal “Resolver las cuestiones sobre constitucionalidad que se susciten durante la tramitación de los proyectos de ley o de reforma constitucional y de los tratados sometidos a la aprobación del Congreso”.

En cuanto a la legitimación activa, la Carta Fundamental establece que “el Tribunal sólo podrá conocer de la materia a requerimiento del Presidente de la República, de cualquiera de las Cámaras o de una cuarta parte de sus miembros en ejercicio”, siempre que sea formulado antes “de la remisión de la comunicación que informa la aprobación del tratado por el Congreso Nacional y, en caso alguno, después de quinto día del despacho del proyecto o de la señalada comunicación”.

En caso de ser declaradas inconstitucionales las normas sometidas a control previo, las mismas no podrán convertirse en Ley de la República.

En el marco de un régimen presidencialista, ésta atribución ha sido de gran importancia para delimitar el campo atributivo de los poderes legislativos, específicamente el concepto de ideas matrices de un proyecto de ley, el alcance de la iniciativa exclusiva del ejecutivo y la facultad de los parlamentarios de presentar indicaciones.

Ambos controles son de carácter preventivo y netamente abstracto, en la medida en que no se explicitan hipótesis de aplicación a casos concretos ni se pueden ponderar los efectos de la aplicación de las normas.

2.3.2 JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. EN CUANTO A LAS DIFERENCIAS ENTRE UN TRATADO INTERNACIONAL Y UNA LEY

Sobre esta materia, el Tribunal ha razonado, en sentencia rol 309, de 4 de agosto de 2000 (169 OIT) que:

“la circunstancia que un tratado deba aprobarse conforme a los trámites de una ley significa, sin necesidad de mayor demostración, que en dicha aprobación deberán observarse todas las normas que la Constitución establece para la tramitación de una ley, en cuanto resulten compatibles, de acuerdo a la preceptiva constitucional”.

En el mismo orden, se razona que:

“someter la aprobación del tratado a la tramitación de una ley significa, de acuerdo con una interpretación lógica, que en dicha aprobación deberán observarse, en cuanto sean compatibles como ya se dijo, no sólo los diversos pasos o etapas que se observan en la formación de la ley, sino también, necesariamente, los quórum requeridos para aprobar una ley, pues de lo contrario no podría aprobarse o rechazarse en cada una de esas etapas. En otras palabras, el quórum de aprobación de una ley, jurídicamente considerado, es consustancial a los trámites de formación de una ley, pues si se desconocen tales quórum, la ley simplemente no puede aprobarse ni desecharse, o sea, no puede tramitarse” y que “si un tratado internacional contiene normas propias de ley orgánica constitucional, el acuerdo del Congreso para su aprobación o rechazo exige el quórum establecido por la Constitución para esa clase de leyes, pues de aceptarse que basta el quórum exigido para las leyes comunes en la tramitación del acuerdo aprobatorio de dicho tratado se estaría infringiendo el artículo 63, inciso segundo, de ella”, por lo que “fuerza es concluir que las disposiciones del tratado – en el caso que este contemple normas de distinta naturaleza - se aprobarán o rechazaran aplicando el quórum que corresponde a los distintos grupos de ellas; pero el proyecto de acuerdo de aprobación del tratado sólo

se entenderá sancionado por la respectiva Cámara Legislativa cuando todas las disposiciones del tratado hubiesen sido aprobadas en ella. En caso que una o más disposiciones de la respectiva Convención fuere desestimada, el proyecto de acuerdo debe entenderse rechazado como un todo.”

El fallo rol 383, de 5 de septiembre de 2003, especifica que:

“la Constitución contempla, en nexo con el proceso formativo de la ley, un conjunto de principios y disposiciones de tal modo armónicamente relacionados que, en su unidad, configuran un sistema. Pues bien, tal conjunto coherente de disposiciones, reunido principalmente en los artículos 60 a 72 del Código Político, debe entenderse que es aplicable, con idéntico vigor jurídico y en lo que sea procedente, a la aprobación de los Proyectos de Acuerdo sobre tratados por el Congreso Nacional. Así se desprende, en términos inequívocos, del artículo 50, número 1, inciso primero, de la Constitución, precepto en el cual consta, con lenguaje de significado imperativo, que “La aprobación de un tratado se someterá a los trámites de una ley.”.

Por otra parte, respecto de la inaplicabilidad, la misma se refiere en la Constitución a “preceptos legales”, entendiendo por tales las normas que tengan fuerza y rango de ley, lo que no ocurre con los tratados.

En específico, acerca de la diferenciación entre tratado y ley, en sentencia Rol 288, de 24 de junio de 1999, el tribunal señaló que:

“cabe puntualizar, en primer término, que el tratado y la ley son fuentes de derecho diferentes. En tal sentido, y sin entrar a profundizar el tema, pueden mencionarse algunos preceptos que decantan la distinción anotada: el artículo 5º alude a Constitución y tratados internacionales; el artículo 50 habla de someter la aprobación de los tratados a los trámites de la ley y el artículo 82, Nº 2º, en estudio, distingue entre la tramitación de los proyectos de ley y la tramitación de los tratados sometidos a la aprobación del Congreso”, que “por otra parte, la promulgación y publicación de los tratados no está descrita en texto expreso de la Constitución, sino que obedece a una práctica impuesta por la doctrina, la costumbre y la jurisprudencia, a diferencia de lo que ocurre con la ley según lo prevé expresamente el artículo 72 de la Carta Fundamental”, que “dentro de nuestro ordenamiento la ratificación del tratado representa una facultad privativa del Presidente de la República que puede ejecutar con toda discrecionalidad sin tener plazo en su actuar”, para señalar finalmente que “este Tribunal concluye que tratándose de los tratados internacionales el requerimiento sólo puede formularse mientras el tratado se encuentra sometido a la aprobación del Congreso”.

En el mismo sentido, cuando el constituyente derivado de 2005 quiso incluir a los tratados internacionales en los controles de constitucionalidad del artículo 93, lo ha señalado expresamente, como por ejemplo en los numerales 1º y 3º, a propósito de los controles preventivos de constitucionalidad. Sobre de la primacía del derecho internacional por sobre el derecho interno, la jurisprudencia del Tribunal ha sido variable, en términos de evolucionar antes y después de la reforma de 1989.

En este sentido, en el fallo rol 46, anterior a la reforma de 1989 y aplicando el artículo 8º originario de la constitución, el tribunal razonó que:

“una supuesta contradicción con las normas referidas de Derecho Internacional resulta improcedente, habida consideración de que de existir tal conflicto, él debería ser resuelto, como bien lo afirma Kelsen, "sobre la base del derecho nacional correspondiente" (Principios de Derecho Internacional Público, pág. 359), esto es, en el caso en estudio, de acuerdo con la Constitución Política de Chile. De conformidad a ella, según se infiere del contexto de los artículos 6º, 32, Nº 17, 50, Nº 1 y 82 Nº 2, entre otros, las normas constitucionales, en el orden interno, prevalecen sobre las disposiciones contenidas en los tratados internacionales.

28) Que la prevalencia, en el orden interno, de los preceptos constitucionales sobre las disposiciones de un tratado resulta por lo demás del todo consecuente con el sistema jurídico, ya que la interpretación contraria significaría permitir la reforma de la Carta Fundamental por un modo distinto del establecido en sus artículos 116 al 118. De allí que dicha prevalencia, tanto en la doctrina nacional como extranjera, sea la generalmente aceptada, salvo en aquellos casos excepcionadísimos en que la propia preceptiva constitucional respectiva establezca lo contrario.”

El fallo rol 346, de abril de 2002, sobre el Tribunal penal Internacional señaló que:

“aunque aparezca obvio, la norma constitucional reformada (en 1989) no consagró que los tratados internacionales sobre derechos esenciales tuvieran una jerarquía igual o superior a la Ley Fundamental”

“no estuvo en la mente del Constituyente que los tratados no quedaran sujetos a la supremacía de la Constitución ni menos que su jerarquía permitiera enmendar normas de la Ley Fundamental, ya que si así no fuere carece de toda explicación lógica y jurídica que se hubiere afirmado que era procedente el recurso de inaplicabilidad de una norma de un tratado por ser contraria a la Constitución, habida consideración que dicho recurso reconoce como causa inmediata, precisamente, la prevalencia de la Constitución sobre la ley o el tratado”

“Si las distintas materias del tratado deben respetar los quórum de aprobación o rechazo que indica el artículo 63 de la Constitución Política, resulta que es indudable la absoluta sujeción de los tratados internacionales a la Carta Política”

Dichas líneas jurisprudenciales, no pueden ser obviadas y cabe señalar que a la luz de lo que dispone la Constitución actualmente en los artículos 5 y 54, no se encuentran vigentes, al ser claramente incompatible la normativa constitucional aludida. En efecto, el fallo rol 46 es anterior a la reforma del año 1989 que dio reconocimiento expreso a los tratados internacionales de derechos humanos en el artículo 5º, y por otra parte el fallo rol 346 es anterior a la reforma del año 2005, que introdujo el nuevo artículo 54.

De la misma forma, en el fallo rol 309, de 4 de agosto de 2000, se razona en orden a diferenciar Tratados self executive y non self executive, sobre precisiones acerca de su constitucionalidad, lo que es reiterado en la sentencia 383, de 5 de septiembre de 2003:

“Los tratados, para su aplicación en el orden interno de un país, pueden contener dos tipos de cláusulas, denominadas por la doctrina "self executing" y "non self executing".

Las primeras, son las que tienen el contenido y precisión necesarias que las habilita para ser aplicadas sin otro trámite como fuente del derecho interno. En otros términos, son auto suficientes, y entran a la legislación nacional cuando el tratado que las contiene se incorpora al derecho vigente.

Las segundas, son aquéllas que requieren para su entrada en vigencia de la dictación de leyes, reglamentos o decretos que las implementen y, en tal evento, las haga aplicables como fuente del derecho interno. En otras palabras, imponen la obligación al Estado, para que en uso de sus potestades públicas, sancione la normativa necesaria para que por esa vía les dé vigencia efectiva.

Pueden existir tratados que sólo contengan cláusulas auto ejecutables y otros que sólo contengan no ejecutables, como puede un mismo tratado contener unas y otras.

Esta precisión resulta determinante para pronunciarse sobre la inconstitucionalidad de los preceptos del tratado, toda vez que aquellos cuyas normas o algunas de ellas requieran, para tener fuerza interna, de una actividad legislativa o administrativa posterior, no pueden, por esa razón, entrar en contradicción desde pronto con el ordenamiento constitucional ya que no son normas vigentes ni tampoco lo serán cuando el Presidente de la República ratifique el tratado si es que es aprobado por el Congreso y el Ejecutivo decide así hacerlo. Si los preceptos que se deben dictar para implementarlo, llegaren a contener disposiciones contrarias a la Constitución, ello será decidido en su oportunidad por los órganos de control de constitucionalidad que la propia Carta Fundamental establece.”

2.3.3 ACERCA DE LA ACCIÓN DE INAPLICABILIDAD Y LOS TRATADOS INTERNACIONALES

Actualmente nadie discute que los tratados puedan ser objeto de control de constitucionalidad a priori por el Tribunal Constitucional. Tampoco se puede desconocer que, una vez incorporados al orden interno, los tratados obligan al Estado aún contra norma constitucional como más adelante veremos, por lo que su estatuto jurídico constitucional es completamente diferente antes y después de ser incorporados al derecho interno.

Cabe recordar que en la segunda posguerra, tras la traumática experiencia totalitaria de la primera mitad del siglo XX, la Constitución aparece en el mundo occidental como la garante de los derechos fundamentales de todo ser humano frente a los poderes públicos, es decir, frente al Estado, y por ello obliga en forma inmediata y directa a todos sus órganos del Estado sin necesidad de ley que la explicita o la complementa. Un derecho constitucional que es expresión directa de la

dignidad de la persona y de los derechos humanos y, por lo mismo, estrechamente vinculado con el Derecho internacional Público. Este derecho es su principal medio de expresión que establece el estándar mínimo común de derechos fundamental que a todo ser humano le debe ser reconocido, sea a nivel regional o universal, mediante tratados y sistemas de garantías internacionales.

Es este el sentido que cobran hoy mayor fuerza las limitaciones a soberanía de los Estados que el derecho internacional impone. Así cabe recordar que la propia norma constitucional las consagra expresamente, y además de remitirse al derecho internacional en sus artículos 5 y 54. Estableciendo lo que ya denominamos como el "estatuto constitucional de los tratados internacionales". Recordemos que el constituyente derivado de 2005 estableció una serie de normas respecto de las convenciones internacionales, agregando un inciso que recoge de forma indirecta el principio de "pacta sunt servanda", "bonna fide" y la intangibilidad de los tratados internacionales frente al derecho interno, ya contemplados en el artículo 27 de la Convención de Viena sobre derecho de los tratados.

En efecto, se establece que "Las disposiciones de un tratado sólo podrán ser derogadas, modificadas o suspendidas en la forma prevista en los propios tratados o de acuerdo a las normas generales de derecho internacional". Ello clarifica la vieja discusión acerca del "rango jerárquico"¹²¹ de los tratados internacionales, surgida tras la reforma de 1989 al inciso segundo del artículo 5° de la Constitución, pues queda claro en la propia constitución que no pueden invocarse normas de la misma para dejar de aplicar un tratado internacional: si por la vía de la Convención de Viena sobre derecho de los tratados, el Estado está obligado a aplicar preferentemente la norma de derecho internacional frente a la de derecho interno (en este caso la Constitución), resulta indudable que la solución sigue siendo la aplicación del tratado, antes que la Constitución, ya no por rango, sino por aplicabilidad preferente, por haberse obligado el Estado frente a la comunidad internacional, por el Art. 27 de la ya aludida Convención de Viena y por la vía del nuevo artículo 54 de la propia Constitución. Es por lo anterior que el Estado no puede modificar unilateralmente sus compromisos adquiridos por tratados internacionales, mucho menos valiéndose del derecho interno, como lo sería por ejemplo, una reforma constitucional, o por vía jurisdiccional por medio de un recurso de inaplicabilidad.

Por otra parte, las relaciones entre el derecho internacional y el derecho interno, a pesar de ser un tema de aristas aparentemente complejas, ha sido enfrentado desde diversas ópticas:

a) desde la normativa constitucional, que establece cláusulas que según su redacción pueden ser entendidas como remisiones o reconocimiento de rango superior por el derecho internacional (como se plantea en Chile a partir del artículo 5° y del nuevo artículo 54°), o bien que establecen mandatos de optimización de la vigencia del derecho internacional a través de la imposición del deber de interpretar y aplicar la normativa constitucional a partir del marco conceptual e interpretativo dado por el derecho internacional (por ejemplo el artículo 10 de la Constitución española).

b) desde la preceptiva legal, que hace aplicable y exigible por las partes de un juicio, de manera directa e inmediata, los derechos fundamentales contemplados en el derecho internacional, en complemento de la normativa de rango legal. En esta posición encontramos diversas normas en la ley de tribunales de familia, el Código Procesal Penal y la nueva reforma procesal laboral, que hacen reclamables ante el juez las normas de los tratados que consagran derechos, lo que por cierto es extensivo al Convenio 169.

¹²¹ Ver por ejemplo, "Rango jurídico de los tratados internacionales en el Derecho chileno", de Raúl Bertelsen Repetto, en Revista chilena de derecho, Vol. 23, Nº 2-3, 1996 , págs. 211-222 y "Constitución y Derecho Internacional de los derechos humanos", de Humberto Nogueira Alcalá, Revista chilena de derecho, ISSN 0716-0747, Vol. 20, Nº 2-3, 1993, págs. 881-895

Sea cual sea la vía de recepción del derecho internacional, en materia de derechos fundamentales estamos frente a una obligación de resultado, pues “es deber de los órganos del Estado respetar y promover tales derechos” (Art. 5°, inciso 2°), cuestión que no podría ser omitida en cualquier argumentación jurisdiccional, sobre todo cuando el propio contenido de los tratados internacionales aumenten el nivel de protección del respectivo derecho fundamental. El concepto, alcance y sentido del cumplimiento de los tratados como “obligación de resultado” se encuentra tratado suficiente y latamente en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, y en el caso del Estado chileno, en las causas “olmedo bustos y otros” (La última tentación de Cristo), “palamara iribarne” y “almonacid arellano”.

En este contexto, el inciso sexto del texto reformado del artículo 54 introduce un principio de grandes repercusiones en el Derecho interno y que es plenamente armónico con las obligaciones internacionales asumidas por el Estado chileno en la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados de 1969 (ratificada y publicada por Chile en el año 1981). Dicho inciso precisa:

“Las disposiciones de un tratado sólo podrán ser derogadas, modificadas o suspendidas en la forma prevista en los propios tratados o de acuerdo a las normas generales de Derecho Internacional”.

De acuerdo con este precepto constitucional el Estado chileno no deja ninguna duda sobre la voluntad de hacer efectiva las obligaciones de ius cogens de cumplir de buena fe las obligaciones internacionales contenidas en los arts. 26 y 27 de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados (*pacta sunt servanda*), como asimismo la obligación de no oponer obstáculos de Derecho interno al cumplimiento de las obligaciones internacionales voluntaria y libremente aceptadas, generando responsabilidad internacional por ello.

Concordante con lo expuesto, el artículo 47 b de la ley orgánica del tribunal explicita, para dejar fuera de toda duda, la consecuencia lógica y obvia de lo dispuesto por la Constitución sus artículos 5, 54 y 93, al declarar que la acción de inaplicabilidad es improcedente respecto de tratados internacionales ratificados por Chile y vigentes, invocando a tal efecto el artículo 54 ya tantas veces aludido.

Cabe señalar en este sentido que tras la introducción del nuevo inciso sexto del artículo 54, resulta imposible señalar que un tratado cabe dentro de la expresión “precepto legal”¹²², pues ahora se declara de manera expresa que nunca una ley o cualquier norma de derecho interno podrá modificar lo dispuesto por un tratado. En abono de dicha argumentación, es menester agregar que en el catálogo de atribuciones del artículo 93, cuando se habilita al tribunal para conocer de tratados internacionales ello se menciona expresamente, lo que no ocurre en el caso de la inaplicabilidad.

A pesar de lo señalado, la sentencia rol 1288 del TC, recaída en el control preventivo obligatorio de la Ley 20.381¹²³ relativa al control preventivo de su propia ley orgánica, admitió la posibilidad de un control de inaplicabilidad de tratados internacionales, considerando que es procedente “un control ex post y concreto –facultativo– de constitucionalidad de una norma de un tratado que, en cuanto “precepto legal”, pueda resultar contraria a la Constitución en su aplicación en “cualquier gestión que se siga ante un tribunal ordinario o especial”, esto es, el Tribunal Constitucional puede declarar inaplicable la disposición de un tratado a un caso concreto, conforme a la atribución que le otorga el N° 6° del inciso primero del artículo 93 de la Constitución” (cons. 41), en un razonamiento que asimila “precepto legal” con tratado

¹²² Ver, en este sentido, Humberto Nogueira Alcalá, “Reforma constitucional de 2005 y control de constitucionalidad de tratados internacionales”, en Estudios Constitucionales, año 5, no.1, páginas 59 a 88, Editorial Universidad de Talca, 2007. En sentido diverso, Teodoro Ribera Neumas, “Los tratados internacionales y su control a posteriori por el Tribunal Constitucional”, en Estudios Constitucionales, año 5, no.1, páginas 89 a 118, Ed. U. de Talca, 2007.

¹²³ Disponible en <http://www.tribunalconstitucional.cl/index.php/sentencias/view/1214>).

internacional, lo que contraría los principios de derecho internacional ya señalados y el texto del propio Art. 54 de la Carta Fundamental, doctrina que, de ser aplicada, sin duda generará responsabilidad internacional del Estado Chileno por incumplimiento de tratados invocando como justificación el derecho interno.

A este respecto, cabe señalar:

- Primero, que el artículo 47 F de la ley orgánica del TC, introducido por la propia Ley N° 20.381, establece que procederá declarar la inadmisibilidad del requerimiento de inaplicabilidad “cuando el precepto impugnado no tenga rango de ley”. Esta norma, aparentemente pacífica y clara, es la llave de acceso a la intangibilidad de los tratados internacionales, en específico el convenio 169, ya que para gran parte de la doctrina nacional los tratados internacionales no son asimilables al concepto de preceptos legales para efectos de declarar su inaplicabilidad¹²⁴, a lo cual cabe agregar la jurisprudencia ya citada del propio tribunal Constitucional, que diferencia entre tratados internacionales y la ley como fuentes del derecho.
- Segundo, si el tribunal constitucional llegara a considerar, en sede de inaplicabilidad, que el Convenio 169 es un “precepto legal” que puede ser cuestionado por esa vía, debe tenerse presente que el artículo 47 F de la ley orgánica del TC, introducido por la misma Ley N° 20.381, establece que procederá declarar la inadmisibilidad del requerimiento de inaplicabilidad “Cuando la cuestión se promueva respecto de un precepto legal que haya sido declarado conforme a la Constitución por el Tribunal, sea ejerciendo el control preventivo o conociendo de un requerimiento, y se invoque el mismo vicio que fue materia de la sentencia respectiva”. Es decir, en la medida que en la sentencia de control preventivo contencioso rol N° 309 se impugnó el texto completo del convenio y se declaró constitucional, nos encontramos en presencia de una segunda barrera, ya que dicha sentencia de control preventivo, sumada a la rol N° 1050, dotan al convenio de una presunción de constitucionalidad reforzada, amparada en el efecto de cosa juzgada material y erga omnes de dichas sentencias. Esta argumentación es coherente con la configuración del sistema chileno de control de normas, en la medida que en sistemas concentrados, “en los procesos que tienen por objeto declarar la inconstitucionalidad de una ley o de un decreto, las sentencias producen cosa juzgada sustancial y absoluta. Esto significa que el asunto no puede volver a debatirse y sus efectos son erga omnes”¹²⁵.
- Tercero, en la medida que la sentencia rol N° 309 determina que estamos en presencia de un tratado que no es de carácter “self executive”, es decir uno de aquellos “cuyas normas o algunas de ellas requieran, para tener fuerza interna, de una actividad legislativa o administrativa posterior” recalca el TC que “no pueden, por esa razón, entrar en contradicción desde pronto con el ordenamiento constitucional ya que no son normas vigentes ni tampoco lo serán cuando el Presidente de la República ratifique el tratado si es que es aprobado por el Congreso y el Ejecutivo decide así hacerlo. Si los preceptos que se deben dictar para implementarlo, llegaren a contener disposiciones contrarias a la Constitución, ello será decidido en su oportunidad por los órganos de control de

¹²⁴ Ver, por ej. “Constitución y Derecho Internacional de los derechos humanos”, de Humberto Nogueira Alcalá, Revista chilena de derecho, ISSN 0716-0747, Vol. 20, N° 2-3, 1993, pags. 881-895; “Reforma constitucional de 2005 y control de constitucionalidad de tratados internacionales”, en Estudios Constitucionales, año 5, no.1, páginas 59 a 88, Ed. U. de Talca, 2007, Cumplido Cereceda, Francisco. “Los Tratados Internacionales y el artículo 5° de la Constitución”, en Revista Ius et Praxis, Año 2 N° 2, 1997, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad de Talca, Chile, pp. 95-96.; Peña Torres, Marisol, “Los tratados internacionales en la Jurisprudencia constitucional”, en Revista del Centro de Estudios Constitucionales, año 1 N° 1, Santiago, 2003, p. 599.

¹²⁵ “El debido proceso constitucional”, Juan Colombo C., Cuadernos del Tribunal Constitucional, Santiago, Chile, 2006, pag. 129.

constitucionalidad que la propia Carta Fundamental establece.”. Es decir, además del doble blindaje de constitucionalidad ya señalado, se está en presencia de un verdadero “trasvasije de control”, hacia las normas de rango legal que se requieren para implementar el cumplimiento de las obligaciones del tratado, reduciéndose así el debate de constitucionalidad sólo a ellas y no a la constitucionalidad del convenio mismo.

2.4 CONVENIO 169 DE LA ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO (OIT), SU RECONOCIMIENTO EN CHILE, Y SU IMPORTANCIA EN MATERIA DE DEFENSA PENAL

En atención a la importancia que reviste para nuestro país el Convenio 169 de la OIT, en este capítulo se abordaran tanto, aquellos aspectos de carácter general como específicos que permitan un mejor conocimiento y aplicación de este instrumento.

De allí que se analizaran las siguientes cuestiones:

- Aspectos Generales del Convenio 169
- El control de constitucionalidad del Convenio 169 de la OIT en Chile
- Aproximación a la relación entre constitución y tratados
- Referencia a los aspectos fundamentales del estatuto constitucional de los tratados internacionales tras la reforma constitucional de 2005
- El control de constitucionalidad preventivo de los tratados internacionales
- Jurisprudencia del Tribunal Constitucional. Diferencias entre un tratado internacional y una ley
- Análisis descriptivo de la sentencia rol 309 del Tribunal Constitucional
- Análisis descriptivo de la sentencia rol 1050 del Tribunal Constitucional
- Control preventivo y obligatorio del proyecto de acuerdo aprobatorio relativo al Convenio
- La acción de inaplicabilidad y los tratados internacionales.
- Normas relevantes del Convenio en materias de defensa penal

2.4.1 ASPECTOS GENERALES DEL CONVENIO 169

El Convenio 169 sobre Pueblos Indígenas y Tribales, constituye la Carta de derechos humanos más importante en la actualidad para los pueblos indígenas y representa “un cambio en la concepción de la OIT sobre los pueblos indígenas y tribales”. Su objetivo principal sigue siendo el reconocimiento y protección de los Pueblos Indígenas:

“pero basado en el respeto de sus culturas, formas de vida, tradiciones y costumbres propias... (y en) la convicción de que los pueblos indígenas y tribales tienen derecho a continuar existiendo sin pérdida de su propia identidad y con la facultad de determinar por sí mismos la forma y el ritmo de su desarrollo”.¹²⁶

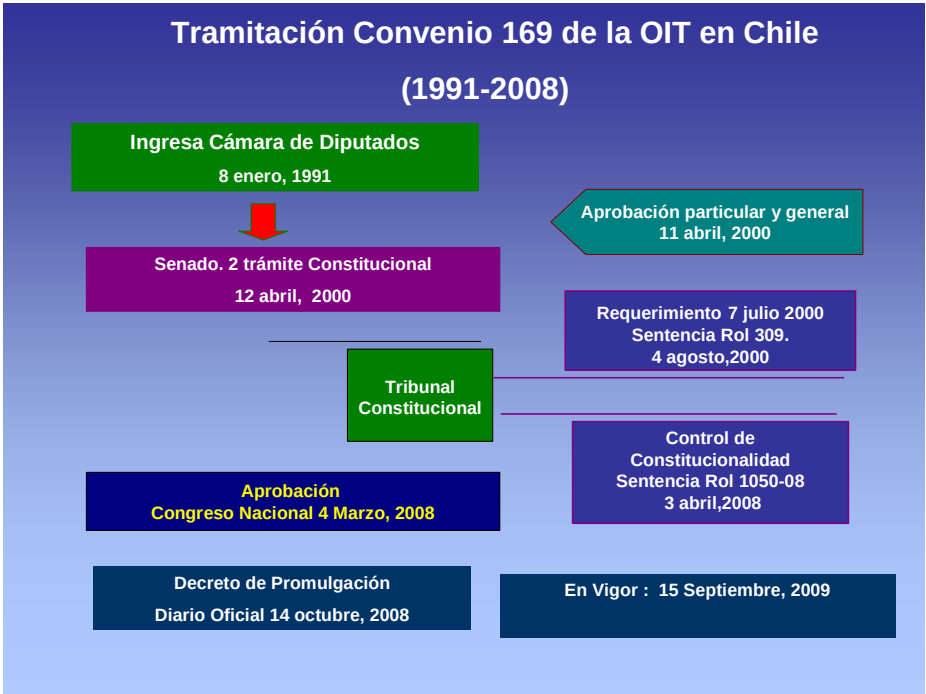
Este instrumento fue adoptado por la Conferencia Internacional del Trabajo el 27 de junio de 1989¹²⁷. En tanto que en nuestro país se ratificó en marzo de 2008 luego de 17 años de tramitación en el Congreso Nacional¹²⁸. Por aplicación de su Art. 38 comenzó a regir el 28 de

¹²⁶ Convenio Número 169 sobre pueblos indígenas y tribales: Un Manual Copyright © Organización Internacional del Trabajo, 2003. Primera edición 2003.

¹²⁷ Este instrumento entre en vigor entrada en vigor: 5 de septiembre de 1991.

¹²⁸ El proyecto de Ley que aprobaba el Convenio 169 de la OIT fue ingresado al Congreso Nacional el 8 de enero de 1991.

septiembre de 2009, todo lo cual se puede apreciar en el siguiente cuadro, relativo a su tramitación:¹²⁹



El Convenio se encuentra estructurado en un conjunto de normas que se pueden agrupar de la siguiente forma:

- ✓ **POLITICA Y PRINCIPIOS GENERALES (ARTS. 1 AL 12)**
- ✓ **ASPECTOS ADMINISTRATIVOS (ARTÍCULO 33)**
- ✓ **CUESTIONES DEL FONDO (ARTÍCULOS 13 AL 31)**

Tierras y Territorios	artículos 13 a 19
Contratación y Condiciones de Empleo	artículo 20
Formación Profesional, artesanía e industrias rurales	artículos 21 a 23
Seguridad Social y Salud	artículos 24 y 25
Educación y Medios de Comunicación	artículos 26 a 31
Contactos y Cooperación a través de las fronteras	artículo 32

✓ **DISPOSICIONES GENERALES DEL PROCEDIMIENTO (ARTÍCULO 34)**

Respecto a las cuestiones sustanciales del Convenio se pueden distinguir 5 ejes principales que dicen relación con:

- ✓ Aplicación de los instrumentos y mecanismos de protección internacional, en especial los referidos a la no-discriminación.(Arts.2.1, 3.1, 4, 35)
- ✓ Medios de formación profesional, seguridad social, salud, educación. (Arts. 20 al 31)

¹²⁹ Cuadro elaborado para ponencia en Curso internacional de especialización Convenio 169 de la OIT sus proyecciones y desafíos en Chile. Universidad Central de Chile. Octubre de 2009.¹²⁹

- ✓ Consulta y participación como derechos, control de sus instituciones, formas de vida, medio ambiente, recursos, desarrollo. (Arts.2.1; 2.2 (b), 6,7,15.2)
- ✓ Territorialidad indígena como un derecho a su territorio, tierras y recursos naturales. (Arts.13 al 19)
- ✓ Reconocimiento de Identidad: formas de vida, instituciones y normas consuetudinarias, en especial en sus aspectos penales (Arts. 2.2, 5, 7.3, 8 a 12, 14.1, 23.1.2)

Para comprender la influencia del Convenio 169 de la OIT y el reconocimiento de los derechos de los Pueblos Indígenas en América Latina y el Caribe, donde se han registrado el mayor número de ratificaciones a la fecha, ¹³⁰es necesario tener presente los procesos de reformas legales y reconocimiento de los derechos indígenas a nivel constitucional, lo que ha implicado que las normas del Convenio muchas veces ha pasado a formar parte del bloque de constitucionalidad de esos países. Todo ello ha producido impactos positivos en las políticas públicas y en la jurisprudencia de esos países. Al respecto, se han podido identificar algunos factores comunes, que han incidido en estos procesos, a saber: la relación entre procesos de reforma constitucional y de transición o consolidación democráticas, la expansión, la expansión de la justicia constitucional, la ratificación y concesión de status legal privilegiado a los tratados internacionales de derechos humanos, el afianzamiento del sistema regional de derechos humanos y el reconocimiento constitucional de nuevos derechos, respecto a este último punto, “muchas de las cláusulas constitucionales que reconocen derechos a los pueblos indígenas han tomado como inspiración los estándares internacionales en la materia, entre los que se cuenta, como ejemplo privilegiado, el Convenio núm.169 de la Organización Internacional del Trabajo”¹³¹

2.4.2 EL CONTROL DE LA CONSTITUCIONALIDAD DE LOS TRATADOS INTERNACIONALES, EN ESPECIAL REFERENCIA AL CONVENIO 169 OIT

En primer término, actualmente nadie discute que los tratados puedan ser objeto de control de constitucionalidad a priori por el Tribunal Constitucional, pero tampoco podemos desconocer que, una vez incorporados al orden interno, los tratados obligan al Estado aún contra norma constitucional como más adelante veremos, por lo que su estatuto jurídico constitucional es completamente diferente antes y después de ser incorporados al derecho interno.

Asimismo, no podemos desconocer que el presente tema de discusión, entendido como las consecuencias de la incorporación del derecho internacional al derecho interno, se basa en uno de los más controvertidos y superados conceptos de la teoría clásica: la visión liberal individualista de la soberanía (paradójicamente, heredada del pensamiento absolutista de Bodin y Hobbes), en torno al cual se construye gran parte del constitucionalismo clásico, y que además choca con los principios del constitucionalismo posclásico o contemporáneo, como un producto de la evolución histórica y la superación de las dogmas clásicos del derecho público.

Acorde a lo anterior, el concepto clásico de soberanía no es otro que el enunciado por Jean Bodin en los seis libros de la república: "La souveraineté est la puissance absolue et perpetuelle d'une République que les latins apellent maiestatem", es decir, un poder absoluto y perpetuo, y por sobre todo, supremo, es decir, que por sobre este poder denominado soberanía

¹³⁰ A la fecha los estados que lo han ratificado son 20 de ellos 14 son Latinoamericanos: Argentina (3/7/2000), Bolivia (11/12/91), Brasil (25/7/2002), Chile (15/9/2008), Colombia (7/8/91), Costa Rica (2/4/93), Dominica (25/6/02), Ecuador (15/5/98), Guatemala (5/6/96), Honduras (28/3/95), México (5/9/90), Paraguay (10/8/93), Perú (2/2/94) y Venezuela. (22/5/2002), Dinamarca (22/2/96), España (15/2/07), Fiji (3/3/98), Nepal (14/9/07), Noruega (19/6/90), Países Bajos (2/2/94).

¹³¹ 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.

no existe otro. A partir de dicho concepto, se concluye además que la soberanía es inalienable e irrenunciable e inalienable, lo que se encuentra casi como un lugar común en la doctrina.¹³²

De esta forma, el concepto de soberanía es, hoy, un problema, más que un principio del constitucionalismo, porque la evolución del constitucionalismo posclásico ha desembocado en una corriente en que este concepto choca con algunos de los pilares fundamentales del Derecho Público moderno: un derecho finalista, en el cual el Estado ejerce las potestades investidas de soberanía para el servicio de la persona humana, en la promoción del bien común y los derechos humanos. A lo anterior cabe sumar que ya en forma explícita hoy se sostiene que la soberanía, o al menos su ejercicio, están limitados por los derechos de la persona, es decir, a la luz de dicho concepto y de la realidad actual del mismo, no cabe sino concluir que la llamada “soberanía”, al perder el carácter de suprema, ha dejado de ser “soberana”, pues por encima de ella están los derechos fundamentales.¹³³

En razón de todo lo expuesto, y tras la traumática experiencia de la primera mitad del siglo XX, la Constitución aparece tras la segunda posguerra como la garante de los derechos frente a los poderes públicos, es decir, frente al Estado, y por ello obliga en forma inmediata y directa a todos los órganos del Estado sin necesidad de ley que la explicita o la complementa. Un derecho constitucional que, por lo anterior, está tan vinculado a su materia como a sus formalidades, un derecho constitucional más vinculado con la dignidad de la persona y de los derechos humanos y, por lo mismo, estrechamente vinculado con el Derecho internacional Público, que formalmente es el principal medio de expresión de los derechos humanos (aspecto material de este nuevo Derecho público que surge con la segunda postguerra), derechos humanos que a su vez son el aspecto material más importante de este nuevo Derecho Público, y que establecen el estándar mínimo común de derechos fundamentales que todo ser humano ha de tener reconocido, sea a nivel regional o universal.

A propósito de esta aparente contradicción entre la soberanía de los Estados y las limitaciones que el derecho internacional le impone, creemos necesario recordar que la misma es aparente, pues la propia norma constitucional consagra expresamente dichas limitaciones y se remite al derecho internacional. Para abordar el tema, es necesario recordar algunos de los aspectos fundamentales que originan el surgimiento de las cláusulas limitativas de la soberanía en las constituciones de la posguerra, para lo cual es menester mencionar lo señalado por el tribunal de Nuremberg en los famosos juicios por crímenes de guerra, contra la paz y contra la humanidad:

“la comisión de crímenes de guerra, contra la paz y contra la humanidad está fuera del ámbito de las potestades soberanas del Estado”

En este sentido, vale la pena recalcar que el llamado “derecho de Nuremberg” fue proclamado por la ONU como derecho internacional consuetudinario, hace ya varias décadas, y que hoy puede ser tenido, a nuestro juicio, como norma de *ius cogens*.

En definitiva, frente al uso de los poderes del Estado para cometer atentados en contra la dignidad fundamental de los miembros del género humano, la soberanía del Estado no sirve como causal de justificación ni como eximente de responsabilidad, más aún si es deber del Estado actuar a posteriori en ejercicio de dicha soberanía para castigar dichos hechos.

¹³² Ver sólo a título ejemplar, los textos de Nogueira y Verdugo citado en este acápite.

¹³³ Ver en este sentido, por ejemplo, “Dogmática Constitucional” de Humberto Nogueira Alcalá eds. U. De Talca, 1996, en sus caps. 1 y 2; José Acosta Sánchez, “Formación de la Constitución y jurisdicción constitucional”, Ed. Tecnos, Madrid 1998. De la misma forma, cabe citar por ej. las constituciones de Portugal, Alemania, Colombia y Costa Rica entre muchas otras).

2.4.3 ANÁLISIS DE LAS SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL RELATIVAS AL CONVENIO Nº 169 DE LA OIT

2.4.3.1 ANÁLISIS DESCRIPTIVO DE LA SENTENCIA ROL 309 DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. REQUERIMIENTO DE INCONSTITUCIONALIDAD RECAÍDO EN EL PROYECTO DE ACUERDO APROBATORIO RELATIVO AL CONVENIO Nº 169 DE LA OIT

Conflicto jurídico planteado

Con fecha 4 de agosto de 2000, el Tribunal resolvió la causa rol Nº 309, relativa al Convenio 169 de la OIT, en el marco de un requerimiento de inconstitucionalidad planteado por parlamentarios durante la tramitación del mismo en el Congreso Nacional.

Se argumenta en dicho requerimiento que el tratado en comento es inconstitucional en cuanto a su forma, pues modifica leyes orgánicas constitucionales, que en el derecho chileno requieren mayorías cualificadas no cumplidas en este caso y de control de constitucionalidad obligatorio. Señalan además los requirentes que atenta en contra del derecho de propiedad, el régimen constitucional de los yacimientos mineros, la igualdad ante la ley y que al establecer derechos colectivos a favor de “pueblos” indígenas atenta en contra de la titularidad de la soberanía popular establecida por la Constitución, además de violar la garantía de tipicidad penal al establecer la costumbre como parte de la resolución de conflictos penales.

Fundamentos jurídicos de la sentencia

Precisando el sentido de la expresión “pueblo”, tras enunciar sus diferentes significados en el lenguaje político y jurídico, señala que “artículo 1º dispone que “La utilización del término “pueblos” en este Convenio no deberá interpretarse en el sentido de que tenga implicación alguna en lo que atañe a los derechos que pueda conferirse a dicho término en el Derecho Internacional”.

Se considera por parte del Tribunal que las normas del Convenio “son suficientemente claras como para concluir que los pueblos indígenas, al igual que sus connacionales quedan enteramente sometidos al ordenamiento constitucional vigente y demuestran, asimismo, que no están dotados de potestades públicas propias. Los derechos de los pueblos indígenas de participación y de ser consultados, en las materias que les conciernen, no configuran, por cierto, un estatuto de poderes o potestades públicas. Así, también, parece, que lo entienden los propios requirentes, ya que las normas relativas a esas materias se objetan, por modificar preceptos propios de leyes orgánicas constitucionales y haber sido calificadas como propias de ley común lo que está en contraposición con la idea de que ellas modificarían la Carta Fundamental”.

Agrega que estamos en presencia de una Convención de tipo "non self executing", por lo que en sí no puede producir efectos contrarios a la Constitución. Agregó el Tribunal que las normas propias de ley orgánica del tratado deben ser aprobadas con el quorum correspondiente a dicho tipo de normas.

Razona que, respecto del artículo 9º, numeral 1º del Convenio, el uso de la costumbre

“al ser incompatible con el sistema constitucional chileno de solución de conflictos penales, no puede tener aplicación y, como su natural consecuencia, no permite ser tachado de inconstitucional, toda vez que dispone el tratado que la norma en análisis va a recibir aplicación sólo en cuanto sea compatible con el sistema jurídico propio de cada Estado;”

Por otra parte, en relación al artículo 9, numeral 2º, del Convenio, señaló que:

“en la medida en que autoriza al juez para tomar en cuenta la costumbre, no contraviene la Constitución Política, toda vez que la jurisdicción que ejerce y que, para el caso concreto, se singulariza en su competencia específica, lo autoriza para ponderar todos los elementos de hecho y de derecho ventilados en el proceso, entre los cuales pueden encontrarse las costumbres de los pueblos indígenas, sin que ello violente, de manera alguna, la igualdad ante la ley, y menos, la igual protección de sus derechos ante la justicia que ésta le brinda”

Por otra parte, sobre el artículo 14 del Convenio, razonó que:

“el Convenio no ejecuta por sí mismo las medidas sino que invita al Estado a ponerlas en ejecución, debe precisarse que los procedimientos necesarios para implementarlas, deben ajustarse al marco del sistema jurídico nacional en el que, ni la Constitución Política ni la ley, dan cabida a expropiaciones para tal efecto”, añadiendo que “no queda comprendido en el marco del sistema jurídico nacional de expropiaciones,” por lo que “tampoco vulnera el artículo 19, Nº 24º, de la Carta Fundamental;”, en ese sentido se concluye que “no compromete las bases constitucionales del régimen de concesiones mineras, ni afecta los derechos de los concesionarios”, indicando más adelante que “al ser en su esencia programática y al confirmar el derecho de los pueblos indígenas de acceder a la propiedad minera, se ajusta a la preceptiva constitucional, no existiendo reproche que hacerle en este sentido.”.

Finalmente, se razona que el artículo 17 del Convenio no impone a los chilenos de origen indígena ninguna limitación nueva a su derecho de dominio ni violenta el artículo 19, Nº 24º, de la Constitución Política.

Decisión del asunto planteado

Finalmente el Tribunal rechazó el requerimiento argumentando que el tratado no era en sí inconstitucional.

2.4.3.2 ANÁLISIS DESCRIPTIVO DE LA SENTENCIA ROL 1050 DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL: CONTROL PREVENTIVO Y OBLIGATORIO DEL PROYECTO DE ACUERDO APROBATORIO RELATIVO AL CONVENIO Nº 169 OIT

Precisiones previas

Tras la dictación del fallo rol 309 continuó el trámite de aprobación parlamentaria del Convenio 169, hasta que la misma concluye y es enviado a control obligatorio de los artículos del mismo que versan sobre materias de ley orgánica constitucional, dictándose sentencia con fecha 3 de abril de 2008.

Normas sometidas a control

“Artículo 6

1. Al aplicar las disposiciones del presente Convenio, los gobiernos deberán:
 - a) consultar a los pueblos interesados, mediante procedimientos apropiados y en particular a través de sus instituciones representativas, cada vez que se prevean medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarles directamente;
2. Las consultas llevadas a cabo en aplicación de este Convenio deberán efectuarse de buena fe y de una manera apropiada a las circunstancias, con la finalidad de llegar a un acuerdo o lograr el consentimiento acerca de las medidas propuestas.”;

“Artículo 7

1. Los pueblos interesados deberán tener el derecho de decidir sus propias prioridades en lo que atañe al proceso de desarrollo, en la medida en que éste afecte a sus vidas, creencias, instituciones y bienestar espiritual y a las tierras que ocupan o utilizan de alguna manera, y de controlar, en la medida de lo posible, su propio desarrollo económico, social y cultural. Además, dichos pueblos deberán participar en la formulación, aplicación y evaluación de los planes y programas de desarrollo nacional y regional susceptibles de afectarles directamente.”

Lo sometido a control de este último precepto es la oración final, la que se ha subrayado en el texto recién transcrito.

Normas constitucionales y orgánicas constitucionales conexas con los artículos sometidos a control:

El artículo 55 de la Carta Fundamental, que dispone:
“El Congreso Nacional se instalará e iniciará su período de sesiones en la forma que determine su ley orgánica constitucional.
En todo caso, se entenderá siempre convocado de pleno derecho para conocer de la declaración de estados de excepción constitucional.

La ley orgánica constitucional señalada en el inciso primero, regulará la tramitación de las acusaciones constitucionales, la calificación de las urgencias conforme lo señalado en el artículo 74 y todo lo relacionado con la tramitación interna de la ley.”

El artículo 22 de la Ley Nº 18.918, Orgánica Constitucional del Congreso Nacional, establece:

“Las comisiones reunirán los antecedentes que estimen necesarios para informar a la corporación. Podrán solicitar de las autoridades correspondientes la comparecencia de aquellos funcionarios que estén en situación de ilustrar sus debates, hacerse asesorar por cualquier especialista en la materia respectiva y solicitar informes u oír a las instituciones y personas que estimen conveniente.”

El artículo 113, inciso primero, de la Constitución Política, señala:

“El consejo regional será un órgano de carácter normativo, resolutivo y fiscalizador, dentro del ámbito propio de competencia del gobierno regional, encargado de hacer efectiva la participación de la ciudadanía regional y ejercer las atribuciones que la ley orgánica constitucional respectiva le encomiende, la que regulará además su integración y organización.”.

El artículo 28 de la Ley Nº 19.175, Orgánica Constitucional sobre Gobierno y Administración Regional, que establece:

“El consejo regional tendrá por finalidad hacer efectiva la participación de la comunidad regional y estará investido de facultades normativas, resolutivas y fiscalizadoras.”

El artículo 3º de la Ley Nº 18.575, Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado, que señala:

“La Administración del Estado está al servicio de la persona humana; su finalidad es promover el bien común atendiendo las necesidades públicas en forma continua y permanente y fomentando el desarrollo del país a través del ejercicio de las atribuciones que le confiere la Constitución y la ley, y de la aprobación, ejecución y control de políticas, planes, programas y acciones de alcance nacional, regional y comunal.

La Administración del Estado deberá observar los principios de responsabilidad, eficiencia, eficacia, coordinación, impulsión de oficio del procedimiento, impugnabilidad de los actos administrativos, control, probidad, transparencia y publicidad administrativas, y garantizará la debida autonomía de los grupos intermedios de la sociedad para cumplir sus propios fines específicos, respetando el derecho de las personas para realizar cualquier actividad económica en conformidad con la Constitución Política y las leyes.”.

El artículo 118, inciso segundo, de la Carta Fundamental, que expresa:

“La ley orgánica constitucional respectiva establecerá las modalidades y formas que deberá asumir la participación de la comunidad local en las actividades municipales.”

El inciso segundo del artículo 1º, de la Ley Nº 18.695, Orgánica Constitucional de Municipalidades, que estatuye:

“Las municipalidades son corporaciones autónomas de derecho público, con personalidad jurídica y patrimonio propio, cuya finalidad es satisfacer las necesidades de la comunidad local y asegurar su participación en el progreso económico, social y cultural de las respectivas comunas.”.

Fundamentos jurídicos de la sentencia

Estima el Tribunal, en sentencia de fecha 3 de abril de 2008, que las normas sometidas a control, regulan materias reservadas por la Constitución a leyes orgánicas constitucionales, en cuanto, en los casos especiales que el propio Convenio contempla, vienen a establecer modos de participación de los pueblos indígenas en los niveles nacional, regional y municipal de administración que, están reservadas a esa clase especial de leyes (Considerando 12º).

En un buen ejemplo de sentencia interpretativa, fundada en la presunción de constitucionalidad, se estima que:

“la consulta a los pueblos interesados que dispone el Nº 1 del artículo 6º del Acuerdo remitido no podrá, desde luego, entenderse que implique el ejercicio de soberanía, pues ella, conforme al claro tenor de lo dispuesto en el artículo 5º de la Carta Fundamental, reside esencialmente en la Nación y se

ejerce por el pueblo a través del plebiscito y de elecciones periódicas y, también, por las autoridades que la propia Constitución establece. La forma de participación consultiva que la norma en examen contempla tampoco podría adoptar la modalidad de un plebiscito o de una consulta popular vinculante, pues la Carta Fundamental regula estos modos de participación, de manera incompatible con tal posibilidad, en los artículos 118 y 128” (Cons. 13º).

En el Considerando 14º se razona que la consulta aludida:

“constituye una forma de recabar opinión, misma que no resultará vinculante, ni afectará las atribuciones privativas de las autoridades que la Constitución Política de la República establece. En este entendido el precepto resulta plenamente compatible con la participación democrática que contempla el artículo 1º de la Carta Fundamental y con la radicación de la soberanía y de su ejercicio que contempla el artículo 5º de la misma Ley Fundamental”.

En un ejercicio propio de un control previo y obligatorio, carente de controversia, el Tribunal se hace cargo de la constitucionalidad de este régimen especial de participación en relación a la igualdad de las personas, señalando en el razonamiento 15º que:

“la posibilidad de participación que las normas en análisis del Convenio entregan a los pueblos indígenas no pugnan con el principio de participación con igualdad de oportunidades en la vida nacional, que consagra el artículo 1º de la Carta Fundamental, toda vez que ellas disponen, para un grupo socioeconómicamente vulnerable, con la especificidad histórica cultural que le es propia, un mecanismo de participación que no tiene carácter vinculante”.

A continuación se deja constancia de que los quórum para la aprobación de leyes orgánicas constitucionales están cumplidos.

Decisión del asunto planteado

En virtud de lo razonado precedentemente, las normas controladas son declaradas conformes con la Constitución. En cuanto a los votos particulares la presente sentencia tiene dos prevenciones, de los ministros Colombo y Navarro y una disidencia del Ministro Mario Fernández. La prevención del Ministro Colombo se refiere a reafirmar y aludir expresamente las consideraciones de fondo del fallo rol 309 ya aludido, al hacer presente que:

“respecto de los artículos 9º, numerales 1º y 2º, 10, numerales 1º y 2º, 14, 15 y 17, numeral 2º, del Convenio Nº 169, el Tribunal Constitucional ya emitió pronunciamiento, y, aunque el Oficio de la Cámara de Diputados en esta ocasión somete a control preventivo de constitucionalidad, de acuerdo al artículo 93, Nº 1, de la Constitución, sólo las disposiciones contempladas en los artículos 6º, Nº 1, letra a), y Nº 2, y 7º, Nº 1, oración segunda, del aludido Convenio, es menester señalar que las consideraciones indicadas en el fallo de 4 de agosto de 2000, en relación a los otros artículos no consultados a este Tribunal, ya fueron objeto de consideración por parte de esta Magistratura”.

La prevención de Enrique Navarro se refiere básicamente a reafirmar el carácter no autoejecutable del convenio, haciendo presente que ello es reconocido por el gobierno, además de señalar que el ejercicio de los derechos establecidos en el mismo no es ejercicio de soberanía, ya que el mismo:

“debe realizarse sólo a través de las elecciones y plebiscitos” ni de la función consultiva que contempla la constitución “se encuentra radicada en órganos constitucionales a quienes expresamente se ha otorgado dicha facultad en el ámbito legislativo o administrativo”, citando al efecto al senado y a la Corte Suprema en los temas de la ley orgánica del poder judicial. Señala además que “la normativa que se aprueba tampoco importa alteración alguna de la forma de Estado unitaria, desconcentrada o descentralizada en su caso, al tenor de lo previsto en el artículo 3º de la Constitución Política”.

La disidencia del Ministro Mario Fernández se basa en el uso del término “pueblo”, que no obstante la precisión expresa del convenio, entiende que el significado de la voz pueblo se encuentra también subsumido en el artículo 1º, numeral 1. del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos que establece el derecho a la auto-determinación, que en nuestro ordenamiento constitucional se entiende como titular de la soberanía en el artículo 5º de la constitución, por lo cual entiende que el convenio pugna con dicha norma.

2.4.4 NORMAS RELEVANTES DEL CONVENIO EN MATERIAS DE DEFENSA PENAL

El Convenio establece algunos criterios que dicen relación con el reconocimiento del derecho consuetudinario indígena, el derecho de conservar sus costumbres e instituciones propias, el respeto a los métodos tradicionales para la represión de los delitos, la consideración de las características económicas, sociales y culturales, y la preferencia a sanciones distintas de encarcelamiento.

Es así como las siguientes normas adquieren especial relevancia en materia de defensa penal:

Artículo 5

Al aplicar las disposiciones del presente Convenio:

- a) deberán reconocerse y protegerse los valores y prácticas sociales, culturales, religiosos y espirituales propios de dichos pueblos y deberá tomarse debidamente en consideración la índole de los problemas que se les plantean tanto colectiva como individualmente;
- b) deberá respetarse la integridad de los valores, prácticas e instituciones de esos pueblos”

Este precepto puede considerarse que reconoce lo que en doctrina se ha denominado “principio de maximización de la autonomía indígena”, cuya extensión difiere de lo establecido y garantizado en el art. 8 y 9 del Convenio –*vid. infra 4.1 Parte I.*

Artículo 8

1. Al aplicar la legislación nacional a los pueblos interesados deberán tomarse debidamente en consideración sus costumbres o su derecho consuetudinario.
2. Dichos pueblos deberán tener el derecho de conservar sus costumbres e instituciones propias, siempre que éstas no sean incompatibles con los derechos fundamentales definidos por el sistema jurídico nacional ni con los derechos humanos internacionalmente reconocidos. Siempre que sea necesario, deberán establecerse procedimientos para solucionar los conflictos que puedan surgir en la aplicación de este principio.

Este artículo establece la posibilidad de restricción de las costumbres indígenas en conformidad al contenido de los derechos fundamentales, estableciendo un test de “incompatibilidad”. Esto significa que la costumbre que no haya pasado el test de “incompatibilidad” no podrá ser utilizada en un proceso judicial de carácter penal como base para una argumentación a favor de la defensa. Esto será desarrollado en el apartado de “Límites al reconocimiento de la costumbre indígena” –*vid. infra 4.1 Parte I.*

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 recurren tradicionalmente para la represión de los delitos cometidos por sus miembros.
2. Las autoridades y los tribunales llamados a pronunciarse sobre cuestiones penales deberán tener en cuenta las costumbres de dichos pueblos en la materia.”

La relevancia de los arts. 8.1, 8.2 y 10 radican en que introduce la costumbre e incluso el derecho consuetudinario como elemento de juicio y como una verdadera fuente del derecho, al conocer, juzgar y condenar. Al usar la voz “aplicación de la ley”, alude inequívocamente al ejercicio de actividad jurisdiccional, lo que implica la posibilidad de alegar la costumbre por vía de acción, excepción, alegación o defensa en el marco de un proceso y el deber del tribunal respectivo de ponderarla y utilizarla como parte del parámetro de juzgamiento.

Por otro lado, el límite está dado por el sistema de derechos fundamentales, de aplicación inmediata y directa en el Código Procesal Penal.

Por otra parte, esta norma tiene, a su vez, dos concreciones en el ámbito penal. La primera en el Art. 9.2 que establece que “las autoridades y los tribunales llamados a pronunciarse sobre

cuestiones penales deberán tener en cuenta las costumbres de dichos pueblos en la materia”. De esta manera, se ordena tomar en cuenta la costumbre indígena para definir la responsabilidad penal, norma que en el caso chileno no contraviene la Constitución Política.

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.”

La otra concreción penal del mandato general de consideración de la costumbre indígena está contenida en el Art. 10 que establece un deber de especial consideración a las “características económicas, sociales y culturales” de los pueblos indígenas a la hora de imponer sanciones penales previstas por la legislación general a sus miembros, especificando que “deberá darse la preferencia a tipos de sanción distintos del encarcelamiento”. Ejemplo de esto es el Código Penal de Groenlandia que se basa en las prácticas consuetudinarias de los Inuit, que no se funda en la idea de pena sino en la de rehabilitación. No hay prisiones, las personas reconocidas como criminales deben realizar trabajos de utilidad social, como forma de ayudarles a reintegrarse a la sociedad¹³⁴. La relevancia de este artículo dice relación con lo siguiente; siendo la costumbre indígena parte de los elementos de hecho o de derecho ventilados en el juicio, el tribunal no solo está autorizado a ponderarlos, sino que tiene un deber constitucional de hacerlo, lo que se funda en la normas del Convenio 169 en relación al Art. 5° inciso 2 de la Constitución y al 6° y 7° de la misma. Por tratarse de una norma de derechos humanos contenida en un tratado internacional vigente y ratificado por Chile, la regla se incorpora al bloque de constitucionalidad, haciéndose obligatorio para el juez penal aplicar siempre la pena más baja que el sistema jurídico admita, y particularmente aquellas distintas al encarcelamiento. En efecto, si bien la disposición utiliza el término “preferencia” lo que hace es disponer un mandato, esto es, el Convenio ordena que *debe preferirse*, sanciones diferentes de las penas privativas de libertad.

Artículo 12

“Los pueblos interesados deberán tener protección contra la violación de sus derechos, y poder iniciar procedimientos legales, sea personalmente o bien por conducto de sus organismos representativos, para asegurar el respeto efectivo de tales derechos. Deberán tomarse medidas para garantizar que los miembros de dichos pueblos puedan comprender y hacerse comprender en procedimientos legales, facilitándoles, si fuere necesario, intérpretes u otros medios eficaces”.

El artículo 12 exige deberes de acción al estado en el nivel de los operadores judiciales, y de él emana la necesidad del facilitador intercultural y de una defensoría especializada, además del intérprete y los expertos en costumbre y derecho indígena. A juicio de la OIT “el objeto de esta disposición es que puedan entender lo que se expresa en dichos procedimientos y también hacerse entender”. Así, en Noruega, en las regiones donde son mayoría los Sammi, por ejemplo en el condado de Finnmark, junto con el noruego, el Saami es idioma oficial. De esta forma todo varón o mujer Saami acusado de la comisión de un delito podrá expresarse en Sammi si así lo desea, y en tales casos tal vez sea el juez quien necesitará la ayuda de un intérprete.

2.4.5 ALGUNOS CASOS EN LOS QUE SE HA APLICADO EL CONVENIO 169 DE LA OIT

El Convenio 169 de la OIT como tratado de derechos humanos se ha erigido como un instrumento cuyas normas incluso se aplican a países que no lo han ratificado. La importancia de este Convenio es a través del carácter interpretativo que han asumido sus normas, es que se no se ha limitado al papel de “legislación modelo”, sino que además ha sido “empleado e invocado por las propias comunidades y pueblos indígenas, y por otros actores, públicos y privados, que han actuado en

¹³⁴ Código Criminal de Groenlandia (1954), citado en Convenio número 169 sobre pueblos indígenas y tribales: Un Manual. Organización Internacional del Trabajo, Año 2003.

defensa de los derechos e intereses de esas comunidades”, sirviendo de norma aplicable tanto en juicios de tribunales locales como ante los órganos del sistema regional de derechos humanos.¹³⁵

A continuación se han seleccionado un conjunto de fallos de Bolivia, Colombia y Guatemala¹³⁶, referidos al reconocimiento del penal indígena y normas consuetudinarias consagradas en el Convenio 169 de la OIT.¹³⁷

BOLIVIA	
TRIBUNAL U ORGANO	TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. Sentencia 0295/2003-R. Sucre, 11 de marzo de 2003.Expediente: 2002-04940-10-RAC
PUEBLO INDIGENA	Comunidad de San Juan del Rosario
MATERIA	Amparo constitucional
DESCRIPTOR	Conflicto entre individuo y comunidad; justicia comunitaria; derecho penal consuetudinario; cultura, valores sociales, religiosos y espirituales; derechos humanos.
LEGISLACION INTERNA RELATIVA A PUEBLOS INDIGENAS	Constitución Política de Bolivia, artículos 1, 7, 32 y 171.
APLICACIÓN DE NORMAS CONVENIO 169 OIT	Ratificado por Bolivia en 11 de diciembre de 1991. La Sentencia aplica el Art. 8 de este Convenio.
BREVE RESUMEN DE LOS HECHOS	Se trata de un recurso de amparo constitucional, interpuesto por un matrimonio de miembros de una comunidad indígena al que la comunidad ha impuesto –aunque no ejecutado– la sanción de expulsión y la amenaza de corte del suministro de energía y de agua. Los impugnantes alegan que la medida vulnera “sus derechos al trabajo, a ingresar, permanecer y transitar libremente por el territorio nacional, a la propiedad privada y a percibir una justa remuneración por su trabajo”. Luego de convocar a una audiencia y de realizar un peritaje antropológico, el Tribunal Constitucional determina que la sanción impuesta por la comunidad responde al incumplimiento, por parte del impugnante, de normas comunitarias –como la fijación de un precio común por un servicio, el pago de cuotas y multas, y el deber de realizar trabajos comunitarios. La Constitución boliviana reconoce el derecho de las comunidades y pueblos indígenas a mantener sus normas consuetudinarias y a ejercer la justicia comunitaria en caso de incumplimiento de esas normas. El Tribunal recuerda, que la aplicación de normas y sanciones comunitarias tiene como límite la Constitución, citando al respecto el Convenio 169 de la OIT. En el caso, acoge el amparo, ordenando a la comunidad que permita la permanencia de los impugnantes en la comunidad, bajo la condición de que éstos se ajusten a las normas comunitarias. Ordena también a las autoridades de la comunidad informar al Tribunal, en el plazo de seis meses, “si los recurrentes han adaptado su forma de vida a las costumbres de la Comunidad”.
RESOLUCION DEL CASO	El Tribunal Constitucional, en virtud de la jurisdicción que ejerce por mandato de los arts. 19-IV, 120-7ª CPE, 7.8º y 102-V de la Ley 1836, del Tribunal Constitucional con los fundamentos expuestos: Primero condiciona los efectos de la tutela otorgada a que los recurrentes adecuen de inmediato su conducta a las normas comunitarias, participando puntual y oportunamente en los trabajos comunes y acatando las decisiones de las autoridades, en tanto no sean contrarias a los derechos y garantías fundamentales; Segundo obliga a que los recurridos informen por escrito al Tribunal, en el plazo de seis meses a partir de su notificación con el presente

¹³⁵ 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.

¹³⁶ Véase la página <http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/dconstla/cont/20062/pr/pr7.pdf>. Esta contiene un interesante estudio sobre Jurisprudencia en materia de derechos indígenas en Guatemala.

¹³⁷ Casos Contenidos en Ob. Cit.

BOLIVIA	
	fallo, si los recurrentes han adaptado su forma de vida a las costumbres de la Comunidad de San Juan del Rosario. 3º Se exime de responsabilidad a los recurridos por existir error excusable.
COMENTARIO	Es interesante la realización a instancias del Tribunal de una pericia antropológica, para determinar claramente los alcances de la situación que dio lugar al recurso de amparo. El Tribunal encuadró la situación en el contexto de las normas consuetudinarias de la comunidad, aplicando las normas constitucionales y las del Convenio 169 que reconocen el derecho de las comunidades indígenas de regirse por sus propias normas e instituciones. El Tribunal señala que este derecho no es absoluto, y que su límite es el respeto de las normas constitucionales y los derechos humanos. Además, busca equilibrio entre el interés de la comunidad de preservar su orden comunitario, y el interés de los impugnantes de permanecer en la comunidad. Revoca el castigo pendiente, pero somete a los recurrentes a la obligación de ajustarse a las normas comunitarias –reconociendo, de este modo, la legitimidad de la determinación de las autoridades de la comunidad sobre los incumplimientos cometidos por los impugnantes.

COLOMBIA	
TRIBUNAL U ORGANO	La Sala Tercera de Revisión de la Corte Constitucional.
PUEBLO INDIGENA	Comunidad Indígena de El Tambo, Municipio de Coyaima, Departamento del Tolima.
MATERIA	Tutela. Sentencia t-254/94, de 30 de mayo de 1994. El proceso de tutela T-30116 promovido por ANANIAS NARVAEZ Comunidad Indígena de El Tambo, Municipio de Coyaima, Departamento del Tolima.
DESCRIPTOR	Conflicto entre individuos y comunidad , Derecho Penal Consuetudinario , Justicia comunitaria ; Justicia Penal ; Medios de Subsistencia; Cultura, Valores Sociales , religiosos y Espirituales ; Instituciones ; Derechos Humanos ; Acceso a la Justicia
LEGISLACION INTERNA RELATIVA A PUEBLOS INDIGENAS	Constitución Política de la Republica de Colombia, artículos 4, 6 7, 38, 95, 246,330, 329. La Declaración Universal de los Derechos Humanos establece en su artículo 9o,5o Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos(artículo 12 Código Penal Arts. 93, 330,246
NORMAS CONVENIO 169 OIT	Convenio 169 OIT articulos 1.2, 8 y 9. Convenio 169 de la OIT., sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes, aprobado por el Congreso mediante Ley 21 de 1991.
BREVE RESUMEN DE LOS HECHOS	El recurrente consideró que la decisión del cabildo indígena de El Tambo vulneró sus derechos fundamentales al debido proceso, al trabajo, a la honra y al buen nombre y a la vida, y desconoció la prohibición constitucional de las penas de destierro, prisión perpetua y confiscación. Fundamentó su acción en la múltiple violación en los siguientes hechos: La directiva del cabildo indígena le imputó diversos hurtos frente a la comunidad, "sin agotar ningún procedimiento investigativo y dándole plena credibilidad a rumores que ninguna persona sustentó", actuaciones que vulneraron el derecho al debido proceso. Las acusaciones elevadas públicamente en su contra por la directiva del cabildo vulneraron sus derechos a la honra y al buen nombre. La decisión de expulsarlo de la comunidad y de confiscarle su parcela, sin reconocerle el valor de las mejoras del predio, va en contravía de la prohibición del destierro y de la confiscación. La acción de tutela estaba orientada a obtener la anulación de la decisión que expulsa y confisca los bienes de ANANIAS NARVAEZ", y pretendía "establecer limitantes al ejercicio de la autonomía que en su momento pueden ejercer los cabildos indígenas". Con la petición de tutela se presentó copia informal del acta de posesión del cabildo indígena de El Tambo, celebrada el veinte (20) de febrero de 1993 ante el Alcalde Municipal de Coyaima, Tolima, en la que figuran las personas demandadas en tutela como integrantes del mencionado organismo. La Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial del Tolima conoció de la acción de tutela y, mediante auto de octubre 21 de 1993, ordenó se recibiera la

COLOMBIA	
	ratificación y ampliación de los hechos al peticionario y la declaración de los directivos del cabildo indígena de El Tambo. La comunidad indígena es representada por su gobernador, quien administra los terrenos de la misma y vela por su adecuada utilización. A su vez, la comunidad elige cada año los integrantes del cabildo indígena, quienes formalizan su posesión ante el Alcalde Municipal de la localidad. Ananias era miembro y directivo de la comunidad indígena. Sostienen que se le llamó la atención varias veces y que, al no atender las advertencias y consejos, fue expulsado por la comunidad, en reunión celebrada el día 28 de diciembre de 1992, a la que asistió el propio peticionario. Según copia del acta correspondiente a la sesión de ese día, y que fue entregada al Tribunal de primera instancia por los cabildantes, con la presencia de 37 miembros de la comunidad se decidió destituir al peticionario de su cargo: "Se le encontró serias fallas, errores al compañero ANANIAS NARVAEZ que mucho tiempo atrás venía cometiendo con algunos vecinos y la misma comunidad como robo de sorgo, plátano, hojas de plátano, ovejas, un contador de la luz y venenos como insecticidas que tenía la comunidad para defender los cultivos de la misma comunidad. Se le sindicaba también de un potrero de Emilio Peña, una burra de una señora. "Fue destituido del cabildo el compañero Ananias por la mayoría de la Asamblea General al tener conocimiento de estos robos a la misma comunidad y esconder animales como caballos y burras de cría de los vecinos en predios de la comunidad." El actor, por su parte, rechazó la destitución de su cargo de gobernador suplente y la expulsión de la comunidad, y se opuso a abandonar el territorio hasta tanto no se le reconocieran las mejoras realizadas en la parcela. La Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial del Tolima (sentencia de noviembre 4 de 1993) denegó la tutela interpuesta. El Tribunal de tutela entendió el acto de expulsión como ejercicio legítimo del derecho a la libre asociación (CP Art.38). El apoderado del peticionario impugnó la decisión de la Sala Penal del Tribunal Superior del Tolima. Insistió en que la acción de tutela iba dirigida contra el cabildo indígena de El Tambo, que en virtud de lo dispuesto en el artículo 2º del Decreto 2001 de 1988, es un ente de derecho público. La Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia (sentencia del 14 de diciembre, 1993), confirmó la decisión impugnada. El Tribunal dio por demostrado que, a solicitud de la mayoría de los miembros de la comunidad de El Tambo, sus directivas dispusieron la expulsión, a quien ya "se le había reclamado por su comportamiento contrario a los intereses de la comunidad indígena, como lo fueron el hurto de cultivos, semovientes y por último fungicidas, estos de uso colectivo". El fallador de segunda instancia resaltó la naturaleza de <u>entidades públicas</u> que ostentan los cabildos indígenas, "cuyos miembros son elegidos y reconocidos por una parcialidad localizada en un determinado territorio, encargados de representar legalmente a su grupo y ejercer las funciones que le atribuye la ley, sus usos y costumbres, situación igualmente consagrada en los artículos 329 y 330 de la Carta Política". Consideró que la expulsión no había sido arbitraria y que el reconocimiento de mejoras pretendido por el actor era un asunto no susceptible de ser resuelto por vía de la acción de tutela. "Entonces, ante el clamor de la casi totalidad de los miembros de la Comunidad Indígena del Tambo, cuyo asentamiento se halla en el Municipio de Coyaima (Tolima), en Asamblea General, realizada el 28 de diciembre de 1992, según consta en documento visible a folio 45 del informativo, la expulsión de ANANIAS NARVAEZ de la Comunidad, en manera alguna se muestra arbitraria, pues fue la consecuencia de la reiteración de conductas contrarias a sus costumbres y normas internas, sanción que le fuera aplicada luego de varias amonestaciones por parte de las directivas indígenas.
RESOLUCION DEL CASO (APLICACIÓN 169 oit)	PRIMERO.- REVOCAR las sentencias de tutela revisadas, proferidas por la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, y por el Tribunal Superior del Distrito Judicial del Tolima, Sala Penal, la primera de fecha 14 de diciembre de 1993 y la segunda de fecha noviembre 4 del mismo año. SEGUNDO.- CONCEDER la tutela del derecho fundamental al debido proceso al solicitante y del derecho a la integridad física a sus hijos, y, en consecuencia,

COLOMBIA	
	ordenar a las miembros del cabildo indígena de El Tambo acoger nuevamente en la comunidad indígena, bajo la responsabilidad de ésta, al actor y a su familia, mientras se procede nuevamente a tomar la decisión a que haya lugar por los hechos que se imputan al señor Ananias Narvaez, sin que ésta última pueda involucrar a su familia dentro de un juicio que respete las normas y procedimientos de la comunidad, pero con estricta sujeción a la Constitución. TERCERO.- ORDENAR a la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial del Tolima se vigile estrictamente el cumplimiento de la presente providencia, e imponga las sanciones a que haya lugar en caso de incumplimiento.
COMENTARIO	No obstante que se resolvió por la revocación de una sanción aplicada por la comunidad indígena en ejercicio de su derecho propio, el caso es importante porque se reconoce la legitimidad de la jurisdicción indígena, limitada por los derechos fundamentales. “La Corte de Constitucionalidad apoya su decisión en el Convenio núm. 169, que emplea para distinguir a una comunidad indígena de una simple asociación, y para señalar la subordinación de la jurisdicción indígena al respeto de los derechos fundamentales establecidos por la Constitución y por instrumentos internacionales de derechos humanos”. ¹³⁸

GUATEMALA	
TRIBUNAL U ORGANO	Juzgado de primera instancia penal, de narcoactividad y delitos contra el ambiente del departamento de totonicapan veinticinco de junio del año dos mil tres.
PUEBLO INDIGENA	Comunidad de Chiyax
MATERIA	Robo Agravado.
DESCRIPTOR	Derecho penal consuetudinario; Justicia comunitaria; Justicia Penal; non bis in idem.
LEGISLACION INTERNA RELATIVA A PUEBLOS INDIGENAS	Artículos 1, 2, 3, 4, 5, 6, 7, 8, 9, 11 Bis, 37, 43, 46, 47, 107, 108, 109, 160, 161, 162, 163, 164, 165, 166, 167, 181,189, 264, 320, 321, 322, 325, 328, 329, 330, 345 Quáter del Código Procesal Penal; 252 del Código Penal; 141. 142 y 143 de la Ley del Organismo Judicial.
APLICACIÓN DE NORMAS CONVENIO 169 OIT	Convenio núm. 169 de la OIT, artículos 2, 8, 9 y 10.
BREVE RESUMEN DE LOS HECHOS	El juzgado de primera instancia penal, de narcoactividad y delitos contra el ambiente del departamento de Totonicapán, conoce del requerimiento de sobreseimiento formulado por la Fiscalía del Ministerio Público local, dentro del expediente penal seguido en contra Sebastián Poz Hernández, Julian Cutz, Vicente y Miguel Álvarez Sontay por el delito de robo agravado en atención a que las autoridades tradicionales del Comunidad de Chiyax, ya habían conocido y juzgado el caso imponiendo una sanción correspondiente a 30 días de trabajo comunitario.
RESOLUCION DEL CASO Y APLICACIÓN DEL CONVENIO 169.	Entre las consideraciones que tuvo a la vista el Juzgado para decretar el sobreseimiento de los imputados fueron las disposiciones del Convenio 169 de la OIT. Aplicación del Art. 2 (b) que señala el deber de los estados de establecer medidas que “promuevan la plena efectividad de los derechos sociales, económicos y culturales de esos pueblos, respetando su identidad social y cultural, sus costumbres y tradiciones y sus instituciones”. Artículo 8: 1) Al aplicar la legislación nacional a los pueblos interesados deberán tomar 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 estas no sean incompatibles con los derechos fundamentales definidos por el sistema jurídico nacional ni con los derechos humanos internacionalmente reconocidos y 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 recurren tradicionalmente para la represión de los delitos cometidos por sus miembros. 2. Las autoridades y los Tribunales llamados a pronunciarse sobre cuestiones penales deberán tener

¹³⁸ Comentario contenido en Ob. Cit.

GUATEMALA	
	en cuenta las costumbres de dichos pueblos en la materia.” Y artículo 10.1. “Cuando se impongan sanciones penales previstas por la legislación general a miembros de dichos pueblos deberá tenerse en cuenta sus características económicas, sociales y culturales”. El Tribunal señala la necesidad de terminar con la “doctrina Jurídica monista y positivista, que se basa en una visión de Estado representativo de un pueblo, con una cultura, un idioma y un único sistema de derecho”. Hace mención también a la “obligación que tiene el Estado Guatemalteco de reconocer y respetar los derechos colectivos que le son inherentes a los pueblos indígenas entre los cuales se encuentra el derecho a ejercer su propio sistema jurídico”. El juez al analizar los artículos 46, 58 y 66 de la Constitución Política de la República de Guatemala como fundamentación jurídica de la vigencia del derecho indígena, concluye que a través de estas normas “se garantiza el libre ejercicio de los derechos reconocidos en estos artículos e implica el derecho que tiene todo ciudadano a ser Juzgado en su propio derecho dentro del marco de su identidad cultural, distinta a la que el Estado define como oficial. Lo que implica el legítimo respeto de la aplicación del derecho indígena dentro del marco constitucional del Estado Guatemalteco”. En virtud de estas consideraciones se dicta la sentencia de 25 de junio del año dos mil tres, el juzgado declara: i) Con lugar el requerimiento formulado por la Fiscalía del Ministerio Público local y en esa virtud se decreta el sobreseimiento a favor de los sindicatos: Sebastián Poz Hernández, Julián Cutz Vicente y miguel Álvarez Sontay por el delito de: robo agravado. II) Como consecuencia se ordena el cese de toda medida de coerción decretada en contra de los referidos imputados, ordenando su inmediata libertad, remitiendo los formularios respectivos al Centro Preventivo para Varones de la ciudad de Quetzaltenango, lugar donde guardan prisión actualmente los incoados.
COMENTARIO	Este caso reconoce la existencia del derecho propio, y le otorga plena validez jurídica a una sanción aplicada por las autoridades comunitarias ante la comisión de un delito. Por aplicación del principio non bis in idem, desestima la acción penal. Junto con aplicar las disposiciones del Convenio 169 se hace referencia a la Opinión Consultiva sobre el Convenio núm. 169 de la Corte de Constitucionalidad la que consideró que el contenido del Convenio es compatible con la Constitución Política de Guatemala.

Capítulo 3 ENFOQUE CULTURAL PARA UNA DEFENSA JURÍDICA ESPECIALIZADA

3.1 FUNDAMENTOS CONCEPTUALES, DOCTRINARIOS Y JURISPRUDENCIALES

3.1.1 CULTURA

En sentido amplio cultura es:

“la suma de valores, convicciones y representaciones sobre el mundo a partir de las cuales un determinado colectivo organiza su experiencia social”¹³⁹.

Sin embargo este concepto omnicomprendivo y multidimensional no es lo suficientemente exacto para diseñar un modelo de intervención específica en lo penal, que ostente de manera transversal el respeto a la diversidad cultural. Por eso es que, en este campo, el concepto de cultura debe ir acotándose y así puede decirse que:

“La cultura es la acumulación progresiva de conocimientos a lo largo de muchas generaciones, que incluye: valores, conocimientos, creencias, arte, moral, leyes y normas, costumbres, capacidades y hábitos de los hombres y mujeres, en cuanto son miembros de una sociedad”¹⁴⁰.

Es también un conjunto de valores materiales, científicos y espirituales, así como los procesos para producirlos, crearlos, transmitirlos y aplicarlos”¹⁴¹.

La UNESCO por su parte, entiende por cultura:

“el conjunto de los rasgos distintivos espirituales y materiales, intelectuales y afectivos que caracterizan a una sociedad o a un grupo social y que abarca además de las artes y las letras, los modos de vida, las maneras de vivir juntos, los sistemas de valores, las tradiciones y las creencias”¹⁴².

Como puede verse de las anteriores definiciones no parece existir un claro consenso en torno a lo que debe comprenderse por cultura, por ello se ha optado desde el inicio de este trabajo por una forma de conceptualización de cultura que supone tomar posición en torno a dos definiciones. Una primera definición –definición amplia- se corresponde a grandes rasgos con las definiciones precedentes de Ramos, Araujo y UNESCO. Una segunda definición –definición estricta-, adoptada ya en el apartado 1.1.5 de este trabajo y tomada de Will Kymlicka, considera varios elementos distintivos, debe tratarse de: (1) una comunidad; (2) que sea inter-generacional; (3) con cierto grado de institucionalidad interna; (4) que ocupe un territorio determinado; (5) que comparte una lenguaje distintivo; (6) que comparte una historia distintiva; (7) que los elementos (1) a (6) sean relevantes para la identidad personal de los miembros de la comunidad o su vida política.¹⁴³

Este trabajo asume que no hay única forma correcta de concebir la “cultura”, pero si diferencia entre dos concepciones de las cuales se siguen ventajas y desventajas desde el punto de vista de las políticas públicas a aplicar. La ventaja de la concepción amplia es que no deja ningún

¹³⁹ Ramos, Isabel. “El ser y el hacer – reflexiones en torno al papel de la cultura en los proyectos de desarrollo”, en Alli Kausay. Folleto temático de la COSUDE en el Ecuador N°8, noviembre 2006, pp. 1 -3, esp. p. 1 Disponible en www.cooperacion-suiza.admin.ch/.../resource_es_100259.pdf (fecha consulta: 9 junio 2010).

¹⁴⁰ Araujo Grijalva, Susana. “Reto rural, un proyecto con pertinencia cultural”. en Alli Kausay. Folleto temático de la COSUDE en el Ecuador N°8, noviembre 2006, pp. 3 - 5 esp. p.3 Disponible en www.cooperacion-suiza.admin.ch/.../resource_es_100259.pdf (fecha consulta: 9 junio 2010).

¹⁴¹ Ídem.

¹⁴² Conferencia Mundial sobre las políticas culturales (Mondiacult, México, 1982), de la Comisión Mundial de Cultura y Desarrollo (Nuestra Diversidad creativa, 1995), y Conferencia Intergubernamental sobre políticas culturales para el Desarrollo (Estocolmo, 1998). Declaración Universal de la UNESCO sobre la Diversidad Cultural. Declaración Universal de la UNESCO sobre la Diversidad Cultural.

¹⁴³ Esta definición se basa en los conceptos acuñados por Will Kymlicka, *Multicultural citizenship*, p. 18.

tipo de agrupación cultural fuera de la consideración de las políticas públicas. La desventaja es que no permite distinguir qué política pública debe aplicarse a cada grupo en particular, y confunde, multiculturalismo con pluralismo cultural. La ventaja de la concepción estricta es precisamente que permite distinguir qué tipo de medidas de carácter público son las que estos grupos requieren para proteger sus intereses, por ende no confunde multiculturalismo con pluralismo cultural. De este modo, la concepción estricta permite distinguir un grupo cultural o sub-cultural como podrían ser los “pokemones” de aquellos miembros que pertenecen a un pueblo originario, también permite incluir en esta última categoría aunque no con la misma denominación, a minorías culturales que no tiene un origen étnico determinado, sino que su caracterización como minoría y que cumple las condiciones del concepto de cultura acuñado por Kymlicka, se sigue de su origen migratorio. De la concepción estricta, entonces, se sigue una sub-distinción entre minorías de origen étnico y minorías de origen migratorio.

