



# Pluralismo jurídico penal en materia indígena

Estándar internacional y normativa chilena

## Autor

Matías Meza-Lopehandía G.

Email:

[mmezalopehandia@bcn.cl](mailto:mmezalopehandia@bcn.cl)

Tel.: (56) 32 226 3965

## Equipo de Trabajo

Virginie Loiseau

## Comisión

Elaborado para la Comisión de Derechos Humanos y Pueblos Originarios en el marco de la discusión del proyecto de ley que Modifica el Código Penal y el Código Procesal Penal, para reconocer derechos penales y procesales, en favor de las personas pertenecientes a los pueblos indígenas (boletín N° 13.715-17).

N° SUP: 131457

## Resumen

El derecho internacional reconoce derechos a los pueblos indígenas, asociados a lo que se denomina pluralismo jurídico. Estos tienen distintas intensidades, los que van desde el reconocimiento de la jurisdicción indígena, hasta la consideración del factor cultural en la aplicación del derecho penal nacional a personas indígenas. Estos derechos han sido recogidos en diversa medida por el orden jurídico nacional.

En línea con el derecho internacional, el proyecto propone la creación de un régimen de cumplimiento de penas privativas de libertad especial para pueblos indígenas, que comparte características con el régimen general de sustitución de penas y con el régimen de libertad condicional. Además establece el deber de preferir medidas cautelares distintas a la prisión preventiva, y en cualquier caso, se deben garantizar los derechos culturales del privado de libertad sometido a prisión preventiva.

En otro ámbito, el proyecto propone excluir del tipo penal de asociación ilícita terrorista a las organizaciones que reivindiquen derechos territoriales reconocidos por el derecho internacional.

Por otra parte, se consigna que el derecho internacional vigente establece un deber de consulta previa indígena frente a proyectos de ley susceptibles de afectar directamente a pueblos indígenas. La práctica nacional muestra que se han consultado al menos las disposiciones referidas específicamente a pueblos indígenas, salvo en las leyes de reconocimiento legal, las que no han sido consultadas.

Finalmente, se indican algunos aspectos del proyecto que podrían requerir revisión desde el punto de vista del derecho internacional y la técnica legislativa.

## Introducción

La Comisión de Derechos Humanos y Pueblos Originarios ha solicitado a la Biblioteca del Congreso Nacional (BCN) la elaboración de un informe que aborde el derecho internacional de los pueblos indígenas en materia penal y la legislación nacional. Lo anterior, en el marco de la discusión del proyecto de ley que Modifica el Código Penal y el Código Procesal Penal, para reconocer derechos penales y procesales, en favor de las personas pertenecientes a los pueblos indígenas (boletín N° 13.715-17).

Para ello, el presente trabajo se divide en tres secciones. La primera presenta en forma sucinta el contenido del proyecto y la fundamentación ofrecida por sus autores. Ahí se detectan los elementos que son relevantes para la segunda sección, dedicada a describir el estándar internacional y su recepción en Chile en relación con el pluralismo jurídico. Asimismo, por expresa solicitud de la Comisión, en dicha sección se incluye un análisis del alcance de la obligación de consulta previa indígena respecto de proyectos de ley.

En relación con el pluralismo jurídico, se analiza lo establecido en el Convenio N° 169 de la Organización Internacional del Trabajo (C169), por ser el único instrumento con carácter de tratado internacional que aborda explícitamente la materia. Se incluyen referencias a la Declaración de Derechos de Pueblos Indígenas de Naciones Unidas de 2007 (DDPI) y la Declaración Americana sobre Derechos de los Pueblos Indígenas de 2016 (DADPI), por evidenciar un creciente consenso internacional en la materia, del cual el Estado de Chile es parte.<sup>1</sup> Asimismo se explica el alcance de la normativa nacional vigente en los aspectos que el proyecto propone incidir.

Finalmente, se concluye con una sección dedicada a analizar el proyecto a la luz del estándar internacional.

## I. Breve descripción del proyecto de ley

---

La idea matriz identificada por los autores del proyecto es el reconocimiento de los derechos reconocidos a los pueblos indígenas en el Convenio N° 169 de la Organización Internacional del Trabajo (C169) y en la Declaración de Derechos de los Pueblos Indígenas de Naciones Unidas (DDPI), en orden a disponer preferentemente de medidas alternativas a la privación de libertad al momento de aplicar una pena a los miembros de estos pueblos.

Luego de examinar dichas normas internacionales, además de las contenidas en la Ley de Desarrollo Indígena que resultan pertinentes, el proyecto propone intervenir en tres aspectos del ordenamiento jurídico.

En primer lugar, se plantea excluir del tipo penal de asociación ilícita terrorista a las organizaciones cuyo objetivo sea una reivindicación territorial reconocida como legítima por el derecho internacional. Se fundamenta esta disposición en tres cuestiones. En primer lugar, se recuerda que para los pueblos indígenas “la tierra es el fundamento de existencia y de su cultura”. Y luego se invoca el deber del

---

<sup>1</sup> Chile adhirió a ambos instrumentos al momento de su adopción por la Asamblea General de Naciones Unidas (2007) y la Asamblea General de la Organización de Estados Americanos (2016), respectivamente.

Estado de solucionar las reivindicaciones de tierras, y el derecho de los pueblos indígenas a preservar sus instituciones.<sup>2</sup>

Por otra parte, el proyecto modifica el Código Penal, incorporando una eximente de responsabilidad penal para personas indígenas en relación con sustancias estupefacientes prohibidas, cuando sean utilizadas por indígenas para actividades propias de su cultura. Al respecto, los autores del proyecto mencionan la situación de personas ayamara perseguidas penalmente por porte o uso de sustancias prohibidas para sus ceremonias y ritos.

En cuanto a la pena, el proyecto propone facultar al juez que impone una pena privativa de libertad efectiva a una persona indígena, para disponer que la mitad de dicha pena se cumpla fuera de la cárcel.

