



UNIVERSIDAD DE VALPARAISO
FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES
ESCUELA DE DERECHO
PROGRAMA DE MAGÍSTER EN DERECHO (*LEGUM MAGÍSTER*)



El error de comprensión culturalmente condicionado en el indígena, como causa de eximición o atenuación de responsabilidad penal en el Derecho chileno.

Profesor patrocinante: Don José Luis Guzmán Dálbora

Nombre del alumno: Erik Gonzalo Espinoza Cerda.

Junio 2014

ÍNDICE

Introducción	Página	3
I. El error en el Derecho Penal.....	Página	8
1. Generalidades.....	Página	8
2. Clases de error en materia penal.....	Página	10
3. El error de comprensión culturalmente condicionado	Página	12
II. El tratamiento penal relativo al indígena en el Derecho comparado sudamericano.....	Página	17
1. Colombia.....	Página	17
2. Ecuador.....	Página	19
3. Perú.....	Página	21
4. Bolivia.....	Página	24
III. Chile y el tratamiento penal del indígena.....	Página	26
1. Chile y la Convención N° 1169 de la OIT y su consideración como tratado de derechos humanos en nuestro ordenamiento jurídico..	Página	26
2. El error culturalmente condicionado en materia indígena y su posibilidad de ser		

reconocido en Chile.....	Página	33
3. Propuestas de la dogmática penal		
y jurisprudencia nacional relativas a la comisión		
de delitos por indígenas.....	Página	36
3.1. Inimputabilidad del indígena.....	Página	36
3.2. La fuerza irresistible.....	Página	39
3.3. El error de prohibición.....	Página	41
3.4. El error de prohibición culturalmente		
condicionado.....	Página	46
IV Conclusiones.....	Página	57
Bibliografía.....	Página	60
Anexo.....	Página	67

RESUMEN: El autor busca aproximarse a establecer de que manera, el error culturalmente condicionado se ha conceptualizado y aceptado tanto en el derecho comparado como en nuestro país, a fin de dar una respuesta a la situación del indígena que comete un delito penal, pero que de acuerdo a su costumbre y valores se encuentra justificado de acuerdo a la comunidad en que se ha desarrollado su cultura de vida, y la manera como dicha situación se ha fortalecido con la ratificación en nuestro país de la Convención 169 de la OIT

DESCRIPTORES: error de prohibición – error de prohibición culturalmente condicionado – costumbre indígena – Convenio 169 OI

INTRODUCCION

La diversidad cultural indígena ha sido abordada en su reconocimiento por varios de los países latinoamericanos en sus respectivas Constituciones Políticas¹, y en los que no por el Convenio 169 de la OIT como es el caso de Chile. Nuestro país, además del Convenio citado, como apoyo al reconocimiento de esta diversidad y en lo que importa también para el derecho penal aunque de manera tangencial, rige la ley 19.253, donde da un reconocimiento de la costumbre indígena como fundante de una atenuante o eximente de responsabilidad penal. Conforme a ello, la situación de reconocimiento del error culturalmente condicionado que como señala Zaffaroni se da cuando el “sujeto que conoce la norma prohibitiva, pero que no la puede internalizar por razones culturales, por regla general no se le puede reprochar esa falta de internalización (comprensión). Si pensamos en un sujeto nacido y crecido en una comunidad indígena, con sus moldes culturales –frecuentemente bien complejos-, que lleva a cabo las inhumaciones conforme a su ritual, pero en violación de las leyes vigentes, bien puede conocer esas leyes y saber que las inhumaciones en esas condiciones pueden propagar una enfermedad peligrosa y

¹Constituciones Políticas de, Colombia, Perú, Bolivia, Venezuela, Guatemala, México, Paraguay y Brasil.

quedar eventualmente incurso en la tipicidad del art. 203. No obstante, el sujeto no podrá internalizar (comprender) la antijuridicidad de su conducta, porque frente a la importancia del ritual funerario, el riesgo le parecerá siempre nimio y no podrá exigírsele que lo comprenda de otra manera”². De lo señalado, se colige que para Zaffaroni este tipo de conductas contrarias al derecho penal de un Estado, pero realizadas dentro de un entorno cultural diverso al existente en la mayoría del territorio del país, pasa a ser un error de prohibición que eliminaría la culpabilidad, siempre que estemos dentro del ámbito y cumplimiento de las condiciones para entender el error de prohibición como tal, excluyendo la idea iniciada con los conquistadores españoles, en orden a que el indígena por el solo hecho de ser tal sería inimputable, sino que dentro de nuestro ordenamiento jurídico podría debatirse su actuar si está dentro del ámbito de inexigibilidad de otra conducta. Un problema que lleva aparejado la tesis del error de prohibición en el ámbito de la conducta condicionada culturalmente esta dado por el grado de integración del indígena en la sociedad culturalmente dominante en el país, ya que “el problema asociado al error de prohibición es precisamente que el acto sigue siendo antijurídico, de manera tal que se vuelve a la idea de imposición de unos valores (los de la cultura dominante) sobre otros, como señala Modolell en este punto, más no en la idea de distinguir según el grado de “integración” del indígena para determinar si la exclusión de su responsabilidad penal se da en el ámbito de la culpabilidad, el de la antijuridicidad o de la tipicidad... un indígena puede estar perfectamente integrado y actuar porque obedece a una conciencia de ilicitud distinta...situación que se plantea es muy similar al de los delincuentes por convicción”³, donde deberá de estarse al análisis de la eximente como tal o incompleta del ejercicio legítimo de un derecho de nuestro Código Penal en su artículo 10 N° 10. Cosa distinta se ha discutido respecto del indígena insertado dentro de la sociedad culturalmente dominante en el país y que por una parte no esté dada la situación del error en cuanto a la comprensión de la norma penal, sino derechamente al rechazo de la misma por parte de dicho indígena entrando ya una plataforma de debate distinta, que como ya se señaló es cercana a la situación del delincuente por convicción.

²Zaffaroni. Eugenio Raúl “Tratado de Derecho Penal. Parte General. Tomo IV” Editorial EDIAR, Buenos Aires, año 1982 Primera Edición, pág. 200

³Villegas Díaz, Myrna. “Entre la exculpación y la justificación. Apuntes de legislación comparada latinoamericana sobre pluralismo jurídico y derecho penal” en Revista de Derecho. Universidad Austral, Facultad de Ciencias Jurídicas, 2012, Volumen XXV N° 2. Págs. 194-195

También hay que tener en cuenta que este tema, se ha visto sobreexposto en el último tiempo, conforme a la situación mapuche y su tratamiento que le han dado los medios de comunicación social, que como expresa Myrna Villegas “Así, los medios de comunicación social producen noticia, en función de determinados intereses, que nos hablan de un supuesto aumento de la delincuencia, o del recrudecimiento de acciones terroristas. La ciudadanía crea verdaderos frentes de solidaridad ante lo que estima un enemigo común, pide mayor severidad en la respuesta penal, y el legislador no escatima en proporcionarla, aún cuando ello signifique mermar derechos y garantías fundamentales”⁴

Por su parte, países con mayor desarrollo en cuanto a doctrina sobre esta temática dan cuenta de un problema relativo a la posibilidad de considerar el error culturalmente condicionado para eximir o atenuar la responsabilidad del sujeto activo indígena en sus legislaciones, y es que se abre la posibilidad para considerar que si bien esta figura, creación de la dogmática penal, para algunos es una derivación del error de prohibición como expresara Zaffaroni, para otros en cuanto consecuencia jurídica “es la misma que la del error de prohibición... el que las consecuencias sean idénticas, empero, no significa que ambas instituciones compartan la misma naturaleza jurídica... Afirmarlo con la actual redacción revela un miedo no fundado frente a la calificación de un indígena como inimputable”⁵. Lo anterior se refiere al actual tratamiento en el Código Penal Peruano en su artículo 15 frente al indígena, interpretación que no es pacífica y menos aún respecto de las consecuencias en nuestro país en orden a establecer una interpretación dogmática sobre el particular, en orden a que un error de prohibición puede llevar derechamente a una sentencia absolutoria o poder discutir un sobreseimiento definitivo por la norma del artículo 250 letra b) o c) de nuestro Código Procesal Penal⁶, pero deja abierto un debate si es que se considerare inimputable al indígena, en orden a una eventual asimilación de éste

⁴ Villegas, Myrna *El mapuche como enemigo del derecho penal. Consideraciones desde la biopolítica y el derecho penal del enemigo, en revista on line www.cienciaspenales.net* (Consultada el 12 de junio de 2014), pág. 5. Disponible en

http://www.cienciaspenales.net/descargas/idp_docs/doctrinas/mapuche%20actor%20social%20enemigo.pdf

⁵ Meini Iván “Diversidad cultural, imputabilidad y culpabilidad” en *Droit Penal et Diversités Culturelles. Mélanges en l’honneur de José Hurtado Pozo* Editorial Schulthess, Zurich, Primera Edición año 2012, pág. 281.

⁶ “El juez de garantía decretará el sobreseimiento definitivo: b) Cuando apareciere claramente establecida la inocencia del imputado. C) uando el imputado estuviere exento de responsabilidad criminal en conformidad al artículo 10 del Código Penal o en virtud de otra disposición legal”

con la situación planteada por el artículo 10 N° 1 del Código Penal, con la posibilidad de solicitar medidas de seguridad a su respecto, lo cual agravaría su situación jurídica. Lo que habría que considerar dentro del desarrollo de esta institución del error de prohibición culturalmente condicionado, es la situación de establecer una hermenéutica que dé la oportunidad al indígena de argumentar una defensa por falta de culpabilidad derivada de la eximente de ejercicio de un derecho o de cumplimiento de un deber, conforme a la falta de legislación expresa sobre el tema.

En cuanto a la situación de nuestro ordenamiento jurídico, para dar luces sobre esta situación del indígena y el derecho penal, como mencionamos, contamos con pocas normas expresas sobre el particular, a saber la propia ley 19.253 o conocida como Ley Indígena, la cual solo en su artículo 54 se refiere a la situación de la Costumbre como fuente del Derecho para ser establecida en juicio (de cualquier naturaleza) por cualquier medio de prueba, pero poniendo de relevancia la existencia de un peritaje de la Corporación Nacional de Desarrollo Indígena sobre el particular y permitiendo que el indígena imputado se pueda expresar en su lengua materna. Sin embargo existe la cortapisa que a los juicios a que se refiere deben ser entre indígenas y de una misma etnia y siempre que la Costumbre Indígena no sea incompatible con la Constitución Política de la República.⁷ De la situación del error condicionado por la cultura en este caso indígena nada se dice, sin perjuicio de poner sobre la discusión, el hecho que al ser el juicio penal entre indígenas la costumbre puede servir de base para eximir la responsabilidad o atenuarla y por ende engazarla conforme a una interpretación extensiva en orden a fundar

⁷**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.

Cuando la costumbre deba ser acreditada en juicio podrá probarse por todos los medios que franquea la ley, especialmente, por un informe pericial que deberá evacuar la Corporación a requerimiento del Tribunal.

El Juez encargado del conocimiento de una causa indígena, a solicitud de parte interesada y en actuaciones o diligencias en que se requiera la presencia personal del indígena, deberá aceptar el uso de la lengua materna debiendo al efecto hacerse asesorar por traductor idóneo, el que será proporcionado por la Corporación.

este error de prohibición culturalmente condicionado basado en esta costumbre indígena, siempre que no sea contraria a los valores que la Cata Magna expresa. Complementario a ello, la Convención 169 de la OIT sobre Pueblos Indígenas y Tribales, en sus artículos 8, 9 y 10 da mayores luces, en orden a señalar expresamente la obligación de considerar la costumbres y características propias de la tribu, sin más límite que el derivado de los derechos fundamentales establecidos en cada legislación y en el ordenamiento jurídico internacional, dando preferencia a las soluciones que cada comunidad indígena pueda darse a sí misma para la controversia jurídica.

CAPITULO I

EL ERROR EN EL DERECHO PENAL

1.- Generalidades.

Conforme a la Real Academia Española, el vocablo “error” da cuenta de un concepto equivocado o juicio falso⁸. En el ámbito normativo, nuestro Código civil trata la ignorancia de la ley en sus artículos 6, 7 y 8, indicando que una vez que la ley esté promulgada y publicada conforme la Constitución y las leyes, será obligatoria y se entenderá conocida por todos, recalando que nadie podrá alegar ignorancia de la ley una vez que ésta haya entrado en vigencia. Sin embargo, de esta norma civilista (contenida en el artículo 8 mencionado) y aplicable, por tanto, de manera principal, en la actividad interpretativa de dicha rama del Derecho, se estimó hasta mediados del siglo XX en Chile que el error iuris nocet, o error iuris non excusat, también era aplicable además al Derecho penal. Esto se basaba en la normativa civil recién señalada, y, además, en una serie de argumentos que sintetiza el profesor Hernández, a saber “la propuesta del comisionado Fabres (refiriéndose a la Comisión Redactora del Código Penal chileno) en orden a diferir la obligatoriedad de las faltas para los extranjeros recién llegados al país, es rechazada precisamente porque vulneraría el principio del conocimiento general de la Ley (sesión 117, de 17 de marzo de 1873,)”, además en “la existencia de proyectos de codificación penal que contemplaban el efecto eximente del error de prohibición excusable, pero que nunca llegaron a ser ley [...] Proyecto Fontecilla de 1929, Art. 11; el Proyecto Ortiz-Von Bohlen de 1929, Art. 19)” y, por último, la existencia de normas que le acordaban efecto eximente al error de derecho y que por su carácter excepcional parecían confirmar la regla (Art. 207 del Código de Justicia Militar, el art. 110 del Código Tributario, o el art. 19 de la ley 18.287 sobre procedimiento ante los Juzgados de Policía Local)”⁹. Esta interpretación civilista respecto del error en materia penal fue superada por el desarrollo dogmático del

⁸Real Academia de la Lengua Española. Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española. 2014, disponible en <http://www.rae.es/obras-academicas/diccionarios/diccionario-de-la-lengua-espanola>. (Consultado 04 de abril de 2014)

⁹Hernández, H. Basualto. “Artículo 1” en Couso, J. y Hernández, H., *Código penal Comentado. Parte general. Doctrina y Jurisprudencia*. Editorial Abeledo Perrot, Legal Publishing Chile. Santiago, 2011, p. 90.