3.1.2 MULTICULTURALISMO Y PLURALISMO CULTURAL

3.1.2.1 MULTICULTURALISMO

La noción multiculturalismo dice relación con “la presencia dentro de un determinado contexto espacial, de diversas culturas asociadas principalmente a una nación”¹⁴⁴, que comparten ciertos significados comunes en torno a “la representación del mundo exterior, de la moral, la religión, del derecho, de las relaciones sociales y vinculados por una lengua”¹⁴⁵. El multiculturalismo supone pues, una pluralidad de culturas que cohabitan dentro de un territorio sin que ninguna pueda pretender hegemonía sobre la otra”¹⁴⁶, y puede definirse como una verdadera “política que actúa sobre lo multicultural”¹⁴⁷ afectando a todo el sistema social aunque ella se dirija institucionalmente a grupos determinados.

La noción de multiculturalismo es parasitaria de la noción que se tenga de cultura, de allí que existan varias concepciones diferentes de lo que puede entenderse por multiculturalismo. En este trabajo se toma como referencia la concepción de Kymlicka, para quien el término multiculturalismo puede aplicarse en dos circunstancias. Según el autor, y como hemos visto un Estado es multicultural si sus miembros o pertenecen a diferentes nacionales o bien sus miembros han emigrado de diferentes naciones. En el caso de los pueblos originarios, y por ende de Chile, es evidente que estamos en presencia de un Estado multicultural del primer tipo.

3.1.2.2 PLURALISMO CULTURAL

Durante mucho tiempo la noción multiculturalismo fue utilizada indistintamente con la de pluralismo cultural. Así Kymlicka expresa que “el término multiculturalismo abarca formas muy diferentes de pluralismo cultural”¹⁴⁸, por el cual se ha entendido aquel que se presenta en sociedades monoculturales, y que consiste más bien en la presencia de diferentes estilos de vida

¹⁴⁴ Carnevalli, Raúl. “El multiculturalismo: un desafío para el derecho penal moderno”. En Rev. Política criminal, N°3, 2007, p.6. Disponible en www.politicacriminal.cl. (fecha consulta: 29 mayo 2010)

¹⁴⁵ Carnevalli, Raúl, ob.cit., p.6. citando a Siguan, Miquel. “Las lenguas en la construcción europea”, en Lamo Espinoza, E. Culturas, Estados, ciudadanos. Una aproximación al multiculturalismo en Europa., Alianza ed. 1995. nota 22. Disponible en www.politicacriminal.cl. (fecha consulta: 29 mayo 2010)

¹⁴⁶ Rojas Corral, H. El principio de la multiculturalidad. Una propuesta jurídica para promover y proteger nuestra diversidad. Arzobispado de Stgo. Fundación de Documentación y Archivo de la Vicaría de la Solidaridad, 2002, p. 57.

¹⁴⁷ Vladimir Zambrano, C. Ejes políticos de la diversidad cultural. Siglo del Hombre Editores, Universidad Nacional de Colombia. 2006, p. 105.

¹⁴⁸ Así, Kymlicka, Will. Ciudadanía multicultural. Trad. Castell, C. Ed. Paidós, 1996, p.26.

grupal, de costumbres, que se pueden dar en una misma nación¹⁴⁹. De esta forma, y en este concepto, el pluralismo cultural es representativo de minorías nacionales y no necesariamente de pueblos indígenas. Por ejemplo, mujeres, homosexuales, etc.

Modernamente el pluralismo cultural se concibe como una verdadera ideología bajo cuyo amparo se cobija un modelo de organización social en el que es posible la convivencia armónica de grupos diferentes, y que se caracteriza no solo por la aceptación y valoración positiva de la diferencia (cultural, étnica, religiosa, lingüística, racial, por sexo, o por género), sino también por el reconocimiento general de la igualdad de derechos y deberes¹⁵⁰. Desde esta perspectiva, y siguiendo a Kottak¹⁵¹, el pluralismo es un concepto político que supone un uso igual del poder para grupos étnicos principales, y por ende, igualdad de derechos y deberes. Precisamente este es el problema del pluralismo cultural, pues parte de una concepción relativamente apriorística de los grupos étnicos principales, sin reconocer aquellos grupos minoritarios que han estado excluidos de la actividad política de medios que les permitan mantener el desarrollo de su propia cultura.

Cuando hacemos referencia a los pueblos originarios y a su reconocimiento legal y en una interpretación los derechos reconocidos por el Convenio 169, estamos presuponiendo el concepto de multiculturalismo y no de pluralismo cultural. Precisamente este concepto permite reconocer derechos específicos a los pueblos originarios referidos a un derecho a la justicia propia, derechos al territorio, tierra, recursos naturales y medio ambiente.

3.1.3 PUEBLOS INDÍGENAS Y TRIBALES

Conforme al Convenio 169, se entiende por pueblo indígena, aquellos que habitan en países independientes y que son

“considerados indígenas por el hecho de descender de poblaciones que habitaban en el país o en una región geográfica a la que pertenece el país en la época de la conquista o la colonización o del establecimiento de las actuales fronteras estatales y que, cualquiera que sea su situación jurídica, conservan todas sus propias instituciones sociales, económicas, culturales y políticas, o parte de ellas”. (Art. 1.b).

Por tanto, los pueblos indígenas son grupos humanos que existían antes de la formación del Estado nacional. En cambio, pueblos tribales son aquellos cuyas condiciones sociales culturales y económicas les distinguen de otros sectores de la colectividad nacional en un país independiente, y que están regidos total o parcialmente por sus propias costumbres o tradiciones o por una legislación especial (Art. 1.a).

Las características de los pueblos indígenas en el contexto del Convenio 169 podrían resumirse en dos:

- a) En lo objetivo, están formados por grupos humanos que teniendo una continuidad histórica con las sociedades anteriores a la invasión colonial, se consideran distintas de otros sectores de las sociedades que son dominantes en lo que eran sus territorios. Se diferencian por su lengua, por sus tradiciones, por su forma de organización social, por su conocimiento y por una cultura propia¹⁵².

¹⁴⁹ Carnevali, R., ob.cit., p.7. Citando a Viola, Francesco. “Diritti fondamentali e multiculturalismo”, en Bernardi, Alessandro (coord.). Multiculturalismo, diritti unani, pena. Giuffré, Milano, 2006., nota 25, p.7. Disponible en www.politicacriminal.cl. (fecha consulta: 29 mayo 2010)

¹⁵⁰ Malgesini, G, Giménez, C. Pluralismo cultural. (2000) Disponible en <http://www.fongdcam.org/manuales/educacionintercultural> (fecha consulta: 9 julio 2010).

¹⁵¹ Kottak, Conrad Phillip Antropología. Una exploración de la diversidad humana con temas de la cultura hispana. Madrid: McGraw-Hill, 1996.

¹⁵² Gómez, Magdalena. Derechos Indígenas. Lectura comentada del Convenio 169 de la OIT. Instituto Nacional Indigenista, México, 1991, p.45.

- b) En lo subjetivo, poseen una conciencia de identidad indígena o “conciencia étnica”¹⁵³ que puede definirse como “la conciencia que tienen los miembros de su especificidad, es decir de su propia individualidad a la vez que de su diferenciación de otros grupos humanos, y el deseo consciente, en mayor o menor grado, de permanecer en él, es decir, de seguir siendo lo que son y han sido hasta el presente”¹⁵⁴. De esta forma, y a efectos del Convenio, solo son sujetos del convenio “aquellos pueblos que aún mantengan y practiquen los rasgos culturales que los distinguen del resto de la sociedad”. A nivel individual, en esta interpretación es indígena aquel que así lo reivindique, aunque por diversas razones no viva en su comunidad de origen^{155, 156}.

El reconocimiento del hecho que los pueblos indígenas sean agrupaciones humanas anteriores a la formación del Estado, no concede derechos –por expresa restricción del Convenio 169- para impetrar el derecho a la autodeterminación que se les reconoce en el Art. 3 de la Carta de Naciones Unidas sobre derechos de los pueblos indígenas y tribales. Por ende, el término “pueblo” en el Convenio carece de una connotación política que permita decidir programas y estructuras políticas, económicas, sociales o culturales, al margen de la decisión de los Estados. El Convenio deja expresamente establecida esta restricción toda vez que en el derecho internacional el término pueblo suele asimilarse a nación o país. De este modo, el Convenio distingue con claridad entre auto-determinación externa y auto-determinación interna, disponiendo que la autodeterminación permitida sólo puede referirse a la del segundo tipo¹⁵⁷. Esto si bien significa una concesión importante para los pueblos originarios, pues de aceptar el convenio deja de reconocerse la legitimidad de la auto-determinación externa, también favorece una expansión de lo que los Estados pueden reconocer a los pueblos originarios como auto-determinación interna. En efecto, acoger el principio de auto-determinación interna abre un amplio espectro de posibilidades de reconocimiento de la autonomía “cultural” de los pueblos originarios, como se verá con posterioridad esto faculta a entender que es válida la pretensión de reconocimiento de un sistema de justicia “tribal”, tal como ocurre en varios estados de Canadá y Estados Unidos, y por ende criticar el fallo del Tribunal Constitucional chileno sobre el Convenio 169 de la OIT, respecto de la prohibición de co-existencia de dos sistemas de justicia paralelos, pues en efecto, bajo una interpretación literal del considerando 52 de la sentencia del Tribunal Constitucional del 4 de agosto de 2000 (Rol 309) –la que o es la única posible como se verá con posterioridad-, el fallo declara como contrario a la Constitución la posibilidad de tribunales indígenas, con lo cual la proscribía absolutamente.

En conformidad a la auto-determinación interna se pronunció también uno de los invitados de los pueblos indígenas que concurrió recientemente al taller de Validación del estudio que sirve de base a este documento –quien señaló en todo caso, no ser un representante del pueblo indígena. El invitado afirmó que de lo que se trata es que se reconozca la existencia de las instituciones indígenas, no de crear un país independiente. La autonomía a que se alude, entonces, es la suficiente para mantener y desarrollar sus propias instituciones, es decir, auto-determinación interna.

¹⁵³ En esta denominación, Lillo, ob.cit., p. 4.

¹⁵⁴ De Obieta, Chalbaud, José. 1989. “El derecho humano de la autodeterminación de los pueblos”. Editorial, Tecnos, Madrid 1989; p. 38., cit. por Lillo, ob.cit., nota 5, p.4.

¹⁵⁵ En esta interpretación el Instituto nacional Indigenista, Gómez, M. ob.cit., interpretación que por lo demás recoge la ley 19.253. (Art. 3).

¹⁵⁶ Puede verse, según este análisis, lo coherente del Convenio 169 de la OIT con la concepción de cultura y de multiculturalismo que aquí se sostiene.

¹⁵⁷ Para una breve explicación sobre la forma de concebir la autodeterminación interna en relación a la externa, ver Miguel Macchino y José Manuel Fernández, “La defensa de imputados indígenas en la Defensoría Penal Pública”, investigación del Departamento de Estudios de la Defensoría Nacional, año 2008, pp. 31-33.

En el ámbito interno, la discusión sobre si era mejor hablar de pueblos originarios o de etnias, ha tenido asidero primero en la discusión parlamentaria sobre la ley 19.253, en el que el termino pueblos fue reemplazado por el de etnias, y más tarde en el Tribunal Constitucional con motivo del requerimiento de inconstitucionalidad del Convenio 169 que hiciera un grupo de parlamentarios, en el que el TC, rechazando la inconstitucionalidad, destaca que el termino pueblo a que se refiere el Convenio, no implica estar dotados de potestades públicas, ni constituir un ente colectivo autónomo entre los individuos y el Estado¹⁵⁸.

3.1.4 DERECHOS GENERALMENTE RECONOCIDOS A LOS PUEBLOS INDÍGENAS

3.1.4.1 DERECHOS CULTURALES

La noción de derechos culturales nace a raíz de la necesidad de proteger la “otredad” que representan culturas distintas. Esto es, “disponer tratamientos particulares conforme el titular pertenezca a una cultura determinada”¹⁵⁹. Estos derechos pueden ser individuales o colectivos. Los derechos culturales individuales dicen relación con el ejercicio que de ciertos derechos hace el individuo en función de su pertenencia a un cierto grupo¹⁶⁰. Los derechos culturales colectivos son aquellos que pertenecen a un sujeto colectivo: el pueblo originario. Por ejemplo, derechos territoriales.

3.1.4.2 DERECHOS TERRITORIALES

Los derechos territoriales materializan el principio de auto-determinación interna de los pueblos originarios, y corresponden en esencia al ejercicio de los derechos colectivos. El preámbulo del Convenio 169 reconoce “las aspiraciones de esos pueblos a asumir el control de sus propias instituciones y formas de vida y de su desarrollo económico y a mantener y fortalecer sus identidades, lenguas y religiones, dentro del marco de los Estados en que viven”.

Los derechos territoriales consisten en el sustrato físico que permite a los pueblos originarios sobrevivir como tales, reproducir sus culturas, mantener y desarrollar sus organizaciones y sistemas productivos¹⁶¹. De esta forma, derecho territorial es mucho más que derecho de propiedad, toda vez que tiene relación con el derecho colectivo a la supervivencia como pueblo organizado, con el control de su hábitat como una condición necesaria para la reproducción de su cultura, y para su propio desarrollo¹⁶². En suma: para concretar “sus planes de vida” y contar con sus propias instituciones políticas y sociales.¹⁶³ Bajo esta interpretación, este derecho puede ser incluso recogido en la teoría política contemporánea de corte liberal, pues para ésta sólo puede hablarse de que el sujeto es “personalmente autónomo” –nótese que uno de los valores centrales para esta teoría política lo constituye la autonomía personal- cuando tiene disponibles varias opciones de vida de modo que puede elegir con libertad que vida quiere tener. Los planes de vida que el sujeto pueda elegir dependen de la mayor o menor cantidad de opciones que tenga a su disposición, como estas opciones están constituidas culturalmente, el fortalecimiento de la cultura incrementa el rango de opciones que el individuo tiene a su

¹⁵⁸ Sobre esta discusión y las repercusiones en el ámbito del derecho interno chileno, ampliamente Lillo, ob.cit. p.4

¹⁵⁹ Carnevalli, R., ob.cit., p.11.

¹⁶⁰ Carnevalli, R., ob.cit. p.11. El autor ejemplifica con el uso del velo por parte de la mujer musulmana en lugares públicos.

¹⁶¹ Kreimer, Osvaldo Informe relator especial de OEA sobre “Formas tradicionales de propiedad y supervivencia cultural. Derecho a tierras y territorios” OEA/Ser.K/XVI, GT/DADIN/doc.110/02, 16 diciembre 2002. Fuente: sitio web: <http://www.oas.org/consejo/sp/CAJP/docs/cp10649s04.doc>. Fecha visita: 26-10-2008.

¹⁶² “Derecho penal del enemigo y criminalización de las demandas mapuche”. Informe final, Proyecto de Investigación N°03, Investigadora Responsable Myrna Villegas D. Facultad de Ciencias Jurídicas y sociales, Universidad Central, octubre de 2008.

¹⁶³ Ídem.

disposición, por ende el otorgamiento de condiciones para que una cultura pueda desarrollarse es imprescindible para que el sujeto pueda decidir con libertad.¹⁶⁴

Los derechos territoriales, implican entonces no sólo la demarcación, titulación y protección de aquellas tierras sobre las cuales se demuestre propiedad ancestral indígena; así como el establecimiento de mecanismos de reclamación de tierras¹⁶⁵, sino que plasman el derecho de los pueblos a mantener y desarrollar su propia cultura.

LA PROPIEDAD INDÍGENA EN EL DERECHO CHILENO

a) La propiedad indígena en la Constitución

Si bien la Constitución chilena no contiene referencias explícitas a la propiedad indígena, sí consagra una concepción plural de la propiedad, por cuanto asegura a todas las personas “el derecho de propiedad en sus diversas especies sobre toda clase de bienes corporales o incorporeales”¹⁶⁶. Esta fórmula permite incluir la propiedad indígena como un bien jurídico objeto de protección constitucional. Así lo ha señalado expresamente el propio Tribunal Constitucional:

“Que el artículo 19, N° 24°, de la Carta Fundamental, asegura a todas las personas el derecho de propiedad en sus diversas especies, entre las cuales ha de entenderse que queda comprendida la propiedad indígena, la cual, por su propia naturaleza, tiene características específicas que han llevado al legislador históricamente a regular las materias indígenas por medio de la ley”¹⁶⁷.

También la Excelentísima Corte Suprema ha reconocido que entre los diversos tipos de propiedad protegidos por el artículo 19 N° 24 se encuentra la propiedad ancestral indígena, en cuanto el constituyente por esta vía protegió el uso consuetudinario de aguas como derecho¹⁶⁸, lo cual es perfectamente aplicable a la propiedad que éstos tienen sobre sus tierras ancestrales¹⁶⁹.

La protección constitucional de la propiedad indígena se puede configurar dado que la Constitución establece un mandato dirigido al Estado en orden a “crear las condiciones sociales que permitan a todos y a cada uno de los integrantes de la comunidad nacional su mayor realización espiritual y material posible, con pleno respeto a los derechos y garantías que esta Constitución establece”¹⁷⁰. La interpretación armónica de estas disposiciones permite concluir que en Chile nadie puede ser forzado a vivir en una cultura distinta que la que elija y el Estado tiene la obligación de generar las condiciones para que cada individuo pueda tomar esta decisión libremente¹⁷¹. De esta manera, la Constitución obliga al Estado a promover y proteger las diversas culturas de los pueblos indígenas que existen en el país porque se trata de “condiciones sociales”

¹⁶⁴ Raz, Joseph, “Multiculturalismo: una concepción liberal”, en *La Ética en el Ámbito Público*, Editorial Gedisa, Madrid, España, 2001, pp. 190-193.

¹⁶⁵ Propuesta de informe de la Comisión de Verdad Histórica y nuevo trato. (CVNTH). Fuente: Sitio Web: http://biblioteca.serindigena.org/libros_digitales/cvhynt/index.html. Fecha visita: 30-10-2008.

¹⁶⁶ Artículo 19 N° 24 de la CPR.

¹⁶⁷ Tribunal Constitucional, Fallo 309, año 2000, considerando 77°. El destacado es nuestro.

¹⁶⁸ Cfr. Corte Suprema, Comunidad Atacameña de Toconce vs. Essan S.A, Rol N° 986-2003, considerando 6°. También, Corte Suprema, Agua Mineral Chusmiza con Comunidad Aymara Chusmiza-Usmagama, Rol N° 2840-08.

¹⁶⁹ “[...] el artículo 64 de la ley 19.253 establece una protección especial a las aguas de las comunidades Aymarás y Atacameñas, las que deben considerarse bienes de propiedad y uso de la comunidad indígena, [...] con lo cual el Estado de Chile reconoce los derechos indígenas sobre las tierras y sus recursos, lo que constituye un reconocimiento al derecho consuetudinario de estas etnias aborígenes, validando la propiedad indígena sobre dichos bienes”. Corte de Apelaciones de Iquique, fallo Agua Mineral Chusmiza con Comunidad Aymara Chusmiza-Usmagama, Rol 817-2006, considerando 9°. El destacado es nuestro.

¹⁷⁰ Artículo 1° inciso tercero de la CPR.

¹⁷¹ Ruiz Tagle, Pablo, *La Constitución de la Igualdad*, Borrador, doc. inédito Santiago, 2002, p. 220.

que permiten la realización material y espiritual de las personas que a ellas pertenecen¹⁷². En otras palabras, la Constitución reconoce implícitamente un derecho a la cultura propia, en tanto contexto societal que dota de un sentido propio a las opciones individuales y al ejercicio de derechos. Así lo ha señalado la Corte Interamericana de Derechos Humanos:

“En ciertos contextos históricos los derechos de la persona humana se garantizan y se pueden ejercer plenamente sólo si se reconocen los derechos de la colectividad y de la comunidad a la que pertenece esta persona desde su nacimiento y de la que forma parte y la cual le da los elementos necesarios para poder sentirse plenamente realizado como ser humano, que significa también ser social y cultural. La contraposición de esta afirmación es que, al violarse los derechos de una comunidad de seguir subsistiendo como tal y de poder reproducirse como unidad e identidad, se violan una serie de derechos humanos básicos: el derecho a la cultura, la participación, la identidad, la sobrevivencia; esto lo han demostrado numerosos estudios sobre pueblos y comunidades indígenas en Latinoamérica”¹⁷³

Por otra parte, el derecho a la cultura propia, también está reconocido en el derecho internacional de los derechos humanos que ingresa al catálogo de garantías constitucionales por la vía del artículo 5° inciso segundo de la CPR. Así, el artículo 27° del Pacto de Derechos Civiles y Políticos de Naciones Unidas establece que “[e]n los Estados en que existan minorías étnicas, religiosas o lingüísticas, no se negará a las personas que pertenezcan a dichas minorías el derecho que les corresponde, en común con los demás miembros de su grupo, a tener su propia vida cultural, a profesar y practicar su propia religión y a emplear su propio idioma”. El Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas -órgano encargado de supervisar el Pacto y de interpretar el contenido de sus disposiciones- señaló que pese a estar redactada en términos negativos, la norma consagra un derecho y por lo tanto

“todo Estado Parte está obligado a asegurar la realización y el ejercicio de este derecho y a ampararlo contra toda negativa o violación”. Así mismo aclaró que si bien se trata de un derecho individual, y por lo tanto es distinto al derecho de autodeterminación de los pueblos, “en algunos de sus aspectos los derechos de las personas amparadas en virtud de ese artículo -por ejemplo, el disfrute de una determinada cultura- pueden guardar relación con modos de vida estrechamente asociados al territorio y al uso de sus recursos”¹⁷⁴.

Ahora bien, los pueblos indígenas mantienen una relación especial con sus territorios, a partir de los cuales se constituyen identitariamente como grupos culturalmente diferenciados¹⁷⁵. Esto –sumado a los principios constitucionales de libertad e igualdad- permite entender por qué la garantía de propiedad se extiende a la protección de los territorios indígenas. De hecho, la propia Ley de Desarrollo Indígena 19.253 de 1993 (LDI) establece que la tierra es el fundamento principal de la existencia y cultura de los indígenas¹⁷⁶. De aquí que lo que justifica la especial protección constitucional a la propiedad indígena sobre la tierra es que ella se constituye como el hábitat sin el cual su propia existencia se hace imposible, no sólo desde un punto de fáctico sino cultural. Por ello resulta indispensable proteger especialmente los territorios indígenas. En consonancia con esto es que el mismo artículo 1° de la LDI establece que:

“Es deber de la sociedad en general y del Estado en particular, a través de sus instituciones respetar, proteger y promover el desarrollo de los indígenas, sus culturas, familias y comunidades, adoptando las

¹⁷² Sobre el deber estatal de promoción de los derechos fundamentales, ver arriba. En este sentido, los tribunales superiores de justicia han señalado que “Si no se protegen ni promueven como en este caso [los derechos fundamentales], dentro de lo que nos señala imperativamente nuestra Constitución el medio ambiente adecuado y las manifestaciones culturales de la etnia mapuche no divisa esta Corte de Justicia de qué manera estos ciudadanos chilenos puedan alcanzar la libertad” (Corte Suprema, Caso Machi Francisca Linconao con Sociedad Palermo Ltda., Rol N° 7287-2009, ratificando sentencia de primera instancia de la Corte de Apelaciones de Temuco, Rol N° 1773-2008, considerando decimoquinto).

¹⁷³ Corte Interamericana de Derechos Humanos, Comunidad (Mayagna) Awas Tigngi con Nicaragua (2001), párr. 83-d, p. 24.

¹⁷⁴ Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas, *Observación General N° 23, Derechos de las minorías (Art. 27): 08/04/94. CCPR Observación general 23. (General Comments)*, párr 6.1 y 3.2 respectivamente.

¹⁷⁵ Chrif, et al., *El indígena y su Territorio*, 1991, p. 26, citado en Revista Asuntos Indígenas, número 4, 2004, p.4.

¹⁷⁶ Artículo 1° LDI.

medidas adecuadas para tales fines y proteger las tierras indígenas, velar por su adecuada explotación, por su equilibrio ecológico y propender a su ampliación”

En síntesis, el orden constitucional chileno consagra un concepto plural de propiedad que garantiza la propiedad indígena con sus características especiales (territorio y hábitat). De esta manera, se garantiza de manera se permite el mayor desarrollo material y espiritual de los miembros de estos pueblos.

b) La propiedad indígena en la jurisprudencia nacional e interamericana

Ya hemos visto que el orden constitucional chileno, mediante su punto de contacto con el derecho internacional de los derechos humanos, enriquece el catálogo de garantías constitucionales mediante la incorporación de las normas internacionales en la materia y de la jurisprudencia de los organismos encargados de su aplicación e interpretación auténtica. A continuación, revisaremos este desarrollo y la medida en que ha sido recepcionado por la jurisprudencia nacional.

La Ilustrísima Corte de Apelaciones de Iquique, ratificando un fallo de primera instancia, señaló que “el concepto ‘tierras’ [de la LDI] debe entenderse en su más amplia acepción, comprendiendo todo entorno físico en que se desarrolló, afianzó y se mantiene la cultura indígena”¹⁷⁷. Esta idea es plenamente consistente con las bases de la institucionalidad chilena revisadas en los párrafos anteriores. De hecho, la Corte Suprema, al ratificar la sentencia recién citada señaló que la interpretación hecha por el tribunal a quo del concepto de “terrenos de la comunidad” abarca las tierras utilizadas ancestralmente por los pueblos indígenas, pese a ser de dominio ajeno, y es la única interpretación que posibilita el cumplimiento del deber de la sociedad en general y del Estado en particular, de respetar, proteger y promover el desarrollo de los indígenas, sus culturas, familias y comunidades, adoptando las medidas adecuadas para tales fines y proteger las tierras indígenas, velar por su adecuada explotación, por su equilibrio ecológico y propender a su ampliación (artículo 1°, inciso tercero, de la Ley N° 19.253).¹⁷⁸

Para hacer esta afirmación, la Excelentísima Corte se apoyó también en el Convenio 169 de la OIT y en su mandato de protección especial de los recursos naturales existentes en tierras indígenas, lo que, conforme a la sentencia:

“debe relacionarse con el artículo 13, N° 2°, del mismo Convenio, cuando señala: “La utilización del término “tierras” en los artículos 15 y 16 deberá incluir el concepto de territorios, lo que cubre la totalidad del hábitat de las regiones que los pueblos interesados ocupan o utilizan de alguna otra manera”.¹⁷⁹

Esta idea concuerda con la jurisprudencia elaborada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en relación al derecho a la propiedad consagrado en el artículo 21° de la Convención Americana de Derechos Humanos, tratado internacional ratificado por Chile y actualmente vigente, que como tal y conforme al artículo 5° inciso segundo de la Constitución, constituye un límite al ejercicio de la soberanía e integra su deber de promoción. Es importante señalar que las disposiciones de este tratado internacional han sido consideradas constantemente como normas autoejecutables por los tribunales superiores de justicia del país¹⁸⁰.

¹⁷⁷ Caso *Agua Mineral Chusmiza SAIC vs. Comunidad Indígena Aymará Chusmiza*, 31 de agosto de 2006, fallo ratificado por la Corte de Apelaciones de Iquique, Rol 817, año 2006,

¹⁷⁸ Corte Suprema, fallo *Agua Mineral Chusmiza con Comunidad Aymara Chusmiza-Usmagama*, Rol N° 2840-08, considerando 7°. El destacado es nuestro.

¹⁷⁹ *Ídem*.

¹⁸⁰ Irigoyen, Jeannette, *La Convención Americana de Derechos Humanos como derecho interno chileno*, mayo-agosto 1996, en *Revista Chilena de Derecho*, Vol. 23 N° 2 y 3, Tomo I. En rigor debiera decirse normas *justiciables*, ya que toda norma de derechos humanos contenida en un tratado internacional vigente y ratificado por Chile es autoejecutable en tanto límite al ejercicio de la soberanía.

El mencionado artículo 21° de la Convención Americana establece en su numeral primero que “[t]oda persona tiene derecho al uso y goce de sus bienes. La ley puede subordinar tal uso y goce al interés social”. A partir de esta norma, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha recogido y desarrollado el derecho a la tierra y territorio indígena en su jurisprudencia al amparo de la garantía de propiedad. La evolución de este concepto impregna todo el ordenamiento jurídico, incluyendo el derecho penal y los elementos del tipo de los delitos que buscan protegerlo como bien jurídico.

En el caso *Awas Tigngi* del año 2001, la Corte reconoció la estrecha vinculación de los pueblos originarios con sus tierras, destacando que:

“debe de ser reconocida y comprendida como la base fundamental de sus culturas, su vida espiritual, su integridad y su supervivencia económica. Para las comunidades indígenas la relación con la tierra no es meramente una cuestión de posesión y producción sino un elemento material y espiritual del que deben gozar plenamente, inclusive para preservar su legado cultural y transmitirlo a las generaciones futuras”¹⁸¹.

Como ya vimos, este entendimiento de la tierra como fundamento de la existencia de los pueblos indígenas y su cultura está presente explícitamente en nuestro ordenamiento jurídico interno desde la Ley 11.253 1993. A partir de esta constatación -y en forma análoga al reconocimiento de la posesión indígena ancestral sobre las aguas como derecho protegido hecho por nuestros Tribunales Superiores-, la Corte declaró la validez de la posesión de la tierra basada en la costumbre indígena, aun a falta de título, para que se les reconozca la propiedad que les corresponde sobre ella¹⁸². El fundamento normativo para afirmar esta cuestión fue justamente la garantía establecida en el artículo 21 de la Convención Americana de Derechos Humanos interpretado evolutivamente -según las palabras de la propia Corte¹⁸³-, por cuanto dicho precepto “protege el derecho a la propiedad en un sentido que comprende, entre otros, los derechos de los miembros de las comunidades indígenas en el marco de la propiedad comunal”¹⁸⁴. Salta a la vista la sintonía de esta aseveración con la jurisprudencia nacional citada precedentemente.

A partir de estas ideas, la Corte Interamericana, ha ido desarrollando en sucesivas sentencias el concepto de territorio indígena. Ya en la sentencia de la Comunidad Indígena de Yake Axa contra Paraguay de 2005 extendió la vinculación de la cultura indígena no sólo a la tierra sino que también a:

“su estrecha relación con sus territorios tradicionales y los recursos que allí se encuentran, no sólo por ser estos su principal medio de subsistencia, sino además porque constituyen un elemento integrante de su cosmovisión, religiosidad y, por ende, de su identidad cultural”¹⁸⁵.

Continuando con su razonamiento, la Corte estableció que tanto los territorios tradicionales como los recursos naturales vinculados a la cultura indígena que se encuentren en ellos están protegidos por el mismo artículo 21 de la Convención. Para ello recordó que:

“[...] este Tribunal ha considerado que el término 'bienes' utilizado en dicho artículo 21, contempla 'aquellas cosas materiales apropiables, así como todo derecho que pueda formar parte del patrimonio de una persona; dicho concepto comprende todos los muebles e inmuebles, los elementos corporales e incorporeales y cualquier otro objeto inmaterial susceptible de tener un valor' (Cfr. Caso Comunidad

¹⁸¹ CORTE INTERAMERICANA, Caso de la Comunidad *Mayagna (Sumo) Awas Tigni* vs. Nicaragua (2001), párr. 149. En el mismo sentido, CORTE INTERAMERICANA, Caso de la Comunidad Yake Axa vs. Paraguay (2005) párr. 146 y 147.

¹⁸² Ídem, párr. 151.

¹⁸³ CORTE INTERAMERICANA, Caso de la Comunidad *Mayagna (Sumo) Awas Tigngi* vs. Nicaragua (2001), párr. 146; Yake Axa, párr. 125

¹⁸⁴ CORTE INTERAMERICANA, Caso de la Comunidad *Mayagna (Sumo) Awas Tigngi* vs. Nicaragua (2001), párr. 148.

¹⁸⁵ CORTE INTERAMERICANA, Caso de la Comunidad Yake Axa vs. Paraguay (2005), párr. 135.

Mayagna (Sumo) Awas Tingni, supra nota 176, párr. 144, y Caso Ivcher Bronstein, supra nota 176, párr. 122.)¹⁸⁶.

Como puede apreciarse, la Corte Interamericana ha reafirmado que la protección del derecho de propiedad incluye la propiedad comunal de los indígenas sobre sus tierras, sus territorios ancestrales y sus recursos naturales -en cuanto fundamento de su existencia cultural- puesto que de otra manera “el derecho a usar y gozar de su territorio carecería de sentido”¹⁸⁷. Por ello -aclara la Corte-, la protección del derecho a la propiedad de los pueblos indígenas sobre sus territorios ancestrales es un asunto de especial importancia, porque su goce efectivo implica no sólo la protección de una unidad económica sino la protección de los derechos humanos de una colectividad que basa su desarrollo económico, social y cultural en la relación con la tierra¹⁸⁸.

La propia Corte ha sostenido que entender la garantía a la propiedad de otro modo que no incluya la propiedad ancestral indígena implicaría poner en jaque la supervivencia de los indígenas como pueblos organizados¹⁸⁹. Así mismo declaró que el derecho al territorio incluye “administrar, distribuir y controlar efectivamente dicho territorio, de conformidad con su derecho consuetudinario y sistema de propiedad comunal, y sin perjuicio a otras comunidades indígenas y tribales”¹⁹⁰.

En consonancia con los argumentos vertidos, la Corte ha modificado las reglas generales de la prescripción, en función de la protección de un concepto plural de propiedad. Al respecto ha señalado que los pueblos indígenas siguen teniendo derechos sobre sus territorios mientras subsista su particular relación con sus “tierras tradicionales”, aún cuando hayan sido despojados de ellos hace largo tiempo¹⁹¹. Al respecto ha señalado que, los miembros de los pueblos indígenas que involuntariamente han perdido la posesión de sus tierras, y éstas han sido trasladadas legítimamente a terceros inocentes, tienen el derecho de recuperarlas o a obtener otras tierras de igual extensión y calidad. Consecuentemente, la posesión no es un requisito que condicione la existencia del derecho a la recuperación de las tierras indígenas¹⁹².

En síntesis, la Corte Interamericana de Derechos humanos ha establecido una interpretación del derecho a la propiedad que incluye:

- 1) el derecho a la propiedad comunal de los indígenas sobre sus tierras y territorios ancestrales, incluyendo sus elementos incorporales y los recursos naturales incluidos en aquellos.
- 2) el derecho de los indígenas a reivindicar las tierras de las que hayan sido despojados sin su consentimiento, mientras mantengan con ella sus vínculos particulares y subsidiariamente a obtener otras de igual valor con su consentimiento.
- 3) la ausencia de posesión material en sentido civilista no condiciona el derecho a recuperar sus tierras ancestrales.

¹⁸⁶ CORTE INTERAMERICANA, Caso de la Comunidad *Yake Axa* vs. Paraguay (2005), párr.137. En el mismo sentido pero aludiendo a las tierras tradicionales ver CORTE INTERAMERICANA, Caso de la Comunidad *Sawhoyamaya* vs. Paraguay (2007), párr. 121.

¹⁸⁷ CORTE INTERAMERICANA, Caso *Saramaka* vs. Surinam (2007), párr. 122.

¹⁸⁸ Ídem, párrafo 120 letra c.

¹⁸⁹ CORTE INTERAMERICANA, Caso *Yake Axa* vs. Paraguay (2005), párr. 147.

¹⁹⁰ CORTE INTERAMERICANA, Caso *Saramaka* vs. Surinam (2007), párr. 194 c). En este sentido, la Corte ha señalado que conforme el artículo 1° de los Pactos de Derechos Civiles y Políticos y de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de Naciones Unidas -ambos ratificados por Chile y vigentes- es aplicable a los Pueblos Indígenas y que: “en virtud del derecho a la autodeterminación de los pueblos indígenas conforme a dicho artículo 1, los pueblos podrán 'proveer[r] a su desarrollo económico, social y cultural' y pueden 'disponer libremente de sus riquezas y recursos naturales' para que no se los prive de 'sus propios medios de subsistencia'” (Ídem, párr. 93).

¹⁹¹ Caso *Sawhoyamaya* vs. Paraguay (2007), párr., 131.

¹⁹² Caso *Sawhoyamaya* vs. Paraguay (2007), párr., 130. También párr 128.

4) las dificultades para comprender el sistema de posesión de la tierra de las comunidades indígenas no constituyen un obstáculo insuperable para que los Estados cumplan con sus obligaciones¹⁹³.

CASO CHUSMIZA

Si bien es un caso que se resolvió en sede civil, es sumamente interesante por cuanto consolida un concepto amplio de tierra indígena que incluye el hábitat conforme al Convenio 169 y porque reconoce la legitimidad de la propiedad ancestral de las aguas. Ahora bien, resulta limitante el hecho que para esto último haya recurrido a las normas especiales de la Ley Indígena y no a las normas generales del derecho internacional.

CARÁTULA	Alejandro Papic Domínguez con Comunidad Indígena Aimara Chusmiza Usmagama
PUEBLO ORIGINARIO INTERESADO/A	Aymara (Chile)
MATERIA	Solicitud de regularización de derechos de aprovechamientos de aguas
DESCRIPTORES	Demanda territorial, recursos naturales, propiedad ancestral
NORMATIVA	Artículo 19 N° 24 de la CPR; artículo 64 de la LDI

Tribunal	Rol N°	Fecha sentencia	Decisión
Corte Suprema	2840/2008	25/11/09	Acoge solicitud de regularización derechos de agua ancestrales
Corte de Apelaciones de Iquique	817/2006	09/04/09	Acoge solicitud de regularización derechos de agua ancestrales
Juzgado de Letras de Pozo al Monte	1194/1996	31/08/06	Acoge solicitud de regularización derechos de agua ancestrales

HECHOS
La Comunidad Indígenas Aymara de Chusmiza y Usmagama utiliza desde tiempos inmemoriales la aguas del Socavón Chusmiza y mediante la presente solicita su regularización conforme a las normas de la Ley de Desarrollo Indígena y transitorias del Código de Aguas.

PRIMERA INSTANCIA		
ARGUMENTO SOLICITANTE	ARGUMENTO OPOSITOR	FUNDAMENTO TRIBUNAL
La Comunidad Indígenas Aymara de Chusmiza y Usmagama, por medio de su representante legal solicita la regularización de los derechos de agua correspondientes a 10 litros por segundo del Socavón Chusmiza, el cual han utilizado desde tiempos inmemoriales. Ante la oposición, señala que la contraparte, pese a tener derechos no consuntivos, nunca los ha utilizado.	Ante esto, Agua Mineral Chusmiza SAIC hizo oposición dentro de plazo por tener regularizados derechos de aprovechamiento de dichas aguas desde 1948. Por no existir aguas disponibles, solicita que se rechace la inscripción. Señala además que “los pocos indígenas” que habitan el lugar han	No obsta a la concurrencia de los requisitos para regularizar el uso ancestral de la aguas el que en el último tiempo la solicitante no haya podido aprovecharlas en función del ejercicio que del derecho de aguas hace el titular de los derechos inscritos. El concepto de tierras indígenas de la LDI es independiente de la inscripción para efectos de

¹⁹³ Este último punto fue expresado en Corte Interamericana, Caso *Saramaka* vs. Surinam (2007), párr. 101.

PRIMERA INSTANCIA		
ARGUMENTO SOLICITANTE	ARGUMENTO OPOSITOR	FUNDAMENTO TRIBUNAL
Además, señala que ha cumplido con creces el plazo de 5 años exigido por ley para regularizar el dominio de los derechos de aguas.	utilizado el agua del Socavón por mera tolerancia del dueño de las mismas. Por último, agrega que las LDI no es aplicable desde que la vertiente de agua no se encuentra en tierra indígena	determinar la titularidad de los derechos de aguas. El procedimiento es de regularización de uso consuetudinario de aguas y por lo tanto no constituye la creación de nuevos derechos.

EXTRACTOS FALLO PRIMERA INSTANCIA
“Así, el espíritu de la Ley de Desarrollo indígena aparece manifestado en normas como su artículo 1°, de acuerdo al cual la tierra es fundamento principal de la existencia y cultura de los indígenas de Chile, donde el concepto 'tierra' debe entenderse en su más amplia acepción, comprendiendo todo el entorno físico en que se desarrollo, afianzó y mantiene la cultura indígena. El agua, entonces, no puede ser excluida de tan amplia concepción. “Dentro del mismo contexto, la Ley de Desarrollo indígena establece diversos mecanismos de regularización de tierras ocupadas ancestralmente por los pueblos originarios, operaciones de que son expresión aquellas inscripciones que obran en autos y que pertenecen a las familias miembros de la Comunidad..., y que coinciden con aquellos que la empresa opositora objetó, de acuerdo a lo ya expuesto en este fallo definitivo. “Así, la expresión 'terrenos de la comunidad' utilizada en el artículo 64 ya citado, debe ser extensivamente interpretada, sin que sea posible restringirla exclusivamente a aquellas tierras de exclusivo e inscrito dominio de la Comunidad Indígena, sino a aquellas tierras que, pese a ser de dominio ajeno, hayan sido utilizadas ancestralmente por los pueblos indígenas, y en este caso, por la fracción del pueblo aymara representado por la Comunidad de Chusmiza y Usmagama y sus antepasados [...] “De esta forma, esas tierras, pese a estar radicado su dominio en una persona distinta, Agua Mineral Chusmiza SAIC, deben entenderse, para efectos de la protección, fomento y desarrollo pretendidos en la Ley 19.253 y particularmente de su artículo 64, como terrenos indígenas, o de las comunidades de la zona.” (considerando 5°)

SEGUNDA INSTANCIA
EXTRACTOS FALLO SEGUNDA INSTANCIA
VISTOS: Se reproduce la sentencia en alzada TERCERO: Que, dentro del marco constitucional señalado hay que ubicar la labor legislativa del Estado al dictar la Ley N° 19.253, que establece “Normas sobre protección, fomento y nota desarrollo de los indígenas, y crea la Corporación Nacional de Desarrollo Indígena”, entre las que figura el reconocimiento y protección de los recursos naturales que desde la época precolombina son utilizados por las comunidades indígenas andinas, quienes actúan y se sienten poseedores de derechos ancestrales sobre las aguas existentes en los terrenos en que se encuentran asentadas.” “NOVENO: Que, como se transcribió en la reflexión Tercera precedente, el artículo 64 de la ley 19.253 establece una protección especial a las aguas de las comunidades Aymarás y Atacameñas, las que deben considerarse bienes de propiedad y uso de la comunidad indígena, agregándose en el artículo 3° Transitorio que la CONADI y la DGA establecerían un convenio para la protección, constitución y restablecimiento de los derechos de propiedad ancestral de dichas comunidades, con lo cual el Estado de Chile reconoce los derechos indígenas sobre las tierras y sus recursos, lo que constituye un reconocimiento al derecho consuetudinario de estas etnias aborígenes, validando la propiedad indígena sobre dichos bienes”

CASACIÓN
EXTRACTOS FALLO CASACIÓN
“SÉPTIMO: Que esta Corte tampoco vislumbra quebrantamiento alguno al artículo 64 de la Ley Indígena, porque la interpretación que los jueces del fondo han realizado de la expresión 'terrenos de la comunidad', referida a aquellas tierras que, pese a ser de dominio ajeno, hayan sido utilizadas ancestralmente por los pueblos indígenas, es la única que posibilita el cumplimiento del deber de la sociedad en general y del Estado en particular, de respetar, proteger y promover el desarrollo de los indígenas, sus culturas, familias y comunidades, adoptando las medidas adecuadas para tales fines y proteger las tierras indígenas, velar por su adecuada explotación, por su equilibrio ecológico y propender a su ampliación (artículo 1º, inciso tercero, de la Ley N° 19.253). “Por otra parte, también resulta orientador, al determinar la correcta aplicación del mentado artículo 64, considerar el Convenio N° 169 [...] cuyo artículo 15, N° 1º, preceptúa que: 'Los derechos de los pueblos interesados a los recursos naturales existentes en sus tierras deberán protegerse especialmente', disposición que debe relacionarse con el artículo 13, N° 2º, del mismo Convenio, cuando señala: 'La utilización del término 'tierras' en los artículos 15 y 16 deberá incluir el concepto de territorios, lo que cubre la totalidad del hábitat de las regiones que los pueblos interesados ocupan o utilizan de alguna otra manera'. En virtud de lo razonado precedentemente, no obstante ser un hecho no controvertido por los litigantes que la fuente de agua que abastece a la comunidad solicitante, denominada Socavón o Vertiente Chusmiza, se ubica en un predio inscrito a nombre de la empresa opositora Agua Mineral Chusmiza,[...] tal circunstancia no impide aplicar la protección especial contenida en el artículo 64 de la Ley Indígena, que consagra una presunción de dominio y uso de las aguas de las Comunidades Indígenas Aymaras y Atacameñas, ya que no resulta acorde con el espíritu de la ley ni con el instrumento internacional aludido, restringir la presunción sólo a las aguas que escurren en terrenos de propiedad de la comunidad, sino que, tal como lo hicieron los jueces del grado, los términos 'terrenos de la comunidad' deben interpretarse en consideración al objetivo final buscado por la norma, cual es garantizar el abastecimiento de las aguas y que es precisamente lo que pretende la comunidad peticionaria, lo que por cierto es coherente con entender que la protección alcanza a todas las aguas que se emplazan en los territorios que, desde tiempos precolombinos, han sido ocupados o utilizados de alguna manera por las comunidades beneficiadas.”

3.2 GÉNERO Y PUEBLOS INDÍGENAS

El concepto de “género” está referido al conjunto de características culturalmente específicas que identifican el comportamiento social de mujeres y hombres y la relación entre ellos. El género, por lo tanto, no se refiere simplemente a mujeres u hombres, sino a la relación entre ellos, y a la forma en que ésta se establece socialmente. Al igual que los conceptos de clase, raza y etnicidad, el género es una herramienta de análisis para comprender los procesos sociales.¹⁹⁴ Este concepto permite evidenciar las inequidades existentes entre un género y otros, en especial la posición histórica de subordinación de las mujeres, es decir una situación de “inferiorización frente al hombre constituido en paradigma social y cultural de la humanidad”¹⁹⁵, todo lo cual puede perpetuar la difusión de prácticas que entrañan violencia o coacción contra la mujer¹⁹⁶, especialmente en el caso de las mujeres rurales.¹⁹⁷

¹⁹⁴ Oficina de la condición de la Mujer. Canadá. Análisis de género: guía para la elaboración de políticas públicas. documento de trabajo, 1998.conceptos básicos y fundamentación. acerca del género.

¹⁹⁵ LAGARDE, M. Los cautiverios de las mujeres: madres, esposas, monjas, putas, presas y locas, UNAM, 2003, p. 97.

¹⁹⁶ Como lo indica la Recomendación General 19, Inciso f) del artículo 2, artículo 5 e inciso c) del artículo 10 punto 11. “Estos prejuicios y prácticas pueden llegar a justificar la violencia contra la mujer como una forma de protección o dominación. El efecto de dicha violencia sobre su integridad física y mental es privarla del goce efectivo, el ejercicio y aún el conocimiento de sus derechos humanos y libertades fundamentales” Si bien en esta observación se hace hincapié en la violencia real o las amenazas de violencia, sus consecuencias básicas contribuyen a mantener a la mujer subordinada, a su escasa participación en política y a su nivel inferior de educación y capacitación y de oportunidades de empleo”. Recomendación General 19 adoptada por el Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la mujer, 11º período de sesiones, 1992, U.N. Doc. HRI/GEN/1/Rev.1 at 84 (1994).

¹⁹⁷ Al respecto, la Recomendación General 19 señala en su Artículo 14. Punto 21 que “Las mujeres de las zonas rurales corren el riesgo de ser víctimas de violencia a causa de la persistencia de actitudes tradicionales relativas a la subordinación de la mujer en muchas comunidades rurales. Las niñas de esas comunidades corren un riesgo especial de actos de violencia y explotación sexual cuando dejan la comunidad para buscar trabajo en la ciudad”.

Teniendo presente que el género es un concepto cultural, y por ende que obedece a la estructura general de la sociedad, es que se puede afirmar que la subordinación de la mujer es una forma de violencia estructural cuyo responsable es el estado, y que puede ser entendida como "toda situación en la cual las necesidades reales fundamentales y derechos humanos, entendidos en la perspectiva histórica... son reprimidos y violados"¹⁹⁸. La identificación de "necesidades reales" con "derechos humanos" permite atribuir el significado de injusticia social a la violencia estructural, pues este tipo de violencia se origina en la insatisfacción de las necesidades básicas de grandes sectores de la población, como por ejemplo, la mujer.

Las mujeres están subordinadas porque:

"se encuentran bajo el mando del otro (los hombres, las instituciones, las normas, sus deberes y los poderes patriarcales), bajo su dominio y dirección, bajo el mando y las órdenes, en la obediencia"¹⁹⁹.

En este contexto, el derecho, como instrumento racional-formal que regula conductas contiene un modelo de sociedad y convivencia, que incorpora y modela las identidades de género, reproduce los estereotipos y estigmatizaciones existentes en la sociedad. Sin embargo, en la medida en que va incorporando protecciones específicas puede constituirse en instrumento de legitimación social y cultural que permita prevenir y sancionar las afectaciones a los derechos de la mujer.

En este sentido, existen numerosos instrumentos internacionales destinados a proteger los derechos de la Mujer, de los cuales interesa destacar la Convención sobre Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW) (1979)²⁰⁰ y la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer Belem Do Pará (1994).²⁰¹

La Convención de la CEDAW tiene por objeto "aplicar los principios enunciados en la Declaración sobre la eliminación de la discriminación contra la mujer y, para ello, a adoptar las medidas necesarias a fin de suprimir esta discriminación en todas sus formas y manifestaciones"²⁰². Y define Discriminación contra la Mujer (DCM) como:

"Toda distinción, exclusión o restricción basada en el sexo que tenga por objeto o resultado menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio por la mujer, independientemente de su estado civil, sobre la base de la igualdad del hombre y la mujer, de los derechos humanos y las libertades fundamentales en las esferas política, económica, social, cultural y civil o en cualquier otra esfera". (Artículo 1).

Entrega un mandato expreso a los Estados ratificantes (Art. 2), que los compromete a:

- "b) Adoptar medidas adecuadas, legislativas y de otro carácter, con las sanciones correspondientes, que prohíban toda DCM;
- e) Tomar todas las medidas apropiadas para eliminar la DCM practicada por cualesquiera personas, organizaciones o empresas;
- f) Adoptar todas las medidas adecuadas, incluso de carácter legislativo, para modificar o derogar leyes, reglamentos, usos y prácticas que constituyan DCM;

¹⁹⁸ Baratta, Alessandro. "Notas para una teoría de la liberación" en Poder y Control, Nº 1, 1987. p.107.

¹⁹⁹ Lagarde, M. Los cautiverios de las mujeres: madres, esposas, monjas, putas, presas y locas, UNAM, 2003, p.97.

²⁰⁰ Véase además la Recomendación General 19, adoptada por el Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la mujer, 11º período de sesiones, 1992, U.N. Doc. HRI/GEN/1/Rev.1 at 84 (1994).

²⁰¹ Esta Convención llamada también "Convención de Belem do Pará" (1994) fue ratificada por Chile el año 1996 y publicada en el Diario Oficial el año 1998. Otro Tratado Internacional importante es el Estatuto de Roma que crea la Corte Penal Internacional. Existen además otros instrumentos internacionales que entran a formar parte de este crisol de protección internacional de derechos contra la Mujer, y que se manifiestan en Conferencias: Conferencia Mundial de Derechos Humanos, Viena (1993), Conferencia Internacional Población y Desarrollo, El Cairo (1994), Conferencia Mundial de la Mujer, Beijing (1995).

²⁰² Considerando. Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer "CEDAW" (ONU 1979). Ratificada por Chile 1989.

g) Derogar todas las disposiciones penales nacionales que constituyan DCM". (Art. 2)

Si bien la CEDAW no contiene normas especiales sobre la mujer indígena, sí regula la situación de las mujeres rurales²⁰³, condición que tienen muchas mujeres indígenas en Latinoamérica, constando los problemas especiales que tienen en el orden económico, sanitario, educacional, seguridad social, empleo y acceso a créditos, entre otros.

Una esfera que ha sido considerada como esencial para los estados es lo relativo a la violencia contra la mujer. Es así que el Art.1 de la CEDAW que define la discriminación incluye la violencia basada en el sexo, es decir la violencia dirigida contra la mujer porque es mujer o que la afecta en forma desproporcionada.²⁰⁴ Al respecto, Naciones Unidas ha sido enfática en señalar que

"la violencia contra la mujer, que menoscaba o anula el goce de sus derechos humanos y sus libertades fundamentales en virtud del derecho internacional o de los diversos convenios de derechos humanos, constituye discriminación, como la define el artículo 1 de la Convención".²⁰⁵

En tanto, en el sistema Regional Americano encontramos La Convención de Belém do Pará destinada a prevenir, reprimir y sancionar la violencia contra la mujer, que define Violencia contra la Mujer como:

"Cualquier acción o conducta, basada en su género, que cause muerte, daño o sufrimiento físico, sexual o psicológico a la mujer, tanto en el ámbito público como en el privado" (Artículo 1. Convención Belem Do Pará)

En concordancia con esta definición, en el Art. 2 se explicita que la violencia contra la mujer incluye la violencia física, sexual y psicológica, ya sea que esta tenga lugar:

- a) Dentro de la familia o unidad doméstica o en cualquier otra relación interpersonal, ya sea que el agresor comparta o haya compartido el mismo domicilio que la mujer, comprende, entre otros, violación, maltrato y abuso sexual
- b) En la comunidad y sea perpetrada por cualquier persona, comprende, entre otros, violación, abuso sexual, tortura, trata de personas, prostitución forzada, secuestro y acoso sexual en el lugar de trabajo, así como en instituciones educativas, establecimientos de salud o cualquier otro lugar,
- c) Que sea perpetrada o tolerada por el Estado o sus agentes, dondequiera que ocurra.

La importancia de esta Convención es que termina con el paradigma relativo a que la violencia doméstica que experimenta la mujer es un tema privado, elevando a la esfera de lo público actos que anteriormente se encontraban al amparo de la intimidad de la familia, reconociendo el "el derecho de la mujer a vivir una vida libre de violencia tanto en el ámbito público como en el privado"²⁰⁶. De otra parte, establece expresamente una suerte de responsabilidad del Estado por el comportamiento de sus agentes, desde que tiene el deber de proteger a la mujer contra toda forma de violencia, y garantizarle su derecho a una vida libre de violencia. Así el Art. 7 de la Convención, en lo pertinente, señala que²⁰⁷:

²⁰³ Véase Artículo 14 1. CEDAW.

²⁰⁴ Observación General Nº6. Recomendación General 19, adoptada por el Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la mujer, Ob.cit.

²⁰⁵ Observación General Nº7. Ob. Cit.

²⁰⁶ Formando parte también del crisol internacional de protección a la mujer contra toda forma de violencia se encuentra la Convención sobre la eliminación de la violencia contra la mujer. Resolución de la Asamblea General 48/104 del 20 de diciembre de 1993. A/RES/48/104, 23 de febrero de 1994, y el Protocolo Facultativo a la Convención Eliminación Discriminación contra la Mujer (no ratificado por Chile aún).

²⁰⁷ En este mismo sentido, Véase el conjunto de "recomendaciones concretas" (punto 24 letras "a" a la "v") que la Recomendación General 19 realiza, entre ellas la existencia de procedimientos eficaces de denuncia, reparación e

Art. 7:

“Los Estados Partes...convienen en adoptar, por todos los medios apropiados y sin dilaciones, políticas orientadas a prevenir, sancionar y erradicar dicha violencia y en llevar a cabo lo siguiente:

- a. abstenerse de cualquier acción o práctica de violencia contra la mujer y velar por que las autoridades, sus funcionarios, personal y agentes e instituciones se comporten de conformidad con esta obligación;
- b. actuar con la debida diligencia para prevenir, investigar y sancionar la violencia contra la mujer;
- c. incluir en su legislación interna normas penales, civiles y administrativas, así como las de otra naturaleza que sean necesarias para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer y adoptar las medidas administrativas apropiadas que sean del caso;
- d. adoptar medidas jurídicas para conminar al agresor a abstenerse de hostigar, intimidar, amenazar, dañar o poner en peligro la vida de la mujer de cualquier forma que atente contra su integridad o perjudique su propiedad;
- e. tomar todas las medidas apropiadas, incluyendo medidas de tipo legislativo, para modificar o abolir leyes y reglamentos vigentes, o para modificar prácticas jurídicas o consuetudinarias que respalden la persistencia o la tolerancia de la violencia contra la mujer;
- f. establecer procedimientos legales justos y eficaces para la mujer que haya sido sometida a violencia, que incluyan, entre otros, medidas de protección, un juicio oportuno y el acceso efectivo a tales procedimientos.

En referencia a este deber fue en el caso *Maria da Penha vs. Brasil* (2000)²⁰⁸ donde la Comisión Interamericana aplicó por primera vez la Convención Belém do Pará y decidió que el Estado había menoscabado su obligación de ejercer la debida diligencia para prevenir, sancionar y erradicar la violencia doméstica, al no condenar y sancionar al victimario durante quince años pese a las reclamaciones oportunamente efectuadas. La Comisión concluyó que dado que la violación forma parte de un “patrón general de negligencia y falta de efectividad del Estado”, no sólo se violaba la obligación de procesar y condenar, sino también la de prevenir estas prácticas degradantes.²⁰⁹

Este deber del Estado no solo de castigar, sino también de prevenir la violencia contra la Mujer, tiene importancia tratándose de la forma en la que sus agentes, y en este caso, los defensores, los fiscales, los jueces que intervienen en los procesos penales para garantizar los derechos fundamentales de las mujeres víctimas de violencia.

Mujeres indígenas

Siguiendo con la línea conceptual expuesta en el punto anterior, la violencia estructural que se ejerce sobre los pueblos indígenas tiene una especial repercusión en la mujer indígena, en términos tales que es posible afirmar que ellas sufren más discriminación y violencia que las no indígenas debido a que si bien, al igual que otras mujeres se encuentran inmersas en relaciones opresivas que las colocan en posiciones subordinadas, compartiendo una opresión de género en un sistema patriarcal, normalmente se ven más afectadas pues en su mayoría pertenecen a los sectores más pobres de la población y están sometidas por el hecho de ser partes de una minoría

indemnización, adopción de todas las medidas jurídicas y de otra índole que sean necesarias para proteger eficazmente a las mujeres contra la violencia y garantía en las zonas rurales que los servicios para víctimas de la violencia sean asequibles a las mujeres y de ser necesario, se presten servicios especiales a las comunidades aisladas.

²⁰⁸ CIDH, Caso 12.051, Informe Nº 54/01, *Maria Da Penha Maia Fernandes vs. Brasil*, Informe Anual, 2000, OEA/Ser.L/V/II.111 Doc.20 rev. (2000). Citado TOJO, Liliana compiladora. *Herramientas para la protección de los Derechos Humanos Sumarios de Jurisprudencia / Violencia de Género*. Compilado por Liliana Tojo. Center for Justice and International Law - CEJIL, 2010.

²⁰⁹ Igual determinación se puede observar en el caso *A.T. vs. Hungría* (2005). El Comité indicó que el Estado no había cumplido las obligaciones establecidas en la Convención para prevenir la violencia contra la víctima y protegerla, señalando que “preocupa especialmente que no se haya promulgado legislación específica que combata la violencia doméstica y el acoso sexual, y la inexistencia de órdenes judiciales de amparo o de abandono del hogar, o de albergues para la protección inmediata de las mujeres víctimas de violencia doméstica” Cfr. CEDAW, Comunicación Nº 2/2003, Sra. A. T. vs. Hungría, 32º período de sesiones, 26 de enero de 2005. Citado en Ob. Cit.

étnica²¹⁰. No se trata de afirmar que los indígenas sean más o menos violentos que los no indígenas, lo que podría conducir a interpretaciones equívocas e incluso discriminatorias. Más bien se trata de develar como el sistema, a través de su violencia estructural reproduce de manera más marcada las inequidades de género respecto de mujeres indígenas.

Ahora, si bien es cierto las culturas indígenas no son de estratificación homogénea, cualitativamente es posible advertir que en su interior se distinguen marcadas jerarquías y subordinaciones de género. Como señala Calfio: “En muchas sociedades indígenas la diferenciación entre géneros es muy marcada (puede notarse, por ejemplo) en diferencias de roles, de vestimenta, de tareas y actividades definidas como femeninas y masculinas”²¹¹. A su vez, Mentzen indica “En las regiones aymaras a las mujeres se les enseña a obedecer calladas y a atender al padre, al hermano mayor y al esposo, a ser trabajadoras y a no manifestar discrepancias”²¹². Esto ha sido reconocido incluso jurisprudencialmente en nuestro país precisamente para eximir de responsabilidad penal a una mujer indígena²¹³.

Los Convenios Internacionales sobre derechos de pueblos indígenas han reconocido más bien la situación de discriminación que pudiere afectarles a las mujeres indígenas, consagrando normas destinadas a prevenirla y a enfatizar la condición de desigualdad entre hombres y mujeres.

Así por ejemplo, la Declaración de Naciones Unidas sobre Pueblos Indígenas indica expresamente que “Todos los derechos y las libertades reconocidos en la presente Declaración se garantizan por igual al hombre y a la mujer indígenas”.²¹⁴

En nuestro país, algunos organismos han realizado estudios que arrojan como resultados que un 46% de mujeres indígenas estiman que son discriminadas opinión que es compartida por el 45% de la población no indígena encuestada²¹⁵. De esta forma podemos encontrar tanto imputadas indígenas como víctimas indígenas, y muchas veces imputadas-víctimas²¹⁶ en cuyas defensas se hacen necesarias consideraciones de género y que dicen relación con esta triple subordinación u opresión que sufren las mujeres²¹⁷.

De otro lado, la total invisibilización de la mujer indígena en los sistemas de registro penales, tanto en cuanto imputada o condenada indígena como en cuanto víctima indígena, hace más patente aún la existencia de una violencia estructural sobre la misma: el sistema ni siquiera la considera²¹⁸ (p.ej. casos de mujeres parricidas en contexto VIF)²¹⁹. Incluso, hay una total ausencia

²¹⁰ Lagarde, M. Los cautiverios de las mujeres: madres, esposas, monjas, putas, presas y locas, UNAM, 2003, pp.107-110).

²¹¹ Calfio, Margarita- Velasco, Luisa. Mujeres indígenas en América Latina: Brechas de género o de etnia? En Seminario Internacional Pueblo Indígenas y afro-descendientes de América Latina y El Caribe: Relevancia y pertinencia de la información socio-demográfica para políticas y programas. CEPAL, Santiago de Chile, 27 al 29 de abril de 2005, p.3.

²¹² Mentzen, Angela Estrategias de desarrollo culturalmente adecuadas para mujeres indígenas (Primer borrador), Unidad de Pueblos Indígenas, BID, Washington D.C, Noviembre del 2001. Citado por Calfio- Velasco, ob.cit. nota 28, p.11.

²¹³ Sentencia Corte de Apelaciones de Antofagasta Rol 250-2007, de 5.-11-2007 c/ N.A.M.L. y otro.

²¹⁴ Art. 44 Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas Adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su Resolución A/RES/61/106, de 13 de septiembre de 2007.

²¹⁵ Corporación Humanas, VI Encuesta Nacional “Percepción de las mujeres sobre su situación y condiciones de vida en Chile, año 2009”, Julio- Agosto 2009. Disponible en <http://www.observatoriogeneroyliderazgo.cl> (fecha consulta: visita 10 julio 2010).

²¹⁶ Sentencia Corte de Apelaciones de Antofagasta de 09-11-2006, Rol 156-2006, C/ K.G.

²¹⁷ Véase Cap. III. Defensa penal especializada para indígenas e instrumentos internacionales que la sustentan.

²¹⁸ Véase por ejemplo sistema de registro de información de Ministerio Público, Defensoría Penal Pública, Corporación Administrativa del Poder Judicial, Gendarmería de Chile.

²¹⁹ La respuesta oficial que se ha recibido desde organismos del Estado (Ministerio Público) es que se trata de una información inexistente, que requiere una búsqueda en base a los apellidos de las víctimas o imputados. Respuesta similar es la que se obtiene en la defensoría: como la adscripción étnica no siempre es asumida en la entrevista con el defensor, se requiere hacer un trabajo manual de cruce de apellidos en los ingresos anuales, y eso no siempre es indicador exacto.

de desagregación étnica de las estadísticas de violencia en contra de las mujeres, tanto en la División de Seguridad Pública del Ministerio del Interior (delitos de mayor conmoción social) así como en el Programa de Violencia Intrafamiliar de SERNAM.

Capítulo 4 COSTUMBRE INDÍGENA Y SISTEMA PENAL

4.1 MARCO LEGAL INTERNACIONAL Y NACIONAL DE RECONOCIMIENTO A LA COSTUMBRE INDÍGENA Y SU RECONOCIMIENTO EN MATERIA PENAL

El valor de la costumbre indígena emana del mandato general del Convenio 169 de la OIT en orden a tomar debidamente en consideración las costumbres indígenas o su derecho consuetudinario al aplicar la legislación nacional a los pueblos indígenas²²⁰.

En concordancia con las disposiciones contenidas en este instrumento internacional²²¹, nuestro derecho nacional reconoce la costumbre indígena en el Art. 54 de la ley 19.253 que establece Normas sobre protección, fomento y desarrollo de los indígenas y crea la Corporación Nacional de Desarrollo indígena, en los siguientes términos:

“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 penal”

En este sentido, veamos el siguiente caso:

CARÁTULA	C/ E.A.CH y otros
PUEBLO ORIGINARIO	Aymara
MATERIA	Tráfico Ilícito de Estupefacientes
DESCRIPTORES	Irreprochable conducta anterior; atenuante muy calificada en atención a la calidad de Indígenas de los imputados
NORMAS	CP Art.11 Nº 6; CP Art.68 bis; Ley 19.253 Art. 54; Ley 20.000 Art. 1; Ley 20.000 Art. 3

TRIBUNAL	ROL / RIT / RUC	FECHA SENTENCIA	TIPO DE FALLO
4° TOP Santiago	24-2006	12/06/2006	Condenatorio

HECHOS
En virtud de una investigación realizada por la Brigada Antinarcóticos Metropolitana, se coordinó, previa autorización del Ministerio Público, una diligencia de entrega vigilada de droga, informante y agente encubierto, trasladándose el personal policial, con fecha 17 de octubre de 2005, a la altura del kilómetro 1.410 de la ruta 5 Norte, en las cercanías de la ciudad de Antofagasta, donde, siendo aproximadamente las 00.15 horas y previa coordinación entre los acusados y el informante, llegó el acusado C.CH.G. conduciendo el vehículo placa patente KK.2766 en compañía de los co-acusados M.CH.C. y E.CH.CH, quienes bajaron desde dicho vehículo la cantidad de 60 paquetes contenedores de una sustancia similar a la pasta base de cocaína, cargándola en el vehículo en el cual se desplazaba el agente encubierto junto al informante, droga que arrojó un peso bruto total de 62,252 kilogramos y coloración positiva para la presencia de cocaína, siendo observada en todo momento la entrega por el personal policial, tanto por sus propios sentidos como mediante medios técnicos, para luego retirarse los acusados del lugar de la entrega, siendo detenidos momentos después, mientras se desplazaban en el vehículo antes mencionado, en la ruta 5 norte, a la altura del Km. 1410.

²²⁰ Art. 8.1. Convenio 169.

²²¹ Véase el capítulo anterior en su numeral 4.5 que contiene un análisis sobre las normas especialmente aplicables en materia de defensa penal.

ARGUMENTO ACUSACIÓN	ARGUMENTO DEFENSA	FUNDAMENTO TRIBUNAL
A juicio del Ministerio Público los hechos descritos, analizados en su conjunto, configuran, el delito de tráfico ilícito de sustancias estupefacientes y/o psicotrópicas, previsto y sancionado en el artículo 3° en relación con el artículo 1° inciso 1° de la ley N° 20.000, específicamente las figuras que implican portar, transportar, poseer y transferir sustancias o drogas estupefacientes o psicotrópicas, en la especie, clorhidrato de cocaína, sin contar con la competente autorización ni estando destinada la droga a un tratamiento médico.	Solicita que se reconozca a los imputados la minorante del artículo 11 N° 6, la que constituye un esfuerzo de la sociedad para morigerar lo draconiana de las penas, sobre todo de las que establece la Ley 20.000.	Del conjunto de antecedentes aportados ya reseñados y habida consideración de que se trata de personas que pertenecen a la etnia aymara, como se acreditó con la deposición de Pablo José Zaval Astaburuaga, y, teniendo presente además lo dispuesto en el artículo 54 de la denominada “Ley Indígena”, es posible atribuir a dicha minorante el carácter que exige el artículo 68 bis del Código Penal para este caso en concreto.

EXTRACTOS
En lo referente a la solicitud de calificación de la atenuante que se ha configurado en el presente fallo respecto de los sentenciados Ch.G. y Ch.C. éste tribunal, apreciando con libertad tanto los dichos del testigo que fue presentado por la defensa y que depuso para tales efectos, como los informes presenciales acompañados en esta audiencia de determinación de pena, estima que son suficientes para tener por justificada la calificación de la conducta de estos dos sentenciados. En efecto, del conjunto de antecedentes aportados ya reseñados y habida consideración de que se trata de personas que pertenecen a la etnia aymara, como se acreditó con la deposición de P.Z.A. y, teniendo presente además lo dispuesto en el artículo 54 de la denominada “Ley Indígena”, es posible atribuir a dicha minorante el carácter que exige el artículo 68 bis del Código Penal para este caso en concreto. Para así decidirlo, se ha considerado que las irreprochables conductas anteriores de los acusados Ch.G. y Ch.C., constituyen una conducta excepcional, pues atendidas las particularidades que presentan la vida de estos enjuiciados - probado mediante el testimonio de Z.A. - ha llevado al tribunal al convencimiento de asignarle dicha ponderación especial. En relación a C.Ch., este tribunal ha estimado que su conducta anterior a estos hechos, fue siempre de respeto y apego a las normas; su desempeño esforzado en mejorar las condiciones de su familia, en especial, de sus seis hijos, llevándolo incluso a trasladarse a una ciudad distinta a la que era originario; además, se ha tomado en cuenta el contexto cultural y social en que se desenvuelven las personas de esta etnia, quienes, atendida la precariedad en la que viven por la lejanía con la metrópolis, el aislamiento en el que desarrollan su quehacer, se hacen sujetos más vulnerables para ser utilizados por los proveedores y comercializadores de droga, pues es un hecho público y notorio que al estar cercano a las grandes áreas productoras de cocaína, son utilizados como “burreros”, todo lo cual hace meritoria una calificación de la conducta irreprochable. Por idénticas razones sociales y de contexto geográfico - antes analizadas - es que se ha considerado calificar la conducta de M.CH, añadiéndose a lo ya dicho, que este acusado logró una educación mayor que la de su padre C. , viéndose ésta interrumpida por el nacimiento de un hijo, que lo llevó a abandonar sus estudios, insertándose en el área laboral a fin de dar cumplimiento a sus obligaciones familiares y quien también demostró en juicio tener una actitud de respeto hacia la autoridad. Así las cosas, al favorecer a estos dos sentenciados, una circunstancia atenuante de responsabilidad muy calificada, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 68 bis del Código Penal, el tribunal hará uso de la facultad que dicha norma le concede y rebajará la pena en un grado, en el cuántum que se dirá en lo resolutivo, atendido la extensión del mal causado y el mayor o menor grado de intervención en el hecho punible de estos dos acusados. En cuanto a las modificatorias impetradas por la defensa de E.CH., éstos jueces son de la opinión de que no es posible reconocerle la existencia de la atenuante de irreprochable conducta anterior, habida consideración que en su extracto de filiación y antecedentes, figura una condena anterior por un delito de manejo en estado de ebriedad. Al respecto, cabe señalar que es criterio de estos jueces apreciar y tener por acreditado el carácter irreprochable de una conducta, con la sola hoja prontuaria exenta de condenas por crimen o simple delito, de suerte que, al tener éste acusado una condena anterior por la comisión de un simple delito de conducir un vehículo motorizado en estado de ebriedad, no puede en consecuencia, reconocérsele tal mitigante. (Considerando décimo tercero).

Sobre este fallo se vuelve más adelante al momento de tratar la subsunción del elemento cultural en categorías dogmáticas, lugar en el que se realiza la exposición completa del caso y su comentario.

Los argumentos que se desarrollan a continuación, son de carácter general y por ende en principio aplicables a cualquier etnia en particular. Estos argumentos si bien sólo constituyen sugerencias para la estrategia que en definitiva el defensor considere oportuna seleccionar, suministran las bases conceptuales para que el defensor pueda incorporar, de forma coherente con los principios regulativos del derecho penal, la costumbre indígena al proceso penal.

4.1.1 LÍMITES AL RECONOCIMIENTO DE LA COSTUMBRE INDÍGENA

Una de las cuestiones más controvertidas en la defensa penal de indígenas, es el límite al reconocimiento judicial de la costumbre, existiendo coincidencia en los tratados internacionales en que dicho límite está en los derechos humanos. Así lo señala el Art. 34 de la Declaración de Naciones Unidas sobre Derechos de los Pueblos indígenas:

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

Que el límite lo constituyan los derechos humanos es un criterio ciertamente vago, lo que dificulta su utilización por parte de los tribunales para que puedan trazar los correspondientes límites de la costumbre indígena en un proceso penal. En conformidad al Convenio es posible hacer dos distinciones; no cualquier *derecho fundamental* constituye limitación a la costumbre indígena, solo los *derechos fundamentales reconocidos al mismo tiempo como derechos humanos en el plano internacional*. De estos derechos *doblemente reconocidos* puede hacerse una restricción interpretativa bajo el principio de *maximización de la autonomía indígena* y el núcleo histórico a que ha aludido la tradición occidental de derechos fundamentales. Los derechos recogidos bajo esta interpretación significa reconocer cómo límite a la costumbre indígena tres ejes fundamentales: a) la dignidad humana, b) la libertad, c) la igualdad.

4.1.1.1 DOBLE RECONOCIMIENTO DE DERECHOS FUNDAMENTALES

El Convenio 169 señala expresamente que se reconocen las costumbres indígenas “siempre que éstas no sean incompatibles con los derechos fundamentales definidos por el sistema jurídico nacional ni con los derechos humanos internacionalmente reconocidos”. Luego, y de conformidad con el convenio, para que tenga valor la costumbre indígena en materia penal, no debe ser incompatible con:

- a) los derechos humanos fundamentales reconocidos en el sistema legal nacional, y
- b) los derechos humanos internacionalmente reconocidos

Esta es la interpretación que la misma IOT hace del precepto:

Este precepto establece criterios de excepción cumulativos: las costumbres deben ser incompatibles con (a) la legislación nacional como así mismo con (b) los preceptos internacionales de derechos humanos. Así, los preceptos legales nacionales que son incompatibles con los derechos reconocidos por el derecho internacional de los derechos humanos, no pueden ser usados como justificación para desconocer las costumbres de los pueblos indígenas en la aplicación de la legislación nacional.²²²

Debido al contexto histórico en el que surgen los derechos humanos (1789) gran parte de la doctrina entiende que estos son aquellos derechos que se encuentran positivizados en las

²²² “Indigenous Tribal Peoples’ Rights in Practice. A Guide to ILO Convention n° 169”, *International Labour Standards Department* (2009), p. 80.

constituciones de cada Estado. En Alemania se conciben como “la síntesis de las garantías individuales contenidas en la tradición de los derechos políticos subjetivos y las exigencias sociales derivadas de la concepción institucional del derecho”²²³. Frente a estas concepciones positivistas, hay quienes postulan su naturaleza ambivalente, en cuanto “resultantes de las exigencias de la filosofía de los derechos humanos con su plasmación normativa en el derecho positivo”²²⁴. Con todo, la tendencia es a identificar los “Derechos Fundamentales” con los que se encuentran positivizados a nivel de derecho interno, y “Derechos Humanos” con los que aparecen en las declaraciones y convenciones internacionales.

En consecuencia, habida consideración de la diferenciación entre derechos fundamentales y derechos humanos y la doble exigencia del Convenio 169, no todos los derechos reconocidos por la Constitución ni todos los derechos fundamentales puede constituir un límite al reconocimiento de la costumbre indígena, sino sólo aquellos derechos fundamentales que además constituyan derechos humanos.

4.1.1.2 PRINCIPIO DE MAXIMIZACIÓN DE LA AUTONOMÍA INDÍGENA

El principio de maximización de la autonomía indígena es otra forma de formular el principio de minimización de las restricciones sostenido por la Corte Constitucional de Colombia. Este principio es recogido por el Convenio 169 en el art. 5:

Al aplicar las disposiciones del presente Convenio:

- a) deberán reconocerse y protegerse los valores y prácticas sociales, culturales, religiosos y espirituales propios de dichos pueblos y deberá tomarse debidamente en consideración la índole de los problemas que se les plantean tanto colectiva como individualmente;
- b) deberá respetarse la integridad de los valores, prácticas e instituciones de esos pueblos”

El criterio interpretativo de maximización de la autonomía indígena consiste en asumir un punto de vista “pluralista” en virtud del cual debe amplificarse la extensión de los derechos reconocidos a los pueblos indígenas, con el objetivo de permitir el ejercicio de los derechos colectivos e individuales de los pueblos indígenas, pero respetando siempre el contenido esencial de cada derecho. De no aplicarse este principio, como ha dicho la Corte Constitucional de Colombia, “el reconocimiento a la diversidad cultural no tendría más que un significado retórico”²²⁵.

Nuestro ordenamiento jurídico reconoce, valora y protege la diversidad cultural como condición para acceder al mayor desarrollo espiritual y material posible por parte de los individuos pertenecientes a pueblos indígenas²²⁶. Al mismo tiempo, este criterio de la maximización de la autonomía indígena, tiene como correlato la minimización de las restricciones, de manera tal que solo será posible restringir la autonomía indígena cuando se trate de una medida necesaria para “salvaguardar un interés de superior jerarquía”²²⁷, y que en caso de ser violados, “justificarían una intervención en la vida de cualquier comunidad política y jurídicamente autónoma”²²⁸.

De acuerdo a la tradición occidental de los derechos humanos, existe una especie de núcleo básico de derechos cuyo reconocimiento es fundamental para considerar a un orden social

²²³ Häberle, P. Die Wesensgehaltgarantie des Art. 19. Cit. Por Pérez Luño, A. Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución. Ed. Tecnos, 1999, nota 35, p.31.

²²⁴ En esta concepción, Peces Barba, G. Derechos Fundamentales I., Teoría General, Ed. Guadiana,

²²⁵ Corte Constitucional Colombiana, Sentencia Tutela -349/96, de 8 de agosto 1996, Caso Ovidio Wasorna.

²²⁶ *Vid. supra* 3.1.4.2.

²²⁷ Lillo, R. ob. Cit., p.9

²²⁸ Bonilla Maldonado, D. La Constitución Multicultural. Trad. de Magdalena Holguín y Daniel Bonilla M., Siglo del Hombre Editores., Universidad de Los Andes, Fac. Derecho, Pontificia Universidad Javeriana, Instituto pensar, Bogotá, 2006, p. 277.

como un orden legítimo. Esto está acorde con la historia de la reivindicación de los derechos humanos, claro que con un contenido diverso en cada contexto histórico. Este núcleo básico ha girado en torno a tres valores principales: a) la dignidad humana, considerada punto de referencia de “todas las facultades que se dirigen al reconocimiento y afirmación de la dimensión moral de la persona”, b) la libertad, principio aglutinador de la lucha por los derechos humanos, c) la igualdad, postulado fundamental de toda la construcción teórica jurídica de los derechos sociales²²⁹.

Estos ejes han estado en el centro de la producción jurisprudencial de la Corte Constitucional Colombiana. En conformidad con considerar implícitamente como “intereses de superior jerarquía” la dignidad humana, la libertad y la igualdad, han considerado los siguientes casos como casos en que no se supera el test de incompatibilidad. La Corte ha considerado que no es compatible con este núcleo: la tortura, el asesinato, la esclavitud²³⁰, la falta de legalidad del procedimiento y de los delitos y de las penas²³¹:

“A juicio de la Sala, este núcleo de derechos intangibles [aplicable en casos de conflictos internos de una misma comunidad étnica] incluiría solamente el derecho a la vida, la prohibición de la esclavitud y la prohibición de la tortura. Dos son las razones que llevan a esta conclusión: en primer lugar, el reconocimiento de que únicamente respecto de ellos puede predicarse la existencia de un verdadero consenso intercultural²³². En segundo lugar, la verificación de que este grupo de derechos se encuentra dentro del núcleo de derechos intangibles que reconocen todos los tratados de derechos humanos, derechos que no pueden ser suspendidos ni siquiera en las situaciones de conflicto armado [...]”²³³

En esta restricción encontramos entonces los tres ejes fundamentales en torno a los cuales debe girar la noción de derechos humanos fundamentales antes anotada: la dignidad humana, la libertad y la igualdad. En tal sentido, la Corte Constitucional Colombiana respecto de sanciones comunitarias consistentes en penas corporales de castigos físicos, ha señalado que se permiten en la medida que no constituyan tratos crueles, inhumanos o degradantes:

“No todas las penas corporales constituyen tortura, y (...) para que adquieran tal entidad los sufrimientos producidos deben ser graves y crueles. La intensidad debe ser analizada a la luz de las circunstancias del caso, como la duración de la condena, sus efectos en la integridad física y moral del condenado, su sexo, edad o condiciones de salud, e incluso el contexto sociopolítico en el que se practica”²³⁴.

La Corte Constitucional Colombiana matiza así lo que ordinariamente sería una vulneración de derechos humanos fundamentales, argumentando además que en este caso el objetivo de la sanción no era degradar o humillar al condenado, sino obtener su purificación.