El proyecto también modifica la regulación de las medidas cautelares contenidas en el Código Procesal Penal, estableciendo que deben preferirse las medidas distintas a la prisión preventiva, y que en cualquier caso, debe garantizarse el ejercicio de sus derechos culturales en prisión. Asimismo, se le impone al juez explícitamente el deber de analizar la costumbre indígena como circunstancia modificatoria de responsabilidad penal y el de considerar las características económicas, sociales y culturales del condenado a la hora de determinar la modalidad de su pena, todo lo cual debe ser consignado en la sentencia.

Finalmente, cabe consignar que el proyecto apela al problema carcelario agudizado en el contexto de la pandemia del coronavirus SARS-CoV-2. Al respecto, recuerda las recomendaciones de organismos nacionales e internacionales para adoptar medidas para proteger la salud de la población carcelaria. En particular, destaca que la ley de indulto sustitutivo no ha tomado en consideración las obligaciones internacionales específicas en materia indígena. Luego señala que habrían personas mapuche condenadas en huelga de hambre que exigirían el cumplimiento del Convenio 169 de la OIT, de manera que sus penas puedan cumplirse en sus comunidades. Destaca en este punto la posición de garante en que se encuentra el Estado respecto de los privados de libertad.

---

<sup>2</sup> Moción Parlamentaria, 2020:10.

## II. El derecho internacional<sup>3</sup>

---

Como se ha señalado, hasta la fecha, el C169 es el único tratado internacional que se refiere explícitamente a los pueblos indígenas.<sup>4</sup> Su adopción en 1989 implicó un cambio de paradigma respecto del tratamiento que el derecho internacional había dado hasta entonces a los pueblos indígenas.<sup>5</sup> Este supuso una valorización de la diversidad cultural al interior de los Estados nacionales, y el consiguiente reconocimiento de ciertos derechos colectivos especiales para su protección y fomento.<sup>6</sup> Entre estos se encuentran (i) los derechos de participación en los asuntos susceptibles de afectarlos, cuya expresión más conocida, es la consulta previa indígena; (ii) los derechos territoriales; (iii) los derechos en materia de desarrollo; (iv) derechos sociales; y (v) pluralismo jurídico.

En lo que sigue, se examinan dos de estas cuestiones. En primer lugar, se analiza la obligación de consulta previa, y en particular si esta alcanza al poder legislativo. En segundo lugar, se revisan las normas que consagran el pluralismo jurídico en relación con el ámbito penal.

### 1. Consulta previa indígena: proyectos de ley y Congreso Nacional

#### 1.1 Objeto de la consulta

Uno de los principios fundamentales del C169 es la participación y consulta de los pueblos indígenas en los asuntos que puedan afectarles.<sup>7</sup> El alcance de esta obligación — cuya norma matriz está en el artículo 6° del C169 ha sido desarrollada tanto por el Comité de Expertos de la OIT como el Relator Especial de Naciones Unidas para los derechos de los pueblos indígenas, estableciendo unos estándares que han sido recogidos en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CtIDH).<sup>8</sup>

Conforme a este desarrollo, la consulta previa indígena está concebida como un mecanismo de diálogo intercultural entre el Estado y los pueblos indígenas, que se verifica través de las instituciones representativas de estos últimos y se orienta a la obtención del consentimiento de los pueblos indígenas respecto de las medidas que pueden afectarlos.<sup>9</sup>

---

<sup>3</sup> Esta sección se basa en el BCN, 2020a.

<sup>4</sup> Cabe tener presente que varios de los principales tratados internacionales de derechos humanos han sido interpretados por sus órganos de control, en el sentido de garantizar y proteger derechos de los pueblos indígenas, especialmente el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, el Pacto para la Eliminación de la Discriminación Racial y en ámbito interamericano, la Convención Americana de Derechos Humanos (Aylwin y otros, 2013).

<sup>5</sup> Así lo señala explícitamente el preámbulo del tratado: “Considerando que la evolución del derecho internacional desde 1957 y los cambios sobrevenidos en la situación de los pueblos indígenas y tribales en todas las regiones del mundo hacen aconsejable adoptar nuevas normas internacionales en la materia, a fin de eliminar la orientación hacia la asimilación de las normas anteriores”.

<sup>6</sup> Aguas y Nahuelpan, 2019; Aylwin y otros, 2013; Yrigoyen, 2011.

<sup>7</sup> Se trata, de acuerdo a la propia OIT de “la piedra angular” del Convenio (OIT, 2009).

<sup>8</sup> Sobre las recomendaciones de los organismos de la OIT, ver Aylwin y otros (2013). Para Naciones Unidas ver Naciones Unidas (2009a y 2009c). La principal sentencia de la CtIDH sobre la materia es Pueblo indígena Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador (2012), (Fondo y Reparaciones), Sentencia de 27 de junio de 2012, Serie C No 245, especialmente párrafos 177-211.

<sup>9</sup> Detalles del estándar en BCN (2020) y la bibliografía citada en el mismo.

Como se desprende del texto del artículo 6 del C169, la consulta procede tanto respecto de medidas administrativas, como de medidas legislativas, esto es, respecto de las leyes que se pretendan adoptar. Específicamente, deben consultarse los proyectos de ley que cumplan con dos criterios establecidos en el propio C169: (i) que sean susceptibles de afectar a pueblos indígenas (eventualidad de la afectación); y (ii) que afecten directamente a los pueblos concernidos (inmediatez de la afectación). Por su parte, el Relator Especial ha agregado un tercer elemento: (iii) la especificidad de la afectación, esto es, debe tratarse de una afectación que impacte de manera diferenciada a los pueblos indígenas, lo que no debe confundirse con exclusividad en la afectación, la que no sería parte del estándar internacional.<sup>10</sup>

La práctica legislativa chilena en materia de consulta indígena, ha sido examinada en un informe BCN de 2019.<sup>11</sup> Este muestra que se han aplicado distintos criterios para determinar la procedencia de la consulta previa, aunque se constata que aquellos proyectos que contienen cláusulas específicas dirigidas a indígenas se consultan, al menos, en lo que respecta a dichas cláusulas.<sup>12</sup> Sin perjuicio de lo anterior, las leyes de reconocimiento del pueblo tribal afrodescendiente chileno<sup>13</sup> y la que reconoció al pueblo chango como etnia indígena de Chile, no fueron sometidas a procesos formales de consulta previa indígena, sin perjuicio de que la cuestión fue discutida, al menos en la tramitación del último de estos proyectos.<sup>14</sup>

## 1.2. Sujeto obligado a consultar

A pesar de que el tratado señala que son “los gobiernos” los que tienen la obligación de consultar,<sup>15</sup> se ha establecido — tanto en el ámbito internacional como nacional — que la obligación de consultar previamente medidas legislativas no se agota en el poder ejecutivo, sino que alcanza también al Congreso Nacional.<sup>16</sup>

<sup>10</sup> En este punto, el propio Relator ha aclarado que un proyecto de ley “puede tener efecto general pero, al mismo tiempo, puede afectar los intereses de los pueblos indígenas de modos especiales”, como cuando se refiere a la tierra o recursos naturales, a la pesca o al fomento forestal (NN.UU., 2009a: párr. 43; Comentario del Relator Especial sobre los derechos de los pueblos indígenas ..., 2012).