Derecho penal, en especial por la profundización en la teoría del delito del elemento de la culpabilidad, y las referencias de excusa por error en materias como prevaricación en los artículos 224 y 225 del Código punitivo y el desarrollo interpretativo del artículo 1 de dicho cuerpo legal.¹⁰

Dicho artículo 1 citado, da cuenta de la presunción legal (no de derecho) de voluntariedad, por lo cual podría admitir prueba en contrario, en lo que hay que recordar la prohibición constitucional de establecer presunciones de derecho de responsabilidad penal conforme al artículo 19 N° 3 de nuestra Carta Fundamental.

La Corte Suprema ha venido a ratificar esta posición doctrinal, conforme al fallo de 4 de agosto de 1998, en causa contra Carlos Humberto Castro Muñoz.¹¹, siendo esta

¹⁰ “Art. 1 del Código penal. “Es delito toda acción u omisión voluntaria penada por la ley.

Las acciones u omisiones penadas por la ley se reputan siempre voluntarias, a no ser que conste lo contrario.

El que cometiere delito será responsable de él e incurrirá en la pena que la ley señale, aunque el mal recaiga sobre persona distinta de aquella a quien se proponía ofender. En tal caso no se tomarán en consideración las circunstancias, no conocidas por el delincuente, que agravarían su responsabilidad; pero sí aquellas que la atenúen.”

¹¹Chile. Corte Suprema. (Versión electrónica de base de datos Microjuris Chile) Sentencia de 04 de agosto de 1998. (Consultada el 18 de marzo de 2014)

“5°. Que, sin embargo, es indudable que en el momento de disparar sobre Vallejos, el procesado creía verdaderamente que aquél se proponía hacer fuego sobre su hijo y que podía hacerlo, hiriéndolo o dándole muerte, pues, en efecto, el contexto de lo acontecido así tiene que haberlo inducido a suponer.

6°. Que ésta equivocada apreciación de los hechos constituye un caso de error sobre la licitud de la conducta, porque no recae sobre los elementos integrantes del hecho típico, ya que Castro sabía que lo que hacía era matar a un hombre (artículo 391 N° 2 del Código Penal) o, por lo menos, herirlo de gravedad (artículo 397 de ese mismo cuerpo legal), pero creía equivocadamente que comportarse de esa manera era lícito, pues se encontraba autorizado para hacerlo por el artículo 10 N° 5 del Código Penal y, por tal motivo, que estaba justificado, que era lícito y no ilícito, como en realidad lo fue.

7°. Que por consiguiente, nos encontramos frente a un caso de aquellos que en la doctrina se conoce como error de prohibición. Ahora bien, durante mucho tiempo en nuestro medio se ha pretendido que esta clase de error no excluye la culpabilidad del hechor, pues el artículo 8° del Código Civil consagra una presunción "jure et de jure" de conocimiento de la ley, y quien conoce la ley sabe también lo que es justo o injusto (lícito o ilícito). Sin detenerse a discutir ahora la cuestión referente a si el artículo 8° del Código Civil establece realmente la aludida presunción de derecho -algo que, en todo caso, es objeto de polémica también en la doctrina civil-lo cierto es que a ella nunca debió dársele cabida en el campo del derecho punitivo, como lo

posición en general mantenida por nuestro máximo tribunal según indica el profesor Hernández en cuanto señala que este fallo “se ha extendido... y su relativo efecto eximente de responsabilidad ya es elemento constitutivo del derecho penal chileno”.¹²

2.- Clases de error en materia penal.

En este punto, la doctrina ha distinguido principalmente dos tipos de error dentro de la teoría del delito, a saber: el error de tipo que se circunscribe al elemento de la tipicidad y el de error de prohibición que se estudia mayoritariamente dentro del ámbito de la culpabilidad. El error de tipo, conforme a Smolianski, corresponde al “desconocimiento de cualquiera de los elementos o circunstancias que pertenecen al tipo objetivo. Es una falta de

precisó ya la importante sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago de 18 de enero de 1972, publicada en la Revista de Ciencias Penales, Volumen XXXI, N° 1, 1972, páginas 42 y siguientes. En efecto, el artículo 1° inciso 1° del Código Penal declara que el delito es "acción u omisión voluntaria penada por la ley" agregando, en el inciso 2°, que "las acciones u omisiones penadas por la ley se reputan siempre voluntarias, a no ser que conste lo contrario". Pues bien, una acción sólo puede considerarse "voluntaria" cuando ha sido ejecutada "libremente" por el sujeto, esto es, cuando él ha tenido la posibilidad real de decidirse a comportarse en otra forma; pero ello sólo sucede si el autor, cuando obró, tenía conciencia de que lo que hacía era contrario al derecho, ya que únicamente en esas circunstancias existirá un motivo que lo impela a abstenerse de comportarse como lo hace o a conducirse de cualquier otra forma diferente. Entonces, si sólo realiza una acción voluntaria quien la ejecuta conociendo su ilicitud, y si las acciones penadas por la ley únicamente se reputan voluntarias a no ser que conste otra cosa, quiere decir que la cuestión de si el autor de un hecho punible obró a conciencia de que lo que hacía era injusto admite prueba en contrario y constituye, a lo sumo, una presunción puramente legal. (En este sentido, Garrido Montt, op. cit., tomo II, pág. 236; Cury, op. Cit., tomo II, pág 73)

8°. Que lo expuesto en el considerando precedente está ahora categóricamente reafirmado por el artículo 19 N° 3 inciso 6° de la Constitución Política de la República, el cual prohíbe presumir de derecho la responsabilidad penal. En efecto, de acuerdo con la mejor doctrina la "culpabilidad" es un presupuesto indispensable de la "responsabilidad" penal; y si, a su vez, la culpabilidad requiere la posibilidad de obrar en otra forma (libertad de decisión) la cual, por su parte, presupone la conciencia de la ilicitud, resulta inconcuso que en el presente se encuentra constitucionalmente prohibido presumir de derecho el conocimiento de lo injusto. (Así, entre otros, Cousiño, op. cit., tomo III, págs. 164 y 165; Etcheberry, op. cit., tomo I, pág. 338, Jaime Náquira, Derecho Penal, Teoría del Delito, Mac GrawHill, 1998, tomo I, págs. 409 a 411.)

¹²Hernández, H. Basualto. *Artículo 1 en Couso, J. y Hernández, H., Código penal Comentado. Parte general. Doctrina y Jurisprudencia.* Ed. AbeledoPerrot, Legal Publishing Chile. Santiago de Chile, 2011, p. 92.

correspondencia entre lo que el autor se representa y la realidad, siendo indiferente que ese desconocimiento consista en una falsa representación o en la falta de toda representación”¹³. La consecuencia de dicho error, como se ha indicado invariablemente por la doctrina nacional, es excluir el dolo. Por su parte, el error de prohibición, según indica el profesor Cury, está dado por la situación de “quien cree que su conducta es lícita, sea porque ignora que, en general, está sancionada por el ordenamiento jurídico, sea porque supone que en el caso dado está cubierta por una causal de justificación que no existe o a la que atribuye efectos más extensos de los que realmente produce, sea, en fin, porque supone la presencia de circunstancias que en el hecho no se dan, pero que, de concurrir, fundamentarían una auténtica justificación”¹⁴. Respecto a esta última clase de error, se estima que, dependiendo de si era vencible o invencible, se produciría el efecto ya sea de una disminución en la culpabilidad del autor, y, por ende, una disminución de la pena; y si es invencible determinaría la eximición en dicho elemento de culpabilidad y por ende la absolución. Como señala Zaffaroni, “la vencibilidad o evitabilidad del error de prohibición es un límite de culpabilidad, es decir un límite de exigibilidad y consiguiente reprochabilidad”¹⁵. Ahora, para poder delimitar cuando es posible estimar que el error de prohibición que se alega es invencible, el mismo Zaffaroni nos otorga unas indicaciones según las que dicho análisis debe darse, siempre en relación al sujeto concreto y no a uno abstracto u hombre medio, y que dentro de las posibilidades de este hombre concreto se pueda establecer:

- “Si le fue posible acudir a algún medio idóneo de información.
- Si la urgencia de la toma de decisión le impidió informarse o reflexionar, y
- Si le era exigible que imaginarse la criminalidad de su conducta, lo que no sucede cuando, conforme a su capacidad intelectual, a su instrucción o entrenamiento y con un standard mínimo de prudencia, no hubiera tenido motivos para presumirla”¹⁶

Dentro del análisis del error de prohibición, se desarrolla lo que se ha denominado error de comprensión culturalmente condicionado.

¹³Somlianski, R.D., *Manual de Derecho Penal. Parte General*, Ed. Ad-Hoc. Buenos Aires, 2005, p. 100.

¹⁴Cury, E., *Derecho Penal. Parte General*, Ed. Universidad Católica de Chile, Santiago de Chile, Novena Edición, 2009, p. 439.

¹⁵Zaffaroni, E., Slokar A. y Alagia A., *Manual de Derecho Penal. Parte General*, Ed. EDIAR, Buenos Aires, segunda edición, 2006, p. 569.

¹⁶Zaffaroni, E., Slokar A. y Alagia A., op. et ed. cits., p. 570.

3.- El error de comprensión culturalmente condicionado.

Jakobs nos señala que “queda en pie que conocimiento de la norma es conocimiento de la realidad social. Por tanto, desconocimiento de la norma por parte de una persona imputable y no indiferente sólo puede producirse cuando haya una realidad social extraña, no cotidiana, infrecuente, o bien cuando todavía no se pueda saber exactamente en qué realidad habrá de consolidarse una socialidad surgente o cambiante. En concreto, esto significa que hay tres grupos de casos de posible desconocimiento de tales personas: primero, casos en los cuales una persona actúa en un ámbito de la sociedad ajeno a ella; segundo, aquellos en los cuales una norma es desconocida no en su núcleo, sino en sus aspectos marginales; y, tercero, casos de desconocimiento de normas puramente técnico sociales, es decir, normas que, sin determinar la forma social, deben garantizar la posibilidad de administrar – en sentido amplio- la sociedad”.¹⁷

Además, como nos señala Olaizola “estoy de acuerdo con Roxin, en que el ciudadano medio no preparado jurídicamente tiende a ampliar los casos de prohibiciones penales. Es decir, que en la práctica serán más comunes los casos en que el sujeto crea que algo no prohibido penalmente lo está que viceversa”¹⁸

El hecho de estar inmerso un sujeto dentro de una subcultura, con cosmovisiones diferentes a la mayoría, lleva aparejado al problema en orden a cómo debe reaccionar el Estado frente a la sanción punitiva de dicho sujeto, cuando actúa movida por sus patrones culturales, como señala Cesano “si se comparten estos argumentos, forzoso resulta concluir que, cuando un actor social se encuentra inmerso en una subcultura (con fuerte identidad étnica), más allá de que pueda tener conocimiento formal de una determinada prohibición contenida en la ley penal del Estado, será, al menos, muy complicado pretender que logre internalizar los valores de la norma y, así, exigirle su comprensión. De esta manera – y como ya lo sostenía Welzel – en semejantes casos

¹⁷ Jakobs, Günther, *Conocimiento y desconocimiento de la norma*, en Jakobs, Günther y Struensee, Eberhard, *Problemas Capitales de derecho penal modern*. Ed. hamurabbi, Buenos Aires, 1998, pág. 65

¹⁸ Olaizola, Inés. *El error de prohibición*. Editorial La Ley, Madrid. 2007, pág. 62

delito y a la reacción estatal, puede ser absoluta. Por ejemplo, en el caso de algunas tribus de la Amazonía, sin contacto con la cultura de raigambre europea y cristiana del Perú oficial, cuando se causa la muerte de niños recién nacidos, de mellizos, de ancianos o de enfermos debido a que el grupo social no puede soportar la carga económica que significa su mantenimiento en vida. Desde la perspectiva de la cultura dominante (según el Código penal), se trata de delitos contra la vida. El autor de dichos actos obra, sin embargo, siguiendo las pautas culturales de su comunidad. Culturalmente se trata, en consecuencia, de un acto positivo ya que es el medio por el que el grupo social subsistirá en la medida que conserva el equilibrio necesario entre las necesidades de la comunidad y los medios a su disposición. El autor habría actuado de acuerdo con las pautas culturales que ha interiorizado mediante el proceso de inculturación. Proceso que ha condicionado la formación de su personalidad y que, como conjunto de pautas culturales, canaliza sus reacciones frente a las situaciones materiales y personales concretas. En razón, justamente, a su peculiar personalidad sería considerado incapaz de comprender el carácter delictuoso de su acto o de determinarse de acuerdo con esta apreciación.”²²

La doctrina, tratando de sistematizar esta forma de error de prohibición, ha estimado que para configurarse el mismo, debe reunir ciertos requisitos, que como señalan Armaza y Armaza corresponden a:

- a) “Cometer un hecho que según el modo de vida del agente tenga finalidad y sentido o, mejor aún, que pertenezca al sistema de valores adoptado por él y por los integrantes de la comunidad en la que se desenvuelve.
- b) Debe ser compartida (la conducta) por los integrantes de la comunidad a la que pertenece el agente, pues si únicamente él la realiza, no sería expresión de una costumbre.
- c) Ha de ser imposible que el agente comprenda el carácter delictuoso de su comportamiento; es claro por consiguiente, que pueda conocer la índole prohibida de su conducta, sin comprender, luego, las razones por las que es reputada ilícita.

²² Hurtado, José, *El indígena ante el derecho penal: el caso peruano*, Anuario de Derecho penal de la Facultad de Derecho de la Universidad de Friburgo, año 2008, pág. 7 (Consultado el 11 de junio de 2014). Disponible en https://www.unifr.ch/ddp1/derechopenal/articulos/a_20080526_05.pdf

- d) (Que el agente) no pueda determinar su conducta de acuerdo a dicha comprensión”²³.