Debemos dejar en claro que esto sucede cuando se trata de sanciones aplicadas bajo el procedimiento de una justicia comunitaria reconocida constitucionalmente (caso colombiano), actualmente no vigente en Chile, de manera tal que –de lege data- no parece posible argumentar este razonamiento para sanciones comunitarias similares entre nuestros pueblos originarios, sin

²²⁹ Pérez Luño, A. Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución. Ed. Tecnos, 1999, pp.49 -50.

²³⁰ Bonilla, D. ob.cit., p.277

²³¹ Sentencia Tribunal Constitucional Colombiano.T-778/05. Bogotá, D.C., veintisiete (27) de julio de dos mil cinco (2005).

²³² Respecto a este consenso intercultural la Corte Constitucional señala que “los anotados derechos pertenecen al grupo de derechos intangibles que reconocen todos los tratados internacionales de derechos humanos y que no pueden ser suspendidos ni siquiera en situaciones de conflicto armado (Pacto de Derechos Civiles y Políticos [Ley 74 de 1968], artículo 4-1 y 2; Convención Americana de Derechos Humanos [Ley 16 de 1972], artículo 27-1 y 2; Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes [Ley 78 de 1986], artículo 2-2; Convenios de Ginebra [Ley 5 de 1960], artículo 3º; Convención Europea de Derechos Humanos, artículo 15-1 y 2); y, (3) con relación al derecho a la legalidad del procedimiento y de los delitos y de las penas, el artículo 246 de la Constitución hace expresa referencia a que el juzgamiento se hará conforme a las “normas y procedimientos” de la comunidad indígena, lo cual supone la preexistencia de los mismos respecto del juzgamiento de las conductas”. Sentencia T-778/05 de acción de tutela transitoria de 27 de Julio de 2005.

²³³ Corte Constitucional Colombiana, Sentencia Tutela -349/96, de 8 de agosto 1996, Caso Ovidio Wasorna y Sentencia T-778/05 de acción de tutela transitoria de 27 de Julio de 2005.

²³⁴ Citado en Lillo, R., ob. Cit., nota 37, p.10.

perjuicio que de lege ferenda se estime que ha de existir un reconocimiento al derecho de acceso a la jurisdicción en cumplimiento a lo dispuesto por el Convenio 169.

4.1.2 RECONOCIMIENTO AL DERECHO CONSUETUDINARIO

Es frecuente que al momento de alegar elementos culturales se lo haga a través de la costumbre indígena. Sin embargo, esta no es lo mismo que derecho consuetudinario, siendo esta última noción más amplia que la primera, pues englobaría también a otros elementos culturales que no necesariamente son costumbre (ej, instituciones, procedimientos, resolución de conflictos, entre otros), recordando que conforme al Art. 5 b. del Convenio 169 “deberá respetarse la integridad de los valores, prácticos e instituciones de los pueblos originarios”. En este sentido, en algunos casos la defensa ha hecho valer la calidad de (autoridad) del indígena para evitar el cumplimiento de la reclusión nocturna²³⁵. En otros casos el reconocimiento a la autoridad ancestral ha sido favorable a la parte acusadora, como sucedió en el siguiente caso:

IMPUTADO/A	L. W. T. Q. / J.E.Q.H
PUEBLO ORIGINARIO IMPUTADO/A	Mapuche
MATERIA	Hurto Simple-Maltrato Animal-Violación de Morada-Daños Simples
DESCRIPTORES	Hurto Simple-Maltrato Animal-Violación de Morada-Daños Simples-Agravante de Autoridad-Principio de Congruencia
NORMATIVA	Art.11 N° 6, Art. 12 N° 18, 20, Art.144 inciso 2, Art. 291, Art.446 N° 1, Art. 450 inciso 2° y Art. 456 bis N°3, Art. 487 todos del Código Penal, y el Convenio 169

TRIBUNAL	ROL / RIT / RUC	FECHA SENTENCIA	DECISIÓN
TOP de Angol	RIT: 106-2009 RUC: 0801053869-7	14-12-2009	(absuelve, condena, acoge o rechaza)

HECHOS
Que en horas de la madrugada del día 19 de noviembre de 2008, J. S. C. A., se encontraba pernoctando junto a su familia en su domicilio, llegó hasta dicho lugar un grupo de sujetos entre los cuales se encontraba el imputado J. E. Q. H., quienes junto con efectuar disparos en las afueras de la casa del ofendido, ingresaron a ésta sin su consentimiento después de quebrar vidrios y destruir dos puertas de la misma, además de otros destrozos, tras lo cual, una vez en el interior, procedieron a disparar hacia el techo del inmueble, para luego sustraer desde el mismo dos trariloncos, una trapelacucha, un Kiltantue y un Kull Kull, especies de propiedad del ofendido. Posteriormente, una vez que el acusado Q. H y los otros sujetos se retiraron del lugar, se efectuaron disparos en contra de animales de propiedad de la víctima hiriendo a los mismos.

PRIMERA INSTANCIA		
ARGUMENTO ACUSACIÓN	ARGUMENTO DEFENSA	FUNDAMENTO TRIBUNAL
Los acusa como autores los delitos de hurto simple, violación de morada violenta, daños y maltrato animal en grado de consumados. Les reconoce la atenuante consagrada en el artículo 11 N° 6 del Código Penal, esto es, la irreprochable conducta anterior. Respecto del delito de HURTO SIMPLE, solicita las agravantes previstas en los artículos 450 inciso 2° y 456 bis N°3.	Solicitó la absolución para sus defendidos, por no tener participación en estos hechos. Señala que la prueba para acreditar la misma sólo emana de los dichos de la víctima, por ello es que el Ministerio Público ha dado tanta relevancia a la calidad de éste, debido a que todos los demás testigos sólo son de oídas de esta circunstancia. En cuanto a la agravante, hace presente que la cultura debe interpretarse siempre	ABSUELVE a L. W. T. Q., ya individualizado, por los delitos de Violación de Morada violenta, hurto simple, daños y maltrato animal. ABSUELVE a J. E. Q. H., ya individualizado, de la acusación deducida en su contra por el Ministerio Público por los delitos de daños y

²³⁵ Entrevista realizada a juez de garantía de Temuco, y al lonko de una comunidad, Julio 2010.

PRIMERA INSTANCIA		
ARGUMENTO ACUSACIÓN	ARGUMENTO DEFENSA	FUNDAMENTO TRIBUNAL
Solicita de todos los delitos la agravante prevista en el artículo 12 N° 18 del Código Penal, lo que se desprende de la calidad de Lonko, autoridad ancestral, del ofendido. Solicita de todos los delitos con excepción del Hurto, la agravante prevista en el artículo 12 N° 20 del Código Penal, toda vez que los imputados al momento de la ejecución de los ilícitos portaban y usaron armas. Se hace cargo de algunas deficiencias en la investigación, como de la falta de levantamiento de huellas, en atención al conflicto mapuche. Señala que las lesiones de L.W.T.Q. no fueron invalidantes, siendo menos graves, que no le impiden haber cometido el ilícito, no van más allá de hinchazón y moretones, es inexplicable que siendo el herido más grave, sólo haya concurrido a un servicio hospitalario su hermano. Respecto al acusado Q. H. señala que tanto la prueba como sus alegaciones fueron escuetas y no sustentables. Por otra parte la víctima y su familia no tienen motivaciones para inculparlos de este hecho, por el contrario los acusados sí tenían motivaciones que dicen relación con un tema de tierras y con las agresiones que había sufrido en la tarde. En cuanto a la agravante del N°18 del artículo 12 del Código Penal, indica que debe distinguirse la costumbre de la autoridad, a lo que se suma que el Convenio 169 exige reconocer la estructura de los pueblos originarios, dentro de la cual se encuentra el lonko	indubio pro reo, así lo establece la ley indígena. Allega que desde la audiencia de Control de Detención dio cuenta de que había sufrido el día anterior, una golpiza que lo dejó con lesiones documentadas, las que hacen imposible la realización de los hechos por los cuales se le acusa, lesiones que no fueron investigadas. Señala que no pudo acogerse la agravante del artículo 12 N° 18 del Código Penal por las disposiciones del artículo 53 y siguientes de la ley 19.253, que indica que la cultura e idiosincrasia indígena deben tomarse en consideración del Tribunal al configurar una atenuante o eximente de responsabilidad, por lo que las agravantes expresamente están fuera, el convenio 169 no estaba vigente en esa época por lo que no puede aplicarse. Agrega que debe reiterar que el debate se centró en una sola prueba que es el testimonio de J. C., por lo mismo se trató de rodear su testimonio de un halo de credibilidad, pero no puede escudarse en ello para no acreditar fehacientemente la participación, respecto a la cónyuge de éste, estima que quedó asentado que la misma sólo reconoció a uno de los acusados por su voz, sin verlos. En cuanto al hurto, estima que no hay especies por cuanto la valuación de la misma requiere una especie determinada, no existe prueba más allá de la declaración de las víctimas. Hace presente que el sistema funciona con una investigación que va más allá de la mera declaración de las víctimas, debe existir una investigación adecuada y no excusas de porque no se realizó.	maltrato animal. CONDENA a J.E.Q.H como autor del delito de Hurto, CONDENA a J.E.Q.H., como autor del delito de Violación de morada violenta. Se le otorga a J.E.Q.H. el beneficio de la libertad vigilada.

EXTRACTOS FALLO PRIMERA INSTANCIA
...“el citado principio se encuentra contemplado en el artículo 341 del Código Procesal Penal dispone que “La sentencia condenatoria no podrá exceder el contenido de la acusación. En consecuencia, no se podrá condenar por hechos o circunstancias no contenidos en ella.” Estableciendo lo que en doctrina se ha llamado el “principio de congruencia”, el cual se manifiesta, además, en la exigencia establecida en el artículo 259 letra b) del mismo cuerpo legal, que establece como una de las menciones que necesariamente debe contener la acusación, en forma “clara y precisa”, la relación circunstanciada de el o los hechos atribuidos y de su calificación jurídica, El fundamento de este principio se traduce en que el mismo constituye una limitante para la actividad juzgadora del Estado, toda vez que tiene por finalidad hacer efectivas las garantías de derecho a defensa y acusación previa, sobre los cuales se sustenta la legitimidad de la sentencia que se pronuncie por el Tribunal en el juicio oral, así la sentencia condenatoria no puede jamás exceder los límites de la acusación formulada por el Ministerio Público. Sostener lo contrario

EXTRACTOS FALLO PRIMERA INSTANCIA
implicaría necesariamente vulnerar el derecho a defensa, toda vez que si el tribunal pudiere dar por acreditados hechos no contenidos en la acusación, entonces se estaría condenado al imputado sin que haya tenido oportunidad de construir su defensa por dichos hechos, refutar la prueba de cargo en lo que a ellos respecta y presentar su propia prueba”. “Que, respecto al delito violación de morada...le perjudica la agravante prevista en el número 18 del mismo artículo (art. 12), específicamente, ejecutar el hecho con ofensa o desprecio de respeto que por la dignidad y autoridad mereciera el ofendido, cuando él no haya provocado el suceso, toda vez que la morada a la cual ingresó el acusado Q. H. pertenecía al lonko de la Comunidad Temu cui cui y tal como lo expuso el perito Barrientos Martínez y es una hecho conocido y aceptado socialmente incluso por quienes no pertenecen a la etnia mapuche, el lonko de una comunidad constituye la máxima autoridad dentro de la misma y por lo mismo se le debe respeto y es absolutamente impensable un ataque de tales características a su vivienda, a lo que debe agregarse que, al menos el acusado Queipul Hueiquil conocía perfectamente bien a quien pertenecía la casa a cual entró violentamente y que durante la consumación del ilícito muchas veces se refirieron al dueño de casa en términos groseros y ofensivos, lo que corrobora aún más el desprecio a su autoridad. Al efecto no se acogerá lo alegado por la defensa en cuanto a que el artículo 54 de la 19.253 haría improcedente la aplicación de esta agravante, por cuanto, en concepto de esto sentenciadores, la interpretación de tal norma debe ser en el sentido que permite a los Tribunales de la República considerar elementos propios de la cultura indígena como atenuantes o eximentes en sentencias penales, pero en ningún caso implica que las agravantes genéricas que contempla el Código Penal no les sean aplicables si se reúnen los requisitos fácticos que lo hagan procedente, máxime si en el caso el reconocimiento del lonko como autoridad dentro de una Comunidad Indígena no se trata simplemente de un tema cultural, sino que es generalmente aceptado y, por lo mismo, es el interlocutor válido con las autoridades políticas y administrativas en su representación.

4.1.3 PRUEBA DE LA COSTUMBRE INDÍGENA EN EL DERECHO NACIONAL

Conforme a la normativa nacional, la costumbre indígena puede probarse por cualquier medio, aunque menciona que constituye un medio especialmente importante el peritaje. Así el Art. 54 de la ley 19.253:

“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.”

Las exigencias que los tribunales suelen requerir respecto de los peritajes son²³⁶.

- a) Mención de fuentes bibliográficas y/o etnográficas.²³⁷
- b) Atribución directa de la conducta del imputado a la costumbre ancestral que se invoca, es decir, que la costumbre permita explicar la motivación del sujeto para comportarse tal como ocurrieron los hechos. Cuando solo se realiza un peritaje general sobre el pueblo originario correspondiente y no se hace esta relación directa, los tribunales tienden a rechazarla²³⁸.

La valoración del peritaje antropológico como medio probatorio queda sujeta al sistema general de valoración de la prueba en materia procesal penal, es decir, sana crítica, lo que puede resultar desfavorable al imputado cuando el juzgador carece de elementos necesarios para comprender la cultura del imputado. De esta forma, muchas veces la interpretación marcadamente positivista y exegética acude al supuesto proceso de aculturación del indígena rural pero cercano a la ciudad para restar mérito al informe, y así negar la exención o atenuación de responsabilidad penal. Esto olvida que independientemente

²³⁶ Castro, M.- Vergara, J. (Eds.), Villegas, M., Albornoz, P. et. Al. Jurisprudencia Indígena. Cosmovisión y legislación, Programa de Antropología Jurídica Universidad de Chile. Ministerio de Justicia. Dic. 2009, p.75

²³⁷ S. TOP Temuco 31 mayo 2006, RIT N°49-2006; S. CA de Temuco de 25-02-2009, Rol 567-2007.

²³⁸ SCA de Punta Arenas, 14-12-2002, Rol 914-2002, SCA de Concepción, de 18-02-2003, Rol 1344-2003, SCA Temuco, de 25-02-2009, Rol 567-2007

Por lo demás, esto equipara la situación de quien sin pertenecer a un pueblo originario vive en un lugar aislado de los centros urbanos, con aquel que pertenece a un pueblo originario. Esto de alguna manera remite a los problemas del sentido amplio de cultura frente al sentido restringido. En efecto, en la determinación –respecto del imputado- de la posibilidad de haber podido conocer los patrones culturales dominantes y por ende excluir el recurso al error de prohibición el tribunal, asumiendo que conocía la ilicitud de su actuar, asimila la situación de quien vive en un lugar aislado a la situación del miembro del pueblo originario, confundiendo multiculturalismo con pluralismo cultural. El problema de esta confusión es que el tribunal pasa por alto que los miembros de los pueblos originarios tienen un derecho institucionalmente reconocido a seguir los mandatos –con ciertos límites como se ha visto, *vid. supra* 4.1.1. *Parte I-* de sus costumbres, es decir no se trata de la posibilidad fáctica de “haber podido conocer lo ilícito de su actuar”, sino de la posibilidad normativa de adecuar su comportamiento a lo que prescribe la costumbre respecto de la corrección de sus conductas.

CARÁTULA	C/ P.S.H.P.
PUEBLO ORIGINARIO	Mapuche (Localidad Rucatraro. XI región).
MATERIA	Homicidio simple
DESCRIPTORES	Homicidio simple – fuerza irresistible – Costumbre Indígena como eximente – prueba de la Costumbre Indígena – Carga de la Prueba.
NORMAS	Art. 10 Nº 9, 11 Nº 4, 391 Código Penal; Art. 54 Ley 19.253

TRIBUNAL	ROL / RIT / RUC	FECHA SENTENCIA	TIPO DE FALLO
TOP Temuco	49-2006	31/05/2006	Condenatorio
HECHOS			
Que los hechos materia de la acusación, según el Ministerio Público, son los siguientes: El 22 de Enero de 2005, alrededor de la 1, 30 horas, cuando J.C.H. transitaba por calle J.J. Latorre de Puerto Saavedra, fue interceptado por P.H.P. y el menor B.H.S quienes, acompañados de otro menor de 15 años, lo persiguieron para agredirlo con golpes de pies y puños y apuñalearlo en siete ocasiones en espalda y abdomen. A consecuencias de las lesiones sufridas la víctima falleció más tarde en Hospital de Puerto Saavedra.			

TRIBUNAL ORAL EN LO PENAL DE TEMUCO		
ARGUMENTO ACUSACIÓN	ARGUMENTO DEFENSA	FUNDAMENTO TRIBUNAL
Los hechos materia de la acusación, según el Ministerio Público, son los siguientes: El 22 de Enero de 2005, alrededor de la 1, 30 horas, cuando J.C.H transitaba por calle J.J. Latorre de Puerto Saavedra, fue interceptado por P.H.P y el menor B.H.S. quienes, acompañados de otro menor de 15 años, lo persiguieron para agredirlo con golpes de pies y puños y apuñalearlo en siete ocasiones en espalda y abdomen. A consecuencias de las lesiones sufridas la víctima falleció más tarde en Hospital de Puerto Saavedra. Los hechos así relatados constituirían , siempre según la	Esta alegó, fundamentándose en el Art. 54 de la Ley de Indígenas, como causal eximente de responsabilidad penal la contemplada en el Nº 9 del Art.10 del Código Punitivo, esto es, la que ampara a quien obra violentado por una fuerza irresistible o impulsado por un miedo insuperable. Se basaría la exención en el hecho de pertenecer el imputado a una etnia regida por postulados según los cuales si se presenta un factor o elemento que altera la vida comunitaria se debe, en primer lugar, dialogar para neutralizarlo; si tal método no resulta, procede	Es cierto que el enjuiciado dijo que a J.C. lo mataron a golpes de puñal porque siempre “los estaba molestando” , causando “mal”, pero tal aseveración , y teniendo presente que también admitió haber estado bajo los efectos del alcohol cuando actuó, no permite cobijar en ella un sentimiento de “venganza motivada por mandato de costumbres ancestrales”, e ignorancia de la ley , para aceptar transformarse en brazo ejecutor de la justicia de sus antepasados; a este último respecto cabe tener presente que H.P. se declaró católico ante su entrevistador y que de ningún sincretismo entre la Cosmovisión mapuche y el Cristianismo puede resultar la aceptación de la pena de muerte

TRIBUNAL ORAL EN LO PENAL DE TEMUCO		
ARGUMENTO ACUSACIÓN	ARGUMENTO DEFENSA	FUNDAMENTO TRIBUNAL
parte acusadora, el delito de homicidio simple, descrito y sancionado en el Art.391 N°2 del Código Penal, y en él habría correspondido al acusado la participación culpable de autor.	aislar a tal elemento, y, por último, si lo anterior no produce efectos, debe eliminárselo. Esto es, en el caso de autos, J.C. al dar muerte a B.H., padre biológico del enjuiciado, y no operar al respecto la Justicia chilena, toda vez que estuvo preso pero no por el tiempo que la Comunidad estimaba necesario, estaba su hijo obligado, o irresistiblemente impulsado, a eliminar físicamente al hechor.	aplicada en circunstancias como la del caso sub lite, en que ni la legítima defensa pudo ser argumentada en defensa del acusado. Por otra parte, el Art.54 de la Ley de Indígenas que prescribe que la costumbre hecha valer en juicio entre indígenas de una misma etnia, constituirá derecho, agrega a continuación “siempre que no sea incompatible con la Constitución Política de la República”, incompatibilidad más que evidente tratándose de la pena de muerte.

EXTRACTOS
“...Resulta evidente que el informe antes reseñado es totalmente irrelevante para formar convicción alguna en el Tribunal que en el caso de autos existió una presión sobre la voluntad del agente, de tal naturaleza, que se vio obligado a suprimir una vida humana; tal presión la deriva el perito del hecho, que menciona pero no acredita, de existir en la Comunidad mapuche de Rucatraro la costumbre ancestral de aplicar la pena de muerte a un homicida si la Justicia chilena no lo hace pagar su deuda con la sociedad. El experto llegó a tal conclusión, según su informe, luego de entrevistar al imputado, a dos miembros de su familia y a residentes del sector Rucatraro que le pidieron reservara sus identidades; no se mencionan en el peritaje fuentes bibliográficas ni etnográficas suficientes para estimar que el análisis fue llevado a cabo con la acuciosidad necesaria para respaldar la enormidad de tal aseveración , esto es, que se acepte la eliminación de una vida humana en base a supuestas costumbres o valores originarios que no pueden atribuirse como elemento cultural identitario no ya de una etnia sino de una Comunidad bien definida: la establecida en Rucatraro, según el informe antropológico. Es cierto que el enjuiciado dijo que a J.C. lo mataron a golpes de puñal porque siempre “los estaba molestando” , causando “mal”, pero tal aseveración , y teniendo presente que también admitió haber estado bajo los efectos del alcohol cuando actuó, no permite cobijar en ella un sentimiento de “venganza motivada por mandato de costumbres ancestrales”, e ignorancia de la ley , para aceptar transformarse en brazo ejecutor de la justicia de sus antepasados; a este último respecto cabe tener presente que H.P. se declaró católico ante su entrevistador y que de ningún sincretismo entre la Cosmovisión mapuche y el Cristianismo puede resultar la aceptación de la pena de muerte aplicada en circunstancias como la del caso sub lite, en que ni la legítima defensa pudo ser argumentada en defensa del acusado. Por otra parte, el Art.54 de la Ley de Indígenas que prescribe que la costumbre hecha valer en juicio entre indígenas de una misma etnia, constituirá derecho, agrega a continuación “siempre que no sea incompatible con la Constitución Política de la República”, incompatibilidad más que evidente tratándose de la pena de muerte. En consecuencia, si bien se acreditó, mediante la sentencia acompañada, que el supuesto padre biológico del acusado H. fue víctima de homicidio ejecutado por Julio Caniuqueo, el peritaje antropológico incorporado no se ajusta a ninguno de los parámetros exigidos a una prueba judicial para producir certeza judicial: esto es, que concuerde con la lógica, las máximas de la experiencia y los conocimientos científicamente afianzados. La Antropología dijo el perito no es una Ciencia exacta, agregando “como no lo es ninguna Ciencia en la actualidad” (Considerando séptimo). Que se argumentó asimismo para aminorar la responsabilidad penal del acusado la circunstancia a que se refiere el Art.11 n°4 del Código Punitivo, esto es, en haberse ejecutado el hecho en vindicación próxima de una ofensa grave causada al autor, a su cónyuge o a sus parientes. La ley, han expresado los tratadistas de Derecho Penal, no disculpa los rencores demasiado prolongados, por lo que excluye las ofensas remotas en el tiempo, como lo es, en este caso, la muerte de B.H. causada por J.C. el 30 de julio de 2001;habiendo transcurrido casi cuatro años entre ambos hechos resulta evidente que la ley no puede amparar al último de ellos considerándolo un resultado pasional del primero, máxime cuando ambos protagonistas vivían en un mismo sector y resulta evidente que fue la ingesta alcohólica, y no un ánimo de venganza fríamente conservado a través del tiempo, la causa detonante del homicidio. (Considerando octavo).

COMENTARIOS
En este caso, la labor del perito resultaba fundamental. De haberse hecho mención de las fuentes etnográficas o bibliográficas, habría sido más difícil negarse a reconocer la costumbre como eximente o atenuante. De todas maneras se advierte en el fallo una interpretación demasiado exegética al indicar que la antropología no es una ciencia exacta. No corresponde exigir al juzgador exactitud a una disciplina desde otra disciplina que tampoco es ciencia (ciencias jurídicas) pues estas evidentemente carecen de la misma exactitud que la ciencia experimental. La defensa acude a una causal de exculpación: concurrencia de la fuerza irresistible, fundada en la idea de que los imputados estarían obedeciendo a una especie de “supra derecho” (el propio). Por la entidad del bien jurídico atacado, la vida, pareciera difícil sostener una justificante (vr.gr. ejercicio legítimo de un derecho), habida consideración que la vida es uno de los bienes jurídicos considerados, en general, indisponibles²³⁹, no obstante podría haberse desarrollado la justificante incompleta de cumplimiento de un derecho o de un deber, aduciendo que en este caso no existía un ejercicio legítimo, en tanto se ponderaba incorrectamente el bien a preservar –por el ejercicio del derecho o cumplimiento del deber–, es decir, que la ponderación correcta era asignar prioridad a la vida por sobre el cumplimiento del deber/derecho basado en la costumbre ancestral. Otra alternativa hubiera sido reconducir la exculpación hacia el error de comprensión culturalmente condicionado²⁴⁰, consiguiendo al menos una atenuación (11 N°1) si se hace ver al juzgador que estas personas si bien conocen los términos de la prohibición (saben que está prohibido matar), no han logrado internalizar este valor en situaciones como las que se ocupan.

4.2 SUBSUNCIÓN DEL ELEMENTO CULTURAL EN CATEGORÍAS DOGMÁTICAS: ¿JUSTIFICACIÓN, EXCULPACIÓN O ATIPICIDAD?

Algunos autores suelen usar como modelo para la estrategia de defensa de personas pertenecientes a culturas distintas una combinación entre los delitos culturalmente motivados (modelo europeo) y las *cultural defences* (modelo norteamericano)²⁴¹.

Los delitos culturalmente motivados son aquellos que si bien contradicen una norma penal, se explican en razón a la cultura a la que pertenece el infractor, supuesto que éste pertenece a una cultura minoritaria, dentro de la cual esa conducta es atípica, está justificada o exculpada, o siendo delito, es tratada de manera distinta²⁴². Sus requisitos son:

- a) Que las razones para actuar se apoyen en motivaciones culturales (factor psicológico). El sujeto esta obedeciendo a códigos culturales que lo determinan a obrar de esa manera.
- b) Coincidencia cultural entre la conducta del sujeto y el grupo de pertenencia, aunque no sea absoluta.
- c) Relación antinómica entre la cultura de pertenencia y la cultura del lugar de residencia, esto es, deben haber diferencias en la respuesta a la conducta en uno y otro sistema, que en uno se castigue y en el otro esté exento de responsabilidad o esta sea atenuada²⁴³.

Una vez determinado que un delito ha sido motivado culturalmente, la estrategia de defensa se articula sobre la base de un conjunto de factores que por razones culturales excluyen o disminuyen la responsabilidad penal. Se evalúa en la esfera subjetiva hasta donde la diferencia cultural pudo condicionar y determinar al sujeto para cometer el delito y por ende contramotivarlo frente a la norma penal, y según esta gradación, puede argumentarse una exención o atenuación de responsabilidad penal²⁴⁴.

²³⁹ Así la Corte Constitucional Colombiana, Sentencia Tutela -349/96, de 8 de agosto 1996, Caso Ovidio Wasorna. También la doctrina, Bonilla, D., ob.cit.

²⁴⁰ Infra, Subsunción del elemento cultural en categorías dogmáticas.

²⁴¹ Así Carnevalli, Raúl. “El multiculturalismo: un desafío para el derecho penal moderno”. En Rev. Política criminal, N°3, 2007, siguiendo a Kymlicka, Will. Ciudadanía multicultural. Trad. Castell, C. Ed. Paidós, 1996, nota 21, p.6. Disponible en www.politicacriminal.cl. (fecha consulta: 9 julio 2010). También Lillo, R. ob.cit., pp.15 y ss.

²⁴² Carnevalli, ob. cit., p.24.

²⁴³ Carnevalli, ob. cit., pp.24 -25.

²⁴⁴ Carnevalli, ob.cit. p. 25.

La forma de alegar estas *cultural defences* se hace sobre la base de las categorías dogmáticas ya conocidas, y que inciden o bien en el injusto (a nivel de antijuridicidad), o bien en la culpabilidad. De esta forma podemos encontrarnos con tres vías de defensa: justificación 10 N° 10; exculpación (error de prohibición y error de comprensión culturalmente condicionado); y la atipicidad (error de tipo culturalmente condicionado).

4.2.1 LA JUSTIFICACIÓN

Puede argumentarse la exención de responsabilidad penal sobre la base de una justificante, el ejercicio legítimo de un derecho (Art. 10 N° 10 CP) en relación con la normativa internacional (Convenio 169 y Declaración de ONU sobre derechos de los pueblos indígenas). Así por ejemplo, en el caso siguiente, sobre tráfico de estupefacientes, el tribunal consideró un error en la justificante para excluir la responsabilidad penal. A nuestro juicio, se configuraba al menos una atenuante. Otros casos los veremos al momento de tratar delitos de usurpación y hurtos de madera. También podría argumentarse sobre la base del ejercicio legítimo de un deber, en el caso que no se trate de un derecho, sino de un deber impuesto por la costumbre indígena, incluso, como se verá con posterioridad, puede argumentarse sobre la base de la existencia de otras categorías jurídicas que no son reducibles a un “derecho” o un “deber”.

IMPUTADO/A	C/ I.W.H.C. y L.A.H.C.
PUEBLO ORIGINARIO	Aymara (Bolivia)
MATERIA	Tráfico Ilícito de Estupefacientes.
DESCRIPTORES	Tráfico ilícito de estupefacientes – hojas de coca – error de prohibición – eximente de responsabilidad por ejercicio legitimo de un derecho – cultura
NORMATIVA	Art. 3 Ley 20.000; Art. 1º, 10 N° 10 Código Penal; Art. 1º, 54 Ley N° 19.253

TRIBUNAL	ROL / RIT / RUC	FECHA SENTENCIA	DECISIÓN
TOP de Calama	66-2007	06/10/2007	Absolución
Corte de Apelaciones de Antofagasta	250-2007	05/11/2007	Absolución

HECHOS
El día 18 de diciembre del 2006 aproximadamente a las 18.30 horas las imputadas fueron sorprendidas por personal de la policía de investigaciones de Calama de Chile, portando entre sus pertenencias la cantidad de 5 kilos 440 gramos aproximadamente, contenidas en 10 bolsas de polietileno color verde, puntiagudas de color y olor asimilables a la hoja de coca. De acuerdo a sus declaraciones, estas eran un encargo de una ciudadana chilena para pagar una manda a la Virgen de Andacollo.

TRIBUNAL ORAL EN LO PENAL DE CALAMA		
ARGUMENTO ACUSACIÓN	ARGUMENTO DEFENSA	FUNDAMENTO TRIBUNAL
Estas dos personas fueron sorprendidas, portando en la vía pública, cerca de 5 kilos de hojas de coca, sustancias reguladas por la Ley 20000, ejecutando en su totalidad la conducta típica exigida por el artículo 3 en relación al 1º inciso 2º de dicha Ley. No puede reconocerse la	La defensa no cuestionará el porte de las hojas de coca, tampoco si existe o no un tipo penal sancionable, señalará como objeto de juicio y de ahí la solicitud de absolución, es que existe una justificante que impide el reproche estatal. Están cubiertas por el error de prohibición. Existen aspectos culturales, de tradiciones, que hacen que estas mujeres indígenas	Lo que estos sentenciadores entienden y de ahí su convicción absolutoria, es que 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

TRIBUNAL ORAL EN LO PENAL DE CALAMA		
ARGUMENTO ACUSACIÓN	ARGUMENTO DEFENSA	FUNDAMENTO TRIBUNAL
costumbre indígena contemplada en la ley chilena (ley 19.253) a ciudadanas bolivianas, aun cuando sean indígenas.	entiendan que su conducta no es delito, se funda en aspectos culturales. Invoca la presunción de inocencia a su favor, solicita la absolución.	utilizar en una festividad religiosa. Ese es su convencimiento, no otro.

EXTRACTOS
“Que, por lo expuesto en los motivos anteriores, debemos señalar que las acusadas han realizado una conducta típica y antijurídica. En efecto, ellas transportaron una de aquellas sustancias del repertorio que por la Ley 20.000 se encuentran prohibidas. En términos simples, cometieron el delito de tráfico... “Entonces, ¿podemos entender que las acusadas, viviendo y trabajando en Calama, ignorasen de los cuestionamientos al uso de la hoja de coca? Por la sana crítica, el sentido común y la propia experiencia personal de quienes hemos conocido de este juicio, debemos señalar que no y por cierto, no debemos olvidar que a doña I.H., la señora F.J. le encargó, precisamente, hojas de coca y que doña A.S. conocía a las acusadas desde hace tres años y que su vinculación con ellas era comercial. Es por lo anterior que este Tribunal ha arribado a la convicción de que no concurre en la especie un error de prohibición... “Es esa finalidad lo que le otorga sentido a la idea de que ellas, sabedoras de la prohibición, efectuaran la conducta, puesto que los kilos de hojas de coca que transportaban no estaba destinada a su elaboración ni a su venta subterfugia en algún mercado local, sino que para ser utilizada en una festividad religiosa patronal. ¿El destino de la misma merece algún cuestionamiento?, definitivamente no, toda vez que los peritos se encargaron de evidenciar el rol de la hoja de coca en el seno de la comunidad atacameña y altiplánica. En juicio se vertieron conceptos novedosos, como el de la pachamama y el pago de la tierra, sin embargo el que tal vez mejor ilustre la complejidad del caso es el de sincretismo, enunciado a propósito de la mezcla y unión de las creencias, ritos y tradiciones indígenas con la fe católica, sin embargo, estos sentenciadores lo extienden aún más: a la mezcla que se presenta entre esas mismas tradiciones y el ordenamiento jurídico. Evidentemente se nos presenta una pugna. La ley 20000 proscribe a la hoja de coca, sin embargo en un pequeño poblado del país (y en otros lugares por cierto) se le consume, no entre penumbras, sino que abiertamente y lo que es más, abundantemente. ¿Por qué ocurre aquello?, simplemente porque su uso en el seno de estas comunidades indígenas está absolutamente avalado formando parte de su ethos. Entonces, ¿habrá resultado extraño para doña I.H. que se le hiciera dicho encargo y luego cumplir con él? Creemos que no. 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 Nº 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...” (Considerando décimo octavo)

EXTRACTOS FALLO NULIDAD		
ARGUMENTO ACUSACIÓN	ARGUMENTO DEFENSA	FUNDAMENTO TRIBUNAL
El Ministerio Público sustenta su pretensión en la infracción que se habría cometido al absolver a ambas imputadas, puesto que la conducta de ellas, reconocida expresamente en el juicio, significa haber incurrido en el reproche penal específico de la Ley 20.000, Art. 1° y 3°.		El Tribunal, fiel a su deber ser de buscar la justicia y ecuánime severidad, indaga en profundidad y acredita que la presunta droga no es tal pues se trata de hojas de una planta de origen altiplánico de consumo reiterado y cotidiano por personas de esa altitud de vida, que, a mayor abundamiento están destinadas a un culto religioso, milenario y ancestral en el pueblo y cultura al que pertenecen las supuestas delincuentes. La Corte entiende que

EXTRACTOS FALLO NULIDAD		
ARGUMENTO ACUSACIÓN	ARGUMENTO DEFENSA	FUNDAMENTO TRIBUNAL
		semejante conclusión absolutoria, engrandece y prestigia la seriedad jurídica del sistema judicial chileno.

EXTRACTOS FALLO
Que la justipreciación de los hechos y de la conducta de las acusadas que discrecionalmente ha llevado a cabo el sentenciador en contra de quien se recurre, tiene consonancia con la norma constitucional expresa del artículo 27 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y su correlato en el inciso 4° del Art. 19 N°2 de la Constitución Política de la República: En los Estados en que existan minorías étnicas, religiosas o lingüísticas no se negará a las personas que pertenezcan a dichas minorías el derecho que les corresponde, en común con los demás miembros de su grupo, a tener su propia vida cultural, o profesar y practicar su propia religión y a emplear su propio idioma. (Considerando sexto). Que es evidente que la norma transcrita es de una claridad y transparencia tan evidente que, a su solo mérito y amparo, el ente jurisdiccional llamado a acatarla y aplicarla tiene definido su alcance y ejecutoria. Provieniendo de un Tratado internacional, al cual ha adherido soberanamente nuestro país, se produce lo que en Derecho Internacional Público se denomina la Provieniendo de un Tratado internacional, al cual ha adherido soberanamente nuestro país, se produce lo que en Derecho Internacional Público se denomina la “autoejecutividad de tales convenciones” que rigen las relaciones interestatales en procura del bien común. De esa norma, que constitucionalmente se ha incorporado al orden jurídico interno, surge una conclusión obvia: “del precepto invocado se deriva un derecho o interés legítimo e irrenunciable a favor de todo individuo -nacional o extranjero- y que es lo suficientemente específico para ser aplicado directamente por los llamados a hacer cumplidera la ley en su cabal sentido y alcance”. Así, en la medida en que Chile es signatario del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, en su territorio, el precitado artículo 27 del mismo, es ley chilena, y conforme a ella las minorías tienen incorporado a su patrimonio el derecho al trato no discriminatorio en forma amplia y genérica para practicar su propia vida cultural, costumbres, ritos y usanzas cualesquiera sea la nacionalidad de ellas. (Considerando séptimo). Que, no es superfluo acotar que, en la comunidad residente en Calama y todo su entorno inmediato al altiplano de la hermana República de Bolivia, un indesmentible principio de primacía de la realidad determina el respeto y cultivo de tradiciones propias e intransferibles de su propia cultura y modo de amar y sentir la vida diaria. No debe olvidarse, por lo demás, que el transcrito Art.27 se inspira en la igualdad ante la ley, requiriendo una acción positiva del Estado en resguardo de los grupos minoritarios que existan -y que de hecho- existen en él. Fundamentalmente, se traduce en la obligación del respectivo Estado de permitir a las personas pertenecientes a dichos, grupos manifestar sus diferencias de cultura e idioma. Ello es un derecho humano digno de total respeto y observancia en cualquier comunidad jurídicamente establecida. (Considerando Octavo).

COMENTARIO
En este caso nos encontramos en presencia de una causal de justificación puesto que las acusadas, aunque lo ignorasen, actuaron en ejercicio legítimo de un derecho, el derecho a desarrollar su cultura y su religión (Art. 10 N°10)²⁴⁵. Las alegaciones de la defensa y el fundamento del tribunal en orden a que las acusadas habrían incurrido en un error en los presupuestos de la causa de justificación, si bien ha servido para la absolución, no ha sido lo más adecuado a efectos de la aplicación de la normativa internacional protectora de derechos indígenas. Las acusadas no estaban en ningún error, ellas actuaban conforme a su cultura²⁴⁶. La alegación del MP en cuanto a que no es posible aplicar la LDI chilena a “indígenas bolivianas” si bien se adecua a la Ley 19.253 no sólo es conceptualmente correcta sino además revela un desconocimiento de la normativa internacional sobre derechos de los pueblos indígenas. En efecto, si bien la Ley 19.253 restringe la propiedad de “indígena” a los chilenos, el Convenio 169 no distingue si los individuos son chilenos o no, basta que pertenezcan a un pueblo originario. Se he sugerido como criterio interpretativo que el Convenio 169 al ser posterior a la Ley 19.253, suprime del ordenamiento jurídico aquellas normas legales que son incompatibles con su texto, este sería un caso claro de incompatibilidad.

²⁴⁵ Un amplio análisis de este fallo en Barrientos, I. “Licitud del porte u uso de la hoja de coca”. Rev. Política Criminal, N°5, 2008, pp.1-30. Disponible en www.politicacriminal.cl (fecha consulta, 11 junio 2010).

²⁴⁶ En esta opinión que compartimos, Barrientos, I. ob. cit., Lillo, R., ob. cit.

4.2.2 ERROR DE PROHIBICIÓN

La vía más usada por la defensa, y aceptada en doctrina²⁴⁷, es aquella que, dejando intacto el injusto penal, sitúa la defensa en el ámbito de la culpabilidad, vía error de prohibición o error de comprensión culturalmente condicionado.

Es importante que la defensa sepa distinguir entre las distintas clases de error dado que en algunos fallos examinados se advierte una confusión al momento de alegarlo²⁴⁸, y de fallarlo. Los errores en la alegación determinan a veces que los jueces no comprendan el fundamento de la exención o atenuación de responsabilidad que se reclama, y lo rechacen, o emitan fallos contradictorios, como ha sucedido en el caso antes tratado de las imputadas aymaras (C/ I.W.H.C. y L.A.H.C. SCA. Antofagasta, Rol 250-2007, de 05/11/2007). Nos estamos refiriendo a casos en los que la conducta puede ser atribuida a:

- a) A un desconocimiento total o parcial de la norma penal o de sus reformas. Esta invocación si bien no suele ser aceptada en virtud de la presunción de conocimiento del derecho, en el último tiempo se advierte una mayor tendencia en los tribunales para aceptar el error eximente de culpabilidad. Así por ejemplo, tratándose de indígenas que viven en comunidades que han sido penetradas por la religión católica o protestante, o más aún, que tienen a su alcance medios de comunicación social, los tribunales acuden a estos argumentos para negarla, argumentos, a nuestro juicio, que perfectamente pueden ser desvirtuados por la defensa²⁴⁹.
- b) Que el sujeto no comprende lo injusto de su actuar, no por desconocimiento de la norma, sino porque esta obedeciendo a una otra conciencia que lo determina en su actuar (carece de conciencia de la ilicitud).
- c) Que el sujeto cree estar amparado por una causal de justificación que en realidad no lo ampara

El error de prohibición es aquel que impide la comprensión de la antijuridicidad, esto es, la contrariedad de la conducta con el derecho, sin que se afecte el conocimiento de los elementos del tipo²⁵⁰. Más concretamente esta no comprensión de la antijuridicidad se traduce en la inexistencia de la conciencia de la ilicitud, la que en virtud del principio de culpabilidad ha de ser exigible al sujeto para atribuirle responsabilidad penal. La conciencia del injusto es la del injusto realizado²⁵¹, la exigibilidad de la misma implica un proceso de internalización de un determinado sistema de valores constituido culturalmente. Naturalmente, ya que se trata de proceso cultural, no todos los individuos internalizan el mismo tipo de normas. Lo anterior no significa que esto pueda, por regla general, conducir a la afirmación de la falta de culpabilidad del sujeto, pero si exige distinguir y precisar ciertos casos en la falta de internalización de valores no puede ser imputada el sujeto, por lo que el Estado no puede exigir en estos casos responsabilidad penal.

El error de prohibición puede ser de distintas clases, pudiendo mencionarse el que determina “una inexigibilidad de la comprensión de estar prohibido el acto mismo”²⁵², lo que supone, ciertamente, que el sujeto sabe lo que hace, es decir, que obra con dolo. A su vez este

²⁴⁷ Así Carnevalli, ob. cit., Zaffaroni, Alagia, Slokar, ob. Cit., Lillo, ob.cit.

²⁴⁸ Así alegación de la defensa en STOP Temuco, RIT 101-2005 Contra J.V.Ñ.Ñ., 23-1—20005; alegaciones del MP en SCA Calama, Rol, 250-2007, contra I.H.CH y L.H.CH, de 5-11-2007, SCA Puerto Montt, Rol 92-2008, contra J.Z.C., de 13-06-2008.

²⁴⁹ Castro, M. Vergara, J. (Eds.), Villegas, M., Albornoz, P. et. Al. Jurisprudencia Indígena. Cosmovisión y legislación, Programa de Antropología Jurídica Universidad de Chile. Ministerio de Justicia. Dic. 2009, p.78.

²⁵⁰ Zaffaroni, E.R.- Alagia, A- Slokar, A. Derecho penal. Parte General. Edit. Ediar, Buenos Aires, 2ª edición, 2002, p.733.

²⁵¹ Bustos, J.- Hormazábal, H. Lecciones de derecho penal. Edit. Trotta, Barcelona, 1997, p. 347.

²⁵² Zaffaroni, E.R.- Alagia, A- Slokar, A., ob.cit., p.734.

error de prohibición puede ser directo o indirecto. El error directo de prohibición es “el que recae sobre la norma misma”, mientras que el error indirecto de prohibición es aquel que consiste en “la falsa convicción de que opera en el caso una causa de justificación”²⁵³, esta causa de justificación puede existir, y bien se yerra sobre los presupuestos fácticos de la justificante –lo que la doctrina mayoritaria considera que debe tratarse bajo las reglas del error de tipo-, o bien no existe pero el sujeto cree que sí –este caso si debe ser tratado de acuerdo a las reglas del error de prohibición.

Excepcionalmente se ha admitido el error de prohibición en delitos relacionados con la demanda territorial, como el que sigue:

IMPUTADO/A	C/ J.B.Z.C.		
PUEBLO ORIGINARIO	Mapuche Huilliche (Isla Butacheuques)		
MATERIA	Delitos de usurpación y hurto de madera		
DESCRIPTORES	Error de prohibición; conciencia de ilicitud; calidad de indígena del imputado; Correcta ponderación de la prueba rendida		
NORMATIVA	Art. 1º, 458 Código Penal.		
TRIBUNAL		ROL / RIT / RUC	FECHA SENTENCIA
Corte de Apelación de Puerto Montt		92-2008	13/06/2008
DECISIÓN			
Rechaza recurso nulidad			
HECHOS			
El imputado ocupó territorio fiscal de un aserradero ubicado en la Isla Butacheuques, haciendo uso de la madera, porque era territorio que pertenecía a sus ancestros, lo que probó mediante testigos. Tribunal de primera instancia lo absuelve por considerar que actuó en error de prohibición. MP recurre de nulidad.			

CORTE DE APELACIONES DE PUERTO MONTT		
ARGUMENTO RECURRENTE (MP)	ARGUMENTO DEFENSA	FUNDAMENTO TRIBUNAL
Que la sentencia recurrida, señala esencialmente, que el imputado incurrió en un error de prohibición, atendido que no habría tenido conciencia de la ilicitud de su actuar. A su juicio, esta conclusión constituye una errónea aplicación del derecho, pues el propio sentenciador indica que el examen relativo a la configuración de un error de prohibición debe ser efectuado en el caso concreto, considerando aspectos como las condiciones culturales del agente, tales como su instrucción, valores, personalidad, edad, sexo, basando el supuesto error de prohibición del requerido en relación al delito de usurpación, es que se trataría de una “comunidad aislada”.	Debe ser rechazado el recurso porque, en su concepto, en la sentencia se hace una correcta aplicación del derecho, específicamente del artículo 1º del Código Penal.	El Juez de Garantía hizo un detallado análisis y ponderó de conformidad a lo dispuesto en el artículo 297 del Código Procesal Penal, los elementos de prueba que formaron su convicción acerca de la concurrencia, en el caso que nos ocupa, del error de prohibición en que se funda su decisión absoluta.

²⁵³ Ídem.

EXTRACTO
Que estos sentenciadores concuerdan con el Ministerio Público en que el error de prohibición es una situación excepcional y que debe analizarse caso a caso. En la sentencia recurrida, considerando vigésimo se señala que para efectos de dar cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 297 del Código Procesal Penal, en relación a lo que se resolverá en definitiva es menester señalar las condiciones culturales propias del imputado'. Pasando después a valorar lo declarado por el requerido J.Z.C, lo que reafirma con los dichos de T.L.N, y la testigo V.Z.C, concluye además de acuerdo a la prueba documental incorporada, la calidad de dirigente indígena del requerido. En los considerandos Vigésimo Quinto y Vigésimo Sexto, señala que en el caso del imputado Z.C, si bien éste ha incurrido en un acto típico y antijurídico, de acuerdo a lo señalado en el artículo 1° del Código Penal, este actuar no es culpable, éste incurre en error en cuanto a la licitud de su actuar, atendida específicamente el medio de vida y las condiciones en que se producen los hechos. En ese contexto estima que el imputado jamás pudo representarse la ilicitud de su conducta. Explica claramente circunstancias personales del requerido tales como que su familia ya se encontraba en ese lugar en donde se encuentra el aserradero, que sus antepasados ocuparon esas tierras mucho antes de 1912 cuando el Estado de Chile inscribió esas tierras como suyas, manifiesta que él toda su vida ha trabajado con madera aserrada, que el camino que da hacia el aserradero tiene al menos 150 años pues su abuelo fue quien lo ayudó a construir, que el aserradero al que hacen mención es una maestranza para hacer botes pues toda su vida ha trabajado como artesano en madera. El contexto en que ocurren los hechos es en una comunidad aislada en que la única posesión inscrita es la del Estado de Chile, reconociendo sólo solicitudes de gratuidad de terrenos, siendo el Estado de Chile propietario originario del territorio que compone la Isla Butacheuques. Si bien el imputado inició el trámite de regularización de su ocupación, esto respondía a un criterio que se estaba adoptando en la Isla Butacheuques por parte de todos sus ocupantes, con el fin de regularizar una situación de hecho. (Considerando quinto). Que, como puede advertirse el Juez de Garantía hizo un detallado análisis y ponderó de conformidad a lo dispuesto en el artículo 297 del Código Procesal Penal, los elementos de prueba que formaron su convicción acerca de la concurrencia, en el caso que nos ocupa, del error de prohibición en que se funda su decisión absolutoria, por lo que estos sentenciadores de acuerdo a los hechos que tuvo por acreditados el Juez a quo, estiman que éste no ha hecho una errónea aplicación del artículo 1º del Código Penal y en consecuencia no cabe más que concluir que no se configura la causal de nulidad del artículo 373 letra b) del Código Procesal Penal impetrada por el Ministerio Público, fundada en la errónea aplicación del derecho que haya influido sustancialmente en lo dispositivo del fallo. (Considerando sexto).
COMENTARIOS
Probablemente el hecho de que el territorio ocupado fuera de propiedad fiscal jugó a favor de la consideración del error de prohibición. Sin embargo no deja de ser alentador para la defensa el hecho que el tribunal lo haya acogido valorando la prueba: testigos y la presentación de demanda territorial por la comunidad antes de la ocupación, a fin de regularizar la propiedad.

4.2.3 ERROR DE COMPRENSIÓN CULTURALMENTE CONDICIONADO

En términos generales, el error de comprensión culturalmente condicionado excluye la culpabilidad cuando el sujeto por su cultura o sus costumbres no comprenda la criminalidad de su conducta o no se le pueda exigir que adecue su conducta a esta comprensión. En otros casos no excluye la culpabilidad pudiendo solo atenuarla²⁵⁴.

No se trata de un desconocimiento de la prohibición (ni total ni parcial), sino de la ausencia de internalización de la misma por parte del sujeto, por su pertenencia a una cultura distinta. La comprensión se exige cuando la persona tiene una posibilidad efectiva de incorporar el valor que la norma protege a su acervo psicológico, existiendo casos en los que la persona “conoce el desvalor, pero no puede proceder a su introyección”²⁵⁵, pues experimenta otra conciencia, una

²⁵⁴ Así lo expresa el Art. 19 del Anteproyecto de Código Penal Boliviano. En este sentido, en la doctrina comparada ampliamente Zaffaroni, E.R. - Alagia, A- Slokar, A., ob. cit., En doctrina chilena, Barrientos, I. “Licitud del porte u uso de la hoja de coca”. Rev. Política Criminal, Nº5, 2008, pp.1-30. Disponible en www.politicacriminal.cl (fecha consulta, 11 junio 2010).

²⁵⁵ Zaffaroni, E.R. “Consideraciones acerca del reconocimiento del pluralismo cultural en la ley penal”, ob.cit.

conciencia disidente²⁵⁶. La conciencia disidente tiene relevancia cuando el autor está convencido que obra amparado por una causa de justificación que le dispensa del cumplimiento de una norma, esto es, “cuando se encuentra en un error indirecto de prohibición en razón de suponer falsamente la existencia de una justificante no reconocida por el derecho. Se trata del incumplimiento de una norma por sentirlo como deber de conciencia “disidente”.

Los efectos exculpantes de este error no concurren cuando “el sujeto haya tenido la posibilidad de internalizar los valores del sistema en un grado razonablemente exigible”²⁵⁷. Si era jurídicamente posible exigirle esa comprensión, el injusto será reprochable, y el grado de reprochabilidad necesariamente afectará el grado de exigibilidad. El efecto inverso se produce respecto de una forma de comprensión de acuerdo a reglas culturales diversas, de esta forma, según Zaffaroni, “el sujeto que experimenta como un deber de conciencia la necesidad de cometer el injusto debe realizar un esfuerzo mucho mayor para evitarlo que el correspondiente a quien comete el injusto sin experimentar esta vivencia”²⁵⁸. Por tanto, la conciencia disidente es al menos una causa de disminución de la culpabilidad (atenuante).

Existen también casos en los que esta conciencia disidente tenga el efecto de excluir la culpabilidad, lo que sucedería cuando “el esfuerzo que hubiese debido realizar el autor sea de magnitud tal que surja claramente su inexigibilidad jurídica y por tanto quede excluida la reprochabilidad” (error de prohibición invencible).

Si bien la tesis de Zaffaroni conduce a afirmar la falta de culpabilidad del sujeto cuando el sujeto no pudo conocer la norma por razones culturales, parece mejor, en el caso de los pueblos originarios, de denominar la “conciencia” de otra forma. El calificativo “disidente” parece aludir más a una concepción política del conocimiento, ello si bien puede referirse a los pueblos indígenas también puede referirse a otro tipo de grupos sociales. Para hacer justicia al enfoque multicultural, parece mejor referirse a una “conciencia culturalmente integrada de forma diversa”, de forma que capte el sentido de cultura que se ha dado al inicio de este trabajo. En consecuencia, este tipo de error no podría ser aducido por cualquier individuo, sino sólo por aquellos grupos culturalmente diversos en el sentido del concepto estricto de cultura.

El error de comprensión culturalmente condicionado es entonces causal de falta o atenuación de culpabilidad, porque lo que no puede exigírsele al indígena es la comprensión (internalización) del injusto en su totalidad, no sólo por una cuestión fáctica relativa a la forma cómo podría haber llegado a tener conocimiento del injusto porque por ejemplo vivía en un lugar aislado, sino porque tiene derechos legal y constitucionalmente reconocidos para desarrollar su propia cultura –con los límites que se han dicho precedentemente sobre la costumbre indígena- y mantenerla.

4.2.4 LA ATIPICIDAD

Excepcionalmente, en algunos casos, puede argumentarse la atipicidad de la conducta por ausencia de dolo, debido a la presencia de un Error de Tipo Culturalmente Condicionado. Este error dice relación con la dificultad o impedimento que tiene el sujeto para reconocer los elementos constitutivos del tipo penal, en razón de sus condicionamientos culturales²⁵⁹. Se trata pues de un problema de conocimiento (y no de comprensión). Tal es el caso de tratamientos curativos con resultados de lesiones.

²⁵⁶ Zaffaroni, E.R.- Alagia, A- Slokar, A. Derecho penal. Parte General. Edit. Ediar, buenos Aires, 2ª edición, 2002, pp.736-737

²⁵⁷ Ibidem, p.737

²⁵⁸ Ibidem, p.738

²⁵⁹ Así el Art. 19 del Anteproyecto de Código Penal Boliviano.

Veamos el siguiente caso, en el que la defensa alegó tanto el error de tipo como el de prohibición.

IMPUTADO/A	C/ J.V.Ñ.Ñ.
PUEBLO ORIGINARIO	Mapuche (Chile)
MATERIA	Delitos sexuales; tipicidad; antijuridicidad
DESCRIPTORES	Delitos contra la indemnidad sexual; Violación; error de prohibición/error de tipo en atención a calidad indígena del imputado;
NORMATIVA	CP Art.11 Nº 6; CP Art.68 bis; CP Art.362

TRIBUNAL	ROL / RIT / RUC	FECHA SENTENCIA	DECISIÓN
Fallo Tribunal Oral en lo Penal de Temuco	RIT 101-2005	23/11/2005	Condenatoria

HECHOS
Que, 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, accediéndola carnalmente por vía vaginal. Que estos hechos, en concepto del acusador fiscal, configuran el delito de violación, previsto y sancionado en el artículo 362 del Código Penal ,que le beneficia la atenuante del articulo 11 Nº 6, esto es su irreprochable conducta anterior. Por lo que solicitó que se le aplique una pena de 5 años y un día de presidio mayor en su grado mínimo y las accesorias legales y costas, como autor del delito precitado.

Argumento acusación	Argumento Defensa	Fundamento Tribunal
Los hechos referidos configuran el delito de violación en perjuicio de M.J.M.R, previsto y sancionado en el artículo 362 del Código Penal, debido a que se accedió carnalmente por vía vaginal a una mujer menor de 14 años, ilícito en el cual ha correspondido al imputado J.V.Ñ.Ñ. participación y responsabilidad de autor, por haber intervenido en su ejecución de una manera inmediata y directa.	Que ambos, viven en una comunidad relativamente aislada, es una comunidad indígena – pehuenche-, a su vez la ley 19.253 (Indígena) estableció normas especiales en materia de familia de acuerdo a sus costumbres (art 1 ley), también normas especiales en materia penal, por lo que debe tomarse en cuenta la cultura e idiosincrasia al aplicar una eximente. Asimismo, la menor tenía 13 años y 10 meses al momento de los hechos, por lo que debe dictarse sentencia absolutoria porque no concurren los elementos del delito. Agregó que el propio Fiscal Nacional, por oficio de 28. Enero de 2005 señaló que en el artículo 362 deberá ponderar el tribunal, la situación de error de tipo (Ej., pensar que tenía más de 14 años, por apariencia) o error de prohibición.	En cuanto al eventual error de tipo y/o prohibición que invoca la defensa, y que Doctrina en algunos casos acepta, en la especie estos sentenciadores estiman no se presenta, ya que como ha quedado demostrado el imputado vive en una comunidad Pehuenche, a no más de 2 o 3 kilómetros de la localidad de Lonquimay, tiene en su hogar aparatos de televisión y radio, que lo conectan al resto del país y al mundo, manteniendo contacto con organismos de la Comuna donde habita.

EXTRACTOS FALLO TOP TEMUCO
Que, 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 8º de Código Civil, nadie puede alegar ignorancia de la misma; a su vez, el artículo 5º del Código Procesal Penal señala que “ la ley penal chilena es obligatoria para todos los habitantes de la República, incluso para los extranjeros...”. “Ahora, en cuanto al eventual error de tipo y/o prohibición que invoca también la defensa, y que Doctrina en algunos casos acepta, es 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. Además, J.Ñ. , era una persona casada, aunque no vivía con su mujer, con dos hijos, uno de ellos compañero de curso de la menor, a la que conocía desde hace bastante tiempo ya que vivía en la comunidad, por lo que no podía existir un error en cuanto a la edad de la misma. 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 mal aún, fue desvirtuado por los dichos de la propia madre de la víctima. Por todo ello, no se dará lugar a la petición de absolucón solicitada por la defensa. (Considerando undécimo)”. Que, 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 8º de Código Civil, nadie puede alegar ignorancia de la misma; a su vez, el artículo 5º del Código Procesal Penal señala que “ la ley penal chilena es obligatoria para todos los habitantes de la República, incluso para los extranjeros...”. “Ahora, en cuanto al eventual error de tipo y/o prohibición que invoca también la defensa, y que Doctrina en algunos casos acepta, es 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. Además, J.Ñ. , era una persona casada, aunque no vivía con su mujer, con dos hijos, uno de ellos compañero de curso de la menor, a la que conocía desde hace bastante tiempo ya que vivía en la comunidad, por lo que no podía existir un error en cuanto a la edad de la misma. “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 mal aun, fue desvirtuado por los dichos de la propia madre de la víctima. Por todo ello, no se dará lugar a la petición de absolucón solicitada por la defensa. (Considerando undécimo)”

COMENTARIOS
La defensa invocó el error de tipo y el de prohibición. La invocación del error de tipo tal vez debió fundamentarse un poco más en el sentido que se trata de un error de tipo “culturalmente condicionado”, y no de un mero desconocimiento de que se había aumentado la edad en los delitos de violación en una reforma que probablemente el sujeto no conocía, pues este desconocimiento puede ser común a no indígenas e indígenas, siendo precisamente esto lo que consideró el tribunal para rechazarlo. El tribunal argumenta que el indígena “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”. Lo que está diciendo es que el sujeto no puede desconocer la norma porque al igual que los no indígenas está conectado con el mundo, o por lo menos, tuvo la posibilidad de conocer el contenido de la norma precisamente por haber estado “conectado” al mundo de la ciudad. De haberse alegado como un “error de tipo culturalmente condicionado” probablemente habría sido más difícil para el tribunal rechazarlo. No es un simple desconocimiento de la norma, sino un desconocimiento que va apoyado por el hecho de pertenecer a una cultura en la que no es ilícito mantener relaciones sexuales con una menor de 13 años, por lo demás, mediaba el consentimiento de la víctima, consentimiento que se daba precisamente en el marco de la cultura. Recordemos que el consentimiento es causal de atipicidad, y que en este caso, aún cuando se tratare de una menor, ella pertenece a una cultura determinada. Incluso más, de haber conocido la norma el sujeto, podría haberse alegado error de comprensión culturalmente condicionado. No reconocer que el indígena tiene derecho a mantener y desarrollar sus costumbres, significa negárselo, sobre todo cuando no se dan los supuestos en que se admiten los límites a la costumbre indígena.

4.3 CONSIDERACIONES ESPECIALES SOBRE DELITOS COMETIDOS EN CONTEXTO DE DEMANDAS TERRITORIALES

4.3.1 LA AMPLIACIÓN DEL CONCEPTO DE PROPIEDAD Y LOS CONFLICTOS DE PROPIEDAD

En el Título III –*vid. supra 3.1.4.2 Parte I-*, cuando se analizaron los derechos territoriales y la propiedad indígena en el derecho chileno, se desarrolló el punto relativo a la extensión del concepto de propiedad hacia la propiedad ancestral indígena, tanto desde el punto de vista constitucional como en la jurisprudencia de la Corte Interamericana. Ahora bien, esto conlleva la eventual superposición de propiedades -la propiedad privada conforme al código civil, frente a la propiedad ancestral indígena reconocida en el derecho internacional de los derechos humanos- y el consiguiente conflicto. A este respecto, la Corte Interamericana ha sostenido que ambos tipos de propiedad quedan comprendidos en la garantía del artículo 21 de la Convención Americana y que por lo tanto la cuestión debe resolverse en una ponderación de los derechos en juego²⁶⁰. En este examen debe tenerse especial consideración al hecho que:

“[a]l desconocerse el derecho ancestral de los miembros de las comunidades indígenas sobre sus territorios, se podría estar afectando otros derechos básicos, como el derecho a la identidad cultural y la supervivencia misma de las comunidades indígenas y sus miembros”.²⁶¹

La legitimidad de las dos propiedades hace necesario revisar la forma en que actúa el derecho penal para proteger el bien jurídico propiedad, toda vez que dicha protección está construida sobre la base de una noción monista de la misma, que excluye la posibilidad de concurrencia de dominios.²⁶² Así por ejemplo, en los casos de ocupaciones en el marco de reivindicaciones territoriales indígenas, la figura de la usurpación, que descansa sobre la distinción entre legítimo dueño, poseedor o tenedor, constituye un asunto discutido, por lo que puede configurarse una cuestión civil pendiente que da origen al sobreseimiento temporal de la causa.²⁶³

²⁶⁰ Caso Yake Axa vs. Paraguay, párr. 146.
²⁶¹ Ídem, párr. 147.
²⁶² La doctrina clásica del derecho civil, describe el dominio como un derecho real, absoluto, exclusivo y perpetuo (PENAILILLO A., Daniel, Los Bienes, la propiedad y otros derechos reales, editorial jurídica, 4ª edición, 2006).
²⁶³ Artículo 171 y 252 letra a) del Código Procesal Penal.

Por otra parte, cuando se acusa de usurpación o robo de madera a miembros de una comunidad indígena que ocupa sus territorios ancestrales, hay dos vías para solicitar una exención de responsabilidad penal:

a) De un lado, puede concurrir la causal justificante del artículo 10 N° 10 del Código Penal (se ejerce el legítimo derecho a su propiedad ancestral) fundado en que las normas que reconocen la propiedad ancestral indígena están contenidas en tratados internacionales vigentes y ratificados por Chile (Convención Americana y Convenio N° 169 de la OIT) y en la propia Constitución (artículo 19 N° 24 a la luz del artículo 1° y 5°), por lo que sus normas son autoejecutables en tanto límites al ejercicio de la soberanía²⁶⁴. A lo más podría discutirse su justiciabilidad, esto es, el rol de que los jueces tienen en relación a su protección, pero no su vigencia en cuanto derecho²⁶⁵. De ahí que la aplicación de estas figuras típicas en estos casos constituya una criminalización de la protesta social mapuche, la cual le ha valido la reprobación de la comunidad internacional²⁶⁶.

b) De otro lado, puede invocarse el error de prohibición indirecto (culturalmente condicionado), por cuanto se actúa en el entendido que su conducta está justificada desde que su derecho a la recuperación de las tierras está consagrado en el ordenamiento jurídico chileno mediante la recepción del derecho internacional.²⁶⁷ Este argumento se ve reforzado por el hecho que dicho derecho a la recuperación se concreta en Chile mediante dos mecanismos, uno constitucional y otro legal: la expropiación justificada en el interés nacional (de permitir el ejercicio de sus derechos a los pueblos indígenas)²⁶⁸ y el Fondo de Tierras y Aguas establecido en la LDI. Esto último es especialmente relevante, toda vez que en su artículo 20 letra b) establece como objetivo de dicho Fondo:

Financiar mecanismos que permitan solucionar los problemas de tierras, en especial, con motivo del cumplimiento de resoluciones o transacciones, judiciales o extrajudiciales, relativas a tierras indígenas en

²⁶⁴ En este sentido la Iniciativa Interdisciplinaria en conflicto mapuche y derecho penal del Programa Domeyko, U. Chile ha dicho: “De acuerdo a nuestra visión, en las ocupaciones de territorio ancestral existe una causal de justificación (y no un error de prohibición como proponen los tribunales), basada en el ejercicio legítimo de un derecho (Art. 10 N°10 del Código Penal), causal de justificación que elimina la antijuridicidad de la conducta. Estamos conscientes que contra esta postura puede argumentarse que se trata de una hipótesis de realización arbitraria del propio derecho...objetamos esta idea toda vez que la tal “arbitrariedad” en el ejercicio del derecho es inexistente. El derecho internacional vigente en Chile, especialmente a través del Convenio 169, reconoce a través de su aplicación e interpretación por la CIDH el derecho de los indígenas a sus territorios ancestrales y el derecho a la recuperación de éstos cuando han sido ilegítimamente despojados de ellos, normas todas las cuales limitan el ejercicio de la soberanía del Estado conforme al Art. 5 inciso 2 de la CPRCH. Por tanto, son los ocupantes (comuneros) – y no otros (forestales, particulares)- los dueños de los terrenos ocupados. De esta forma, si bien puede quedar colmada la tipicidad en un delito de usurpación (y aún ésta es discutible), la antijuridicidad no puede colmarse, ni en su aspecto formal (toda vez que no se trataría de un acto contrario al ordenamiento jurídico de acuerdo a la normativa internacional y constitucional citada), ni tampoco en su aspecto material (toda vez que no existiría lesión a un bien jurídico, ya que ese bien jurídico pertenece a los comuneros)”. “El ejercicio de derechos como acto subversivo”. Informe Final “Iniciativa interdisciplinaria en conflicto mapuche y derecho penal” (Inv. Responsable M. Villegas). Sub programa Sujetos y Actores Sociales (Dir. Kemy Oyarzún). Programa Domeyko (Dir. Iniciativa transversal Bernardo Amigo), Facultad de Filosofía y Humanidades- Fac. de Derecho, Universidad de Chile, enero 2010.

²⁶⁵ “Ahora bien, que un tratado sea autoejecutable no significa que los derechos humanos que contiene sean todos plenamente justiciables. Y, a la inversa, las dificultades que puedan encontrarse en términos de justiciabilidad de un cierto derecho humano cuyo origen se encuentra en el Derecho internacional no ponen en duda su auto-ejecutabilidad. La teoría de la auto-ejecutabilidad es una decisión jurídico-política que impide que un tratado/norma se incorpore al orden interno. Pero de reconocerse su incorporación —como se sigue del artículo 5°—, la justiciabilidad de sus derechos debe ser evaluada conforme a las mismas reglas que aplican a los demás derechos fundamentales reconocidos por el orden interno.” (Montt Santiago, y Matta, Manuel, ob. cit., p. 23)

²⁶⁶ Ver entre otros, informe del relator especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas, Sr. Rodolfo Stavenhagen, presentado de conformidad con la resolución 2001/57 de la Comisión. Misión a Chile, [pdf],

<[http://www.unhchr.ch/Huridocda/Huridoca.nsf/0/f4f5bfb1fcea0ddc1256e5b003b1644/\\$FILE/G0317094.pdf](http://www.unhchr.ch/Huridocda/Huridoca.nsf/0/f4f5bfb1fcea0ddc1256e5b003b1644/$FILE/G0317094.pdf)>, [consultado el 9 de junio de 2010]; también HUMAN RIGHTS COUNCIL, Universal Periodic Review. Report of the Working Group on the Universal Periodic Review (Chile), A/HRC/12/10, 4 de junio de 2009.

²⁶⁷ Vid supra, n.

²⁶⁸ Por la expropiación como mecanismo adecuado de restitución de tierras, MONTT, Santiago y MATTA, Manuel, ob. cit., p. 49.

que existan soluciones sobre tierras indígenas o transferidas a los indígenas, provenientes de los títulos de merced o reconocidos por títulos de comisario u otras cesiones o asignaciones hechas por el Estado en favor de los indígenas.

Esta norma ha sido entendida en la práctica como la que autoriza al Estado a adquirir tierras en conflicto.²⁶⁹ Para generar un conflicto, el camino más seguro es la ocupación de hecho, por lo que los indígenas tienen buenas razones para pensar que su conducta está amparada por el derecho.²⁷⁰ En entrevista sostenida con jueces de la zona de la Araucanía, la mayoría se muestra reacio a considerar la existencia de un error de prohibición culturalmente condicionado, sin embargo, un juez de tribunal superior, puesto ante la disyuntiva de usurpación de un territorio ancestral sobre el cual se tuviera título de merced, se manifestó abierto a la posibilidad de considerar un error de prohibición culturalmente condicionado, siempre que se contare con algún elemento probatorio. Dentro de estos elementos probatorios se sugiere el título de merced (disponibles en CONADI) y testimonios de ancianos de la comunidad²⁷¹. A mayor abundamiento, se cuenta con el fallo antes comentado (Caso Isla Butacheuques, S. Corte de Apelación de Puerto Montt, Rol 92-2008 de 13/06/2008). De esta forma, los casos que a continuación se señalan, podrían haberse resuelto de mejor manera.

CASO 1

IMPUTADO/A	C/ H.C.Q.
PUEBLO ORIGINARIO	Mapuche, Lleupeuco, Padre las Casas IX Región
MATERIA	Tierras Indígenas; Usurpación no violenta; Daños Calificados; Interpretación de la Ley Penal
DESCRIPTORES	Recuperación de Tierras; Improcedencia de argumentos Histórico-antropológicos; delito de usurpación no violenta queda subsumido en el delito de daños; Concurso Aparente de leyes penales.
NORMATIVA	CPP Art.485 Nº 4; CPP Art.458; CPR Art.73

TRIBUNAL	ROL / RIT / RUC	FECHA SENTENCIA	DECISIÓN
Fallo Tribunal Oral en lo Penal de Temuco	RIT 19-2002	14/06/2002	Condenatoria

HECHOS
Ministerio Público sustentó su acusación basado en que aproximadamente a las 03:00 horas del día 13 de enero de 2001 un grupo de 15 a 20 personas, -entre los que se encontraban los acusados- ingresó al predio o fundo Santa Margarita, propiedad de J.L.V., instalando en uno de sus potreros carteles que proclamaban la recuperación de sus tierras y de paso destruyeron más de cuatro mil metros de alambre de púa de tres puntas, cortando éste cada dos metros de distancia, para inutilizarlo; más de 150 estacas de pino insigne impregnado y una plantación de alfalfa cortada que se encontraba sin ensilar. Señaló que estos actos de usurpación y de destrucción se prolongaron desde las 03:00 de la madrugada hasta las 18:30 horas del mismo día 13 de enero de 2001, ocasión en que fueron desalojados por un contingente de Fuerzas Especiales de Carabineros que lograron detener a los tres acusados, incautándose en el sitio del suceso

²⁶⁹ Esto se desprende del documento de CONADI, La Política de Tierras de la Corporación Nacional de Desarrollo Indígena. En este se establece que la “reposición de tierras con problemas [...] Se refiere a la aplicación de la letra 'b' del artículo 20° de la ley indígena actual, mediante la cual se pueden resolver los problemas de tierras A, B, C y D” (pp. 22s). El mismo documento especifica que las tierras tipo D son: “Tierras ocupadas de hecho antigua o recientemente por comunidades indígenas” y que “en la mayoría de los casos los efectos de los juicios instaurados por privados son desfavorables a los indígenas debido a que los tribunales se amparan en la posesión inscrita de los títulos de las tierras en litigio. Como consecuencia se solicita la expulsión y la restitución de las mismas.” (p. 5)

²⁷⁰ Montt y Matta han llamado la atención sobre el hecho que el Fondo de Tierras y Aguas es un “diseño [que] se aprecia como propicio para producir una escalada de conflictos étnico-territoriales: un subsidio creado sobre la base de 'conflictos jurídicos' promueve los 'conflictos jurídicos'.” (Ob. cit., p. 37)

²⁷¹ Entrevista Presidente Corte de Apelaciones de Temuco. Julio 2010.

HECHOS
diversas evidencias que dan cuenta de los hechos materia de la acusación. Expresó el Fiscal que los hechos descritos son constitutivos de los delitos de usurpación no violenta y de daños calificados, sancionados en los artículos 458 y 485 Nº 4 del Código Penal, en concurso material, perpetrados en calidad de autores por los acusados, de conformidad a lo establecido en el artículo 15 Nº 1 del mismo cuerpo legal. En atención a que no les perjudican circunstancias agravantes y en cambio les beneficia la atenuante contemplada en el número 6º del artículo 11 del Código Penal, solicitó se les aplique la pena de multa equivalente a seis unidades tributarias mensuales por la usurpación y la pena de quinientos cuarenta y un días de reclusión menor en su grado medio por los daños.

TRIBUNAL ORAL EN LO PENAL DE TEMUCO		
ARGUMENTO ACUSACIÓN	ARGUMENTO DEFENSA	FUNDAMENTO TRIBUNAL
Que aproximadamente a las 03:00 horas del día 13 de enero de 2001 un grupo de 15 a 20 personas, - entre los que se encontraban los acusados- ingresó al predio o fundo Santa Margarita, propiedad de J.L.V. , instalando en uno de sus potreros carteles que proclamaban la recuperación de sus tierras y de paso destruyeron más de cuatro mil metros de alambre de púa de tres puntas, cortando éste cada dos metros de distancia, para inutilizarlo; más de 150 estacas de pino insigne impregnado y una plantación de alfalfa cortada que se encontraba sin ensilar. Los hechos descritos son constitutivos de los delitos de usurpación no violenta y de daños calificados.	Haciendo una reseña histórica de leyes dictadas en 1852 y 1865, e interpretando las Constituciones de 1833 y 1925 que rigieron en la República de Chile con anterioridad a la actualmente vigente, que data de 1980, adujo que el fundo Santa Margarita se encuentra emplazado en un territorio ubicado al sur del río Bío-Bío y por ende, no es chileno, sino indígena, razón por la cual no pueden aplicarse en él las normas del Código Penal ni del Código Civil; de allí que la investigación llevada adelante por el Fiscal adolece de nulidad absoluta y el tribunal ante el cual se desarrolla este juicio carece de jurisdicción para juzgar hechos ocurridos a sus comunidades indígenas en esta provincia, por cuanto se encuentra fuera del territorio de la República.	La inconmensurabilidad de las cuestiones histórico-antropológicas con las propiamente jurídicas y de acuerdo a las cuales debe resolverse este conflicto particular, por mandato de la Norma Jurídica Fundamental y por la Ley Orgánica Constitucional del Poder Judicial de la República de Chile, torna de todo punto de vista improcedente la argumentación de fondo de la defensa de los acusados en este juicio.

EXTRACTOS
Que, toda vez que este tribunal estima inconducentes los planteamientos de orden histórico señalados por la defensa en cuanto a alegar la vigencia, aun sea indirecta, de las Constituciones de 1833 y de 1925, en relación con las normas regulatorias de la ocupación de las tierras de La Araucanía como modo originario de adquirir el derecho real de dominio sobre inmuebles del Código Civil, comprendidas sus limitaciones relativas a las tierras existentes al sur del río Bío Bío, según el espíritu del legislador de la época; no se hará cargo en sede jurisdiccional de aquéllos, como quiera que, por su naturaleza exceden los marcos propios en el que deben resolverse los mismos en nuestro ordenamiento jurídico actualmente en vigor, esto es, el que se funda en la Constitución Política de la República de Chile de 1980 y sus modificaciones posteriores. La inconmensurabilidad de las cuestiones histórico-antropológicas con las propiamente jurídicas y de acuerdo a las cuales debe resolverse este conflicto particular, por mandato de la Norma Jurídica Fundamental y por la Ley Orgánica Constitucional del Poder Judicial de la República de Chile, torna de todo punto de vista improcedente la argumentación de fondo de la defensa de los acusados en este juicio, no obstante haberse dado total cumplimiento a lo ordenado por el artículo 8º del nuevo Código Procesal Penal en cuanto a observar la plena cautela de sus derechos en el ámbito de sus respectivas defensas; habiendo éstos, además, intervenido personalmente en las mismas, tanto en los alegatos de apertura, rendición de sus pruebas testimoniales, como en los alegatos de clausura de esta Audiencia. (Considerando Quinto). Que, el hecho descrito en el fundamento que antecede configura únicamente el delito de daños calificados, conducta descrita por el artículo 485 Nº 4 del Código Penal y sancionada en el inciso 1º del mismo precepto con pena de reclusión menor en sus grados medio a máximo y multa de once a veinte unidades tributarias

EXTRACTOS
mensuales, puesto que varios individuos que obraron como "cuadrilla", ocultando su rostro tras antifaces o pasamontañas para evitar ser reconocidos, actuando con ánimo de destrucción, ingresaron subrepticamente y de madrugada a una porción de terreno despoblado de propiedad ajena y causaron destrozos en cercos y cosecha de alfalfa, que se tradujeron en un deterioro o menoscabo de aquéllos y en la inutilización de la cosecha. En esta acción ilícita le correspondió a los acusados H.C.Q., D.T.Q y J.S.T.C., participación y responsabilidad de autores, por haber intervenido en su ejecución de una manera inmediata y directa. (Considerando Noveno). Que, por la forma en que se viene razonando, este tribunal no hará suya la calificación propuesta por el Ministerio Público y la parte querellante, en cuanto al acusar estimaron que los hechos antes referidos son constitutivos también del delito de usurpación no violenta, tipificada en el artículo 458 del Código Punitivo, por cuanto los hechores, para lograr su propósito de destrucción de aquellos bienes, debieron necesariamente ingresar en la propiedad ajena, resultando esta figura subsumida en aquélla; configurándose en consecuencia, a juicio de este tribunal, tan solo un concurso aparente de leyes penales, esto es, una materia propia de la interpretación de la ley penal. (Considerando décimo).

COMENTARIO
Sin perjuicio de los argumentos históricos y antropológicos de la defensa, éstos habrían sido más útiles si se apoyaran en la normativa internacional y el bloque de constitucionalidad relativa a la propiedad indígena, en términos tales de sostener la existencia de una causal de justificación (Art. 10 N°10), está ejerciendo su legítimo derecho a recuperar el territorio. En subsidio, podría haberse sostenido la concurrencia de la causal de justificación incompleta como atenuante. En subsidio, se podría alegar un error de comprensión culturalmente condicionado, en cuya virtud la culpabilidad o bien podría quedar excluida o atenuada en relación con el Art. 10 N°10 y Art. 11 N°1 del Código penal. En efecto, estas personas ocupan un predio por asistírselas la convicción de que es propio por haber tenido título de merced en algún momento o por haber pertenecido a sus ancestros. No desconocen que actualmente existe un título de dominio a favor de un no indígena, sino que no ha logrado internalizar que el terreno-conforme al derecho interno- pertenece a otro. Cree pues estar obrando amparado en el ejercicio legítimo de un derecho (Art. 10 N°10 CP). Si se tiene título de merced, es bueno acompañarlo como antecedente probatorio. Si lo usurpado es territorio ancestral, acompañar testigos, ojalá ancianos(as) pertenecientes a la comunidad.

CASO 2

IMPUTADO/A	c/ L.A.LI. y V.A.LI.
PUEBLO ORIGINARIO	Mapuche
MATERIA	Hurto
DESCRIPTORES	Hurto de madera- configuración de hurto por ingreso a predio- configuración de hurto por apropiación- configuración por inexistencia de fuerza-
NORMATIVA	Arts. 432, 446 N°1, 446 N°2 P- Art. 11 N°6 CP- Art. 546 N°2 Código de Procedimiento penal

TRIBUNAL	ROL / RIT / RUC	FECHA SENTENCIA	DECISIÓN
Tribunal de letras de Collipulli	28.993 acumulada Rol 29.241	4-05-2001	Condenatoria
Corte Suprema	1257-2002	19/02/2003	Inadmisile casación en la forma y en el fondo

HECHOS
Delito 1º: Los hechos que dieron origen a esta causa, ocurrieron el día 04 de diciembre de 1998, en horas de la tarde, cuando un grupo de mapuche ingresaron a la parcela Nº 7 del Fundo San Jorge, ubicado en la localidad de Victoria Unida de esta comuna, liderados por el Lonko L.A.Ll. y su hermano V.A.Ll, talando aproximadamente 37 árboles de eucaliptos de 5 años. El denunciante R.M.C., supervisor de Forestal Mininco avalúa los daños en \$ 185.000. Delito Nº 2: El día 29 de junio de 1999 como a las 13,00 horas don A.R.O., sorprendió a su grupo aproximadamente 15 personas en el interior de la parcela Nº 7, San Jorge, efectuando trabajos de cosechas de eucaliptos de 6 a 7 años y dos camionetas cargadas con metros rumas, además en el lugar habían 20 metros aproximadamente en rumas de eucaliptos y una cantidad considerable de árboles, aún sin ser trozados, manifestando los trabajadores que los había contratado V.A. Se fotografió a los trabajadores. Deduce querrella Forestal Crecex.