<sup>11</sup> BCN, 2019.

<sup>12</sup> La mayor disparidad de criterios se produce respecto de los proyectos generales que no contienen cláusulas específicas, pero que contienen elementos que pueden afectar elementos esenciales de la identidad indígena (BCN, 2019).

<sup>13</sup> Cabe recordar que en el derecho internacional los pueblos tribales tienen el mismo estatuto que los pueblos indígenas, por lo que las normas sobre consulta previa indígena les resultan aplicables. Esto es explícito en el C169 (art. 1.1.a). Su aplicabilidad a los pueblos afrodescendientes ha sido confirmada por la propia OIT y la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Aylwin y otros, 2013).

<sup>14</sup> Conforme a la historia de la Ley N° 21.151 sobre el pueblo afrodescendiente chileno, la cuestión de la consulta previa fue tratada como uno de los contenidos de la ley, y también mencionada como uno de sus antecedentes, en tanto dicho pueblo habría participado en la consulta previa para la creación del Ministerio de las Culturas, las Artes y el Patrimonio (BCN, 2019b). En el caso de la Ley N° 21.273 que reconoció al pueblo chango, el tema fue objeto de discusión. Ahí se estimó que la consulta previa no era necesaria para el reconocimiento legal de un pueblo indígenas, siempre que se garantizaran vías para que aquel expresare su eventual opinión contraria a dicho reconocimiento (BCN, 2020c).

<sup>15</sup> Art. 6 C169.

<sup>16</sup> De acuerdo al Relator Especial, es el Congreso Nacional el principal obligado a la consulta de medidas legislativas, sin perjuicio de “las obligaciones que correspondan también al Ejecutivo, en su papel de colegislador, de llevar a cabo las consultas necesarias con los pueblos indígenas en relación con los proyectos de ley que el Ejecutivo presente ante el Legislativo” (Relator Especial..., 2009: párr.44). “[E]

Como la consulta debe ser previa, el proceso debe llevarse a cabo antes de la aprobación de la ley, y en instancias en se pueda generar un diálogo genuino. En este sentido, el Relator Especial de Naciones Unidas, en recomendaciones dirigidas a Chile, ha señalado la consulta debería llevarse a cabo “en las fases previas a su tramitación parlamentaria” y que su carácter continuo exige que se mantenga “en todas las fases del proceso de producción normativa”.<sup>17</sup>

De esta manera, el Congreso Nacional tendría dos obligaciones en relación con la tramitación de proyectos de ley susceptibles de afectar a pueblos indígenas. Por una parte, debe mantener un diálogo permanente con las organizaciones indígenas durante la tramitación de un proyecto susceptible de afectarles.<sup>18</sup> Por la otra, el Congreso Nacional también tendría la obligación de consultar los proyectos de ley que emanan de su propia iniciativa legislativa, esto es, de las mociones parlamentarias susceptibles de afectar a los pueblos concernidos, pues el estándar internacional no distingue en función del impulsor de la iniciativa.<sup>19</sup>

## **2. Derechos de los pueblos indígenas en materia penal**

Otro de los principios que informan el C169 es el de respeto y protección de la integridad cultural.<sup>20</sup> Una de sus manifestaciones es la consagración del pluralismo jurídico, que tiene distintos niveles e intensidades tanto en el propio Convenio, como en la DDPI y en la DAPI.<sup>21</sup> Por su parte, el ordenamiento jurídico chileno contiene algunas normas que reconocen derechos especiales a los pueblos indígenas en materia penal, alineadas en mayor o menor medida con ese estándar. En esta sección revisaremos estas normas y su aplicación práctica en Chile, en contraste con el estándar internacional descrito.

### **2.1. Jurisdicción indígena: límites constitucionales y las salidas alternativas como reconocimiento indirecto**

El estándar más elevado de pluralismo jurídico en esta materia es el reconocimiento de la jurisdicción propia indígena, el cual está asociado al auto-gobierno indígena.<sup>22</sup> Esto significa que el Estado

---

ejercicio del deber de consultar a los pueblos indígenas del país en relación con las medidas legislativas susceptibles de afectarles directamente corresponde principalmente al Poder Legislativo” (párr.43). En el ámbito nacional, en su primera decisión sobre la constitucionalidad del C169, el TC señaló que este había modificado la tramitación de la ley establecida en la Ley Orgánica del Congreso (STC, 309:2000). En sentencia de 2013, el mismo Tribunal ha recordado al Congreso “la necesidad de que no se dilate, por parte del Congreso Nacional, regular apropiadamente este procedimiento de consulta”, recociendo así que existe la obligación y requiere de un procedimiento distinto al de las audiencias de las comisiones legislativas (STC, 2387:c.22°).

<sup>17</sup> Relator Especial..., 2009: párr.57 y 20 respectivamente.

<sup>18</sup> En otras palabras, la consulta de un ante-proyecto de ley por parte del Ejecutivo no descarga al Congreso de su obligación de continuar las consultas. Así lo ha señalado explícitamente el Relator Especial, al afirmar que las consultas de un ante-proyecto llevadas a cabo por el Ejecutivo, debían ser “complementadas posteriormente por consultas realizadas por el Poder Legislativo, en sus dos cámaras, cuando estas entren a debatir el contenido del proyecto (Relator Especial..., 2009:párr.44).