Si bien parece lógico el desarrollo argumentativo del error de comprensión culturalmente condicionado en relación con el error de prohibición, dada esta concepción para ilícitos penales cometidos dentro del contexto antes mencionado, esto es, en una comunidad indígena, con una cosmovisión distinta de la generalidad de los habitantes del territorio de un país, y que dentro de este contexto cultural, sea cometido un delito según las reglas penales establecidas por el Estado, ¿es posible llegar a la conclusión de que a través de la argumentación del error de comprensión culturalmente condicionado, se pueda considerar al indígena como inimputable penalmente? Creo que la respuesta es negativa, pues sería una postura atentatoria contra la dignidad del indígena el suponerlo inimputable penalmente dentro de las categorías de un loco, demente o menor de catorce años, ya que como señala Meini, “el respeto íntegro de la diversidad cultural importa no sólo declarar la impunidad de quien, condicionado por su cultura o costumbre, realiza un hecho previsto como delito. Sino que exige, además, que el fundamento de la impunidad sea compatible con el respeto a sus valores y cultura...”²⁴; y lo resalta Zaffaroni al indicar que “el error de comprensión es la única solución que nos permite eludir la absurda teoría de que los indígenas son inimputables o que se hallan en “estado peligroso”. Esta posición es hija de un etnocentrismo inadmisibles, que desprecia por inferiores a las culturas indígenas y que encuentran su versión moderna en Hegel y Garófalo [...] el indígena puede ser inimputable por las mismas causas que puede serlo el que no es indígena, pero nos negamos rotundamente a considerarlo inimputable por el hecho de pertenecer a otra cultura”²⁵. El hecho de pertenecer a un Estado, no supone por cierto vivir dentro de una cultura única, sino que dentro del mismo, es natural que se desarrollen diversas culturas y subculturas partícipes del todo, sin que pueda considerarse que la que es común para un grupo mayoritario de habitantes esté en

²³ Armaza, J. y Armaza, E., *La determinación culturalmente condicionada*, Ed. Pangea, Arequipa, 2011, p. 22

²⁴ Meini, I., *Diversidad Cultural, imputabilidad y culpabilidad* en Queloz N., Niggli M., y Riedo C., (Coordinadores), *Droit pénal et diversité culturelles. Mélanges en l'honneur de José Hurtado Pozo*, Ed. Schulthess-Romandes. Zurich, Suiza, 2012. Pág. 286.

²⁵ Zaffaroni, E., Slokar A. y Alagia A., *Tratado de Derecho Penal. Parte General*. Ed. EDIAR. Buenos Aires, 1981, t. IV, p. 205.

posición de mejor categoría que las restantes, por lo cual, cuando llegamos a aducir esta clase de error basado en la cultura, lo que se observa, es que siendo el delito cometido por un indígena en razón del convencimiento íntimo de estar cumpliendo con lo que su cultura ha establecido, el acto sigue siendo antijurídico pues no es un problema de imputabilidad por falta de comprensión del indígena de la norma penal, sino que de culpabilidad, conforme a la teoría general del delito. Estamos frente a un sujeto imputable como cualquier persona, pero que por el contexto cultural en el cual se desarrolló, no es posible establecer a su respecto un juicio de reproche y tampoco aplicar una sanción penal por cuanto estas normas penales, en el contexto del error de comprensión culturalmente condicionado no pueden ser vinculantes al indígena.

Especial relevancia respecto de este punto alcanzan el pensamiento de Gómez cuando señala que “exige del juez una actitud de especial apertura hacia la realidad culturalmente diversa del imputado de una causa penal, o de las partes en un proceso civil, de manera que la audiencia cumpla su finalidad. Para ello el juez cuenta con dos ventajas. Una es su posición institucional en el proceso que le predispone a “escuchar” -“oidores” llaman a los jueces Las Partidas-, a tomar en consideración las alegaciones de las partes y las circunstancias que rodean el conflicto a dilucidar. El juez es un profesional especialmente habituado a acercarse a la “otredad”. Solo hace falta añadir al objeto del interés del juez un nuevo parámetro: el posible contexto cultural diferenciado. Lo que es absolutamente necesario es que la posición de superioridad respecto a las partes que las leyes procesales confieren al juez no pueda confundirse con una superioridad en una u otra medida relacionada con su pertenencia a la cultura hegemónica”²⁶

²⁶Gómez, Carlos. *El Juez en una sociedad multicultural*. Ponencia para el XIX encuentro de Jueces por la democracia.. (Consultado el 28 de mayo de 2014). Disponible en <http://juecesdemocracia.es/congresos/xixCongreso/comunicados/El%20juez%20en%20una%20sociedad%20multicultural.pdf>

CAPITULO II

EL TRATAMIENTO PENAL RELATIVO AL INDIGENA EN EL DERECHO COMPARADO SURAMERICANO

En el contexto suramericano, al revisar las normas penales y el desarrollo dogmático de algunas naciones de esta parte de América, podemos ver que hay un estado más avanzado que en Chile en materia de tratamiento penal por error derivado de patrones culturales diferentes y, en especial, respecto de la situación del indígena. Para dar una vista a algunos países que tienen un interesante enfoque sobre esta materia, presentamos en forma sintética a los siguientes.

1.-Colombia

La Constitución Política de Colombia, en su artículo 246, indica que *“las autoridades de los pueblos indígenas podrán ejercer funciones jurisdiccionales dentro de su ámbito territorial, de conformidad con sus propias normas y procedimientos, siempre que no sean contrarios a la Constitución y leyes de la República. La ley establecerá las formas de coordinación de esta jurisdicción especial con el sistema judicial nacional”*. De manera parecida a la situación de Bolivia, se advierte que la delimitación de competencia de la jurisdicción nacional por sobre la indígena se da por el respeto a las normas constitucionales, que es una remisión implícita al respeto a los derechos fundamentales. Lo anterior no ha estado exento de críticas por la doctrina, pues como indica Carmen Becerra, *“pese al vacío legal, que desatendiendo el mandato del artículo 246 de la Constitución de 1991, guarda silencio frente a la coordinación de jurisdicciones coexistentes –a las que se encuentran sujetos los miembros de las comunidades indígenas–, la Corte Constitucional ha asumido dicha labor anotando que de acuerdo con lo establecido por la norma de normas, las decisiones de las autoridades tradicionales indígenas deben, en todo caso, estar en concordancia con lo establecido por la Constitución y la ley, recordando con esta vieja*

fórmula la principal pretensión del etnocentrismo jurídico frente a normas y prácticas jurídicas provenientes de otras culturas: la asimilación.”²⁷

Conforme a su normativa penal, Colombia expresamente (como sucede en el sistema normativo peruano), hace un reconocimiento de la eximente derivada del error de prohibición por razón de patrones culturales diferentes, de acuerdo a lo establecido en el artículo 33 de su Código penal, señalando que “es inimputable quien en el momento de ejecutar la conducta típica y antijurídica no tuviere la capacidad de comprender su ilicitud o de determinarse de acuerdo con esa comprensión, por inmadurez psicológica, trastorno mental, diversidad sociocultural o estados similares.”. La sentencia de la Corte Constitucional de Colombia, en causa C-370-02, indica que para dar lugar a esta exculpación se exige:

“1) Que, la inimputabilidad no se deriva de una incapacidad sino de una cosmovisión diferente, y;

1) Que en casos de error invencible de prohibición proveniente de esa diversidad cultural, la persona debe ser absuelta y no declarada inimputable, conforme a lo señalado en esta sentencia”²⁸.

Se desprende entonces, a nuestro juicio, que dicha forma de reconocimiento de inimputabilidad no deriva de un estado de incapacidad por ser el indígena como tal, que como ya esbozábamos en el capítulo anterior sería un argumento falaz y contrario al respeto a la dignidad humana, sino de la imposibilidad nativa de cosmovisiones diferentes de la cultura predominante, de poder establecer una comprensión e internalización del injusto penal por parte de las personas pertenecientes a etnias indígenas.

Respecto de la manera que Colombia ha establecido su procedimiento respecto del indígena, este país ha optado por el respeto de la justicia derivado de la propia comunidad indígena por encima de la que podemos llamar nacional en diferentes materias, entre ellas la penal, teniendo como delimitación el respeto a la Constitución y a las leyes, lo cual es un

²⁷ Becerra C., *La jurisdicción especial indígena y el Derecho penal en Colombia: Entre el pluralismo jurídico y la autonomía relativa*. *Rev electrónica El Otro Derecho*, año 2006, vol.35p.236 . Disponible en <http://ilsa.org.co:81/biblioteca/dwnlds/od/elotrdr035/elotrdr035-06.pdf> (Consultado el 30 de marzo de 2014)

²⁸ Colombia. Corte Constitucional (Versión electrónica de base de datos www.corteconstitucional.gov.co) Sentencia de 14 de mayo de 2002. (Consultada el 25 de marzo de 2014).

límite, que debe ser establecido por vía de interpretación a través de la jurisprudencia. Como indica Myrna Villegas “el fundamento legal de este sistema "mixto" se encuentra en el art. 30 del Código de Procedimiento Penal que exceptúa de la jurisdicción penal ordinaria a los asuntos de los cuales conozca la jurisdicción indígena. De conformidad con esta norma, el art. 12 de la ley 270 de 1996, dispone que: las autoridades de los territorios indígenas previstas en la ley ejercen sus funciones jurisdiccionales únicamente dentro del ámbito de su territorio y conforme a sus propias normas y procedimientos, los cuales no podrán ser contrarios a la Constitución y a las leyes. Estas últimas establecerán las autoridades que ejercen el control de Constitucionalidad y legalidad de los actos proferidos por las autoridades de los territorios indígenas...”²⁹.

Es atinente mencionar lo que indica Bonilla “en los últimos trece años, Colombia ha desarrollado uno de los marcos constitucionales y jurídicos mas progresistas en América Latina en lo que concierne a asuntos multiculturales. Los desarrollos colombianos han sido considerados por activistas y por personas encargadas de diseñar políticas públicas como un ejemplo que otros países de la región debieran adoptar”.³⁰

2.-Ecuador

El ordenamiento constitucional del Ecuador reconoce en varios aspectos la interculturalidad derivada del respeto a la cosmovisión de las diferentes etnias indígenas de su país. La Constitución política de 2008 expresa en varias normas lo afirmado anteriormente, como destaca Ávila: “los idiomas para una relación intercultural (art. 2), el derecho a la comunicación debe ser ejercido de forma intercultural (art. 16), la educación debe ser intercultural (art. 27) y debe promover el diálogo intercultural (art. 28), las prestaciones de salud deben regirse por la interculturalidad (art. 30), se considera un derecho colectivo la educación intercultural bilingüe (art. 57, numeral 14), es una responsabilidad de toda persona o grupo titular de derechos promover las relaciones

²⁹Villegas, M., *Entre la exculpación y la justificación: Apuntes de legislación comparada latinoamericana sobre pluralismo jurídico y derecho penal*. *Rev. derecho de Valdivia* (online). 2012, vol.25, n.2 pp. 177-205 (consultado el 30 de marzo de 2014). Disponible en: www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-09502012000200008&lng=es&nrm=iso. ISSN 0718-0950. <http://dx.doi.org/10.4067/S0718-09502012000200008>.

³⁰ Bonilla, Daniel *La Constitución Multicultural*, Ed. Siglo del Hombre, Bogotá, 2006, pág. 24

interculturales (art. 83, numeral 10), la participación en democracia debe orientarse por el principio de interculturalidad (art. 95), los consejos de igualdad deben ejercer sus atribuciones relacionadas con la interculturalidad (art. 156), la función electoral se rige por el principio de interculturalidad (art. 217), las políticas integrales en los cantones fronterizos deben precautelar la interculturalidad (art. 249), las circunscripciones territoriales indígenas y afrodescendientes se rigen por el principio de interculturalidad (art. 257), el buen vivir requiere del goce de derechos y el ejercicio de responsabilidades en el marco de la interculturalidad (art. 275), el sistema nacional de inclusión y equidad social se guía por el principio de interculturalidad (art. 340), el sistema nacional de educación integrará una visión intercultural (art. 343), el Estado garantizará el sistema de educación intercultural bilingüe (art. 347, numeral 9), el sistema nacional de salud se guiará por el principio de interculturalidad (art. 358), las políticas de hábitat y vivienda se elaborarán a partir del principio de interculturalidad (art. 375, numeral 3), el sistema nacional de cultura respetará el principio de interculturalidad (art. 378), las relaciones del Ecuador con la comunidad internacional promueven la construcción de un mundo justo e intercultural (art. 416, numeral 10), la integración, promoción y protección del ejercicio de la interculturalidad (art. 423, numeral 4)³¹

En lo relativo al Derecho penal indígena, dicha Constitución, en su artículo 76. 7 letra i), establece el reconocimiento del non bis in idem en materia penal, pero con un agregado importante en orden a que dicho principio se extiende a los casos en que ya se aplicó la justicia indígena, entendiendo por tal la realizada por las propias tribus de acuerdo a sus reglas ancestrales, lo cual es un notable avance en el respeto al concepto de Estado Plurinacional.

Sin embargo, en materia normativa legal no hay una regulación o reconocimiento explícito de la justicia penal relacionada con el indígena, sin perjuicio que de hecho la justicia indígena basada en el reconocimiento dado constitucionalmente se imparte con

³¹Ávila, R., ¿Debe aprender el derecho penal estatal de la justicia indígena?. En Santos B. y Grijalva A. (Editores) *Justicia Indígena, Plurinacionalidad e Interculturalidad en Ecuador*, Ed. AbyYala. La Paz, 2012, págs. 281-282. (Consultado el 25 de marzo de 2014) Disponible en http://www.ces.uc.pt/iframe/publicacoes/outras/201216/SantosGrijalva_Justicia_indigena_plurinacionalidad_e_interculturalidad_Ecuador.pdf

autoridades propias de cada comunidad, siempre con el límite establecido en su Constitución de respeto por los derechos humanos, lo cual deberá contextualizar y establecerlo en definitiva en el actual estado normativo la jurisprudencia respectiva. Dicha justicia efectuada dentro de las comunidades indígenas, según explica Cárdenas,“ de manera gratuita, de manera oral y en su propia lengua, con su propio procedimiento especial, con aplicación de normas propias del derecho consuetudinario, en base a los sistemas jurídicos propios de cada pueblo o comunidad, aplican sanciones de orden o carácter social, curativo, para permitir la reintegración y la rehabilitación instantánea del o la acusada, en busca de la restitución inmediata de la armonía y la paz comunal o colectiva, los habitantes participan en la toma de sus decisiones y en el propio ajusticiamiento”³².

3.- Perú.

Perú tiene en materia de reconocimiento del error, basado en dimensiones de cultural distintas como puede ser el caso del indígena, un desarrollo legal, jurisprudencial y doctrinal considerable. En materia constitucional, como nos reseña Myrna Villegas, podemos ver que “la Constitución peruana reconoce en su art. 2, dentro de los derechos fundamentales de las personas, el derecho "a su identidad étnica y cultural. El Estado reconoce y protege la pluralidad étnica y cultural de la Nación. Todo peruano tiene derecho a usar su propio idioma ante cualquier autoridad mediante un intérprete. Los extranjeros tienen este mismo derecho cuando son citados por cualquier autoridad. (Art. 2 núm. 19). Reconoce a las comunidades nativas en cuanto personas jurídicas (art. 89). Así también en su art. 149 reconoce la jurisdicción indígena”³³.