TRIBUNAL DE LETRAS DE COLLIPULLI		
ARGUMENTO ACUSACIÓN	ARGUMENTO DEFENSA	FUNDAMENTO TRIBUNAL
La parte querellante deduce acusación en contra de L.A.LL. y V.A.LL. como, autores del delito de robo con fuerza en lugar no habitado en perjuicio de Forestal Crecex S.A., denunciado el día 09 de diciembre de 1998. Asimismo deduce acusación particular en contra de Víctor Manuel Ancalaf Llaupe, como autor del delito de robo con fuerza en lugar no habitado, en perjuicio de Forestal Crecex S.A. denunciado el día 29 de junio de 1999.	Solicita absolución respecto del delito de hurto cometido el día 04 de diciembre de 1998, ya que se trató de una ceremonia religiosa propia de los mapuches, cual es un nguillatún, realizada en la parcela Nº 7 del Fundo San Jorge, que se trató de poca madera talada, y que al decir de Luis Ancalaf a fs. 45, fueron sacadas desde las parcelas Nº 4 y 5, donde existen cortinas de eucaliptos y porciones de árboles menores a media hectárea en diversos lugares. En su declaración indagatoria de fs. 7, Luis Ancalaf Llaupe, explica que ellos se encontraban realizando un nguillatún y que para financiar gastos mínimos cortaron algunos árboles, se vendieron específicamente 7 metros. No existen pruebas que se produjo una tala ilegal en la parcela Nº 7. En cuanto a la acusación de oficio, en relación al delito de hurto cometido el día 29 de junio de 1999, y subsidiariamente a la acusación particular, si ésta estuviera planteada en forma, solicita la absolución de sus defendidos, puesto que su defendido Víctor Ancalaf, no reconoce su participación en los hechos (fs. 123). Que no se trata de un delito de robo con fuerza, como lo califica acertadamente la Ilustrísima Corte de Apelaciones de Temuco, a fs. 251, y lo califica como hurto.	Se trata de delito de hurto de Art. 432 en relación arts. 446 Nº1 y 2 CP, pues no hubo ni fuerza ni intimidación. No acoge atenuante de irreprochable conducta anterior como muy calificada por estimar que Luis Ancalaf no es una persona destacad dentro de la comunidad.

EXTRACTOS
“La participación de los encausados ha quedado acreditada con sus declaraciones que se indican: L.A.LL. , manifiesta que le vendió 7 metros de eucaliptos a don M.O.S. , estos metros fueron cortados por la Comunidad Indígena Choin Lafquenche, ya que se encontraban en el Fundo San Jorge efectuando un nguillatún y para poder costear este nguillatún cortaron esos árboles. Sabe que el predio es de Forestal Mininco, pero lo hicieron por necesidad, estuvieron en el predio desde el viernes 4 de diciembre de 1998 hasta la fecha de la declaración (10 de diciembre de 1998), habían alrededor de 150 personas las que estaban saliendo y entrando, estarían allí hasta que lleguen a una conversación con la Forestal para que les vendan ese predio por intermedio de la Conadi o Gobierno. Hasta la fecha han cortado más o menos unos 40 árboles los que transformaron en los 7 metros rumas que vendieron y los cuales no han sido pagados, porque el Sr. O. tenía que venderlos primero.

EXTRACTOS
Octavo: Que, este sentenciador no comparte el criterio de la defensa en cuanto a que los procesados no hayan tenido participación en los hechos investigados, que el daño haya sido mínimo, puesto que en autos hay prueba suficiente, no sólo presunciones, sino que prueba de testigos presenciales, informes periciales, y aun más antecedentes como fotografías e informes policiales que acreditan los hechos punibles. Es más, en autos se ha acreditado que se procuró por los encausados hacer desaparecer pruebas incriminatorias al destruir el camión Chevrolet rojo, patente FC-2612, modelo Apache, encontrándose el parabrisas y dos puertas ocultas en el segundo nivel de la casa de V.A. (fs. 164). Que, motoristas de Carabineros el 04 de diciembre de 1998, constataron un nguillatún en terrenos de Forestal Mininco, siendo atacados por mapuches. Por otra parte, incluso se realizaron inspecciones oculares del tribunal que constataron el rompimiento de cercos y caminos de entrada a la parcela N° 7 y 9 por donde se entraba y sacaba la madera que en las fotos se aprecian en su real magnitud (fs. 525 a 527, 532 y 532 vta), respecto del delito N° 2. Que, se acogerá la atenuante del artículo 11 N° 6 del Código Penal, respecto de L.A.LL., sin calificarla, ya que este sentenciador estima que L.A.LL.no es un destacado miembro de la comunidad y su conducta revela falta de controles éticos al actuar delictivamente, sin atender al patrimonio ajeno, ya que había sido condenado por un hurto falta. No se acoge ninguna de las otras atenuantes, ya que no se puede invocar una atenuante de arrebató u obcecación por supuestas motivaciones religiosas y el daño no fue mínimo y se ha tasado en \$ 150.000. En cuanto a V.A.LL. , no se acoge ninguna de las atenuantes por los mismos fundamentos dados precedentemente y el daño fue de una gran entidad por lo que se dio una gran extensión del mal causado y no le afecta ninguna agravante.

COMENTARIO
En este caso pudo solicitarse la absolución por tratarse del ejercicio legítimo de un derecho: los imputados e encontraban haciendo un nguillatún en terreno ancestral reclamado así ante CONADI. En subsidio alegar un error de comprensión culturalmente condicionado: saben que los árboles los plantó la forestal, pero están en su territorio reclamado, por tanto, y en su concepto, los árboles son propios. Por lo demás, se cortan árboles considerados depredadores para hacer una ceremonia religiosa. También pudo invocarse los principios de merecimiento y necesidad de pena. Es discutible que el hecho merezca pena por los antecedentes ya anotados, como también que en estos casos la pena haya sido necesaria toda vez que se cortaron muy pocos árboles.

4.4 CONSIDERACIONES DE GÉNERO EN LA ESTRATEGIA DE DEFENSA PARA INDÍGENAS Y EN LA TEORÍA DEL CASO

En general se aprecia una falta de sensibilidad de los operadores del sistema frente a mujeres indígenas, siendo esto muy significativo en la zona norte del país. En el estudio que ha servido de base para este documento se expresa que en:

“Una entrevistada se refiere a la incomprensión que observó y las dificultades que existen en defensoras mujeres ante las actitudes de imputadas extranjeras (bolivianas, peruanas) e indígenas chilenas, que muestran resignación y obediencia frente a los hombres, a sus parejas masculinas, es decir, anuencia a la dominación que estos ejercen en ellas. Es para las defensoras chocante enfrentarse a situaciones en que normalmente las mujeres chilenas y no indígenas no incurrirían, lo que se traduce en prácticas etnocéntricas discriminatorias.”²⁷²

Por lo demás, no debe olvidarse que:

“... tanto los hombres como las mujeres indígenas conviven con la sociedad nacional bajo relaciones de dominación de origen colonial y de discriminación étnica y racial. A esta condición se añade su ubicación entre los sectores marginados y extremadamente pobres en una estructura social clasista, crecientemente jerarquizada y polarizada”²⁷³

²⁷² Defensoría Penal Pública. “Evaluación de las concepciones de género de los/las defensores/as públicas”. Departamento de Estudios Defensoría Penal Pública. Octubre 2009. Disponible en www.dpp.cl , p.42.

²⁷³ Oehmichen Cristina, La relación etnia-género en la migración femenina rural-urbana: mazahuas en la ciudad de México, Instituto de Investigaciones Antropológicas, Universidad Nacional Autónoma de México. Iztapalapa 45, enero-junio de 1999, pp. 107-132.

A mayor abundamiento, tal como lo reconoce una autoridad nacional, no es menos cierto que:

“en Chile nadie logra entender las diferencias, ni siquiera de género, sino sociales, étnicas. Todas las diferencias son importantes cuando uno trabaja: extranjeros, mapuche, mujer dominada, mujer independiente. Las diferencias son importantes y los defensores no tienen esa formación; con suerte logran hacer la diferencia entre hombre y mujer, pero todavía no logran entender el género”²⁷⁴

En este punto corresponde delimitar el cómo puede argumentarse una defensa considerando que los juicios por delitos que incorporan la variable género, que comúnmente son resueltos sin consideración a las particularidades de la mujer indígena²⁷⁵. La regla general es que el elemento cultural relativo al rol de la mujer indígena dentro de su cultura patriarcal, y que la ubica en posiciones subordinadas, no es reconocido cuando se trata de delitos contra bienes jurídicos más importantes (ej. Caso pastora. Sentencia Tribunal de Juicio Oral en Lo penal de Arica, de 15-04-2010, RIT 221-2009), salvo contadas excepciones.

4.4.1 IMPUTADAS INDÍGENAS

El estereotipo judicial respecto de las imputadas que “no encajan en el modelo de madre ideal, como es el caso de mujeres pobres, negras, lesbianas, solteras y mujeres que cometieron crímenes ‘no femeninos’”²⁷⁶, y que suelen ser tratadas con mucha severidad, se repite en las mujeres indígenas. De esta forma, la opresión que ejerce sobre ella una sociedad chilena que no logra comprender la temática de género, es visiblemente notoria, como sucede en el caso de la pastora Aymara que deja a su hijo en el altiplano, sin que el MP o el juez se detenga a pensar que si ella es pastora, dejar al niño en el lugar por un momento es la misma situación de la mujer no indígena que deja a su hijo en el patio de su casa.(STOP Arica de 15/04/2010, RUC 0710014873-5, RIT 221 – 2009). No existe en este caso una valoración a la diversidad, a la forma en que “el otro” que pertenece a una cultura distinta, cuida y cría a sus hijos.

De otro lado, el sometimiento patriarcal puede servir, en algún caso para eximir de responsabilidad penal, cuando es precisamente el sometimiento a la masculinidad lo que impide que la mujer ejerza una posición de garante (C/ N.A.M:L. y K:G. S. Corte de Apelaciones de Antofagasta, 5/11/2007). Veamos dos casos similares pero resueltos de manera distinta:

CASO 1: CONDENA

IMPUTADO/A	G. C.B.B., C.F.B.B.
PUEBLO ORIGINARIO	Aymara
MATERIA	Abandono de menor en lugar solitario, con resultado de la muerte, Obstaculización d Investigación, Incesto,
DESCRIPTORES	
NORMATIVA	Código Penal: artículo 349 nº5 en relación 347 y 350, 351 en relación con el artículo 349, Artículo 15 Nº1

²⁷⁴ Defensoría Penal Pública. “Evaluación de las concepciones de género de los/las defensores/as públicas”. Departamento de Estudios Defensoría Penal Pública. Octubre 2009. Disponible en www.dpp.cl , pp.60-61

²⁷⁵ Sobre defensa de mujeres en el sistema penal, se recomienda el estudio “Evaluación de las concepciones de género de los/las defensores/as públicas”. Departamento de Estudios Defensoría Penal Pública. Octubre 2009. Disponible en www.dpp.cl.

²⁷⁶ Defensoría Penal Pública. “Defensa de Mujeres en el nuevo sistema procesal penal”. N°4, diciembre 2005. En el mismo sentido, el estudio sobre “Evaluación de las concepciones de género de los/las defensores/as públicas” Octubre 2009, pp.46 y ss. Disponible en www.dpp.cl

TRIBUNAL	ROL / RIT / RUC	FECHA SENTENCIA	DECISIÓN
Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Arica.	RUC 0710014873-5 RIT 221 – 2009	15/04/2010	Condenatoria y absolutoria en incesto

HECHOS
“El día 18 de julio de 2007, la acusada se trasladó hasta la Estancia Caicone, ubicada a una distancia aproximada de 17 kilómetros del caserío de Alcérreca, en la Comuna de General Lagos, en el sector del altiplano, llevando consigo a su hijo de 3 años D.B.B., el que se encontraba bajo su cuidado. En las circunstancias antes señaladas, en la posición de garante que la acusada detentaba respecto del menor D.B.B., y entre los días 18 al 23 de julio de 2007, con pleno conocimiento de las relaciones que la ligaban con el menor y de las características geográficas y climáticas de la zona, de la cual la acusada es oriunda, abandonó a la víctima en los alrededores de Estancia Caicone, lugar donde no existen más pobladores, siendo las localidades de Alcérreca y Humapalca los centros poblados más próximos, sin velar por el cuidado del menor, ni por su alimentación o abrigo necesarios para su supervivencia, conociendo perfectamente las consecuencias que dicho abandono generaría en su hijo, esto es, que ocasionaría su muerte, siendo encontrado el cuerpo del menor el día 02 de diciembre de 2008 en el sector denominado Palcopampa, distante aproximadamente a 12 kilómetros del caserío Caicone. El menor D.B.B. falleció en una fecha cercana al día del abandono por su madre, producto de éste, siendo relevantes en este resultado mortal las condiciones climáticas, geográficas y de aislamiento de la zona donde ocurrió el abandono.”

TRIBUNAL ORAL EN LO PENAL DE ARICA		
ARGUMENTO ACUSACIÓN	ARGUMENTO DEFENSA	FUNDAMENTO TRIBUNAL
La acusada no cumplió con su deber de garante y colocó a su hijo en una situación de desamparo, dejándolo en un lugar solitario, el dolo está circunscrito en la situación de inseguridad. Señala que se debe poner atención a cuatro puntos: el lugar donde se desarrollan los hechos, la conducta de la acusada, la calidad de la víctima y las circunstancias de su muerte. El abandono no es un delito de resultado Es delito de peligro. La exigencia de la causalidad, no es válida frente a los delitos de peligro, la muerte es una condición objetiva de punibilidad. El abandono se acreditó, se trata de un lugar aislado por ende solitario, donde no hay posibilidad de socorro, no existen pueblos cercanos; se trata de un lugar con temperaturas bajas, animales no domésticos, características geográficas, río con gran caudal, donde no hay ayuda y desconocido para el menor, por ende peligroso, lo que se ratifica con la muerte del menor. Este no es un juicio contra el	El delito de abandono es un delito de peligro concreto, luego debe existir un riesgo concreto a la víctima que el agente debió prever (M. C y S. S). el alejamiento no es abandono, el Ministerio Público tiende a confundir entre lugar solitario, con lugar peligroso, Jurídicamente el delito es un delito de peligro concreto que protege la vida, que es una figura agravada como delito de resultado y en su faz subjetiva, el dolo debe abarcar la conciencia del abandono, la del peligro y además la muerte, respecto del dolo, todos han dicho que los niños aymaras realizan las labores de pastoreo en temprana edad; la que realizaba conforme a la costumbre y al momento de dejar a su hijo, no estaba realizando valoraciones normativas de su hijo con animales; porque no vislumbra peligros para su hijo, el único es la posibilidad que venga la noche y el frío; no se representa la existencia de un animal de feroz, o que alguien se lleva al niño, que camine, ya que caminaba poco y confiaba que regresaba en una hora y que estaría allí. El grado de exigibilidad de la representación, es la del hombre medio, y el parámetro es una mujer joven aymara ejerciendo labores de	Tal como se ha venido razonando, la única coincidencia en las versiones de la acusada, es la de haber estado con el menor en la estancia de Caicone, de tal manera, que en algún momento lo dejó solo, ya sea por haberlo llevado a un lugar determinado o no, pero en todo evento, sin recogerlo, colocando a un niño de tres años en una situación de desamparo real, donde no podía ser socorrido. Sólo así es posible entender el ocultamiento a carabineros y a la Policía de Investigaciones del lugar preciso donde lo habría dejado o entregado según una de sus versiones. b) El tipo penal además requiere que el abandono se realice en lugar “solitario”. “no es posible entender que la acusada asumiera que dejaba al menor en un lugar que estaba protegido y sin riesgos o donde podía recibir ayuda en caso de peligro, puesto que conocía perfectamente las condiciones del lugar y, que si dejaba a su hijo, sin ningún resguardo, éste necesariamente debía correr peligro para su integridad física, como ocurrió. Conducta que aún en contexto de la estructura social aymara también es merecedora de reproche”. “Ahora bien, el resultado muerte del menor ha sido consecuencia del

TRIBUNAL ORAL EN LO PENAL DE ARICA		
ARGUMENTO ACUSACIÓN	ARGUMENTO DEFENSA	FUNDAMENTO TRIBUNAL
pueblo aymara; el reproche y exigibilidad son contenidos que trasciende el tema de interculturalidad, respeto a la vida, relaciones instintivas de madre e hijo con contenido biológico. El mismo convenio establece que la costumbre siempre que no sean incompatibles con los derechos fundamentales reconocidos, el derecho a la vida de un menor de tres años es un derecho reconocido. Las teorías de la defensa son subjetivas, basadas en una versión, sin metodología y sin rigor científico, explicando todos los puntos, concluyendo que se trata de un caso fortuito. Se llega a absurdos que son naturales los ritos de sacrificios de animales y que los humanos tienen la misma jerarquía de animales. Hay delito de obstrucción a las investigaciones ya que la madre entrega diversas versiones obstaculizando encontrar a su hijo con vida. Por último respecto del incesto, no hay error de prohibición, se acreditaron las relaciones sexuales la que derivó en la existencia de un hijo. Se dice que no tenían valoraciones, pero ambos fueron a la escuela, pertenecen a una religión, o sea había un contacto con la sociedad, además el incesto es un acto antinatural.	pastoreo; realizaba una actividad legítima en los términos del artículo 10 N° 8 del Código Penal que consagra un principio de exención de responsabilidad, norma que conforme a lo expresan autores como Garrido, Politoff, Matus y Ramírez, en este caso, la capacidad de comprensión debe abarcar el abandono, el peligro y el resultado muerte, porque de lo contrario la culpabilidad no tiene base sustentable, sino es presumir de derecho al responsabilidad penal La ley indígena exige a los juzgadores tomar en consideración la costumbre, lo mismo el convenio 169 de la O.I.T. Por ello, G. no ha realizado ninguna acción típica y antijurídica, ya que la labor de pastorea la realizaba conforme a la forma que se ha realizado por milenios, no dejó abandonado a su hijo, por ende, pide su absolución. En cuanto a los demás delitos, la obstrucción a la investigación fue incorporado por iniciativa del Ministerio Público, el que se comete mediante declaraciones falsas ante el fiscal (instructivo 368 del M. Público), en la acusación se habla que declaró ante la policía, pero al momento de tomarle declaraciones no existía una investigación, ya que este se inicia el 30 de julio, por lo que solicita la absolución. Además los imputados no pueden cometer el delito, no están obligados a declarar. Finalmente en relación de delito incesto, éste no puede ser explicado sino recurriendo a la educación de la acusada y sus valores, por ello no es posible exigirse un juicio de reproche, cree que se da la figura del error de prohibición invencible, delito que también en que se vulneraron todas las garantías. Se trata de un juicio de costumbres milenarias, el conocimiento y experiencia de la acusada es un elemento que debe ser considerado que demuestra la ausencia de intención dolosa de abandonarlo. el Ministerio Público tiende a	abandono". Si bien es cierto que la causa de la muerte ha sido indeterminada, conforme lo expuesto por los peritos... esta fue constatada con una data cercana a la fecha en que la acusada denuncia el hecho, lo que reafirma el carácter peligroso del abandono a que fue expuesto el menor, esto es, dejarlo en un sector de la pampa en que no existen personas para socorrerlo". "Desde el análisis del tipo objetivo, la conducta de abandono fue acreditada, puesto que el menor fue dejado en un estado de desamparo real, el que se entiende, como se señaló "sea llevándolo a algún lugar determinado o no recogiendo en el lugar donde se le dejó, como se asume en (Politoff , Matus y Ramírez). "Sea cual fuere la motivación del abandono, lo cierto es que, dejar al menor en una situación de desamparo, en una noche con bajas temperaturas sin posibilidad de ser socorrido, colocó al menor en una situación de riesgo real, lo que le llevó a encontrar la muerte". "En cuanto al tipo penal subjetivo, se coincide con la defensa en el sentido que el dolo debe abarcar tanto el abandono como el resultado y en este sentido, el hecho de dejar a su hijo en el sector de la pampa Caicone, sin regresar a lugar seguro con él, es constitutivo de su dolo de abandonar y al menos el dolo eventual en relación al resultado producido, esto es, la muerte". Que en cuanto a la consideración de los elementos interculturales que podrían estar en juego en este caso.....un contexto de pastoreo realizado conforme a las pautas transmitidas de generación en generación en la cultura aymara, es posible aplicar criterios propios de una etnia para resolver un conflicto, pero teniendo presente los límites normativos respectivos dados por el propio Convenio 169. Respecto de la acusación de obstrucción a la justicia: con los medios de prueba incorporados al juicio, no es posible dar por establecido el delito de obstrucción a la investigación previsto y sancionado en el artículo 269 bis del Código Penal, como asimismo, el delito de

TRIBUNAL ORAL EN LO PENAL DE ARICA		
ARGUMENTO ACUSACIÓN	ARGUMENTO DEFENSA	FUNDAMENTO TRIBUNAL
	confundir entre lugar solitario, con lugar peligroso, pero aún así, todos los testigos son contestes que el lugar es una pampa, plano sin accidentes geográficos con escasa vegetación; lo que realizó la acusada posteriormente, que pasa si encuentra su hijo, el Ministerio Público debió formalizarla como abandono sin resultado muerte, por ello se trata de un delito de peligro concreto, esto es, los peligros de ese momento que se toma le decisión de ir a buscarlos animales hay que analizar los peligros concretos, lo que en ese momento G. no se representa. Las normas del convenio 169 necesariamente se debe situar en la experiencia del pueblo aymará, y así determinar la antijuridicidad de la conducta de la acusada en su labor de pastoreo es un derecho a realizarlo de la forma que siempre se ha hecho. No es cierto que la faz subjetiva del tipo no comprenda el resultado, puesto que Garrido Montt, exige la concurrencia del dolo para imputar el resultado de muerte y la muerte por casos fortuitos o fuerza mayor se encuentran descartadas”.	incesto, previsto en el artículo 375 del Código Penal.....no es posible entender que se encuentran acreditados sus elementos típicos. Las acciones de obstrucción u ocultación de evidencias referidas en el artículo 269 bis del Código Penal, tienen como sujeto activo siempre a terceros ajenos a la investigación, esto es, personas que tienen en forma definitiva la calidad de testigos, pero no a los propios destinatarios de la persecución penal,De tal manera, que las declaraciones obtenidas a la acusada en el marco de la investigación preliminar, si bien pudieron ser entendidas en un principio como la de un testigo, en realidad fueron sustento de la persecución penal por los delitos a los cuales se ha referido en sus declaraciones. Respecto de la acusación de incesto: la prueba aportada por el Ministerio Público, y la defensa, establecieron que en las fechas del delito los acusados estaban en otra ciudad, lo que implica alterar sustancialmente la acusación, por lo que estos sentenciadores no puede al tenor de lo dispuesto en el artículo 341 del Código Procesal Penal, alterar los hechos por los cuales fueron objeto de persecución penal.

EXTRACTOS
“Es por ello, que el tribunal entiende que un contexto de pastoreo realizado conforme a las pautas transmitidas de generación en generación en la cultura aymara, es posible aplicar criterios propios de una etnia para resolver un conflicto, pero teniendo presente los límites normativos respectivos dados por el propio Convenio 169”. “El juicio llevado a cabo en contra de la acusada, no tiene comprometida la costumbre aymara, en la medida que no es propia de ella (la costumbre) dejar abandonados a menores”. “en relación al delito de obstrucción a la investigación, conforme a la prueba rendida por el Ministerio Público, no es posible entender que se encuentran acreditados sus elementos típicos. Las acciones de obstrucción u ocultación de evidencias referidas en el artículo 269 bis del Código Penal, tienen como sujeto activo siempre a terceros ajenos a la investigación, esto es, personas que tienen en forma definitiva la calidad de testigos, pero no a los propios destinatarios de la persecución penal, es decir, a los imputados, quien en tal calidad, no están obligados a prestar declaración alguna, o si declara no hacerlo bajo juramento o promesa de decir verdad. De tal manera, que las declaraciones obtenidas a la acusada en el marco de la investigación preliminar, si bien pudieron ser entendidas en un principio como la de un testigo, en realidad fueron sustento de la persecución penal por los delitos a los cuales se ha referido en sus declaraciones”. “la acusación fue clara en imputar a los acusados la realización de actos sexuales en los meses de enero a marzo de 2006 en la localidad de Alcérreca y en la ciudad de Arica. Sin embargo, la prueba aportada por el Ministerio Público, y la defensa, establecieron que en esas fechas los acusados estaban en la ciudad de Pozo Almonte, implica alterar sustancialmente la acusación, por lo que estos sentenciadores no puede al tenor de lo dispuesto en el artículo 341 del Código procesal Penal, alterar los hechos por los cuales fueron objeto de persecución penal, dado que, por imperativo legal, la sentencia no puede exceder del contenido de la referida acusación en hechos sustanciales o esenciales, únicos que permiten hacer operable un derecho de defensa”.

CASO 2: ABSOLUCIÓN

IMPUTADO/A	C/ N.A.M.L. y otro
PUEBLO ORIGINARIO	Aymara (Chile)
MATERIA	Delitos contra vida; culpabilidad; imputación objetiva/imputación subjetiva interpretación de la ley penal.
DESCRIPTORES	Delitos de omisión impropia- parricidio- homicidio por omisión- cumplimiento de un deber- posición de garante- costumbre- pueblos indígenas- organización familiar patriarcal-
NORMATIVA	CP Art. 390; CP Art. 391; CP Art. 15 Nº 1; CPP Art. 373

TRIBUNAL	ROL / RIT / RUC	FECHA SENTENCIA	DECISIÓN
Corte de Apelaciones de Antofagasta	250-2007	05/11/2007	Absolución
HECHOS			
Un menor de corta edad era víctima de malos tratos al interior del núcleo familiar por parte de su padre, golpes que finalmente le causaron la muerte. El padre fue acusado y condenado por el parricidio. A la madre, K. G. se le atribuyó participación en calidad de autora del delito de parricidio primero del Art. 15 Nº1 por haber tomado parte en la ejecución del hecho típico impidiendo evitarlo, y que se tradujeron en actos positivos tendientes a impedir que el hecho se evitara, tales como la compra de una pomada para ocultar a terceros las lesiones que el niño presentaba en el rostro y la circunstancia de haber recibido en su casa a un funcionario de la Policía de Investigaciones el día anterior al deceso, ante lo cual cubrió a su hijo íntegramente con una frazada para impedir que el funcionario pudiera advertir sus lesiones y diera oportuna alerta que permitiera salvar la vida del niño. Se estima que hubo un parricidio de su parte en la forma de comisión por omisión: no sólo mediante un dejar de hacer, sino que también ejecutó actos que privaron al niño de cualquier alternativa que permitiese revertir el fatal desenlace, todo ello pese a que le asistía una posición de garante por ser madre del menor, infringiendo gravemente los deberes derivados de tal posición, al no impedir los padecimientos del niño.			

TRIBUNAL ORAL EN LO PENAL DE CALAMA		
ARGUMENTO RECURRENTE (DPP)	ARGUMENTO MP	FUNDAMENTO TRIBUNAL
En la sentencia se da una errónea aplicación del Derecho, al considerar que puede coexistir autoría por omisión en presencia de autor material a quien claramente se atribuye el resultado de muerte. Que se comienza expresando que tal alegación es sin perjuicio de lo señalado en la primera causal invocada, en la que se afirmó que el principio de non bis in idem, que integra el contenido esencial del principio de legalidad e impone la prohibición de utilizar en la individualización judicial los elementos que ya ha tenido en cuenta el legislador para tipificar una conducta y que por ello, siendo elemento central del tipo parricidio el parentesco y debiendo en el homicidio por omisión estar el hechor en una posición de garante, derivada también del parentesco, no puede considerarse su no actuar como madre, para castigar su omisión, sin vulnerar el referido principio, aseverando que en su concepto el parricidio por omisión no existe.	En el caso concurren todos los elementos del tipo parricidio: se acreditó la relación de parentesco entre los acusados y la víctima, la acción homicida con resultado de muerte (el menor sufría de maltratos habituales por parte de sus padres) y el nexo causal entre la acción homicida y el resultado. Fue determinante el evento de malos tratos acaecido dos días antes de la muerte por anemia aguda derivada de traumatismo. Durante la agonía el menor habría sufrido una nueva agresión, existiendo dolo directo por parte del acusado y un incuestionable dolo eventual por parte de la imputada. En él se fijaron los hechos y que en el motivo 18° se expresó que la madre, participó en las lesiones y violencia sufridas por él, al no impedir, en todo caso, los	No resulta posible atribuir a K. G. la calidad de autora por omisión en el parricidio de su hijo, del que fue autor directo Naldir Mejías, sin violentar el principio non bis in idem, atendido que la doctrina de la autoría es parte del tipo. Tampoco procede establecer el encubrimiento en los términos del artículo 17 del Código Penal, porque tratándose de convivientes deben ser considerados para estos efectos como una relación de cónyuges, en la medida que los liga el mismo estado social, existiendo por lo demás, como ya se ha dicho, una relación de autoridad patriarcal que justifica la actitud de la imputada, pero por sobre todas las cosas, porque de acuerdo a los hechos acreditados en la sentencia, la imputada no actuó de alguna de las formas expresadas en la disposición citada.

TRIBUNAL ORAL EN LO PENAL DE CALAMA		
ARGUMENTO RECURRENTE (DPP)	ARGUMENTO MP	FUNDAMENTO TRIBUNAL
Agregó además que el principio de culpabilidad, en cuanto manifestación del principio de legalidad, también se afecta en la sentencia, en la medida que ella reconoce que los actos materiales que produjeron la muerte fueron cometidos por el coimputado, sin que se pueda castigar a un sujeto que no es responsable del resultado.	padecimientos del niño. Agregó que en el considerando 20° se describen acciones cometidas por la mujer relativas a la compra de una pomada y al hecho de haber tapado al niño impidiendo que un policía se diera cuenta de la situación y que si ella le hubiera avisado, los tratamientos que pudiera haber recibido el menor habrían impedido su muerte. El fallo señala que existe prueba suficiente para desvirtuar la presunción de inocencia, al menos en la forma comitiva de comisión por omisión.... en lo que yerra, ya que no se trata de un delito de acción por omisión, en la medida que sus acciones echan por tierra la teoría de la omisión, ya que la imputada es autora de acuerdo a lo que prescribe el artículo 15 N° 1 del Código Penal que considera autor al que impide que se evite el resultado.	

EXTRACTOS
Que corresponde analizar ahora, si la imputada estaba en la posibilidad real de cumplir su papel de garante y no omitirlo, contando para ello con los antecedentes que entrega la sentencia en relación a la posición de la imputada dentro de la familia que estaba constituida por ella, su hijo y el padre del menor. De tales antecedentes se desprende que, pese a que la imputada es una persona de instrucción caracterizada por estudios secundarios completos y con distinciones, para subsistir realizaba labores domésticas en otros hogares para proveer sustento al grupo familiar mientras el hombre se mantenía en la inactividad, siendo él quien pasaba la mayor parte del tiempo con el infante. La familia en la que acontecieron los hechos investigados en esta causa, responde a una organización patriarcal, que aún hoy subsiste en la zona altiplánica, en ella el hombre ejerce autoridad completa sobre los demás miembros de la casa, existiendo un fuerte desequilibrio en la forma de relación de la pareja, situación que la mujer asume naturalmente aceptando que tal es el orden establecido, de acuerdo al acervo cultural, las costumbres y creencias del medio en el que se desenvuelve, dándose una relación marcada por la dominación y la violencia. Ya en el Siglo XIX, Le Play al caracterizar este tipo de estructura familiar, expresó que descansaba básicamente en una relación opresión-sumisión. Cabe tomar en cuenta también, la opinión de la psicóloga Norma Montserrat Molina Martínez, que declaró en el juicio después de haber realizado pericia de su especialidad a Kantuta García, la que expresó que ésta tiene una estructura de personalidad bastante vulnerable para establecer relaciones complementarias abusivas, con tendencia a la sumisión, a la inhibición, a autoanularse y a distanciarse de la realidad por medio de mecanismos disociativos. Añadió que en todo caso, no presenta perfil de agresora y que descarta algún tipo de trastorno psicopático. (Considerando undécimo).

COMENTARIOS A LOS DOS FALLOS
Nos encontramos ante dos mujeres indígenas que han sido enjuiciadas por no haber ejercido su posición de garante frente al hijo menor, esto es, por no haber cumplido con su rol de “madre ideal” conforme los estereotipos de una cultura dominante. La diferencia entre uno y otro caso reside en que en el segundo caso el tribunal valoró la especial situación de sometimiento de la mujer a una cultura marcadamente patriarcal, y el hecho de haber estado ella misma sometida a VIF, y haber sido el marido el autor material del parricidio. En el primer caso la mujer, al momento de los hechos, aparecía como la única sostenedora o garante del bienestar del niño, y por ende, obligatoriamente de acuerdo a la valoración de la cultura dominante debía cumplir con ese rol. . El tribunal no valora las pruebas psicológicas que evidencian la violencia sexual de la que fue víctima la pastora aymara, y por ende, podría encontrarse en una situación similar a la de la otra mujer. Llama la atención que ninguno de los psicólogos que la examinó tenga estudios sobre interculturalidad. Eso explicaría el por qué los instrumentos aplicados y la valoración de sus resultados se haga desde la óptica de la cultura dominante. En un momento se dice que la acusada “no se cuestiona el hecho”, que “no siente arrepentimiento”. ¿Y por qué habría de sentirlo si tal como ella señala, no sabía que abandonar o dejar solo a un menor era delito, pero sí que matar era un delito?. A mayor abundamiento el peritaje antropológico revela que es frecuente en la cultura aymara que los niños comiencen a pastorear a muy temprana edad, de manera tal que era perfectamente comprensible que la mujer dejara al hijo por un momento mientras iba a buscar a los animales rezagados. Las alegaciones de la defensa en este caso (pastora) son acertadas, la prueba rendida también. Se trata de una errada valoración de la prueba por parte del Tribunal, el que no interpreta de manera adecuada la normativa internacional y nacional de la costumbre indígena. Llama profundamente la atención que se condene a la pastora, si se tiene como antecedente una sentencia dictada en 1962 en Nueva Imperial, en la que se absuelve a los miembros de una comunidad Lafkenche del sector Collileufu Puerto Saavedra, que sacrificaron a un niño arrojándolo a las aguas del mar para calmar un maremoto, aún cuando en este caso la absolución se fundamentara en el Art. 10 N°9 CP, la sentencia reconoce expresamente que se trata de “manifestaciones culturales aún presentes en esas reducciones”²⁷⁷. Para un análisis en mayor profundidad de algunos de los argumentos vertidos por la defensa véase Fernández Ruiz, José Manuel, “Omisión, abandono de familia, homicidio, obstrucción investigación, autoincriminación, Convenio 169”, <i>Consulta (8) 2010</i>, solicitar en biblioteca@dpp.cl.

4.4.2 DELITOS SEXUALES

Volvamos sobre el caso, antes reseñado, sobre el imputado que fue condenado por el delito de violación por acceder carnalmente a una menor de 13 años de su propia cultura, ignorando que esto estaba prohibido aun cuando mediaba el consentimiento de la menor (C/ J.V.Ñ.Ñ. STOP Temuco. RIT 101-2005 23/11/2005).

De un lado, y apoyándose en el Convenio 169 pudiera argumentarse que accesos carnales o prácticas sexuales con niñas o adolescentes son usuales para la cultura. En el caso sublite, para apoyar la invocación del error de tipo o de prohibición, la defensa señaló que “la llegada de la menarquía en esa comunidad hace disponibles sexualmente a las mujeres para los varones de la comunidad”, y que por tanto se trataba de un “tema cultural”, sin embargo, el argumento no se desarrolló con mayor profundidad de modo de permitir establecer la existencia de otra serie de argumentaciones en beneficio de la defensa. La aceptabilidad de un argumento que apunte donde sugería la defensa es de mucha relevancia, puesto que si de acuerdo a la cultura indígena que corresponda –en este caso la cultura Mapuche- es lícito este tipo de relaciones sexuales, es decir, están aprobadas por la moralidad de la comunidad, existiría base para argumentar no sólo que existe error de prohibición, sino que podría concurrir una causa de justificación –basada en el ejercicio de una facultad, como se verá a continuación-, lo que contribuiría por un lado a incrementar el abanico de estrategias disponibles para la defensa, y por otro a decidir cual estrategia seguir, ya que al requerirse niveles de prueba diferentes podría identificarse cuál de las

²⁷⁷ Sentencia definitiva dictada por la Jueza Titular de Nueva Imperial Esther Valencia D. Rol N°24.228, de 2 de octubre de 2010. Citada por Lillo, R., ob. cit., pp. 16 y 17.

estrategias –o teorías del caso- podría ser más difícil de acreditar. Lo complejo es localizar este tipo de argumentación –basada en el ejercicio de una facultad- en alguna eximente del Código Penal, pues parece imposible, a primera vista, considerar que se trata de una eximente referida a la ejecución de un derecho o cumplimiento de un deber. Esta dificultad no es insuperable, ello se debe exclusivamente a que la doctrina chilena no ha elaborado suficientemente la clase de relaciones jurídicas²⁷⁸ que pueden existir. Desde ya cabe afirmar que estas relaciones jurídicas no se agotan en la posesión de un derecho por un sujeto X y en la posesión correlativa de un deber por un sujeto Y. Al ampliarse las clases de relaciones jurídicas posibles, naturalmente se facilita la labor de identificar la disposición que la puede incluir. En los casos a que aludimos, como ya se adelantó implícitamente, es viable recurrir a otro tipo de relación jurídica diferente a la que existe entre un derecho y un deber, en efecto, es posible recurrir a la noción de ejercicio de una “facultad” y a la noción de “sujeción”.²⁷⁹

La doctrina chilena, respecto del legítimo ejercicio de una autoridad, cargo u oficio no es explícita al considerar la posibilidad de incluir en esta eximente las “facultades” –y por ende al correlativo “sujeciones”-, lo que no se debe a que rechazan esta posibilidad, sino a que interpretan el ejercicio de un cargo o autoridad de forma muy estricta, e implícitamente, le asignan el mismo sentido que el ejercicio de un derecho y cumplimiento de un deber. Politof & Matus & Ramirez²⁸⁰ siguen el criterio de Cury, en el sentido de que se trata de una forma especial de ejercicio de un derecho o de un deber²⁸¹. Si bien Garrido²⁸² inicialmente parece interpretar la noción acertadamente, con posterioridad erróneamente considera que el legítimo ejercicio de una autoridad, cargo u oficio consiste en formas especiales de cumplimiento de un deber.

Todavía falta un desarrollo doctrinario que nos señale si es posible concebir casos de ejecución justificada de cargos, autoridades o facultades no establecidos jurídicamente, y cuáles serían sus límites. No deja de llamar la atención que la totalidad de la doctrina sostenga que las causas de justificación no son taxativas pero que sí lo son las causas de justificación referidas al cumplimiento de un deber. Esta reducción de posibilidades probablemente se deba a que la doctrina pensaba que esta causa de justificación estaba referida principalmente a deberes estatales, luego, la imposibilidad de concebir eximentes basadas en el cumplimiento de deberes estatales puede explicarse por la particular historia chilena, a saber, la dictadura. En efecto, lo que probablemente pretendía la doctrina, era evitar el desarrollo de alguna tesis que permitiera eximir de responsabilidad a funcionarios del Estado chileno de actos delictivos realizados durante el período posterior a 1973 y basados en el ejercicio de un deber, pero una vez terminada la dictadura militar, ya no parece necesario recurrir a esta interpretación y por ende entender esta causa de justificación de forma tan estricta.

Desde un punto de vista conceptual, la ausencia del desarrollo de otras relaciones jurídicas, diferentes del derecho y del deber, también permite explicar lo reducido del punto de vista de la doctrina penal chilena, que asume, lo que denominaremos “interpretación estricta”, es decir, que no existen más relaciones jurídicas que el derecho y el deber, o que si existen, no están comprendidas en el art. 10 n° 10 del Código Penal. Para la interpretación estricta las relaciones

²⁷⁸ El término “relaciones jurídicas” es utilizado aquí según la nomenclatura de Layman, E. Allen y Saxon, Charles S, “Achieving fluency in modernized and formalized Hohfeld: puzzles and games for the LEGAL RELATIONS Language”, en *Proceedings of the 6th international conference on Artificial intelligence and law*, 1997, pp. 19-21, quienes adoptan, a su vez, la terminología original de Wesley Newcomb Hohfeld, el que en su trabajo seminal denominó a estas relaciones “Conceptos Jurídicos Fundamentales”.

²⁷⁹ Hohfeld, Wesley Newcomb. *Conceptos Jurídicos Fundamentales*, Editorial Fontamara, año 1968.

²⁸⁰ Politoff Lifschitz, Sergio & Matus Acuña, Jean Pierre & Ramírez, María Cecilia, *Lecciones de Derecho Penal Chileno. Parte General*. Editorial Jurídica de Chile, Santiago, Chile, 2003, p. 237.

²⁸¹ Cury Urzúa, Enrique, *Derecho Penal. Parte General*. Ediciones Universidad Católica de Chile, Santiago, Chile, 2005, p. 382.

²⁸² Garrido Montt, Mario, *Derecho Penal. Parte General*. Editorial Jurídica de Chile, 1997, Tomo II, pp. 148-149.

jurídicas que constituyen la causa de justificación establecida en el art. 10 n° 10 del Código Penal, solamente consisten en formas especiales de ejecución de un deber, de este modo restringen la relación a los vínculos posibles entre un derecho y un deber, con ello excluyen desde el principio la posibilidad del ejercicio de un facultad, cuyo correlativo no es ya un deber, sino que en la terminología de Hohfeld²⁸³, una “sujeción”. En una interpretación más amplia, puede sostenerse que en el art. 10 n° 10 del Código Penal no sólo están recogidas la clase de relación jurídica derecho/deber, sino también la clase de relación jurídica facultad/sujeción.

Las relaciones jurídicas facultad/sujeción concurren típicamente en los casos en que un sujeto X representa los intereses de un sujeto Y. X al actuar con poderes de un mandatario tiene la facultad de crear “sujeciones” en el patrimonio de Y, pero X no tiene un derecho sobre el patrimonio de Y, sino solamente una “facultad”. De acuerdo a la doctrina chilena, no podría entenderse la actuación de X en que vende un bien de Y como un supuesto de cumplimiento de un cargo o autoridad, puesto que ello no podría propiamente interpretarse como casos especiales de cumplimiento de un deber. No obstante, en la medida que se concibe que el “cumplimiento de un cargo o autoridad” constituyen supuestos de ejercicio de facultades, lo anterior si sería posible. Incluso aunque se rechace esta posibilidad, cabría interpretar que las facultades quedan comprendidas en el art. 10 n° 10 del Código Penal, para lo cual podría recurrirse a lo sostenido por la doctrina dominante en el sentido de que el sistema de causas de justificación no es taxativo sino abierto, y que el ejercicio de facultades es, en estructura, similar al ejercicio de un derecho pero no estrictamente igual a este.

Aplicando la relación jurídica facultad/sujeción a casos de imputados indígenas, podría llegar a sostenerse, por ejemplo en una imputación por usurpación, que no existe un derecho para arrogarse un poder fáctico sobre la propiedad de otro y por ende que este otro no tiene un deber de soportar esa arrogación como un deber, podría argumentarse que lo que existe es sólo una facultad en uno y una sujeción en otro. El efecto práctico, desde un punto de vista puramente retórico, es que no se aduce como justificación que el propietario tiene un deber de soportar la arrogación de poder por parte de un tercero sobre la propiedad. También podría sostenerse en algunos delitos sexuales, con las particularidades señaladas en el caso comentado más arriba, que al tratarse de relaciones sexuales aprobadas por la moralidad de la comunidad, no hay ejercicio de un derecho, sino ejercicio de una facultad –una facultad permitida por la moralidad sexual de la comunidad. Segundo, que quien hace uso de esta facultad se encuentra limitado en las posibilidades de acción que puede legítimamente desplegar en relación a lo que sí puede realizar cuando se ejercita un derecho –si el terreno por el que se tiene que transitar por ejemplo durante una ceremonia indígena es de un tercero, la facultad sólo se extendería a aquello que cabe ser considerado como parte de la ceremonia no pudiendo extenderse a otro tipo de acciones, en el caso del delito sexual, no existiría un deber de la mujer correlativo a un derecho del hombre, sino la mera existencia de una sujeción por un lado y la existencia de una facultad por el otro.

4.5 PROCESO PENAL Y DERECHO INDÍGENA

4.5.1 DERECHO DE ACCESO A LA JURISDICCIÓN INDÍGENA EN EL SISTEMA NORMATIVO CHILENO

El Convenio establece en su artículo 9.1 que:

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

²⁸³ Hohfeld, *Conceptos Jurídicos*, p. 47 y ss.

Esta norma es bastante compleja, pues reconoce la jurisdicción indígena, lo cual impacta sobre el secular monopolio estatal del *ius punendi*. De hecho, el Tribunal Constitucional aceptó la constitucionalidad del Convenio entendiendo que esta norma quedaba excluida por la cláusula de compatibilidad con el sistema jurídico nacional que el mismo artículo establece. En dicha sentencia, el contralor de constitucionalidad señaló los elementos que a su juicio crean la incompatibilidad. A saber:

52° En efecto, nuestra Constitución es categórica en cuanto ordena que todos los conflictos que se promuevan dentro del territorio de la República, deban someterse a la jurisdicción de los tribunales nacionales para ser resueltos por medio de un debido proceso. Por su parte, el artículo 73 señala “La facultad de conocer de las causas civiles y criminales, de resolverlas y de hacer ejecutar lo juzgado, pertenece exclusivamente a los tribunales establecidos por la ley”. Por lo tanto, dicha disposición excluye el empleo de cualquier otro medio de solución de conflictos que pudieran usar los pueblos interesados para la represión de los delitos cometidos por sus miembros, como lo es el que propone el artículo 9 del Convenio N° 169 que, por ende, es inoponible e incompatible con nuestro sistema procesal penal contemplado para la sanción de los ilícitos que tipifica;

53°. Que en el ámbito de nuestro derecho procesal constitucional, el artículo 19, de la Carta Fundamental, en su numeral 3, al establecer la garantía de la igual protección de la ley en el ejercicio de sus derechos, expresa, en su inciso séptimo, que “Nadie puede ser juzgado por comisiones especiales, sino por el tribunal que le señale la ley y que se halle establecido con anterioridad por ésta” y agrega, en su inciso siguiente, que “Toda sentencia de un órgano que ejerza jurisdicción debe fundarse en un proceso previo, legalmente tramitado.”

De la sentencia citada se desprende, a contrario sensu, que para reconocer la jurisdicción indígena es necesario que dichos tribunales sean establecidos por ley. El Convenio N° 169 de la OIT, en tanto tratado internacional, se asimila a la ley²⁸⁴, por lo que el requisito puede darse por cumplido. Ahora bien, si señala que no es ley en sentido estricto, se puede argumentar en el sentido que sí lo es para efectos jurídico penales, ya que es escrita, estricta y tiene legitimación democrática, desde que para su ratificación debió ser aprobada por el Congreso, incluso con quórum de Ley Orgánico Constitucional²⁸⁵. Con todo, será necesario enfrentar la argumentación en torno a que el Convenio no establece tribunales indígenas, si no que en el mejor de los casos, los reconoce, siempre sujeto al sistema jurídico nacional.

En cuanto a la garantía del juez natural, ésta exige que el tribunal que juzga los hechos exista con anterioridad a los mismos²⁸⁶; que su competencia esté legalmente establecida y la igualdad ante la ley²⁸⁷. Respecto de la primera cuestión, no es difícil sostener la pre-existencia de los tribunales indígenas, siempre que estén claro cuáles son las autoridades llamadas a fallar el caso²⁸⁸. Lo segundo es más complejo, ya que al no estar establecidos por ley, difícilmente lo estarán sus competencias²⁸⁹. En cuanto a la cuestión de la igualdad, existe amplio consenso doctrinal y jurisprudencial en torno a que dicho principio implica tratar como iguales a los iguales y

²⁸⁴ Montt, Santiago y Matta, Manuel, *ob. cit.*, p. 22.

²⁸⁵ Así lo estableció el TC, al menos respecto de sus normas que modifican leyes orgánico constitucionales. En la Cámara de Diputados, la aprobación del Convenio obtuvo 72 votos a favor, esto es 3/5 de los diputados en ejercicio, cifra bastante superior a los 4/7 que exige la aprobación de normas orgánico constitucionales. Asimismo, en el Senado obtuvo 36 de 38 votos posibles, esto es, más de 2/3 de los votos posibles, lo que supera el máximo quórum exigido en la Constitución.

²⁸⁶ La sentencia del TC que se analiza fue dictada con anterioridad a la reforma constitucional de 2005. Ésta modificó el inciso séptimo del artículo 19 N° 3 de la CPR el cual quedó redactado en los siguientes términos: “Nadie podrá ser juzgado por comisiones especiales, sino por el tribunal que señale la ley y que se hallare establecido por ésta con anterioridad a la perpetración del hecho.”

²⁸⁷ Fernández, José Manuel, Comentario N° 5, en Lillo, Rodrigo, El Convenio 169 de la OIT y la defensa penal de indígenas, Minuta Regional N° 1, año 2010, Defensorías Regionales, Defensoría Penal Pública, p. 29.

²⁸⁸ Ídem.

²⁸⁹ José Manuel Fernández, propone entender que los tribunales indígenas tendrían la misma competencia de los jueces de garantía respecto de la suspensión condicional del procedimiento o de los acuerdos reparatorios (ídem, p. 29). Si bien se trata de una solución interesante de *lege ferenda*, carece de asidero de *lege lata*, por lo que no resulta útil para resolver el problema planteado.

como diferentes a los diferentes²⁹⁰, lo que justificaría la jurisdicción especial indígena. Respecto del debido proceso, sus componentes deben ser evaluados conforme a la perspectiva pluralista y progresiva que consagra el Convenio N° 169 de la OIT²⁹¹.

Si bien, mediante un esfuerzo interpretativo como el sugerido más arriba, podría justificarse que la norma del artículo 73° de la CPR no excluye a los tribunales indígenas, esto puede resultar agotador y poco fructífero en la práctica. Sin embargo, esta situación no significa que las normas del Convenio revisadas no tengan incidencia en procesos penales en que se ventilen cuestiones relacionadas al ejercicio de dicha jurisdicción. A continuación verificaremos algunos de estos supuestos y sus posibles consecuencias.

4.5.1.1 LA JURISDICCIÓN INDÍGENA COMO CONDICIÓN PARA SUSPENDER EL PROCEDIMIENTO CONFORME AL CÓDIGO PROCESAL PENAL²⁹²

Pese a lo señalado arriba, es posible concebir la legitimación de jurisdicción indígena en el sistema jurídico chileno a través de la mediación del juez penal. Esto porque el Código Procesal Penal (CPP) permite al Juez de Garantía suspender el procedimiento a solicitud del Fiscal y con acuerdo del imputado, sometiendo a éste último a ciertas condiciones establecidas en el artículo 238 del mismo Código. Entre ellas cualquiera “que resulte adecuada en consideración con las circunstancias del caso concreto de que se tratare y fuere propuesta, fundadamente, por el Ministerio Público”. Esta norma debe ser interpretada a la luz del Convenio N° 169 que reconoce el derecho de los pueblos indígenas a conservar sus costumbres e instituciones propias, lo cual implica específicamente el reconocimiento al menos parcial –mientras no exista una norma legal que establezca propiamente una jurisdicción indígena- de su jurisdicción propia siempre y cuando sea compatible con el sistema jurídico nacional. Esa compatibilidad está dada por la norma citada del CPP y por la verificación de que en el caso concreto se den los supuestos de pre-existencia del tribunal, presunción de inocencia y la vigencia principio contradictorio.

Cabe recordar que por tratarse de derechos que forman parte del bloque de constitucionalidad, los órganos del estado tienen un deber de promoción respecto de ellos, por lo que dado los supuestos del caso, el Ministerio Público puede estar en la obligación de solicitar la sumisión del caso a la jurisdicción indígena.

4.5.1.2 DERECHO DEL INDÍGENA FRENTE A LAS SANCIONES

Esta es una concreción penal del mandato general de consideración de la costumbre indígena, está contenida en el artículo 10 que establece un deber de especial consideración a las “características económicas, sociales y culturales” de los pueblos indígenas a la hora de imponer sanciones penales previstas por la legislación general a sus miembros, especificando que “deberá darse la preferencia a tipos de sanción distintos del encarcelamiento”. Por tratarse de una norma de derechos humanos contenida en un tratado internacional vigente y ratificado por Chile, la regla se incorpora al bloque de constitucionalidad, haciéndose obligatorio para el juez penal aplicar siempre la pena más baja que el sistema jurídico admita, y particularmente aquellas distintas al encarcelamiento.

Caso González Wasorna con Asamblea General de Cabildos Indígenas región Chami (Corte Constitucional Colombiana)

Si bien en Colombia existe reconocimiento constitucional a la diversidad cultural y a la

²⁹⁰ Por todos, Correa, Rodrigo, Informe de Constitucionalidad Convenio 169 sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes, de la OIT, Comisión de verdad histórica y nuevo trato, subcomisión de legislación, 2002.

²⁹¹ Lillo, Rodrigo, *ob. cit.*, p. 7.

²⁹² La idea original y su argumentación está en Fernández, José Manuel, *Comentario N° 5, ob. cit.*, p. 29.

jurisdicción indígena, los razonamientos de su Corte Constitucional en relación a estas materias resultan relevantes desde dos puntos de vista. Primero porque nuestra CPR también valora y protege la diversidad cultural en función del principio de igualdad y como condición para el pleno desarrollo espiritual y material de los individuos. Segundo porque hemos establecido ciertos casos en que se podría reconocerse la legitimidad de la jurisdicción indígena en Chile (como condición de suspensión del procedimiento) y porque en el futuro podría haber una modificación legal que avance hacia su reconocimiento.

CARÁTULA	Ovidio González Wasorna con Asamblea General de Cabildos Indígenas región -Chamí y Cabildo Mayor Único (CRIR)
PUEBLO ORIGINARIO INTERESADO/A	Emberá-Chimi (Colombia)
MATERIA	Tutela (acción constitucional de protección ante Corte Constitucional)
DESCRIPTORES	Derecho a la supervivencia cultural – Principio de diversidad cultural – Maximización de autonomía indígena – Debido proceso en comunidad indígena – Legalidad del delito y la pena en jurisdicción indígena
NORMATIVA	

TRIBUNAL	ROL N°	FECHA SENTENCIA	DECISIÓN
Juzgado Único Promiscuo Municipal de Mistrató (Risaralda)			Dejó sin efecto la sentencia comunitaria
Corte Constitucional Colombiana	T-349/96	08/08/96	Concedió la tutela judicial por cuanto el actor fue condenado a una pena no previsible conforme a la costumbre de la comunidad. La medida tomada fue devolver el caso a la instancia para que decidiera volver a enjuiciar imponiendo una pena adecuada o entregar al acusado a la justicia ordinaria.

HECHOS
El actor y otro indígena de la misma comunidad, fueron capturados por los “auxiliares locales” del Cabildo local de Purembará, por su participación en el homicidio de JEND, todos pertenecientes a la comunidad indígena embera-chamí. Fueron detenidos y aparentemente amarrados en el calabozo de la localidad, de donde escaparon una semana después para entregarse a la Fiscalía (estatal) aduciendo que habían sido amenazados de muerte y torturados por miembros de su comunidad. La Fiscalía inició investigación quedando el recurrente en prisión preventiva, donde fue notificado de su sentencia a 8 años de Cárcel dictada por los Cabildos indígenas. Con ello la Fiscalía dio por terminado el caso. Posteriormente, una reunión de la Asamblea General de la Comunidad (dirigentes y miembros) aumentó la pena a 20 años. En dicha reunión estuvo presente el recurrente y los familiares de la víctima. Pese a la intercesión de la Defensoría Pública, el fallo se mantuvo a firme, y el condenado decidió presentar la acción de tutela.

PRIMERA INSTANCIA
Fundamento Tribunal
No se respetó el debido proceso (falta de doble instancia, familia de la víctima fue juez y parte; no hay antecedentes de juzgamientos anteriores por homicidios, el actor no estuvo presente y no pudo controvertir). Por otra parte, evitar una “guerra de familias” no justifica las faltas al debido proceso. La autonomía indígena está limitada por los derechos constitucionales.

TUTELA CONSTITUCIONAL
Fundamento Tribunal
La Constitución protege la diversidad cultural, la cual requiere de autonomía. Esta sólo se puede restringir frente a derechos de intereses entidad. La Constitución reconoce la jurisdicción indígena con los límites en ella misma y la ley. Tratándose de situaciones internas (indígenas de una misma etnia) dichos límites deben ser los mínimos, esto es, derecho a la vida, prohibición de la tortura y de la esclavitud (únicos respecto de los cuales existe un verdadero consenso universal). Además hay que agregar la legalidad del procedimiento y de los delitos y sus penas, por expreso mandato constitucional. Esta legalidad mínima debe entenderse como “la existencia de reglas previas respecto a la autoridad competente, los procedimientos, las conductas y las sanciones, que permitan a los miembros de cada comunidad un mínimo de previsibilidad en cuanto a la actuación de sus autoridades.” En cuanto al caso concreto, no hubo doble juzgamiento, puesto que el segundo juicio se hizo justamente para subsanar los errores del primero (falta de competencia). En cuanto a la pena asignada (veinte años de cárcel en una cárcel estatal), se trata de una sanción imprevisible, que no tiene antecedentes en la costumbre de la comunidad (cepo y trabajo comunitario hasta por 8 años). Esta última cuestión amerita la tutela constitucional, por lo tanto se resuelve que: “Para garantizar el derecho del actor, pero también la autonomía de la comunidad para decidir sus asuntos, se dispondrá preguntarle a la comunidad si desea juzgar nuevamente al actor, imponiéndole una de las sanciones tradicionales, o si, por el contrario, prefiere que el caso sea resuelto por la justicia ordinaria”.

EXTRACTOS FALLO TUTELA CONSTITUCIONAL
“A juicio de la Sala, este núcleo de derechos intangibles [aplicable en casos de conflictos internos de una misma comunidad étnica] incluiría solamente el derecho a la vida, la prohibición de la esclavitud y la prohibición de la tortura. Dos son las razones que llevan a esta conclusión: en primer lugar, el reconocimiento de que únicamente respecto de ellos puede predicarse la existencia de un verdadero consenso intercultural. En segundo lugar, la verificación de que este grupo de derechos se encuentra dentro del núcleo de derechos intangibles que reconocen todos los tratados de derechos humanos, derechos que no pueden ser suspendidos ni siquiera en las situaciones de conflicto armado [...] “A este conjunto de derechos habría que agregar, sin embargo, el de la legalidad en el procedimiento y, en materia penal, la legalidad de los delitos y de las penas, por expresa exigencia constitucional,[...] Pero claro, la exigencia en este caso no puede ir más allá de lo que es necesario para asegurar la previsibilidad de las actuaciones de las autoridades; de otra manera, el requisito llevaría a una completo desconocimiento de las formas propias de producción de normas y de los rituales autóctonos de juzgamiento, que es precisamente lo que pretende preservarse. “Para determinar lo previsible deberá consultarse, entonces, la especificidad de la organización social y política de la comunidad de que se trate, así como lo caracteres de su ordenamiento jurídico. Deben evitarse, no obstante, dos conclusiones erradas en torno a esta formulación. Por una parte, el reducir el principio de legalidad a una exigencia de previsibilidad no implica abrir el paso a la arbitrariedad absoluta, ya que las autoridades están obligadas necesariamente a actuar conforme lo han hecho en el pasado, con fundamento en las tradiciones que sirven de sustento a la cohesión social. Por otra parte, no puede extenderse este requerimiento hasta volver completamente estáticas las normas tradicionales, en tanto que toda cultura es esencialmente dinámica, así el peso de la tradición sea muy fuerte.[...] “Aunque parecería extraña a la mentalidad de los embera-chamí una noción como la de 'debido proceso', es pertinente aludir a ella en el caso sub-lite, pues consta en el estudio antropológico, que obra en el proceso, que la comunidad repudia y castiga los abusos de quienes ejercen la autoridad, lo que implica una censura a la arbitrariedad, y es ésa la finalidad que persigue el debido proceso[...] “El conocimiento de la norma por los miembros de la comunidad se explica por el hecho de que es una comunidad relativamente pequeña, en la que el grado de integración social es mucho más alto que el de nuestra sociedad, en donde es indispensable la escritura y la taxatividad de lo escrito para que, por un lado, sea posible sostener el principio de que la ignorancia de la ley no excusa su incumplimiento, sin el cual no sería posible el funcionamiento del ordenamiento jurídico; y, por el otro, para que los asociados tengan un mínimo de certeza respecto de la actuación de las autoridades.

4.5.1.3 LAS PENAS APLICADAS POR LOS TRIBUNALES INDÍGENAS Y SU TRATAMIENTO

Lo primero que cabe preguntarse en esta materia es cuál es el límite al que está sujeto el ejercicio de la jurisdicción indígena en los supuestos en que esté reconocida. El punto ha sido

latamente tratado en la jurisprudencia constitucional colombiana²⁹³. En ésta se ha establecido que el núcleo mínimo intangible de derechos que pasa el test de interculturalidad está compuesto por el derecho a la vida, la prohibición de la esclavitud y la prohibición de la tortura. Sólo respecto de éstos existe un verdadero consenso universal, constatable por el hecho de ser aquellos reconocidos por el derecho internacional y que no pueden ser suspendidos ni aun bajo pretexto de circunstancias extraordinarias²⁹⁴. Por otra parte, la Corte repara en los límites constitucionales al ejercicio de la jurisdicción indígena, esto es, la legalidad en el procedimiento y la legalidad de los delitos y penas. Al respecto, señala:

[L]a exigencia en este caso no puede ir más allá de lo que es necesario para asegurar la previsibilidad de las actuaciones de las autoridades; de otra manera, el requisito llevaría a un completo desconocimiento de las formas propias de producción de normas y de los rituales autóctonos de juzgamiento, que es precisamente lo que pretende preservarse.

Para determinar lo previsible deberá consultarse, entonces, la especificidad de la organización social y política de la comunidad de que se trate, así como los caracteres de su ordenamiento jurídico. Deben evitarse, no obstante, dos conclusiones erradas en torno a esta formulación. Por una parte, el reducir el principio de legalidad a una exigencia de previsibilidad no implica abrir el paso a la arbitrariedad absoluta, ya que las autoridades están obligadas necesariamente a actuar conforme lo han hecho en el pasado, con fundamento en las tradiciones que sirven de sustento a la cohesión social. Por otra parte, no puede extenderse este requerimiento hasta volver completamente estáticas las normas tradicionales, en tanto que toda cultura es esencialmente dinámica, así el peso de la tradición sea muy fuerte.²⁹⁵

Si nuestro ordenamiento jurídico reconociese explícitamente la jurisdicción indígena y estableciera los mecanismos de coordinación de aquella con los tribunales estatales, los problemas que plantea la aplicación de sus sentencias se limitarían a establecer el límite hasta dónde éstas pueden llegar en función del respeto al bloque de constitucionalidad. Sin embargo, en nuestro caso, también será necesario determinar qué sucede cuando la aplicación de las penas que emanen de la jurisdicción indígena parezca merecedora de reproche penal en un contexto de falta de reconocimiento legal de la misma.

Lo primero que cabe señalar es que la invocación de la causal justificante del artículo 10 N° 10 del Código Penal resulta de difícil fundamentación. La falta de una consagración legal expresa y clara de este derecho, sumada a la interpretación restrictiva que ha hecho el TC del artículo 9.1 del Convenio y a la cultura jurídica monista que impera en el país, le resta drásticamente eficacia a este argumento. Sin embargo, resulta plausible fundar la defensa en la concurrencia de un error de prohibición indirecta, ya que el autor actúa con la convicción que ejercita legítimamente un derecho (a la jurisdicción indígena) en función de una socialización exótica²⁹⁶, o como se ha sostenido en este documento, en base a una “conciencia culturalmente integrada de forma diversa”.

También es posible invocar la exclusión de tipicidad en el entendido que la pertenencia comunitaria supone la aceptación de sus mecanismos de solución de conflictos. En la medida en que se afecten bienes jurídicos disponibles, existiría un consentimiento (presunto) de la víctima, que hace desaparecer la lesividad de la conducta.²⁹⁷

Por otra parte, se ha sugerido que el principio de *non bis in idem* -a lo que agregamos lo establecido en el artículo 9.2 del Convenio en orden a que el juez penal debe considerar la

²⁹³ Cfr., Corte Constitucional Colombiana, Sentencia T-496/96; Ídem, Sentencia T-523/97.

²⁹⁴ Corte Constitucional Colombiana, Sentencias T-349/96 y T-778/05

²⁹⁵ Ídem.

²⁹⁶ Lillo, Rodrigo, *ob. cit.*, p. 16.

²⁹⁷ Ídem.

costumbre indígena en la materia- puede entregar buenos argumentos para señalar que un sujeto que ha sido objeto de un juicio conforme al derecho consuetudinario de su comunidad no puede volver a serlo en sede ordinaria²⁹⁸. Este argumento será válido en la medida en que se reconozca la legitimidad de la jurisdicción.

4.5.2 SANCIONES QUE LOS PUEBLOS INDÍGENAS PUEDEN APLICAR

Hasta aquí, y considerando la restricción impuesta tanto por el Convenio 169 como por la ley nacional y que se traduce en el bloque de constitucionalidad es posible hacer las siguientes afirmaciones²⁹⁹:

4.5.2.1 RESPECTO DE LAS SANCIONES COMUNITARIAS

Si las sanciones impuestas por la comunidad no atentan contra los derechos humanos fundamentales, en aras al principio de intervención mínima y de ultima ratio, cabría prescindir de todo ejercicio de poder punitivo por parte del Estado, privilegiando la justicia comunitaria.

Si las sanciones comunitarias atentan contra derechos humanos fundamentales, habrá de irse caso a caso, determinando cuál es el derecho humano fundamental que se está afectando, y la forma en la que se lesiona o pone en peligro. Ha de tenerse presente que la interpretación de la expresión derechos humanos fundamentales debe hacerse maximizando la autonomía indígena.

4.5.2.2 CONDUCTAS ATÍPICAS DE ACUERDO A LA CULTURA COMUNITARIA

Si una conducta no es un “ilícito” de acuerdo con la cultura comunitaria, constituye delito para la legislación chilena pero no atenta contra derechos humanos fundamentales (interpretados conforme al criterio de la maximización de la autonomía indígena), los jueces deberían abstenerse de imponer penas, toda vez que no se trataría de una afectación penalmente relevante, Ej.: inhumaciones clandestinas, lesiones menos graves o leves por métodos de sanación. Es decir, se trataría de una aplicación de la categoría dogmática denominada comúnmente como “riesgo permitido”.

Ahora bien, si la conducta lícita de acuerdo con la cultura comunitaria atenta contra derechos humanos fundamentales (vr.gr. violación, estupro y otros delitos sexuales), debe preverse el error de comprensión o de prohibición culturalmente condicionado, estableciendo en cada caso si era vencible o invencible, a fin de que el juez pueda abstenerse de imponer una pena o aplicar una atenuada. En otros casos (ej. uso de drogas para fines rituales, usurpaciones, hurtos de madera en territorios con título de merced o ancestrales) debe preverse una justificación sobre la base del ejercicio legítimo de un derecho (Art. 10 N°10) que permita excluir la antijuridicidad.

4.5.2.3 CONDUCTAS ATÍPICAS PARA LA LEY PENAL PERO PENADAS POR LA COMUNIDAD

En este caso, por proscribirlo el principio de legalidad, el sistema procesal penal no puede iniciar ningún tipo de actividad jurisdiccional, lo que incluye al Ministerio Público.

²⁹⁸ Lillo, Rodrigo, *ob. cit.*, p. 20.

²⁹⁹ Las ideas que se expresan a continuación han sido tomadas de las que vierte Zaffaroni en el artículo que se menciona, con interpretaciones y adiciones propias según lo tratado ampliamente en los apartados anteriores. Zaffaroni, E.R. “Consideraciones previas para la elaboración de un nuevo Código Penal para la República de Bolivia”. Doc. Inédito aparecido en publicación de Parte General Anteproyecto de Reforma al Código penal de Bolivia. Conforme a las resoluciones adoptadas en las reuniones de Santa Cruz de La Sierra (2008) y Buenos Aires (2009). Disponible en www.cienciaspenales.net (fecha consulta 2 junio 2010).

4.5.2.4 PENAS COMUNITARIAS POR CONDUCTAS MÁGICAS

Los pueblos indígenas en general, por imposición de los sistemas jurídicos nacionales, tienen que participar de órdenes universales y pensados globalmente, y que poco o nada se relacionan con sus “mundos simbólicos reales” en virtud de los cuales es posible matar a brujos, atribuir ciertas conductas (especialmente agresivas) al “mal de ojo” del que se ha sido víctima, liberar a los espíritus de un cuerpo con resultados lesivos o letales, etc. Los operadores del sistema, en una concepción respetuosa de los derechos culturales, habrán de ver estos mundos como “posibles”, aunque no necesariamente estén positivizados³⁰⁰. Este “ver” como posible a ese mundo real para el indígena, determina que los sistemas culturales puedan erigirse como marcos de argumentación.

Cada caso debe ser analizado en su particularidad, no siendo necesario aplicar siempre penas, “pues requiere una cuidadosa intervención en la comunidad que debe respetar la concepción del mundo propia de ésta pero al mismo tiempo prevenir estas consecuencias. El juez debe disponer de una gama de medios para intervenir y no solo de pena”³⁰¹ como por ejemplo, posibilidad de suspender condicionalmente el procedimiento sujetando la condición a alguna forma de solución en la comunidad misma.

³⁰⁰ Sánchez Botero, E. “Construcciones epistemológicas para el conocimiento de los sistemas de derecho propio y de las justicias indígenas”, en *América Indígena*, México, enero.-junio 1998, N° 1 y 2.

³⁰¹ Zaffaroni, E.R. “Consideraciones previas para la elaboración de un nuevo Código Penal para la República de Bolivia”. Doc. Inédito aparecido en publicación de Parte General Anteproyecto de Reforma al Código penal de Bolivia. Conforme a las resoluciones adoptadas en las reuniones de Santa Cruz de La Sierra (2008) y Buenos Aires (2009). Disponible en www.cienciaspenales.net (fecha consulta 2 junio 2010).

PARTE II

SOCIEDAD Y CULTURA MAPUCHE Y DEFENSA PENAL ESPECIALIZADA

PRESENTACIÓN

Los fundamentos jurídicos y los instrumentos internacionales para los pueblos originarios son de carácter general, por lo tanto aplicables a cada uno de ellos. No obstante, esta base resulta insuficiente si no es conectada con la historia, los antecedentes sociales y culturales de cada pueblo. El desarrollo de esta parte se debe construir para cada uno de los pueblos indígenas tomando como base el contenido de la Parte I y de la Parte III de este documento y que constituyen el modelo general de defensa penal indígena que ahora se especifica para el pueblo mapuche.

Como se ha destacado en el párrafo anterior, el modelo de defensa penal debe ser ajustado a los factores históricos, sociales y culturales propios de cada pueblo originario. Lo que se presenta ahora son los elementos proporcionados por el estudio realizado por la Universidad Central y que es necesario que sean de conocimiento del defensor penal mapuche. Refiere a elementos históricos, antecedentes sociales y culturales del pueblo Mapuche que contribuyen a la defensa penal especializada.

En el primer capítulo se presenta un análisis del contexto socio-político y jurídico de la región de la Araucanía, el desarrollo histórico cultural de la relación entre el Estado y el pueblo Mapuche, se destacan las instituciones tradicionales mapuche para luego examinar el conflicto mapuche hasta el presente. También se presenta una caracterización socioeconómica de la población mapuche, en lo cultural se presenta un análisis sobre la identidad mapuche y su cosmovisión. Con esta base se entregan elementos culturales que se deben tener presentes en una defensa especializada a partir de las declaraciones de los imputados indígenas y las autoridades mapuches.

Se presenta una revisión de la defensa penal en la Oficina de Defensa Mapuche de la región de La Araucanía y se examina la actuación de esa Oficina, luego se informan algunos problemas detectados por la investigación de la Universidad Central y se presentan propuestas y definiciones aplicables a la defensa de imputados mapuche.

Capítulo 1 CONTEXTO SOCIO-POLÍTICO Y JURÍDICO DE LA REGIÓN DE LA ARAUCANÍA

En lo que sigue se presentan antecedentes históricos que permiten contextualizar la acción de la defensa penal mapuche. Estas son nociones que son parte del perfil del defensor penal mapuche.

1. DESARROLLO HISTÓRICO – CULTURAL DE LA RELACIÓN CHILENO- INDÍGENA

La relación entre el Estado chileno y los mapuches, ha estado mediada simbólica y territorialmente por ciclos históricos, es lo que se denomina la matriz territorial de la relación entre el pueblo mapuche y la nación chilena, caracterizada por el descontrol de los derechos territoriales donde los mapuche son desconocidos. Cronológicamente, se identifican los siguientes ciclos históricos:

- a) Siglos XVII al XIX, el país mapuche (Wallmapu);
- b) Siglo XIX, la ocupación militar por los Estados de Chile y Argentina;
- c) Finales siglo XIX y comienzos del siglo XX, constitución de la propiedad rural;
- d) Mediados siglo XX, período reduccional clásico;
- e) 1962 – 1973, reforma agraria, el “Cautinazo”;
- f) 1973 – 1990, contrarreforma agraria e instalación de modelo neoliberal;
- g) 1990 en adelante, transición chilena y etnoterritorialidad.

1.1. EL WALLMAPU³⁰².

La relación de la nación mapuche con la Corona Española a partir de fines del siglo XVI se caracteriza por la existencia de acuerdos constructivos y relaciones políticas y comerciales. La batalla de Curalaba y la Rebelión de 1598-1601 pone término al período de la guerra ofensiva y da paso a la denominada “guerra defensiva” que, hasta 1625, tiene como protagonista al jesuita Luis de Valdivia; la tesis apoyada desde España era simple: “hay que parar la guerra ofensiva, establecer una frontera, limitar la entrada de los militares y sólo dejar a los clérigos y frailes entrar a la tierra a predicar el evangelio”³⁰³. El país mapuche se sitúa su frontera con la Corona en el Bio Bio, los españoles pierden todas las ciudades al sur y prevalece la autonomía mapuche en un territorio que se extendía desde La Araucanía hasta Las Pampas y Nor-Patagonia, desde el Pacífico al Atlántico³⁰⁴.

Durante la guerra defensiva los españoles construyen el estereotipo del indígena en oposición a lo que antes Alonso de Ercilla destacaba de los naturales del Reyno de Chile. En el siglo XVI se define a los mapuches como flojos, degenerados, bárbaros y borrachos. Terminada la guerra defensiva en 1625, vuelve el conflicto abierto donde se instala, en definitiva, el tema del indio bárbaro y será la barbarie la que dominará la relación del pueblo mapuche con la Corona y las nacientes nuevas repúblicas por los siguientes doscientos años.

302 Wall Mapu: territorio ancestral de los mapuche

303 Bengoa, J. Conquista y barbarie. Ediciones Sur. Santiago. 1992. p.102

304 Toledo, V. Pueblo Mapuche. Derechos colectivos y territorio: Desafíos para la sustentabilidad democrática. LOM Ediciones. Santiago. 2006.

En lo político, se desarrollaron diversas formas territoriales de poder y alianzas, los butalmapu³⁰⁵ y la compleja red de entidades socio-espaciales³⁰⁶. De esta época datan los parlamentos³⁰⁷ suscritos con la Corona y la naciente República de Chile que sustentan las actuales reclamaciones territoriales.

1.1.1. OCUPACIÓN MILITAR POR LAS NUEVAS REPÚBLICAS

Durante la primera mitad del siglo XIX, el Estado de Chile mantuvo intacta la frontera al sur del Bio Bio. Pero en la segunda mitad del mil ochocientos hace ocupación militar del territorio mapuche. En tres decenios “el Wallmapu fue invadido, fraccionado e incorporado militarmente a la soberanía de los estados chileno y argentino en un proceso de expansión republicana, desatado por profundos procesos ideológicos, geopolíticos y económicos”³⁰⁸.

En 1859 la idea del crecimiento exportador triguero sumado al imaginario liberal de progreso, hace que las elites gobernantes vean en las tierras del sur la oportunidad de expansión de la economía nacional con la anexión de nuevos territorios a la República. El patriota araucano al que O’Higgins otorgó la condición de ciudadano chileno (marzo de 1819) desaparece y se reemplaza por un mapuche es estigmatizado como salvaje, bárbaro; imagen que prevalece hasta entrado el siglo XXI. La intelectualidad de la época, encabezada por Barros Arana, entrega una imagen deplorable acerca de los mapuche: se trata de salvajes de principio a fin, carentes de sentimientos, fuente de incultura y brutalidades, cuyas tierras incultas deben ser cultivadas y civilizadas. Éste fue el fundamento sobre el cual se implementó la política de inmigración europea y la ocupación del territorio: “en nombre de la civilización se cometió uno de los actos menos civilizados que han ocurrido en este poco civilizado territorio”³⁰⁹.

Las consecuencias de la ocupación militar, Toledo las sintetiza señalando:

“Para los mapuches, la invasión republicana implicó la pérdida de soberanía, el colapso de sus estructuras de poder, cuantiosas pérdidas de vidas, la usurpación de grandes posesiones, el saqueo de sus riquezas, y la incorporación de los sobrevivientes esquilmados y sus descendientes al orden republicano, en estatus de indígenas. Fue el inicio de una época de pobreza, discriminación, nacionalización forzosa, reproducción y reelaboración de la cultura. Los mapuches fueron ciudadanos incorporados a la fuerza a un orden republicano etnocrático, sin derecho a su lengua, a su religión, a su cultura; sin derecho a decidir por sí mismos su destino; y sin derecho a participar en igualdad de condiciones, como colectivo, en la definición de la voluntad general de la República”³¹⁰.

1.1.2. CONSTITUCIÓN DE LA PROPIEDAD RURAL

Tras la “pacificación de la Araucanía” se instaló un modelo económico territorial que favoreció a la propiedad rural y la formación del sistema urbano en el sur de Chile, con Temuco como ciudad de enclave. Los territorios se articulan bajo el modelo primario exportador que

305 butalmapu o fütalmapu (del mapudungun: "gran territorio"), grandes confederaciones con que se organizaba el pueblo mapuche en caso de guerra

³⁰⁶ Toledo, V. Ob. Cit.

³⁰⁷“Los parlamentos” son actos-documentos jurídicos que, durante el período colonial y la primera fase del período independiente, fueron firmados, principalmente (pero no exclusivamente) en los actuales territorios de las Repúblicas de Argentina y Chile entre las autoridades coloniales (en nombre del rey) o autoridades republicanas (en nombre de sus respectivos gobiernos) y autoridades indígenas. La mayoría de los parlamentos fueron ratificados, directamente, por el Rey de España o por el Consejo de Indias en su nombre; los parlamentos del período independiente fueron ratificados por el Gobierno y/o el Parlamento (...)A un parlamento “asistían los caciques acompañados de varios miles de ‘conas’ o guerreros, y el gobernador con un brillante séquito de funcionarios, letrados, frailes y tropas de línea y de milicias [...] A fin de impresionar a los naturales y de dar solemnidad al acto, que en el fondo era una especie de conferencia internacional, se rodeaba al parlamento de la mayor teatralidad”(Ibarra, 2003:3).

³⁰⁸ Toledo, V. Ob. Cit. p.26.

³⁰⁹ Bengoa, J. Ob. Cit. p.128.

³¹⁰ Toledo, V. Ob. Cit. p.28.

prevalecerá por largo tiempo en Chile. La consolidación del nuevo espacio territorial se logró a través del proceso de radicación, reducción y entrega de Títulos de Merced llevado adelante por el Estado chileno desde 1884 hasta 1929. Según Bengoa este proceso “significó la liquidación de los espacios territoriales jurisdiccionales de los mapuches y la “reducción” de las propiedades a las tierras de labranza alrededor de las casas que con anterioridad habían tenido”³¹¹, provocando una crisis sin precedentes en la sociedad mapuche: numerosas disputas internas, usurpaciones por parte de particulares, conflictos que ya no podían resolverse del modo tradicional pasaron a ser resueltos por las autoridades chilenas.

De acuerdo a las cifras del Comité Interamericano de Desarrollo Agrícola (3.078 títulos de merced para 77.751 indígenas) y el Censo de Población de 1907 (101.118 araucanos), se concluye que durante la constitución del este nuevo territorio al sur del Bio Bio muchos mapuches quedaron sin tierras y, los que las recibieron se hicieron propietarios de una ínfima porción respecto a la de los colonos europeos; “mientras que se distribuía en promedio 6,1 hás. a cada mapuche, se entregaba a cada colono lotes de quinientas hectáreas”³¹².

Lo acontecido en este casi medio siglo de intervencionismo en la sociedad mapuche, Bengoa lo resume en:

“Fue una verdadera intervención explosiva la que hizo el Estado chileno en la sociedad mapuche. No sólo les quitó las tierras, sino que los agrupó en forma arbitraria y, así, los obligó a convivir de un modo por completo artificial. Es por ello que se rompió profundamente la sociedad mapuche. El Estado chileno actuó de manera tal que partió en pedazos las solidaridades y propugnó la división al interior de las familias mapuches”³¹³.