<sup>19</sup> De hecho, si se limitara a los proyectos originados en mensaje presidencial, un proyecto susceptible de afectar a pueblos indígenas iniciado en moción podría convertirse en ley sin consulta previa, lo que podría acarrear la responsabilidad internacional del Estado.

<sup>20</sup> Cfr. art. 2 C169

<sup>21</sup> Aylwin y otros, 2013.

<sup>22</sup> Tanto la DDPI como la DADPI reconocen el derecho a la libre determinación indígena, concretado en autonomía o autogobierno (art. 3 y 4 y III y XXI respectivamente). Por su parte, el C169 reconoce la legitimidad



reconoce la facultad de las autoridades indígenas para impartir justicia conforme a sus propio derecho en determinado ámbito territorial y/o personal.<sup>23</sup>

En este sentido el C169 establece el deber de respetar “los métodos a los que los pueblos interesados recurren tradicionalmente para la represión de los delitos cometidos por sus miembros”, siempre que aquellos sean compatibles con el derecho interno y con los derechos humanos internacionalmente reconocidos.<sup>24</sup> Por su parte, la DADPI reconoce el derecho de los pueblos indígenas a mantener sus sistemas jurídicos, los que “deben ser reconocidos y respetados por el orden jurídico nacional, regional e internacional”. Al igual que el C169, este instrumento exige que el ejercicio de este derecho se haga respetando las normas internacionales de derechos humanos.<sup>25</sup>

Esta facultad de las autoridades indígenas para impartir justicia conforme a su propio derecho no está reconocida en Chile como jurisdicción propia. Esto puede explicarse por la primera sentencia del Tribunal Constitucional que declaró la constitucionalidad del Convenio.<sup>26</sup> En esta el Tribunal consideró que la norma sobre justicia indígena era no auto-ejecutable, por ser incompatible con el texto constitucional vigente, en la medida en que este entrega el monopolio de la jurisdicción a los tribunales creados por ley.<sup>27</sup> Conforme a esta interpretación, el marco constitucional vigente establece que es la ley la que debe *crear* los tribunales indígenas. Sin perjuicio de ello, puede defenderse la idea de que bastaría con que la ley *reconozca e identifique* a dichos tribunales y sus competencias para que se de por cumplida la exigencia constitucional. En cualquier caso, hasta ahora dicha normativa no existe en el ordenamiento jurídico chileno.

Ahora bien, la Defensoría Penal Pública, en su “Modelo de Defensa Penal Indígena”, ha sostenido la idea de que la jurisdicción indígena podría ser parcialmente reconocida en el ordenamiento jurídico chileno, a través de la institución de la suspensión condicional del procedimiento, consagrada en el Código Procesal Penal (CPP). Conforme a este, el Juez de Garantía, — frente a delitos menos graves (cuya máxima pena imponible no exceda de tres años) y respecto de imputados sin antecedentes penales — puede imponer una serie de condiciones que deben cumplirse a cambio de suspender el

---

de las aspiraciones autonómicas indígenas en su Preámbulo.

<sup>23</sup> Las formas específicas que adopta tal reconocimiento y las formas de coordinación entre la justicia estatal y la indígena, varían caso a caso.

<sup>24</sup> Art. 9.1 C169.

<sup>25</sup> Art. XXII DADPI. Por su parte, la DDPI reconoce genéricamente el “derecho a conservar y reforzar sus propias instituciones políticas, jurídicas, económicas, sociales y culturales” (art. 5)

<sup>26</sup> Cfr. STC 309.

<sup>27</sup> De esta manera, “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” estaría prohibido constitucionalmente. La norma del Convenio salvaría el test de constitucionalidad por estar sujeta a su compatibilidad con el derecho interno (STC, rol 309:c.52°). Un análisis sobre dicha sentencia y su distinción entre normas auto-ejecutables y programáticas o no auto-ejecutables en BCN, 2020b. Esta interpretación ha tenido aplicación práctica en los tribunales penales. Así por ejemplo, la Corte de Apelaciones de Concepción anuló una sentencia del Tribunal Oral en lo Penal que había absuelto a los responsables de lesiones graves al interior de una comunidad pewenche, por considerar que había cosa juzgada al haber sido ya sancionadas por las autoridades indígenas de la comunidad. La Corte señaló que “una sentencia dictada por la comunidad a la que pertenece el imputado o una sanción penal impuesta por ellos, no es compatible con nuestro sistema jurídico nacional, de manera que no tiene aplicación el artículo 9° [del C169] ... al ser incompatible con el sistema constitucional chileno de solución de conflictos penales, no puede tener aplicación para la resolución de una causa criminal” (citado en Royo, 2015:364).

procedimiento, siempre que cuente con el acuerdo de la Fiscalía y el imputado. Entre estas condiciones está cualquiera “que resulte adecuada en consideración con las circunstancias del caso concreto de que se tratare y fuere propuesta, fundadamente, por el Ministerio Público”.<sup>28</sup> Sería precisamente esta disposición la que permitiría al Juez suspender el procedimiento bajo la condición de someter su resolución a la jurisdicción indígena, siempre y cuando se demuestre la pre-existencia del tribunal indígena, la vigencia de la presunción de inocencia y del principio contradictorio en el procedimiento al que sería sometido el imputado.<sup>29</sup>

Por otra parte, el Código Procesal Penal (CPP) también contempla los acuerdos reparatorios como salida alternativa al proceso penal.<sup>30</sup> Estos últimos proceden respecto de un grupo acotado de delitos (patrimoniales, lesiones menos graves o cuasidelitos), y suponen un acuerdo entre la víctima y el imputado aprobado por el Juez de Garantías. Aunque tampoco estos mecanismos contemplan la variable cultural entre sus condiciones de procedencia, en la práctica han sido utilizados para poner fin a procesos penales, incluyendo el derecho propio indígena como forma de reparación.<sup>31</sup>

## 2.2. La costumbre indígena en materia penal

### Responsabilidad penal

En primer término, el C169 establece en forma genérica que la aplicación de la legislación nacional a los pueblos indígenas debe hacerse tomando en cuenta sus propias costumbres.<sup>32</sup> Este mandato que se repite en relación con las cuestiones penales:

Artículo 9. [...] 2. Las autoridades y los tribunales llamados a pronunciarse sobre cuestiones penales deberán tener en cuenta las costumbres de dichos pueblos en la materia.