En materia sustantiva penal, el Código penal del Perú, publicado el 8 de abril de 1991, en su artículo 15 indica lo siguiente:

“Artículo 15.- Error de comprensión culturalmente condicionado

³²Cárdenas, C. *La Justicia Indígena según la Constitución del Ecuador del año 2008 y su repercusión en el juzgamiento de conductas indebidas en la comunidad de Gallorrumi, en el Cantón de Cañar*. 2010. Tesis Diplomado Derecho Penal, Cuenca, Universidad de Cuenca, Facultad de Derecho, p. 19 (Consultado el 26 de marzo de 2014) Disponible en <http://dspace.ucuenca.edu.ec/handle/123456789/2956>

³³Villegas, M., op. cit. pág. 177-205. (Consultada el 26 de marzo de 2014) Disponible en: www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-09502012000200008&lng=es&nrm=iso. ISSN 0718-0950. <http://dx.doi.org/10.4067/S0718-09502012000200008>.

El que por su cultura o costumbres comete un hecho punible sin poder comprender el carácter delictuoso de su acto o determinarse de acuerdo a esa comprensión, será eximido de responsabilidad. Cuando por igual razón, esa posibilidad se halla disminuida, se atenuará la pena.”

Otra disposición del Código penal peruano reza

Artículo 45.- Presupuestos para fundamentar y determinar la pena

El Juez, al momento de fundamentar y determinar la pena, deberá tener en cuenta:

- 1. Las carencias sociales que hubiere sufrido el agente;*
- 2. Su cultura y sus costumbres; y*

A su vez, es expresivo que la exposición de motivos de dicho cuerpo legal explique el por qué se creyó necesaria la norma del artículo 15 del Código Penal del Perú, Dice así:

“En reconocimiento a la heterogeneidad cultural de los habitantes de nuestro país, pero sin recurrir a una terminología despectiva con la que infelizmente utilizó el "Código Maúrtua" ("salvajes", "indígenas semicivilizados o de degradados por la servidumbre y el alcoholismo"), el proyecto de la Comisión Revisora ha dado acogida a una forma especial de error conocida en la doctrina como error de comprensión culturalmente condicionado. En este sentido, quien por su cultura o costumbre (no así por anomalía psíquica u otras causas de inimputabilidad prevista en el artículo 20º, inc. 1 de este Proyecto), comete un hecho punible sin ser capaz de poder comprender, por tales motivos, el carácter delictuoso de su acto o determinarse de acuerdo a esa comprensión, estará exento de pena. La sanción se atenuará si, por iguales razones, la capacidad que se indica se encontrare únicamente disminuida (artículo 15º)”.

El Perú da así un tratamiento derechamente de exculpación de responsabilidad penal a la persona que se encuentre en la situación de no comprender que el acto que realiza es delito o, comprendiéndolo, no puede auto determinarse a una acción diferente en razón de

sus culturas y costumbres, y si en razón de ello no esté imposibilitada pero si disminuida dicha posibilidad para el agente, se tomará como causal de atenuación al momento de determinación de la pena. Sin perjuicio de lo señalado, el artículo 15 señalado, igualmente abre ciertas disquisiciones interpretativas como las que señala Hurtado, en orden a que “el conocimiento de éstos supone una relativa integración al sistema oficial. Se habría interrogado si el factor cultural o las costumbres que determinan la incapacidad de comprender o de determinarse, según el art. 15, deben ser pautas culturales que no contradigan los derechos fundamentales o si debe considerarse, como lo sugieren los partidarios del relativismo de los derechos humanos, la concepción que cada grupo cultural tiene de los derechos fundamentales”³⁴.

En materia de procedimiento, como se indicó, la Constitución del Perú en su artículo 149, da un reconocimiento expreso a la jurisdicción indígena al señalar que: “las autoridades de las Comunidades Campesinas y Nativas, con el apoyo de las Rondas Campesinas, pueden ejercer las funciones jurisdiccionales dentro de su ámbito territorial de conformidad con el derecho consuetudinario, siempre que no violen los derechos fundamentales de la persona. La ley establece las formas de coordinación de dicha jurisdicción especial con los Juzgados de Paz y con las demás instancias del Poder Judicial.”

De acuerdo a lo indicado por dicha Carta Magna se da pleno respaldo a la jurisdicción indígena en materia penal, siempre que dichas facultades no entren en pugna con la infracción de derechos fundamentales, por lo cual lo resuelto por dichas comunidades indígenas dentro del área de su competencia es plenamente válido en el ordenamiento jurídico de Perú, y por ende no podría verse nuevamente resuelto por la jurisdicción nacional, de acuerdo al respeto del principio de non bis in idem.

Interesante es la opinión que el Poder Judicial del Perú en regiones donde se da en mayor cantidad este tema, como nos señala Francia “en el reciente Pleno Jurisdiccional Regional de Iquitos se abordó, como punto IV, la siguiente pregunta: “¿*Cuáles son los*

³⁴ Hurtado, José. *Impunidad de personas con patrones culturales distintos*, Revista de la facultad de Derecho de la Universidad Católica de Perú, Lima, Vol. 49, 1995 (Consultada el 12 de junio de 2014). Disponible en http://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/articulos/a_20080526_04.pdf

presupuestos que se debe tener en cuenta para la calificación del Error de Comprensión Culturalmente Condicionado?”

La posición asumida por los jueces, por unanimidad, es la siguiente:

*“Se debe tener en cuenta el hecho de que sea miembro de una comunidad nativa o campesina y que por su cultura o costumbre no pueda comprender el carácter delictuoso de su acto o determinarse de acuerdo a esa comprensión, pero básicamente se debe analizar cada caso concreto para establecer si efectivamente se trata de un error de comprensión culturalmente condicionado, que dé lugar a su inculpabilidad. También se podría comprender a personas que se hayan integrado a la comunidad y actúan de buena fe. Precisar las diferentes normas consuetudinarias que rigen las relaciones sociales en esa comunidad e igualmente las normas morales que han sido internalizadas por los integrantes del grupo cultural”.*³⁵

4.- **Bolivia**

En la Constitución Política de Bolivia, de acuerdo a su reforma el año 2008, se establece un reconocimiento expreso a la realidad plurinacional de dicho país en su artículo 1 y específicamente en su artículo 3, cuando señala que *“la nación boliviana está conformada por la totalidad de las bolivianas y los bolivianos, las naciones y pueblos indígena originario campesinos, y las comunidades interculturales y afrobolivianas que en conjunto constituyen el pueblo boliviano”*. Además sus artículos 30 y 31 establecen un catálogo de derechos específicos para los indígenas de nuestro país vecino donde resalta para el tema que nos convoca el artículo 30 N° 14, que señala el respeto *“al ejercicio de sus sistemas políticos, jurídicos y económicos acorde a su cosmovisión”*. Sin embargo, a pesar del desarrollo constitucional en dicho aspecto, en su actual Código penal de 1972 y sus diferentes reformas legales solo se menciona una norma específica relativa al indígena en su artículo 40 N° 4, que señala como atenuante general que *“el agente sea un indígena*

³⁵ Francia, Luis, *La aplicación del error culturalmente condicionado*, en Documentos de trabajo de www.justiciaviva.org.pe (Consultado el 14 de junio de 2014), pág. 4, Disponible en www.justiciaviva.org.pe/documentos_trabajo/analisis.../aplic_error.doc

carente de instrucción y se pueda comprobar su ignorancia de la ley”, lo cual se podría interpretar como un reconocimiento parcial en sus efectos del error de comprensión culturalmente condicionado.

A pesar de este reconocimiento, en el Código penal boliviano no se encuentra ninguna norma específica que reconozca valor a la diversidad cultural como eximente de responsabilidad penal. Es extraño, atendido el desarrollo constitucional que se observa por parte de Bolivia, que sólo se tome como atenuante esta situación, por lo menos en el texto positivo, debiéndose de recurrir a instituciones como el error de prohibición general para por vía jurisprudencial dar posibilidad de exculpación al indígena por situaciones de ejecución de un delito derivado de la internalización de patrones culturales diversos.

En materia procesal penal, como indica Myrna Villegas “se respeta el principio de *ne bis in idem* para los actos conocidos y sancionados por la justicia comunitaria, siempre que no contravengan la Constitución y las leyes (arts. 28 y 53 inciso 5° Código de Procedimiento Penal), y se contemplan reglas especiales para el juzgamiento de indígenas conforme a la legislación oficial: derecho a traductor o a que el juicio se sustancie en la lengua del lugar donde se celebra el juicio (arts. 11,113, 115 CPP), necesidad de contar con un perito especializado en asuntos indígenas (art. 391 CPP)”³⁶.

³⁶Villegas,M., op. cit. pág. 177-205 .(Consultada el 27 de marzo de 2014) Disponible en: www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-09502012000200008&lng=es&nrm=iso>. ISSN 0718-0950. <http://dx.doi.org/10.4067/S0718-09502012000200008>.

CAPITULO III

CHILE Y EL TRATAMIENTO PENAL DEL INDIGENA

1.-La Convención N° 169 de la OIT y su consideración como tratado de derechos humanos en nuestro ordenamiento jurídico.

Dentro de la historia constitucional de Chile, no ha habido un reconocimiento a nivel político ni jurídico dentro de las diversas cartas magnas que Chile ha tenido, respecto de la existencia de los pueblos originarios, ni menos de algún atisbo de autonomía a su respecto. Esta situación de ninguneo normativo por decirlo así, conlleva por ende a que a dicho nivel sea inexistente en su regulación y reconocimiento sus cosmovisiones propias como pueblos o como indica Guzmán Dálbora, respecto de la actual Constitución Política que nos rige, “se comprenderá entonces que la Constitución, adecuada a pedir de boca a las pretensiones de la oligarquía, no diga palabra acerca de la diversidad étnica del país ni de sus pueblos indígenas. Constitucionalmente hablando, éstos no existen. De las tres actitudes adoptadas en los ordenamientos del hemisferio norte frente a las corrientes migratorias procedentes del hemisferio sur, esto es, la indiferencia, la tolerancia y la intolerancia, la Constitución que comentamos supo hallar una variedad perfeccionada, es más, superadora de la intolerancia. Para considerar insufrible algo es indispensable haber reconocido primero su presencia. En cambio, aquello que no se ve, como ocurre con los indígenas en Chile, es objeto de la actitud consistente en la ignorancia, y si, pudiendo ser visto, no se lo quiere mirar, la ceguera se transforma en desprecio”.³⁷

A su vez, en materia procesal penal, la denominada reforma procesal penal iniciada en Chile el año 2000, tampoco ha determinado un avance específico en materia indígena, en relación al resto de la población, pues como señala Lillo en relación a las reformas en esta materia en relación al resto de Latinoamérica “ Chile no ha tenido el liderazgo en ninguna

³⁷ Guzmán Dálbora, Jose Luis. *Derecho Penal y minorías étnicas: Planteamiento y liquidación criminalística de un problema político*. Revista de Derecho Penal y Criminología, Buenos Aires, 2013, Nro. 7, págs.. 247 a 248.

de estas reformas, ellas plantean una serie de cuestionamientos y desafíos con la capacidad de nuestro sistema jurídico para hacerse cargo de las transformaciones que estos cambios solo insinúan”.³⁸

Sin perjuicio de no tener Chile una normativa interna desarrollada, como en el Derecho comparado, sobre la situación penal indígena, creemos que es posible desarrollar una hermenéutica de esta situación con la ratificación por parte de Chile del Convenio N° 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) el 15 de septiembre de 2009. Este instrumento internacional implica que “los derechos reconocidos por el Convenio N° 169 a los Pueblos Indígenas y Tribales son derechos de carácter colectivo, lo que se sustenta en la convicción de que éstos corresponden a los pueblos indígenas en su calidad de sujetos colectivos de derechos; y, asimismo, que el pleno goce de los derechos humanos de quienes integran estos pueblos está supeditado al ejercicio de los derechos colectivos que le asisten como miembros de dicha colectividad”³⁹. Como tratado internacional, con contenido de derechos fundamentales para las etnias indígenas, creo que es relevante preguntarse ¿qué posición tiene dicho Convenio dentro de nuestro ordenamiento jurídico, en orden a su respeto obligatorio?

Respecto de la duda que enunciamos anteriormente, primeramente creo que se debe tener en consideración lo establecido en el artículo 5 de nuestra Constitución Política, que nos indica que *“la soberanía reside esencialmente en la Nación. Su ejercicio se realiza por el pueblo a través del plebiscito y de elecciones periódicas y, también, por las autoridades que esta Constitución establece. Ningún sector del pueblo ni individuo alguno puede atribuirse su ejercicio”*.

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

³⁸ Lillo Vera, Rodrigo. “Los derechos de los indígenas y el nuevo sistema procesal penal” Revista de Derecho de la Escuela de Derecho de la Universidad Católica de Temuco, Temuco, 2001, Nro. II pág. 95

³⁹ Aylwin J., Carmona C., Meza-Lopehandía M., Silva H., y Yañez N., *Las implicancias de la ratificación del Convenio N° 169 de la OIT en Chile*, en *Revista electrónica Observatorio Ciudadano*, Junio 2010, Documento de Trabajo N° 10, pág31 (Consultado el 08 de abril de 2014), disponible en http://www.observatorio.cl/sites/default/files/biblioteca/libro_ley169.pdf

Así como primer paso para la argumentación que tratamos de desarrollar, podemos señalar que nuestra Carta Magna en su artículo 19 establece una serie de derechos y garantías expresas para todas las personas. Sin embargo, este elenco de derechos fundamentales establecidos en la norma antes mencionada, no es taxativo, es respetable que se incorporen nuevos derechos, pues como señala nuestro Tribunal Constitucional " la doctrina, como nuestra Constitución Política reconocen la existencia de derechos, aunque no estén consagrados en el texto constitucional, a menos que esta consagración implique una violación a las normas fundamentales [...] esta última expresión significa que los hombres son titulares de derechos por ser tales, sin que sea menester que se aseguren constitucionalmente para que gocen de la protección constitucional"⁴⁰.