1.1.3. PERÍODO REDUCCIONAL “CLÁSICO”

Desde 1929 en adelante la relación del Estado chileno con el pueblo mapuche esta caracterizado por la crisis del modelo primario exportador que conduce a la articulación interna entre microrregiones del llamado modelo de desarrollo hacia adentro; se conforma un sistema de hacienda-reducción; surgen las presiones para liquidar la propiedad comunitaria de los indígenas, los primeros conflictos con los latifundistas y usurpaciones de tierras mapuche entregadas con Títulos de Merced. La dictación, en 1927, de una ley que permite la división de los Títulos de Merced, permitió que entre 1931 y 1948, un total de 832 comunidades indígenas fueran divididas y fraccionadas en 12.737 hijuelas, lo que a su vez, favoreció la venta de tierras y usurpaciones. Mediante esta práctica, comenzada la década de 1970, habían desaparecido 168 comunidades, sus tierras habían sido usurpadas y sus antiguos propietarios tuvieron que migrar.

Sin duda, las situaciones que identifican esta etapa son las presiones de la sociedad chilena para que la propiedad mapuche sea dividida, lo cual por cierto se logra, y la conformación de un incipiente pensamiento indigenista en Chile que – ante la total ausencia de personeros del gobierno de Aguirre Cerda interesados en el tema - se vio impulsado por la participación de un joven dirigente mapuche de Temuco, Venancio Coñoeapan, en la Primera Conferencia Indigenista Interamericana realizada en Pátzcuaro (México). De regreso a Chile, Coñoeapan con la idea de crear una República Indígena, formó la Corporación Araucana, organización política mapuche que en la segunda mitad del siglo XX contará con varios representantes en la Cámara de Diputados.

³¹¹ Bengoa, J. Historia de un conflicto. El Estado y los Mapuches en el siglo XX. Planeta/Ariel. Santiago. 1999. p.53.

³¹² Jeannot, B. “El problema mapuche en Chile” en Cuadernos de la Realidad Nacional, CEREN, Universidad Católica de Chile. Nº 14, octubre de 1972. p.8.

³¹³ Bengoa, J. Ob. Cit. 1999. p.54.

1.1.4. LA REFORMA AGRARIA Y EL “CAUTINAZO”

El período iniciado en 1962 representa la entrada en escena de un movimiento social mapuche centrado en las reclamaciones de tierras indígenas perdidas y usurpadas a partir de la ocupación de la frontera al sur del Bio Bio. Los gobiernos de Alessandri, Frei y Allende llevarán adelante una reforma de la propiedad rural que permitió restituir parte del espacio territorial ancestral. La década 1962-1973, a través de una reforma agraria como política estatal, marca la ruptura del cerco reduccional al que fueron confinados los indígenas del sur y la instalación de una profunda crisis política nacional.

Durante el gobierno de Jorge Alessandri, bajo la impronta de la Alianza para el Progreso, se promulga la primera ley de reforma agraria transformando la Caja de Colonización Agrícola en la Corporación para la Reforma Agraria (CORA). Si bien no hubo avances significativos, se hizo lo suficiente para visibilizar las demandas indígenas y asumir la reforma como una necesidad nacional. Posteriormente, en 1965, durante el gobierno de Frei Montalva, se inicia la expropiación de tierras y la liquidación del latifundio conforme a la ley de reforma agraria. La acción estatal recayó en la CORA y el Instituto de Desarrollo Agropecuario (INDAP), llegando a establecer relaciones regulares con el campesinado del sur del Chile, tanto indígenas como no indígenas. En el período se realizaron 160 expropiaciones en las provincias de Arauco, Malleco y Cautín, de las cuales sólo 36 favorecieron a campesinos mapuche.

En 1971 el pueblo mapuche inicia un masivo proceso de recuperación de tierras ancestrales conocido como “Cautinazo”, que lleva a la incorporación de las demandas territoriales indígenas en la política agraria del gobierno de la Unidad Popular. El gobierno de Allende introdujo algunas modificaciones a las leyes de reforma agraria, acelerando el proceso expropiatorio e incorporando masivamente a las comunidades mapuche proveyendo de tierras, asistencia técnica y crediticia.

Con el Cautinazo, el gobierno de Salvador Allende impulsó una política de restitución de las tierras usurpadas, que consideró: a) Convenio CORA- DASIN (Dirección de Asuntos Indígenas) para aplicar la ley 16.640, b) Juicios de Restitución y c) Restitución por la vía administrativa o extra-judicial. Con esta política, la restitución territorial debía ser rápida y la CORA asignaría tierras a los indígenas organizados en cooperativas campesinas. De 586 expropiaciones realizadas entre 1971 y 1973, la cuarta parte de ellas (152 predios) se entregaron a comunidades mapuche, la mayoría ubicadas en las provincias de Malleco y Cautín. En estas expropiaciones el 18% quedó en posesión de campesinos indígenas. Para Jacques Chonchol – Ministro de Agricultura de la época- “la evaluación del proceso de reforma, al año 1973, arroja déficit desde la perspectiva de los intereses y derechos mapuches. Muchas tierras fuertemente reclamadas no pudieron ser expropiadas, pues no eran aplicables las causales establecidas en la ley de Reforma Agraria”³¹⁴ En el período de reforma agraria el estereotipo del “araucano revolucionario” que construyó el movimiento obrero en décadas anteriores se representó con nuevas imágenes de los indígenas del sur.

Antes de los setenta la izquierda chilena consideraba a las comunidades mapuche como organizaciones campesinas y durante la Unidad Popular se les calificó como minorías étnicas y una subcultura campesina chilena que debía integrarse a la sociedad nacional; aquellos grupos que se resistieron a esta integración fueron tildados de indios pequeño burgueses. “Por su parte, el campesinado chileno regional, de origen muy distinto al de la zona central, percibió a los mapuches y sus reclamaciones como una competencia a sus propias pretensiones de acceso a las tierras, por lo cual mostró una alta dosis de racismo, incluso más tajante que los latifundistas”³¹⁵

³¹⁴ Toledo, 2006b:36.

³¹⁵ Hernández citada en Toledo, 2006b:37.

Para Bengoa, el final de esta historia es conocido: “los militares confunden a los mapuches, que luchaban por recuperar sus pequeños retazos de tierra, con feroces bolcheviques rusos que pretenden atacar el poder y revertir la sociedad civilizada. La civilización occidental contra la barbarie moderna (...) vuelve a enfrentarse. La represión contra los mapuches no tiene parangón y es del todo desproporcionada”³¹⁶ En suma, el “Cautinazo”:

“... es el punto de inflexión en la historia de la relación de los mapuches con el Estado y la sociedad chilena y su constitución como sujeto político (,,,) reafirmó la centralidad de la memoria mapuche como política y agencia. Si bien el proceso de recuperación de las tierras ancestrales quedó trunco en septiembre de 1973, el quiebre simbólico del arrenducionamiento mapuche pasó a ser irreversible. La historia de cada comunidad y del movimiento mapuche tiene un antes y un después de ese momento emblemático. Sólo con ese dato en mente, ese marco de la memoria colectiva, es posible comprender el temprano resurgir de la movilización mapuche bajo dictadura, que ya en 1978 emerge con un claro discurso de derechos como pueblo y recuperación de todas las tierras”³¹⁷.

1.1.5. CONTRARREFORMA AGRARIA Y MODELO NEOLIBERAL

Con el golpe de estado de 1973 se instala un modelo de economía neoliberal con un modelo territorial con procesos de regionalización y descentralización en función de una economía abierta. Se produce un proceso de contrarreforma agraria que profundiza la división de las comunidades indígenas, se promulgan cuerpos legales y normativos que modifican la propiedad de los recursos de aguas, subsuelo y riberas y otorga incentivos económicos estatales a la transformación productiva forestal que será clave en la relación Estado-pueblo mapuche a finales del siglo XX.

A septiembre de 1973 había una mayoría de mapuches que, habiendo sido favorecidos con la reforma agraria, se encontraban en una situación de transitoriedad, porque las tierras expropiadas “no fueron tituladas a nombre de los beneficiarios de la reforma agraria ya que no se les concedió legalmente la tierra a los Mapuches que la trabajaron, sino que se mantuvo en propiedad de la CORA”³¹⁸. Se inicia una regularización de títulos de propiedad que aplica una restitución de predios a propietarios anteriores, es lo que se conoce como contra-reforma agraria, caracterizada por la represión, persecución y pérdida de derechos territoriales³¹⁹. La visión de la Comisión de Trabajo Autónoma Mapuche (COTAM) es la que sigue: “en términos territoriales, la revancha golpista significó que gran parte de los predios recuperados por las comunidades mapuches fueran devueltos a sus antiguos propietarios, en especial, los de las Comunas de Lautaro, Ercilla, Collipulli, Lumaco, Lonquimay, Carahue y Nueva Imperial”³²⁰.

Del total de tierras expropiadas entre 1964 y 1973, un tercio fueron asignadas a campesinos, otro tercio rematadas por la CORA, el 28,5% devueltas a sus anteriores dueños y un 6% entregadas a instituciones como la Corporación Nacional Forestal (CONAF). La mayor parte de las tierras que pasaron a manos de la CORA y la CONAF durante la reforma agraria habían sido asignadas a campesinos mapuche. Parte importante de los predios la CORA los traspasó a la CONAF y ésta, a su vez, por la vía del remate los vendió a empresas forestales; las que en menos de tres décadas han transformado a Chile “en uno de los principales exportadores de productos forestales y celulosa en el mercado internacional”³²¹, al tiempo que han cambiado el paisaje, la

³¹⁶ Bengoa, J. Ob. Cit.p.131.

³¹⁷ Toledo, V. Ob. Cit. p.38.

³¹⁸ Federación Internacional de los Derechos Humanos. Pueblo Mapuche: Entre el olvido y la exclusión. Informe Misión Internacional de Investigación. Chile. Nº 358/3. Marzo de 2003. p.10.

³¹⁹ Comisión de Trabajo Autónoma Mapuche (2003): Wajontunmapu: Territorio y tierras mapuches. Documento de discusión preliminar”. Documento de trabajo Comisión de Verdad Histórica y Nuevo Trato. Temuco. Marzo 2003.

³²⁰ Comisión de Trabajo Autónoma Mapuche. Ob. Cit. p.23.

³²¹ Toledo, V. “El enclave forestal chileno en territorio mapuche” en Revista Asuntos Indígenas, IWGIA Copenhagen, 4/2006:44-50. p.46.

economía, las estructuras y dinámicas espaciales y sociales de la región mapuche³²². Para autores como Aylwin “esta situación explica, en parte importante, (...) los conflictos que actualmente tienen las comunidades mapuche con las empresas forestales presentes en su territorio ancestral”³²³.

Durante la dictadura militar, se promulgó el Decreto Ley Nº 2.568 sobre División de las Comunidades Indígenas. En respuesta, líderes indígenas conforman la organización política mapuche Ad Mapu³²⁴, que reivindica la autonomía territorial y política del pueblo mapuche y asume “la defensa de los derechos y reivindicaciones mapuche en aspectos económicos, educacionales, culturales y políticos, oponiéndose activamente a la división de las comunidades y al Decreto Ley 2.568”³²⁵.

Un análisis histórico realizado por Pinto y Salazar destaca que “la división no respetó espacios que siempre se consideraron comunes y que eran fundamentalmente para la reproducción material y cultural del pueblo mapuche, tales como áreas destinadas a bosques, pastizales y ceremonias religiosas. El aumento de la población, unido a lo reducido de su territorio, contribuyó a (vaciar) las comunidades de su gente y cultura”³²⁶.

En los dos decenios de aplicación de este decreto ley fueron divididas alrededor de 2 mil comunidades mapuche, dando origen a unas 72.000 hijuelas individuales. “La división de las tierras comunales dio origen al minifundio, lo cual incidió en el empobrecimiento de la población mapuche rural y aceleró su migración a los centros urbanos”³²⁷.

1.1.6. TRANSICIÓN DEMOCRÁTICA Y LA ETNOTERRITORIALIDAD

En la última década del siglo XX y primera del siglo XXI, se produce un escenario de transición democrática. El gobierno democrático no modifica las bases del modelo económico ni la estructura territorial y centra su esfuerzo en afianzar un proceso modernizador. Emerge un nuevo discurso etnoterritorial de derechos colectivos del pueblo mapuche que sustenta la protesta social mapuche.

El Estado chileno desarrolla una serie de estrategias y formulaciones en la construcción de una política indígena. El 1 de diciembre de 1989, en Nueva Imperial representantes de organizaciones indígenas suscriben un acta de compromiso con Patricio Aylwin Azócar, en la cual el candidato a la presidencia de la república se compromete “a hacer suya la demanda de los Pueblos Indígenas de Chile expresada en el Programa de la Concertación, especialmente en lo referido a (...) el reconocimiento constitucional de los pueblos indígenas y sus derechos económicos, sociales y culturales fundamentales”. Inmediatamente se creó la Comisión Especial de Pueblos Indígenas (CEPI) que sienta las bases para la promulgación, en 1993, de la Ley Nº 19.253 que establece normas especiales de los procedimientos judiciales que involucran a indígenas y crea la Corporación Nacional de Desarrollo Indígena (CONADI). En este acto los

³²² Toledo, V. “Las tierras que consideran como suyas. Reclamaciones mapuches en la transición democrática chilena” en Revista Asuntos Indígenas, IWGIA Copenhagen, 4/2004:38-50. p.46.

³²³ Aylwin, J. Tierra y territorio mapuche: Una análisis desde una perspectiva histórico jurídica. Documento de trabajo Comisión Verdad Histórica y Nuevo Trato. Santiago. 2002. p.9.

³²⁴ Aukiñ Wallmapu Ngulam. El pueblo Mapuche y sus derechos fundamentales. Kolping. Temuco. 1997.

³²⁵ Saavedra, A. Los Mapuche en la sociedad chilena actual. LOM Ediciones. Santiago. 2002. p.74.

³²⁶ Citados en Camacho, F. “Historia reciente del pueblo Mapuche (1970-2003): Presencia y protagonismo en la vida política de Chile” en Pensamiento Crítico. Revista Electrónica de Historia. Nº 4. Noviembre 2004. En: http://www.pensamientocritico.cl/attachments/097_f-camacho-num-4.pdf

³²⁷ Federación Internacional de los Derechos Humanos, Ob. Cit. p.11.

mapuche vieron “la posibilidad de recuperar su dignidad, derechos y propiedades perdidas durante toda la etapa anterior”³²⁸. El gobierno de Patricio Aylwin promulga la actual Ley Indígena:

“... principales puntos fueron: reconocimiento de los indígenas como los descendientes de las agrupaciones humanas que existen hoy en Chile, la obligación del Estado en “respetar, proteger y promover” el desarrollo de los indígenas, proteger las tierras indígenas y limitar su adjudicación por personas no indígenas, la creación de un Fondo de Tierras y Aguas para la compra y regularización de tierras y aguas para las comunidades, constitución de un Fondo de Desarrollo Indígena para mejorar la situación socioeconómica de los indígenas, reconocer las lenguas y crear un sistema de educación intercultural bilingüe, establecimiento de un sistema judicial apropiado para las comunidades indígenas y, por último, la creación de la Corporación Nacional de Desarrollo Indígena, (CONADI)”³²⁹.

La decisión del Congreso Nacional de instalar la Dirección nacional de la CONADI en Temuco, por ser la “capital indígena de Chile”, tiene un efecto debilitador, Bengoa indica que “es posiblemente el peor lugar desde donde dirigir una política indígena con perspectiva de cambio de las relaciones entre el Estado y esa sociedad. Le ocurrió al primer director de la CONADI (...), quien siendo una autoridad nacional de acuerdo a su rango, era tratado como un jefe de servicio menor por las autoridades regionales y locales”³³⁰. Lo que ocurre, dice Bengoa, es que los estereotipos raciales están muy desarrollados en el sur. Los resultados de un estudio realizado en la época sobre el racismo local destaca que: “dicen que son flojos, borrachos y alzados. Que viven de mala manera (...) Que no les interesa el progreso. Que son hediondos...”³³¹. A finales del siglo XX los niveles de estigmatización del pueblo mapuche han aumentado y se les sigue discriminando.³³²

En la década del noventa resurge un movimiento social mapuche asociado a reivindicaciones históricas sobre la restitución territorial, se ocasionan conflictos generados por el uso indiscriminado de los recursos naturales por parte de empresas nacionales y transnacionales: construcción de centrales hidroeléctricas, carreteras, vertederos y ductos de combustibles, reemplazo de bosque nativo por especies exóticas destinadas a la explotación forestal.

En el gobierno de Eduardo Frei Ruiz-Tagle, la protesta social mapuche desarrollada por organizaciones y comunidades mapuche comienzan a ser calificadas como terroristas. “Por ejemplo, en 1994, tras sus acciones de recuperación, 144 Mapuches fueron condenados por asociación ilícita y usurpación de tierras. El conflicto se agudiza y también la respuesta de los gobiernos, así en 1992 se aplica primero la ley penal común, en 1997 durante el gobierno de Frei Ruiz-Tagle se aplica la ley de seguridad interior del Estado y desde el 2002 en adelante, bajo los gobiernos de Ricardo Lagos y Michelle Bachelet se aplica la ley antiterrorista.

Progresivamente se generaliza un discurso en el que las comunidades en conflicto son las que alteran la tranquilidad y la paz social en Chile”³³³. En el discurso diferencian dos sectores: uno formado por “violentistas”, “rupturistas” –hoy en día terroristas- y otro constituido por aquellos que aceptan las reglas del juego, estando dispuestos a conversar y trabajar juntos. Con los mapuche que aceptan las reglas del juego se dialoga; a los violentistas se les reprime o amenaza con el uso de la fuerza”³³⁴. La complejidad del problema aumenta con el rechazo internacional a esta situación.

En cuanto política pública, la relación del Estado chileno con el pueblo mapuche, asume diversos énfasis y prioridades: en el gobierno de Aylwin se expresa en el Acuerdo de Nueva Imperial (1989), la creación de la Comisión Especial de Pueblos Indígenas (1990), la realización del

³²⁸ Camacho, F. Ob. Cit.

³²⁹ Ídem.

³³⁰ Bengoa, J. 1999. Ob. Cit. p.207.

³³¹ Ídem, p.208.

³³² Ver Sección El conflicto mapuche en la prensa nacional y regional.

³³³ Federación Internacional de los Derechos Humanos. Op Cit. p.12.

³³⁴ Saavedra, A. Ob. Cit. p.169.

Congreso Nacional de Pueblos Indígenas y la promulgación de la Ley Indígena Nº 19.253 (1993); en el gobierno de Frei Ruiz-Tagle se instala la CONADI, entra en aplicación la Ley Indígena, fundamentalmente con la implementación de los Fondos de Tierras y Aguas Indígenas (Decreto Supremo Nº 395 de 17 de mayo de 1994) y de Desarrollo Indígena (Decreto Supremo Nº 396 de 17 de mayo de 1994), la creación de Áreas de Desarrollo Indígena, la realización de los Diálogos Comunes y la firma presidencial al Pacto por el Respeto Ciudadano³³⁵; durante el gobierno de Lagos se materializan parte de los acuerdos de su predecesor con la suscripción de un convenio con el Banco Interamericano de Desarrollo (BID) para la ejecución del Programa de Desarrollo Integral de las Comunidades Indígenas – Programa Orígenes-, la Constitución de un Grupo de Trabajo sobre Pueblos Indígenas (2001) cuya labor dio paso a la “Carta a los Pueblos Indígenas de Chile” que anunciaba la ejecución de 16 medidas, una de las cuales fue la creación, en enero de 2002, de la Comisión de Verdad Histórica y Nuevo Trato (CVHNT)³³⁶, cuyas conclusiones fueron la base para la Política de Nuevo Trato (2004). El informe final de la CVHNT de octubre de 2003, tiene entre sus principales recomendaciones: a) reconocimiento constitucional de los pueblos indígenas, b) consagración constitucional de derechos colectivos políticos, territoriales y culturales, c) creación de un Consejo de Pueblos Indígenas, d) reconocimiento histórico de que los pueblos aonikenk y selk’nam fueron objeto de genocidio, e) adopción de medidas para salvaguardar la sobrevivencia de los pueblos kaweskar y yagan, f) ratificación del Convenio 169 de la OIT y g) reconocimiento y valoración de la diversidad cultural y derechos de los pueblos indígenas ante la sociedad chilena.

A partir de estas recomendaciones, el gobierno de Lagos elabora la Política Indígena de Nuevo Trato que “es el resultado del proceso de construcción de confianzas entre el Estado, la sociedad y los pueblos indígenas de Chile. Un proceso que se inaugura con el Acuerdo de Nueva Imperial, se institucionaliza con la Ley Indígena y que en la Comisión de Verdad y Nuevo Trato recibe un nuevo impulso a su desarrollo”³³⁷.

En el contexto de la implementación de las medidas contenidas en la nueva política indígena, el Estado chileno apoyaba la instalación del Foro Permanente de Pueblos Indígenas de las Naciones Unidas y el Gobierno promovía la aprobación de la Declaración sobre Derechos de los Pueblos Indígenas de Naciones Unidas. Al mismo tiempo, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de la ONU se mostraba “profundamente preocupado por la aplicación de leyes especiales, como la ley de seguridad del Estado (Nº 12.927) y la ley antiterrorista (Nº 18.314), en el contexto de las actuales tensiones por las tierras ancestrales en las zonas mapuche”³³⁸ y el Relator Especial de la Comisión de Derechos Humanos de la ONU sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas, denunciaba

³³⁵ El Pacto por el Respeto Ciudadano, producto de los Diálogos Comunes, fue suscrito en agosto de 1999 y contemplaba: a) el envío al Congreso de los proyectos de Reforma Constitucional y de ratificación del Convenio Nº 169 de la OIT, b) implementación de una política indígena acorde a los nuevos tiempos, c) reprogramación y condonación de deudas de los indígenas contraídas con INDAP, d) solución en un plazo no superior a 2 años del listado de predios aprobado por el Consejo de la Conadi, e) concurso de riego para el desarrollo productivo por 1.700 millones de pesos, f) creación de dos nuevas Áreas de Desarrollo, en Lleu Lleu en la VIII Región y Colchane en la I Región, g) subsidio especial para matrimonios jóvenes indígenas por 3.200 millones de pesos, h) programa habitacional especial para comunidades por 600 viviendas e i) aumento de las becas indígenas de 13.800 a 18.000 en el año 2000 (Gobierno de Chile, 2004).

³³⁶ Esta Comisión, presidida por el ex Presidente de la República Patricio Aylwin, tenía por finalidad “asesorar al Presidente de la República, en el conocimiento de la visión de nuestros pueblos indígenas sobre los hechos históricos de nuestro país y (...) efectuar recomendaciones para una nueva política de estado, que permita avanzar hacia el nuevo trato de la sociedad chilena y su reencuentro con los pueblos originarios” (Decreto Supremo N1 19, de 18 de enero de 2001).

³³⁷ Gobierno de Chile. Política de nuevo trato con los pueblos indígenas. Derechos indígenas, desarrollo con identidad y diversidad cultural. Gobierno de Chile. Santiago. 2004. p.34.

³³⁸ Federación Internacional de los Derechos Humanos. La otra transición chilena: Derechos del pueblo mapuche, política penal y protesta social en un estado democrático. Informe Misión Internacional de Investigación. Chile. Nº 445/3. Abril de 2006. p.26.

que “unos dirigentes de la comunidad mapuche han sido condenados a largas penas de prisión por supuestos actos terroristas cometidos en el marco de un conflicto social por los derechos de tenencia de la tierra, lo que permite albergar serias dudas sobre las garantías procesales en el país”³³⁹.

El 6 de enero de 2006 en Nueva Imperial, la candidata a la presidencia de la República Michelle Bachelet, suscribe un acta de compromiso con representantes de los Pueblos Indígenas para que durante su mandato presidencial se avance en: a) el respeto a los pueblos indígenas en las decisiones que les atañen y escuchar sus propuestas y b) el establecimiento de mecanismos apropiados para una plena y efectiva participación indígena en los asuntos públicos, legislativos y administrativos. Así en 2007 se inició la segunda fase del Programa Orígenes y Bachelet anunció los “Nuevos Ejes de la Política Indígena”: a) participación política y social, b) reconocimiento de los derechos indígenas, c) política indígena urbana, d) mujeres indígenas y e) educación y cultura, al año siguiente (2008) da a conocer la política gubernamental en materia indígena “Re-conocer: Pacto Social por la Multiculturalidad” y, tras 18 años de tramitación legislativa, el Estado de Chile ratifica el Convenio Nº 169 de la OIT; ambos hechos que reciben un reconocimiento especial por parte del Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas, James Anaya, tras visita de trabajo a Chile realizada en abril de 2009.

En informe del Relator Especial Anaya, ilustra claramente la forma en que durante el último gobierno de Concertación evolucionó la relación del Estado chileno con los pueblos indígenas, en particular el Mapuche; se reconocen los avances en la situación socioeconómica de los pueblos indígenas al tiempo que “aún persisten en Chile severas brechas de desigualdad en el goce de los derechos económicos y de la salud y educación de los pueblos indígenas”³⁴⁰; se evidencian los riesgos ambientales sobre territorios indígenas a partir de la construcción e instalación de centrales hidroeléctricas, plantas químicas de tratamiento de aguas servidas y plantas de celulosa. En cuanto a la situación del pueblo mapuche, el Relator Especial constata que “líderes tradicionales y otros dirigentes y comuneros mapuches han sido condenados y siguen siendo procesados bajo diversos regímenes penales por actos que de alguna manera se relacionan con la protesta social mapuche en torno a reivindicaciones de tierras”³⁴¹ y recursos naturales y, continúa más adelante, sosteniendo que resulta preocupante en materia de política penal, la aplicación de la ley antiterrorista³⁴², bajo la cual a julio de 2010 están siendo procesados 36 mapuche. Concluye, finalmente, señalando 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, los abusos y violencia ejercida por parte de la policía contra miembros del pueblo mapuche y la forma en que se ha aplicado la política penal hacia los indígenas, genera su estigmatización y “puede haber contribuido a generar un ambiente crítico de desconfianza de los indígenas hacia las autoridades estatales, que ha afectado de manera negativa

³³⁹ Comisión de Derechos Humanos de la ONU. Las cuestiones indígenas. Los derechos humanos y las cuestiones indígenas. Informe del Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas, Rodolfo Stavenhagen. Consejo Económico y Social Naciones Unidas. 26 de enero de 2004. p.15.

³⁴⁰ Comisión de Derechos Humanos de la ONU. La situación de los pueblos indígenas en Chile: Seguimiento a las recomendaciones hechas por el Relator Especial anterior. Informe del Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas, James Anaya. Consejo Económico y Social Naciones Unidas. 5 de octubre de 2009. p.5.

³⁴¹ Ídem. p.15.

³⁴² Al respecto, cabe señalar que al momento de estar en su etapa final el presente estudio, 23 presos mapuche imputados por Ley Antiterrorista iniciaron huelga de hambre en cárceles de Concepción y Temuco. Señala un medio de prensa que “según un informe de la Comisión Ética contra la Tortura, hasta el pasado 23 de junio {de 2010} había en Chile un total de 106 indígenas encarcelados, condenados o procesados en relación con el llamado conflicto mapuche, cifra que supone casi el doble de hace un año. http://www.latercera.com/contenido/680_275816_9.shtml

a la convivencia y legitimidad democráticas, contribuyendo al descontento general sobre las iniciativas del Gobierno de Chile en materia indígena”³⁴³.

³⁴³ Comisión de Derechos Humanos de la ONU. 2009. Ob. Cit. p.19.

Capítulo 2 EL CONFLICTO MAPUCHE

2.1 DESDE LA CUESTIÓN MAPUCHE AL CONFLICTO MAPUCHE

La “cuestión mapuche” como tema de análisis y discusión en las Ciencias Sociales tiene larga data. Baste recordar que su origen más reciente se remonta al período de la expansión territorial del Estado nacional chileno a mediados del siglo XIX, la que se materializó mediante la ocupación militar, instalación de colonos nacionales y europeos al interior de La Frontera y un conjunto de leyes que, por la vía legislativa y judicial, legalizaron la anexión de territorios indígenas al Estado.

Sin embargo, la transformación del “problema mapuche” en “conflicto mapuche” se remonta a los primeros años de la década de 1990 con las movilizaciones que ocurren en el marco del Quinto Centenario. Según Guzmán, “sistemáticamente se ha impuesto la tesis que plantea una deuda social e histórica con los pueblos originarios debido a las sistemáticas violaciones de los derechos que el Estado habría cometido en contra de los pueblos indígenas y en particular con el Mapuche”³⁴⁴.

Si en la década del sesenta la cuestión mapuche giró en torno a procesos de reforma y revolución, en los setenta es parte de los procesos de represión-resistencia de y a la dictadura militar, “desde poco antes de los noventa la cuestión mapuche se sitúa en el contexto de un proceso de transición negociada a la democracia”³⁴⁵.

A propósito de la transición política iniciada en 1990, Tokichen plantea que “la democracia, en teoría, abría la posibilidad de hacer patente las necesidades y demandas indígenas ante las autoridades chilenas ahora electas y que éstas no les reprimirían o utilizarían la violencia en su contra”³⁴⁶. No obstante, en ese nuevo escenario político las demandas históricas del pueblo mapuche reaparecen. En la década de los noventa surge el Aukiñ Wallmapu Ngulam (Consejo de Todas las Tierras), organización que junto con iniciar el proceso de recuperación de tierras ancestrales declara su disconformidad con la ley indígena promulgada en 1993. Esta organización, en su movilización social y política realiza acciones simbólicas de recuperaciones de tierras, plantea el derecho a la autodeterminación, a la tierra y al territorio, el reconocimiento constitucional y la creación de un parlamento mapuche³⁴⁷, logrando en la primera mitad de la década instalar en la opinión y agenda públicas el denominado “conflicto mapuche”.

Un informe de Human Rights Watch consigna que “desde 1992, las comunidades y los grupos políticos mapuche han intentado atraer la atención nacional e internacional a su causa y presionar para que les devuelvan las tierras que (...) les han arrebatado ilegalmente las empresas forestales y los dueños de fundos de la zona”³⁴⁸, para lo cual han recurrido a diversas formas de protesta, tanto pacíficas como de fuerza. A mediados de la década, en la provincia de Arauco se da inicio a una serie de declaraciones de conflicto por parte de comunidades mapuche en contra de empresas forestales y “propietarios particulares; los dirigentes de estas comunidades en 1996

³⁴⁴ Guzmán, Eugenio (2000): La cuestión mapuche: Un tema prioritario. Serie Informe Político Nº 66, Libertad y Desarrollo. Mayo 2000. p.2.

³⁴⁵ Saavedra, A. Ob. Cit. p.112.

³⁴⁶ Tokichen, V. “Pueblo mapuche: Desde la asimilación forzada a la exclusión” en Institut de Drets Humans de Catalunya. El Pueblo Mapuche, Institut de Drets Humans de Catalunya. Serie Conflictos Olvidados. Barcelona. 2007. p.121.

³⁴⁷ Toledo, V. “Prima ratio. Movilización mapuche y política penal. Los marcos de la política indígena en Chile 1990-2007” en OSAL (Buenos Aires, CLACSO). Año VIII, Nº 22, septiembre 2001. p.253-293; Tricot, T. “Lumako: Punto de inflexión en el desarrollo del nuevo movimiento mapuche” en Historia Actual Online. Nº 19, primavera 2009. p.77-96.

³⁴⁸ Brett, S. Indebido Proceso: Los Juicios Antiterroristas, los Tribunales Militares y los Mapuche en el Sur de Chile, Human Rights Watch / Observatorio de los Derechos de los Pueblos Indígenas, octubre 2004, Vol. 16, Nº 5(B). p.17.

deciden conformar la Coordinadora Territorial Lafkenche, “como una forma de apoyar lo que estaba sucediendo”³⁴⁹.

En 1997 la Asociación Ñankucheu, comuna de Lumaco, invita a diversas autoridades de los gobiernos local y regional a reuniones para discutir en torno a los problemas que afectan a las comunidades mapuche; ante la ausencia de los representantes gubernamentales, el 13 de octubre de aquel año las comunidades de Pichilonkoyan y Pililmapu iniciaron un proceso de recuperación de tierras ancestrales, procediendo el 1 de diciembre a la quema de tres camiones de la forestal Bosques Arauco, expresión de “una definición política (...) donde en una fecha determinada se acordó pasar a la ofensiva y no hacer más reclamaciones de tipo asistencialista”³⁵⁰.

Con los sucesos de Lumaco se inicia una seguidilla de acciones de recuperación de tierras ancestrales en las regiones del Bio Bio, La Araucanía y Los Lagos, acompañadas por nuevas formas de acción sociopolítica de las organizaciones mapuche: control territorial, autodefensa, enfrentamiento con empresas forestales, entrada en escena de una nueva generación de dirigentes indígenas; trasladando así las anteriores demandas económicas y culturales hacia la demanda política que se articula, además, con las de identidad y cultura. Hacia finales de la década en las organizaciones mapuche se ha instalado un discurso vertebrado por las demandas de autonomía y autodeterminación.

En 1998, la Coordinadora Territorial Lafkenche convoca una serie de reuniones a organizaciones mapuche, surgiendo de ellas la “Coordinadora Mapuche de Comunidades en Conflicto Arauco-Malleco (la que asume) el compromiso de que se iban a apoyar a todas las comunidades en conflicto, además de ser incorporada a la CAM, si la comunidad y su lonko lo querían”³⁵¹.

Como respuesta a la movilización mapuche, desde el gobierno se promueve la creación de organizaciones indígenas paralelas, instalándose así en 1998 la Unión de Comunidades Autónomas de Lumako y en 1999 se desarrollan los llamados Diálogos Comunes, los que se desarrollaron al margen de las comunidades en conflicto. En opinión de Tricot con estos diálogos “desde la perspectiva del poder, el Estado, respondió a la situación originada en Lumako, asumiendo la visibilización de la problemática mapuche, aunque no así todo su repertorio de demandas”³⁵². El informe anual 2008 del Grupo Internacional de Trabajo sobre Asuntos Indígenas (IWGIA) sostiene que para el gobierno chileno “la protesta indígena es un asunto de seguridad y un obstáculo a las inversiones, ante lo cual despliega una política de disciplina social, con despliegue policial en zonas de conflicto, neutralización de movilizaciones y criminalización”³⁵³.

La muerte de jóvenes mapuche en acciones de recuperación de territorios ancestrales³⁵⁴, lejos de solucionar los conflictos de la zona, tiende a agudizarlos, y tiene como resultado el fortalecimiento de la unidad entre las distintas comunidades que conforman el pueblo mapuche, cohesionándose frente a lo que definen una agresión de parte de las fuerzas policiales del Estado chileno. Esta situación genera una tensión permanente con el Estado y desconfianza de las comunidades indígenas para con los agentes del sistema y con la administración de justicia.

³⁴⁹ Coordinadora de Comunidades en Conflicto Arauco Malleco. “I parte. Historia de la CAM” en Weftun, Año 1, Nº 1, noviembre 2001.

³⁵⁰ Reiman en Tricot, T. Ob. Cit. p.86.

³⁵¹ Klein, F. “Los movimientos de resistencia indígena. El caso mapuche” en Gazeta de Antropología. Nº 24, 2008.

³⁵² Tricot, T. Ob. Cit. p.90.

³⁵³ Wessendorf, Kathrin (Comp. y Ed.). El mundo indígena 2008. IWGIA. Copenhague. 2008. p.234.

³⁵⁴ Desde que se iniciara esta etapa en las movilizaciones indígenas en La Araucanía han muerto: Edmundo Alex Lemun Saavedra (12 noviembre 2002), Zenón Alfonso Díaz Necul (10 mayo 2005), Matías Valentín Catrileo Quezada (3 enero 2008) y Jaime Facundo Mendoza Collio (12 agosto 2009).

Este contexto, el movimiento indígena con sus planteamientos reivindicativos concita solidaridad, en algunos sectores políticos y sociales, tanto a nivel nacional como internacional.

En consecuencia, el conflicto en la zona de la Araucanía puede entenderse como una disputa territorial con significación que trasciende ese ámbito. En este marco, las declaraciones del obispo de Temuco, Camilo Vial son ilustrativas: “lo primero que tenemos que hacer como pueblo chileno es tratar de conocer a las personas con que estamos tratando, estamos tratando con un pueblo que tiene su dignidad, que tiene su historia, su cultura propia y que la mayoría de los chilenos es desconocida, no hemos sabido vivir dos pueblos en un mismo territorio haciendo vida juntos”. Más aún, expresó que “la tarea es buscar en conjunto como suplir un pecado social de mucho tiempo, para que nosotros, de cara al bicentenario, podamos tomar conciencia de lo que es nuestra patria y juntos estas dos cultura construir el Chile del futuro”³⁵⁵.

Con todo, la forma de abordar la situación de la cultura mapuche es compleja, y se ve dificultada por el desconocimiento, los prejuicios y la discriminación. Los prejuicios alcanzan a amplios sectores de la sociedad³⁵⁶ y en su transmisión no se puede soslayar el papel que desempeña la prensa, que al comunicar los hechos manifiestos del conflicto, ha evidenciado una tendencia a sobredimensionar las acciones, con los cuales crean opinión pública, que condena a priori a los indígenas implicados en movilizaciones. En efecto, una de las dificultades que enfrentan los defensores públicos es desarrollar su trabajo en medio de un ambiente comunicacional desfavorable, el cual puede incluso, llegar a afectar a los propios jueces como administradores de justicia, quienes son impelidos a aplicar la ley de seguridad interior del Estado y la ley antiterrorista, lo que agrava la situación. Si los prejuicios alcanzan a los tribunales, las garantías del debido proceso se ven comprometidas y con ello la modernización de la justicia que se ha impulsado en el país.

2.2 EL CONFLICTO MAPUCHE EN LA PRENSA NACIONAL Y REGIONAL

Un estudio realizado sobre la cobertura noticiosa brindada a la cuestión mapuche en el primer trimestre de 2002, en los canales de televisión abierta de mayor cobertura nacional, concluye que “todas las notas relativas a este tema eran de importancia, ya que en su totalidad las ubicaron en el primer bloque informativo del noticiero ... (y) se detecta la ambigüedad de las declaraciones de los personeros del Ejecutivo y las autoridades regionales, quienes pasaron de la intención de poner “mano dura” en el conflicto a la idea de bajar el perfil al asunto; finalmente, ante el recrudecimiento de la violencia, se condenaron los actos vandálicos”³⁵⁷.

Un análisis³⁵⁸ realizado de las apariciones en prensa sobre el conflicto mapuche, correspondiente al período noviembre-diciembre de 2002 revela que en los discursos judicial, político y policial en La Araucanía los mapuche son representados negativamente cuando cumplen roles activos (terroristas, activistas políticos), aparecen en los medios cuando se trata de conflictos, siendo las fuentes más recurrentes las policiales y políticas (autoridades) reforzando así el rol activo negativo. Según Del Valle, se trata de la “paradoja de la intolerancia”, por lo que no

³⁵⁵ Declaración pública del Obispo de Temuco, Manuel Camilo Vial, formulada el 14 de agosto de 2009, con motivo de la muerte del comunero mapuche Jaime Facundo Mendoza. En <http://www.laopinon.cl/admin/render/noticia/21081>

³⁵⁶ Merino (2001) en estudio realizado en la Región de la Araucanía revela que el 80% de los habitantes de Temuco maneja un discurso prejuiciado y estereotipado respecto de los mapuche; Merino, Quilaqueo y Saiz (2008) al indagar sobre la discriminación percibida por mapuches residentes de Santiago y de Temuco revelan que las más recurrentes son la discriminación en educación, discriminación laboral y discriminación en las oficinas y servicios públicos, todas manifestadas en forma verbal y materializadas a través de comportamientos de observar, ignorar, evitar y segregar.

³⁵⁷ Gaete, Magdalena. “El tratamiento en televisión de la cuestión mapuche” en Guzmán, Eugenio (Ed.). La Cuestión Mapuche: Aportes para el Debate. Libertad y Desarrollo, Santiago. 2003. p.197-198.

³⁵⁸ Del Valle, C. “Interculturalidad e intraculturalidad en el discurso de la prensa: cobertura y tratamiento del discurso de las fuentes en el ‘conflicto indígena mapuche’, desde el discurso político” en Redes.Com. Revista de Estudios para el Desarrollo Social de la Comunicación, Nº 2, Instituto Europeo de Comunicación y Desarrollo. Sevilla. p. 83-111. 2005.

resulta ajeno que se legitime toda acción de control y represión orientada a impedir la actuación indígena; “por ejemplo, se critica la violencia de las comunidades indígenas y no se escatiman esfuerzos por apoyar respuestas de violencia tanto física como simbólica desde las autoridades y el Estado”³⁵⁹.

Para la Federación Internacional de los Derechos Humanos (FIDH) “en la prensa chilena el manejo de la información concerniente a los Mapuches es muy particular: se habla de los indígenas únicamente en caso de conflictos y de manifestaciones violentas. La lucha Mapuche aparece en la prensa como una lucha por la autonomía, comparándola a la de los vascos de ETA o a la del sub-comandante Marcos en Chiapas”³⁶⁰. Esta misión internacional consigna que, según la Comisión de Trabajo Autónoma Mapuche (COTAM), la perspectiva que se estaría integrando en la opinión pública sobre las causas de las acciones emprendidas por grupos mapuche estaría directamente asociada a la pobreza, exclusión y expropiación territorial.

Un estudio sobre la forma en que se representan los mapuche en la prensa chilena, que tiene como unidad de análisis el diario El Mercurio, constata que en él los mapuche son representados a través de conceptos como: mapuches, violentistas, agresores, asonada mapuche, exaltados indígenas, espiral de furia indígena, turba indígena a rostro cubierto, maldición indígena, eterna e incurable, fiereza india, pueblo enigmático con fama de fiero y testarudo, indígenas alzados, el grito de la tierra, asaltantes, mapuches prófugos, terroristas, un incendio social, para concluir que:

“La prensa, en este caso, continúa siendo un instrumento de influencia en el tema indígena; desde comienzos de la República para presionar la invasión al territorio mapuche y la asimilación de su población, y actualmente, para insistir que éstos no merecen un trato preferente sino por el contrario. Un discurso que se mantiene inalterable desde 1861, cuando El Mercurio de Valparaíso y El Ferrocarril de Santiago estaban en plena campaña destinada a desprestigiar a los mapuche y crear una sensación de inestabilidad en el país”³⁶¹.

En la edición electrónica del Periódico Azkintuwe, del 10 de julio de 2010, el abogado de causas mapuche Jaime Madariaga declara:

“Creo que existe una tendencia de desinformación a través de los medios de comunicación (...) simplemente creo que una de las cosas más peligrosas que puede existir en una sociedad es la presión a condenas sin que importe que se condenen culpables o inocentes y ése es el peligro de la presión que se hace a través de los medios de comunicación. Hay que hacer entender a la sociedad, a los medios de comunicación que no cada vez que el ministerio acusa a alguien, esa persona es culpable (...) Creo que hay una serie de factores. Uno, efectivamente el Ministerio Público tiene cierta presión para encontrar culpables, de alguna manera, los medios de comunicación dicen que es necesario encontrar culpables pero, ¿qué pasa con los violadores de niños?, ¿qué pasa con abusos sexuales?, ¿qué pasa con los delitos de homicidio?, entonces en qué momento la sociedad decide que las bombas son más graves que los otros casos. Yo creo que ahí hay un tema de uso político”³⁶².

³⁵⁹ Ídem. p.95.

³⁶⁰ Federación Internacional de los Derechos Humanos. Pueblo Mapuche: Entre el olvido y la exclusión. Informe Misión Internacional de Investigación. Chile. Nº 358/3. Marzo de 2003. p.14.

³⁶¹ Amolef, A. “La alteridad en el discurso mediático: Mapuches y la prensa chilena II” en Boletín IFP Mundo Indígena. Junio 2004. Año 1. Nº 7. p.22.

³⁶² <http://www.azkintuwe.org/julio103.htm>

Capítulo 3 CARACTERIZACIÓN SOCIOECONÓMICA Y CULTURAL DE LA POBLACIÓN INDÍGENA

3.1 POBLACIÓN INDÍGENA NACIONAL

En el Censo del año 2002, de un total de 15.116.135 chilenos, 692.192 se reconocen como indígenas pertenecientes a alguno de los pueblos originarios: mapuche, aymaras, atacameños, coya, rapanui, quechua, yamana y alacalufe. La cifra representa el 4,6% de la población nacional. Los mapuches que concentran el 87,3% de la población total indígena³⁶³, le siguen los aymaras con un 7% y los atacameños con un 3%. Los pueblos restantes en conjunto alcanzarían un 2,7%. Las regiones que concentran mayor población indígena son: La Araucanía (29,5%), Metropolitana (27,7%), Los Lagos (14,7%), Bio Bio (7,8%) y Arica y Parinacota (7,1%).

Un estudio realizado por el Centro de Estudios Públicos³⁶⁴, sobre la base de la CASEN de los años 1996, 2000, 2003 y 2006 informa que en esa década la población mapuche aumenta alcanzado el 6% de la población nacional. El incremento se acentúa entre los años 2000 y 2006, una hipótesis que explica la cifra es que “en las encuestas iniciales, personas que eventualmente pertenecían al pueblo mapuche no se declaraban pertenecientes a este grupo, y que, con el paso del tiempo, este grupo de personas empieza a reconocerse como mapuche”³⁶⁵.

La capital alberga el 27,7 % por ciento del total de indígenas que habitan el país (191.362 que personas declaran pertenecer a un grupo étnico) y que equivale a un 3,2 % de la población de la región. Cabe destacar que respecto de la población indígena urbana y rural, en el año 2006, según la Encuesta de Caracterización Socioeconómica de MIDEPLAN (Casen), de la población indígena total, un 69,4% es urbana y un 30,6% es rural.

3.2 LA POBLACIÓN MAPUCHE DE LA ARAUCANÍA

Las cifras del Censo del año 2002 muestran que en la Región de la Araucanía concentra la mayor cantidad de indígenas en Chile, 203.950 personas, cifra que representa el 29,6 % de la población indígena total del país y el 23,5 % de la población total regional. Las encuestas CASEN del período 1996 – 2006 indican que la población mapuche en la región se mantiene relativamente estable. Se evidencian porcentajes similares de hombres y mujeres indígenas que en el nivel nacional (50,4% y 49,6%, respectivamente): 102.946 hombres y 101.004 mujeres.

La distribución según zona de residencia urbana o rural, muestra que la mayor proporción de población indígena rural, se encuentra, principalmente, en la Novena Región (51,4%). Asimismo, se destaca una importante presencia de los varones en el medio rural. En términos relativos, la cifra de indígenas urbanos respecto del total de la población regional urbana es menor que la que se presenta en las zonas rurales. En la Región de La Araucanía el 10,1% de la población urbana declara pertenencia a alguno de los pueblos originarios. Considerando la edad, la población indígena regional se concentra en el tramo 15 a 59 años (58,7%). Esta región presenta la mayor proporción de personas indígenas mayores de 60 años (12,5%).

³⁶³ El total nacional de mapuches es de 604 mil 349 personas.

³⁶⁴ Cerda, Rodrigo (2009): “Situación socioeconómica reciente de los Mapuches en la Región de La Araucanía” en Estudios Públicos, Nº 113 (verano), p. 27-107.

³⁶⁵ Ídem. p.47.

3.2.1 MIGRACIÓN Y LOCALIZACIÓN

La Araucanía presenta saldos migratorios negativos en la población indígena; migran más mujeres que hombres (758 y 668, respectivamente). Este fenómeno fue acentuado en el período 1996–2000, cuando la población mapuche regional disminuyó en un 6,7%.

Al observar las dinámicas migratorias del pueblo mapuche, se constata que mientras en el período 1996-2000 hay una fuerte emigración desde el sector rural, en especial de personas menores de treinta años (en busca de mejores perspectivas económicas y de calidad de vida en zonas urbanas dentro y fuera de La Araucanía), en el período 2000-2003 se produce un movimiento migratorio inverso, esto es, hay un retorno de personas mapuche hacia la Novena Región, de las casi 35 mil mapuches que arriban a la región un tercio son mayores de 60 años que migran hacia el sector rural y otro tercio son jóvenes menores de 30 años que migran hacia el sector urbano.

Según Cerda este fenómeno tendría su explicación en los efectos negativos provocados por la crisis asiática de 1998, “a raíz de los cuales personas que buscaban oportunidades fuera de sus lugares de origen tendieron a volver a ellos al encontrar pocas posibilidades en el resto del país”³⁶⁶. Habida cuenta de estos fenómenos, hacia finales de 2006 se constata un envejecimiento de la población mapuche en La Araucanía, acentuada en las áreas urbanas.

Conocer la localización de los mapuche permite una mejor comprensión de sus características socioculturales. “No es lo mismo vivir en grandes ciudades, lejos de sus territorios ancestrales, que hacerlo en las reducciones”³⁶⁷. Algunas estimaciones indican que dos tercios de la población mapuche actual residen en áreas urbanas y que cerca del 30% se mantiene viviendo en localidades y sectores rurales donde fueron radicados desde finales del siglo XIX y hasta las primeras décadas del XX y que corresponden a territorios ancestrales. Poco más de la mitad de los mapuches actualmente reside fuera de lo que fueron sus asentamientos tradicionales, concentrándose en las zonas urbanas de Santiago, Concepción y Valparaíso. Hoy en día, hay población mapuche en todas las regiones del país con una predominancia de residencia urbana, seis de cada diez mapuche ha dejado de vivir en el campo.

Según Saavedra “puede considerarse que la mayoría de la actual población mapuche es emigrante o descendiente directa de emigrantes de las localidades en que fueron asentados hace unos cien años”³⁶⁸. Este investigador, a la luz de las cifras censales disponibles y estimaciones propias y de Bengoa³⁶⁹ establece la siguiente localización territorial para los mapuche contemporáneos:

- a. **Población mapuche en comunidades;**
- b. **Población mapuche en áreas rurales cercanas a las comunidades;** se presume que estas dos primeras categorías son los más tradicionales. En las comunas de Saavedra, Galvarino y Nueva Imperial representan más del 50% de la población comunal y en Curarrehue, Freire, Teodoro Schmidt, Ercilla, Lonquimay, Melipeuco, Perquenco, Lumaco, Toltén y Lautaro representan cerca del 30%.
- c. **Población mapuche en ciudades cercanas a localidades tradicionales;** en el caso de La Araucanía esta población corresponde a personas mapuche que viven en las ciudad de Temuco y Angol que son trabajadoras de casa particular, asalariados pobres, empleados del

³⁶⁶ Ídem. p.52.

³⁶⁷ Saavedra, A. Ob. Cit. p.30.

³⁶⁸ Saavedra, A. Ob. Cit. p.31.

³⁶⁹ Bengoa, J. "Los mapuches, comunidades y localidades en Chile". Propositiones 13. Ediciones Sur. Santiago. 1997.

comercio y los servicios, trabajadores por cuenta propia en pequeñas actividades comerciales y de servicios, estudiantes, profesionales y técnicos.

- d. **Población mapuche urbana en regiones no mapuche**; se trata de mapuche que se concentran en la Región Metropolitana que son emigrantes e hijos y nietos de emigrantes de las reducciones que, si bien mantienen algunas relaciones con sus comunidades de origen se caracterizan por un mestizaje creciente y que tras procesos de recomposición identitaria³⁷⁰ han generado las bases para un movimiento mapuche urbano.
- e. **Población mapuche rural en regiones no mapuche**; son los más dispersos sobre los que menos se conoce, en las regiones extremas del norte y sur del país se trata principalmente de hombres solos.

3.2.2 EDUCACIÓN

En general, los niveles educaciones de los mapuche de La Araucanía son inferiores a los de la población general e incluso inferiores a los de los mapuche de otras regiones del país. Considerando los años de estudios, “los mapuches de la IX Región tienen cerca de 3,5 años menos de escolaridad promedio comparados con el resto del país, 2 años menos que los otros habitantes de la IX Región y un 1 año menos que los mapuches en otras regiones de Chile”³⁷¹. Según grupos de edad, los mapuche entre 16 y 29 años de edad presentan 9,7 años de estudio, en tanto que los mayores de 50 años tan solo tienen 4,4 años de escolaridad. En cuanto a la calidad de la educación, y a partir del análisis de las pruebas SIMCE de los años 2002 y 2005, Cerda³⁷² concluye que la educación que reciben estudiantes mapuche de la Novena Región es 20% inferior al resto del país. La Novena Región es la que presenta las tasas de analfabetismo más elevadas a nivel nacional; de cada 100 indígenas cerca de 13 son analfabetos, siendo mayor este indicador para las mujeres con una diferencia de 6,0 puntos porcentuales a favor de los varones; doblando la tasa regional y triplicando la tasa nacional.

EDAD (AÑOS)	ÁREA URBANA. (%)	ÁREA RURAL (%)
10-14	3,8	6,1
15-29	1,1	3,1
30-44	2,9	9
45-59	7,4	20,9
60-74	20,1	40,3
75 y más	31,6	55,6

La tabla anterior muestra las cifras de analfabetismo según grupo de edad y área de residencia. Se aprecia que la tasa de analfabetismo es mayor en todos los grupos de edad de zonas rurales, al tiempo que mientras se avanza en el ciclo de vida mayor es el analfabetismo y mayor la brecha entre mapuche urbano y mapuche rural.

3.2.3 JEFATURA DE HOGAR

Respecto a la estructura familiar predomina aquella que se compone por un jefe de hogar indígena y cónyuge/conviviente indígena, con un 38,5% de este tipo de hogar. La condición de actividad del jefe (a) de hogar es relevante como diferenciador de la participación económica en

³⁷⁰ Aravena, A. “Identidad indígena en los medios urbanos. Procesos de recomposición de la identidad étnica mapuche en la ciudad de Santiago” en Boccara, Guillaume & Galindo, Sylvia (Editores). Lógica mestiza en América. Instituto de Estudios Indígenas. Universidad de La Frontera. Temuco. 1999.

³⁷¹ Ídem. p.59.

³⁷² Ob. Cit.

la unidad familiar. Existe una elevada proporción de jefes de hogar indígena que no forma parte de la Población Económicamente Activa.

3.2.4 POBREZA

El pueblo mapuche es uno de los segmentos más pobres de la población chilena. Según la CASEN, el 32 por ciento de la población indígena de Chile vive en condiciones de pobreza, en comparación con el 20 por ciento de la población no indígena. Las condiciones socioeconómicas en La Araucanía se encuentran entre las peores del país. En el caso particular de esta región, entre 1996 y 2003 la tasa de pobreza disminuye aceleradamente en la población no mapuche, en tanto que los mapuche presentan una tasa que se mantiene relativamente constante alrededor del 25%, bajando la barrera del 20% recién en el año 2006. La explicación de este fenómeno radicaría en que para los mapuche que han dejado de ser indigentes les resulta aún más difícil superar la línea de la pobreza y otro sector, el migrante rural, tiene dificultades para insertarse laboralmente en la ciudad lo que lo conduce al desempleo y la pobreza no indigente. Evolución muy distinta se da entre los mapuche rurales, quienes en los años 1996 y 2000 presentaban tasas de pobreza del orden del 40%, disminuyendo rápidamente a 31% en 2003 y a 24% en el año 2006.

3.2.5 PARTICIPACIÓN LABORAL E INSERCIÓN SOCIOECONÓMICA

Según sostiene Saavedra “no existe una “economía mapuche”; aún cuando usemos ese término para referirnos a las actividades económicas de los mapuche. Una economía separada y distintiva de los mapuches, no ha existido nunca desde su reducción a fines del siglo XIX”³⁷³.

La medición del empleo de trabajadores mapuche entre los años 1996 y 2006 evidencia los efectos que la crisis económica de 1998 tuvo sobre la participación laboral. Así, antes de la crisis el empleo mapuche era ligeramente superior al 50%, en el año 2000 bajó a 39%; con la recuperación económica, el 2003 sube a 41% y en 2006 alcanza el 46%. A partir de la información censal, el 39,9% de los mapuches mayores de 15 años y económicamente activos están ocupados como campesinos y asalariados agrícolas. “Un 73,3% de la población mapuche económicamente activa se ha proletariado y trabaja como asalariados y como empleados”³⁷⁴.

En cuanto a las mujeres mapuches, dos tercios están ocupados como asalariados y el tercio restante se emplea como obreras fabriles y como trabajadoras por cuenta propia en talleres y pequeño comercio. El 26% de las mujeres mapuche trabaja como empleada de casa particular. Además, hay una cifra cercana a las 30 mil mujeres no contabilizadas en las cifras oficiales de empleo, que trabaja en la agricultura familiar campesina.

Según rama de actividad, los mapuche urbanos se emplean intensivamente en el sector construcción y en servicios comunales, sociales y personales.

En cuanto a condiciones laborales, los mapuche presentan los mayores niveles de precarización en el empleo. La CASEN deja en evidencia que entre los años 1996-2003 el 36% de los mapuche asalariados trabajaba sin contrato de trabajo, y si bien mejoran en el año 2006 (26% sin contrato) siguen siendo las cifras más elevadas en relación a los promedios regional y nacional.

En relación con los ingresos laborales según nivel educacional, en La Araucanía los mapuche con bajos niveles de educación no presentan mayores diferencias de ingresos con los no mapuche en similar condición. Sin embargo, al avanzar en años de estudio aparece una brecha de importancia según la cual hay una diferencia de hasta un 40% de menor ingreso laboral en los

³⁷³ Saavedra, A. Ob. Cit. p.36.

³⁷⁴ Ídem. p.38.

trabajadores de origen mapuche. Según Cerda³⁷⁵ esta brecha tendría directa relación con variables como educación y tipo de contrato laboral.

Directamente relacionado con los bajos ingresos y ausencia de contratos laborales, la CASEN 2006 revela que el 58,7% de los mapuche de la Novena Región no cotiza o no está afiliado al sistema de fondo de pensiones, lo que hace estimar que al momento de pensionarse solo 6 de cada 10 podrán acceder a la pensión básica solidaria. En este mismo sentido, el acceso al sistema previsional de salud de libre elección es una realidad que excluye a los mapuche, pues el 70,6% es usuario del Grupo A del Fondo Nacional de Salud (FONASA) y sólo tienen acceso a los establecimientos del sistema público de salud.

En síntesis, la situación socioeconómica de los mapuche se ve reflejada en el debilitamiento de las actividades productivas no mercantiles que se establecen tanto dentro de una comunidad indígena como entre comunidades. Las actividades de mediería, mingaco y vuelta de mano, gradualmente han sido reemplazadas por aquellas de tipo mercantil, como el arrendamiento de la tierra, el que actualmente es también motivo principal de conflictos en la Región.

3.2.6 DESARROLLO HUMANO

La Novena Región es la que presenta la más baja puntuación en el Índice de Desarrollo Humano, definido por el Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD)³⁷⁶; aplicado este instrumento internacional sólo a población mapuche revela que la situación de este pueblo originario es aún más desventajosa que la población no indígena en La Araucanía³⁷⁷ (PNUD – UFRO, 2003). Incluso comparado con mapuches de otras regiones, las residentes en la Novena Región tienen el IDH más bajo: 0.582 frente a un 0,708 en Metropolitana, 0,682 en Bio Bio y 0,615 en Los Lagos.

Las dimensiones ingreso y educación son las que evidencian las mayores brechas. Los mapuche de La Araucanía son un 13% más pobres, reciben un 60% menos ingresos per cápita, 12% menos de alfabetismo de adultos, 3,3 años menos de escolaridad promedio, que la población no mapuche.

Este mismo índice revela que las mujeres mapuches de La Araucanía tienen la peor puntuación de todos. El mayor rezago se evidencia en la medición del logro educativo, según el cual las mujeres mapuche de la Novena Región “alcanzan sólo un 72% de alfabetismo y sólo 4,3 años de escolaridad promedio”³⁷⁸.

³⁷⁵ Ob. Cit.

³⁷⁶ El índice de desarrollo humano (IDH) es un instrumento elaborado por el Programa de Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD) que, mediante un conjunto de variables en las dimensiones de salud, educación e ingresos, establece metas de logro mínimas y máximas que, en un rango de cero a uno, indica cuál es el nivel promedio de desarrollo humano de los miembros de una comunidad y qué tan cerca o lejos están de la meta ideal. Según dimensión las variables medidas son: a) salud: tasa de años de vida potencial perdidos AVPP; b) educación: porcentaje alfabetismo población de 25 años y más, media de años de escolaridad, tasa combinada de matriculación; c) ingresos: per cápita por hogar en dólares.

³⁷⁷ Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo/Universidad de La Frontera. El índice de desarrollo humano en la población mapuche de la Región de La Araucanía (Una aproximación a la equidad interétnica e intraétnica). Temas de Desarrollo Humano Sustentable. Nº 8/2003. PNUD. Santiago. 2003.

³⁷⁸ Ídem, p.33.

3.3 IDENTIDAD MAPUCHE: IDENTIDADES SOCIALES

Cuando se proporciona defensa penal indígena se deberá tener en consideración variadas expresiones de la identidad mapuche. Las tierras y la territorialidad son, por definición, esenciales en la definición de la identidad y cultura de los mapuche actuales.

Para aproximarse al entendimiento de la identidad mapuche, la clásica definición de grupo étnico aportada por Barth resulta un punto de partida interesante; para este autor un grupo étnico sería “una comunidad que: 1) en gran medida se auto-perpetúa biológicamente , 2) comparte valores culturales fundamentales realizados con unidad manifiesta en formas culturales, 3) integra un campo de comunicación e interacción, 4) cuenta con unos miembros que se identifican a sí mismos y son identificados por otros y que constituyen una categoría distinguible de otras categorías del mismo orden”³⁷⁹; un supuesto que está a la base de esta conceptualización es la preexistencia y persistencia de límites (territoriales) que aseguran las características anteriores.

Estos elementos conducen la mirada sobre las variadas identidades sociales que caracterizan al mapuche de inicios del siglo XXI. Según Saavedra:

“los mapuche de hoy, además de su identidad étnica, tienen otras identidades compartidas y comunes con otros colectivos de nuestras sociedades ... (estando la identidad étnica mapuche) dada principalmente por: a) El origen histórico común en el grupo étnico y la cultura mapuche; b) Una historia común compartida como grupos étnicos, primero/ y como indígenas mapuche, después; c) La conciencia de pertenencia a un colectivo social definido como mapuche; d) La persistencia de elementos culturales, considerados mapuche, históricamente redefinidos; e) El reconocimiento social como mapuche” ³⁸⁰.

Lo visible, lo objetivable, de la(s) identidad(es) social(es) mapuche los define como ciudadanos chilenos indígenas, descendientes directos de una cultura y etnia mapuche, trabajadores asalariados y empleados o campesinos y trabajadores por cuenta propia en actividades productivas y de servicios y que viven en situación de pobreza. Por lo tanto, sería una posición equívoca considerar la existencia de una identidad mapuche única, la identidad étnica; no es posible pensar en un reduccionismo identitario. Lo anterior da cuenta de la existencia de múltiples expresiones de la identidad mapuche, no cabe reducir la comprensión del ser mapuche a una única categoría de análisis, pues hay mapuche urbano y mapuche rural, asalariado y los que trabajan por cuenta propia, aquellos que profesan el pentecostalismo y los que profesan el catolicismo, y así sucesivamente. Por lo tanto, la defensa penal indígena deberá tener en consideración las variadas expresiones de la identidad mapuche.

Para Saavedra, “el hecho de que la población mapuche tenga varias identidades sociales no anula ni resta importancia a sus características actuales como sujeto social (...) los mapuche son un pueblo indígena. Adquirieron esta subjetividad histórica en su proceso de resistencia a la reducción y a su integración forzada como dominados en la sociedad chilena”³⁸¹. En fin, la identidad mapuche es un sistema dinámico de múltiples identidades sociales, en el cual lo étnico es principal y frente a lo cual las demás identidades sociales mapuche ocupan una posición secundaria.

Desde el reconocimiento del pueblo mapuche en cuanto tal, rasgos distintivos de la identidad étnica mapuche serían:

³⁷⁹ Barth, Fredrik (Comp.). Los grupos étnicos y sus fronteras. La organización social de las diferencias culturales. Fondo de Cultura Económica. México. 1976. p.11.

³⁸⁰ Saavedra, A. Ob. Cit. p.43-44.

³⁸¹ Ídem. p.46.

- a) Descendencia de los antiguos habitantes de los territorios tradicionales (comunidades o áreas de reducción); es lo que Saavedra denomina filiación de descendencia;
- b) Una historia compartida a través de una memoria colectiva y la construcción de relatos históricos;
- c) Una lengua propia, el mapudungun;
- d) Observancia de formas de vida, tradiciones e instituciones distintivas de la cultura mapuche: exogamia, mingako, mediería, vuelta de mano, choike, autoridades tradicionales (longko, werken, machi), pentukun, lakutun, entre otros ;
- e) Cosmogonía y/o religiosidad distintiva; representaciones, ritualidad e instituciones religiosas propias de la sociedad mapuche contemporánea: ngenechen, pillan, wekufe, epeu, nguillatún, machitun, wetripantu, machi, comunidad ritual, pentecostalismo, entre otros³⁸²;
- f) Auto-identificación;
- g) La posesión de un territorio determinado.

Para autores como Saavedra³⁸³ el movimiento social mapuche actual estaría en un proceso de emergencia o recuperación de esos rasgos principales de la identidad étnica mapuche, recordando, reproduciendo y redefiniendo elementos de la cultura mapuche.

Para los efectos del presente estudio y modelo de gestión, cuando se haga referencia a la “cosmovisión” Mapuche, debe entenderse que la referencia está hecha también a la “identidad” Mapuche tal como se ha descrito en este apartado, de forma de integrar los elementos que se ha indicado anteriormente.

³⁸² Foerster, Rolf. Introducción a la religiosidad mapuche. Editorial Universitaria. Santiago. 1993.

³⁸³ Ob. Cit.

Capítulo 4 COSMOVISIÓN INDÍGENA, PRINCIPIOS Y VALORES DE LA CULTURA MAPUCHE QUE INCIDEN EN LA DEFENSA PENAL

4.1. RITUALIDAD Y PROTOCOLO INDÍGENA

La espiritualidad de la cultura mapuche se expresa en los ritos y ceremonias ancestrales que se conservan y practican hasta nuestros días. La religiosidad es parte del ser mapuche y no está reservada al ejercicio privado de los sujetos, sino que es parte constitutiva de la vida cotidiana de una comunidad. Como otras culturas indo americanas, los ritos y rogativas están destinadas a convocar a los espíritus de la naturaleza que interactúan en forma permanente en la vida del mapuche. Estos ritos le otorgan sentido e identidad en el seno de su comunidad.

La centralidad de los elementos de la cosmovisión y la espiritualidad mapuche, no pueden estar ausentes en relación con los defendidos.

“Nosotros hacemos ngnenmagun, antes de salir en la mañana, muchas veces eso en los tribunales se ve como atropellando, que se ha visto agresivo, porque nosotros aparecemos con nuestra vestimentas, cuando algunas veces nos paramos afuera y realizamos un ngnenmagun, pero eso es mirado como raro”. (Werken)

“El abogado defensor debe conocer la cosmovisión mapuche, debe entender nuestra cultura” (Imputado).

Para la preparación de la defensa adecuada es necesario interiorizarse de los ritos y prácticas religiosas de las comunidades a las cuales pertenecen los defendidos, la cual puede proveer de información valiosa, que se traduce en argumentos para la invocación de costumbre o para comprender el sentido de la acción de los sujetos. Entre los ritos esenciales figuran:

4.1.1. KOYANG

Para los mapuche históricos el Koyang corresponde a una ceremonia destinada a interactuar internamente y con los otros, contiene el honor, la palabra y la diplomacia mapuche. Las decisiones que de ahí resultan afectan a toda la sociedad mapuche o a parte de ella.

En el contacto con los representantes de la Corona española el Koyang se institucionalizó y pasó a ser conocido como Parlamento (wingkakoyang). En el relato de los cronistas se evidencia la función del koyang tanto en la administración de justicia como en la toma de decisiones (para la guerra y para la paz). Gerónimo de Vivar lo describe como:

“Ciertas veces del año se ajuntan en una parte que ellos tienen señalado para aquel efecto que se llama regua, que es tanto como decir “parte donde se ayuntan” y sitio señalado como en nuestra España tienen donde hacen cabildo. Este ayuntamiento es para averiguar pleitos y muertes, y allí se casan y beben largo. Es como cuando van a cortes, porque van todos los grandes señores. Todo aquello que allí se acuerda y hace es guardado y tenido y no quebrantado. Estando allí todos juntos estos principales, pide cada uno su justicia”³⁸⁴.

Si bien el koyang se remonta a la época precolombina, anterior a la ocupación Inca incluso, sus aspectos rituales y simbólicos se mantienen hasta la actualidad. Los mecanismos sobre los que se sustenta el koyang como el honor, la palabra, la distinción, la valentía, el respeto y la cortesía, son los que intervienen en la diplomacia mapuche. “Estos mecanismos operan inconscientemente hasta el día de hoy en cada una de las ceremonias y actos cotidianos que la sociedad mapuche recrea. Dichos mecanismos impermeables en el tiempo, como hemos visto, operan como redes

³⁸⁴ Citado en Contreras, C. Koyang: Parlamento y protocolo en la diplomacia mapuche-castellana. Siglos XVI – XIX. Centro de Investigación y Documentación Chile – Latinoamérica. Berlín. 2007. p.38.

subterráneas las cuales se transforman en los soportes culturales que le da continuidad a una cultura milenaria³⁸⁵.

¿Qué aporta este ceremonial en la defensa penal? La ritualidad del koyang consta, básicamente, de dos momentos: una etapa previa de preparación al momento de parlamentar, en el cual intervienen los representantes de las partes involucradas (werkenes y emisarios no mapuche/wingka); el segundo momento es el del koyang propiamente tal, al cual arriban las partes interesadas y en función de los acercamientos previos dialogan, acuerdan y toman una decisión para la resolución del tema o asunto que los convoca.

Informantes entrevistados para este estudio indican que requieren que como parte del proceso de defensa haya una reunión preparatoria previa al juicio, en la cual estén presentes todos los involucrados: imputado, testigos, peritos, defensor y facilitador intercultural. En consecuencia, lo que están reclamando los informantes mapuche es que se respete la ritualidad del koyang y en la preparación de la defensa que se salvaguarden los principios del honor, la palabra, la distinción, la valentía, el respeto y la cortesía.

4.1.2. PENTUKUN

Para la cultura mapuche el protocolo de saludo o Pentukun³⁸⁶ entre dos personas que se encuentran es sustantivo, permite demostrar el respeto mutuo, relevar la dignidad de la persona y establecer un piso básico de confianza. En este sentido el Lonko Victor Marilao señala:

“El abogado también debe conocer y respetar el pentukun, nuestro protocolo al saludar” (lonko)

En efecto, el pentukun es un tipo de discurso que establece lazos y relaciones individuales y grupales a través del tiempo. Caniguan, lo define como “el saludo que se efectúa entre dos o más personas que se encuentran, las que efectúan una serie de preguntas para informarse acerca de los sucesos individuales, familiares y comunitarios de los interlocutores. Pen-tuku-n (Encontrarse/ver- tocar- INF ‘encontrarse y tocarse’). Por lo que se puede entender el pentukun como un acto de encuentro, que implica no sólo un saludo de palabras, sino también contacto físico (darse las manos y un abrazo)”³⁸⁷.

Se distinguen un pentukun formal y uno informal. Éste último es un acto simple y cotidiano entre dos o más personas; el siguiente ejemplo es ofrecido por Caniguan:

- | | |
|----------------------------|------------------------|
| -A: mari, mari, lamngen | (Buenos días hermano) |
| -B: mari, mari lamngen | (Buenos días hermana) |
| -A: chumleiyimi, lamngen? | (¿Cómo estás hermana?) |
| -B: kûmelkalen, eyimi kay? | (Yo estoy bien, y tú?) |
| -A: Kûmelakalen kafey | (Estoy bien también) |
| -A: Pewkallal, lamngen | (Nos vemos, hermano) |
| -B: Pewkallal, lamngen | (Nos vemos hermana) |

Si bien, entre los mapuche tradicionales este saludo protocolar es siempre en la lengua materna, el mapudungun, su práctica en la actualidad también se puede realizar en español.

En el caso del contacto del equipo de la defensoría con sus defendidos, o bien, con la comunidad, el respeto y apego a esta tradición puede facilitar la participación de los testigos e imputados en la recopilación de antecedentes y en el proceso judicial. Resulta relevante, en consecuencia, la presentación personal del abogado o el facilitador mediante este protocolo.

³⁸⁵ Ídem. P.117.

³⁸⁶ Ver acápite de cosmovisión mapuche

³⁸⁷ Caniguan, J. “Apuntes sobre el pentukun mapuche. Mari mari lamngen” en Periódico Azkintuwe. Edición Aniversario. Febrero-marzo 2005. p.15.

En consecuencia, en el proceso de defensa esta práctica adquiere importancia en la medida que hay un reconocimiento por parte de diversos actores respecto de la significación del pentukun, rito que facilita al defensor establecer relaciones de confianza con su defendido/a (imputado mapuche) y en la relación con los miembros de la comunidad de pertenencia de aquél.

El establecimiento y desarrollo de estas relaciones de confianza resultan fundamentales en el proceso de defensa, dado que la experiencia que han tenido los dirigentes y el pueblo mapuche en general, frente a la justicia, ha generado un alto grado de desconfianza frente a la institucionalidad. Manifiestan que son perseguidos por la justicia y que no creen que los tribunales chilenos tengan un sentido de imparcialidad hacia las causas en donde participan mapuches. De aquí que la confianza se establece con las personas, no con las instituciones. Para un imputado mapuche no es suficiente que un abogado se presente como el defensor que pone el Estado. Es necesario conocerlo y saber que será bien defendido.

En este contexto establecer lazos de confianza con el defendido y con su comunidad es una labor que lleva algún tiempo y maduración de las relaciones. Es por ello que se valora mucho el trabajo realizado por la Defensoría Penal Mapuche. Todos los entrevistados coinciden en que el defensor ha logrado acercarse a la realidad del pueblo mapuche y conocer de su situación. Confían en él y en su actuar como profesional.

Algunos de los entrevistados nos relatan sus experiencias:

- “A mí se me han presentado abogados y yo les digo no po, porque tiene que defenderme usted, si usted no me conoce a mí, usted no conoce mi situación como yo vivo, usted no sabe la lucha que yo estoy dando” (Werken)
- “Nosotros pedimos ser defendidos por la Defensoría Mapuche, ya que los conocemos y llevan tiempo defendiendo a los hermanos de Temucuicui” (imputado)
- “Que es lo que entiende en definitiva una comunidad, que aquí a un rechazo al modo que nosotros hayamos existido, el hecho que existamos les molesta al poder judicial, o en este caso traspasa las paredes del poder judicial y entra más profundamente en un contexto de Estado” (Werken)

A este reconocimiento contribuye substancialmente el respeto por los rituales de la cultura mapuche, y a ese propósito puede contribuir el conocimiento del Manual de protocolo para no Mapuche, elaborado por el Departamento de Cultura y Biblioteca de la Municipalidad de Padre Las Casas (Región de La Araucanía), en el cual se destaca que “para los Mapuche el saludo es muy importante ya que es una puerta de entrada a una buena conversación. El saludo va más allá de un “hola, cómo está usted” sino que incluye, además, el interés por la familia, la comunidad, el territorio o sector en el cual se vive”³⁸⁸ e indica, además, que a las autoridades mapuche se les debe saludar siempre en mapudungun:

Mary mary wenu!	(hola amigo)
Lonko: Mary Mary peñi	(hola hermano)
Machi: Mary Mary Papay	(Hola Señora)
Mari Mari Lamngen	(Hola) se utiliza sólo cuando hay dos personas de diferente sexo.

4.1.3. USO DE LA LENGUA PROPIA

La conservación de las culturas originarias de América en el tiempo depende, en gran medida, de la mantención de su lengua como vehículo principal de comunicación entre las personas. El pueblo mapuche ha logrado transmitir el mapudungun como parte de su tradición oral entre generaciones, en base a un esfuerzo de los más ancianos hacia los niños y jóvenes. La

³⁸⁸ Municipalidad Padre Las Casas. Manual de protocolo para no mapuche. Municipalidad Padre Las Casas, Departamento de Cultura y Biblioteca. 2009. p.5.

escolarización en castellano no ha favorecido este proceso. Al considerar que el mapudungun es una lengua oral, es necesario favorecer su uso para hacer de ésta, una lengua viva.

Aunque no hay acuerdo entre los entrevistados por la Universidad Central en su estudio base de este documento respecto que sea indispensable el uso de la lengua, ésta es un elemento significativo para realizar una buena comunicación entre el defensor y defendido, así como con la comunidad en la que se inserta. Varios de los entrevistados reconocieron que la dificultad que representa la traducción en los juicios es un factor determinante en el desarrollo y resultados del proceso penal. En este sentido la intervención del facilitador intercultural como intérprete es fundamental.

“Yo creo que si no estuviera Horacio la gente estaría perdida, porque el mapudungun se necesita, hay gente que ni siquiera sabe hablar el wingka, nada, nada y así como los embaucan”. (Werken)

“Cuando se trata de hermanos y hermanas que hablan mapudungun, deben ser defendidos usando el mapudungun porque se expresan realmente como sienten; pueden hablar en español, pero no es lo mismo, la mejor forma es expresándose en mapudungun. Si el abogado no sabe mapudungun debe tener alguien que le ayude, un intérprete, un traductor”. (Imputado)

4.2. HISTORIA Y RELACIONES CULTURALES DE LA ORGANIZACIÓN SOCIAL, DISTRIBUCIÓN DEL PODER

4.2.1. LAS AUTORIDADES TRADICIONALES

La organización social mapuche conserva sus formas jerárquicas tradicionales. Cada uno de los representantes de la comunidad tiene un rol adscrito, el cual debe ser respetado; durante el proceso penal no puede obviarse esta jerarquía. Es importante saber quién es la persona que el defensor tiene como interlocutor y qué representa para su comunidad. Especialmente, si el imputado es una autoridad tradicional, esta condición debe ser reconocida y valorada por el equipo de la defensoría.

En este sentido los entrevistados manifiestan:

“A un lonko no se puede tratar como cualquier mapuche, a mi se puede tratar como cualquiera porque soy un werken, pero al lonko se le tiene que tratar de otra manera si está acusado de algo. No es lo mismo, tiene que ser otro respeto, otro sistema, el lonko es como hablar con un presidente, no es hablar con cualquier persona, el werken se le da la vocería, pero él tiene que tener la sabiduría”. (Werken)

“Falta la parte principal que conozcan el problema como defender a un mapuche; conocer al lonko, conocer su condición defenderlo como autoridad no como un imputado”. (Lonko)

Las autoridades tradicionales representan para el pueblo mapuche la fuente de sabiduría y cohesión social y espiritual. Algunas de estas autoridades son:

4.2.1.1. LONGKO

En la cultura mapuche el rol tradicional del longko es el de una autoridad que piensa, que sabe, que dirige y que es persuasivo mediante el uso de su sabiduría y tolerancia y que además aconseja; el lonko es una autoridad tradicional a la que se accede por la posesión de aptitudes y talentos sobresalientes relacionados con el conocimiento de la cultura tradicional y de los mecanismos para la convivencia; la comunidad indígena reconoce explícitamente la autoridad que ostenta el lonko.

“Se accede a logko usualmente por continuidad de la línea familiar paterna, y el logko en ejercicio elige por sus atributos al mayor o a otro de sus hijos e inicia con él un proceso de preparación e integración paulatina al cargo (...) Cuando el logko no tuvo descendencia masculina o ninguno de sus hijos mostró interés en formarse o simplemente no poseen los atributos personales esperables

para ejercer el cargo, la comunidad elige de entre sus miembros al que a juicio colectivo sea la persona más idónea para ejercer el rol”³⁸⁹.

El longko es quien resuelve las diferencias en la comunidad (lof) a través de buenos consejos y palabras justas.

4.2.1.2. MACHI

La Machi es una persona que ha sido destinada a servir a sus iguales, es la persona elegida por las fuerzas cósmicas para ayudar a mitigar el desequilibrio físico y espiritual de las personas, será quien guíe las ceremonias y ritos espirituales, conoce el poder de las plantas medicinales.

Son estas las/os mediadoras/es entre la comunidad y el wenu mapu, mediación a través de la cual la comunidad y sus integrantes obtienen salud, bienestar, tranquilidad y abundancia. En materia de salud la intervención del/la machi se enmarca en lo que se conoce como medicina tradicional, la que a diferencia del modelo biomédico occidental, integra “los síntomas en sistemas de creencias y conocimientos, prácticas y recursos compartidos – tanto empíricos como mágicos -, que generan corpus etno-científicos de transmisión oral vinculados holísticamente a sus respectivos sistemas socioculturales”³⁹⁰; mediante esta intervención se logra la restauración del equilibrio multidimensional trastocado por la enfermedad³⁹¹.

De los variados aspectos que intervienen en el proceso de sanación, la fe y confianza del paciente en la/el machi es fundamental. Cualquier atisbo de cuestionamiento a la efectividad de la intervención terapéutica lleva a la búsqueda de un/a machi que no esté expuesta a esta situación. Uno de los cuestionamientos más recurrentes a la efectividad de la intervención curanderil es la proximidad de la machi con el domicilio del paciente.

La tradición oral mapuche es el principal recurso para comunicar/se. Cuando en una comunidad hay alguna persona enferma, rápidamente la noticia se expande entre las familias de esa comunidad y entre las comunidades cercanas, lo cual llegará a oídos de la machi incluso antes de que el enfermo la consulte. La machi diagnostica mediante la observación de la orina o de alguna prenda del enfermo, sin que sea necesario estar frente a éste; diagnostica señalando cuáles son los síntomas del paciente e indicando el tratamiento a seguir. Cuando la machi sabe que una persona está enferma y ha llegado a sus oídos qué es lo que siente (los síntomas), el enfermo pierde confianza en su efectividad pues ya conocía los síntomas de boca de otras personas y no a través de la orina o prendas del enfermo. Este solo hecho hace que en la gran mayoría de las situaciones en que se requiere la intervención de machi, se recurra a una que resida lejos de los límites de la comunidad

4.2.1.3. WERKEN

Es consejero y mensajero personal del longko, cuenta con toda su confianza y es el responsable de mantener la comunicación y las alianzas estratégicas, antiguamente con otros lof, rewe y ayllarewe, en la actualidad con otras comunidades y organizaciones político territorial mapuche.