Lo anterior tiene una concreción explícita en la LDI, aunque el Convenio fue ratificado quince años después de publicada dicha ley. Se trata de la regla contenida en la oración final del inciso primero de su artículo 54:

Artículo 54.- 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.<sup>33</sup>

De esta manera, la ley se abre a la costumbre indígena pero solo para determinar la culpabilidad en un caso concreto. O sea, la costumbre indígena solo es considerada como una de las circunstancias personales relevantes para eximir o atenuar la responsabilidad penal del acusado.<sup>34</sup> De esta manera,

<sup>28</sup> Art. 238.h CPP).

<sup>29</sup> Defensoría Penal Pública, 2012.

<sup>30</sup> Art. 241 y ss CPP.

<sup>31</sup> Villegas y Mella (2017:130) constatan que esta fórmula suele presentar el derecho propio mapuche (az mapu) *traducido* a las lógicas del sistema de justicia nacional para que sus operadores puedan procesarlo: “las condiciones que se presentan [como acuerdo reparatorio] y que son aprobadas por [los jueces] no se relacionan, o bien no tienen la importancia que presentaron las *otras condiciones* acordadas al interior de una comunidad determinada, no obstante el acuerdo finalmente se refrende ante un tribunal”.

<sup>32</sup> Art. 8.1 C169.

<sup>33</sup> Énfasis añadido.

<sup>34</sup> Carmona, 2009; Millaleo, 2016; Villegas, 2012. Cuando el Tribunal Constitucional analiza la disposición del



la costumbre solo opera a nivel de juridicidad o culpabilidad.<sup>35</sup> Un ejemplo de operación de estas reglas es la absolución de la acusada aymara por porte de hoja de coca por falta de antijuridicidad de la conducta, en tanto la Corte consideró que ejercía un derecho constitucional (libertad de culto).<sup>36</sup>

Cabe tener presente que estas fórmulas han operado en el derecho chileno a partir de las reglas generales del derecho penal desde mucho antes de la vigencia de la LDI. Así por ejemplo, el conocido caso Catrilaf, en que se exculpó a una mujer mapuche del asesinato de su abuela por *vis compulsiva cultural*, es de 1953.<sup>37</sup>

### **Determinación de la pena sensible al factor cultural**

El Convenio contiene dos obligaciones específicas en relación con la pena, una relativa a los elementos a considerar al imponer una pena a una persona indígena y la otra sobre la naturaleza de dicha pena.

Respecto de lo primero, se exige que al momento de imponerlas a personas indígenas, “deberán tenerse en cuenta sus características económicas, sociales y culturales”.<sup>38</sup> A este respecto, el Tribunal Constitucional señaló que el mandato del C169 de tomar en cuenta dichas características estaba plenamente recogido en los principios que inspiran el proceso penal para determinar el hecho, la participación y la responsabilidad penal.<sup>39</sup> En efecto, la LDI no contiene reglas especiales aplicables distintas a la del artículo 54 ya analizada, por lo que la consideración a las características particulares del condenado indígena a la hora de imponer el castigo penal, no tienen un régimen especial en el orden jurídico interno.<sup>40</sup>

### **Preferencia de sanciones distintas al encarcelamiento**

El señalado mandato de considerar las características especiales de la persona indígena al momento de imponerles una sanción penal, tiene una concreción específica en el numeral siguiente del mismo artículo 10. Conforme a este, existe un deber de dar “preferencia a tipos de sanción distintos al encarcelamiento”.<sup>41</sup> Este mandato tiene dos ámbitos de aplicación. El primero es el relativo a la condena penal y su ejecución, y la otra es el de la prisión preventiva.

---

artículo 9.2 C169 — del cual el artículo 54 sería una concreción — señaló que el juez ya estaba autorizado por la ley “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” (STC 309: c. 56°).

<sup>35</sup> Sea porque la costumbre conduce a un error de prohibición que exime de responsabilidad penal; o a un error de comprensión culturalmente condicionado, que la atenúa; o constituye una fuerza irresistible eximente de responsabilidad; o a nivel de exclusión de antijuridicidad, por la vía causal de justificación del ejercicio legítimo de un derecho (Villegas, 2012).

<sup>36</sup> Céspedes, 2018.

<sup>37</sup> Villegas, 2012.

<sup>38</sup> Art. 10.1 C169.

<sup>39</sup> STC 309: c.57.

<sup>40</sup> El ordenamiento jurídico establece que la pena aplicable a cada delito corresponde a aquella señalada en la ley (art. 50 CP), mientras que la determinación de la pena en un caso concreto corresponde al juez competente, conforme a las reglas establecidas, principalmente, en el Código Penal. Por su parte, el texto constitucional agrega que la norma penal que se aplique debe ser anterior a la perpetración del hecho que se castigue, salvo cuando se tratare de una ley favorable al reo (art. 19 N° 3 penúltimo inciso).

<sup>41</sup> Art. 10.2 C169.

En cuanto a la condena penal, el ordenamiento jurídico penal contempla distintas formas de castigo, que van desde el presidio, cuya máxima expresión es el presidio perpetuo calificado, hasta la inhabilidad absoluta perpetua para la tenencia de animales.<sup>42</sup> Como se ve, no todas ellas suponen el encarcelamiento, pero la procedencia de una u otra no depende de consideraciones culturales, sino que de la pena asociada al delito y de la aplicación de las reglas generales al caso concreto. En esta materia, la sentencia del Tribunal Constitucional ya citada, alude a las facultades que la legislación actual entrega a los jueces para aplicar “penas alternativas o flexibles”.<sup>43</sup>

A este respecto, la Ley N° 18.216 de 1983 establece un régimen de penas sustitutivas a las privativas de libertad que incluyen la remisión condicional, la reclusión parcial, la libertad vigilada, la libertad vigilada intensiva, la expulsión y la prestación de servicios en beneficio de la comunidad.<sup>44</sup> La propia ley establece los requisitos de procedencia de este beneficio, los que no incluyen una remisión explícita a criterios culturales, aunque podrían incluirse en algunos de ellos.<sup>45</sup>

En materia de ejecución de la pena, el Decreto Ley N° 321 de 1925 regula el beneficio de la libertad vigilada. Al igual que en el caso de las penas sustitutivas, este cuerpo legal no considera explícitamente la variable cultural entre los aspectos a ponderar para la procedencia del beneficio, aunque podrían incluirse en algunos de ellos.<sup>46</sup>

Finalmente, la prisión preventiva está regulada en el Código Procesal Penal (CPP). Ahí se establecen las situaciones que habilitan su procedencia: *ultima ratio*, antecedentes que acrediten la existencia del delito y antecedentes que permitan considerar peligrosa la libertad del imputado, sea para el éxito de la investigación, del proceso (peligro de fuga), o para la seguridad de la sociedad.<sup>47</sup> Estas tampoco contemplan la variable cultural a efectos de preferir medidas distintas de la privación de libertad.