Ahora bien, frente al principio de progresividad en materia de derechos fundamentales, en orden a que al interpretar esta materia se debe preferir aquella que importa una ampliación de los mismos, tanto en sus fuentes como en su contenido, el Convenio 169 creemos que pasa a ser parte de la propia Constitución Política material y, por ende, con la valoración jurídica propia de norma fundamental en lenguaje kelseniano, debido a la decisión política de nuestro país, contenida en el artículo 5 inciso segundo de nuestra Carta Magna, lo cual es también expresado por el profesor Nogueira en el sentido que "los derechos contenidos en los tratados en materia de derechos humanos forman parte de la Constitución material, constituyendo parte del plexo de derechos garantizados constitucionalmente y constituyen límites al ejercicio del poder constituyente derivado y los poderes constituidos que ejercen las potestades públicas, que pueden sólo asegurar, garantizar y promover en mejor forma los derechos esenciales de la personahumana, pero jamás podrán afectar la esencia de los derechos ni disminuir su nivelde actual garantía constitucional, sólo podrán incrementarla hacia el futuro, lo que valetambién para el constituyente derivado o instituido"⁴¹

Lo anterior, implica diversas consecuencias, y una de ellas es que el incumplimiento o negación de derechos y garantías contenidos en instrumentos internacionales ratificados y

⁴⁰Chile. Tribunal Constitucional. Causa Rol 226-1995.Considerando 25 de fecha 30 de octubre de 1995. (Consultado el 07 de abril de 2014). Disponible en www.tribunalconstitucional.cl.

⁴¹Nogueira, H. *Los derechos esenciales o humanos contenidos en los tratados internacionales y su ubicación en el ordenamiento jurídico nacional: doctrina y jurisprudencia*.*Rev. Derecho Ius et Praxis de la Universidad de Talca* (on line) 2003. Vol. 1, año N° 9, págs.. 403-466 (Consultado el 08 de abril de 2014). Disponible en http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-00122003000100020&lng=es&nrm=iso

vigentes por Chile, pueden ser reclamados directamente ante los tribunales nacionales pues “los derechos esenciales, con independencia de la localización normativa de sus enunciados, son para el Derecho chileno un conjunto homogéneo y unitario de derechos cuya conculcación sólo puede ser reparada de un modo igualmente uniforme, sin que sea posible graduar su defensa en función de que la infracción al derecho sea denunciada por un órgano estrictamente nacional y por relación a los enunciados constitucionales o por un órgano de procedencia internacional, y con referencia a las prescripciones del Tratado o Convenio. De esta forma, los tratados internacionales ratificados por Chile y vigentes, en materia de derechos esenciales o derechos humanos, configuran el sentido y alcance de los derechos constitucionales, pudiendo invocarse formalmente en un recurso de amparo, uno de protección o un recurso de inaplicabilidad por inconstitucionalidad, entre otros.”⁴²

En cuanto al contenido mismo de esta Convención 169, queremos indicar una parte de la manifestación de motivaciones, señaladas al inicio de este instrumento que llevó a su dictación, y que refiriéndose a la situación de los pueblos originarios de las naciones en la actualidad, corresponde a la siguiente:

“Reconociendo las aspiraciones de esos pueblos a asumir el control de sus propias instituciones y formas de vida y de su desarrollo económico y a mantener y fortalecer sus identidades, lenguas y religiones, dentro del marco de los Estados en que viven;

Observando 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”

Esta situación es de capital importancia en nuestra opinión, pues en materia penal y procesal penal, la situación del indígena en Chile no se ha asumido en su debida dimensión, dejando de lado las cosmovisiones de los pueblos originarios y la posibilidad y responsabilidad de tomar en consideración sus costumbres y creencias en materia de solución de conflictos jurídicos penales.

⁴²Noguerira, H. *Dogmática Constitucional*. Ed. Universidad de Talca, Talca, 1997, pág. 87.

Ya en el contenido mismo de este Convenio, las normas que consideramos de importancia, para los efectos de este trabajo, están dadas en los artículos 8 al 12, los cuales indican:

“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.*
- 3. La aplicación de los párrafos 1 y 2 de este artículo no deberá impedir a los miembros de dichos pueblos ejercer los derechos reconocidos a todos los ciudadanos del país y asumir las obligaciones correspondientes.*

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.*

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.*

Artículo 11

La ley deberá prohibir y sancionar la imposición a miembros de los pueblos interesados de servicios personales obligatorios de cualquier índole, remunerados o no, excepto en los casos previstos por la ley para todos los ciudadanos.

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.”

Como se puede observar, su contenido es diverso y de importancia, ya que implementa la obligación para Chile de:

- Promover y respetar los mecanismos de solución de conflictos jurídicos – penales que la misma comunidad indígena ya tenga establecidos, siempre que sean respetuosos de los derechos fundamentales que emanan de la dignidad humana.
- Se debe respetar la costumbre de los pueblos originarios y en los casos penales, los tribunales deben tomar en consideración la misma. Lo anterior da pie para desarrollar una argumentación del error culturalmente condicionado del indígena, como veremos en el capítulo siguiente.
- Al aplicar una sanción penal, se tiene la necesidad de considerar las características sociales, culturales y económicas del indígena imputado.

Podemos constatar, por ende, que la Convención 169 de la OIT es un tratado de derechos humanos, y ya ratificado por Chile y vigente, debe ser aplicado directa e inmediata por parte de nuestros tribunales, pues su fuerza normativa lo coloca en el mismo nivel de respeto jurídico de la Constitución Política, pues su contenido en cuanto tratado de

derechos humanos pasa a ser propio de dicha norma fundante de nuestro ordenamiento jurídico, conforme la cláusula establecida en el citado inciso segundo del artículo 5 de nuestra Carta Magna.

Sin perjuicio de lo anterior, hay que tener presente que la limitación que impone el propio Convenio 169 en materia de autonomía indígena en materia de procesos penales, dice relación con la dignidad de la persona humana expresada a través de los derechos humanos; como bien nos recuerda Myrna Villegas “conforme a la normativa internacional, las costumbres y derecho propio indígena encuentran como límite a su reconocimiento y valor los derechos fundamentales reconocidos en el sistema legal nacional, así como los derechos humanos internacionalmente reconocidos. La amplitud de la cobertura de los derechos antes mencionados obliga a realizar alguna precisión. En este punto hay dos formas de situarse. Una forma es teniendo un criterio absoluto respecto de la aplicación de los derechos humanos, en cuya virtud no habría restricciones a los mismos basadas en la cultura. Otra forma es tener un criterio más relativo, en cuya virtud las actuaciones deben ser valoradas solo a la luz de la propia cultura. Desde la primera, sería imposible admitir por ejemplo, la aplicación de penas-penitencia corporales, o una condena sin un proceso previo y legalmente tramitado. Desde la segunda, la ablación del clítoris en África estaría plenamente justificada. Ninguna de estas dos posturas responde al fundamento de un derecho penal intercultural, siendo preciso entonces, establecer un consenso, aún mínimo, respecto a su contenido. Un consenso que, por cierto, es posible, como lo ha demostrado la Corte Constitucional colombiana. Este tribunal ha realizado una interpretación de las garantías del individuo ensanchando su contenido para permitir el ejercicio de los derechos colectivos de los pueblos indígenas, lo que ha implicado, de un lado *maximizar* la autonomía indígena, pero respetando siempre el contenido esencial del derecho. De otro lado, *minimizar las restricciones*, de manera tal que solo sea posible restringir la autonomía indígena cuando se trata de una medida necesaria para salvaguardar un interés de superior jerarquía, y que en caso de ser violados, “justificarían una intervención en la vida de cualquier comunidad política y jurídicamente autónoma”. Tales valores, a juicio de la Corte Constitucional Colombiana, y de la doctrina colombiana serían: la prohibición de la tortura, el asesinato y la esclavitud. De lo contrario, como ha dicho la Corte Constitucional de

Colombia, el reconocimiento a la diversidad cultural no tendría más que un significado retórico”⁴³

2.-El error culturalmente condicionado en materia indígena y su posibilidad de ser reconocido en Chile.

Chile, a diferencia de los países que tratamos en el capítulo anterior, no tiene una normativa constitucional, penal sustantiva, o procedimental, desarrollada y orgánica en el modo de tratar los delitos cometidos por indígenas dentro del ámbito de sus propios patrones culturales. Aisladamente, respecto de normativa dirigida a etnias en específico, solo tenemos la dada para la etnia rapa – nui de acuerdo a la ley 16.441 del año 1966, también conocida como ley Pascua que en sus artículos 13 y 14 establece:

“Artículo 13° En los delitos contemplados en los Títulos VII y IX del Libro Segundo del Código Penal, cometidos por naturales de la Isla y en el territorio de ella, se impondrá la pena inferior en un grado al mínimo de los señalados por la ley para el delito de que sean responsables.

Artículo 14° En aquellos casos en que el Tribunal deba aplicar penas de presidio, reclusión o prisión podrá disponer que hasta dos tercios 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 Juez, de oficio o a petición de parte, por medio de una resolución fundada, que se apoye en el incumplimiento de las condiciones impuestas.”

Como se observa, la relación que se hace hacia el delito en relación al indígena rapa nui, se refiere al solo hecho de ser el autor, cómplice o encubridor de dicha etnia y que el delito sea cometido en el territorio de la isla, a objeto de sólo determinar una rebaja en el

⁴³ Villegas, Myrna, *Sistemas sancionatorios indígenas y Derecho penal ¿Subsiste el Az Mapu?*, *Rev. Política Criminal* (On line) . Año 2014, Vol. 9 N° 17, págs. 239 y 240 (Consultado el 13 de junio de 2014). Disponible en http://www.politicacriminal.cl/Vol_09/n_17/Vol9N17A7.pdf

quántum de la pena, pero no en cuanto a una exculpación de la misma, y a su vez no hay un reconocimiento o argumentación en la norma, referente a la comisión del hecho en virtud de haberlo realizado por cosmovisiones de parte del rapa nui. distintas de la mayoría de la población nacional.

Posteriormente se dictó la ley N^o 19.253, conocida como ley indígena de 05 de octubre de 1993. En el artículo 54 de dicha ley, se expresa que:

“La costumbre hecha valer en juicio entre indígenas pertenecientes a una misma etnia, constituirá derecho, siempre que no sea incompatible con la Constitución Política de la República. En lo penal se la considerará cuando ello pudiere servir como antecedente para la aplicación de una eximente o atenuante de responsabilidad.

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.

El Juez encargado del conocimiento de una causa indígena, a solicitud de parte interesada y en actuaciones o diligencias en que se requiera la presencia personal del indígena, deberá aceptar el uso de la lengua materna debiendo al efecto hacerse asesorar por traductor idóneo, el que será proporcionado por la Corporación.”

Como se puede apreciar, esta norma pone de manifiesto el reconocimiento, aunque incipiente, por parte del Estado chileno, de que los pueblos originarios son parte de nuestro país y que son dignas de respeto en su cultura y creencias y convicciones arraigadas desde tiempos milenarios y por ende, deben de tener un tratamiento jurídico diferente en materia penal, conforme a sus visiones cosmogónicas distintas a la del resto de la población mayoritaria. Esta situación de pluralidad cultural de acuerdo a lo manifestado por Carnevali “apunta principalmente a la presencia, dentro de un determinado contexto espacial, de diversas culturas asociadas principalmente a nación; es decir, a la concurrencia de elementos cognitivos comunes en cuanto a la representación del mundo exterior, de la moral, de la religión, del derecho, de las relaciones sociales y vinculados por una lengua. En consecuencia, se puede hablar de Estado multicultural en la medida en que cohabitan en un mismo territorio culturas asociadas a diversas naciones, ya sea que se trate de sociedades en las que han estado presentes culturas indígenas y que hoy reclaman pleno

reconocimiento —caso de algunos Estados latinoamericanos—, o de sociedades que, producto de la inmigración, han incorporado nuevas culturas, como está sucediendo en Europa⁴⁴.

Sin embargo, la disposición contenida en la ley indígena, da cuenta de una primera limitación respecto de la relevancia de la costumbre indígena, pues como indica Guzmán Dálbora “costumbres penalmente relevantes no podrían contradecir reglas, principios y derechos de raigambre constitucional, ante todo los que figuran como garantías fundamentales de las personas (si bien se presenta aquí la asombrosa e inadvertida paradoja de que algunos de esos derechos, como la vida, libertad ambulatoria, las prerrogativas políticas, la propiedad, son embestidos por el contenido jurídico de las penas contempladas en el ordenamiento del Estado, la mayoría de las cuales iguala en severidad a las usadas *in illo tempore* por las comunidades autóctonas, siendo sus especies calificadas incluso más crueles que éstas)”⁴⁵. Así la manera de vida del indígena conforme a sus patrones culturales, se reduce a una prueba de su costumbre como un antecedente, no como medio de prueba dicho expresamente, lo cual debe analizarse por un perito, el cual a pesar de su experiencia no podrá dar cuenta fehaciente de la cosmovisión que es parte intrínseca de su forma de ser y de convivir con el resto de la comunidad en que se desenvuelve y aun cuando la prueba de esta costumbre se considerara como medio de prueba en sí, no tiene una prevalencia en relación con otros medios o antecedentes probatorios. A su vez no hay un reconocimiento de la resolución de conflictos penales desarrollados dentro de la propia comunidad indígena al que se otorgue valor de cosa juzgada, como sí existe en el Derecho comparado; como escribe Villegas se ve “la ausencia de valor jurídico para los sistemas sancionatorios que puedan pervivir en algunos de nuestros pueblos originarios y comunidades indígenas, como por ejemplo, en algunos pueblos aymaras que mantienen sistemas de resolución de conflictos, especialmente de índole familiar (incluida VIF)”⁴⁶.

⁴⁴Carnevali, R, *El multiculturalismo: Un desafío para el derecho penal moderno*. *Rev. Política Criminal* (Online) . Año 2007, N° 3, pág. 6 (Consultado el 11 de abril de 2014). Disponible en http://www.politicacriminal.cl/n_03/a_6_3.pdf

⁴⁵ Guzmán, Dálbora, José Luis, ob. cit. pág. 249.

⁴⁶Villegas, M., op. cit.pág. 191-192 .(Consultada el 10 de abril de 2014) Disponible en: www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-09502012000200008&lng=es&nrm=iso

Entonces ¿qué soluciones dogmáticas podemos considerar frente a la situación del indígena a quien se le acusa de cometer un delito cometido dentro del ámbito de su propia creencia derivada de la cosmovisión aprehendida por su modo de vida?

3.- Propuestas de la dogmática penal y la jurisprudencia nacional relativas a la comisión de delitos por indígenas.