³⁸⁹ Barrientos, M. “El Logko: Autoridad Tradicional Mapuche”. 2009.

³⁹⁰ Grebe, M. E. “Relevancia sociocultural y médica de la terapéutica y profilaxis simbólica en las culturas tradicionales de Chile” en Lolas et al. (Ed.). Ciencias Sociales y Medicina. Perspectivas Latinoamericanas. Ed. Universitaria. Santiago. 1992. p. 155-164.

³⁹¹ Marcos, S. “Curación y cosmología. El reto de las medicinas populares” en Ifda Dossier N° 71, may/june 1989. p.3-18.

4.2.1.4. AD MAPU

Corresponde a las leyes sagradas de la tierra y comprende el conjunto de reglas sociales y valóricas que rigen al pueblo mapuche en lo moral, religioso, espiritual y jurídico. El ad Mapu determina la identidad y regula la interacción con la naturaleza, con los espíritus de los antepasados, la organización social y política y establece los derechos sobre la tierra y los recursos. Determina el poder hacer y el no hacer. Equivale a lo que se conoce como derecho consuetudinario.

4.2.2. ORGANIZACIÓN SOCIAL Y ESTRUCTURA FAMILIAR MAPUCHE

El núcleo fundamental de la organización social mapuche es, históricamente, la familia. La familia mapuche tradicional (amplia, extensa y compleja) históricamente se caracterizó en el período pre-reduccional por ser el centro de la sociedad y prácticamente la única institución social permanente en torno de la cual se desarrollaban las actividades domésticas y productivas³⁹². A consecuencia del período reduccional (1883-1929) surge el modelo de familia nuclear en la sociedad mapuche.

En la actualidad, consecuentemente, conviven rasgos pre y post reduccionales, algunos de los cuales se mantienen transformados o encubiertos³⁹³. De los rasgos pre-reduccionales la familia extensa alcanza en la actualidad a la cuarta parte de los hogares mapuche y se asume como estrategia de apoyo socioeconómico; en tanto que de cada 10 hogares mapuche 6 son de tipo nuclear.

La base de autoridad radica en el longko. Históricamente y en la actualidad para toda resolución que afecta a la comunidad se consulta con los jefes de familia y la decisión es tomada en forma colectiva.

La cohesión social-comunitaria se funda en estrechos lazos de parentesco y en relaciones de solidaridad y cooperación, los que se manifiestan a través del mingako, la vuelta de mano o la mediería.

La estructura familiar y social mapuche sigue un orden patriarcal, en el cual la familia mapuche mantiene prácticas ancestrales como la patrilinealidad (descendencia por la vía paterna), la patrilocalidad (residencia familiar en la comunidad de origen del varón) y la exogamia (búsqueda de esposa fuera de la comunidad o localidad de residencia).

4.2.3. RELACIONES DE FAMILIA QUE INCIDEN EN EL ÁMBITO DE LA JUSTICIA PENAL. DISTRIBUCIÓN DE ROLES Y FUNCIONES

4.2.3.1. DIVISIÓN SEXUAL DEL TRABAJO

En la familia mapuche, la identidad del hombre se construye en referencia al ejercicio de roles productivos, “se le valora la fortaleza, se espera que tome la iniciativa en la relación amorosa”³⁹⁴ y realice un ejercicio marginal de funciones parentales. Por su lado, la mujer está vinculada directamente al plano relacional, “donde los valores destacados son los de reciprocidad, intimidad y acceso al mundo afectivo. Se espera que ella esté más al servicio de otros que de sí misma”³⁹⁵.

³⁹² Bengoa, J. Historia del pueblo mapuche (Siglo XIX y XX). Sur Ediciones. Santiago. 1987.

³⁹³ Bello, A. “La familia mapuche durante la radicación” en Rodó, Andrea y Valdés, Ximena (Eds.). Aproximaciones a la familia. Propositiones Nº 26. Sur Ediciones. Santiago. 1997. p.194-205.

³⁹⁴ Bello. A. Ob. Cit.

³⁹⁵ Ídem.

La organización social resultante de la división sexual del trabajo y el consiguiente ejercicio de roles masculinos y femeninos³⁹⁶, tiende a conformarse como una estructura asimétrica de poder, en la cual las mujeres se encuentran en una posición de subordinación respecto de los hombres. En esta estructura patriarcal, la familia mapuche mantiene prácticas ancestrales como la patrilinealidad, la patrilocalidad y la exogamia.

4.2.3.2. CONSTRUCCIÓN CULTURAL DE LA MASCULINIDAD

El Proceso de construcción de la identidad masculina es un complejo entramado de factores tan diversos como creencias y valores culturales sobre la mujer, el hombre, los niños y la familia; la concepción acerca del poder y la obediencia; las actitudes hacia el uso de la fuerza para la resolución de conflictos; los conceptos de roles familiares, derechos y responsabilidades.

En una cultura que consagra la primacía masculina, la esencia del ser masculino es por tanto la búsqueda y mantenimiento de un lugar de dominio, tanto al interior de la familia, como en su entorno inmediato. El estereotipo masculino tradicional se basa en la creencia que la masculinidad se funda en la fuerza física y en la capacidad para obtener logros en relación con el entorno. El empleo de la violencia no corresponde a una condición biológica del varón, sino al ejercicio de un rol asociado a la dominación, la competencia y el control del hombre sobre la mujer y su entorno; es lo que desde los estudios de masculinidades se denomina masculinidad hegemónica.³⁹⁷

Aspectos relevantes sobre el estereotipo tradicional masculino son la necesidad de obtener logros físicos, vida emocional escasamente desarrollada, expectativas porque la mujer conozca y respete la autoridad del varón y postergación a un plano secundario la relación con los hijos e hijas.

Un estudio realizado en la región de la Araucanía³⁹⁸ revela una alta presencia de estereotipos masculinos tradicionales en mujeres, sea que hayan vivido episodios de violencia intrafamiliar o no. hay una alta adscripción a creencias como que “una buena esposa obedece a su esposo aunque ella no opine lo mismo” o “el hombre debe demostrar a su esposa/pareja que él es el jefe”.

4.2.3.3. VIOLENCIA INTRAFAMILIAR

En cualquier intento por comprender la violencia en tanto hecho social y cultural subyace el tema del poder.

El poder, la autoridad y el liderazgo al interior de la familia se sustentan en la desigualdad de fuerzas y posiciones: padre-madre-hijos, hombre-mujer, adultos-niños/as. No es casual, entonces, que la violencia al interior de la familia afecte principalmente a quienes se encuentran en una posición de subordinación y dependencia; en este caso, la mujer y los/as niños/as.

La violencia en todas sus formas y manifestaciones, en particular la violencia intrafamiliar, está legitimada por la presencia de creencias fuertemente internalizadas en la cultura; creencias

³⁹⁶ Respecto de la relación entre la división sexual del trabajo consultar: Organización Panamericana de la Salud (2008): La economía invisible y las desigualdades de género. La importancia de medir y valorar el trabajo no remunerado. Washington, D.C.

³⁹⁷ Sobre estudios de masculinidad y masculinidad hegemónica consultar: Connell, Robert (1995): “La organización social de la masculinidad” en: Valdés, Teresa y José Olavarría (edc.). *Masculinidad/es: poder y crisis*, Cap. 2, ISIS-FLACSO: Ediciones de las Mujeres N° 24, pp. 31-48; Bonino, Luis (2002): Masculinidad hegemónica e identidad masculina” en: *Dossiers Feministes. Masculinitats: mites, de/construccions i mascarades*. Seminari d’Investigació Feminista. Universitat Jaume I.

³⁹⁸ Urzúa, R., Ferrer, M., Larraín, S. y Gutiérrez, C. (2002): Detección y análisis de la prevalencia de la violencia intrafamiliar. Centro de Análisis de Políticas Públicas. Universidad de Chile.

que influyen sobre las actitudes, percepciones y comportamientos de las propias personas que viven la situación de violencia y de aquellas que conforman el contexto social.

El mito como construcción simbólica, sobre la situación de violencia intrafamiliar contribuye a que ésta se produzca, justifique y mantenga. Todas las personas involucradas, directa o indirectamente, los tienen incorporados – o parte de ellos – y se juzgan a sí mismas a través de ellos. Mediante éstos se pretende reducir a una explicación individual el fenómeno de la violencia. Mitos y creencias sobre la violencia intrafamiliar recurrentes en contexto mapuche son los siguientes³⁹⁹:

- Los casos de violencia intrafamiliar son hechos aislados,
- La violencia es producto de alguna enfermedad mental del cónyuge,
- La violencia ocurre en los sectores sociales más carenciados (los más pobres),
- El consumo de alcohol es causa directa de la violencia,
- Denunciar la violencia afecta a la unidad familiar,
- Las víctimas de maltrato/violencia lo provocan,
- La violencia al interior de la familia es un problema privado, no hay que intervenir.

4.2.3.4. LAS PRÁCTICAS SEXUALES EN LA CULTURA MAPUCHE

La socialización de roles sexuales se realiza en diferentes espacios sociales, siendo el principal la familia. Sin embargo en contextos tradicionales, particularmente rurales y/o indígenas, donde hablar de sexualidad es tabú, el aprendizaje es desplazado hacia instituciones como la escuela, la iglesia o los pares; durante la adolescencia asume una fuerte influencia el grupo de pares, lo que lleva en ocasiones a que los jóvenes tengan desconocimiento y/o creencias erradas en la materia⁴⁰⁰, conocimientos y creencias que persisten en la vida adulta de no mediar acciones correctivas de las informaciones erradas. Además, en estos contextos socioculturales.

En el caso mapuche, lo anterior no es diferente pues las cuestiones referidas a sexualidad y prácticas sexuales se mantienen como temas tabú de los cuales no se habla al interior de la familia y están regulados por las normas de la exogamia. Lo cual explica porqué es frecuente encontrar matrimonios que durante todos los años de su convivencia familiar jamás ése ha sido un tema de conversación entre los cónyuges y de éstos con su progeñe.

La excepción de esta regla la marca el momento de la menarquía, pues ella es la ocasión en que la madre instruye a la niña acerca de lo que implica la menstruación en sus vidas y de los cuidados que hay que tener a partir de ese hito. Éste es también el momento en que la madre aconseja que el hombre con el cual casarse debe ser un buen hombre, un varón con poder, pues ella recibirá en su interior (su vientre) la energía del varón y el espíritu de su fuerza, manteniendo así viva la cultura, reproduciéndola biológica y socialmente.

Desde lo normativo, en el mundo mapuche si bien la menarquía señala un cambio en el ciclo de vida de la niña hacia la mujer, quedando en condiciones de embarazarse, para que se produzca el acceso sexual deben darse dos condiciones esenciales: a) debe tratarse de una relación consentida, tanto por la joven como por la familia de ésta y b) el varón que sea su pareja sexual debe ser capaz de procurarse a sí mismo y a otros alimento y abrigo. De no cumplirse con estas condiciones, se estaría ante una transgresión de la norma.

³⁹⁹ Corporación de Servicios y Asesoría Técnica y de Desarrollo de Mujeres Mapuche (2008): Estudio comparado sobre violencia intrafamiliar en seis comunas de la provincia de Cautín. Servicio de Salud Araucanía Sur. Programa de Salud con Población Mapuche. Temuco.

⁴⁰⁰ Rojo, C. Conocimiento, actitudes y comportamiento sexual de jóvenes rurales – VII Región. Corporación de Salud y Políticas Sociales (CORSAPS). Santiago. 1992.

4.2.3.5. ABUSO SEXUAL E INCESTO

Desde el campo de las ciencias sociales, el incesto tiene fuertes bases sociológicas y antropológicas que se centran en las pautas normativas que regulan y rigen el comportamiento sexual, en particular, en las restricciones sociales de la relación entre parientes⁴⁰¹.

Superada la discusión acerca del origen del incesto en torno a causas naturales, o culturales, o ambas; está claro que la noción del incesto como delito es un producto cultural, pues existe suficiente evidencia científica⁴⁰² que da cuenta de prácticas incestuosas con diversas variaciones en todas las culturas del mundo y en todos los tiempos (históricos y prehistóricos): dinastías egipcia, inca y hawaiana, algunos pueblos surasiáticos (matrimonio taiwanés), africanos y polinesios, pueblos amerindios precolombinos y post coloniales. El relativismo cultural que pesa sobre el fenómeno social-cultural del incesto se proyecta en:

“algunas legislaciones modernas tales como las de Luxemburgo, Japón, Portugal y Turquía que contemplan penalización para el incesto. En otros países, como Bélgica, España, Francia y Holanda, sólo se penaliza si sucede entre ascendientes y descendientes menores no casados (...) En Italia, la legislación lo reprime siempre y cuando haya escándalo público”⁴⁰³.

Sobre las relaciones incestuosas pesan tabúes y prohibiciones que establecen que las personas consideradas, aunque no tengan parentesco genético, sino sólo sociocultural, no pueden mantener relaciones sexuales entre sí ni contraer matrimonio. Según Frazer⁴⁰⁴, el propósito de esta prohibición es evitar la ocurrencia del suceso que se teme. La regla de la cultura por excelencia es la del incesto; su prohibición traspasa el carácter particular para ser de carácter universal⁴⁰⁵; en todas las poblaciones del mundo está presente el tabú del incesto, aunque la práctica incestuosa no sería tabú, sino que el tabú sería hablar de ella.

En tanto hecho social y cultural, las relaciones sexuales entre consanguíneos están legitimadas por la existencia de creencias fuertemente internalizadas en la cultura; estas creencias influyen sobre las actitudes, las percepciones y los comportamientos de las propias personas que viven tales relaciones sexuales y de aquellas que conforman el contexto familiar.

Los mitos sobre las relaciones sexuales entre consanguíneos contribuyen a que ésta se produzca, se justifique y se mantenga⁴⁰⁶. Como se menciona más arriba, los mitos buscan reducir a una explicación individual un fenómeno que debe ser comprendido integralmente en su impacto sobre el orden social.

En el caso mapuche, las relaciones sexuales entre personas consanguíneas están prohibidas; de ahí la importancia de la práctica de la exogamia, la cual establece que es el varón quien debe buscar su pareja sexual fuera de su comunidad de origen; con lo cual no sólo mantiene el tabú del incesto si no que también genera y/o fortalece alianzas económicas, sociales y políticas con otras comunidades.

⁴⁰¹ Bravo, M. Incesto y violación. Características, implicaciones y líneas terapéuticas del abuso sexual en Chile. Universidad Academia de Humanismo Cristiano. Santiago. 1994.

⁴⁰² Sobre la dimensión cultural de la violencia sexual el Documento de Trabajo N°21 del Servicio Nacional de la Mujer. Oxman, V. (Ed.). “La violencia sexual en Chile”, presenta la síntesis de un conjunto de estudios realizados en la materia. 1993.

⁴⁰³ Oxman, V. (Ed.). La violencia sexual en Chile. Servicio Nacional de la Mujer. Documento de trabajo N° 21. Santiago. 1993.

⁴⁰⁴ Frazer, J. La rama dorada. Fondo de Cultura Económica. México. 1991.

⁴⁰⁵ Lévy-Strauss, C. Las estructuras elementales del parentesco. Ed. Paidós. México. 1985.

⁴⁰⁶ Ver Bravo 1994.

No obstante la prohibición, a partir de los hallazgos pesquisados en la realización de peritajes antropológicos⁴⁰⁷ en comunidades mapuche mitos recurrentes sobre las relaciones sexuales entre consanguíneos en la cultura mapuche son los siguientes:

- Los niños frecuentemente mienten cuando alegan haber sido abusados o víctimas de incesto.
- El incesto es más común entre familias de bajos ingresos.
- Las mujeres abusan sexualmente de los niños tan a menudo como los hombres.
- La madre usualmente no tiene conciencia de la relación incestuosa.
- La madre que conoce el abuso es cómplice del abuso de los/as menores.
- Un adulto usualmente abusa sólo de una persona en la familia.
- La mayor parte de los perpetradores del incesto fueron abusados cuando niños.
- Relaciones incestuosas padre-hijo son de mínima ocurrencia.
- Hay predisposiciones culturales y regionales hacia el incesto.

En lo que respecta a las prohibiciones sexuales (violación, incesto, violación incestuosa), cuando estas ocurren y de ello resulta un embarazo, lo esperable es que el hombre mapuche asuma su paternidad en términos económicos, haciéndose responsable de la manutención del hijo o hija resultante de esa relación sexual.

Los dos puntos anteriores, revelan que en el caso de delitos sexuales, hay razones fundadas para entender que la mujer Mapuche puede dar su consentimiento para una relación sexual antes de los 14 años, y que dicha práctica está justificada en la propia cultura Mapuche. Desconocer esta práctica y sus propios criterios de corrección moral, no sería coherente con el reconocimiento institucional del sistema jurídico chileno de la validez de recurrir a la costumbre indígena para determinar la corrección de un determinado comportamiento.

4.3. ELEMENTOS CULTURALES A CONSIDERAR PARA UNA DEFENSA ESPECIALIZADA SEGÚN LOS IMPUTADOS INDÍGENAS Y AUTORIDADES MAPUCHES

Como se ha señalado en los apartados anteriores los defensores especializados tienen que considerar los elementos culturales de sus defendidos y aquellos rasgos y características que para ellos sean fundamentales que estén presentes en su defensa. A continuación señalaremos algunos de ellos, que fueron descritos por Imputados indígenas y representantes tradicionales mapuche, y que dicen relación con:

- Participación de la comunidad en los procesos penales
- Conocimiento de los defensores de la historia del conflicto
- Importancia y rol de los facilitadores interculturales en la defensa
- Compromisos del defensor de veracidad, exactitud en la información
- Autonomía y libertad para decidir el curso del proceso y salidas alternativas

4.3.1. PARTICIPACIÓN DE LA COMUNIDAD EN LOS PROCESOS PENALES

La participación de la comunidad en el proceso es relevante para conseguir la confianza y el apoyo de ésta en la preparación de la defensa. El trabajo conjunto del equipo de la defensoría y la comunidad puede ser un factor decisivo en el resultado del proceso. Si bien, es a través de peritajes como se puede acreditar la costumbre, es la comunidad quien aportará la información

⁴⁰⁷ Peritajes antropológicos realizados en causas RUD CAR-00179-03; PUC 10045-04; IMP -00772-04; CAR 00151-05.

necesaria para generar un argumento pertinente en materia de usos y costumbres. Por otro lado, también es menester ponderar que los defendidos que viven en una comunidad, mantienen un vínculo estrecho con sus hermanos; nexos que definen el contexto de su acción.

Al respecto los entrevistados señalan que:

“Cuando hay una persona de la comunidad en un proceso judicial, es la comunidad la que asume ser la defensa, esa comunidad designa personas que van a llevar el caso, llevar a conseguir los antecedentes que permitan absolver a esta persona y por un lado también permiten ver la realidad sobre la que se está haciendo”. (Werken)

“La defensoría en un momento tiene que asumir o lo ha asumido, que la comunidad ha hecho gran parte del trabajo de la defensa. Y eso no sólo se ve desde el punto de vista de conseguir antecedentes sino del punto de vista también cultural, espiritual. Creo que ahí es un elemento fundamental”. (Werken)

Todos los entrevistados recalcaron la importancia del trabajo en terreno, que los defensores o un equipo de apoyo esté presente en la comunidad y que conozca sus particularidades desde una perspectiva histórica y su situación actual. El contexto en donde se desenvuelve el sujeto puede aportar una mejor comprensión del caso.

4.3.2. CONOCER LA HISTORIA DEL CONFLICTO

A juicio de los voceros que se ha entrevistado, es indispensable conocer la historia del llamado conflicto mapuche, las causas y circunstancias históricas, sociales y culturales que rodean esta problemática, que están inscritas dentro de la demanda de tierras ancestrales. Este contexto, es un hecho diferenciador que debería ser tomado en consideración en la preparación de la defensa. Desde la perspectiva de los dirigentes, no se trata de delitos comunes aislados, sino de hechos que son parte de una lucha política y social que mantiene el pueblo mapuche frente al Estado. De esta forma lo expresan los entrevistados:

“Hay que hacer una diferencia tremenda entre aquéllos que han caído en un proceso judicial por un contexto de lucha y de reivindicaciones sociales, políticas, territoriales a diferencia de que pueden existir también dentro de una comunidad hechos delictuales, donde ahí no va a existir el mismo apoyo colectivo de la comunidad”. (Werken)

Conocer esta realidad y el devenir histórico del conflicto es parte de la preparación que los defensores especializados en la materia deberían tener. Esto no implica necesariamente tomar partido en la disputa política, pero sin duda es una referencia necesaria para comprender la situación de la población mapuche en la zona de la Araucanía.

4.3.3. ROL DE LOS FACILITADORES INTERCULTURALES EN LA DEFENSA

La existencia del facilitador intercultural es por todos reconocida como esencial en los procesos penales. El rol que éste desempeña no sólo en la función de traducción sino como un apoyo para los imputados, parece ser muy relevante a la hora de definir cuáles son los elementos centrales en el trabajo de la defensoría penal. Contar con un hermano (peñi) que conozca la institución genera confianza y credibilidad en el ejercicio de la defensa. Algunos entrevistados señalaron que sería necesario que este facilitador participara más activamente en la construcción del caso, así como también que el número de facilitadores debería ser suficiente para atender toda la demanda. Una persona en este cargo es claramente insuficiente para contener los requerimientos de la región de la Araucanía.

Se valora la participación del facilitador en el proceso y la posibilidad de que éste sostenga un contacto permanente con la comunidad. Al mismo tiempo, se considera necesario que el facilitador tenga conocimientos jurídicos y pueda orientar adecuadamente a los defendidos. En un perfil ideal, se esperaría que la labor de facilitador la ejerciera un mapuche, hablante de mapudungun (peñi), con estudios jurídico, ya sea abogado o técnico.

“Eso perfectamente lo puede hacer alguien que tenga conocimiento técnico-jurídico y el conocimiento cultural y tradicional de cómo comunicarse con la gente de la comunidad, si el elemento de confianza es fundamental. Entonces el acercamiento de una persona que se vincule con la comunidad, y la vinculación con la comunidad va a permitir una confianza mutua, entre el equipo de defensores y en este caso, el representado”. (Werken)

4.3.4. COMPROMISOS DE VERACIDAD, EXACTITUD EN LA INFORMACIÓN

El proceso penal luego de la reforma a la justicia penal presenta nuevas instancias y actores. Estas modificaciones sustanciales fueron difundidas en el momento de poner en marcha la reforma a través de medios de comunicación y difusión directa hacia la población. Justamente en la región de la Araucanía, se inaugura el nuevo procedimiento. Sin embargo y a pesar que ya pasara una década de producida estas transformaciones aún no son conocidas por la población en general y, en particular, por muchos de los mapuche que se ven involucrados en procesos penales. Si bien es cierto, que se ha dado un aprendizaje paulatino, éste ha sido traumático e incompleto.

Tal como se menciona en los principios definidos en el capítulo anterior, es deber de la Defensoría entregar aquella información que permita a sus representados comprender jurídicamente los alcances del proceso penal en los que participen.

“Hoy día a nosotros nos llevan a un tribunal que no es nuestro, nos están juzgando con leyes en las que nosotros no creemos, nos están haciendo parte de un sistema penal que con suerte algunos entendemos un poco medianamente, pero en el que no encajamos ni culturalmente, ni socialmente” (Werken)

En particular en el caso de una defensa penal mapuche, es necesario considerar que las barreras culturales e idiomáticas dificultan este proceso. Los entrevistados han manifestado la falta de comunicación con sus defensores. En algunos casos se percibe una sobrecarga de trabajo en la defensoría penal mapuche y en otros, por falta de voluntad de otros defensores. Como ejemplo, observemos las opiniones recogidas:

“Faltó mayor comunicación con nosotros y con la comunidad, con nuestros testigos. Faltó que se hubiera podido preparar la defensa el abogado en conjunto con nosotros y con nuestros testigos. Que nos hubiéramos juntado todos y prepararnos a nosotros y a nuestros testigos de cómo responder, de qué responder cuando preguntara el fiscal y el juez; pero no hubo nada de eso” (Imputado)

Aún está pobre. Le cuesta, o también están topados de tiempo que no le alcanza, no le da, están sobrecargados con trabajo, uno lo ve. Un defensor no está exclusivamente para defender a un weichafe, a un longko; no va haber nunca una defensa buena. (Lonko)

4.3.5. AUTONOMÍA Y LIBERTAD PARA DECIDIR EL CURSO DEL PROCESO Y LAS SALIDAS ALTERNATIVAS

De la misma forma que la entrega de información veraz y oportuna es condición de la relación entre defensor y defendido, la decisión del curso del proceso, de las salidas alternativas o de juicio simplificado no puede prescindir de la participación del defendido, del interesado. Es función de la defensoría precisar y dar a entender con exactitud las implicancias de cada decisión que se puede adoptar en el desarrollo del proceso penal. Entre los entrevistados se detectó una cierta insatisfacción con los resultados del proceso en este sentido, debido a que no se logra dar a entender con cabalidad el significado de cada una de dichas figuras legales; lo cierto es que caso a caso puede variar la expectativa de cuál es, a criterio del defensor, el mejor resultado posible. Sin embargo, es necesario respetar la autonomía del sujeto y su libertad de optar por una u otra alternativa propuesta.

Al respecto los entrevistados han señalado:

“Hoy día nos acusan por otros delitos, hay que tenerlo preso, hay que tenerlo ahí, lo mismo que me pasó a mí, cuando a mi me condenaron la defensoría tendría que haberla jugado, no se la jugó. Me

dijeron acepte responsabilidades, después vamos a pedir disculpas, porque fue un negociado entre mi acusador y el defensor, lo que me acusaban después no tenían argumentos” (Lonko)

“Cuando uno visita a los hermanos y los parientes de distintos sectores uno les enseña, ustedes no tiene que aceptar, si hay una orden ustedes la leen bien, pausadamente ¡claro! Me dicen, si no nos dejan ni leer” (werken)

4.3.6. PERITAJE

El peritaje antropológico o cultural indígena es un tipo de peritaje que se ha convertido en un recurso importante para probar los elementos culturales que pueden incidir de manera relevante en los procesos penales. Toda vez que los intervinientes en el mismo, por regla general no son indígenas, lo que no les permite comprender ciertas normas, el sentido moral o ético que las sustentan, y que tiene como correlativo que las costumbres indígenas se invisibilicen o se desestimen y no sean impetradas en juicio, en perjuicio del imputado. Recordemos que este tipo de peritajes resulta fundamental al momento de probar el error de comprensión culturalmente condicionado que permite la disminución de responsabilidad (conciencia disidente) o bien eliminar la culpabilidad (error de comprensión culturalmente condicionado).

El peritaje en nuestra legislación constituye un medio probatorio que se valora según las regla de la sana crítica con las implicancias negativas que esto conlleva en procesos indígenas. Por otra parte, y como ya se ha indicado los Tribunales chilenos han exigido para su consideración:

- Mención de fuentes bibliográficas o etnográficas
- Atribución directa de la conducta del imputado a la costumbre ancestral que se invoca. Cuando solo se realiza un peritaje general sobre el pueblo originario y no se hace esta relación directa, los tribunales tienden a rechazar.

Capítulo 5 . LA DEFENSA PENAL EN LA OFICINA DE DEFENSA MAPUCHE DE LA REGIÓN DE LA ARAUCANÍA

El modelo no estaría completo sin entregar elementos que lo justifiquen, para ello se presenta un breve resumen de los diagnósticos existentes sobre la prestación de defensa penal indígena en la Defensoría Penal Pública y en particular sobre la defensa mapuche. En lo que sigue se presenta una síntesis que da cuenta de aquello.

5.1 LA DEFENSA PENAL INDIGENA

19 de Noviembre de 2008 se concluyó una investigación sobre la prestación de defensa penal indígena denominado “La defensa de imputados indígenas en la Defensoría Penal Pública” que consultó en todas las defensorías regionales sobre este tipo de defensa, entre los nudos detectados se encontraron los que siguen:

- a) Necesidad del apoyo de un facilitador intercultural y su carencia.
- b) Falta de formación en defensa indígena.
- c) El sistema informático no identifica si la defensa proporcionada es indígena.
- d) Subsiste la duda de cómo proceder cuando el imputado no reconoce
- e) El caso del indígena urbano debiera ser revisado por su gran número y porque la migración dificulta la integración y lo sitúa en una condición de mayor vulnerabilidad y conflictividad legal.
- f) Los criterios para seleccionar adecuadamente casos para defensa indígena son muy variables y es necesaria una definición actualizada.
- g) Necesidad de unificar y fortalecer los procesos de detección, selección y derivación de imputados para la defensa indígena.
- h) Entre los problemas que tiene la aplicación del Oficio 177 se encuentra que los defensores no conocen el oficio, ni los criterios de derivación.
- i) Se destaca la necesidad de actualizar el sistema de información de gestión para llevar la cuenta de casos con defensa.

5.2 LA DEFENSA PENAL MAPUCHE EN LA REGION DE LA ARAUCANÍA

El estudio “Actualización del modelo de defensa penal mapuche 2009” terminado en el año 2010 realiza una revisión de la situación de la defensa penal mapuche en la Región de la Araucanía, en lo que sigue se presenta un resumen de una parte de ese estudio.

5.2.1 LA OFICINA DE DEFENSA MAPUCHE

En el año 2001 la Defensoría Penal Pública creó una oficina especializada para la atención de imputados mapuche denominada “Oficina de Defensa Mapuche”. A la fecha de la investigación realizada por la Universidad Central la oficina se componía de los siguientes cargos: abogado defensor (2 especializados), facilitador intercultural (un cargo) y asistente del defensor (un cargo). El objetivo de la oficina es otorgar asistencia jurídica penal especializada a imputados de la etnia mapuche de la Región de la Araucanía.

La orientación institucional para la atención de imputados indígenas se encuentra en el ORD Nº 177 de 2003. Este instructivo diferencia la atención realizada por medio de una oficina especializada (como es el caso de la Región de la Araucanía) y la que se proporciona con un defensor local especialmente capacitado para atender a indígenas. La modalidad de atención que se adopte depende del grado de concentración de la población indígena en una zona y,

eventualmente, del grado de conflictividad del tema indígena. Actualmente, se deja la decisión de conformar oficinas especializadas o implementar otras alternativas de atención a los indígenas, a los Defensores Regionales, quienes en función de la realidad regional, podrán optar entre alternativas que deberán satisfacer las condiciones del modelo general de defensa indígena.

El ya mencionado estudio señala que en el ORD Nº 177 de 2003 se establecen los requisitos para acceder a la defensa especializada. Para ello es necesario determinar si el imputado es indígena, al respecto el informe destaca que los defensores se guían por el apellido o simplemente por la autoidentificación verbal del imputado. El estudio concluye, que esa situación, hace necesario definir:

- Cuando se está en presencia de un imputado indígena
- El tipo de causas con imputados indígenas que debe atender la Defensoría Mapuche.
- Protocolos para la atención de indígenas, cualquiera sea el tipo de delito, orientados a la selección de casos a ser derivados.
- Protocolos para la defensa de los indígenas que no son elegibles para la oficina especializada.

Al revisar las relaciones organizacionales de la oficina de defensa mapuche, el estudio constata que mantiene un vínculo con la Unidad de Apoyo a la Gestión de Defensa, UAGD, la que proporciona facilidades para transportes, peritajes, traslado de testigos e imputados, etc. Pero la Unidad de Apoyo a la Gestión de Defensa no tiene un servicio que se ajuste a las necesidades de la oficina de defensa mapuche, situación que debería ser revisada para fortalecer la labor de la referida oficina.

La forma que adopte la defensa especializada va a depender del número de Imputados e imputadas indígenas, del número de causas indígenas y de la dispersión geográfica de éstas. En ese contexto, es conveniente efectuar una rápida revisión de información estadística a nivel nacional, para luego concentrarse en la región de la Araucanía, revisando estadísticas de Imputados indígenas y causas indígenas, así como su distribución geográfica, poniendo atención en las distancias.

Con la información de la base de datos del SIGDP de enero de 2006 a marzo de 2010, se observa que en la región de la Araucanía, del total de ingresos de imputados indígenas del país, los imputados mapuches de esa región alcanzan el 43,5%. Con igual fuente de datos la Unidad de Gestión de la Defensa Penal de la DPP ha efectuado una proyección de la demanda, para los 201 a 2012 que en promedio se estima en 836 ingresos de imputados e imputadas indígenas por año. Los imputados mapuches atendidos por la DPP en la región de la Araucanía, en los años 2007 a 2009, se distribuyen de la siguiente manera:

IMPUTADOS MAPUCHE ATENDIDOS POR DPP DE LA REGIÓN DE LA ARAUCANÍA AÑOS 2006-2009			
COMUNA	AÑO		
	2007	2008	2009
Angol	9	30	47
Carahue	21	30	62
Collipulli	46	66	81
Curacautín	2	8	7
Imperial	26	28	55
Loncoche	4	4	5
Lautaro	18	32	31
Pitrufquén	3	7	18
Pucón	11	18	13
Purén	9	3	3

IMPUTADOS MAPUCHE ATENDIDOS POR DPP DE LA REGIÓN DE LA ARAUCANÍA AÑOS 2006-2009			
COMUNA	AÑO		
	2007	2008	2009
Temuco	136	238	247
Traiguén	148	33	35
Villarrica	13	12	11
Victoria	39	37	20
Total	485	546	635

Las comunas son aquellas en que se ubica el juzgado respectivo, por lo tanto, los imputados pertenecen a la zona de jurisdicción de cada tribunal. La capital regional tiene un porcentaje promedio de causas cercano al 37%. En Traiguén se observa un descenso de imputados entre el 2007 (30.5%) al 2009 (5.5%). En Carahue, las cifras se duplican entre el 2008 y 2009 y La misma tendencia se observa en Collipulli. Las causas, con imputados e imputadas indígenas relacionadas al “conflicto mapuche” entre los años 2007 y 2009, tienen la siguiente distribución:

IMPUTADOS DERIVADOS DE “CONFLICTO MAPUCHE” AÑOS (2006-2009)			
COMUNA	AÑO		
	2007	2008	2009
Angol	-	-	11
Carahue	0	17	5
Collipulli	16	30	61
Imperial	44	5	-
Loncoche	1	-	-
Lautaro	11	2	11
Pitrufquén	-	-	9
Temuco	11	47	11
Traiguén	2	2	-
Villarrica	-	2	4
Total	85	105	112

La concentración de casos en Collipulli en el año 2009 es el 54,5% del total de imputados derivados del llamado “conflicto mapuche”.

La tabla que sigue permite visualizar las zonas en que se concentran los imputados y causas indígenas y las distancias relativas desde la capital regional.

DISTANCIAS ENTRE TEMUCO Y LAS COMUNAS DONDE SE UBICAN LOS TRIBUNALES			
COMUNA	DISTANCIA DE TEMUCO (N° KM)	COMUNA	DISTANCIA DE TEMUCO (N° KM)
Angol	131,5	Lautaro	32,4
Carahue	56,2	Pitrufquén	30,6
Collipulli	101,8	Traiguén	96,7
Imperial	33,7	Villarrica	81,4
Loncoche	81,1		

Este es un factor importante, debido al costo en tiempo y dinero, tanto para la institución como para los clientes, de los desplazamientos desde y hacia la actual Defensoría Mapuche, que se encuentra ubicada en Temuco, sobre todo si consideramos además que gran parte de los Imputados indígenas provienen de localidades rurales, cuyo acceso es más complicado, y es necesario vincularse con la familia y la comunidad durante el desarrollo de la defensa.

Lo anterior es aún más complejo si consideramos que gran parte de los Imputados e

imputadas indígenas habitan en localidades rurales alejadas de los centros urbanos, por lo tanto, las distancias descritas aumentan aún más, sin considerar el estado de los caminos y la disponibilidad de transporte público para su traslado.

Del análisis de una muestra al azar, de un total de 79 carpetas, correspondientes a 61 causas llevadas por la Defensoría Penal Mapuche, que involucran a 79 imputados e imputadas, se constata lo siguiente:

- 11 causas están asociadas al conflicto mapuche, equivalentes al 18% de las causas analizadas. El 82% restante (50 causas) corresponde a causas relacionadas con delitos comunes, no vinculadas con el conflicto.
- De los 79 imputados/as, el 60% es mapuche (47 personas) y el 40% no mapuche.
- De los imputados mapuche, 30 de ellos (64%) vive en comunidades mapuche y el 36% restante (17 personas) reside en áreas urbanas.
- De acuerdo con el tiempo que toma desde el inicio de la causa hasta el término de la misma hay notorias diferencias entre aquellas asociadas al conflicto mapuche y las no asociadas. Mientras estas últimas tienen una duración promedio de 2 meses (61,5 días) las relacionadas al conflicto mapuche se extienden por poco más de 6,5 meses (197 días) promedio, tres veces más que las primeras.
- De las causas con un componente de género, las de violencia intrafamiliar representan el 15% de las causas analizadas, 9 de 61 causas. De las causas de VIF, el 44,5% afecta a mujeres mapuches y la totalidad de éstas termina con suspensión condicional del procedimiento. El 55,5% restante (5 causas) corresponde a causas que afectan a mujeres no mapuche, de las cuales el 80% termina con suspensión condicional del procedimiento y el 20% con condena en juicio simplificado.

5.2.2 PROBLEMAS DETECTADOS

Un listado de los principales problemas detectados que afectan el trabajo de la Oficina de defensa mapuche, son los que se detallan a continuación:

- Los defensores locales o licitados no cuentan con formación ni con una guía para verificar su cumplimiento.
- La Oficina de Defensa Mapuche tiene cobertura regional, situación que impacta con mayores tiempos de traslado a las localidades, para atender diferentes acciones relacionadas a la defensa entre estas: asistir a la audiencia, preparación de testigos, examen del lugar de los hechos, etc.
- La distancia entre la oficina y las localidades afecta a la atención de público.
- No existe supervisión técnica ni orientaciones especiales de ningún tipo. No obstante, se esperaría que la Unidad de Estudios pudiera efectuar un trabajo de recopilación y sistematización de experiencias destacadas de la Defensoría Mapuche, de manera de generar jurisprudencia propia en materia indígena.
- el ORD N° 177 de 2003, no está respondiendo a las necesidades de la defensa especializada para imputados de pueblos indígenas, si se consideran los estándares de atención jurídica especializada que exigen hoy las normas internacionales, en especial aquellas relativas al reconocimiento y garantía del derecho a la diversidad cultural.
- Actualmente la defensa mapuche está invisibilizada, por ello los mapuche consultados tienen la percepción de que hay voluntad estatal de eliminarla. Los Imputados indígenas hacen pensar que los defensores tienen demasiados casos no indígenas que tramitar, por lo tanto, es imposible que puedan efectuar una defensa adecuada a los imputados indígenas.

- Los investigadores de la Universidad Central observaron mucha improvisación, poca argumentación cultural y gran sobrecarga de trabajo y señalan que la participación de los defensores especializados en la absorción de cobertura produce un doble problema para el buen funcionamiento de la oficina, un efecto es que ocasiona menor disponibilidad de tiempo de los abogados para la atención de imputados mapuche con deterioro de la calidad y otro efecto es que al asumir causas que no tienen que ver con su especialización y que corresponden a imputados no indígenas, la declaración que hace la DPP respecto de esta Oficina atiende exclusivamente imputados indígenas, pierde fuerza y veracidad.
- Se observa que los defensores locales y licitados consideran que tienen la opción derivar o no una causa a la Defensoría Mapuche o puede ser hecho de forma tardía. En ambos casos puede resultar perjudicial para el imputado al no contar con una defensa de calidad. Esto hace necesario entregar instrucciones formales y claras respecto de la obligación de la derivación a defensa especializada cuando se trata de una causa indígena.
- El sistema de información (SIGDP-SIAR) que utiliza la Oficina de Defensa Mapuche para registrar los datos de las causas, es al igual al de cualquier defensoría local. El sistema contiene datos de la causa, básicamente las gestiones realizadas por el abogado defensor y otros del imputado. Toda gestión particular a la especialización relevante para el proceso, queda invisibilizada. Respecto de los datos del imputado, aparte de los comunes a cualquier imputado (RUT, nombres y apellidos, etc.), solo existe el dato que permite identificar a los indígenas (registro e pertenencia a una etnia). En el caso de la defensa a imputados indígenas, los datos que registra el SIGDP son claramente insuficientes y no permiten obtener indicadores adecuados para medir la gestión de la oficina ni para dimensionar el trabajo de la DPP en materia indígena. Es necesario que se incorporen datos sobre la comunidad de pertenencia, por su utilidad para la preparación de la estrategia de defensa en conjunto con la comunidad y la identificación oportuna de testigos. Además, los datos que respaldan que se tiene una “causa indígena” y que permiten decidir sobre aquellas que requieren defensa especializada. Además, para esos casos, desplegar una carpeta distinta, donde sea posible registrar en forma especial las gestiones del facilitador intercultural, las entrevistas del defensor o del facilitador, o ambos, con las comunidades, etc.
- Al revisar cuál es la percepción que Imputados indígenas y miembros de las comunidades tienen de la labor de la oficina de defensa mapuche se observó que los Imputados indígenas valoran la existencia de esta entidad, pero consideran que no está cumpliendo adecuadamente con el rol de entregar defensa a imputados mapuches. Para los mapuche la situación se percibe crítica con una escasa disponibilidad de recursos entre las que destacan que hay muy pocos defensores y prácticamente, sin personal de apoyo, influye en que los procesos sean lentos, que no se hagan diligencias con antelación, como por ejemplo, peritajes en terreno, los cuales cuando se llevan a cabo se hacen mucho tiempo después; del mismo modo, se han hecho informes sociales sin visitas domiciliarias, no hay tiempo para preparar a los testigos, el defensor tiene contacto con los familiares de los imputados sólo telefónicamente, entre otros.

5.2.3 MATERIAS A DESARROLLAR

Con base en la investigación realizada por la Universidad Central se pueden identificar algunos tópicos que requieren mayor desarrollo y que proporcionan las condiciones para que la cobertura de la demanda se expanda en materia de defensa indígena, estos son:

- a) **Necesidad de una Política Institucional de Atención y Defensa Penal a Pueblos Indígenas:** El ORD N°177 de 2003 constituye un avance, pero es necesario generar lineamientos nacionales sobre el tema y realizar actividades tendientes a incorporar la pertinencia

cultural indígena en el trabajo cotidiano de la DPP. En este punto es posible integrar las siguientes medidas:

- Instalar un objetivo estratégico en las definiciones estratégicas de la DPP, tal que permita potenciar las defensas especializadas, por ejemplo: Mejorar la aplicación de garantías constitucionales y el acceso a la justicia de grupos en condición de vulnerabilidad en el país por medio de la defensa especializada.
- **Institucionalizar** un modelo de gestión que se haga cargo de los nudos críticos detectados, desde el primer contacto hasta la total tramitación de la causa indígena.
- Fortalecer las inspecciones para mejorar las defensas.
- **Fortalecer un trabajo en equipo** con una mayor llegada de los defensores y facilitadores a los lugares en que los indígenas para que estén en contacto con la gente de la comunidad.
- **Integrar en el marco de la gestión de defensa el rol de las comunidades**, porque en su concepción cuando hay un mapuche en un proceso judicial, es la comunidad la que asume su defensa. En relación al proceso judicial, la comunidad designa quiénes consiguen antecedentes y aporta a la Defensa, quiénes pueden testificar en los juicios. Para que exista ese nexo el rol del asesor intercultural es clave.

En la investigación, ya mencionada, se hacen sugerencias de mejoramiento para la oficina de defensa indígena, estas son:

- b) **Defensa no especializada y con pertinencia cultural:** Cuando las causas en que están involucrados imputados(as) indígenas no califican para defensa especializada, se requiere que la relación que establezca el defensor(a) con su cliente tenga presente su condición de indígena. El equipo investigador recomienda la realización de actividades de capacitación sobre cosmovisión, cultura y derechos de los pueblos indígenas, dirigidas a todos los defensores penales públicos, locales y licitados, sin excepción.
- c) **Implementación del Modelo de Gestión en la Región de la Araucanía:** La implementación del modelo de gestión que se está proponiendo requiere que la DPP realice una serie de ajustes a la actual Defensoría Mapuche, así como algunas decisiones a nivel regional. El equipo investigador recomienda:
 - **Exclusividad de causas** e Imputados e imputadas indígenas de la oficina de defensa penal indígena especializada.
 - **Desconcentración** de la defensa especializada y aprovechar los procesos de licitación para las zonas definidas (Collipulli y Carahue).
 - La labor de defensa especializada para indígenas requiere que el equipo se relacione y visite las comunidades a que pertenecen los imputados(as), esto plantea la necesidad de **contar con medios de traslado**, no solo para las audiencias, sino durante todo el proceso.
 - En relación a los funcionarios de la Defensoría Local Mapuche, es necesario asegurarse de que exista **coherencia entre sus nombramientos y grados** con las funciones que desempeñan (el facilitador intercultural tiene un nombramiento a contrata de administrativo aunque él se desempeña como facilitador intercultural y posee un título técnico).
 - Respecto de los registros y la evaluación de la gestión, se requiere que el **SIGDP incorpore información pertinente** para la defensa especializada (ver anexos), de manera que se pueda contar con reportes que permitan efectuar las mediciones

específicas y visibilizar la defensa especializada que se realiza. En el intertanto, se pueden utilizar registros manuales. Los datos mínimos a incorporar son: imputado indígena (criterio usado para ello), etnia (las reconocidas por el Estado de Chile), causa indígena (con las variables que define el modelo), defensa especializada (sí y no).

- **Módulos de capacitación** específica en estos temas, a incorporar en los Planes Institucionales de Capacitación (ver ANEXO N°5).

Conviene destacar que la sugerencia del punto c relativa a la implementación del Modelo de Gestión en la Región de la Araucanía (**Exclusividad de causas e Imputados e imputadas indígenas de la Defensoría Especializada**), resulta adecuada para las regiones en que se cuenta con una oficina especializada, como es el caso de la región de la Araucanía. Sin embargo, no es exigible para la alternativa que funciona con defensor especializado de una oficina de defensa local no especializada. Lo anterior se debe a que las oficinas de defensa penal indígena especializadas que atienden solo causas indígenas e imputados indígenas, presentan problemas de costo, traslado y oportunidad, y cuya solución exige recursos financieros, humanos y materiales que hacen que no sea aplicable en todas las regiones. Como se aprecia, todas esas condiciones de la oficina de defensa penal indígena obstaculizan seriamente su expansión a nivel nacional para cubrir la demanda de todos los imputados de causas indígenas. Por esa razón, aún cuando el modelo que se propone en este documento toma mucho del aporte del estudio de la universidad, difiere de aquel proponiendo modalidades complementarias y alternativas a la oficina de defensa especializada exclusiva para generar mayor capacidad de operación solucionando las dificultades de las oficinas especializadas exclusivas.

La defensa penal especializada indígena se trata de un derecho judicialmente exigible tal como se señala en la Parte I capítulo 1 apartado 1.1.7, en consecuencia la disponibilidad económica no puede quedar condicionando la prestación, por lo tanto ello hace necesario elaborar un modelo que permita la prestación de defensa especializada desde un punto de vista económico, pero además establece que no es discrecional la decisión de prestar defensa especializada a los imputados indígenas sino obligatorio para las regiones, sobre todo cuando se trata de hacer accesible la justicia a grupos y personas vulnerables tal como se establece en los estándares internacionales.

5.3 DEFINICIONES DEL MODELO DE DEFENSA PENAL INDIGENA APLICABLES EN EL MODELO GENERAL DE DEFENSA MAPUCHE

El mismo estudio en referencia, desarrolla una serie de presiones técnicas que son de mucha importancia en el nuevo modelo de defensa penal indígena y que constituyen un llenado de elementos no suficientemente definidos en el ORD N°177 de 2003 y que serán utilizados en el modelo general de defensa penal indígena. En lo que sigue se reproduce de manera resumida, esa parte del estudio.

El Imputado indígena que acude a una institución demandando un servicio es porque requiere resolver un problema. El desafío es otorgar el servicio que lo resuelva completamente, lo que significa brindar lo que realmente requiere el Imputado indígena (pertinencia), cuándo lo requiere (oportunidad), dónde lo requiere (acceso) y al menor costo posible en dinero, tiempo y esfuerzo (eficiencia). Cuando se logra cumplir con estos atributos, se está entregando al Imputado indígena el valor deseado (proceso de satisfacción).

Lo anterior implica para la institución invertir tiempo en conocer al Imputado indígena y sus circunstancias, entender realmente el problema para ofrecer una solución atinente y adecuar sus procesos en función del valor deseado por su cliente.

La Defensoría Penal Pública tiene como misión “proporcionar defensa penal de alta calidad profesional a las personas que carezcan de abogado por cualquier circunstancia, velando por la igualdad ante la ley, por el debido proceso y actuando con profundo respeto por la dignidad humana de los representados.” Su objetivo central es “prestar defensa penal a toda persona imputada de un delito o falta que lo requiera”.

Como se puede observar, los clientes genéricos de la institución son personas imputadas de un delito o falta que lo requieran.

Un segmento de los Imputados de la DPP corresponde a personas pertenecientes a los pueblos indígenas, que constituyen el elemento fundamental de esta propuesta.

5.3.1 ¿QUIÉNES SON LOS IMPUTADOS INDÍGENAS?

Los pueblos indígenas generalmente forman parte de la población mundialmente más discriminada y vulnerable. Tienen una esperanza de vida menor, mayores tasas de mortalidad materna e infantil, menos acceso a servicios de salud, mayores tasas de desempleo, menos años de educación y menor acceso a educación y capacitación vocacional que los promedios nacionales, situación que se agrava tratándose de mujeres y niños⁴⁰⁸. Las primeras, quienes sufren una triple discriminación en razón de ser mujeres, indígenas y pobres, están “en peor situación que los hombres indígenas y las mujeres no indígenas en términos de niveles de pobreza, acceso a educación, recursos económicos y de salud, participación política y acceso a la tierra, entre otros asuntos”⁴⁰⁹

Estas condiciones de marginación y exclusión social han sido consideradas al momento de configurar el derecho de acceso a la justicia de los pueblos indígenas. Las circunstancias sociales y económicas descritas unidas a la discriminación étnica de las que suelen ser objeto, hacen que presenten mayores dificultades para “ejercitar con plenitud ante el sistema de justicia los derechos reconocidos por el ordenamiento jurídico”, y de allí que se considere que los indígenas son personas en condición de vulnerabilidad.⁴¹⁰

Al respecto, las Reglas de Brasilia sobre acceso a la justicia de las personas en condición de vulnerabilidad⁴¹¹ señala que:

“Las personas integrantes de las comunidades indígenas pueden encontrarse en condición de vulnerabilidad cuando ejercitan sus derechos ante el sistema de justicia estatal. Se promoverán las condiciones destinadas a posibilitar que las personas y los pueblos indígenas puedan ejercitar con plenitud tales derechos ante dicho sistema de justicia, sin discriminación alguna que pueda fundarse en su origen o identidad indígenas.

⁴⁰⁸ Especial consideración se debe tener respecto a los derechos de las mujeres que como se ha señalado sus derechos se encuentran reconocidos en diversos instrumentos internacionales, específicamente en: Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas, Artículo 44; Convenio No. 169 de la OIT, Artículo 3, Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, Artículo 2; Declaración de Beijing, Artículo 32; Plataforma de acción de Beijing, Artículo 34.

⁴⁰⁹ Directrices sobre los Asuntos de los Pueblos Indígenas. Grupo de Naciones Unidas para el desarrollo. Naciones Unidas. Febrero de 2008.

⁴¹⁰ “Podrán constituir causas de vulnerabilidad, entre otras, las siguientes: la edad, la discapacidad, la pertenencia a comunidades indígenas o a minorías, la victimización, la migración y el desplazamiento interno, la pobreza, el género y la privación de libertad. La concreta determinación de las personas en condición de vulnerabilidad en cada país dependerá de sus características específicas, o incluso de su nivel de desarrollo social y económico”. Sección 2ª.- Beneficiarios de las Reglas.1.- Concepto de las personas en situación de vulnerabilidad. Reglas de Brasilia sobre acceso a la justicia de las personas en condición de vulnerabilidad (Año 2008).

⁴¹¹ Cumbre judicial iberoamericana. Documento presentado por el grupo de trabajo a la tercera reunión preparatoria. Andorra, 4 al 8 de febrero de 2008. Estas reglas desarrollan los principios recogidos en la “Carta de Derechos de las Personas ante la Justicia en el Espacio Judicial Iberoamericano” (Cancún 2002), apartados 23 a 34 relativos a “Una justicia que protege a los más débiles”. En su generación participaron las principales redes iberoamericanas de operadores y servidores del sistema judicial: la Asociación Iberoamericana de Ministerios Públicos, la Asociación Interamericana de Defensorías Públicas, la Federación Iberoamericana de Ombudsman y la Unión Iberoamericana de Colegios y Agrupaciones de Abogados.

Los poderes judiciales asegurarán que el trato que reciban por parte de los órganos de la administración de justicia estatal sea respetuoso con su dignidad, lengua y tradiciones culturales...”

Por definición, los Pueblos Indígenas constituyen entidades diferenciadas culturalmente del resto de la población. Tanto el Convenio 169 de la OIT, la Declaración sobre Pueblos Indígenas de Naciones Unidas, como las definiciones doctrinarias elaboradas por Martínez Cobo⁴¹² y el Grupo de Trabajo sobre Poblaciones Indígenas de Naciones Unidas, son concordantes en señalar sus rasgos diferenciadores, y que constituyen elementos que toda defensa deben considerar:

- son entidades preexistentes al momento de la conquista o la colonización o del establecimiento de las actuales fronteras estatales⁴¹³.
- la prioridad en el tiempo por lo que respecta a la ocupación y el uso de determinado territorio.
- conservación de sus propias instituciones sociales, económicas, culturales, políticas, jurídicas, o parte de ellas. Comprenden : idioma, la organización social, religión y valores espirituales, cosmovisión, modos de producción, derechos indígenas, instituciones y formas de vida en general
- experiencia de sometimiento, marginación, desposeimiento, exclusión o discriminación, independientemente de que estas condiciones persistan o no.
- conciencia de la propia identidad y reconocimiento por otros grupos, o por las autoridades estatales, como una colectividad distinta.⁴¹⁴

5.3.2 ¿QUÉ SERVICIOS REQUIEREN LOS IMPUTADOS INDÍGENAS DE LA DEFENSORÍA PENAL PÚBLICA?

Lo primero es que los Imputados indígenas requieren una defensa pertinente. El adjetivo “pertinente” está dado por el conocimiento por parte de los defensores, del contexto cultural de las personas defendidas. Como los señala el Art. 10 del Convenio 169 de la OIT, deben tomarse en cuenta las características económicas, culturales y sociales indígenas cuando se impongan sanciones penales. “Esto es de vital importancia en la argumentación que debe hacer un defensor público o cualquier defensor en un caso penal, ha sido una constante de que no se invoquen estas características. Eso hace que las personas indígenas puedan tener una defensa apropiada a esas características. Un defensor, fiscal o juez debe investigar plenamente o cerciorarse de esas características para poder dar mayor efectividad a su labor a favor de la justicia”⁴¹⁵

Los rasgos diferenciadores de las culturas indígenas implica que los defensores:

- En la construcción de alegaciones y defensas, tomar en consideración los rasgos diferenciadores de las culturas indígenas y la índole de los problemas que se plantean tanto colectiva como individualmente.
- Respeten la integridad de valores, cosmovisiones, prácticas e instituciones, aún cuando éstas no coincidan con las estrategias de defensa elaboradas por el defensor.
- Adopten mecanismos destinados a garantizar que los representados puedan comprender la información que se les proporciona, las estrategias de la defensa y los alcances e implicancias que los procedimientos legales tienen en la esfera de sus derechos individuales y para su comunidad y cultura.
- Busquen y adopten las medidas necesarias para que los representados puedan

⁴¹² Study of the Problem of Discrimination against Indigenous Populations (E/CN.4/Sub.2/1986/7).

⁴¹³ Convenio No. 169 de la OIT, Artículo 1, subsección 2

⁴¹⁴ Cabe puntualizar que el Artículo 33 de la Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas reconoce el derecho de los pueblos indígenas a decidir sus propias identidades y procedimientos de pertenencia.

⁴¹⁵ Tiu, Romeo. Ob.Cit.

comprender y hacerse comprender en los procedimientos legales en su propio idioma, facilitándoles si fuere necesario, intérpretes u otros medios eficaces.

- Consideren, en el desarrollo de la defensa, el especial significado, dignidad y rol de las autoridades tradicionales o representantes culturales de la comunidad, así como los protocolos que deben guiar las formas de relacionarse con ellos.
- Tengan especial consideración con las mujeres indígenas quienes en su calidad de imputadas o víctimas suelen estar en mayor desventaja que los hombres.
- Refuercen sus estrategias de defensa utilizando los instrumentos jurídicos internacionales destinados a reconocer y garantizar los derechos culturales, la libertad de expresión, conciencia y religión. Así también, el derecho que tiene el defendido o su comunidad de profesar su religiosidad o creencias, de manera individual o colectiva, durante todo el transcurso del proceso de defensa.
- Propicien la resolución de conflictos dentro de la comunidad, a partir de las formas propias de resolución de controversias, así como la armonización de los sistemas de administración de justicia estatal e indígena basada en el principio de respeto mutuo y de conformidad con las normas internacionales de derechos humanos. Ejemplo de ello podría ser la búsqueda de acuerdos reparatorios, dirigidos a someter la controversia ante las autoridades tradicionales, o en los procedimientos abreviados.

Unido a lo anterior, un aspecto relevante en este servicio pertinente es la relación entre el defensor penal y su defendido indígena es el reconocimiento del otro como un otro legítimo. En un modelo de Defensa Penal para los Mapuche, que considera la **interculturalidad** en su acción, los elementos formales, técnicos y/o jurídicos del proceso judicial no representan necesariamente el mismo significado que en un proceso donde esta diferencia no existe. No se trata solamente de generar la mejor traducción lingüística entre defensores e imputados, sino de encontrar los puentes o nexos que permitan la comprensión mutua y los acuerdos referentes a la preparación y ejercicio de la defensa.

La consulta a los interesados, es decir, a representantes del pueblo mapuche, sobre esta materia permitió identificar los siguientes tópicos que se debe tener presente en la relación del defensor y su defendido:

- a. **Saludos y conocimiento mutuo:** Para la cultura mapuche el protocolo de saludo o Pentukun⁴¹⁶ entre dos personas que se encuentran es sustantivo, permite demostrar el respeto mutuo, relevar la dignidad de la persona y establecer un piso básico de confianza. En este sentido el Lonko Víctor Marilao señala:

“El abogado también debe conocer y respetar el pentukun, nuestro protocolo al saludar” (lonko)

En el caso del contacto del equipo de la defensoría con sus defendidos, o bien, con la comunidad, el respeto y apego a esta tradición puede facilitar la participación de los testigos e imputados en la recopilación de antecedentes y en el proceso judicial. Resulta relevante, en consecuencia, la presentación personal del abogado o el facilitador durante este protocolo.

- b. **Respeto a las Autoridades tradicionales:** La organización social mapuche conserva sus formas jerárquicas tradicionales. Cada uno de los representantes de la comunidad tiene un rol adscrito, el cual debe ser respetado; durante el proceso penal no puede obviarse esta jerarquía. Es importante saber quién es la persona que el defensor tiene como interlocutor y qué representa para su comunidad. Especialmente, si el imputado es una autoridad tradicional, esta condición debe ser reconocida y valorada por el equipo de la defensoría.

En este sentido los entrevistados manifiestan:

⁴¹⁶ Ver acápite de cosmovisión mapuche

“A un lonko no se le puede tratar como cualquier mapuche, a mí se puede tratar como cualquiera, porque soy un werken, pero al lonko se le tiene que tratar de otra manera si está acusado de algo. No es lo mismo, tiene que ser otro respeto, otro sistema, el lonko es como hablar con un presidente, no es hablar con cualquier persona, al werken se le da la vocería, pero él tiene que tener la sabiduría”. (werken)

“Falta la parte principal que conozcan el problema como defender a un mapuche; conocer al lonko, conocer su condición defenderlo como autoridad no como un imputado”. (lonko)

Las autoridades tradicionales representan para el pueblo mapuche la fuente de sabiduría y cohesión social y espiritual. Algunas de estas autoridades son: Ngenpin, Lonko, Machi, Weupife, Dúngumochife, Werken⁴¹⁷

- c. **Conocer los Ritos:** La espiritualidad de la cultura mapuche se expresa en los ritos y ceremonias ancestrales que se conservan y practican hasta nuestros días. La religiosidad es parte del ser mapuche, a diferencia de la cultura judeo-cristiana, ésta no está reservada al ejercicio privado de los sujetos, sino que es parte constitutiva de la vida cotidiana de una comunidad. Como otras culturas indo americanas, los ritos y rogativas están destinadas a convocar a los espíritus de la naturaleza que interactúan en forma permanente en la vida del mapuche. Estos ritos le otorgan sentido e identidad en el seno de su comunidad.

Esta centralidad de elemento espiritual en la cosmovisión mapuche, no puede estar ausente como parte de la relación con los defendidos.

“Nosotros hacemos ngenmagun, antes de salir en la mañana, muchas veces eso en los tribunales se ve como atropellando, que se ha visto agresivo, porque nosotros aparecemos con nuestra vestimentas, cuando algunas veces nos paramos afuera y realizamos un ngenmagun, pero eso es mirado como raro”. (Werken)

“El abogado defensor debe conocer la cosmovisión mapuche, debe entender nuestra cultura” (Imputado).

Para la preparación de la defensa adecuada es necesario interiorizarse de los ritos y prácticas religiosas de las comunidades a las cuales pertenecen los defendidos, la cual puede proveer de información valiosa, que se traduce en argumentos para la invocación de costumbre o para comprender el sentido de la acción de los sujetos.

- d. **Uso de la lengua propia:** La conservación de las culturas originarias de América en el tiempo depende, en gran medida, de la mantención de su lengua como vehículo principal de comunicación entre las personas. Aunque no hay acuerdo entre los entrevistados sobre cuán indispensable es el uso de la lengua mapudungun, ésta es un elemento significativo para realizar una buena comunicación entre el defensor y defendido, así como con la comunidad en la que se inserta. Varios de los entrevistados reconocieron que la dificultad que representa la traducción en los juicios es un factor determinante en el desarrollo y resultados del proceso penal. En este sentido la intervención del facilitador intercultural como intérprete es fundamental.

“Yo creo que si no estuviera Horacio la gente estaría perdida, porque el mapudungun se necesita, hay gente que ni siquiera sabe hablar el wingka, nada, nada y así como los embaucan” (Werken)

“Cuando se trata de hermanos y hermanas que hablan mapudungun, deben ser defendidos usando el mapudungun porque se expresan realmente como sienten; pueden hablar en español, pero no es lo mismo, la mejor forma es expresándose en mapudungun. Si el abogado no sabe mapudungun debe tener alguien que le ayude, un intérprete, un traductor” (Imputado)

- e. **Relaciones de Confianza/Desconfianza:** La experiencia que han tenido los dirigentes, y el pueblo mapuche en general, en relación a la justicia, ha generado un alto grado de desconfianza frente a la institucionalidad. Manifiestan que son perseguidos por la justicia y que no creen que los tribunales chilenos tengan un sentido de imparcialidad hacia las causas en donde participan mapuches. En este contexto, establecer lazos de confianza con el defendido y con su comunidad es una labor que lleva algún tiempo y maduración de las relaciones. Para un

⁴¹⁷ Ib idem

imputado mapuche no es suficiente que un abogado se presente como el defensor que pone el Estado. Es necesario conocerlo y saber que será bien defendido. Algunos de los entrevistados nos relatan sus experiencias:

“A mí se me han presentado abogados y yo les digo no po, por qué tiene que defenderme usted, si usted no me conoce a mí, usted no conoce mi situación como yo vivo, usted no sabe la lucha que yo estoy dando” (werken)

“Nosotros pedimos ser defendidos por la Defensoría Mapuche, ya que los conocemos y llevan tiempo defendiendo a los hermanos de Temuicui” (imputado)

“Qué es lo que entiende en definitiva una comunidad, que aquí hay un rechazo al modo que nosotros hayamos existido, el hecho que existamos les molesta al poder judicial, o en este caso traspasa las paredes del poder judicial y entra más profundamente en un contexto de Estado” (werken)

- f. **Participación de la comunidad:** La participación de la comunidad en el proceso es relevante para conseguir la confianza y el apoyo de ésta en la preparación de la defensa. El trabajo conjunto del equipo de la defensoría y la comunidad puede ser un factor decisivo en el resultado del proceso. Si bien, es a través de peritajes como se puede acreditar costumbre, es la comunidad quien aportará la información necesaria para generar un argumento pertinente en materia de uso y costumbre. Por otro lado, también es menester ponderar que los defendidos que viven en una comunidad, mantienen un vínculo estrecho con sus hermanos; este vínculo define el contexto de su acción. Al respecto los entrevistados señalan que:

“Cuando hay una persona de la comunidad en un proceso judicial, es la comunidad la que asume ser la defensa, esa comunidad designa personas que van a llevar el caso, llevar a conseguir los antecedentes que permitan absolver a esta persona y por un lado también permiten ver la realidad sobre la que se está haciendo”. (Werken)

“La defensoría en un momento tiene que asumir o lo ha asumido, que la comunidad ha hecho gran parte del trabajo de la defensa. Y eso no sólo se ve desde el punto de vista de conseguir antecedentes sino del punto de vista también cultural, espiritual. Creo que ahí es un elemento fundamental”. (Werken)

- g. **Conocer la historia del conflicto:** Los procesos penales por los que son acusados los mapuches, y especialmente sus dirigentes y líderes, están inscritos dentro de la demanda de tierras ancestrales. Desde la perspectiva de los dirigentes, no se trata de delitos comunes aislados, sino de hechos que son parte de una lucha política y social que mantiene el pueblo mapuche frente al Estado. De esta forma lo expresan los entrevistados:

“Hay que hacer una diferencia tremenda entre aquéllos que han caído en un proceso judicial por un contexto de lucha y de reivindicaciones sociales, políticas, territoriales a diferencia de que pueden existir también dentro de una comunidad hechos delictuales, donde ahí no va a existir el mismo apoyo colectivo de la comunidad”. (Werken)

Esto no implica tomar partido en la disputa política, pero sin duda es una referencia necesaria para comprender la situación de la población mapuche en la zona de la Araucanía.

- h. **Rol del facilitador:** La existencia del facilitador intercultural es considerada como esencial en los procesos penales. El rol que éste desempeña, no sólo en la función de traducción, sino como un apoyo para los imputados, parece ser muy relevante a la hora de definir cuáles son los elementos centrales en el trabajo de la defensoría penal. Contar con un hermano (peñi) que conozca la institución genera confianza y credibilidad en el ejercicio de la defensa. Se valora la participación del facilitador en el proceso y la posibilidad de que éste sostenga un contacto permanente con la comunidad. Al mismo tiempo, se considera necesario que el facilitador tenga conocimientos jurídicos y pueda orientar adecuadamente a los defendidos. En un perfil ideal, se esperaría que la labor de facilitador la ejerciera un mapuche, hablante de mapudungun (peñi), con estudios jurídicos, ya sea profesional o técnico

“Eso perfectamente lo puede hacer alguien que tenga conocimiento técnico-jurídico y el conocimiento cultural y tradicional de cómo comunicarse con la gente de la comunidad, si el elemento de confianza es fundamental. Entonces el acercamiento de una persona que se vincule con la comunidad, y la vinculación con la comunidad va a permitir una confianza mutua, entre el equipo de defensores y en este caso, el representado”. (Werken)

- i. **Compromisos de veracidad, exactitud en la información:** El se inaugura el nuevo procedimiento penal en la región de la Araucanía. Sin embargo, pasada una década de su implementación, aún no es conocido por la población en general y, en particular, por mucho de los mapuches que se ven involucrados en procesos penales. El defensor debe entregar la información exacta y que sea comprendida por su defendido.

“Hoy día a nosotros nos llevan a un tribunal que no es nuestro, nos están juzgando con leyes en las que nosotros no creemos, nos están haciendo parte de un sistema penal que con suerte algunos entendemos un poco medianamente, pero en el que no encajamos ni culturalmente, ni socialmente” (werken)

En particular, en el caso de una defensa penal mapuche, es necesario considerar que las barreras culturales e idiomáticas dificultan este proceso. Los entrevistados han manifestado la falta de comunicación con sus defensores. En algunos casos se percibe una sobrecarga de trabajo en la defensoría penal mapuche y en otros, por falta de voluntad de otros defensores. Como ejemplo, observemos las opiniones recogidas:

“Faltó mayor comunicación con nosotros y con la comunidad, con nuestros testigos. Faltó que se hubiera podido preparar la defensa el abogado en conjunto con nosotros y con nuestros testigos. Que nos hubiéramos juntado todos y prepararnos a nosotros y a nuestros testigos de cómo responder, de qué responder cuando preguntara el fiscal y el juez; pero no hubo nada de eso” (Imputado)

“Aun está pobre. Le cuesta, o también están topados de tiempo que no le alcanza, no le da, están sobrecargados con trabajo, uno lo ve. Un defensor no está exclusivamente para defender a un weichafe, a un lonko; no va haber nunca una defensa buena” (lonko)

- j. **Autonomía y libertad para decidir el curso del proceso y las salidas alternativas:** Al igual que la entrega de información veraz y oportuna es condición de la relación entre defensor y defendido, la decisión del curso del proceso, de las salidas alternativas o de juicio simplificado, no puede prescindir de la participación del defendido, del interesado. Es función del defensor precisar y dar a entender con exactitud las implicancias de cada decisión que se puede adoptar en el desarrollo del proceso penal. Entre los entrevistados se detectó una cierta insatisfacción con los resultados del proceso en este sentido, debido a que no se logra dar a entender a cabalidad el significado de cada una de dichas figuras legales; lo cierto es que caso a caso puede variar la expectativa de cuál es, a criterio del defensor, el mejor resultado posible. Sin embargo, es necesario respetar la autonomía del sujeto y su libertad de optar por una u otra alternativa propuesta.

5.3.3 LAS CAUSAS INDÍGENAS

Otro factor a considerar lo constituyen los tipos de causas en que están involucrados los imputados e imputadas indígenas y la complejidad de éstas, tanto desde el punto de vista judicial como cultural. En ese contexto, es conveniente diferenciar entre aquellas causas en que el imputado o imputada es indígena, pero se trata de un caso común, y en las que se vean involucrados los derechos reconocidos a los pueblos indígenas en la normativa internacional, tales como el Convenio 169 de la OIT y la Declaración de Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas. Consultados los Imputados indígenas de la Defensoría Mapuche sobre este tema, señalaron:

Tendrían que ser las que son acusadas por terrorismo, incendio, abigeato que se está haciendo muy común por los fiscales y por cualquier causa que está siendo perseguido un lonko, un mapuche. Cuando uno siente persecución ya sabe que si o si lo van a agarrar y lo van a encerrar, ahí tendría que estar ese defensor exclusivo. (lonko, Imputado indígena)

Los mapuche que están en recuperaciones. De repente al mapuche lo acusan de hurto en las mismas comunidades que están en conflicto y los winkas, para acusar al mapuche, le acusan que roba animales, los mismos usurpadores. De repente se pelean los hermanos, a chancacazo limpio en una riña, pero no es una riña, porque eso viene arrastrando el mismo conflicto de tierras. Si es por un robo, por una violación, el mapuche debería ser atendido en la común... (werken, Imputada indígena)

A partir de ello, las causas indígenas serán estas últimas, es decir, aquellas en que:

- Atendida la naturaleza de la imputación, se destaquen cuestiones culturales relevantes para la resolución del caso, en que la cosmovisión e identidad sea un aspecto determinante.
- Atendida la naturaleza de la imputación, se destaquen cuestiones relevantes para la resolución del caso, en que el derecho indígena sea un aspecto determinante.
- El imputado es una autoridad tradicional indígena.
- Se trata de un conflicto entre indígenas.
- Se trata de hechos que se derivan de manifestaciones relacionadas con reivindicaciones culturales, y/o derechos territoriales.
- El imputado indígena vive en una comunidad y su idioma materno es indígena.
- El imputado indígena no se comunica o comprende adecuadamente el idioma español.
- Si el imputado no consiente en ser atendido por un defensor especializado, la causa no será considerada como causa indígena

Esta diferenciación permite identificar respuestas distintas de la DPP para cada tipo de causa:

- **Para las causas indígenas**, se requerirá una defensa especializada, lo que implica contemplar aspectos culturales y jurídicos específicos, por lo tanto, quienes participan en la defensa deben contar con competencias especiales.
- **Para las causas comunes con imputados indígenas**, se considera una defensa común en lo judicial, pero la relación con el imputado o imputada, debe contemplar un enfoque cultural y de género.

5.3.4 NECESIDADES DE LA DEFENSA ESPECIALIZADA PARA INDÍGENAS

Facilitación Intercultural y peritajes constituyen dos importantes recursos con los que cuentan las Defensorías Indígenas tomando en consideración que en la mayor parte de los casos ni los defensores ni los operadores del sistema penal son indígenas, y desconocen sus idiomas y culturas.

En general podría decirse que la mayor barrera que deben superar los defensores en general, y los indígenas en particular es la cultural, que es vital para realizar una defensa eficiente. Otra barrera que deben enfrentar las Defensorías es la situación de pobreza y extrema pobreza en que viven los indígenas lo que les dificulta el acceso a los servicios jurídicos considerando el factor aislamiento o largas distancias, con el correlativo costo financiero que ello conlleva, y que tienen por resultado una menor participación en los procesos de defensa y colaboración probatoria, así como en la decisión de continuar adelante con sus casos. Las medidas que se han diseñado en el ámbito de los procesos judiciales donde conviven diferentes culturas dicen relación con:

- Abogados y/o defensores Indígenas o defensores con especialización en culturas e idiomas indígenas, incorporando la variable género, la contratación de mujeres defensoras para la atención de mujeres indígenas.
- Facilitadores interculturales: mediadores sociales interculturales, conciliadores, facilitadores judiciales. La facilitación intercultural se manifiesta en diversas formas. En España existe el mediador social intercultural cuyo trabajo es apoyar a los profesionales de la intervención social, facilitando la comunicación entre los Imputados indígenas y los profesionales, facilitar el acceso a los recursos a la población de origen extranjero y colaborar en el proceso de construcción del proyecto

migratorio. En Chile, el Art. 55 de la Ley 19.253 establece la conciliación en materias de conflictos de tierras, función que ha sido ejercida por abogados no indígenas designados por el Director de la Corporación de Desarrollo Indígena.

- El rol que desempeña del facilitador intercultural no es sólo la función de traducción. La traducción implica “el cambio de registro literal que se hace de una lengua a otra, hace referencia a la traducción estrictamente lingüística que se realiza en forma oral o escrita. No se trata de traducir palabras, sino de explicar significados.”
- Traductores interpretes indígenas/ no indígenas especializados culturalmente. En cuanto al régimen jurídico de utilización de las lenguas indígenas ante los Tribunales, tanto la Convención Americana como el Pacto de Derechos Civiles y Políticos establece el derecho de toda persona acusada de un delito a ser informada sin demora en un idioma que comprenda, a ser asistida por un intérprete, si no comprende o no habla la lengua utilizada en el Tribunal. Estos derechos son recogidos en el Convenio 169 de la OIT y en la Declaración de las Naciones Unidas, extendiendo la obligación para los estados de proporcionar a los pueblos indígenas servicios de interpretación u otros medios adecuados para entender y hacerse entender en las actuaciones políticas, jurídicas y administrativas.
- En Latinoamérica se ha legislado sobre este derecho. En el caso de Bolivia, el Estado debe proveer de un traductor cuando la lengua materna en el proceso judicial no sea el castellano, garantía recogida en el nuevo Código de Procedimiento Penal que establece el derecho a un intérprete o traductor. En Guatemala este derecho está consagrado en el Art. 243 del Código de Proceso Penal. Los actos procesales deben realizarse en idiomas indígenas y traducidos al español simultáneamente. Las actas y resoluciones se redactarán en ambos idiomas. En Chile el Código Procesal Penal en su artículo 291 inc. 3 establece que “quienes no pudieren hablar o no lo supieren hacer en el idioma castellano, intervendrán por escrito o por medio de intérpretes”.
- Peritos especializados en ámbitos de la cultura indígena (historia, tradiciones, derecho indígena, sistemas económicos, sociales o políticos). Los peritajes especializados como estudios antropológicos, históricos, culturales, sociológicos, y los informes de integrantes de las comunidades indígenas, tienen por objeto asesorar en la etapa de investigación como al juez en la elaboración de la sentencia.

PARTE III

**MODELO GENERAL DE DEFENSA PENAL
INDIGENA**

PRESENTACIÓN

En esta parte se reformula la propuesta elaborada por el equipo de investigadores de la Universidad Central que inicialmente se presentó para la defensa penal mapuche. En esta parte, se utilizan como insumos la investigación ya mencionada, el estudio de defensa penal indígena realizado por el Departamento de Estudios de la DPP, la propuesta de expansión de defensa penal indígena 2011 presentado a DIPRES, las observaciones al estudio de la Universidad Central realizadas en el taller de validación de Temuco entre el 25 y 26 de octubre de 2010. En este último, se recibió el aporte crítico de destacados miembros de comunidades mapuche (acción que corresponde hacer con representantes de otras etnias) y de funcionarios de la Defensoría Penal Pública. En esta parte, se ha tenido una particular consideración con las restricciones presupuestarias observadas en el sistema de financiamiento estatal, hecho que ha demandado ampliar las alternativas organizacionales asociadas a la ejecución del modelo general de defensa penal indígena para otorgarle una mayor flexibilidad de instalación y expansión en las regiones del país.

Capítulo 1 DISEÑO

A continuación se presenta el de Modelo de Defensa Penal para pueblos originarios, este se encuentra diseñado para ser adaptado en la ejecución de este servicio en cada pueblo indígena conforme se implemente la defensa penal para imputados indígenas en las regiones del país.

1.1. DEFINICIONES ESTRATÉGICAS DEFENSORÍA PENAL PÚBLICA

1.1.1. MISIÓN INSTITUCIONAL DEFENSORÍA PENAL PÚBLICA

Proporcionar defensa penal de alta calidad profesional a las personas que carezcan de abogado por cualquier circunstancia, velando por la igualdad ante la Ley, por el debido proceso y actuando con profundo respeto por la dignidad humana de nuestros representados”.

1.1.2. OBJETIVOS ESTRATÉGICOS DEFENSORÍA PENAL PÚBLICA

- a) Asegurar la cobertura nacional del servicio de defensa penal pública a través de defensores locales institucionales y defensores licitados.
- b) Asegurar la calidad de las prestaciones del servicio de defensa penal pública, a través de los instrumentos de apoyo y control a la gestión de defensa.
- c) Fortalecer la difusión de la labor de la Defensoría Penal Pública a la comunidad, en el marco de la Reforma Procesal Penal y del nuevo Sistema de Justicia Criminal Adversarial.

1.1.3. MATRIZ DE DEFINICIONES ESTRATÉGICAS PARA LA DEFENSA PENAL ESPECIALIZADA PARA PUEBLOS ORIGINARIOS

DEFINICIÓN	ENUNCIADO
Finalidad	Contribuir a mejorar la aplicación de garantías constitucionales y el acceso a la justicia de grupos en condición de vulnerabilidad en el país, en particular de los miembros de pueblos originarios por medio de la provisión de servicios de la DPP.
Propósito	Imputados indígenas conocen y ejercen sus derechos por medio de la defensa penal especializada.
Población	Población Potencial: La población potencial del Programa son los “imputados/as y condenados/as pertenecientes a pueblos indígena”.
	Población Objetivo: La Población Objetivo son los “imputados/as pertenecientes a un pueblo indígena”.
Focalización	Son criterios para determinar la pertenencia a un pueblo originario y la prestación de la defensa especializada: 1.- Es parte de un pueblo originario si cumple con alguna de las siguientes alternativas: • Autodefinición de indígena • Si tiene un documento que acredite su calidad indígena. • Si el imputado tiene uno o los dos apellidos indígenas. • Si el Imputado o imputada indígena se comunica naturalmente con la lengua indígena. • Si el Imputado o imputada indígenas declara pertenecer a alguna comunidad u organización indígena. 2.- Causa de pueblo indígena: El defensor local o licitado, una vez identificado el Imputado e imputada indígena, debe determinar si se trata de una causa de pueblo indígena⁴¹⁸, es decir, aquellas en que se cumpla alguna de las siguientes condiciones: • Atendida la naturaleza de la imputación, se destaquen cuestiones culturales relevantes

⁴¹⁸ Aquellas en que están involucrados los derechos reconocidos en la normativa internacional, tales como el Convenio 169 de la OIT y la Declaración de Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas

DEFINICIÓN	ENUNCIADO
	para la resolución del caso, en que la cosmovisión sea un aspecto determinante. • Atendida la naturaleza de la imputación, se destaquen cuestiones relevantes para la resolución del caso, en que el derecho indígena sea un aspecto determinante. • El imputad(a) o es una autoridad tradicional indígena. • Se trata de un conflicto entre indígenas. • Se trata de hechos que se derivan de manifestaciones relacionadas con reivindicaciones culturales, y/o derechos territoriales. • El imputado indígena vive en una comunidad y su idioma materno es indígena. • Si el Imputado es reconocido como parte por una comunidad u organización indígena. Los imputados que cumplen solo con el Número 1 no constituyen causa indígena pero serán defendidos por un defensor especializado.
Criterio de selección	El Modelo no considera mecanismos de selección dentro de la población definida como objetivo ⁴¹⁹ .