---

<sup>42</sup> Art. 21 CP.

<sup>43</sup> STC 309: c.61.

<sup>44</sup> Art. 1 Ley N° 18.216 de 1983.

<sup>45</sup> La cuestión cultural podría ser considerada en algunos de los elementos establecidos en la ley. Por ejemplo, podrían incluirse entre los “antecedentes personales” que permiten presumir que el condenado no volverá a delinquir (art. 4 letra c).

<sup>46</sup> En particular, el informe de postulación psicosocial que elabora el equipo profesional del área técnica de Gendarmería de Chile para evaluar las posibilidades de reincidencia y reinserción del interno, debe considerar, entre otras cosas, los “antecedentes sociales” de quien postula al beneficio (art. 2.3 DL 321 de 1925)

<sup>47</sup> Art. 140 CPP. Cfr. párrafos 4° y 5° del Título V del Libro Primero del CPP.

### III. Análisis del proyecto de ley

#### 1. Inaplicabilidad del tipo de asociación ilícita terrorista

El artículo primero del proyecto establece limitar el alcance de la tipificación del delito de asociación ilícita terrorista contenido en el numeral 5 del artículo 2 de la Ley 18.314 de 1984, del siguiente modo:

Para los efectos del numeral 5° del artículo 2° de la ley N °18.314, en ningún caso será constitutiva de asociación ilícita terrorista una organización que persiguiera una reivindicación territorial cuya legitimidad fuere reconocida por el derecho internacional.

Como se aprecia, esta norma no se refiere a pluralismo jurídico penal, sino que más bien busca evitar la aplicación de la legislación anti-terrorista a organizaciones indígenas con reivindicación territorial. En este punto, cabe tener presente que la aplicación de dicha legislación a presuntos implicados en hechos de violencia en el marco del conflicto territorial en el sur de Chile ha sido objeto de constantes censuras por organismos de derechos humanos, tanto del ámbito de Naciones Unidas, como del Interamericano y nacional, y la recomendación ha sido evitar la aplicación de legislación de excepción en el contexto del señalado conflicto.<sup>48</sup>

La exclusión propuesta se restringe a organizaciones cuya reivindicación califique como territorial, sin que se exija que se trate de organizaciones indígenas ni tampoco de territorios indígenas. Da ahí que esta formulación podría incluir a organizaciones no indígenas, mientras tengan una reivindicación territorial reconocida por el derecho internacional. Aquí cabe preguntarse si el objetivo perseguido por la organización (reivindicación territorial internacionalmente reconocida) abarca cualquier hecho típico ejecutado por la misma, o solo aquellos ejecutados en el territorio o que sean susceptibles de ser relacionados directamente con dicha reivindicación.

Por otra parte, cabe tener presente que la calificación de una reivindicación como territorial y amparada por el derecho internacional recaerá en último término en el juez penal. Esto es relevante, porque en la etapa de investigación — que es donde en la práctica dicha legislación produce sus mayores efectos — la calificación de un delito como terrorista es facultad privativa del Ministerio Público y no está sometida a control jurisdiccional.<sup>49</sup> Esto significaría que el Ministerio Público podría formalizar a una organización indígena como asociación ilícita terrorista, activando así todos los mecanismos especiales de investigación propios de esa legislación, y solo en la sentencia se podría descartar su aplicación por tratarse de reivindicaciones territoriales amparadas por el derecho internacional.

#### 2. Uso cultural como eximente de responsabilidad penal

El numeral 1 del artículo 2° del proyecto de ley propone incluir una eximente de responsabilidad penal, agregando un nuevo numeral 14 al artículo 10 del Código del ramo. Esta eximiría de responsabilidad penal al indígena (legalmente reconocido o que sea autoridad ancestral o espiritual indígena) que

<sup>48</sup> Las observaciones y recomendaciones internacionales sobre la materia desde 2003 a 2014 pueden revisarse en BCN (2014).

<sup>49</sup> Villegas (2018) demuestra que las condenas por ley antiterrorista son muy escasas. Sus efectos más relevantes se producen en la etapa procesal, donde el agravamiento punitivo fortalece la procedencia de la prisión preventiva, las técnicas especiales de investigación debilitan las garantías procesales y el adelantamiento de la punibilidad hasta el grado de tentativa permite perseguir conductas que no serían punibles.

porte o consuma estupefacientes o psicotrópicos referidos en la Ley 20.000, cuando lo haga “en el contexto de actividades culturales, ceremoniales, religiosas, festivas u otras similares”.

La norma busca incluir como una causal de justificación autónoma lo que la jurisprudencia ha subsumido en la causal de justificación contemplada en el numeral 10 del mismo artículo 10 del CP, esto es, el ejercicio de un derecho (a la libertad de culto). En general, la técnica preferida para estas eximentes de responsabilidad penal es la de causales genéricas que aplican a cualquier tipo penal y no a uno específico como se propone. Es más, la norma propuesta se puede considerar más bien como una exclusión de tipicidad, más que causal de justificación.