3.1 Inimputabilidad del Indígena.

Considerar al indígena como inimputable, es una solución que dentro del contexto latinoamericano ha sido adoptada por Colombia expresamente conforme lo establecido en artículo 378 del Código de procedimiento penal y en los artículos 33, 69 inciso primero y 73 inciso primero de su Código penal⁴⁷. Sin embargo, respecto de dichas normas, se recurrió de inconstitucionalidad siendo conocido en la causa C-370 de la Corte Constitucional de dicho país donde en sentencia de del 14 de mayo de 2002, en su parte resolutive por voto de mayoría resolvió:

“Primero. Declarar EXEQUIBLE la expresión “*diversidad sociocultural*” del artículo 33 de la Ley 599 de 2000 o Código Penal, bajo los siguientes dos entendidos: i) que, la inimputabilidad no se deriva de una incapacidad sino de una cosmovisión diferente, y ii) que en casos de error invencible de prohibición proveniente de esa diversidad cultural, la persona debe ser absuelta y no declarada inimputable, conforme a lo señalado en esta sentencia.

⁴⁷**Artículo 33.** Inimputabilidad. Es inimputable quien en el momento de ejecutar la conducta típica y antijurídica no tuviere la capacidad de comprender su ilicitud o de determinarse de acuerdo con esa comprensión, por inmadurez psicológica, trastorno mental, diversidad sociocultural⁶ o estados similares.

Artículo 69. Medidas de seguridad. Son medidas de seguridad:

1. La internación en establecimiento psiquiátrico o clínica adecuada.
2. La internación en casa de estudio o trabajo.
3. La libertad vigilada.
4. La reintegración al medio cultural propio.

Artículo 73. La reintegración al medio cultural propio. Cuando el sujeto activo de la conducta típica y antijurídica sea inimputable por diversidad sociocultural, la medida consistirá en la reintegración a su medio cultural, previa coordinación con la respectiva autoridad de la cultura a la que pertenezca.

Artículo 378. *De los indígenas.* Cuando se tratare de indígenas inimputables por diversidad sociocultural se dispondrá como medida de protección, si el perito oficial lo aconsejare, la reintegración provisional a su medio social.

Segundo. Declarar INEXEQUIBLES el numeral 4° del artículo 69 y el artículo 73 de la Ley 599 de 2000 o Código Penal, y el artículo 378 de la Ley 600 de 2000 o Código de Procedimiento Penal”.

Lo anterior, tiene en primer lugar, una importancia práctica, en orden a que conforme a las normas colombianas, consideradas inconstitucionales, el estimar al indígena inimputable por su condición de tal sin más, derivaba en la consecuencia de imponerle una medida de seguridad, por lo cual, si se considera al indígena como inimputable pero en base a un error invencible provocado por la forma de vida y cosmovisión diferente que ha tenido en su vida ello permite su absolución sin más, prohibiendo la aplicación de alguna medida de seguridad a su respecto.

Además, este fallo conlleva una valoración en orden a que el indígena no puede ser considerado inimputable sin más por su condición de tal, sino que el análisis debe centrarse en establecer si en el caso concreto hubo un error de prohibición que pueda reunir la calidad de invencible y si así fuera, declarar su absolución, lo cual es concordante con el principio de igualdad constitucional en orden a no hacer diferencias arbitrarias entre las personas. En el fallo mencionado, en su considerando 33, se explicita dicha idea:

33- En tal contexto, la Corte considera que es posible condicionar la exequibilidad de la expresión acusada, a fin de ajustarla a la Carta. Así, en primer término, y para corregir las eventuales discriminaciones derivadas de la expresión acusada, la Corte considera que, por aplicación directa del principio de igualdad, y por el sentido mismo de la figura de la inimputabilidad, en aquellos eventos en que un indígena o un miembro de otra minoría cultural haya realizado una conducta típica y antijurídica, el funcionario judicial debe comenzar por examinar si concurre algunas de las causales de exclusión de la responsabilidad previstas por el estatuto penal, y en particular si hubo o no un error invencible de prohibición. Por consiguiente, si existe el error invencible de prohibición, entonces todo individuo en esas circunstancias debe ser absuelto, y no declarado inimputable pues, como ya se explicó en esta sentencia, desconocería la igualdad y la finalidad misma de la existencia de la figura de la inimputabilidad por diversidad cultural que en esos eventos el indígena o el miembro de una minoría cultural fuese objeto de una

medida de seguridad, mientras que otra persona, en esas mismas circunstancias, es absuelto

La posición de considerar inimputable al aborigen, recuerda el pensamiento medieval de subvaloración ante el derecho o de persona salvaje, lo cual es imposible de conciliar con el principio constitucional de igualdad ante la ley, a su vez que refiere una contradicción en el fundamento mismo de su aplicación, porque por una parte se reconoce el desencuentro cultural entre los valores predominantes en un país y la cosmovisión del indígena y acto seguido sin más se le considera inimputable para aplicarle igualmente una sanción penal como es una medida de seguridad, llámese reintegración a su medio cultural propio u otra, llevando a la segregación de las culturas y no a la integración de las mismas. Modollel expone algo parecido en cuanto señala “Desde mi punto de vista, es patente una contradicción en la opinión de Reyes Echandía, ya que, por un lado, admite la existencia de un choque de culturas en relación con el problema sobre la posible responsabilidad penal del indígena, pero, a su vez, defiende el principio de soberanía del Estado para aplicar su ley sobre dichos indígenas [...]”⁴⁸

En nuestro ordenamiento jurídico, dar respuesta a la problemática del delito cometido por indígenas por la realización de conductas aceptadas culturalmente dentro de sus comunidades o fuera de ellas no pareciera que podría condecirse con la posibilidad de que el indígena sea declarado inimputable conforme al artículo 10 N° 1 del Código Penal, asimilándolo al loco o demente por su condición de tal, ya que por una parte no está expresado en la ley y por otra, realizar una interpretación en dicho sentido está en contradicción al principio constitucional de igualdad ante la ley, en orden a dar la posibilidad de poder probar su absolución y evitar que sólo por su condición de imputado indígena de pie para sin más aplicarle una medida de seguridad por dicho motivo.

⁴⁸Modollel, Juan Luis. *Breves consideraciones sobre la posible responsabilidad penal de sujetos pertenecientes a grupos culturalmente diferenciados (casos del indígena y costumbres de origen afroamericano)* En Anuario online de Derecho Penal 2006. Universidad de Friburgo, Facultad de Derecho. Año 2006 (Consultada 01 de mayo de 2014). Disponible en <http://perso.unifr.ch/derechopenal/anuario/numeros>

3.2 La fuerza irresistible.

Esta causal de eximición de responsabilidad fue utilizada por la defensa de indígenas ante nuestros tribunales en el pasado. Ésta eximente que está en nuestro Código Penal en el numeral 9 del artículo 10, ha sido objeto de un intenso debate doctrinario. De partida, el vocablo al que alude a la fuerza, por una parte se ha dicho dentro de nuestra doctrina que solo se refiere a la fuerza física, mientras que la moral estaría solo dentro del miedo insuperable, como sustentan Labatut, Colvin, entre otros. A su vez otros autores si incluyen la fuerza moral como Del Río y Etcheberry. El origen de esta situación deriva al parecer, que en el derecho penal español, antecedente directo de esta norma, la eximente de fuerza irresistible, estaba separada de la del miedo insuperable en normas diferentes, por lo cual la fuerza moral se estimaba pacíficamente como incluida sólo en la norma que hacia relación al temor insuperable. Cuando nuestra legislación hizo la fusión entre ambas eximentes, se planteó la duda, por cuanto “se considera absurdo restringir casi hasta la insignificancia la disposición legal, lo que es especialmente válido para quienes pretenden restringirla a hipótesis de vis absoluta, cuya irrelevancia penal no requeriría la previsión de una eximente, pues en ausencia de conducta, simplemente decae el concepto de delito del art. 1º; sólo requieren de ser exentas de responsabilidad las conductas”⁴⁹.

La calificación de fuerza en irresistible o de miedo en insuperable, para una posición de la doctrina nacional está dada por considerarla de acuerdo a un hombre medio ideal, sin embargo, la posición que mayor aceptación ha tenido en la dogmática y jurisprudencia ha sido considerar esta atenuante en relación al hombre en concreto, basado principalmente en que el criterio del hombre medio “a) olvida que el contexto situacional normal o exigibilidad es un elemento es elemento de la culpabilidad, la que se define como un juicio personal de reproche (cfr. Labatut I, 150; Novoa I, 603; Etcheberry I, 348; Garrido, 195; Cury I, 85; Politoff I, 642; Náquita I, 425); olvida que el baremo o medida empelada, por esa misma doctrina, para determinar la inimputabilidad o concurrencia de un error de prohibición

⁴⁹Hernández, H. Basualto, op.cit. p. 246.

inevitable es de carácter **personal –objetivo**. En efecto, de lo que se trata es de saber si el autor se encontraba (no un supuesto hombre – ideal), en el caso concreto en que se encontraba y al momento de cometer el hecho delictivo, era inimputable o carecía de la posibilidad de saber que su actuar era algo prohibido (Sentencia de la Corte Suprema 1963 en Revista de Derecho y Jurisprudencia tomo 60, pág. 67); c) olvida que la doctrina postula que el “miedo insuperable” es de carácter subjetivo (no objetivo); en consecuencia, se debe estar a la vivencia subjetiva del actor que sufrió el miedo y no a la que hipotéticamente experimentaría como “insuperable” un hombre-medio ideal. En consideración a lo anterior, somos de opinión que, en el ámbito de la culpabilidad, por ser un elemento del delito de carácter personal, el criterio para establecer la existencia o ausencia de alguna causal de exculpación debe ser siempre personal – objetivo (cfr. Politoff I,645; Naquira I, 426); examinar, al momento de perpetrar el hecho delictivo (ex ante), la capacidad real del actor.”⁵⁰

Se ha tratado de argumentar esta eximente en relación al indígena, en relación al artículo 54 de la ley indígena, en razón de alegar que frente a una situación que afecta a un aborigen, que de acuerdo a la costumbre de su etnia debiera realizar de acuerdo a su cosmovisión, un acto calificado como delito, estaría exculpado por la fuerza irresistible en el cumplimiento de dicho mandato. Tal situación se puede ilustrar en el fallo RIT 46-2006 del tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Temuco⁵¹, donde el acusado, indígena mapuche dio muerte a una persona que a su vez había dado muerte a su padre, y que si bien la víctima estuvo cumpliendo pena privado de libertad, al salir de la cárcel, se estimó por el imputado que no había cumplido el tiempo necesario que exigía la reparación de su etnia, por lo cual la defensa arguyó que movido por esta fuerza irresistible en dar cumplimiento a los mandatos de su vida en comunidad, debió de cometer este homicidio, lo cual fue desestimado por el tribunal atendido a que de acuerdo a la cosmovisión mapuche, el sentimiento de venganza que derive en pena de muerte no es aceptado, además que el acusado se declaró católico, y además la ley indígena

⁵⁰Naquira, Jaime, “Artículo 10 N° 9 del Código Penal” en Politoff S. y, Ortiz L., *Texto y Comentario del Código Penal Chileno Tomo I*. Editorial Jurídica de Chile. Santiago, 2002, págs. 148-149.

⁵¹Defensoría Penal Pública (Chile). *Modelo de defensa penal para imputados indígenas*(Consultado el 23 de mayo de 2014). Págs. 97 y 98 Disponible en <http://www.dpp.cl/resources/upload/bbff843724ee902561ab8def3ea5cf37.pdf>

nacional, permite el aceptar la costumbre sin que se atente contra la Constitución Política o sus leyes, lo cual es claro acá, por cuanto nuestro ordenamiento constitucional y legal prohíbe la pena de muerte.

Un caso icono de nuestra jurisprudencia, dice relación con “la sentencia de fecha 04 de julio de 1953, dictada por la Juez Subrogante del Segundo Juzgado de Letras de Valdivia, doña María Mardones Montenegro, y aprobada sentencia de la I. Corte de Apelaciones de Valdivia, con fecha 07 de diciembre del mismo año, se aplicó como circunstancia eximente de responsabilidad penal, la fuerza irresistible contemplada en el artículo 10 N° 9 del Código Penal. (Fallo publicado en la Revista de Derecho y Jurisprudencia y Gaceta de los Tribunales, Año 1955, T. LII, 2ª parte, sec. 4ª Págs. 85 y gts., N°s. 5 y 6) ⁵². Se sentencia a una machi absolviéndola, por considerar que, está exenta de responsabilidad penal, por haber actuado bajo el imperio de una fuerza irresistible, procedente de una tribu no integrada a la sociedad, que da muerte a otra a quien ella y todos los demás del ambiente reputaban bruja dotada de poderosas artes maléficas y que, en la convicción de la imputada le había ya causado y le iba a causar en el futuro graves daños, que podrían significarle la pérdida de la vida. Tal vez fue una salida para dar lugar a una absolución, pero motivada creemos por una situación de error de prohibición que de acuerdo a la cultura de la imputada se encontraba plenamente en conocimiento de sus facultades, pero que movida por sus creencias milenarias determinó este homicidio.

3.4 El error de prohibición.

El error de prohibición, como indicamos al inicio de este trabajo, esta dado por el acuerdo mayoritario en la doctrina en que para estar frente a un delito, el sujeto activo sepa o pueda saber que su hecho se halla prohibido por la ley, donde no es suficiente que sepa la conducta típica de que trata su conducta, sino además que la misma esté prohibida por la ley penal. Así este error de prohibición, que recae sobre el elemento antijuridicidad será

⁵²Oliva, Sergio, *Reforma procesal penal y Ley Indígena*, (Consultado el 29 de mayo de 2014), disponible en http://www.serindigena.org/libros_digitales/derechos_indigenas/estudio/4.htm

invencible o vencible, dependiendo de que este error haya podido evitarse o no con el mayor cuidado posible para el actor, donde sin mayor discusión se admite que el demostrar estar frente a un error invencible da lugar a la exculpación de la persona acusada de un delito, y si se estuviera ante uno vencible, estaríamos frente a una posibilidad de configuración de una eximente incompleta que pudiere llevar a una disminución de la pena si el actor fuere condenado.