DEFINICIÓN	ENUNCIADO
Componentes	1.- Servicio de defensa especializada a imputados e imputadas de pueblos originarios. Los imputados e imputadas indígenas reciben una defensa penal especializada de calidad que cautela la no afectación de los derechos de los pueblos indígenas.
	2.- Promoción de derechos de imputados e imputadas conforme a su pertenencia a un pueblo originarios.
	3.- Promoción del uso de mecanismos tradicionales de resolución de conflictos, cuando ambas partes son indígenas.
	4.- Desarrollo de un referente técnico institucional respecto de la defensa penal a los pueblos originarios

Los indicadores y cuentas que siguen serán parte de un proceso de evaluación y de cuyo resultado se podrán realizar cambios en los indicadores para mejorar la capacidad de información que proporciona cada uno de ellos.

ENUNCIADO DEL OBJETIVO	NOMBRE INDICADOR	FÓRMULA DE CÁLCULO	MEDIOS DE VERIFICACIÓN	SUPUESTOS
FIN: Contribuir a mejorar la aplicación de garantías constitucionales y el acceso a la justicia de grupos en condición de vulnerabilidad en el país, en particular de los miembros de pueblos originarios por medio de la aplicación del modelo de defensa penal indígena de la DPP.	Porcentaje de Defensorías Regionales que proporcionan defensa penal indígena con base en el modelo de defensa penal indígena respecto del total de Defensorías Penales Regionales.	$\left(\frac{\text{Número Defensorías Penales Regionales que prestan de defensa penal indígena con base en el modelo de defensa penal indígena}}{\text{Número Defensorías Penales Regionales}} \right) * 100$	SIGDP.	Existe una política nacional sobre defensa especializada indígena incorporada en el modelo general de defensa penal indígena debidamente sancionada por el Defensor Nacional con una resolución que lo aprueba. Existe financiamiento para la expansión de la prestación de defensa penal indígena por DIPRES.

⁴¹⁹ Con la excepción de que el imputado al ser consultado rechace ser defendido con el paradigma de causa indígena.

185

ENUNCIADO DEL OBJETIVO	NOMBRE INDICADOR	FÓRMULA DE CÁLCULO	MEDIOS DE VERIFICACIÓN	SUPUESTOS
PROPOSITO: Imputados indígenas conocen y acceden a la defensa de sus derechos en materia penal.	Porcentaje de la población objetivo que conoce sus derechos	((Población imputada indígena que conoce sus derechos / total de la población imputada indígena))*100.	Estudio muestral de imputados DPP	Existe financiamiento fiscal para la expansión de la prestación de defensa penal indígena. El componente 1, 2, 3 y 4 se han ejecutado adecuadamente
	Porcentaje de imputados por causa indígena que aceptan ser defendidos de forma especializada con relación al total de imputados por causas indígenas.	((Total de imputados de imputados por causa indígena, que aceptan ser defendidos de forma especializada / total de imputados por causa indígena))*100	SIGDP.	

ENUNCIADO DEL OBJETIVO	NOMBRE INDICADOR	FÓRMULA DE CÁLCULO	MEDIOS DE VERIFICACIÓN	SUPUESTOS
COMPONENTE 1: Servicio de defensa especializada a imputados e imputadas de pueblos originarios. Los imputados e imputadas indígenas reciben una defensa penal especializada de calidad que cautela la no afectación de los derechos de los pueblos indígenas.	Porcentaje de defensorías regionales con defensor especializado y facilitador intercultural en relación con el total de defensorías regionales	((Número defensorías regionales con defensor especializado y facilitador intercultural / total defensorías regionales))*100		Existe financiamiento fiscal para la expansión de la prestación de defensa penal indígena. El componente 2, 3 y 4 se han ejecutado adecuadamente
	Porcentaje de causas indígenas con relación al total de causas del defensor especializado	((Número causas indígenas a cargo de defensor especializado / total de causas a cargo del defensor especializado))*100	SIGDP	
	Porcentaje de la población imputada indígena que es defendido por defensor especializado con relación al total de de imputados	((Total de imputados de imputados indígenas defendidos por defensor especializado / total de imputados a cargo del defensor especializado))*100	SIGDP.	
	Porcentaje de Usuarios indígenas satisfechos con el servicio de defensa especializada	((número de imputados indígenas de causas indígenas que se declaran satisfechos con los servicios entregados / número total de imputados de causas indígenas))*100	Encuesta a usuarios	
	Visita de Cárcel	((Imputados que visitados según lo programado)/(Imputados privados de libertad)) *100	SIGDP	
	Solicitud de Plazo Judicial de Investigación	((Imputados formalizados con plazo judicial)/(Imputados formalizados)) * 100	SIGDP	
	Apercibimiento del plazo judicial	((Imputados con investigación abierta, con plazo vencido y con apercibimiento del cierre de la investigación)/(Imputados con inv. abierta y vencidos)) * 100 ⁴²⁰	SIGDP	

⁴²⁰ Se entenderá apercibido cuando se ingrese la gestión – Actuación del Defensor – Solicitar Apercibimiento para el cierre de la investigación

ENUNCIADO DEL OBJETIVO	NOMBRE INDICADOR	FÓRMULA DE CÁLCULO	MEDIOS DE VERIFICACIÓN	SUPUESTOS
COMPONENTE 2: Difusión de Derechos a pueblos originarios.	Porcentaje de comunidades de pueblos originarios que reciben difusión de derechos	(Número de comunidades o representantes indígenas con charlas o reuniones informativas sobre derechos y rol de la DPP / total comunidades indígenas)*100	Informe de Facilitador y defensor. catastro de comunidades y representantes	Comunidades y organizaciones indígenas tienen interés y necesidad de información sobre sus derechos. Se cuenta con facilitadores interculturales o de profesionales debidamente capacitados.
	Costo promedio en difusión por condenados	(gasto total de cartillas, afiches, charlas y reuniones con autoridades tradicionales / total de la población que participó en las actividades de difusión o recibió información verbal o escrita)	Sistema de información DPP.	

ENUNCIADO DEL OBJETIVO	NOMBRE INDICADOR	FÓRMULA DE CÁLCULO	MEDIOS DE VERIFICACIÓN	SUPUESTOS
COMPONENTE 3: Propiciar el uso de mecanismos tradicionales de resolución de conflictos, cuando ambas partes son indígenas.	Cuando ambas partes son indígenas: Porcentaje de acuerdos reparatorios y suspensiones condicionales ⁴²¹ solicitadas aceptadas por el juez respecto al total de acuerdos reparatorios y suspensiones condicionales las presentados	Cuando ambas partes son indígenas: (Número de solicitudes de acuerdos reparatorios y suspensiones condicionales aprobados por el juez / número solicitudes de acuerdos reparatorios y suspensiones condicionales presentadas al tribunal)*100	SIGDP	Jueces dictaminan las solicitudes conforme a las posibilidades en que la ley permite el uso de mecanismos tradicionales de resolución de conflictos
	Cuando ambas partes son indígenas: Promedio de solicitudes en materia de acuerdos reparatorios y suspensiones condicionales presentadas por defensor especializado	Cuando ambas partes son indígenas: (Número de solicitudes de acuerdos reparatorios y suspensiones condicionales presentadas por los defensores especializados cuando la causa califica / número de defensores especializados)	SIGDP	

⁴²¹ Cuando la causa califica para ello

ENUNCIADO DEL OBJETIVO	NOMBRE INDICADOR	FÓRMULA DE CÁLCULO	MEDIOS DE VERIFICACIÓN	SUPUESTOS
COMPONENTE 4: Sistematización de la experiencia acumulada para el fortalecimiento de la defensa especializada	N° de etnias con modelo ajustado para defensa indígena especializada	(Número modelos generales de defensa penal indígena con parte II ajustada a cada pueblo originario / número de pueblos originarios)*100	Modelo de defensa especializada adaptado según pueblo originario predominante aprobado y distribuido por Defensor Regional	Se tiene un modelo de defensa penal indígena sancionado formalmente por el Defensor Nacional. El sistema de información de la DPP es adecuado para ingresar información conforme al modelo y puede emitir reportes pertinentes Existe presupuesto PAC para iniciar y fortalecer la especialización de defensores y facilitadores
	Porcentaje Regional de defensores con capacitación o curso de defensa penal indígena	(N° de defensores con capacitación o curso de defensa penal indígena por región / número de defensores que prestan defensa penal a imputados indígenas por región)	Informe de sobre el Plan de capacitación nacional.	
	Porcentaje de facilitadores con Taller o curso sobre defensa penal indígena	(N° de de facilitadores con Taller o curso sobre defensa penal indígena / número de facilitadores)	Informe de sobre el Plan de capacitación nacional.	
	Porcentaje de defensores y facilitadores satisfechos con formación en defensa penal indígena	(Número defensores y facilitadores satisfechos con su formación en defensa penal indígena / Número defensores y facilitadores)*100	Encuesta RRHH	
	Cumplimiento de Tiempos de ingreso de datos al SIGDP.	promedio de días entre la fecha del evento (gestión o causa) y la fecha de registro en el SIGDP ⁴²²	SIGDP	
	Porcentaje de Causas con inconsistencia de datos.	((Causas con problemas de consistencia de información básica)/(Total de causas tramitadas en el año))* 100 ⁴²³	SIGDP	
	Tasa de término de causas con inicio de procedimiento	((Imputados terminados en el periodo que hayan tenido una gestión de inicio de procedimiento)/(Imputados que iniciaron procedimiento en el periodo)) * 100 ⁴²⁴	SIGDP	

⁴²² El promedio de días de ingreso se calculará en base a diferencia entre la fecha de en que se realizó la actividad (gestión o ingreso de causa) y la fecha en que esta se ingresó al sistema. Las causas consideradas son las tramitadas en el año, es decir las causas vigentes más las terminadas durante el año. Se debe tener en consideración al momento de la medición el ingresos de causas que vienen de particulares, ya que al actualizar las gestiones estas se digitan en forma desfasada

⁴²³ Se entenderá por causas con problemas de consistencia de datos las que presenten alguna de las siguientes situaciones: Registra imputados repetidos. No registre imputados. No registre gestiones (desde inicio de investigación ó simplificado). Estén asignadas a defensores no vigentes. No registra delito. No registra fecha de delito (desde inicio de investigación ó simplificado). Se entenderá causas tramitadas en el año a los que se encuentren actualmente vigentes en le SIGDP o hayan terminado durante el año.

⁴²⁴ Se entenderá que un imputado inicio un procedimiento cuando haya tenido una gestión de formalización en el procedimiento ordinario o una audiencias de aceptación o no aceptación de responsabilidad en el simplificado. En los imputados terminados en el periodo no importa la fecha en que haya realizado la gestión de audiencia de inicio de procedimiento, sólo que esta esté desarrollada. Para el caso de un prestador licitado es necesario que se le entregue un porcentaje de causas vigentes no menor al señalado en las bases respecto del ingreso anual de la zona. Serán excluidos del cómputo aquellas causas traspasadas a defensor penal público desde abogado particular, en las que ya se haya realizado audiencia de inicio de procedimiento.

ENUNCIADO DEL OBJETIVO	NOMBRE INDICADOR	FÓRMULA DE CÁLCULO	MEDIOS DE VERIFICACIÓN	SUPUESTOS
	Tasa de simplificado efectivo	((Simplificado NO acepta responsabilidad terminado por facultativo del MP o sentencia)/(Simplificado aceptando responsabilidad terminado por facultativo del MP o sentencia)) * 100	SIGDP	
	Entrevista con imputado citado	((Imputados que obtuvieron cita con el defensor antes de la audiencia de simplificado, se presentaron a la citación y son atendidos por el defensor antes de los 30 minutos)/(Imputados que acudieron a la Defensoría al menos 10 días antes de la audiencia de simplificado a solicitar cita con el defensor y posteriormente se presentan a la citación)) *100	SIGDP	
	Causas sin movimiento	(Causas con más de 60 días sin ingresar gestiones al SIGDP)/(Total de causas vigentes) * 100	SIGDP	
	Tiempos Promedio de Tramitación de Causas	Tiempo promedio de tramitación de imputados en procedimiento ordinario o simplificado. ⁴²⁵	SIGDP	
	Difundir material de apoyo para defensores y facilitadores que atienden causas indígenas	N° Promedio de Boletines de jurisprudencia al trimestre de nivel nacional.	Informe DEP	
	Apoyo a defensores que realizan consulta sobre causas indígenas	N° Promedio de respuesta a consultas sobre defensa en el plazo al trimestre de nivel regional	Informe UER	

⁴²⁵ Se calculará desde la fecha de audiencia en que la causa deja el estado de investigación “Inicio de Notificación”, que en definitiva fecha en que se consideran causas con “inicio de procedimiento”.

Capítulo 2 ORGANIZACIÓN

Se presentan dos alternativas para la entrega de defensa especializada indígena, la que presentó la Universidad Central en su investigación sobre el modelo de defensa mapuche y otra elaborada sobre la misma base pero considerando antecedentes como el estudio sobre defensa indígena⁴²⁶ y el diseño de un programa de expansión de defensa penal indígena elaborado por el mismo equipo del Departamento de Estudios de la DPP que realizó ese estudio.

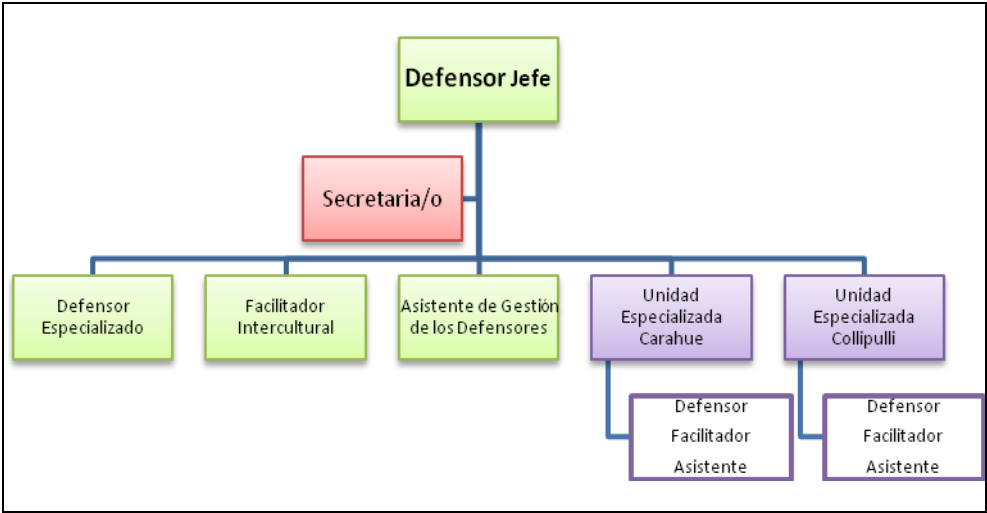
La propuesta de la Universidad Central es adoptar una estructura basada en oficinas de defensa especializada y la segunda propone utilizar las oficinas de la Defensoría Local, ambas con estructuras diferentes pero con idénticas funciones

2.1. ESTRUCTURA

2.1.1. LA OFICINA DE DEFENSA ESPECIALIZADA INDIGENA

El equipo de investigadores de la Universidad luego de revisar el funcionamiento de la oficina de defensa mapuche de Temuco propone un organigrama que apunta a enfatizar el desarrollo de la defensa especializada mapuche, esta es:

**Organigrama de la Defensoría especializada
(Propuesta de la investigación UCEN)**



Esta modalidad de defensoría especializada (oficina) se ubica en la capital regional, es dirigida por un defensor jefe y cuenta con otro defensor especializado, un facilitador intercultural y una asistente de gestión de los defensores. Propone agregar un funcionario que se haga cargo de las tareas netamente administrativas.

Esta oficina dedicada solo a causas de defensa especializada indígena es para una cobertura regional, funciona de forma desconcentrada recurriendo a oficinas especializadas

⁴²⁶ Macchino y Fernandez. Op. Cit.

dependientes en lo técnico y ubicadas en zonas de mayor ruralidad con aislamiento de las comunidades y una concentración de casos e Imputados indígenas de las mismas. Para la región de la Araucanía las posibilidades son: Collipulli – Ercilla y Carahue – Puerto Saavedra.

Se debe tener presente que esta modalidad resulta adecuada cuando en las regiones existe un número grande de causas indígenas y cifras de causas concentradas en territorios o áreas específicas. Esta es una oficina, de dedicación exclusiva a causas indígenas

Pese a sus ventajas en términos de visibilidad, la modalidad de oficina de defensa penal indígena presenta las siguientes debilidades:

1. Tiene una localización territorial que, aun contando con otras oficinas zonales dependientes, no garantiza la oportunidad necesaria cuando una causa se produce en un lugar muy distante del emplazamiento de la oficina regional o zonal.
2. Acumula mayores tiempos de traslado.
3. Resulta indispensable la adquisición o contratación de un vehículo, lo que infiere sobre costos y horas de chofer de ser necesario. De lo contrario, la atención oportuna y con trabajo en comunidad no se logra.
4. La condición de dedicación exclusiva del defensor, del asistente y del facilitador a causas indígenas es una experiencia no probada y que cuando existe saturación en el resto de los defensores por necesidad de lograr cobertura estos abogados, facilitadores y asistentes son dedicados a atender adicionalmente causas no indígenas.
5. Las dificultades mencionadas en los puntos 3 y 4 reducen notoriamente el tiempo de contacto del defensor y del facilitador con las comunidades u organizaciones indígenas. Esto tiene el riesgo de generar desconfianza y pérdida de legitimación. Esta crítica fue señalada por los representantes indígenas en el taller realizado en Temuco para examinar el modelo propuesto por la Universidad.
6. Tiene costos elevados por lo que se presentan dificultades para obtener financiamiento para instalar nuevas oficinas de defensa indígena.

Esas debilidades evidencian que la defensa penal indígena basada en oficinas indígenas no permite una expansión nacional de la defensa para imputados indígenas, situación que confirma el actual estado de recursos dedicados y obtenidos para este propósito. Existe un escenario de restrictivo para el financiamiento que sumado a la casi inexistencia de una política pública en materia de justicia penal indígena hace aún más improbable la aplicabilidad de la oficina de defensa indígena sin que ello provoque serias restricciones a la oferta total que entrega la Defensoría Penal Pública. Dicho de otra forma, la hipótesis que es viable crecer en defensa penal indígena con un modelo basado en oficinas de defensa indígena, resulta improbable. En consecuencia deben buscarse otras alternativas para cuando la región no logre financiamiento para una oficina⁴²⁷. Por las razones expuestas se ha establecido una segunda alternativa para la prestación de defensa penal indígena y que se presenta a continuación.

⁴²⁷ Un programa presentado a la DIPRES en el año 2010 para obtener recursos financieros y humanos para un programa nacional 2011 para defensa penal indígena nacional, obtuvo un financiamiento para 7 facilitadores pero sin acceder a la contratación de abogados coordinadores especializados lo que impide la generación de oficinas de defensa indígena con dedicación exclusiva a causas indígenas.

2.1.2. OFICINA DE DEFENSA LOCAL CON DEFENSOR ESPECIALIZADO

Esta alternativa responde a una estrategia que se justifica en que los imputados indígenas tienen defensa penal proporcionada por defensores locales y licitados sin especialización, el problema es que un imputado indígena defendido por un defensor no especializado es sometido a una mayor vulnerabilidad ante la ley, lo que es inconsistente con los estándares internacionales en la materia. El dato es que no faltan abogados defensores lo que falta son defensores especializados. Así el problema más serio es la carencia de un número suficiente de facilitadores interculturales.

Por último, el presente entorno caracterizado por una restricción al gasto dificulta seriamente las posibilidades de un programa nacional de expansión de la defensa penal indígena y es razonable pensar que esto no cambiará en el mediano plazo.

Así la propuesta de una oficina de defensa local en la que se ha especializado un número suficiente de defensores corresponde a una estrategia de expansión basada en la especialización de todos o de una cantidad grande de defensores locales o licitados, en la contratación de nuevos facilitadores y cuando ello no sea posible generar un incremento de recursos para peritajes en cultura indígena. En este modelo recobra importancia la Unidad de Apoyo a la Gestión de Defensa de cada defensoría regional cuando es posible contratar facilitadores en la región. En esos casos corresponde habilitar a sus integrantes para el trabajo con comunidades e imputados indígenas.

La estructura que sigue permite dar respuesta a las debilidades de la primera alternativa de operación, es decir, la expansión basada en oficinas de defensa especializada indígena de dedicación exclusiva.

ORGANIGRAMA PARA LA DEFENSA PENAL INDÍGENA ESPECIALIZADA



En este caso la defensa especializada indígena se inserta en cada defensoría local o licitada con defensores especializados, utilizando la infraestructura y personal y equipo administrativo existente. Se debe tener presente que esta alternativa considera la posibilidad de la oficina licitada existente. También se considera que el perito cultural puede ser un aporte que refuerce la defensa especializada y que la Unidad de Apoyo a la Gestión de Defensa, debidamente capacitada puede respaldar adecuadamente al defensor indígena, sobre todo cuando no se cuenta con un facilitador. En el caso de una oficina licitada deberá necesariamente contar con los recursos humanos especializados en particular el defensor y el facilitador.

El facilitador intercultural realiza trabajo con organizaciones y comunidades, mantiene su labor de apoyo al defensor y de mediador entre el defensor y el imputado. Su labor resulta ser el punto al cual se traslada la presión por el incremento de la oferta y la demanda en materia de defensa especializada (ver indicadores y funciones que le corresponden). Para hacer más racional su trabajo su dependencia pasa al Jefe de Estudio Regional, quien deberá administrar sus tareas junto con la administración de los peritajes culturales y el eventual apoyo de profesionales de la Apoyo a la Gestión de Defensa a petición de un defensor local especializado.

La propuesta no impide que el Jefe de Estudio Regional disponga que el facilitador tenga su lugar de trabajo físico en una defensoría local en consideración al volumen de causas y cercanía a las comunidades.

La solución que aporta esta estructura, será posible si:

1. Se cuente con una cantidad adecuada de defensores especializados o con a lo menos uno de estos por oficina de defensa local.
2. Establecer procesos de formación y actualización del defensor, del facilitador, del asistente y otros profesionales ligados a la prestación de la defensa indígena usando recursos como: clínicas jurídicas especializadas, informes en derecho, boletines, talleres anuales, etc.
3. Que un número creciente de defensores especializados hablen la lengua indígena predominante.
4. Una cantidad adecuada de facilitadores y con incremento gradual y actualización continúa para sus funciones.
5. Que los facilitadores tengan dedicación exclusiva a sus funciones.

Finalmente esta alternativa significa una reducción de costos por traslado, reducción de costos de instalación y habilitación de nuevas oficinas, desconcentra la oferta de defensa, no requiere dedicación exclusiva del defensor a causas indígenas, facilita el contacto y el trabajo con comunidades y organizaciones indígenas para difusión de derechos y garantías.

Se estima que sus puntos débiles es que la causa indígena tiene mayor duración y es más compleja para desarrollar una estrategia de defensa. También la escasa cantidad de facilitadores existentes. Esto último puede ser paliado con la incorporación de profesionales de las UAG.

2.2. PROCESOS

En ambas estructuras funcionales se identifican tres procesos generales, estos son los siguientes:

2.2.1. IDENTIFICACIÓN DE IMPUTADOS E IMPUTADAS INDÍGENAS Y DE CAUSAS

Este primer proceso es la siguiente (**ver ANEXO N° 1: GUÍA RÁPIDA PARA LA INTERVENCIÓN DE LA DEFENSA PENAL ESPECIALIZADA**):

El defensor local, en su primer contacto, efectúa la **identificación** del Imputado e imputada indígena. Para ello, debe ceñirse a lo señalado a los criterios de focalización de la Parte II y que se encuentran fundados en la Parte I, es decir:

1.- Es parte de un pueblo originario si cumple con alguna de las siguientes alternativas:

- a) Autodefinición de indígena
- b) Si tiene un documento que acredite su calidad indígena.
- c) Si el imputado tiene uno o los dos apellidos indígenas.
- d) Si el Imputado o imputada indígena se comunica naturalmente con la lengua indígena.
- e) Si el Imputado o imputada indígenas declara pertenecer a alguna comunidad u organización indígena.

El defensor local o licitado, una vez identificado el Imputado e imputada indígena, debe determinar si se trata de una causa indígena, que de acuerdo a lo expuesto anteriormente, son aquellas en que están involucrados los derechos reconocidos a los pueblos indígenas en la normativa internacional, tales como el Convenio 169 de la OIT y la Declaración de Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas, es decir:

2.- Causa de pueblo indígena: El defensor local o licitado, una vez identificado el Imputado e imputada indígena, debe determinar si se trata de una causa de pueblo indígena⁴²⁸, es decir, aquellas en que se cumpla alguna de las siguientes condiciones:

- a) Atendida la naturaleza de la imputación, se destaquen cuestiones culturales relevantes para la resolución del caso, en que la cosmovisión sea un aspecto determinante.
- b) Atendida la naturaleza de la imputación, se destaquen cuestiones relevantes para la resolución del caso, en que el derecho indígena sea un aspecto determinante.
- c) El imputad(a) o es una autoridad tradicional indígena.
- d) Se trata de un conflicto entre indígenas.
- e) Se trata de hechos que se derivan de manifestaciones relacionadas con reivindicaciones culturales, y/o derechos territoriales.
- f) El imputado indígena vive en una comunidad y su idioma materno es indígena.
- g) Si el Imputado es reconocido como parte por una comunidad u organización indígena.

2.2.2. DERIVACIÓN O ASIGNACIÓN DE CAUSA

Identificada la causa indígena, se **deriva** directamente al defensor especializado. La derivación se efectúa a través del sistema de información y solo se hace efectiva cuando el defensor especializado la acepte (en los plazos definidos de respuesta), ocasión en que se informará a la Unidad de Estudios, para su registro. **Aceptada** la causa por el defensor especializado, se entiende oficialmente ingresada a como casusa indígena y al imputado como indígena. Se debe tener presente que antes ingresar la causa como indígena el imputado debe consentir en recibir aquel tipo de defensa y de negarse se deja constancia en el sistema y es devuelto para reasignar un defensor no especializado licitado o no.

2.2.3. ATENCIÓN DEL IMPUTADO DE CAUSA INDÍGENA

Los Imputados e imputadas tienen la necesidad de establecer una relación de confianza. Aquello se facilita cuando el defensor, durante la atención al Imputado, incorpora elementos de la cultura indígena.

Son criterios de protocolo general, cada vez que sea posible, hacer lo que sigue:

- a) En el primer contacto, el defensor debe **dedicar tiempo suficiente** para entender los hechos y contextualizarlos, así como para que el Imputado e imputada indígena comprenda su situación jurídica y las posibles consecuencias.
- b) Poner especial atención en el uso de la lengua y del lenguaje técnico. Cuando el Imputado e imputada indígena es hablante de ambas lenguas, asegurarse que comprenda los significados y sentidos.
- c) En lo posible incorporar al facilitador intercultural cuando la comunicación no se logra de forma adecuada. En todo caso, este deberá estar siempre presente cuando el Imputado e imputada indígena no hable castellano.
- d) Respetar ritos y protocolos propios de la cultura indígena.
- e) El defensor especializado debe, cuando sea posible, visitar la familia y la comunidad a la que pertenece el imputado, a fin de poder entender las distintas dimensiones del caso e incorporar la perspectiva de la comunidad en la estrategia de defensa. Como alternativa se debe hacer asesorar por el facilitador.

⁴²⁸ Aquellas en que están involucrados los derechos reconocidos en la normativa internacional, tales como el Convenio 169 de la OIT y la Declaración de Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas

- f) Siempre respetar los intereses del Imputado e imputada indígena y su opinión respecto de la estrategia a seguir (estándar de dignidad y información).

2.2.4. REGISTRO DE LAS CAUSAS INDÍGENAS

En consideración a las especificidades de la tramitación de las causas indígenas, se propone el siguiente proceso de registro (ver

ANEXO N° 2: FORMULARIO DE REGISTRO DE IMPUTADOS E IMPUTADAS INDÍGENAS Y CAUSAS INDÍGENAS):

1. El defensor local o licitado, al **identificar al** Imputado e imputada indígena, debe registrarlo en el sistema, junto con los datos personales del imputado, indicando:
 - La pertenencia indígena (población objetivo).
 - Etnia a la que pertenece (población objetivo).
 - Comunidad u organización a la que pertenece.
 - Si es autoridad tradicional (registrar cuál).
 - Si es hablante de la lengua originaria y/o español (registrar sí o no en cada caso).
2. Una vez identificada la causa (con o sin él facilitador), el defensor local deriva la causa al defensor que corresponda y registra en el sistema el **delito** imputado.
3. Cuando la causa es aceptada (validada) por el defensor especializado, este registra en la carpeta la **causa indígena**. En ese momento ingresa a una carpeta especial.
4. Cada gestión de la defensa debe registrarse en el sistema, indicando en qué consistió y quién la realizó:
 - Defensor especializado: reunión con el imputado, visita a la comunidad, gestión con el tribunal, etc.
 - Facilitador intercultural: reunión con el imputado, visita a la comunidad, ubicación de posibles testigos, etc.
 - Defensor y facilitador en conjunto: preparación de audiencias, preparación de testigos, etc.
 - Perito: peritaje cultural, peritaje social, otro peritaje.
5. Cada gestión de la defensa deben registrarse en el sistema (al igual como se hace en las causas no indígenas).
6. El termino y tipo de salida se registra y es parte del seguimiento de la causa y deberán registrarse.

2.2.5. EVALUACIÓN Y CONTROL DE GESTIÓN

A nivel institucional, la evaluación de la defensa se efectúa mediante auditorías externas y fiscalizaciones o inspecciones, las que están orientadas a validar la información ingresada en el sistema SIGDP sobre cuya base se examina gran parte de los indicadores que permiten examinar la marcha del modelo. También y a futuro evaluar el cumplimiento de los una propuesta de estándares de defensa penal y que en este caso cada estándar de defensa penal corresponde a una norma que impone al defensor penal público parámetros destinados a proporcionar a los beneficiarios del servicio una defensa penal de calidad real y efectiva.

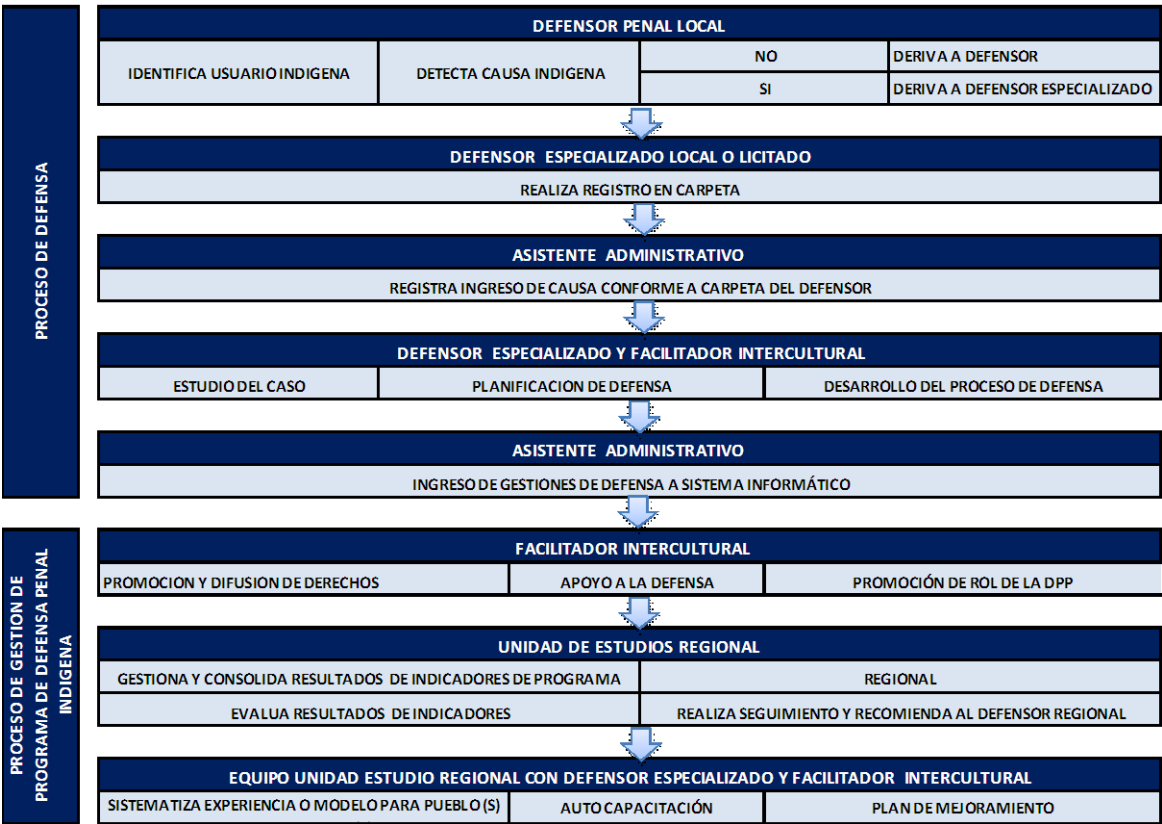
En el “**Anexo No 3: Estándares de Defensa aplicados a la Defensa Penal Especializada para Indígenas**” presentamos una adaptación de los estándares generales que utiliza la Defensoría Penal Pública, para ser aplicados en la defensa especializada de indígenas.

Sin embargo, la propuesta de estándares podrá adaptarse según progrese el desarrollo del modelo.

2.2.6. FLUJO GENERAL DE TRABAJO

El flujo general de trabajo para la defensa penal especializada para Indígenas, se puede apreciar en la siguiente figura:

Flujo de trabajo de la Defensoría Especializada



Nota: La derivación sigue el protocolo que se indica en el Anexo N°1

Capítulo 3 PERFILES DE CARGO

Respecto de los perfiles de cargos de la defensoría especializada, se basa en la propuesta de la Universidad Central usando los formatos en uso en la DPP. El diccionario de competencias de la Defensoría Penal Pública define tres niveles de desarrollo: 1, 3 ó 5 -pudiendo estar el valor deseado entre dos niveles-, de acuerdo al siguiente criterio general:

NIVEL DE DESARROLLO	CRITERIO DE DESEMPEÑO
1	Desarrolla la competencia a un nivel junior, conoce algunos aspectos básicos de ella y es capaz de aplicarla en sus funciones en forma general. Para aplicaciones más específicas, requiere consultar o solicitar la participación de un tercero.
3	Desarrolla la competencia en un nivel intermedio, conoce y aplica los aspectos principales de ella y es capaz de aplicarla efectivamente en algunos ámbitos específicos de sus funciones.
5	Desarrolla la competencia en un nivel de experto, conoce a cabalidad todos sus aspectos, es capaz de aplicar, proponer y/o desarrollar iniciativas y acciones en la materia.

3.1. DEFENSOR ESPECIALIZADO

I. IDENTIFICACIÓN DEL CARGO	
CARGO	Defensor(a) Penal Público(a) especializado para Indígenas
UBICACIÓN	DPP / Defensoría Penal Local
OBJETIVO DEL CARGO	
Prestar defensa a indígenas imputados(as) por crimen, simple delito o falta ante los Juzgados de Garantía, Tribunales Orales y Cortes conforme al modelo de defensa penal indígena vigente en la DPP.	
FUNCIONES DEL CARGO	
• Proporcionar defensa penal a indígenas imputados por crímenes, simple delito, o falta, que sea de competencia de un Juzgado de Garantía, de un Tribunal y de la respectiva Corte, en los que estén presentes derechos de los pueblos indígenas y/o elementos culturales. • Visitar a los imputados y las imputadas indígenas privados de libertad, informarles de sus causas, verificar condiciones de respeto de sus garantías fundamentales. • Vincularse con la familia y la comunidad a la que pertenece el imputado o la imputada indígena, a fin de compartir información y recabar elementos culturales o de derechos de los pueblos indígenas, necesarios para la estrategia de defensa. • Gestionar y realizar diligencias de investigación, entrevistas a testigos y peritos. • Solicitar y evaluar peritajes para sostener teoría del caso. • Resolver consultas de imputados cuyas causas aún no son judicializadas, así como a los familiares de los imputados en general y a sus redes de apoyo.	
ENTORNO	
1. EQUIPO DE TRABAJO	Asistente administrativo, Asistente de Gestión de los Defensores, Facilitador
2.SUPERIOR DIRECTO	Defensor Jefe de la Defensoría Especializada para Indígenas; Defensor Regional.
3.CLIENTES INTERNOS	Defensor Regional y Unidad de Estudios, quienes efectúan requerimientos de información; Defensor Jefe y Unidades de Corte.
4. CLIENTES EXTERNOS	Imputados indígenas y familiares, comunidades y/u organizaciones indígenas, y redes de apoyo (atención e información); Tribunales de Justicia; Ministerio Público; Policías, Gendarmería.

COMPETENCIAS		
TRANSVERSALES, CLAVES DEL CARGO		
COMPETENCIA	DEFINICIÓN	NIVEL DE DESARROLLO
Actualización Profesional	Se refiere a la disposición del funcionario(a) frente a la búsqueda y desarrollo de nueva información relativa a su campo ocupacional y profesional, realizando acciones concretas que demuestren su interés por mejorar los conocimientos y destrezas necesarios para el desarrollo de su trabajo.	5

COMPETENCIAS		
TRANSVERSALES, CLAVES DEL CARGO		
COMPETENCIA	DEFINICIÓN	NIVEL DE DESARROLLO
Adaptación al Cambio	Aceptar los cambios del entorno organizacional, modificando la propia perspectiva y comportamiento. Implica poseer la flexibilidad y disposición para adaptarse en forma oportuna a nuevos escenarios.	3
Administración de Situaciones de Tensión	Capacidad del funcionario(a) para adaptar sus respuestas conductuales a distintos contextos, situaciones problemáticas y/o dificultades enfrentadas, logrando actuar con eficacia bajo presión de tiempo, de desacuerdo u oposición. Incluye la capacidad de revisión crítica de posturas y opiniones, y el auto-control en las reacciones.	3
Compromiso con la Organización	Respetar y asumir a cabalidad, la visión, misión, valores y objetivos de la Institución. Implica la disposición para asumir con responsabilidad los compromisos declarados por la organización, haciéndolos propios.	5
Comunicación Efectiva	Escuchar y expresarse de manera clara y directa. Implica la disposición a ponerse en el lugar del otro, la habilidad para transmitir ideas y estados de ánimo, y la habilidad para coordinar acciones.	5
Confianza en Sí Mismo	Actuar con seguridad frente a situaciones nuevas y/o desafiantes, haciendo juicios positivos y realistas respecto de las capacidades propias y de su grupo de trabajo. Implica una actitud de interés en conocerse a sí mismo y desarrollar nuevas competencias.	4
Manejo de Conflictos	Mediar y llegar a acuerdos cuando se producen situaciones de tensión o de choques de intereses entre personas, áreas o grupos de trabajo. Implica la capacidad de visualizar soluciones positivas frente a situaciones de controversia o que sean percibidas como destabilizadoras de la organización.	4
Orientación a la Eficiencia	Lograr los resultados esperados haciendo un uso racional de los recursos disponibles. Implica el cuidado de los recursos públicos, materiales y no materiales, buscando minimizar los errores y desperdicios.	5
Orientación al Cliente	Identificar y satisfacer las necesidades y expectativas de los clientes internos o externos. Implica la disposición a servir a los clientes, de un modo efectivo, cordial y empático.	5
Proactividad	Se refiere a la actitud permanente del funcionario(a) de anticiparse a cambios en los contextos interno y externo de la institución y/o de su labor, definiendo los cursos de acción necesarios por medio de acciones concretas.	4
Probidad	Actuar de modo honesto, leal e intachable. Implica subordinar el interés particular al interés general o bien común.	3
Trabajo en Equipo	Capacidad para integrarse, generar compromisos y colaborar eficazmente con otros en el logro de metas y objetivos.	5
Manejo de Tecnologías de Información y Comunicación	Operar las herramientas tecnológicas y de comunicación requeridas para el desempeño de sus funciones. Implica el interés por conocer y utilizar de modo regular y eficiente los programas, aplicaciones y sistemas adoptados por la Institución o área funcional.	3

ESPECÍFICAS DEL CARGO		
COMPETENCIA	DEFINICIÓN	NIVEL DE DESARROLLO
Utilización de Pericia específica para defensa de indígenas	Capacidad para identificar la necesidad de pericias específicas tales como: peritaje antropológico y/o cultural, peritaje social. Así como analizar e interpretar Información proporcionada por dichas pericias.	5
Utilización de pericia general	Capacidad para solicitar otras pericias en materias relativas a la causa tales como: peritaje psicológico, balístico, ADN, sitio del suceso, tanatológico, entre otros. Así como analizar e interpretar Información proporcionada por dichas pericias.	4
Dominio del sistema Penal y Procesal	Conocimiento y aplicación de legislación que regula el Sistema Penal y los sistemas procesales.	5
Especialización en materia de derechos de los	Conocimiento y aplicación de los derechos de los pueblos indígenas reconocidos en tratados internacionales tales como: Convenio 169 y Declaración de Naciones Unidas sobre derechos de los pueblos indígenas y tribales,	5

ESPECÍFICAS DEL CARGO		
COMPETENCIA	DEFINICIÓN	NIVEL DE DESARROLLO
pueblos indígenas	especialmente aquellos que digan relación con aspectos penales. (vr.gr. costumbre indígena). Por lo tanto, deberá tener dominio sobre las bases del modelo, sus definiciones, marco lógico, funciones, etc.	
Dominio de la normativa de Protección de Derechos humanos	Conocimiento de la normativa nacional e internacional de la Teoría de los Derechos Humanos y Derechos Fundamentales. Identificación de cada derecho humano fundamental, sus límites y cómo interactúan entre ellos; sistemas nacionales e internacionales de control; garantías constitucionales y formas de impugnación de actos que vulneren dichos derechos.	5
Dominio de técnicas de defensa especializada	Dominio de los contenidos del modelo de defensa penal indígena.	5
Dominio del contexto histórico-cultural	Conocimiento del contexto socio-político y jurídico de la zona.	5
Dominio del enfoque de género	Conocimiento y aplicación del enfoque de género, a partir de la normativa internacional protectora de derechos de la mujer, tales como: Convención de Belém do Pará, Convenio Cedaw, entre otros.	5
Conocimiento del Sistema Penal Juvenil	Capacidad para aplicar de manera correcta los conocimientos relativos al sistema penal juvenil en la prestación del servicio de defensa: normativa internacional y nacional sobre responsabilidad penal de adolescentes.	4
Atención de e Imputados e imputadas indígenas	Implica la capacidad de comprender las necesidades y requerimientos de clientes tanto internos como externos y de orientar los esfuerzos en la entrega de respuestas y/o soluciones que satisfagan éstos de forma oportuna y eficiente, realizando una evaluación de la calidad del servicio entregado. Implica, de un lado, poner especial atención en el uso de la lengua y del lenguaje técnico. Cuando el Imputado o imputada indígena es hablante de ambas lenguas, asegurarse que comprenda los significados y sentidos. Por otro lado, también implica la disposición real de servir a los clientes de un modo efectivo, cordial y empático, respetando las formas y protocolo indígena. Involucra además, la habilidad para anticiparse a sus necesidades y realizar propuestas para satisfacer oportunamente las mismas.	4
Dominio de lengua indígena	Dominio de la lengua indígena, para comprender y comunicar	3
Litigación	Habilidad que permite realizar disputas en relación a un hecho determinado. Es la habilidad utilizada por abogados para disputar en juicio usando la terminología legislativa adecuada.	5
Negociación	Capacidad para estudiar distintas posiciones y obtener el mejor acuerdo posible para las partes involucradas, utilizando herramientas y metodologías eficientes y de forma oportuna, cautelando derechos de los pueblos indígenas, derechos de la mujer y derechos humanos fundamentales.	4
Tolerancia a la Frustración	Capacidad para reaccionar ante situaciones adversas y mantener un desempeño laboral de calidad pese a las en situaciones desfavorables o de alta exigencia. Es la capacidad para tolerar fracasos y persistir en la consecución de objetivos mayores, exhibiendo conductas adaptativas que le permitan afrontar las diferentes dificultades que presenta el escenario laboral.	4
Manejo de Sistemas Informáticos Especializados DPP	Dominio a nivel de usuario de las herramientas y aplicaciones informáticas propias de la DPP que se utilizan en su área de gestión (tales como SIGDP; SIGO; SIAR; SIC u otras). Implica ser capaz de utilizar los sistemas disponibles, especialmente en lo referido a ingreso, actualización de datos y elaboración de reportes, de manera fluida y efectiva en las funciones que realiza.	3
ASPECTOS A CONSIDERAR		
Debe ser abogado(a), con formación en el sistema penal y en derechos de los pueblos indígenas, con experiencia en litigación y deseable en causas de indígenas. Que hable el idioma originario, al menos a nivel básico.		

3.2. PERFIL DEL FACILITADOR INTERCULTURAL

IDENTIFICACIÓN DEL CARGO	
Cargo	Facilitador Intercultural
Ubicación	DPP / Defensoría Regional UER / Defensoría Penal Local
OBJETIVO DEL CARGO	
Apoyar a la defensa en la interacción con casos asociados a imputados regidos por la ley indígenas y colaborar en la estrategia de defensa incorporando elementos de la cosmovisión indígena y servir de puente cultural entre el imputado, el defensor y el sistema penal.	
FUNCIONES DEL CARGO	
• Detectar casos de imputados indígenas que requieran orientación y apoyo en el sistema penal chileno. • Apoyar a los imputados en las diversas audiencias del procedimiento y actuar como traductor bilingüe e intérprete cultural cuando sea necesario. • Coordinar acciones entre el defensor, la familia y/o la comunidad indígena a que pertenece el imputado y peritos, con el fin de fortalecer la estrategia de defensa. • Coordinar acciones en conjunto con los Servicios Públicos ligados a la temática indígena. • Integrar a la comunidad indígena y comunidad en general, los aspectos culturales asociados a temática indígena. • Propiciar el encuentro y la comunicación efectiva entre el imputado o imputada indígena, su familia, peritos y otros funcionarios(as) de la Defensoría Regional • Elaborar informes de contenido cultural que sean útiles para la teoría del caso.	
ENTORNO	
1. EQUIPO DE TRABAJO	Defensores especializados, Asistente de Gestión de Defensores especializados, Asistente Administrativo.
2. SUPERIOR DIRECTO	Jefe estudios de la Defensoría Regional
3. CLIENTES INTERNOS	UER, Defensor especializado, Defensor Local JER, UAGD.
4. CLIENTES EXTERNOS	Imputados e imputadas indígenas, comunidades indígenas, organizaciones indígenas, servicios públicos y redes sociales.

COMPETENCIAS		
TRANSVERSALES CLAVES DEL CARGO		
COMPETENCIA	DEFINICIÓN	NIVEL DE DESARROLLO
Adaptación al Cambio	Aceptar los cambios del entorno organizacional, modificando la propia perspectiva y comportamiento. Implica poseer la flexibilidad y disposición para adaptarse en forma oportuna a nuevos escenarios.	3
Auto-gestión	Capacidad del funcionario(a) de auto-monitorearse y auto-regularse en la realización de las tareas inherentes al puesto de trabajo.	3
Toma de decisiones	Capacidad del funcionario(a) para identificar, definir, priorizar y optar por determinados cursos de acción, según un análisis integral de las posibles alternativas para enfrentar una situación o problema.	3
Compromiso con la Organización	Respetar y asumir a cabalidad, la visión, misión, valores y objetivos de la Institución. Implica la disposición para asumir con responsabilidad los compromisos declarados por la organización, haciéndolos propios.	5
Comunicación Efectiva	Escuchar y expresarse de manera clara y directa. Implica la disposición a ponerse en el lugar del otro, la habilidad para transmitir ideas y estados de ánimo, y la habilidad para coordinar acciones.	5
Confianza en Sí Mismo	Actuar con seguridad frente a situaciones nuevas y/o desafiantes, haciendo juicios positivos y realistas respecto de las capacidades propias y de su grupo de trabajo. Implica una actitud de interés en conocerse a sí mismo y desarrollar nuevas competencias.	3
Iniciativa	Se refiere a la disposición del funcionario(a) hacia la búsqueda, descubrimiento y desarrollo de formas alternativas para realizar las tareas inherentes al puesto de trabajo.	4
Manejo de Conflictos	Mediar y llegar a acuerdos cuando se producen situaciones de tensión o de choques de intereses entre personas, áreas o grupos de trabajo. Implica la capacidad de visualizar soluciones positivas frente a situaciones de controversia o que sean percibidas como desestabilizadoras de la organización.	4
Orientación a la Eficiencia	Lograr los resultados esperados haciendo un uso racional de los recursos disponibles. Implica el cuidado de los recursos públicos, materiales y no materiales, buscando minimizar los errores y desperdicios.	5
Orientación al Cliente	Identificar y satisfacer las necesidades y expectativas de los clientes internos o externos. Implica la disposición a servir a los clientes, de un modo efectivo, cordial y empático.	5

COMPETENCIAS		
TRANSVERSALES CLAVES DEL CARGO		
COMPETENCIA	DEFINICIÓN	NIVEL DE DESARROLLO
Probidad	Actuar de modo honesto, leal e intachable. Implica subordinar el interés particular al interés general o bien común.	5
Trabajo en Equipo	Capacidad para integrarse, generar compromisos y colaborar eficazmente con otros en el logro de metas y objetivos.	5
Manejo de Tecnologías de Información y Comunicación	Operar las herramientas tecnológicas y de comunicación requeridas para el desempeño de sus funciones. Implica el interés por conocer y utilizar de modo regular y eficiente los programas, aplicaciones y sistemas adoptados por la Institución o área funcional.	3

ESPECÍFICAS DEL CARGO		
COMPETENCIA	DEFINICIÓN	NIVEL DE DESARROLLO
Dominio de los derechos de los pueblos indígenas	Conocimiento y aplicación de los derechos de los pueblos indígenas reconocidos en tratados internacionales tales como: Convenio 169 y Declaración de Naciones Unidas sobre derechos de los pueblos indígenas y tribales, especialmente aquellos que digan relación con aspectos penales. (vr.gr. costumbre indígena).	5
Dominio de técnicas de apoyo a la defensa especializada	Dominio de técnicas de trabajo con comunidades y organizaciones indígenas, y difusión de derechos y de la defensa especializada	5
Dominio de lengua indígena	Dominio de la lengua indígena para atención de público	5
Dominio de la cosmovisión indígena respectiva	Conocimiento y aplicación de la cosmovisión y la cultura del pueblo indígena respectivo.	5
Dominio del contexto histórico-cultural	Conocimiento del contexto socio-político y jurídico del pueblo indígena y de la zona.	5
Dominio del enfoque de género	Conocimiento del enfoque de género a partir de la normativa internacional protectora de derechos de la mujer, tales como: Convención de Belém do Pará, Convenio Cedaw, entre otros.	3
Conocimiento del sistema de Justicia Penal y Procesal	Conocimiento de legislación que regula el Sistema Penal y los sistemas procesales.	3
Atención a población Vulnerable	Conocimientos de herramientas para el abordaje de problemáticas psicosociales de los clientes	3
Negociación	Capacidad para estudiar distintas posiciones y obtener el mejor acuerdo posible para las partes involucradas, utilizando herramientas y metodologías eficientes y de forma oportuna, cautelando derechos de los pueblos indígenas, derechos de la mujer y derechos humanos fundamentales.	4
Manejo de redes sociales	Manejo de las redes internas y extensas de apoyo social, compuestas por Organizaciones e Instituciones Gubernamentales y no gubernamentales, nacionales e internacionales para la resolución de problemáticas de la población	5
Atención de Público e Imputados e imputadas indígenas	Implica la capacidad de comprender las necesidades y requerimientos de clientes tanto internos como externos y de orientar los esfuerzos en la entrega de respuestas y/o soluciones que satisfagan éstos de forma oportuna y eficiente, realizando una evaluación de la calidad del servicio entregado. Implica, de un lado, poner especial atención en el uso de la lengua y del lenguaje técnico. Cuando el Imputado e imputada indígena es hablante de ambas lenguas, asegurarse que comprenda los significados y sentidos. Por otro lado, también Implica la disposición real de servir a los clientes de un modo efectivo, cordial y empático, respetando las formas y protocolo indígena. Involucra además, la habilidad para anticiparse a sus necesidades y realizar propuestas para satisfacer oportunamente las mismas.	5

ESPECÍFICAS DEL CARGO		
COMPETENCIA	DEFINICIÓN	NIVEL DE DESARROLLO
Tolerancia a la Frustración	Capacidad para reaccionar ante situaciones adversas y mantener un desempeño laboral de calidad pese a las en situaciones desfavorables o de alta exigencia. Es la capacidad para tolerar fracasos y persistir en la consecución de objetivos mayores, exhibiendo conductas adaptativas que le permitan afrontar las diferentes dificultades que presenta el escenario laboral.	3
Manejo de Sistemas Informáticos Especializados DPP	Dominio a nivel de usuario de las herramientas y aplicaciones informáticas propias de la DPP que se utilizan en su área de gestión (tales como SIGDP; SIGO; SIAR; SIC u otras). Implica ser capaz de utilizar los sistemas disponibles, especialmente en lo referido a ingreso, actualización de datos y elaboración de reportes, de manera fluida y efectiva en las funciones que realiza.	3
ASPECTOS A CONSIDERAR		
Debe pertenecer al pueblo indígena respectivo, hablar la lengua originaria y dominar la ritualidad de protocolo indígena. Deseable formación técnica o profesional en el área de las ciencias sociales y conocimientos jurídicos.		

3.3. PERFIL DEL (LA) ASISTENTE DEL DEFENSOR ESPECIALIZADOS

IDENTIFICACIÓN DEL CARGO	
CARGO	Asistente Administrativo de Defensor Penal Especializado para Indígenas
UBICACIÓN	Defensoría Local
OBJETIVO DEL CARGO	
Prestar apoyo administrativo, que requiere la Defensoría Local para un buen funcionamiento tanto en el ámbito de atención de usuarios como la gestión de causas.	
FUNCIONES DEL CARGO	
- Administración de los insumos. - Administración de la Oficina de Partes de la Defensoría Local y coordinación y registro de notificaciones. - Atención de público y coordinación con OIRS. - Ingresar y mantener al día la información de los sistemas estadísticos de la Defensoría Penal y agenda de carpetas. - Ingresar datos sobre defensa y carpeta a los sistemas de información. Llevar registro de cada una de las gestiones efectuadas por los defensores, el facilitador, o ambos, en la tramitación de cada una de las causas indígenas que ingresan a la defensoría penal especializada para indígenas.	
ENTORNO	
1. EQUIPO DE TRABAJO	Defensores Especializados para indígenas, Facilitador Intercultural.
2. SUPERIOR DIRECTO	Defensor Local Jefe
3. CLIENTES INTERNOS	Defensor Regional, Equipo de la Defensoría Local, Facilitador de la Defensoría Regional.
4. CLIENTES EXTERNOS	Imputados, familiares de Imputados; peritos; personal de la Defensoría Regional; personal del sistema judicial.

COMPETENCIAS		
TRANSVERSALES CLAVES DEL CARGO		
COMPETENCIA	DEFINICIÓN	NIVEL DE DESARROLLO
Adaptación al Cambio	Aceptar los cambios del entorno organizacional, modificando la propia perspectiva y comportamiento. Implica poseer la flexibilidad y disposición para adaptarse en forma oportuna a nuevos escenarios.	3
Auto-gestión	Capacidad del funcionario(a) de auto-monitorearse y auto-regularse en la realización de las tareas inherentes al puesto de trabajo.	3
Toma de decisiones	Capacidad del funcionario(a) para identificar, definir, priorizar y optar por determinados cursos de acción, según un análisis integral de las posibles alternativas para enfrentar una situación o problema.	3
Compromiso con la Organización	Respetar y asumir a cabalidad, la visión, misión, valores y objetivos de la Institución. Implica la disposición para asumir con responsabilidad los compromisos declarados por la organización, haciéndolos propios.	5
Comunicación Efectiva	Escuchar y expresarse de manera clara y directa. Implica la disposición a ponerse en el lugar del otro, la habilidad para transmitir ideas y estados de ánimo, y la habilidad para coordinar acciones.	4
Confianza en Sí Mismo	Actuar con seguridad frente a situaciones nuevas y/o desafiantes, haciendo juicios positivos y realistas respecto de las capacidades propias y de su grupo de trabajo. Implica una actitud de	3

COMPETENCIAS		
TRANSVERSALES CLAVES DEL CARGO		
COMPETENCIA	DEFINICIÓN	NIVEL DE DESARROLLO
	interés en conocerse a sí mismo y desarrollar nuevas competencias.	
Iniciativa	Se refiere a la disposición del funcionario(a) hacia la búsqueda, descubrimiento y desarrollo de formas alternativas para realizar las tareas inherentes al puesto de trabajo.	3
Manejo de Conflictos	Mediar y llegar a acuerdos cuando se producen situaciones de tensión o de choques de intereses entre personas, áreas o grupos de trabajo. Implica la capacidad de visualizar soluciones positivas frente a situaciones de controversia o que sean percibidas como desestabilizadoras de la organización.	3
Orientación a la Eficiencia	Lograr los resultados esperados haciendo un uso racional de los recursos disponibles. Implica el cuidado de los recursos públicos, materiales y no materiales, buscando minimizar los errores y desperdicios.	5
Orientación al Cliente	Identificar y satisfacer las necesidades y expectativas de los clientes internos o externos. Implica la disposición a servir a los clientes, de un modo efectivo, cordial y empático.	5
Probidad	Actuar de modo honesto, leal e intachable. Implica subordinar el interés particular al interés general o bien común.	5
Trabajo en Equipo	Capacidad para integrarse, generar compromisos y colaborar eficazmente con otros en el logro de metas y objetivos.	5
Manejo de Tecnologías de Información y Comunicación	Operar las herramientas tecnológicas y de comunicación requeridas para el desempeño de sus funciones. Implica el interés por conocer y utilizar de modo regular y eficiente los programas, aplicaciones y sistemas adoptados por la Institución o área funcional.	4

ESPECÍFICAS DEL CARGO		
COMPETENCIA	DEFINICIÓN	NIVEL DE DESARROLLO
Administración de Bodega de Bienes Fungibles y Activo Fijo	Capacidad para planear, organizar, dirigir y controlar acciones enfocadas en la optimización y protección de los insumos necesarios para el funcionamiento de la institución. Implica la capacidad de aplicar técnicas de gestión de insumos con la finalidad de llevar un registro de los bienes fungibles y custodia de activo fijo.	1
Construcción de Redes y Relaciones	Es capaz de analizar estratégica y visionariamente con quién construir y mantener relaciones de colaboración a fin de optimizar resultados interinstitucionales y desarrollarse competitivamente. Incluye la disposición y habilidad para relacionarse y coordinarse efectiva y proactivamente con el entorno institucional, generando coordinaciones fluidas, efectivas y oportunas que permiten agregar valor a la gestión del trabajo.	3
Gestión del Sistema de Administración de Aranceles DPP	Ser capaz de utilizar y aplicar correctamente las normativas, criterios, procesos administrativos y herramientas que conforman el sistema de administración de aranceles de la Defensoría.	1
Justicia Penal y Proceso	Conocimiento y aplicación de legislación que regula el Sistema Penal y los sistemas procesales en Chile	2
Soporte de Hardware y Software	Ser capaz de conocer los procedimientos y técnicas para entregar la mejor opción de un hardware que pueda ser usado por la institución.	2
Técnicas de Archivo	Capacidad para administrar de manera eficiente la documentación de su área, a través del uso de técnicas y estrategias para tratamiento, almacenamiento, recuperación y difusión de la información.	3
Manejo de Sistemas Informáticos Especializados DPP	Dominio a nivel de usuario de las herramientas y aplicaciones informáticas propias de la DPP que se utilizan en su área de gestión (tales como SIGDP; SIGO; SIAR; SIC u otras). Implica ser capaz de utilizar los sistemas disponibles, especialmente en lo referido a ingreso, actualización de datos y elaboración de reportes, de manera fluida y efectiva en las funciones que realiza.	3

ESPECÍFICAS DEL CARGO		
COMPETENCIA	DEFINICIÓN	NIVEL DE DESARROLLO
ASPECTOS A CONSIDERAR		
Conocimiento de la temática indígena, de preferencia pertenecer al pueblo indígena respectivo, hablar la lengua originaria y dominar la ritualidad y protocolo indígenas. Deseable título de técnico jurídico.		

ANEXOS

ANEXO N° 1: GUÍA RÁPIDA PARA LA INTERVENCIÓN DE LA DEFENSA PENAL ESPECIALIZADA

Esta guía se deberá adaptar a las particularidades de cada etnia en lo que corresponde a la letra b (“Intervención del defensor especializado en el proceso penal”).

I. IDENTIFICACIÓN Y DERIVACIÓN DE IMPUTADOS E IMPUTADAS INDÍGENAS Y CAUSAS INDÍGENAS

1. IDENTIFICACIÓN DEL IMPUTADO O IMPUTADA INDÍGENA

Es parte de un pueblo originario si cumple con alguna de las siguientes alternativas:

- Autodefinición de indígena.
- Si tiene un documento que acredite su calidad indígena.
- Si el imputado tiene uno o los dos apellidos indígenas.
- Si el Imputado o imputada indígena se comunica naturalmente con la lengua indígena.
- Si el Imputado o imputada indígenas declara pertenecer a alguna comunidad u organización indígena.

2. IDENTIFICACIÓN DE CAUSA INDÍGENA

Una vez identificado el Imputado o imputada indígena, debemos verificar si se trata de una causa indígena. Para eso, debe chequear:

Causa de pueblo indígena: El defensor local o licitado, una vez identificado el Imputado e imputada indígena, debe determinar si se trata de una causa de pueblo indígena, es decir, aquellas en que se cumpla alguna de las siguientes condiciones:

- Atendida la naturaleza de la imputación, se destaquen cuestiones culturales relevantes para la resolución del caso, en que la cosmovisión sea un aspecto determinante. Para ello, debe pedirle al imputado(a) que relate su versión de los hechos, de manera de poder identificar:
 - Si los hechos corresponden a prácticas tradicionales de la comunidad.
 - Si la comisión del delito obedece a creencias, valores y/o religiosidad, propias de la cultura indígena.
 - Si los hechos ocurrieron en el contexto de alguna actividad o ritual tradicional.
- Atendida la naturaleza de la imputación, se destaquen cuestiones relevantes para la resolución del caso, en que el derecho indígena sea un aspecto determinante. Para ello, según el relato de los hechos que haga el imputado(a), debemos identificar alguna de las alternativas siguientes:
 - Si la comunidad contempla sanciones propias para este hecho.
 - Si existe en la comunidad un procedimiento establecido para la tramitación y resolución de este tipo de casos.

- Si la comunidad tiene una regulación propia para este tipo de casos.
- El imputad(a) o es una autoridad tradicional indígena.
- Se trata de un conflicto entre indígenas.
- Se trata de hechos que se derivan de manifestaciones relacionadas con reivindicaciones culturales, y/o derechos territoriales. Para ello, debemos verificar alguna de las alternativas siguientes:
 - Si la comunidad a la que pertenece tiene o ha tenido hechos de conflictividad cultural o territorial.
 - Si es cónyuge o pariente de dirigente o de algún imputado por tema territorial.
- El imputado indígena vive en una comunidad
- Su idioma es indígena.
- Si el Imputado es reconocido como parte por una comunidad u organización indígena.

3. LA DERIVACIÓN PARA LA DEFENSA ESPECIALIZADA

a. PROTOCOLO DE DERIVACIÓN

Una vez identificada la causa indígena, esta debe ser derivada, obligatoriamente, a la defensoría especializada o al defensor especializado. Dependiendo de si en la región hay o no una oficina de defensa especializada, el protocolo es el siguiente:

HAY OFICINA DE DEFENSA ESPECIALIZADA

TODOS ESTOS CASOS CUMPLEN CON CHECK LIST	DEFENSOR NO ESPECIALIZADO	DEFENSOR ESPECIALIZADO	OFICINA DE DEFENSA
Contacto en forma previa a primera entrevista	Deriva a oficina especializada	Consulta a Oficina especializada y deriva cuando así lo requiera aquella. De no ser requerida la derivación por la Oficina representará al imputado.	Representa al imputado
Contacto en entrevista mismo día antes de primera audiencia	Se comunica con la Oficina Especializada para que el imputado sea atendido de forma especializada. Solo en caso que la Oficina Especializada así lo indique representara al imputado o procederá a derivarlo a un defensor especializado de una oficina local. En el primer caso y de no terminar en la primera audiencia procederá a su derivación a la oficina especializada.	Consulta a Oficina especializada y deriva cuando así lo requiera aquella. De no ser requerida la derivación por la Oficina representará al imputado.	Representa al imputado
Contacto en primera audiencia	Debe tomar la audiencia, pero de ser posible debe obtener asistencia de la oficina especializada. De no terminar en primera audiencia deriva según la indicación de la oficina especializada.	Debe tomar la audiencia, pero de ser posible debe obtener asistencia de la oficina especializada. De no terminar en primera audiencia deriva según la indicación de la oficina especializada.	Representa al imputado

NO HAY OFICINA DE DEFENSA ESPECIALIZADA

TODOS ESTOS CASOS CUMPLEN CON CHECK LIST	DEFENSOR NO ESPECIALIZADO	DEFENSOR ESPECIALIZADO
Contacto en forma previa a primera entrevista	Deriva a defensor especializado.	Representa al imputado
Contacto en entrevista mismo día antes de primera audiencia	Se comunica con el defensor local especializado más cercano al tribunal para que el imputado sea atendido de forma especializada. Solo en caso que el defensor local especializado así lo indique representara al imputado, en caso contrario procederá a derivarlo a ese defensor especializado. Posteriormente, y de no terminar el caso procederá a su derivación.	Representa al imputado
Contacto en primera audiencia	Debe tomar la audiencia, pero de ser posible debe obtener asistencia del defensor especializado Local. De no terminar en primera audiencia debe derivar al defensor especializado. Siempre debe informar al defensor especializado de sus gestiones en causas indígenas.	Toma el caso

b. INTERVENCION DEL DEFENSOR ESPECIALIZADO EN EL PROCESO PENAL

a) El defensor(a) en su encuentro con el imputado(a)

En el primer contacto con su cliente, el defensor(a) debe informarle sus derechos, explicarle los alcances y limitaciones de los mismos (derecho a permanecer en silencio, a la no auto-incriminación, etc.), así como ponerlo al tanto de las consecuencias del proceso que podría abrirse en su contra.

En ese momento, el defensor(a) debe, además, procurar infundir y ganar la confianza de su cliente. Debe convencerlo de que su declaración es un derecho, es un medio de defensa y que puede darla o no, sin que por ello se presuma culpabilidad. Es importante que el defensor(a) de un indígena conozca los elementos fundamentales de la cosmovisión de los pueblos indígenas para llegar a entenderse con su patrocinado y asegurarse que el lenguaje sea comprendido.

El abogado(a) debe considerar, luego de analizar los hechos y conversar con su cliente, si existen causas de imputabilidad, causas de justificación o cualquier otra circunstancia que beneficie a su defendido(a), para configurar desde un primer momento, el rumbo que podría tomar la defensa.

En función de lo anterior, debe preguntarle a su cliente lo necesario para determinar su pertenencia indígena y determinar si es una causa indígena, para lo cual debe utilizar los criterios previstos en los números 1 y 2 del punto I de este anexo.

b) El defensor(a) especializado durante la investigación

Además de las gestiones que usualmente realiza todo defensor, el defensor especializado deberá trabajar en conjunto con el facilitador intercultural, y específicamente (check list):

- Tomar contacto con la comunidad u organización indígena a fin de examinar elementos probatorios, tanto fácticos como culturales que pudiera guiar una mejor defensa. Mantener este contacto de manera permanente durante todo el proceso.
- Identificar si se han violado bienes jurídicos tutelados por la ley penal y por instrumentos internacionales, y en especial aquellos consagrados en el Convenio 169 y la Declaración de Naciones Unidas sobre derechos de los pueblos indígenas.

- Identificar si las conductas o hechos se pueden calificar como costumbre, tradición o ejercicio de derechos (o facultades) de pueblos indígenas conforme a los estándares internacionales de protección de dichos derechos.
- Identificar si concurren circunstancias eximentes, atenuantes y/o agravantes que digan relación con ejercicio de derechos de pueblos indígenas o sirvan de base a una alegación cultural en materia penal (cultural defences y otras).
- Identificar la necesidad, momento y conveniencia de solicitud y uso de peritaje antropológico, cultural y/o social.
- Si la conducta del imputado o imputada es delito, pero es atribuible a algún tipo de sanción que haya adoptado la comunidad en contra de uno de sus miembros y dicha conducta no atenta contra derechos humanos fundamentales: privilegiar justicia comunitaria (non bis in idem). Intentar salidas alternativas que conduzcan a la solución del conflicto a través de las instituciones propias de la comunidad. Ej: tratamientos con machi.
- Velar por los derechos del imputado especialmente cuando se encuentre sujeto a medidas cautelares personales, en particular cuando esta sea prisión preventiva (Ej: determinar arraigo social en base a autoridades tradicionales).

c) El defensor especializado en la etapa de Juicio.

Si en las etapas anteriores no ha sido posible obtener alguna salida alternativa con o sin enfoque de derechos de pueblos indígenas, o pertinencia cultural, deberá invocarse en la etapa de juicio (simplificado u oral), sugiriéndose las siguientes claves:

- Privilegiar alegaciones sobre presunción de inocencia e indubio pro reo sobre la base del art. 10 n° 2 del Convenio 169 de la OIT
- Subsidiariamente (dependiendo de la estrategia más conveniente) alegar elementos relativos a los derechos de los pueblos indígenas y elementos culturales para la Teoría del Caso.

d) Teoría del Caso

(i) Aspectos generales a considerar:

- Principio de igualdad y de respeto a autonomías culturales en materia penal.
- Cultural defences y otras defensas vinculadas a la cultura (Ej: atipicidad, causas de justificación, etc).
- Valor de la costumbre indígena en materia penal y su prueba. Uso del peritaje antropológico y/o peritaje social.
- Límites de la costumbre indígena en materia penal: derechos humanos fundamentales entendidos conforme a los criterios ya analizados.
- Respeto y reconocimiento al derecho consuetudinario indígena.

(ii) Claves Específicas en la Teoría del Caso en delitos cometidos en ejercicio de derechos de pueblos indígenas.

- Sanciones comunitarias que siendo delito atentan contra derechos humanos fundamentales: debe verse caso a caso considerando los límites impuestos por derechos humanos fundamentales entendidos en la forma dicha. Puede usarse cualquiera de las siguientes vías según lo crea conveniente la defensa una vez estudiados los antecedentes del caso:
 - a) Justificación: art. 10 N°9 CP (Por ejemplo, casos de delitos sexuales)
 - b) Exculpación: error de prohibición / error de comprensión culturalmente condicionado
 - c) Atipicidad: error de tipo culturalmente condicionado
- Conductas lícitas de acuerdo con la cultura comunitaria que afectan a derechos humanos fundamentales:
 - a) En casos tales como: transporte o uso de drogas para fines religiosos o rituales, usurpaciones de terrenos en conflicto, hurtos de madera en territorios que antes pertenecían a la comunidad por merced o son ancestrales:
 - ✓ Intentar una justificación en virtud del ejercicio legítimo de un derecho (art. 10 N°20 CP). En casos en delitos cometidos en terrenos en conflicto, es deseable contar con el título de merced si es que existiera fin de allegarlo como prueba, o con testimonios de ancianos de la comunidad.
 - ✓ Subsidiariamente alegar una exculpación: error de prohibición o error de comprensión culturalmente condicionado.
 - ✓ Penas comunitarias por conductas mágicas y conductas atribuibles por el sujeto o la comunidad a fenómenos paranormales: Evaluar el derecho que se ve afectado, a fin de intentar una justificación (vía 10 N°10 CP) o una exculpación (error de prohibición o comprensión culturalmente condicionado).

e) El defensor especializado en la etapa de ejecución

Si finalmente del proceso resulta una sentencia condenatoria, deberá distinguirse según la clase de sanción, para la intervención del defensor (check list):

- Si fue condenado a pena privativa de libertad con alguna medida alternativa que implique su puesta en libertad (remisión condicional o libertad vigilada), el defensor deberá asistir al condenado en los primeros trámites de dicha ejecución, asegurándose que comprenda las implicancias de dicha medida y los efectos de su quebrantamiento, esta asistencia incluye que la defensoría especializada acompañe al condenado la primera vez a firmar a fin de que este conozca el lugar, o lo acompañe la primera vez donde el delegado de libertad vigilada.
- Si fue condenado a reclusión nocturna el defensor deberá asistir al condenado en los primeros trámites de dicha ejecución, asegurándose que comprenda las implicancias de dicha medida y los efectos de su quebrantamiento, esta asistencia incluye que la defensoría especializada acompañe al condenado la primera vez al lugar donde debe cumplir y asegurarse que no vaya a ser sometido a prácticas ajenas a su propia cultura.
- Si fue condenado a pena privativa de libertad que deba cumplir efectivamente, el defensor deberá procurar que se cumpla en el recinto penal más cercano a su comunidad, y que el condenado no sea sometido a prácticas ajenas a su propia cultura.

ANEXO N° 2: FORMULARIO DE REGISTRO DE IMPUTADOS E IMPUTADAS INDÍGENAS Y CAUSAS INDÍGENAS

No se propone crear una nueva carpeta para las causas indígenas. No obstante, en la carpeta del defensor se deberán agregar los siguientes datos:

PERTENENCIA INDÍGENA: (VER ANEXO N°1)	ANOTAR SI / NO
MARQUE EL O LOS FACTORES QUE LO CALIFICA COMO TAL.	MARCA
a) Autodefinición de indígena.	
b) Si tiene un documento que acredite su calidad Indígena.	
c) Si el imputado tiene uno o los dos apellidos indígenas.	
d) Si el Imputado o imputada indígena se comunica naturalmente con la lengua indígena	
e) Si el Imputado o imputada indígenas declara pertenecer a alguna comunidad u organización Indígena.	

IDENTIFICACIÓN DE LA CAUSA INDÍGENA (VER ANEXO N°1)	ANOTAR SI/ NO
MARQUE EL O LOS FACTORES QUE CALIFICAN LA CAUSA COMO CAUSA INDÍGENA.	MARCA
a) Atendida la naturaleza de la imputación, se destaquen cuestiones culturales relevantes para la resolución del caso, en que la cosmovisión sea un aspecto determinante	
b) Atendida la naturaleza de la imputación, se destaquen cuestiones relevantes para la resolución del caso, en que el derecho indígena sea un aspecto determinante.	
c) El imputad(a) o es una autoridad tradicional indígena.	
d) Se trata de un conflicto entre indígenas	
e) Se trata de hechos que se derivan de manifestaciones relacionadas con reivindicaciones culturales, y/o derechos territoriales	
f) El imputado indígena vive en una comunidad	
g) Su idioma es indígena	
h) Si el Imputado es reconocido como parte por una comunidad u organización indígena	

DERIVACION A DEFENSA ESPECIALIZADA (ver Anexo N°1)	Anotar si/ no
DERIVADO POR	
DERIVADO A	

SE PROPORCIONA DEFENSA ESPECIALIZADA (VER ANEXO N°1)	Anotar si/ no
--	---------------

El facilitador intercultural deberá tener un registro de su gestión y también el registro correspondiente en SIGDP (ver indicadores en Parte III Capítulo 1 punto 1.1.3)

GESTIONES DEL FACILITADOR(A) INTERCULTURAL		
(a llenar por el facilitador intercultural)		
FECHA	TIPO DE GESTIÓN	RESULTADO

Finalmente, Tanto los peritajes como las Gestiones a la UAG se deberán registrar indicando que corresponden o sirven a causas indígenas.

Glosario

Indígena: Persona que pertenece a alguno de los pueblos indígenas. Identificada siguiendo el procedimiento explicado en el Anexo N° 1: Guía rápida para la intervención de la Defensa Especializada.

Pueblo Indígena: etnia a la que pertenece el imputado(a), reconocida en la Ley Indígena (Mapuche, Aimara, Rapa Nui o Pascuenses, las comunidades Atacameñas, Quechuas, Collas y Diaguita del norte del país, las comunidades Kawashkar o Alacalufe y Yámana o Yagán de los canales australes).

Comunidad: Comunidad indígena a que pertenece el imputado(a). Según la Ley Indígena, ley se entenderá por tal, toda agrupación de personas pertenecientes a una misma etnia indígena y que se encuentren en una o más de las siguientes situaciones: a) Provenzan de un mismo tronco familiar; b) Reconozcan una jefatura tradicional; c) Posean o hayan poseído tierras indígenas en común, y d) Provenzan de un mismo poblado antiguo.

Organización: Organización indígena –gremial, territorial, cultural, etc.- a la que pertenece el imputado(a). Ejemplo: Casa de la Mujer Mapuche; Asociación Mapuche Nehuen Mapu.

Comunidad de procedencia: En el caso de imputados(as) indígenas que viven en zonas urbanas, pero que provienen de alguna comunidad indígena, es necesario identificarla.

Autoridad Tradicional: persona que ejerce un rol de liderazgo en la comunidad indígena y al que sus miembros le reconocen autoridad y sabiduría. Ejemplo: Lonko, Machi, Werken, otro.

Lengua originaria: idioma materno del imputado(a), dependiendo de la etnia.

ANEXO N° 3: ESTÁNDARES DE DEFENSA APLICADOS A LA DEFENSA PENAL ESPECIALIZADA PARA INDÍGENAS

A continuación se presenta una selección de estándares de defensa, incorporando elementos específicos de la defensa penal especializada para indígenas.

Estos estándares pueden ser evaluados a través de las Auditorías e Inspecciones y lo que se pretende es que cuando se trate de defensores especializados, que su actuación sea adecuada a la defensa especializada en imputados indígenas.

a) Estándares de la competencia profesional del abogado o abogada en las actividades de defensa.

ESTANDAR	DESCRIPCION	OBJETIVOS	APLICACIÓN DEFENSA ESPECIALIZADA
Estándar de la defensa	El defensor resguarda lealmente en todo momento los intereses de imputadas e imputados, desde el inicio del procedimiento dirigido en su contra hasta su completa terminación, proporcionando una asesoría jurídica técnico penal adecuada, relativa al caso.	2.- El defensor(a) es diligente en la defensa de imputados(as)	El defensor(a) realiza todas las actuaciones en el tiempo que corresponde y con pertinencia cultural.
			El defensor(a) protege e invoca los derechos de los pueblos indígenas reconocidos nacional e internacionalmente y los defiende en todas las fases del proceso penal.
Estándar de la libertad	El defensor realiza las actividades necesarias para que las imputadas y los imputados no sean sometidos a restricciones de libertad arbitrarias ni ilegales.	1.- El defensor(a) verifica que la detención se efectúe de acuerdo a derecho.	El defensor(a) solicita la declaración de ilegalidad de la detención cuando verifica que en ésta hubo discriminación contra el imputado(a) por su condición de indígena.
		5.- El defensor(a) de un adolescente vela además, porque la privación de libertad se aplique como medida de último recurso, durante el período más breve que proceda y con los resguardos especiales que señala la ley.	El defensor(a) de un adolescente indígena invoca en su argumentación e insta por la aplicación de las normas especiales que protegen su libertad, especialmente su derecho al vínculo con su comunidad y su cultura.
			El defensor(a) vela por la debida separación de adolescentes y adultos privados de libertad, así como por el respeto de los derechos y protecciones especiales para adolescentes indígenas.
Estándar de la prueba	El defensor se ocupa que la prueba se produzca resguardando los intereses, derechos y garantías de la imputada y del imputado.	1.- El defensor(a) genera prueba propia a favor de su defendido(a)	El defensor(a) recaba del imputado(a) y su comunidad la información que pueda conducir a obtener prueba de descargo.
			El defensor(a) en conjunto con el facilitador intercultural, efectúa las gestiones necesarias para contar con la prueba de descargo.
			El defensor(a) ofrece prueba o solicita peritajes (culturales y/o antropológicos) u otras diligencias que favorezcan su línea de investigación.
Estándar de la defensa de grupos vulnerables	El defensor o la defensora penal pública debe conocer y aplicar en su defensa la normativa existente que proteja los derechos de los grupos vulnerables de la sociedad, tales	1.- El defensor(a) debe conocer la normativa aplicable a los grupos vulnerables de la sociedad.	El defensor(a) estudia y conoce claramente la normativa nacional e internacional que protege a los pueblos indígenas.
		2.- El defensor(a) aplica en su defensa la normativa que protege a	El defensor(a) invoca la normativa que protege a los pueblos indígenas en todas las audiencias en que ello sea

ESTANDAR	DESCRIPCION	OBJETIVOS	APLICACIÓN DEFENSA ESPECIALIZADA
	como indígenas, mujeres, extranjeros u otros, en todas las etapas del procedimiento.	los grupos vulnerables.	pertinente. El defensor(a) recoge la normativa nacional e internacional que protege a los pueblos indígenas para estructurar su estrategia de defensa, manteniendo al tanto de ello al imputado(a).

b) Estándares relativos a la relación del defensor o defensora con su cliente.