Por lo anterior, desde el punto de vista de la técnica legislativa podría ser más adecuado incorporar la propuesta en la propia Ley N° 20.000 en vez del Código Penal. De hecho, esa norma incluye causales de justificación (o exclusiones de tipicidad) que excluyen la punibilidad del porte, la posesión, el transporte y el cultivo de sustancias prohibidas, en función del consumo próximo en el tiempo o de usos terapéuticos.<sup>50</sup> Cabría asimismo, incorporar la justificación propuesta como eximente en relación con el tipo que sanciona el consumo privado concertado y el consumo en lugares públicos.<sup>51</sup>

### **3. Preferencia por sanciones distintas al encarcelamiento**

#### **3.1. Penas privativas de libertad**

En relación con la aplicación de penas de cumplimiento efectivo, el proyecto propone incorporar en el párrafo dedicado a la aplicación de las penas, un nuevo artículo 69 bis al Código Penal del siguiente tenor:

En aquellos casos en que el Tribunal deba aplicar penas de cumplimiento efectivo, a una persona o miembro de comunidades, asociaciones y pueblos indígenas que tengan la referida calidad de conformidad con la ley N° 19.253 o en los casos de autoridades ancestrales o espirituales de dichos pueblos indígenas podrá disponer, fundado en particularidades económicas, sociales y/o culturales del pueblo o comunidad a la que pertenece la persona condenada, que la mitad de ellas puedan cumplirse fuera del establecimiento carcelario, fijando en la sentencia las condiciones de trabajo y residencia que deba llevar el condenado y el tiempo por el cual se concede este beneficio, el que podrá suspenderse o revocarse por el Tribunal, de oficio o a petición de parte, por medio de una resolución fundada, que se apoye en el incumplimiento de las condiciones impuestas.

El proyecto autoriza al juez a disponer que la mitad de la pena sea cumplida en un régimen especial, en función del factor cultural. Esta limitación a la mitad de la pena contrasta con el régimen general de sustitución de la pena que permite al juez sustituir la totalidad de la pena, siempre que sea procedente. El régimen propuesto se asemeja más a la libertad condicional, que contempla el cumplimiento en libertad de la mitad de la condena (o el último tercio en delitos más graves), cuando se cumplen los demás requisitos legales y la autoridad competente así lo decreta. La diferencia aquí estaría en que el régimen vendría establecido en la sentencia, no estaría limitado a ciertos tipos de delitos y no estaría sujeto a la evaluación de las posibilidades de reinserción o reincidencia del condenado, sin perjuicio de la suspensión o revocación fundamentada de la misma a que está autorizado el tribunal.

<sup>50</sup> Art. 4 y 8 Ley 20.000 de 2005.

<sup>51</sup> Art. 50 Ley 20.000 de 2005.

Dado que el juez debe establecer el tiempo por el que se concede el beneficio y este tiene como límite la mitad de la condena, convendría armonizar la redacción del artículo en tal sentido.

Por otra parte, el proyecto de ley propone agregar en el párrafo dedicado a la sentencia definitiva, un inciso final al artículo 343 del CPC para reforzar la aplicación del artículo 54 de la LDI al analizar las circunstancias modificatorias de la responsabilidad penal y considerar las “características económicas, sociales y culturales del condenado, prefiriendo la aplicación de penas sustitutivas a las penas privativas de libertad”. Luego establece el deber de consignar detalladamente en la sentencia dichas circunstancias y consideraciones, agregando para ello un inciso tercero al artículo 348 del CPP.

Cabe señalar que el proyecto no exige al juez garantizar los derechos culturales de la persona indígena mientras está privada de libertad, lo que contrasta con lo que el mismo proyecto propone respecto de aquellas personas indígenas que sean sometidas a prisión preventiva.

Finalmente, podría ser conveniente homogeneizar la forma en que el proyecto se refiere a los beneficiarios de sus disposiciones, ya que en la norma relativa a la eximente de responsabilidad se refiere a “indígenas que tengan la referida calidad...”; mientras que en la relativa a la aplicación de penas alude a “persona o miembro de comunidades... que tengan la referida calidad”; y la modificación del CPP refiere a “una persona perteneciente a un pueblo indígena...” lo cual puede producir interpretaciones ajenas a la voluntad del legislador.

### **3.2. Prisión preventiva**

En esta materia, el proyecto propone intervenir el artículo 139 del CPC, relativo precisamente a la prisión preventiva, estableciendo explícitamente el deber del juez de preferir las medidas cautelares personales no privativas de libertad contenidas en el artículo 155, por sobre la prisión preventiva. Para ello el juez debe “considerar los usos, costumbres o el derecho consuetudinario; así como las características económicas, sociales y culturales del imputado, de su comunidad y/o las del pueblo indígena al que pertenece económicas, sociales y culturales del imputado, de su comunidad y/o las del pueblo indígena al que pertenece”.

Adicionalmente, para los casos en que se decrete la prisión preventiva, se establece el deber de resguardar “los derechos del imputado en orden a desarrollar sus ceremonias religiosas al interior del recinto o en los espacios culturales propios de cada pueblo, según corresponda.”

La tabla N° 1 muestra de qué manera el derecho chileno y el proyecto analizado recogen los diferentes elementos del pluralismo jurídico penal reconocidos en el derecho internacional.

Tabla N° 1. Comparación de elementos de pluralismo jurídico penal entre la Ley vigente y el proyecto de ley

Elemento de pluralismo jurídico en materia penal		Legislación penal vigente	Proyecto de ley
Reconocimiento justicia indígena (jurisdicción indígena)		Indirectamente las salidas alternativas incorporan parte del derecho propio indígena para resolver conflictos (CPP)	No
Consideración de la costumbre indígena en materias penales		Como circunstancia personal para determinar la concurrencia de una eximente o atenuante de responsabilidad (art. 54 LDI)	Como circunstancia modificatoria de responsabilidad penal y como elemento para determinar la procedencia de la prisión preventiva
Consideraciones económicos, sociales y culturales al determinar la pena		Indirectamente pueden ser considerados como parte de los elementos con que el determina el hecho, la participación y la responsabilidad penal (CP)	El juez debe considerar factor cultural para preferir penas sustitutivas
Preferencia por sanciones alternativas al encarcelamiento	Ejecución de la pena	Indirectamente el elemento cultural podría ser evaluado como parte de elementos considerados para otorgar penas sustitutivas o libertad condicional (ley 18.216 y DL 321)	Faculta al juez para ordenar un cumplimiento alternativo hasta por la mitad de la pena
	Prisión preventiva	No	El juez debe considerar el factor cultural para preferir medidas cautelares distintas a la prisión preventiva