Un elemento que es problemático, y que consideramos necesario poner en consideración en este trabajo, dice relación con la naturaleza del error de prohibición, donde se confronta el causalismo clásico el cual como señala Mir Puig “considera el conocimiento de la antijuridicidad del hecho como necesario para que concurra el dolo, que se contempla en la culpabilidad. Éste se concibe además como *dolus malus*, como voluntad consciente no sólo del hecho, sino también de su significado antijurídico. En consecuencia, el error de prohibición hace desaparecer el dolo, al privarle de una de sus dos partes integrantes. Su naturaleza dogmática coincide, por tanto, con la del error de tipo, lo que conduce a un mismo tratamiento para ambas clases de error: si el error es invencible procede la impunidad por falta de dolo e imprudencia, y si es vencible da lugar a imprudencia. Ésta es la llamada teoría del dolo, porque según ella el error de prohibición excluye el dolo”.⁵³ A esta doctrina se le critica principalmente el que establece que el conocimiento que exige para la antijuridicidad sea el mismo el que exige respecto de la tipicidad, pues “el dolo que abarca el conocimiento de los elementos de la tipicidad es un dolo natural que nada tiene que ver con el conocimiento de la antijuridicidad que se sitúa en un plano sistemático distinto y con distinta función político criminal”.⁵⁴ A su vez, desde la psicología, son distintas las exigencias en el conocimiento de lo que se está haciendo por una parte, y que constituye el conocimiento del tipo legal, con el conocimiento de los elementos normativos del mismo que está dentro de la esfera de la antijuridicidad, pues el conocimiento de la antijuridicidad “es un acto psicológico más profundo que no se produce en un momento determinado, sino que es la consecuencia de todo un largo proceso de aprendizaje, de internalización de pautas de conducta y sistema de valores, de formación

⁵³Mir Puig, S. *Derecho general. Parte General*. Editorial BdeF, séptima edición, segunda reimpresión Buenos Aires, año 2005, pág. 541.

⁵⁴Muñoz Conde F. *El error en Derecho Penal*. Editorial RubilzoniCulzoni. Buenos Aires. Pág. 26.

del Super Yo, etcétera. El conocimiento de la antijuridicidad sería como dice Welzel, un conocimiento inactual”⁵⁵.

A su turno, el finalismo redujo el dolo al conocer y querer los elementos del tipo penal, donde se diferencia el conocimiento de la antijuridicidad, así, el dolo se enmarca dentro del elemento de tipicidad y no de la culpabilidad, el conocimiento de la antijuridicidad quedo dentro de la culpabilidad, estableciéndose la construcción que como indica Mir Puig “el conocimiento de la antijuridicidad del hecho debe valorarse (en el sentido potencial) como requisito autónomo de la culpabilidad, y su ausencia, el error de prohibición, no impide la subsistencia del injusto doloso, sino que afecta sólo a la culpabilidad de su autor”⁵⁶. Se critica a esta teoría de la culpabilidad, el que permite un amplio espectro de supuesto conocimiento potencial de la antijuridicidad, teniendo el error de prohibición una disminución en su importancia práctica, o como señala Muñoz Conde “con la teoría de la culpabilidad, pues, se adorna el legislador con un bello ropaje que luego no va a desempeñar papel alguno en la práctica”⁵⁷

En relación a la situación del indígena, como veíamos anteriormente, la conciencia de la antijuridicidad del obrar de una persona, implica una adherencia e internalización con los valores o bienes jurídicos del sistema social en el cual está inmerso. Y dentro del estudio del error de prohibición tenemos el directo el cual “tiene lugar si el sujeto, al momento de actuar, ignora la existencia de una norma penal, o bien conociendo su existencia y sobre la base de una interpretación errada, la considera inválida o no aplicable a su caso, razón por la cual desconoce la significación antijurídica de su conducta”⁵⁸ y a su vez el error de prohibición indirecto que “tiene lugar si el sujeto, al momento de actuar, conoce el carácter prohibido del hecho que va a realizar, aunque cree equivocadamente que, en el caso concreto en que se encuentra existe a su favor una norma permisiva (causal de justificación), razón por la que su conducta no es contraria a derecho”⁵⁹

⁵⁵Muñoz Conde F. op. cit. Pág. 28.

⁵⁶Mir Puig. Ob. Cit. Pág. 542.

⁵⁷Muñoz Conde F. op. cit. Pág. 33.

⁵⁸Náquira Riveros J. *Derecho Penal, Teoría del delito I*, Ed. Macgraw – Hill, Santiago, pág. 396.

⁵⁹Náquira Riveros J. Ob. Cit. Pág 397.

La situación que se suscita con el error de prohibición como se ha estudiado dentro de la teoría del delito y el indígena, está dado en que no considera al indígena como ser con la posibilidad de refrendar su propia cosmovisión de acuerdo a la cultura en que se ha visto inserto, donde el enfrentar la situación de delito del aborigen bajo el prisma de defensa por vía del error de prohibición, mantiene latente la crítica en orden a que si bien, se podría exculpar al aborigen, la antijuridicidad de su actuar se mantiene indemne, llevando de nuevo a la situación del problema que no es aplicable su propio ordenamiento jurídico basado en su cultura, sino que es siempre el ordenamiento jurídico conforme a la cultura dominante, o en palabras de Myrna Villegas “el problema asociado al error de prohibición es precisamente que el acto sigue siendo antijurídico, de manera tal que se vuelve a la idea de imposición de unos valores (los de la cultura dominante) sobre otros. Coincido con Modolell en este punto, mas no en la idea de distinguir según el grado de "integración" del indígena para determinar si la exclusión de su responsabilidad penal se da en el ámbito de la culpabilidad, el de la antijuridicidad o de la tipicidad. Me parece que con ello sigue partiéndose de la base de una cultura dominante que impone valores al otro distinto. Un indígena puede estar perfectamente integrado y actuar porque obedece a una conciencia de ilicitud distinta, que no dice relación con la "comprensión" de la norma, sino con un rechazo de la norma oficial porque obedece a una norma propia o porque la norma oficial se contradice con la norma propia”⁶⁰

De los casos, que dentro de nuestra jurisprudencia se pueden citar en que se haya aceptado el error de prohibición en materia indígena, la Defensoría Penal Pública y Myrna Villegas están contestes en citar el fallo rol 92-2008 de la I. Corte de Apelaciones de Puerto Montt, que rechazó el recurso de nulidad en la causa conocida como Isla Butacheuques ocupada por huilliches, donde, en síntesis, se acusó a un aborigen huilliche por los delitos de usurpación y hurto de madera por haber ocupado un territorio del fisco, donde se asentaba un aserradero y haber utilizado la madera, siendo exculpado en razón de considerar que obró por error de prohibición, atendido a que actuaba por considerar que dicho terreno pertenecía a su comunidad, lo cual fue confirmado por la I. Corte de Apelaciones de Puerto Montt rechazando el recurso de nulidad interpuesto por el Ministerio

⁶⁰Villegas Myrna. Ob cit. pág. 193

Público, puesto que como cita Myrna Villegas “ *el imputado jamás pudo representarse la ilicitud de su conducta [...] 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 [...] El contexto en que ocurren los hechos es en una comunidad aislada en que la única posesión inscrita es la del Estado de Chile... 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* ”⁶¹.

Habría que considerar si en este caso, más que un error de prohibición en sí, podría estarse más en presencia de la eximente del artículo 10 N° 10 del Código Penal, a saber, el ejercicio legítimo de un derecho donde “más allá de los casos en que la Ley expresamente autoriza la realización de una conducta típica, la justificante de ejercicio legítimo de un derecho abarcaría según la doctrina (Cury, 382), la realización de acciones típicas en ejercicio de un derecho deducido de normas consuetudinarias o reconocido mediante una interpretación analógica”⁶². En este caso, el acusado probó la pertenencia ancestral del inmueble a su familia, procediendo el estado de Chile a expropiar de facto estos terrenos y hacerlos pasar al fisco por el proceso de colonización durante el siglo XIX, por lo cual, conforme a su costumbre incita por la cosmovisión a la comunidad a la que pertenecía, comprobada en el proceso conforme el artículo 54 de la ley 19.253, intentó recuperar dichos terrenos y hacer uso de los frutos del mismo que consideraba como propios de acuerdo a sus ancestros, por lo cual se da una mezcla entre el hecho de estar actuando conforme a derecho, bajo el supuesto de considerar que eran sus terrenos, y por otro punto, considerar que actuaba bajo el imperio del derecho en el supuesto de error de prohibición, aún cuando esto último queda un poco menguado por cuanto no se hizo un mayor análisis respecto de carácter de invencible de esta situación, o de su integración o no a la sociedad chilena.

⁶¹Villegas Myrna. Ob cit. pág. 195

⁶²Hernández, H.Basualto, ob. cit., pág. 263

Más acorde con esta exigente de ejercicio legítimo de un derecho con los derechos fundamentales, dice relación con los derechos de los niños y adolescentes, pues “como ya lo hemos señalado, el Art.30 Convención de Derechos del niño señala que no se negará a un niño... que sea indígena el derecho que le corresponde, en común con los demás miembros de su grupo, a tener su propia vida cultural. Asimismo el Art.8.2 del Convenio 169 establece: 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.”⁶³

Como veíamos anteriormente, varias Constituciones Políticas latinoamericanas reconocen el derecho a la identidad cultural indígena, al igual que el Convenio 169 de la OIT, con lo cual como señala Amry “se pretende garantizar el derecho colectivo de los pueblos indígenas a mantener y desarrollar su forma de vida y el derecho individual a participar en esta forma de vida. De ello, se desprende que existe un espacio garantizado en el cual no puede interferir el Estado. Las conductas que se enmarcan dentro de ese espacio son, en principio, permitidas y no pueden, por lo tanto, ser consideradas como contrarias al ordenamiento jurídico”.⁶⁴

3.4.-El error de comprensión culturalmente condicionado.

El realizar delitos basados en motivaciones culturales, da cuenta de que “se trata de un comportamiento considerado delito por la ley penal y por la cultura del sistema de acogida, pero que por el contrario es aprobado o incluso impuesto por la cultura minoritaria de la que forma parte el autor”⁶⁵. Respecto de la forma de abordar este problema, el autor más reconocido en su desarrollo y defensa, a nivel iberoamericano, corresponde a Zaffaroni. En el Anteproyecto de Código Penal de Bolivia, Zaffaroni, como miembro redactor en su artículo 19 nos ofrece un concepto de que entiende por error de comprensión

⁶³ Defensoría Penal Pública. *Defensa penal de Adolescentes Indígenas: Propuestas para tener presente, discutir y profundizar*, 2012 (Consultado el 13 de junio de 2014). Disponible en <http://www.biblio.dpp.cl/biblio/DataBank/6960.pdf>

⁶⁴ Amry, René, *Defensa Cultural y pueblos indígenas: propuestas para la actualización de un debate*, Anuario de Derecho penal 2006 de facultad de Derecho de la Universidad de Friburgo. (Consultada el 12 de junio de 2014). Disponible en http://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/anuario/an_2006_08.pdf

⁶⁵ De Maglie, Cristina. *Los delitos culturalmente motivados. Ideologías y modelos penales*, Ed. Marcial Pons, Madrid, 2012. Pág. 219.

culturalmente condicionado, indicando que “también se excluye la culpabilidad cuando el agente por su cultura o costumbres no comprenda la criminalidad de su obrar o no se le pueda exigir que adecue su conducta a dicha comprensión. Cuando por las mismas causas no se excluya totalmente la posibilidad de comprensión o de adecuación de la conducta, el tribunal podrá establecerá la pena conforme al grado de exigencia que podría formularsele”⁶⁶. En el mismo sentido Maglie nos indica que la realización de un delito motivado culturalmente se trata “de un comportamiento realizado por un sujeto perteneciente a un grupo étnico minoritario que es considerado delito por las normas del sistema de la cultura dominante.

El mismo comportamiento en la cultura del grupo al que pertenece el autor es por el contrario es perdonado, aceptado como normal o aprobado o, en determinadas situaciones, incluso impuesto”⁶⁷

Se ha expuesto en orden a este punto, que las consideraciones usadas para dar relevancia a las diferencias culturales entre los sujetos que forman parte de una sociedad, en el momento de una acusación de carácter penal, podría fomentar el relativismo e inseguridad jurídica. Sin embargo, hay que tener en cuenta que solo considerar un punto de vista que nos dé un solo patrón cultural de manera homogéneo es limitado, e impide el enriquecimiento de una sociedad, además que la existencia de una única cultura en la práctica, es una falacia, atendido por ejemplo a los procesos migratorios y las culturas minoritarias como es el caso de los aborígenes pertenecientes a una sociedad, con sus distintas cosmovisiones acerca de la posición del hombre en el mundo, y con costumbres

⁶⁶ Artículo 19.- (Error de tipo) El error invencible sobre un elemento constitutivo del tipo penal excluye la responsabilidad penal por este delito. Si el error, atendidas las circunstancias de hecho y las personales del autor, fuera vencible, la infracción será sancionada con la pena del delito culposo, cuando la ley lo comine con pena.

Tratándose de personas pertenecientes a culturas originarias, el tribunal tendrá especialmente en cuenta los condicionamientos culturales que impidan o dificulten el reconocimiento de los elementos constitutivos del tipo penal.

El error sobre un hecho que cualifique la infracción o sobre una circunstancia agravante, impedirá la aplicación de la pena agravada.

(Error de prohibición) El error invencible sobre la criminalidad del hecho excluye la culpabilidad, al igual que el que recaiga sobre las circunstancias que lo habrían justificado o exculpado. Si el error fuera vencible, la pena podrá atenuarse prudentemente por el tribunal, atendiendo a la medida de la posibilidad exigible de superarlo.

(Error de comprensión) También se excluye la culpabilidad cuando el agente por su cultura o costumbres no comprenda la criminalidad de su obrar o no se le pueda exigir que adecue su conducta a dicha comprensión. Cuando por las mismas causas no se excluya totalmente la posibilidad de comprensión o de adecuación de la conducta, el tribunal podrá establecerá la pena conforme al grado de exigencia que podría formularsele.

⁶⁷Maglie, Cristina de. Ob. cit. pág. 68.,

antiguísimas en distintos ámbitos, entre los cuales está la forma de reaccionar ante los actos que alteran la paz social. Cuando tratamos la realidad del multiculturalismo en una sociedad, damos cuenta como señala Carnevali que “la concurrencia de elementos cognitivos comunes en cuanto a la representación del mundo exterior, de la moral, de la religión, del derecho, de las relaciones sociales y vinculados por una lengua. En consecuencia, se puede hablar de Estado multicultural en la medida en que cohabitan en un mismo territorio culturas asociadas a diversas naciones, ya sea que se trate de sociedades en las que han estado presentes culturas indígenas y que hoy reclaman pleno reconocimiento —caso de algunos Estados latinoamericanos—, o de sociedades que, producto de la inmigración, han incorporado nuevas culturas, como está sucediendo en Europa [...] Hoy más bien se habla de Estados multiculturales, por el reconocimiento que se hace de la pluralidad cultural, como lo demuestran diversas Constituciones de países latinoamericanos, al resaltar el carácter multiétnico y pluricultural de sus Estados”⁶⁸. Esto último, como hemos visto, ya ha sido plasmado en varias Constituciones Políticas como es el caso de Bolivia, Perú y Colombia.