ESTANDAR	DESCRIPCION	OBJETIVOS	APLICACIÓN DEFENSA ESPECIALIZADA
Estándar de la información	El defensor penal público siempre mantendrá informados a la imputada y al imputado del estado del proceso.	1.- El defensor(a) mantendrá al imputado(a) informado de la estrategia de defensa.	El defensor(a) siempre debe velar porque la información sea comprendida por el imputado(a), por lo tanto, debe contar con la participación activa del facilitador intercultural, a fin de que: El imputado(a) comprenda lo que el defensor(a) le informa. El imputado(a) comprenda el alcance cultural de la estrategia de defensa. El imputado(a) y su comunidad participen en la definición de la estrategia de defensa. La comunidad se mantenga informada del contenido y avance de la investigación.
		2.- El defensor(a) mantiene informado al imputado(a) del contenido de la investigación y de las consecuencias jurídicas y fácticas de la persecución penal iniciada en su contra.	
		3.- El defensor(a) se entrevista con el imputado(a) desde que la investigación se dirige en su contra.	
		4.- El defensor(a) da a conocer con claridad al imputado(a) la formulación de cargos que se atribuyen en su contra y sus posibles consecuencias en las diversas etapas procesales.	
Estándar de la dignidad del imputado	El defensor(a) penal público(a) debe brindar un trato digno y respetuoso al imputado(a) y exigir a los demás intervinientes que se le brinde dicho trato durante todas las etapas del proceso.	1.- El defensor(a) brinda siempre un trato cortés y respetuoso al imputado(a)	Para los imputados(a) indígenas, la dignidad tiene que ver con su cultura. Esto significa que el defensor(a) debe respetar y exigir que se respete su condición de indígena, su cosmovisión, su religiosidad, sus autoridades tradicionales, sus ritos.
		2.- El defensor(a) exige que los demás intervinientes del proceso brinden un trato cortés y respetuoso al imputado(a) en todas las etapas del proceso.	

ANEXO N°4: CONTENIDOS MINIMOS PARA LA ESPECIALIZACION DEL DEFENSOR Y FACILITADOR INTERCULTURAL

CONTENIDOS MÍNIMOS PARA CAPACITACION
CARACTERIZACIÓN SOCIOECONÓMICA Y CULTURAL DE LA POBLACIÓN INDÍGENA
Población indígena nacional
Perfil socioeconómico (educación, ingresos, trabajo familia, salud, etc.)
Migración rural - urbana
Criterio de identificación
DEFENSA PENAL ESPECIALIZADA PARA INDÍGENAS
Definición de defensa especializada
Defensa especializada y jurisdicción especial
Defensa, derecho constitucional y principio de igualdad
Defensa especializada y derecho internacional
Multiculturalidad y vulnerabilidad cultural
Naturaleza jurídica del Convenio 169 de la OIT
Elementos de una defensa especializada
La defensa especializada con modelos de defensa
Fundamentos Legales Y Culturales Para La Existencia De Una Defensa Especializada Para Indígenas
Trabajo con comunidad y organizaciones indígenas para el apoyo de la defensa especializada
Difusión de derechos y de la defensa especializada para el apoyo de la defensa especializada
PRINCIPIOS JURÍDICOS Y NORMAS INTERNACIONALES
Derechos Humanos Principios fundamentales: No discriminación, Igualdad, Igualdad de Género, Reconocimiento de la Diversidad Cultural: Instituciones tradicionales y sistemas internos de justicia, Principios de igualdad y de respeto a las autonomías culturales en materia penal
Instrumentos Jurídicos Aplicables a los pueblos indígenas: Instrumentos Jurídicos de Carácter General, Instrumentos Jurídicos específicos para Pueblos Indígenas, Las Normas Internacionales En El Sistema Jurídico Chileno En Especial Del Convenio 169 De La OIT,
Estatuto Constitucional De Los Tratados Internacionales: El Control De Constitucionalidad Preventivo de Los Tratados Internacionales, Jurisprudencia del Tribunal Constitucional. En Cuanto A Las diferencias entre un Tratado Internacional Y Una Ley Acerca de la Acción de Inaplicabilidad y los Tratados Internacionales.
Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) su Importancia en Materia de Defensa Penal: Aspectos Generales del Convenio, El Control de la Constitucionalidad de los Tratados Internacionales, en Especial Referencia al Convenio 169 OIT, Análisis De Las Sentencia Del Tribunal Constitucional relativas Al Convenio N° 169 De La OIT, Análisis Descriptivo De La Sentencia Rol 309 Del Tribunal Constitucional. Requerimiento De Inconstitucionalidad Recaído En El Proyecto De Acuerdo Aprobatorio Relativo Al Convenio N° 169 De La OIT, Análisis Descriptivo De La Sentencia Rol 1050 Del Tribunal Constitucional: Control Preventivo Y Obligatorio Del Proyecto De Acuerdo Aprobatorio Relativo Al Convenio N° 169 OIT, Normas relevantes del convenio en materias de defensa penal, Algunos casos en los que se ha aplicado el convenio 169 de la OIT
ENFOQUE CULTURAL PARA UNA DEFENSA JURÍDICA ESPECIALIZADA
Fundamentos conceptuales, doctrinarios y jurisprudenciales: Cultura, Multiculturalismo Y Pluralismo Cultural, Pueblos Indígenas y Tribales, Derechos generalmente reconocidos a los pueblos indígenas, Género Y Pueblos Indígenas
COSTUMBRE INDÍGENA Y SISTEMA PENAL
Marco legal internacional y nacional de reconocimiento a la costumbre indígena y su reconocimiento en materia penal
Subsunción del elemento cultural en categorías dogmáticas: ¿justificación, exculpación o atipicidad?
Consideraciones especiales sobre delitos cometidos en contexto de demandas territoriales
Consideraciones de género en la estrategia de defensa para indígenas y en la teoría del caso
Proceso penal para indígenas
MODELO GENERAL DE LA DEFENSA ESPECIALIZADA PARA PUEBLOS ORIGINARIOS
Diseño programático
Definiciones estratégicas defensoría penal pública
Matriz de definiciones estratégicas para la defensa penal especializada para pueblos originarios
Estructura
Alternativas
Procesos
Perfiles

ANEXO N°5: SÍNTESIS DEL MODELO DE GESTIÓN DEFENSORÍA ESPECIALIZADA PARA INDÍGENAS.

A continuación se presenta un esquema del Modelo de Gestión para la Defensoría Penal Especializada para Indígenas, cuyos fundamentos y justificaciones se detallan en el documento, exponiendo sus principales componentes.

1. DIAGRAMA DEL MODELO DE GESTIÓN: (Ver Parte III)



2. FUNCIONES DE LA DEFENSA ESPECIALIZADA PARA IMPUTADOS INDIGENAS.

- ✓ Proporcionar defensa penal especializada a los Imputados e imputadas indígenas, cuando sean causas indígenas.
- ✓ Coordinarse con otras instituciones públicas y privadas, a fin de complementar la defensa y favorecer soluciones integrales y eficaces.
- ✓ Efectuar acciones de promoción de derechos en las comunidades indígenas.
- ✓ Mantener informados y canalizar la participación de las familias y comunidades en los procesos de defensa.
- ✓ Mantener registros actualizados de todas las causas tramitadas por la defensoría, incluyendo todas las gestiones realizadas, así como los resultados obtenidos.
- ✓ Sistematizar la experiencia acumulada y efectuar actividades de autocapacitación, para el fortalecimiento y enriquecimiento de las competencias de los equipos.
- ✓ Presentar propuestas orientadas a construir una política institucional de atención y defensa a los pueblos originarios.

3. OBJETIVOS E INDICADORES.

DEFINICIÓN	ENUNCIADO
Finalidad	Contribuir a mejorar la aplicación de garantías constitucionales y el acceso a la justicia de grupos en condición de vulnerabilidad en el país, en particular de los miembros de pueblos originarios por medio de la provisión de servicios de la DPP.
Propósito	Imputados indígenas conocen y ejercen sus derechos por medio de la defensa penal especializada.
Población	Población Potencial: La población potencial del Programa son los “imputados/as y condenados/as pertenecientes a pueblos indígena”. Población Objetivo: La Población Objetivo son los “imputados/as pertenecientes a un pueblo indígena”.
Focalización	Son criterios para determinar la pertenencia a un pueblo originario y la prestación de la defensa especializada: 1.- Es parte de un pueblo originario si cumple con alguna de las siguientes alternativas: • Autodefinición de indígena • Si tiene un documento que acredite su calidad indígena. • Si el imputado tiene uno o los dos apellidos indígenas. • Si el Imputado o imputada indígena se comunica naturalmente con la lengua indígena. • Si el Imputado o imputada indígenas declara pertenecer a alguna comunidad u organización indígena. 2.- Causa de pueblo indígena: El defensor local o licitado, una vez identificado el Imputado e imputada indígena, debe determinar si se trata de una causa de pueblo indígena ⁴²⁹ , es decir, aquellas en que se cumpla alguna de las siguientes condiciones: • Atendida la naturaleza de la imputación, se destaquen cuestiones culturales relevantes para la resolución del caso, en que la cosmovisión sea un aspecto determinante. • Atendida la naturaleza de la imputación, se destaquen cuestiones relevantes para la resolución del caso, en que el derecho indígena sea un aspecto determinante. • El imputad(a) o es una autoridad tradicional indígena. • Se trata de un conflicto entre indígenas. • Se trata de hechos que se derivan de manifestaciones relacionadas con reivindicaciones culturales, y/o derechos territoriales. • El imputado indígena vive en una comunidad y su idioma materno es indígena. • Si el Imputado es reconocido como parte por una comunidad u organización indígena. Los imputados que cumplen solo con el Número 1 no constituyen causa indígena pero serán defendidos por un defensor especializado.
Criterio de selección	El Modelo no considera mecanismos de selección dentro de la población definida como objetivo ⁴³⁰ .

DEFINICIÓN	ENUNCIADO
Componentes	5.- Servicio de defensa especializada a imputados e imputadas de pueblos originarios. Los imputados e imputadas indígenas reciben una defensa penal especializada de calidad que cautela la no afectación de los derechos de los pueblos indígenas.
	6.- Promoción de derechos de imputados e imputadas conforme a su pertenencia a un pueblo originarios.
	7.- Promoción del uso de mecanismos tradicionales de resolución de conflictos, cuando ambas partes son indígenas.
	8.- Desarrollo de un referente técnico institucional respecto de la defensa penal a los pueblos originarios

Los indicadores y cuentas que siguen serán parte de un proceso de evaluación y de cuyo resultado se podrán realizar cambios en los indicadores para mejorar la capacidad de información que proporciona cada uno de ellos.

⁴²⁹ Aquellas en que están involucrados los derechos reconocidos en la normativa internacional, tales como el Convenio 169 de la OIT y la Declaración de Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas

⁴³⁰ Con la excepción de que el imputado al ser consultado rechace ser defendido con el paradigma de causa indígena.

ENUNCIADO DEL OBJETIVO	NOMBRE INDICADOR	FÓRMULA DE CÁLCULO	MEDIOS DE VERIFICACIÓN	SUPUESTOS
FIN: Contribuir a mejorar la aplicación de garantías constitucionales y el acceso a la justicia de grupos en condición de vulnerabilidad en el país, en particular de los miembros de pueblos originarios por medio de la aplicación del modelo de defensa penal indígena de la DPP.	Porcentaje de Defensorías Regionales que proporcionan defensa penal indígena con base en el modelo de defensa penal indígena respecto del total de Defensorías Penales Regionales.	$((\text{Número Defensorías Penales Regionales que prestan de defensa penal indígena con base en el modelo de defensa penal indígena} / \text{Número Defensorías Penales Regionales})) * 100$	SIGDP.	Existe una política nacional sobre defensa especializada indígena incorporada en el modelo general de defensa penal indígena debidamente sancionada por el Defensor Nacional con una resolución que lo aprueba. Existe financiamiento para la expansión de la prestación de defensa penal indígena por DIPRES.

ENUNCIADO DEL OBJETIVO	NOMBRE INDICADOR	FÓRMULA DE CÁLCULO	MEDIOS DE VERIFICACIÓN	SUPUESTOS
PROPOSITO: Imputados indígenas conocen y acceden a la defensa de sus derechos en materia penal.	Porcentaje de la población objetivo que conoce sus derechos	$((\text{Población imputada indígena que conoce sus derechos} / \text{total de la población imputada indígena})) * 100.$	Estudio muestral de imputados DPP	Existe financiamiento fiscal para la expansión de la prestación de defensa penal indígena. El componente 1, 2, 3 y 4 se han ejecutado adecuadamente
	Porcentaje de imputados por causa indígena que aceptan ser defendidos de forma especializada con relación al total de imputados por causas indígenas.	$((\text{Total de imputados de imputados por causa indígena, que aceptan ser defendidos de forma especializada} / \text{total de imputados por causa indígena})) * 100$	SIGDP.	

ENUNCIADO DEL OBJETIVO	NOMBRE INDICADOR	FÓRMULA DE CÁLCULO	MEDIOS DE VERIFICACIÓN	SUPUESTOS
COMPONENTE 1: Servicio de defensa especializada a imputados e imputadas de pueblos originarios. Los imputados e imputadas indígenas reciben una defensa penal especializada de calidad que cautela la no afectación de los derechos de los pueblos indígenas.	Porcentaje de defensorías regionales con defensor especializado y facilitador intercultural en relación con el total de defensorías regionales	$((\text{Número defensorías regionales con defensor especializado y facilitador intercultural} / \text{total defensorías regionales})) * 100$		Existe financiamiento fiscal para la expansión de la prestación de defensa penal indígena. El componente 2, 3 y 4 se han ejecutado adecuadamente
	Porcentaje de causas indígenas con relación al total de causas del defensor especializado	$((\text{Número causas indígenas a cargo de defensor especializado} / \text{total de causas a cargo del defensor especializado})) * 100$	SIGDP	
	Porcentaje de la población imputada indígena que es defendido por defensor especializado con relación al total de de imputados	$((\text{Total de imputados de imputados indígenas defendidos por defensor especializado} / \text{total de imputados a cargo del defensor especializado})) * 100$	SIGDP.	

ENUNCIADO DEL OBJETIVO	NOMBRE INDICADOR	FÓRMULA DE CÁLCULO	MEDIOS DE VERIFICACIÓN	SUPUESTOS
	Porcentaje de Usuarios indígenas satisfechos con el servicio de defensa especializada	((número de imputados indígenas de causas indígenas que se declaran satisfechos con los servicios entregados / número total de imputados de causas indígenas))*100	Encuesta a usuarios	
	Visita de Cárcel	((Imputados que visitados según lo programado)/(Imputados privados de libertad)) *100	SIGDP	
	Solicitud de Plazo Judicial de Investigación	((Imputados formalizados con plazo judicial)/(Imputados formalizados)) * 100	SIGDP	
	Apercibimiento del plazo judicial	((Imputados con investigación abierta, con plazo vencido y con apercibimiento del cierre de la investigación)/(Imputados con inv. abierta y vencidos)) * 100 ⁴³¹	SIGDP	

ENUNCIADO DEL OBJETIVO	NOMBRE INDICADOR	FÓRMULA DE CÁLCULO	MEDIOS DE VERIFICACIÓN	SUPUESTOS
COMPONENTE 2: Difusión de Derechos a pueblos originarios.	Porcentaje de comunidades de pueblos originarios que reciben difusión de derechos	(Número de comunidades o representantes indígenas con charlas o reuniones informativas sobre derechos y rol de la DPP / total comunidades indígenas)*100	Informe de Facilitador y defensor. catastro de comunidades y representantes	Comunidades y organizaciones indígenas tienen interés y necesidad de información sobre sus derechos. Se cuenta con facilitadores interculturales o de profesionales debidamente capacitados.
	Costo promedio en difusión por condenados	(gasto total de cartillas, afiches, charlas y reuniones con autoridades tradicionales / total de la población que participó en las actividades de difusión o recibió información verbal o escrita)	Sistema de información DPP.	

ENUNCIADO DEL OBJETIVO	NOMBRE INDICADOR	FÓRMULA DE CÁLCULO	MEDIOS DE VERIFICACIÓN	SUPUESTOS
COMPONENTE 3: Propiciar el uso de mecanismos tradicionales de resolución de conflictos, cuando ambas partes son indígenas.	Cuando ambas partes son indígenas: Porcentaje de acuerdos reparatorios y suspensiones condicionales ⁴³² solicitadas aceptadas por el juez respecto al total de acuerdos reparatorios y suspensiones condicionales las presentados	Cuando ambas partes son indígenas: (Número de solicitudes de acuerdos reparatorios y suspensiones condicionales aprobados por el juez / número solicitudes de acuerdos reparatorios y suspensiones condicionales presentadas al tribunal)*100	SIGDP	Jueces dictaminan las solicitudes conforme a las posibilidades en que la ley permite el uso de mecanismos tradicionales de resolución de conflictos

⁴³¹ Se entenderá apercibido cuando se ingrese la gestión – Actuación del Defensor – Solicitar Apercibimiento para el cierre de la investigación

⁴³² Cuando la causa califica para ello

ENUNCIADO DEL OBJETIVO	NOMBRE INDICADOR	FÓRMULA DE CÁLCULO	MEDIOS DE VERIFICACIÓN	SUPUESTOS
	Cuando ambas partes son indígenas: Promedio de solicitudes en materia de acuerdos reparatorios y suspensiones condicionales presentadas por defensor especializado	Cuando ambas partes son indígenas: (Número de solicitudes de acuerdos reparatorios y suspensiones condicionales presentadas por los defensores especializados cuando la causa califica / número de defensores especializados)	SIGDP	

ENUNCIADO DEL OBJETIVO	NOMBRE INDICADOR	FÓRMULA DE CÁLCULO	MEDIOS DE VERIFICACIÓN	SUPUESTOS
COMPONENTE 4: Sistematización de la experiencia acumulada para el fortalecimiento de la defensa especializada	N° de etnias con modelo ajustado para defensa indígena especializada	(Número modelos generales de defensa penal indígena con parte II ajustada a cada pueblo originario / número de pueblos originarios)*100	Modelo de defensa especializada adaptado según pueblo originario predominante aprobado y distribuido por Defensor Regional	Se tiene un modelo de defensa penal indígena sancionado formalmente por el Defensor Nacional. El sistema de información de la DPP es adecuado para ingresar información conforme al modelo y puede emitir reportes pertinentes
	Porcentaje Regional de defensores con capacitación o curso de defensa penal indígena	(N° de defensores con capacitación o curso de defensa penal indígena por región / número de defensores que prestan defensa penal a imputados indígenas por región)	Informe de sobre el Plan de capacitación nacional.	Existe presupuesto PAC para iniciar y fortalecer la especialización de defensores y facilitadores
	Porcentaje de facilitadores con Taller o curso sobre defensa penal indígena	(N° de de facilitadores con Taller o curso sobre defensa penal indígena / número de facilitadores)	Informe de sobre el Plan de capacitación nacional.	
	Porcentaje de defensores y facilitadores satisfechos con formación en defensa penal indígena	(Número defensores y facilitadores satisfechos con su formación en defensa penal indígena / Número defensores y facilitadores)*100	Encuesta RRHH	
	Cumplimiento de Tiempos de ingreso de datos al SIGDP.	promedio de días entre la fecha del evento (gestión o causa) y la fecha de registro en el SIGDP ⁴³³	SIGDP	
	Porcentaje de Causas con inconsistencia de datos.	((Causas con problemas de consistencia de información básica)/(Total de causas tramitadas en el año))* 100 ⁴³⁴	SIGDP	

⁴³³ El promedio de días de ingreso se calculará en base a diferencia entre la fecha de en que se realizó la actividad (gestión o ingreso de causa) y la fecha en que esta se ingresó al sistema. Las causas consideradas son las tramitadas en el año, es decir las causas vigentes más las terminadas durante el año. Se debe tener en consideración al momento de la medición el ingresos de causas que vienen de particulares, ya que al actualizar las gestiones estas se digitan en forma desfasada

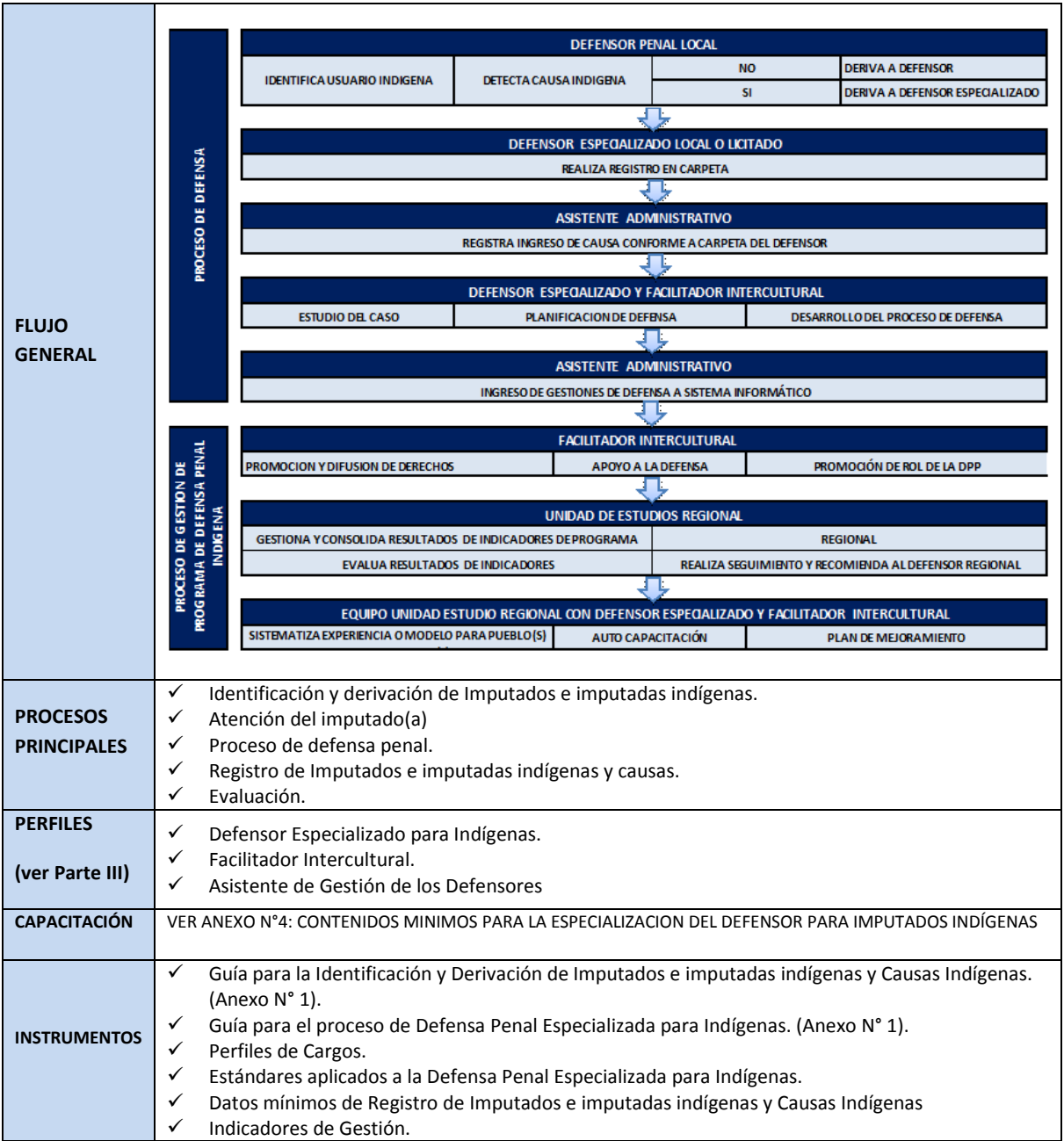
⁴³⁴ Se entenderá por causas con problemas de consistencia de datos las que presenten alguna de las siguientes situaciones: Registra imputados repetidos. No registre imputados. No registre gestiones (desde inicio de investigación ó simplificado). Estén asignadas a defensores no vigentes. No registra delito. No registra fecha de delito (desde inicio de investigación ó simplificado). Se entenderá causas tramitadas en el año a los que se encuentren actualmente vigentes en le SIGDP o hayan terminado durante el año.

ENUNCIADO DEL OBJETIVO	NOMBRE INDICADOR	FÓRMULA DE CÁLCULO	MEDIOS DE VERIFICACIÓN	SUPUESTOS
	Tasa de término de causas con inicio de procedimiento	((Imputados terminados en el periodo que hayan tenido una gestión de inicio de procedimiento)/(Imputados que iniciaron procedimiento en el periodo)) * 100 ⁴³⁵	SIGDP	
	Tasa de simplificado efectivo	((Simplificado NO acepta responsabilidad terminado por facultativo del MP o sentencia)/(Simplificado aceptando responsabilidad terminado por facultativo del MP o sentencia)) * 100	SIGDP	
	Entrevista con imputado citado	((Imputados que obtuvieron cita con el defensor antes de la audiencia de simplificado, se presentaron a la citación y son atendidos por el defensor antes de los 30 minutos)/(Imputados que acudieron a la Defensoría al menos 10 días antes de la audiencia de simplificado a solicitar cita con el defensor y posteriormente se presentan a la citación)) *100	SIGDP	
	Causas sin movimiento	(Causas con más de 60 días sin ingresar gestiones al SIGDP)/(Total de causas vigentes) * 100	SIGDP	
	Tiempos Promedio de Tramitación de Causas	Tiempo promedio de tramitación de imputados en procedimiento ordinario o simplificado. ⁴³⁶	SIGDP	
	Difundir material de apoyo para defensores y facilitadores que atienden causas indígenas	N° Promedio de Boletines de jurisprudencia al trimestre de nivel nacional.	Informe DEP	
	Apoyo a defensores que realizan consulta sobre causas indígenas	N° Promedio de respuesta a consultas sobre defensa en el plazo al trimestre de nivel regional	Informe UER	

⁴³⁵ Se entenderá que un imputado inicio un procedimiento cuando haya tenido una gestión de formalización en el procedimiento ordinario o una audiencias de aceptación o no aceptación de responsabilidad en el simplificado. En los imputados terminados en el periodo no importa la fecha en que haya realizado la gestión de audiencia de inicio de procedimiento, sólo que esta esté desarrollada. Para el caso de un prestador licitado es necesario que se le entregue un porcentaje de causas vigentes no menor al señalado en las bases respecto del ingreso anual de la zona. Serán excluidos del cómputo aquellas causas traspasadas a defensor penal público desde abogado particular, en las que ya se haya realizado audiencia de inicio de procedimiento.

⁴³⁶ Se calculará desde la fecha de audiencia en que la causa deja el estado de investigación “Inicio de Notificación”, que en definitiva fecha en que se consideran causas con “inicio de procedimiento”.

ESTRUCTURA	
ALTERNATIVA 1: OFICINA DE DEFENSA ESPECIALIZADA INDIGENA.	
ESTRUCTURA INTERNA (alternativa Oficina Especializada exclusiva)	<pre> graph TD DJ[Defensor Jefe] --- S[Secretaria/o] DJ --- DE[Defensor Especializado] DJ --- FI[Facilitador Intercultural] DJ --- AG[Asistente de Gestión de los Defensores] DJ --- UE[Unidad Especializada Carahue] DJ --- UE2[Unidad Especializada Collipulli] UE --- DFA1[Defensor Facilitador Asistente] UE2 --- DFA2[Defensor Facilitador Asistente] </pre>
ESTRUCTURA	
ALTERNATIVA 2: OFICINA LOCAL CON DEFENSOR ESPECIALIZADO Y FACILITADOR EN U.E.R. O PERITO EXTERNO	
ESTRUCTURA INTERNA (alternativa Oficina Local con defensor especializado) Solo acepta operación de Oficina Licitada con defensor especializado y facilitador	<pre> graph TD UER[UNIDAD DE ESTUDIOS REGIONAL] --- P[PERITO] UER --- FI[FACILITADOR INTERCULTURAL] P -.-> FI UER --- UAGD[UNIDAD APOYO A LA GESTION DE DEFENSA] UER --- DL[DEFENSORÍA LOCAL] DL --- DE[DEFENSOR ESPECIALIZADO] DL --- AS[ASISTENTE] </pre>
SERVICIO	Asistencia jurídica en materia penal, especializada en la temática indígena considerando los estándares internacionales de reconocimiento y protección a derechos de los pueblos indígenas.



BIBLIOGRAFÍA

A

- Acosta Sánchez, José. "FORMACIÓN DE LA CONSTITUCIÓN Y JURISDICCIÓN CONSTITUCIONAL", ed. Tecnos, Madrid 1998.
- Alexy, Robert, *Teoría de los Derechos Fundamentales*. Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, España.
- Amolef, A. "La alteridad en el discurso mediático: Mapuches y la prensa chilena II" en Boletín IFP Mundo Indígena. Junio 2004. Año 1. Nº 7. p.22.
- Anaya, James. "Principios Internacionales Aplicables a la Consulta en Relación con la Reforma Constitucional en materia de derechos de los pueblos indígenas en Chile" (Apéndice A, infra).
- Anaya, James. Comisión de Derechos Humanos de la ONU. La situación de los pueblos indígenas en Chile: Seguimiento a las recomendaciones hechas por el Relator Especial anterior. Informe del Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas. Consejo Económico y Social Naciones Unidas. 5 de octubre de 2009. p.5.
- Angeli Franco, Milano, 1979, pp.25-98, esp. pp.31-32.
- Araujo Grijalva, Susana. "Reto rural, un proyecto con pertinencia cultural". en ALLI KAUSAY. Folleto temático de la COSUDE en el Ecuador N°8, noviembre 2006, pp. 3 - 5 esp. p.3. *Disponible en www.cooperacion-suiza.admin.ch/.../resource_es_100259.pdf (fecha consulta: 9 junio 2010)*.
- Aravena, A. "Identidad indígena en los medios urbanos. Procesos de recomposición de la identidad étnica mapuche en la ciudad de Santiago" en Boccara, Guillaume & Galindo, Sylvia (Editores). *Lógica mestiza en América*. Instituto de Estudios Indígenas. Universidad de La Frontera. Temuco. 1999.
- Arroyo Zapatero, Luis. "Terrorismo y Sistema Penal", en Reforma, Política y Derecho, Actas del Curso celebrado en la Universidad Internacional Menéndez Pelayo, Ministerio de. Justicia, Secretaría General Técnica, Madrid, 1985, p.155.
- Asociación Iberoamericana de Ministerios Públicos, la Asociación Interamericana de Defensorías Públicas, la Federación Iberoamericana de Ombudsmen y la Unión Iberoamericana de Colegios y Agrupaciones de Abogados "Carta de Derechos de las Personas ante la Justicia en el Espacio Judicial Iberoamericano" (Cancún 2002), apartados 23 a 34 relativos a "Una justicia que protege a los más débiles".
- Aukiñ Wallmapu Ngulam. El pueblo Mapuche y sus derechos fundamentales. Kolping. Temuco. 1997.
- Aylwin, José. Tierra y territorio mapuche: Una análisis desde una perspectiva histórico jurídica. Documento de trabajo Comisión Verdad Histórica y Nuevo Trato. Santiago. 2002. p.9.
- Aylwin, J. y Yáñez, N. (Editores). El gobierno de Lagos, los pueblos indígenas y el "nuevo trato": Las paradojas de la democracia chilena. LOM Ediciones. Santiago. 2007. p.16-17.
- Aylwin, J. las implicancias de la ratificación del Convenio 169 de la OIT en Chile. Documento de Trabajo N°10, Observatorio ciudadano, septiembre de 2009.
- AZKINTUWE, Periódico País mapuche: www.azkintuwe.org/julio103.htm

B

- Baratta, Alessandro. "Notas para una teoría de la liberación" en Poder y Control, Nº 1, 1987. p.107.
- Baratta, Alessandro. "Principios de Derecho Penal Mínimo", en Criminología y Sistema Penal (compilación in memoriam a A. Baratta), Buenos Aires: Edit. B de F, 2004, pp.299-333.
- Barón Quintero, "Legislación y Jurisprudencia. Código Penal, Título XXI, Delitos contra la Constitución", en Delincuencia organizada. Aspectos penales, procesales, y criminológicos, Ferré Olivé, J.C. y Anarte Borallo, E. Eds., Publicaciones Universidad de Huelva, 1999, pp.272-273
- Barrientos, M. "El Logko: Autoridad Tradicional Mapuche". 2009.
- Barrientos, I. "Licitud del porte u uso de la hoja de coca". Rev. Política Criminal, Nº5, 2008, pp.1-30. *Disponible en www.politicacriminal.cl (fecha consulta, 11 junio 2010)*.
- Barth, Fredrik (Comp.). Los grupos étnicos y sus fronteras. La organización social de las diferencias culturales. Fondo de Cultura Económica. México. 1976. p.11.
- Bello, A. "La familia mapuche durante la radicación" en Rodó, Andrea y Valdés, Ximena (Eds.). Aproximaciones a la familia. Propositiones Nº 26. Sur Ediciones. Santiago. 1997. pp.194-205.
- Benadava, Santiago, Las relaciones entre derecho internacional y derecho interno ante los tribunales chilenos, en Nuevos enfoques del Derecho Internacional, Editorial Jurídica de Chile, 1992, pp. 10- 18

Bengoa, José. Historia del pueblo mapuche (Siglo XIX y XX). Sur Ediciones. Santiago. 1987.

Bengoa, José. Breve historia de la legislación indígena en Chile. Comisión Especial de Pueblos Indígenas. Santiago. 1990. p.46

Bengoa, José. Conquista y barbarie. Ediciones Sur. Santiago. 1992. p.102

Bengoa, J. "Los mapuches, comunidades y localidades en Chile". Propositiones 13. Ediciones Sur. Santiago. 1997.

Bengoa, José. Historia de un conflicto. El Estado y los Mapuches en el siglo XX. Planeta/Ariel. Santiago. 1999. p.53

Bengoa, José. "Minorías: Existencia y Reconocimiento". Documento. Año 2000. E/CN.4/Sub.2/AC.5/2000/WP.2.3.

Benítez Jiménez, M.J. "Estudio de una regulación anunciada: el delito de maltrato habitual" Anuario de Derecho penal y Ciencias Penales, 1999, p.416.

Bertelsen Repetto, Raúl. "Rango jurídico de los tratados internacionales en el Derecho chileno", en Revista chilena de derecho, Vol. 23, Nº 2-3, 1996, págs. 211-222.

Bolivia, Presidencia de la República, "Creación del servicio de asistencia jurídica a pueblos indígenas y originarios decreto supremo nº 26151", Presidencia de la Republica, Bolivia, 2001.

Bonilla Maldonado, D. La Constitución Multicultural. Trad. de Magdalena Holguín y Daniel Bonilla M., Siglo del Hombre Editores., Universidad de Los Andes, Fac. Derecho, Pontificia Universidad Javeriana, Instituto pensar, Bogotá, 2006, p. 277.

Bonino, Luis (2002): Masculinidad hegemónica e identidad masculina" en: Dossiers Feministes. Masculinitats: mites, de/construccions i mascarades. Seminari d'Investigació Feminista. Universitat Jaume I.

Bravo, M. Incesto y violación. Características, implicaciones y líneas terapéuticas del abuso sexual en Chile. Universidad Academia de Humanismo Cristiano. Santiago. 1994.

Brett, S. Indebido Proceso: Los Juicios Antiterroristas, los Tribunales Militares y los Mapuche en el Sur de Chile, Human Rights Watch / Observatorio de los Derechos de los Pueblos Indígenas, octubre 2004, Vol. 16, Nº 5(B). p.17.

Bustos, J.- Hormazábal, H. Lecciones de derecho penal. Edit. Trotta, Barcelona, 1997, p. 347

C

Calderón Cerezo- Choclán Montalvo. Derecho Penal. T. II. Parte Especial, edit. Bosch, 1999, pp. 1128-1238

Calfio, Margarita- Velasco, Luisa. Mujeres indígenas en América Latina: Brechas de género o de étnia? En Seminario Internacional Pueblo Indígenas y afrodescendientes de América Latina y El caribe: Relevancia y pertinencia de la información sociodemográfica para políticas y programas. CEPAL, Santiago de Chile, 27 al 29 de abril de 2005, p.3.

Camacho, F. "Historia reciente del pueblo Mapuche (1970-2003): Presencia y protagonismo en la vida política de Chile" en Pensamiento Crítico. Revista Electrónica de Historia. Nº 4. Noviembre 2004. En: http://www.pensamientocritico.cl/attachments/097_f-camacho-num-4.pdf

Caniguan, J. "Apuntes sobre el pentukun mapuche. Mari mari lamgen" en Periódico Azkintuwe. Edición Aniversario. Febrero-marzo 2005. p.15.

Carbonell Mateu- Gonzalez Cussac; (en Vives Antón, T.S. Coord.) Comentarios al Código Penal de 1995, Vol.I, Valencia, 1996, p.801.

Carnevali, Raúl. "El multiculturalismo: un desafío para el derecho penal moderno". En Rev. Política criminal, Nº3, 2007, siguiendo a Kymlicka, Will. Ciudadanía multicultural. Trad. Castell, C. Ed. Paidós, 1996, nota 21, p.6. *Disponible en* www.politicacriminal.cl.

CASOS, ESTUDIOS DE:

Caso del Tribunal Constitucional, sentencia de 31 de enero de 2001.

Caso Villagrán Morales y otros, sentencia de 19 de noviembre de 1999.

Caso Blake, sentencia de 24 de enero de 1998 y en caso Durand y Ugarte, sentencia de 16 de agosto del 2000.

Caso Castillo Petrucci, sentencia de 30 de mayo de 1999, similar en caso Cantoral Benavides, sentencia de 18 de agosto de 2000

Caso Genie Lacayo, sentencia del 29 de enero de 1997.

Caso Loayza Tamayo, sentencia del 17 de septiembre de 1997.

Caso Durand y Ugarte.

Caso Cantoral Benavides, de 18 de agosto de 2000.

Caso Suárez Rosero, sentencia de 12 de noviembre de 1997.

Castro, M.- Vergara, J. (Eds.), Villegas, M., Albornoz, P. et. Al. Jurisprudencia Indígena. Cosmovisión y legislación, Programa de Antropología Jurídica Universidad de Chile. Ministerio de Justicia. Dic. 2009.

CEDAW, Comunicación Nº 2/2003, Sra. A. T. vs. Hungría, 32º período de sesiones, 26 de enero de 2005.

Centro de Derechos Humanos. Informe Anual sobre Derechos Humanos en Chile 2003. Hechos de 2002, Facultad de Derecho Universidad Diego Portales, Santiago. p.298.

Centro de Derechos Humanos. Informe Anual sobre Derechos Humanos en Chile 2007. Hechos de 2006, Facultad de Derecho Universidad Diego Portales, Santiago. 2007. p.398.

CEPAL. Ni una más. El derecho a vivir una vida libre de violencia en América Latina y el Caribe. Santiago. 2007. p. 63.

Cerda, Rodrigo (2009): "Situación socioeconómica reciente de los Mapuches en la Región de La Araucanía" en Estudios Públicos, Nº 113 (verano), p. 27-107

Código Penal Boliviano, Art. 19 del Anteproyecto de Código Penal Boliviano.

Código Procesal Penal. Chile.

Colombo C, Juan. "El debido proceso constitucional", Cuadernos del Tribunal Constitucional, Santiago, Chile, 2006, pag. 129.

CONADI, La Política de Tierras de la Corporación Nacional de Desarrollo Indígena.

Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado. Informe de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento, la ley Nº 19.253.Boletín Nº 4.188-07. 2006. p.13.

Comisión de Trabajo Autónoma Mapuche (2003): Wajontunmapu: Territorio y tierras mapuches. Documento de discusión preliminar". Documento de trabajo Comisión de Verdad Histórica y Nuevo Trato. Temuco. Marzo 2003.

Comisión de Verdad Histórica y Nuevo Trato. Propuesta de informe de la Comisión de Verdad Histórica y Nuevo Trato (CVNTH). Fuente: http://biblioteca.serindigena.org/libros_digitales/cvhynt/index.html. Fecha visita: 30-10-2008.

Comité De Derechos Humanos De Naciones Unidas, Observación General Nº 23, Derechos de las minorías (Art. 27): 08/04/94. CCPR Observación general 23. (General Comments), párr 6.1 y 3.2 respectivamente.

Connell, Robert (1995): "La organización social de la masculinidad" en: Valdés, Teresa y José Olavarría (edc.). Masculinidad/es: poder y crisis, Cap. 2, ISIS-FLACSO:Ediciones de las Mujeres Nº 24, pp. 31-48;

Contreras, C. Koyang: Parlamento y protocolo en la diplomacia mapuche-castellana. Siglos XVI – XIX. Centro de Investigación y Documentación Chile – Latinoamérica. Berlín. 2007. p.38.

Constitución Política de la República. Artículo 19 Nº 24.

Coordinadora de Comunidades en Conflicto Arauco Malleco. I parte. Historia de la CAM" en Weftun, Año 1, Nº 1, noviembre 2001.

Cordero Q., Eduardo, Los principios y reglas que estructuran el ordenamiento jurídico chileno, en Ius et Praxis [en línea], 2009, vol.15, nº 2, pp. 11-49. ISSN 0718-0012, p. 39.

Corporación Chilena de la Madera. Memoria anual 2003. CORMA. 2003. p.46.

Corporacion HUMANAS, VI Encuesta Nacional "Percepción de las mujeres sobre su situación y condiciones de vida en Chile, año 2009", Julio- Agosto 2009. Disponible en <http://www.observatoriogeneroyliderazgo.cl> (fecha consulta: visita 10 julio 2010).

Corporación de Servicios y Asesoría Técnica y de Desarrollo de Mujeres Mapuche (2008): Estudio comparado sobre violencia intrafamiliar en seis comunas de la provincia de Cautín. Servicio de Salud Araucanía Sur. Programa de Salud con Población Mapuche. Temuco.

Correa, Rodrigo, Informe de Constitucionalidad Convenio 169 sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes, de la OIT, COMISIÓN DE VERDAD HISTÓRICA Y NUEVO TRATO, Subcomisión de Legislación, 2002.

Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-778/05. Acción de tutela transitoria Sentencia de la Sala Tercera de Revisión de la Corte Constitucional Bogotá, D.C., veintisiete (27) de julio de dos mil cinco (2005)

Corte Constitucional Colombiana, Sentencia Tutela -349/96, de 8 de agosto 1996, Caso Ovidio Wasorna.

Corte Constitucional Colombiana, Sentencia T-496/96; Ídem, Sentencia T-523/97.

Corte Constitucional Colombiana, Sentencias T-349/96 y T-778/05.

Corte de Apelaciones de Antofagasta Rol 250-2007, de 5.-11-2007 c/ N.A.M.L. y otro. Sentencia.

Corte De Apelaciones De Iquique, fallo Agua Mineral Chusmiza con Comunidad Aymara Chusmiza-Usmagama, Rol 817-2006, considerando 9°.

Corte De Apelaciones De Iquique Caso Agua Mineral Chusmiza SAIC vs. Comunidad Indígena Aymará Chusmiza, 31 de agosto de 2006, fallo ratificado por la CORTE DE APELACIONES DE IQUIQUE, Rol 817, año 2006

Corte De Apelaciones De Temuco, Puelman con COREMA de la Araucanía (Caso Lof Palguin), Rol N° 1705-2009, considerando 10°orte de Apelaciones de Temuco, Rol N° 1773-2008, considerando decimoquinto.

Corte Interamericana De Derechos Humanos, Comunidad (Mayagna) Awas Tigngi con Nicaragua (2001), párr. 83-d, 146, 148 p. 24.

Corte Interamericana, Caso de la Comunidad Yake Axa vs. Paraguay (2005) párrafos 135, 137146 y 147.

Corte Interamericana, Caso de la Comunidad Sawhoyamaya vs. Paraguay (2007), párr. 121 al 131.

Corte Interamericana, Caso Saramaka vs. Surinam (2007), párr. 110, 122, 194 c).

Corte Interamericana De Derechos Humanos CIDH, Caso 12.051, Informe N° 54/01, Maria Da Penha Maia Fernandes vs. Brasil, Informe Anual, 2000, OEA/Ser.L/V.II.111 Doc.20 rev. 2000.

Corte Suprema, Comunidad Atacameña de Toconce vs. Essan S.A, Rol N° 986-2003, considerando 6°.

Corte Suprema, Agua Mineral Chusmiza con Comunidad Aymara Chusmiza-Usmagama, Rol N° 2840-08.

Corte Suprema, fallo Agua Mineral Chusmiza con Comunidad Aymara Chusmiza-Usmagama, Rol N° 2840-08, considerando 7°.

Corte Suprema, Caso Machi Francisca Linconao con Sociedad Palermo Ltda., Rol N° 7287-2009.

Corte Suprema, c/ Zapata y Romo, Rol N° 3452-2006, considerando 73°.

Corte Suprema (Rol N° 1525-2010)

Corte Suprema de Justicia, Fallo 5 diciembre 2001, R.G.J., 258.

Cumbre Judicial Iberoamericana. Documento presentado por el grupo de trabajo a la tercera reunión preparatoria. Andorra, 4 al 8 de febrero de 2008

Cumplido, Francisco, Alcances de la modificación del artículo 5° de la Constitución Política chilena en relación a los tratados internacionales. mayo-agosto 1996, en Revista Chilena de Derecho, Vol 23 N° 2 y 3, Tomo I.

Cumplido Cereceda, Francisco. "Los Tratados Internacionales y el artículo 5° de la Constitución", en Revista Ius et Praxis, Año 2 N° 2, 1997, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad de Talca, Chile, pp. 95-96

Cury Urzúa, Enrique, *Derecho Penal. Parte General*. Ediciones Universidad Católica de Chile, Santiago, Chile, 2005.

CH

Chirif, et al., El indígena y su Territorio, 1991, en Revista Asuntos Indígenas, número 4, 2004, p.4.

D

Defensoría de la Mujer Indígena en Guatemala, Decreto Legislativo 32-87 de 28 de mayo de 1987 que reforma la ley de la Comisión y del Procurador de los Derechos Humanos, y Acuerdo Gubernativo 525-99 de 19 de julio de 1999 que crea la Defensoría de la Mujer Indígena en Guatemala.

Defensoría Penal Pública. "Evaluación de las concepciones de género de los/las defensores/as públicas". Departamento de Estudios Defensoría Penal Pública. Octubre 2009. Disponible en www.dpp.cl.

Defensoría Penal Pública. "Defensa de Mujeres en el nuevo sistema procesal penal". N°4, diciembre 2005.

Degregori, Carlos Ivan. Multiculturalidad e interculturalidad, en Educación y Diversidad Rural. Seminario Taller Julio 1998, Ministerio de Educación, Lima, 1999.

Del Barrio Reyna, Alvaro - León Reyes, José Julio. Terrorismo, ley antiterrorista y derechos humanos. Programa de Derechos Humanos, AHC, Santiago de Chile. 1990

Del Valle, C. "Interculturalidad e intraculturalidad en el discurso de la prensa: cobertura y tratamiento del discurso de las fuentes en el 'conflicto indígena mapuche', desde el discurso político" en Redes.Com. Revista de Estudios para el Desarrollo Social de la Comunicación, N° 2, Instituto Europeo de Comunicación y Desarrollo. Sevilla. p. 83-111. 2005.

De Prada Solaesa, José Ricardo. "Delitos relacionados con el terrorismo en el Código Penal de 1995", en Jueces para la Democracia n° 25, marzo de 1996, pp. 73-77.

Domínguez Vial, Andrés. Terrorismo y Derechos Humanos, Comisión Chilena de Derechos Humanos, Santiago, Junio de 1990. p.21.

E

Evans de la Cuadra, Los Derechos Constitucionales, Tomo II, pág. 125.

F

Faraldo Cabana, Patricia. “Razones para la introducción de la perspectiva de género en Derecho penal a través de la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, sobre medidas de protección integral contra la violencia de género”, en Revista penal Nº 17, 2006, pp. 72-94, esp. p. 80.

Federación Internacional de los Derechos Humanos. Pueblo Mapuche: Entre el olvido y la exclusión. Informe Misión Internacional de Investigación. Chile. Nº 358/3. Marzo de 2003.

Federación Internacional de los Derechos Humanos. La otra transición chilena: Derechos del pueblo mapuche, política penal y protesta social en un estado democrático. Informe Misión Internacional de Investigación. Chile. Nº 445/3. Abril de 2006. p.26.

Fernández Rodríguez, Tomás-Ramón: “Discrecionalidad, Arbitrariedad y Control Jurisdiccional” Palestra Editores, 1ª edición, Lima, marzo 2006.

Fernández, José Manuel, “Comentario Nº 5”, en Lillo, Rodrigo, El Convenio 169 de la OIT y la defensa penal de indígenas, Minuta Regional Nº 1, año 2010, Defensorías Regionales, Defensoría Penal Pública.

Fernández, José Manuel, “Omisión, abandono de familia, homicidio, obstrucción investigación, autoincriminación Consulta Nº8 (2010), Defensoría Penal Pública.

Foerster, Rolf. Introducción a la religiosidad mapuche. Editorial Universitaria. Santiago. 1993.

Frazer, J. La rama dorada. Fondo de Cultura Económica. México. 1991.

G

Gaete, Eugenio, Derecho Internacional y Derechos de los Estados: incorporación de los derechos humanos, mayo-agosto 1996, en Revista Chilena de Derecho, Vol 23 Nº 2 y 3, Tomo I, p. 266, 275.

Gaete, Magdalena. “El tratamiento en televisión de la cuestión mapuche” en Guzmán, Eugenio (Ed.). La Cuestión Mapuche: Aportes para el Debate. Libertad y Desarrollo, Santiago. 2003. p.197-198.

García Arán, Ferré Olive, Hormazábal, López Garrido, Serrano Piedecabras. Contra la Impunidad, Dictamen, auspiciado por la Federación de Asociaciones de Juristas Progresistas sobre la persecución por los tribunales españoles de los crímenes contra la humanidad cometidos por las dictaduras chilena y argentina, Gráficas Alberdi, S.A.; Octubre de 1998, pp. 48 y ss.

García Calvo Y Montiel, R. “Terrorismo y tipificación penal”, en Actualidad Penal nº48, 23-31diciembre 2000.

García Rivas, N. Motivación a la delación en la legislación antiterrorista: un instrumento de control sobre el disenso político”; en PJ nº10, 1984, pp.107-113, p.107.

Garrido Montt, Mario, *Derecho Penal. Parte General*. Editorial Jurídica de Chile, 1997, Tomo II.

Gobierno de Chile. Política de nuevo trato con los pueblos indígenas. Derechos indígenas, desarrollo con identidad y diversidad cultural. Gobierno de Chile. Santiago. 2004. p.34.

Gobierno de Chile. Pacto por el Respeto Ciudadano, producto de los Diálogos Comunes, fue suscrito en agosto de 1999.

Gómez, Magdalena. Derechos Indígenas. Lectura comentada del Convenio 169 de la OIT. Instituto Nacional Indigenista, México, 1991, p.45.

Gonzalez Rus, “Las lesiones”, en Cobo Del Rosal, Curso de Derecho Penal español. Parte Especial I, Madrid, 1996, p.169.

Grebe, M. E. “Relevancia sociocultural y médica de la terapéutica y profilaxis simbólica en las culturas tradicionales de Chile” en Lolas et al. (Ed.). Ciencias Sociales y Medicina. Perspectivas Latinoamericanas. Ed. Universitaria. Santiago. 1992. p. 155-164.

Guzmán, Eugenio (2000): La cuestión mapuche: Un tema prioritario. Serie Informe Político Nº 66, Libertad y Desarrollo. Mayo 2000. p.2.

Gutiérrez Sahamod, L. La política del Estado frente al terrorismo: La legislación Antiterrorista y sus modificaciones. Cuad. Nº 14 del CED (Centro de Estudios del Desarrollo), Santiago, Chile, Octubre de 1991.

H

Häberle, P. Die Wesensgehaltgarantie des Art. 19. Cit. Por Pérez Luño, A. Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución. Ed. Tecnos, 1999, nota 35, p.31.

Hohfeld, Wesley Newcomb. Conceptos Jurídicos Fundamentales, Editorial Fontamara, año 1968.

Human Rights Council, Universal Periodic Review. Report of the Working Group on the Universal Periodic Review (Chile), A/HRC/12/10, 4 de junio de 2009.

I

Ibarra, Mario. "Algunas reflexiones y notas a propósito de algunos tratados, en éste momento, no reconocidos, firmados entre potencias coloniales o Estados actuales y pueblos indígenas". Documento de trabajo, Seminario DE EXPERTOS SOBRE TRATADOS, CONVENIOS Y OTROS ACUERDOS CONSTRUCTIVOS ENTRE LOS ESTADOS Y LOS PUEBLOS INDIGENAS. Ginebra, 2003

Infante, María Teresa, Los tratados en el derecho interno chileno: el efecto de la reforma constitucional de 1989 visto por la jurisprudencia, mayo-agosto 1996, en Revista Chilena de Derecho, Vol 23 N° 2 y 3, Tomo I, pág. 284;

International Labour Standards Department, "Indigenous Tribal Peoples' Rights in Practice. A Guide to ILO Convention n° 169", (2009).

Irigoin, Jeannette, La Convención Americana de Derechos Humanos como derecho interno chileno, mayo-agosto 1996, en Revista Chilena de Derecho, Vol 23 N° 2 y 3, Tomo I.

Illanes et al. Violencia y factores sociales asociados a salud mental en mujeres de la ciudad de Temuco. Revista Médica de Chile. Vol. 135. Santiago. 2007. p. 326-334.

J

Jeannot, B. "El problema mapuche en Chile" en Cuadernos de la Realidad Nacional, CEREN, Universidad Católica de Chile. N° 14, octubre de 1972. p.8.

K

Klein, F. "Los movimientos de resistencia indígena. El caso mapuche" en Gazeta de Antropología. N° 24, 2008.

Kottak, Conrad Phillip Antropología. Una exploración de la diversidad humana con temas de la cultura hispana. Madrid: McGraw-Hill, 1996

Kreimer, Osvaldo Informe relator especial de OEA sobre "Formas tradicionales de propiedad y supervivencia cultural. Derecho a tierras y territorios" OEA/Ser.K/XVI, GT/DADIN/doc.110/02, 16 diciembre 2002. Fuente: <http://www.oas.org/consejo/sp/CAJP/docs/cp10649s04.doc>. (Fecha visita: 26-10-2008)

Kymlicka, Will. Ciudadanía multicultural. Trad. Castell, C. Ed. Paidós, 1996, p.26.

Kymlicka, Will. Multicultural citizenship. A liberal theory of minority rights. Clarendon Press, Oxford. 1995.

L

Lagarde, Marcela. "Los cautiverios de las mujeres: madresposas, monjas, putas, presas y locas". UNAM, 2003, p. 97.

Lamarca, C. Tratamiento Jurídico del Terrorismo, Centro de Publicaciones del Ministerio de Justicia, Secretaría General Técnica, Madrid, 1985, la misma, "Sobre el concepto de terrorismo (A propósito del caso Amedo)", Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales, 1993.

Lamarca, C. "La última recepción de la normativa antiterrorista en la legislación común", en ADPCP, núm. 42, sept-dic. 1989, pp.957-988. esp pp.960 y ss.

Lamarca, C. "Sobre el concepto de terrorismo (A propósito del caso Amedo)", ADPCP, 1993, pp.535-559, 1993, esp. pp.536-537.

Ley de Defensa Indígena, N° 19.253. Chile

Ley de Servicio Público de Defensa Penal que establece el desempeño del Defensor Público atendiendo a la realidad pluricultural del país, aprobada por decreto legislativo 129-97 de 10 de diciembre de 1997. Guatemala.

Layman, E. Allen y Saxon, Charles S, "Achieving fluency in modernized and formalized Hohfeld: puzzles and games for the LEGAL RELATIONS Language", en *Proceedings of the 6th international conference on Artificial intelligence and law*, 1997.

Lévy-Strauss, C. Las estructuras elementales del parentesco. Ed. Paidós. México. 1985.

Lillo, R. "El Convenio 169 de la OIT y la Defensa Penal de Indígenas". Minuta Regional N°1/2010/abril. Defensoría Penal Pública.

López Garrido- García Arán, El Código Penal de 1995 y la voluntad del legislador, Madrid, 1996, p.95.

M

Macchino, Miguel Ángel. Fernandez, José Manuel. La defensa de imputados indígenas en la Defensoría Penal Pública". Defensoría Penal Pública. 2008.

Malgesini, G, Giménez, C. Pluralismo cultural, 2000. *Disponible en* <http://www.fongdcam.org/manuales/educacionintercultural> (fecha consulta: 9 julio 2010).

Marcos, S. "Curación y cosmología. El reto de las medicinas populares" en Ifda Dossier N° 71, may/june 1989. P.3-18.

Martínez Cardós. "El terrorismo: aproximación al concepto", en Actualidad Penal, 1998, núm.1, margs. 479-487, esp. marg. 486. En España LAMARCA, C. 1985, pp.48, 206 y ss., 456; 1989, pp. 960 y ss.; 1993 a, pp. 536-537.

Maturana Cristián, Derecho Procesal Civil I, página 20.

Meekins, Tamar M. "Specialized Justice: The Over-Emergence of Specialty Courts and the Threat of a New Criminal Defense Paradigm", Suffolk University Law Review, Volume XL, Number 1 (2006).

Mentzen, Angela. Estrategias de desarrollo culturalmente adecuadas para mujeres indígenas (Primer borrador), Unidad de Pueblos Indígenas, BID, Washginton D.C, Noviembre del 2001

Mestre Delgado, E. Delincuencia terrorista y Audiencia Nacional., Madrid, Ministerio de Justicia, Servicio de Publicaciones, 1987

Merensí, Inés, Reforma procesal penal y pueblos indígenas, documento de trabajo, CEJA, 2004

Merino M.E., Quilaqueo D. y Saiz J. "Representación social mapuche e imaginario social no mapuche de la Discriminación Percibida", Revista Ateneo 2007

Meza-Lopehandía G., Matías, El caso del Lof Palguin ante la Corte Suprema: Derechos Humanos y Pueblos Indígenas, 2010, en La Semana Jurídica del 11.06.2010 al 17.06.2010.

Ministerio Público, Defensoría Penal Pública, Corporación Administrativa del Poder Judicial, Gendarmería de Chile. Sistema de registro de información.

Montalbán Huertas. "[Malos tratos, violencia doméstica y violencia de género desde el punto de vista jurídico](#)". [II Congreso sobre Violencia Doméstica y de Género : Granada, 23 y 24 de febrero de 2006](#), 2006, pp. 91-110, esp. pp.107-108.

Montealegre, H. La Seguridad del Estado y los Derechos Humanos. Editorial AHC, Santiago de Chile, 1979. Págs.270-271.

Montt Santiago, y Matta, Manuel. Una visión panorámica al Convenio 169 y su implementación en Chile, borrador preparado para el Centro de Estudios Públicos (CEP).

Morillas Cuevas, Lorenzo. Valoración de la violencia de género desde la perspectiva de derecho penal", en Rev. Electrónica de Ciencia Penal y Criminología, RECPC 04-09 (2002), p.10

Municipalidad Padre Las Casas. Manual de protocolo para no mapuche. Municipalidad Padre Las Casas, Departamento de Cultura y Biblioteca. 2009. p.5.

N

Naciones Unidas. Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. 1966

Naciones Unidas. Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. 1966

Naciones Unidas. Recomendación General 19 adoptada por el Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la mujer, 11º período de sesiones, 1992, U.N. Doc. HRI/GEN/1/Rev.1 at 84 (1994).

Naciones Unidas. Convención de Belem do Pará" (1994)

Naciones Unidas. Estatuto de Roma que crea la Corte Penal Internacional. 1998

Naciones Unidas. Conferencia Mundial de Derechos Humanos, Viena (1993),

Naciones Unidas. Conferencia Internacional Población y Desarrollo, El Cairo (1994),

Naciones Unidas. Conferencia Mundial de la Mujer, Beijing (1995).

Naciones Unidas. Convención Sobre La Eliminación De Todas Las Formas De Discriminación Contra La Mujer “CEDAW” (ONU 1979).

Naciones Unidas. Convención sobre la eliminación de la violencia contra la mujer. Resolución de la Asamblea General 48/104 del 20 de diciembre de 1993. A/RES/48/104, 23 de febrero de 1994,

Naciones Unidas. Declaración De Las Naciones Unidas Sobre Los Derechos De Los Pueblos Indígenas, Adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su Resolución A/RES/61/106, de 13 de septiembre de 2007.

Naciones Unidas. Protocolo Facultativo a la Convención Eliminación Discriminación contra la Mujer.

Naciones Unidas. Comisión Interamericana de Mujeres (CIM-OEA), Informe año 2008, disponible en <http://www.eclac.org>

Naciones Unidas. IV Conferencia Mundial de la Mujer (ONU 1995), Informe.

Naciones Unidas. Convención Americana Sobre Derechos Humanos (CADH). Adoptada en San José de Costa Rica el 22 de noviembre de 1969. Entrada en vigor: 18 de julio de 1978;

Naciones Unidas. XX Convención Internacional Para La Protección De Todas Las Personas Contra Las Desapariciones Forzadas (CIDF), Adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su Resolución A/RES/61/177 del 20 de diciembre de 2006

Naciones Unidas, Directrices sobre los Asuntos de los Pueblos Indígenas. Grupo de Naciones Unidas para el Desarrollo. Naciones Unidas. Febrero de 2008.

Naciones Unidas. Conferencia mundial de derechos humanos Declaración de Viena. Adoptada por la Conferencia Mundial de los Derechos Humanos de las Naciones Unidas el 25 de junio de 1993.

Naciones Unidas. Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas en su Reporte de septiembre de 1997.

Naciones Unidas. Declaración sobre el derecho al desarrollo. Adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su Resolución 41/128, de 4 de diciembre de 1986

Naciones Unidas. Declaración de Río sobre Desarrollo.

Naciones Unidas. Declaración Ministerial de Malmö. 2000. Ver http://www.unep.org/malmo/declaración_ministerial_de_malmö1.htm

Naciones Unidas. Instrumentos UNESCO:

http://portal.unesco.org/en/ev.php-URL_ID=12024&URL_DO=DO_TOPIC&URL_SECTION=201.html

Naciones Unidas. Resolución adoptada por la Asamblea general de las Naciones Unidas en el año 2007. Resolución a/res/61/106, de 13 de septiembre de 2007.

Naciones Unidas. Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes [Ley 78 de 1986].

Naciones Unidas. Reglas de Brasilia sobre acceso a la justicia de las personas en condición de vulnerabilidad (Año 2008).

Nash, Claudio, La incorporación de los instrumentos internacionales de derechos humanos en el ámbito nacional: la experiencia chilena, en http://www.cdh.uchile.cl/conferencias_charlas/Nash/Derechos_Humanos-Unicef.pdf, [consultado el 23 de julio de 2009], 2003, p. 8 y 9.

Nogueira, Humberto, Las constituciones y los tratados en materia de derechos humanos: América Latina y Chile, 2002, en *Ius et Praxis*, año 6 N° 2, pp. 229-279, pp.245

Nogueira Alcalá Humberto, Humberto. "Constitución y Derecho Internacional de los derechos humanos", Revista chilena de derecho, ISSN 0716-0747, Vol. 20, N° 2-3, 1993, págs. 881-895

Nogueira Alcalá, Humberto. "Reforma constitucional de 2005 y control de constitucionalidad de tratados internacionales", en *Estudios Constitucionales*, año 5, no.1, páginas 59 a 88, Editorial Universidad de Talca, 2007.

Nogueira Alcalá , H .“DOGMÁTICA CONSTITUCIONAL” de Humberto Nogueira Alcalá eds. U. De Talca, 1996.

O

OEA. Estatuto De La Comisión Interamericana De Derechos Humanos. Aprobado por la Asamblea General de la Organización de los Estados Americanos mediante la Resolución N° 447, octubre de 1979.

OEA. Reglamento De La Comisión Interamericana De Derechos Humanos.

OEA. Estatuto De La Corte Interamericana De Derechos Humanos. Aprobado por la Asamblea General de la Organización de los Estados Americanos mediante Resolución N° 448, octubre de 1979

OEA. Carta de la organización de Estados Americanos (1948)

OEA. Declaración Americana de los Derechos del Hombre (1948)

OEA. Carta Interamericana de Garantías Sociales (1948)

OEA. Carta democrática Interamericana (2001)

Obieta, Chalbaud, José. 1989. "El derecho humano de la autodeterminación de los pueblos". Editorial, Tecnos, Madrid 1989.

Oehmichen Cristina, La relación etnia-género en la migración femenina rural-urbana: mazahuas en la ciudad de México, Instituto de Investigaciones Antropológicas, Universidad Nacional Autónoma de México. IZTAPALAPA 45, enero-junio de 1999, pp. 107-132.

Oficina de la condición de la Mujer, Canadá. Análisis de género: guía para la elaboración de políticas públicas. Documento de trabajo, 1998. Conceptos básicos y fundamentación acerca del género.

OIT. Convenio Número 169 Sobre Pueblos Indígenas Y Tribales: Un Manual Copyright © Organización Internacional del Trabajo, 2003. Primera edición 2003

OIT. 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

OIT. Comisión De Derechos Humanos, Nacionalidad Y Ciudadanía, Primer Informe sobre el Proyecto de Acuerdo que Aprueba el Convenio 169 de la OIT, Boletín N° 233-10, formato aspx, en línea <<http://www.camara.cl/pley/pdfpley.aspx?prmlID=1377&prmlTIPO=INFORMEPLY>>, consultado el 21 de junio de 2010, p. 6)

Organización Panamericana de la Salud (2008): La economía invisible y las desigualdades de género. La importancia de medir y valorar el trabajo no remunerado. Washington, D.C.

Opinión Consultiva OC-11/90.

OC-11/90.

OC-16/99

Opinión Consultiva OC-16/99, del 1 de octubre de 1999.

Opinión Consultiva OC-8/87

Opinión Consultiva OC-9/87

Oxman, Verónica. (Ed.). La violencia sexual en Chile. Servicio Nacional de la Mujer. Documento de trabajo N° 21. Santiago. 1993.

Oyarzún Kemy. Programa Domeyko (Dir. Iniciativa transversal Bernardo Amigo), Facultad de Filosofía y Humanidades-Fac. de Derecho, Universidad de Chile, enero 2010.

P

Patten, Alan. "The rights of internal linguistic minorities", en Minorities within minorities. Equality, Rights and Diversity", edited by Avigail Eisenberg and Jeff Spinner-Halev, Cambridge University Press (2005).

Peces Barba, G. Derechos Fundamentales I., Teoría General, Ed. Guadiana

Penailillo A., Daniel, Los Bienes, la propiedad y otros derechos reales, editorial jurídica, 4a edición, 2006

Peña Torres, Marisol, "Los tratados internacionales en la Jurisprudencia constitucional", en Revista del Centro de Estudios Constitucionales, año 1 N° 1, Santiago, 2003, p. 599.

Pérez Luño, A. Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución. Ed. Tecnos, 1999, pp.49 -50.

Pfeffer, Emilio y Evans, Eugenio, Reforma Constitucional 2005: derechos y garantías constitucionales, en ZÚÑIGA, Francisco, Reforma Constitucional, Santiago de Chile, Lexis Nexis, 2005, pp. 321-343.

Pfeffer, Emilio, Los Tratados Internacionales sobre Derechos Humanos y su ubicación en el orden normativo interno, en Revista Iuris et Praxis, disponible en internet en: <http://redalyc.uaemex.mx/redalyc/pdf/197/19790121.pdf>, pág. 471.

Politoff Lifschitz, Sergio & Matus Acuña, Jean Pierre & Ramírez, María Cecilia, *Lecciones de Derecho Penal Chileno. Parte General*. Editorial Jurídica de Chile, Santiago, Chile, 2003.

PONTARA, G. "Violenza e terrorismo. Il problema de la definizione e della giustificazione", in Dimensioni del Terrorismo Politico, L. Bonanate (Ed).

Prats Canut, “De los delitos de terrorismo”, en QUINTERO OLIVARES - MORALES PRATS, et. al Comentarios a la Parte Especial del Derecho Penal; Edit. Aranzadi, 1999, pp. 1624-1625

Precht, Enrique. Vino nuevo en odres viejos: derecho internacional convencional y derecho interno chileno, en Revista Chilena de Derecho, Vol 23 N° 2 y 3, Tomo I, pp. 381-405 (1996), p. 386)

Prieto Sanchís, L. Estudios sobre Derechos Fundamentales, Edit. Debate, Madrid, 1990; p.265

Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo/Universidad de La Frontera. El índice de desarrollo humano en la población mapuche de la Región de La Araucanía (Una aproximación e la equidad interétnica e intraétnica). Temas de Desarrollo Humano Sustentable. N° 8/2003. PNUD. Santiago. 2003.

R

Ramos, Isabel. “El ser y el hacer – reflexiones en torno al papel de la cultura en los proyectos de desarrollo”, en ALLI KAUSAY. Folleto temático de la COSUDE en el Ecuador N°8, noviembre 2006, pp. 1 -3, esp. p.1 *Disponible en www.cooperacion-suiza.admin.ch/.../resource_es_100259.pdf (fecha consulta: 9 junio 2010)*.

Raz, Joseph. “Multiculturalismo: una concepción liberal”, en La Ética en el Ámbito Público, Editorial Gedisa, Madrid, España, 2001.

Revista Fallos del Mes N° 446, Sección criminal, p. 2066, considerando 4°, citado en NOGUEIRA, Humberto, Las constituciones y los tratados..., pág. 265. También CORTE SUPREMA, Caso contra Zapata y Romo, Rol N° 3452-2006, considerando 73°.

Reinares. "Características y formas del terrorismo político en las sociedades industriales avanzadas", en RIS, núm.5, mayo-agosto, 1993, pp.35-67, esp. p.49.

Ribera Neumas, Teodoro. “Los tratados internacionales y su control a posteriori por el Tribunal Constitucional”, en Estudios Constitucionales, año 5, no.1, páginas 89 a 118, Ed. U. de Talca, 2007.

Rojas Corral, H. El principio de la multiculturalidad. Una propuesta jurídica para promover y proteger nuestra diversidad. Arzobispado de Santiago. Fundación de Documentación y Archivo de la Vicaría de la Solidaridad, 2002, p. 57.

Rojo, C. Conocimiento, actitudes y comportamiento sexual de jóvenes rurales – VII Región. Corporación de Salud y Políticas Sociales (CORSAPS). Santiago. 1992.

RUIZ-TAGLE, Pablo, La Constitución de la Igualdad, Borrador, doc. inédito Santiago, 2002, p. 220.

RUIZ-TAGLE, Pablo, Presentación: Constitucionalidad de los Tratados Internacionales en Chile, en Los Tratados Internacionales en la Jurisprudencia Constitucional, Santiago de Chile, Facultad de Derecho Universidad de Chile, 2001, p. 13.

S

Saavedra, A. Los Mapuche en la sociedad chilena actual. LOM Ediciones. Santiago. 2002. p.74.

Sánchez Botero, E. “Construcciones epistemológicas para el conocimiento de los sistemas de derecho propio y de las justicias indígenas”, en América Indígena, México, enero.-junio 1998, N° 1 y 2.

Senado de la república, Chile. Informe de la Comisión Mixta recaído en el proyecto de ley de violencia intrafamiliar de 4 septiembre 2005. Boletín N° 2.318-18, p.28.

SERNAM, “Detección y análisis de la violencia intrafamiliar en la Región Metropolitana y La Araucanía”. Documento de Trabajo N°121, Santiago, Marzo de 2009. Departamento de Estudios. Servicio Nacional de la Mujer, p.31. *Disponible en http://www.feim.org.ar/pdf/blog_violencia/chile (fecha consulta 9 julio 2010)*.

Serrano Piedecabras, JR. Emergencia y Crisis del Estado Social. Análisis de la excepcionalidad penal y motivos de su perpetuación. Ed. PPU, Barcelona, 1988

Silva Bascuñan, Alejandro, Tratado de Derecho Constitucional, Tomo IV. La Constitución de 1980, Bases de la institucionalidad. Nacionalidad y ciudadanía. Justicia Electoral, 2a edición, Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 1997, pág. 121.

SCA de Punta Arenas, 14-12-2002, Rol 914-2002,

SCA de Concepción, de 18-02-2003, Rol 1344-2003,

SCA Temuco, de 25-02-2009, Rol 567-2007

SCA de Santiago, de 13-11- 1992, considerando séptimo (caso Edwards), en GJ N°149, 1992.

STC Rol 986, del 30 de enero de 2008.

STC Rol 478, del 8 de agosto de 2006. En el mismo sentido, roles 429, 433, 596, 791 y 806.

STC Rol 46, del 21 de diciembre de 1987.

STC Rol 184, de 7 de marzo de 1994.

STC Rol 198, del 4 de Enero de 1995

STC Rol 349, del 3 de Abril del 2002

STC Rol 1200, del 10 de marzo de 2008

STC Rol 596, del 12 de Julio del 2007.

STC Rol Nº 815, del 19 de agosto del 2008.

STC Rol 946, del 1 de julio del 2008.

Stavenhagen, Rodolfo. Comisión de Derechos Humanos de la ONU. Las cuestiones indígenas. Los derechos humanos y las cuestiones indígenas. Informe del Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas,. Consejo Económico y Social Naciones Unidas. 26 de enero de 2004. p.15

Stavenhagen, Rodolfo. Informe del Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas. Presentado de conformidad con la resolución 2001/57 de la Comisión. Misión a Chile. Ver [http://www.unhchr.ch/Huridocda/Huridoca.nsf/0/f4f5bfb1fcea0ddc1256e5b003b1644/\\$FILE/G0317094.pdf](http://www.unhchr.ch/Huridocda/Huridoca.nsf/0/f4f5bfb1fcea0ddc1256e5b003b1644/$FILE/G0317094.pdf), [consultado el 9 de junio de 2010].

Study of the Problem of Discrimination against Indigenous Populations (E/CN.4/Sub.2/1986/7).

T

Tiu, Romeo. Abogado e Investigador de origen Maya. K'iche. Entrevista personal. Totonicapán, Guatemala. Julio de 2010.

Tojo, Liliana. Herramientas para la protección de los Derechos Humanos Sumarios de Jurisprudencia / Violencia de Género. Compilado por Liliana Tojo. Center for Justice and International Law - CEJIL, 2010.

Tokichen, V. "Pueblo mapuche: Desde la asimilación forzada a la exclusión" en Institut de Drets Humans de Catalunya. El Pueblo Mapuche, Institut de Drets Humans de Catalunya. Serie Conflictos Olvidados. Barcelona. 2007. p.121

Toledo, V. Pueblo Mapuche. Derechos colectivos y territorio: Desafíos para la sustentabilidad democrática. LOM Ediciones. Santiago. 2006.

Toledo, V. "El enclave forestal chileno en territorio mapuche" en Revista Asuntos Indígenas, IWGIA Copenhagen, 4/2006:44-50. p.46.

Toledo, V. "Las tierras que consideran como suyas. Reclamaciones mapuches en la transición democrática chilena" en Revista Asuntos Indígenas, IWGIA Copenhagen, 4/2004:38-50. p.46.

Toledo, V. "Prima ratio. Movilización mapuche y política penal. Los marcos de la política indígena en Chile 1990-2007" en OSAL (Buenos Aires, CLACSO). Año VIII, Nº 22, septiembre 2001. p.253-293; Tricot, T. "Lumako: Punto de inflexión en el desarrollo del nuevo movimiento mapuche" en Historia Actual Online. Nº 19, primavera 2009. p.77-96.

Tomei Manuela, Swepston, Lee. Pueblos indígenas y tribales: Guía para la aplicación del Convenio núm. 169 de la OIT Servicio de Políticas de Desarrollo Servicio sobre Igualdad y Coordinación de los Derechos Humanos Oficina internacional del Trabajo Con el apoyo financiero del Centro Internacional para los Derechos Humanos y el Desarrollo Democrático, Montreal (Ginebra, julio de 1996).

Tragolaf Ancalaf, Ana "Estudio comparado sobre violencia intrafamiliar en seis comunas de la provincia de Cautín", corporación de servicios y asesoría técnica y de desarrollo de mujeres mapuche "aukiño zomo". Coord. Ana Tragolaf Ancalaf, Ministerio de Salud, Temuco, abril de 2008.

Tribunal Constitucional, Fallo 309, año 2000, considerando 77°.

Tribunal Constitucional, Rol Nº 1365-2009, considerando 9°.

Tribunal Constitucional Colombiano.T-778/05. Bogotá, D.C., veintisiete (27) de julio de dos mil cinco (2005). Sentencia.

Tribunal Constitucional Español, sentencia 103/1983, de 22 de noviembre de 1983.

TOP Temuco 31 mayo 2006, RIT Nº49-2006; S. CA de Temuco de 25-02-2009, Rol 567-2007

U

UNAM. Véase la página <http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/dconstla/cont/20062/pr/pr7.pdf>. Estudio sobre Jurisprudencia en materia de derechos indígenas en Guatemala.

UPRIMNY, Inés Margarita. Declaración de Naciones Unidas sobre los Derechos de Pueblos Indígenas. Presentación Power Point realizada en Curso de Especialización del Convenio 169 de la OIT en Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Central de Chile. Octubre de 2009.

Urzúa, R., Ferrer, M., Larraín, S. y Gutiérrez, C. (2002): Detección y análisis de la prevalencia de la violencia intrafamiliar. Centro de Análisis de Políticas Públicas. Universidad de Chile.

V

Valenzuela, Mylene, Reforma a la Justicia. Una visión de los Derechos Indígenas en Bolivia, Chile, Guatemala y México. Ministerio de Justicia de Chile. Edición Jörg Stippel y Mylene Valenzuela. Año 2002.

Valle Múñiz, J.M. (Coord) Comentarios al Nuevo Código Penal, Pamplona, 1996, p.745

Varios autores. Acceso a la Asistencia Letrada y Servicios Jurídicos. PRINCIPIOS BÁSICOS SOBRE LA FUNCIÓN DE LOS ABOGADO. Aprobados por el Octavo Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente, celebrado en La Habana del 27 de agosto al 7 de septiembre de 1990.

Varios autores. "Reforma Constitucional", Lexis Nexis, 2005

Villegas, Myrna. Derecho Penal del enemigo y la criminalización del pueblo mapuche. Ediciones La Cátedra, Colección de artículos y conferencias, 2009. También en Contribuciones críticas al sistema penal de la post modernidad. Libro Homenaje a Eduardo Novoa Monreal.)M. Villegas Coord.), Ediciones Universidad Central. 2008.

Villegas D, Myrna "Derecho penal del enemigo y criminalización de las demandas mapuche". Informe final, Proyecto de Investigación N°03, Investigadora Responsable Myrna Villegas D. Facultad de Ciencias Jurídicas y sociales, Universidad Central, octubre de 2008.

Villegas Díaz, Myrna. "Terrorismo: un problema de Estado. Tratamiento jurídico en la legislación comparada. Especial referencia a las legislaciones de Chile y España". (2 vols.). Tesis doctoral. Universidad de Salamanca, España, enero 2002, disponible en <http://biblioteca.universia.net/ficha.do?id=37094900>.

Villegas Díaz, Myrna. "Convención Interamericana contra el terrorismo: Entre la involución de las garantías y la desprotección de los derechos humanos", en Revista de Derecho y Humanidades, N°9, 2002-2003, pp.175-201 (Universidad de Chile).

Villegas Díaz, Myrna. Nuevas Tendencias del Derecho, Libro Homenaje a los profesores Avelino León, Fernando Mujica, y Francisco Merino, Edit. Lexis Nexis, julio de 2004, pp.95-127.

Villegas Díaz, Myrna. "Terrorismo ¿Crimen Organizado? Análisis comparado". En Anales de la Facultad de Derecho. Universidad de Chile, año 2004, pp. 227-248.

Villegas Díaz, Myrna. "Tratamiento penitenciario a reclusos por delitos de terrorismo en Chile y España", en Revista de Estudios Criminológicos y Penitenciarios, N°7, Noviembre 2003, Ministerio de Justicia y Gendarmería de Chile, UNICRIM, pp. 25 a 62.

Villegas Díaz, Myrna. "Los delitos de terrorismo en el anteproyecto de Código Penal", Rev. Política Criminal, N°2, A.3, 2006, p.1-31. Disponible en www.politicacriminal.cl

Villegas Díaz, Myrna. "El mapuche como enemigo en el derecho penal": Consideraciones desde la biopolítica y el derecho penal del enemigo", en Portal Iberoamericano de las Ciencias Penales, Área Temática "Criminología y Fundamentos de las Ciencias Penales", Sección "Política Criminal", http://www.cienciaspenales.net/descargas/idp_docs/doctrinas/mapuche%20actor%20social%20enemigo.pdf, mayo 2009.

Viola, Francesco. "Diritti fondamentali e multiculturalismo", en Bernardi, Alessandro (coord.). Multiculturalismo, diritti unani, pena. Giuffré, Milano, 2006., nota 25, p.7. Disponible en www.politicacriminal.cl. (fecha consulta: 29 mayo 2010)

Vizcarra, M. et al. Violencia conyugal en la ciudad de Temuco, Un estudio de prevalencia y factores asociados. Revista Médica de Chile. Vol. 129, N° 12. Santiago. Diciembre 2001;

W

Wessendorf, Kathrin (Comp. y Ed.). El mundo indígena 2008. IWGIA. Copenhague. 2008. p.234.

Y

Yrigoyen Fajardo, Raquel. Pautas de coordinación entre el derecho indígena y el derecho estatal. Editorial Fundación Myrna Mack, 1999.

Z

Zaffaroni, E.R. "Consideraciones acerca del reconocimiento del pluralismo cultural en la ley penal". Doc. Inédito aparecido en publicación de Parte General Anteproyecto de Reforma al Código penal de Bolivia. *Disponible en www.cienciaspenales.net*.

Zaffaroni, E.R. "Consideraciones previas para la elaboración de un nuevo Código Penal para la Republica de Bolivia". Doc. Inédito aparecido en publicación de Parte General Anteproyecto de Reforma al Código penal de Bolivia. Conforme a las resoluciones adoptadas en las reuniones de Santa Cruz de La Sierra (2008) y Buenos Aires (2009). *Disponible en www.cienciaspenales.net*.

Zaffaroni, E.R.- Alagia, A- Slokar, A. Derecho penal. Parte General. Edit. Ediar, Buenos Aires, 2ª edición, 2002, p.733, 736, 737.

Zambrano, Vladimir C. Ejes políticos de la diversidad cultural. Siglo del Hombre Editores, Universidad Nacional de Colombia. 2006, p. 105.