Elaboración propia



## Bibliografía

---

- Aylwin, José, Matías Meza-Lopehandía y Nancy Yáñez. (2013). Los pueblos indígenas y el Derecho. Santiago: Lom ediciones.
- BCN. (2014). Ley N° 18.314 sobre conductas terroristas: alcances, legislación extranjera, evaluaciones y recomendaciones nacionales e internacionales. Disponible en: <http://bcn.cl/2qjv2> (julio, 2021)
- (2019). Consulta previa indígena y el proyecto de ley que reforma el Código de Aguas. Elaborado por Matías Meza-Lopehandía G. Disponible en: <http://bcn.cl/2qh9h> (julio, 2021).
- (2019b). Historia de la Ley N° 21.151. Otorga reconocimiento legal al pueblo tribal afrodescendiente chileno. Disponible en: <http://bcn.cl/2qkih> (julio, 2021)
- (2020a). Reglas penales especiales en la Ley Pascua y el Convenio 169 de la OIT. Análisis del proyecto de ley que propone derogar los artículos 13 y 14 de la Ley 16.441 de 1966. Elaborado por Matías Meza-Lopehandía G., Juan P. Cavada H. y Felipe Rivera P. Disponible en: <http://bcn.cl/2qggn> (julio, 2021).
- (2020b). Normas auto-ejecutables en el Convenio 169 de la OIT. Análisis de la sentencia rol 309 del Tribunal Constitucional. Disponible en: <http://bcn.cl/2qjv3> (julio, 2021).
- (2020c). Historia de la Ley N° 21.273. Modifica la ley N° 19.253, que establece normas sobre protección, fomento y desarrollo de los indígenas, y crea la Corporación Nacional de Desarrollo Indígena, para reconocer al pueblo Chango como etnia indígena de Chile, entre otras materias. Disponible en: (julio, 2021).
- Carmona, Cristóbal. (2009). Derecho y Violencia: reescrituras en torno al pluralismo jurídico. Revista de Derecho (Valdivia) 22(2): pp. 9-26,
- Céspedes, Rodrigo. (2018). Religiones indígenas y jurisprudencia chilena. Revista Latinoamericana de Derecho y Religión. 4(1):1.8.
- Comentario del Relator Especial sobre los derechos de los pueblos indígenas en relación con el documento titulado “Propuesta de gobierno para nueva normativa de consulta y participación indígena de conformidad a los artículos 6° y 7° del Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo”, Chile. (2012). Disponible en: <http://bcn.cl/240cu> (octubre , 2020).
- Defensoría Penal Pública. (2012) Departamento de Estudios y Proyectos. Modelo de defensa penal indígena. Documentos Oficiales, (7): Disponible en: <https://biblio.dpp.cl/datafiles/7521-2.pdf> (julio, 2021)
- Millaleo, Salvador. (2016). Derecho consuetudinario indígena y derecho penal estatal en Chile: Sentido y alcance del artículo 54 de la ley indígena y el reconocimiento de la costumbre como eximente y atenuante, a la luz del Convenio 169 de la OIT y la Declaración Universal de Derecho de los Pueblos Indígenas. En: Defensoría Penal Pública. Aspectos culturales de la defensa de imputados indígenas. Estudios y capacitación, (10): pp. 15-105. Disponible en: <https://biblio.dpp.cl/datafiles/11544-2.pdf> (julio, 2021).

- Moción Parlamentaria . (2020). Proyecto de ley que modifica el Código Penal y procesal penal en materia de reconocimiento de derechos de las personas pertenecientes a pueblos indígenas [boletín 13.715-17]. Disponible en: <http://bcn.cl/2qggap> (julio, 2021).
- NN.UU. (2009a). Informe del Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas, James Anaya, A/HRC/12/34, 15 de julio de 2009. Disponible en: <http://bcn.cl/1tx4k> (julio, 2021)..
- (2009b). Informe del Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas, James Anaya. Adición: La situación de los pueblos indígenas en Chile: seguimiento a las recomendaciones hechas por el Relator Especial anterior, A/HRC/12/34/Add.6. Disponible en: <http://bcn.cl/27t6v> (julio, 2021)..
- (2009c). Principios internacionales aplicables a la consulta en relación con la reforma constitucional en materia de derechos de los pueblos indígenas en Chile. En NN.UU. (2009). Informe del Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas, James Anaya, A/HRC/12/34, 15 de julio de 2009. Apéndice A. <http://bcn.cl/27t6v> (julio, 2021).
- OIT. (2005). Observation (CEACR) - adopted 2004, published 93rd ILC session (2005). Disponible en: <http://bcn.cl/2f9rp> (julio , 2021).
- Relator Espacial de Naciones Unidas sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas. (2009). Principios Internacionales aplicables a la consulta en relación con la reforma constitucional en materia de derechos de los pueblos indígenas en Chile. Disponible en: <http://bcn.cl/2le73> (julio, 2021).
- Royo, Manuela. (2015). Derecho Penal e interculturalidad como manifestación del principio de igualdad. *Política Criminal*, 10(19):362-289.
- Villegas, Myrna. (2012). Entre la exculpación y la justificación. Apuntes de legislación comparada latinoamericana sobre pluralismo jurídico y derecho penal. *Revista de Derecho (Valdivia)*, 25(2):177-205.
- (2018). Tratamiento jurisprudencial del terrorismo en Chile (1984-2016). *Política Criminal*, 12(25):501-547.
- Villegas, Myrna y Eduardo Mella. (2017). Cuando la costumbre se vuelve ley. La cuestión penal y la pervivencia de los sistemas sancionatorios indígenas en Chile. Santiago: Lom.

### Nota aclaratoria

Asesoría Técnica Parlamentaria, está enfocada en apoyar preferentemente el trabajo de las Comisiones Legislativas de ambas Cámaras, con especial atención al seguimiento de los proyectos de ley. Con lo cual se pretende contribuir a la certeza legislativa y a disminuir la brecha de disponibilidad de información y análisis entre Legislativo y Ejecutivo.



Creative Commons Atribución 3.0  
(CC BY 3.0 CL)