Ello, supone enfrentar críticas que se hacen a esta concepción multicultural de los Estados o de pluralismo jurídico en los mismos, y que dice relación como indicábamos a la idea de relativismo que emerge, supone un reconocimiento acerca de la diversidad cultural, y de los delitos culturalmente motivados. Principalmente se invocan “Los argumentos fuertes en contra de los *delitos culturalmente motivados* son el argumento democrático y el argumento de la universalidad. La delimitación conceptual frente al argumento de moralismo jurídico y al argumento iusnaturalista es necesaria ya que, en el debate, se producen algunas confusiones que merecen clarificación. Una de las preguntas más importantes de toda Filosofía del Derecho es “¿Por qué debo obedecer? La respuesta a esta cuestión está vinculada, en parte, por los criterios de justificación de las decisiones públicas. Lo cual suele relacionarse con términos con legitimidad o justicia. El debate sobre los *delitos culturalmente motivados* está estrechamente vinculado a los argumentos que se utilizan para justificar una de las decisiones públicas más relevantes: cuál es la lista de delitos y cómo deben aplicarla los jueces. La clave es que no es lo mismo condenar por trasgredir un delito natural –*argumento iusnaturalista*–, la moral social –*argumento del*

⁶⁸Carnevali, R. ob. cit. pág.. 6.

moralismo jurídico-, los derechos humanos –*argumento de la universalidad*- o un delito establecido por la ley positiva –*argumento democrático*- [...]En el contexto de los delitos culturales, es particularmente relevante esta interpretación *contextualizada* de los derechos humanos ya que un derecho humano, en concreto, podría interpretarse, de forma diversa, en relación con circunstancias particulares, pero habría un núcleo de certeza –un contenido esencial- que debería respetarse para poder hablar de ese derecho propiamente. Lo relevante es que el problema, como se verá, se traslada a una cuestión de interpretación y aplicación intercultural de los derechos. Y, desde otro punto de vista, que el contexto es relevante al analizar los derechos humanos “⁶⁹ Creo que debemos considerar la necesidad de considerar la cultura como algo dinámico y donde la convergencia de los distintos grupos que la forman es necesaria para el desarrollo de las mismas en la sociedad, a fin de poder conservar la paz social, lo cual exige un respeto mutuo en sus visiones de sociedad. Y es justamente que dentro de esta divergencia natural en valores que se dan en las diferentes culturas de una sociedad, es que emerge lo que se ha llamado como el pluralismo normativo subjetivo, donde “se podría sintetizar como un posible conflicto de una obligación legal y una obligación moral. La moral que se debería obedecer se compondría del conjunto de valores, creencias y principios de una cultura que determinaría la adopción de un comportamiento concreto. La cuestión entonces es fijar cuáles son los elementos clave para decidir un comportamiento y si el peso de las razones para actuar tras las creencias de una determinada cultura es más decisivo que cumplir con el precepto legal”⁷⁰.

A su vez el relativismo es contraproducente para el propio recogimiento del derecho penal indígena en cuanto “la mejor defensa de las minorías culturales es la superación del relativismo cultural y la afirmación del individuo en tanto agente moral. Esto no significa que se deba ignorar la diversidad cultural en aras del valor incondicionado del progreso, a todas luces absurdo. De lo que se trata es de encontrar principios que, respetando la

⁶⁹Pérez. Oscar. *Delitos culturalmente motivados. Diversidad cultural, Derecho e Inmigración. European Journal of Legal Studies, Vol. 5, Issue 1, págs.. 65-95 (Consultada el 26 de mayo de 2014). Disponible en http://earchivo.uc3m.es/bitstream/handle/10016/15761/delitos_EJLS_perez_2012.pdf;jsessionid=1FBEE8B3C9D00A5A2F28D1BCD6053553?sequence=1*

⁷⁰Pérez. Oscar, ob. cit.

pluralidad, puedan ser compartidos por todos los agentes. Ello significa que no serán aceptados aquéllos que destruyan la calidad moral de los agentes”⁷¹

Así emerge el concepto de error de prohibición culturalmente condicionado, cuyos caracteres vimos en el capítulo I de este trabajo, a fin de dar un tratamiento que dé cuenta de la diversidad de culturas, sea por el proceso de inmigración o por la existencia de culturas aborígenes en la sociedad.

A diferencia del contexto sudamericano, Chile nunca ha desarrollado expresamente un concepto de error de prohibición determinado por la cultura del agente, como el caso del indígena, pero la realidad de las cosas ha debido situar al derecho en considerar este problema necesariamente, puesto que si bien Chile es un Estado unitario, el hecho de que exista una sola legislación penal para la determinación y juzgamiento de ilícitos, igualmente se hace necesario considerar las diferencias que se evidencian en este caso por la diferente internalización de normas morales y culturales, lo cual no importa una diferencia con el principio constitucional de igualdad, pues como señala Fernandez “la justicia incluye la primera parte de lo que bien podría denominarse una fórmula básica de convivencia social, la cual se expresa en el principio a cada uno lo suyo, mientras tanto la igualdad complementa esa regla con el reconocimiento de las diferencias existentes entre los términos a comparar, agregando que a cada uno lo suyo, es cierto, pero según y cómo, puesto que lo justo es lo igual y lo igual es lo justo, pero sólo en cuanto se conciban ambas ideas como vinculadas entre sí, esto es, donde lo justo significa a todos por igual y lo igual quiere decir a cada cual según las diferencias que sea legítimo considerar”⁷²

Este desarrollo del error de prohibición, teniendo como fundamento la cultura del actor, como decíamos, no se ha desarrollado por nuestro legislador, por lo cual nuestra jurisprudencia ha debido elaborar al momento de constatar esta situación. Y un apoyo importante en este modelo de interpretación, esta dado por la ratificación de nuestro país del Convenio 169 de la OIT, el cual en su artículo 1⁷³ nos indica que la aplicación de dicho

⁷¹ Vásquez, Rodolfo, *Derechos de las minorías y tolerancia*, en Revista on line Doxa, N° 21, Vol II. (Consultada el 12 de junio de 2014), Disponible en http://rua.ua.es/dspace/bitstream/10045/10375/1/doxa21-2_31.pdf pág. 11

⁷² Fernández, M. *Principio constitucional de igualdad ante la ley*, Ed. LexisNexis, Santiago, año 2001, pág. 32.

⁷³ Artículo 1

tratado se refiere especialmente a los indígenas pertenecientes a comunidades distintivo de la sociedad mayoritaria, donde el punto central está dado por la conciencia identitaria indígena, que dicho convenio exige que debe ser respetada en la determinación de los pueblos a que debe ser aplicada y a su vez en cuanto a su extensión territorial no está determinado por las reglas del derecho internacional, lo cual cobra relevancia en nuestro país, donde comunidades aymarás, o mapuches incluyen no solo territorios de nuestro país sino que incluyen a la de los países fronterizos, lo cual cobra relevancia en la interpretación normativa, especialmente la penal. Además debemos considerar la normativa de los artículos 8 al 12 de este Convenio, ya indicados en el capítulo II de este trabajo, en orden a que pasa a ser una obligación de cada Estado que ratifica este tratado el considerar las costumbres de cada etnia en la aplicación de su legislación nacional, lo cual, conforme a la doctrina del bloque de constitucionalidad, tiene aplicación directa como si fuera la norma primaria, llámese Constitución Política y por ende con la mayor fuerza normativa que nuestro ordenamiento reconoce, de acuerdo a lo que señalábamos en el capítulo II de este escrito, lo cual es un gran apoyo a la ley indígena 19.253 en su artículo 54.

Luego, si bien el acto ilícito penal puede ser antijurídico, al evaluar el elemento culpabilidad, dentro de la costumbre o cosmovisión propio del indígena, independiente o no de su integración a la sociedad mayoritaria, la eventual condena debe estar condicionada

1. El presente Convenio se aplica:

a) a los pueblos tribales en países independientes, cuyas condiciones sociales, culturales y económicas les distinguan de otros sectores de la colectividad nacional, y que estén regidos total o parcialmente por sus propias costumbres o tradiciones o por una legislación especial;

b) a los pueblos en países independientes, 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.

2. 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.

3. 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.

por establecer si hubo una actuación con dolo o culpa, además de si hubo en si una conciencia específica de la antijuridicidad, pues como señala Bacigalupo “el principio de culpabilidad aspira a cumplir una función de singular trascendencia: sólo mediante esta vinculación de la pena con la existencia de un reproche y de la gravedad de la pena aplicable con la gravedad del reproche es posible evitar una instrumentalización de la persona que debe sufrir la pena”⁷⁴. Lo anterior es ratificado por Künsemiller al indicar que “queremos insistir en una concepción individualizadora de la culpabilidad, de acuerdo con la cual debe ser entendida esta magnitud o categoría como un juicio personal, cuyo objeto es la conexión personal real que une al sujeto con su acción”.⁷⁵

Además, un fundamento dogmático sobre esta posición la da el artículo 1 del Código penal, en cuanto como señala Cury “la interpretación correcta de la voz voluntaria, entendida no ya como dolo, sino como culpabilidad en sentido restringido, brinda una viga maestra para la solución del problema. En efecto, si lo voluntario se refiere aquí, precisamente al conocimiento de lo injusto y a la normalidad de la motivación- o solamente a aquel, según el punto de vista defendido por Cordoba Roda- ello significa que la presunción contenida en el inciso segundo del artículo 1 del Código penal es presunción de que el sujeto ejecutó la acción u omisión a conciencia de su ilicitud. De donde resulta que en el ámbito penal el conocimiento de la antijuridicidad solo se presume legalmente, a diferencia de lo que ocurre en sede civil, en donde la correspondiente presunción de derecho excluirá toda prueba en contrario [...] la consagración en el artículo 19 N° 3 inciso sexto de la Constitución Política, de una prohibición de presumir de derecho la responsabilidad penal, ha puesto fin a la discusión. Ello, implica en suma, que en la ley también está vedado constitucionalmente presumir jure et de jure, la conciencia de la ilicitud, puesto que ella es uno de los componentes básicos de la responsabilidad”⁷⁶

En el desarrollo de este concepto, queremos considerar que basado en esta situación de error culturalmente condicionado, la situación para el agente indígena en este caso, a fin de poder llevar a una exculpación de responsabilidad penal, implica según Zaffaroni “en que el sujeto conoce la norma prohibitiva pero no puede exigírsele la comprensión de la misma, es decir, su introyección o internalización como parte de su equipo valorativo. En

⁷⁴Bacigalupo Enrique. *Derecho Penal y el Estado de Derech*, Ed. Jurídica de Chile, Santiago, 2005, pág. 145

⁷⁵Künsemiller, Carlos, *Culpabilidad y pena*, Ed. Jurídica de Chile, Santiago, 2001, pág. 201.

⁷⁶Cury, E., ob. cit. pág. 446.

realidad, estos supuestos tienen lugar especialmente cuando el agente pertenece a una cultura o subcultura diferenciada, donde ha internalizado valores diferentes e incompatibles (la llamada socialización exótica) [...] lo único que se requiere es que el sujeto haya tenido la posibilidad de internalizarlos en un grado razonablemente exigible. Se degradaría el principio de culpabilidad a una ficción si se entendiese que cualquier ser humano que conoce la antijuridicidad de su conducta está en condiciones de comprenderla [...] en caso de concluir que era posible exigirle jurídicamente esa comprensión, el injusto será reprochable, y por consiguiente, el grado de reprochabilidad (culpabilidad) necesariamente se remitirá al grado de exigibilidad y al respectivo grado de esfuerzo que el sujeto hubiese debido realizar [...] no obstante, puede haber casos en que tenga el efecto de excluir la culpabilidad, tal sucede cuando el esfuerzo que hubiese debido realizar el autor fuese de magnitud tal que surja claramente su inexigibilidad jurídica, y por lo tanto quede excluida la reprochabilidad⁷⁷.

Creo que es necesario argumentar, frente a la falta de tratamiento expreso del tema en nuestro Derecho, es que si frente a un error de prohibición invencible derivado de la condición cultural del agente, como el caso del aborigen, sí se puede establecer un vínculo con las eximentes existentes en nuestro derecho. Si bien, esta es el apoyo de la Convención 169 de la OIT y de la Ley Indígena 19.254, donde las cosmovisiones de cada pueblo son los pilares de sus costumbres y determinación por ende de la interpretación que el juez debe dar a la realización del hecho punible, creemos que en base a la analogía en orden a tomar esta costumbre se puede elaborar un discurso que permita la exculpación o atenuación de la pena (dependiendo de la invencibilidad o vencibilidad del error), para lo cual acudimos a la analogía, la cual si bien por el principio de legalidad está prohibida en perjuicio del agente, si es en su beneficio, estimamos que no hay problema en utilizarla como herramienta de hermenéutica, máxime con lo señalado en el artículo 18 del Código Penal⁷⁸ que da pie para

⁷⁷Zaffaroni, E., Slokar A. y Alagia A., *Manual de Derecho Penal. Parte General*, Ed. EDIAR, Buenos Aires, segunda edición, 2002, p. 736 a 738.

⁷⁸Ningún delito se castigará con otra pena que la que le señale una ley promulgada con anterioridad a su perpetración.

Si después de cometido el delito y antes de que se pronuncie sentencia de término, se promulgare otra ley que exima tal hecho de toda pena o le aplique una menos rigurosa, deberá arreglarse a ella su juzgamiento.

Si la ley que exima el hecho de toda pena o le aplique una menos rigurosa se promulgare después de ejecutoriada la sentencia, sea que se haya cumplido o no la condena impuesta, el tribunal que hubiere pronunciado dicha sentencia, en primera o única instancia, deberá modificarla de oficio o a petición de parte.

la aplicación e ley penal más favorable para el autor de un hecho ilícito, y tomando a su vez en consideración lo señalado por Betti, “donde rige la prohibición de la analogía, ella no se extiende a las normas que establecen la relevancia penal negativa de ciertos hechos: normas que prevén circunstancias de exclusión de la pena (eximentes) o de atenuación de la responsabilidad penal (atenuantes), o causas de exención de la pena o de extinción del reato o de la pena, ya que circunscriben la calificación (sanción) penal y al reconocer que ésta no tiene razón de ser reprimen el imperio de la ley no penal”⁷⁹. Conforme a esta analogía ad bonam parte, creemos que se puede hacer la relación con la eximente del artículo 10 N° 10 del Código Penal⁸⁰, esto es que el acto del indígena que plantee un error de prohibición culturalmente condicionado, este excusada en función de haber actuado el agente aborigen por el ejercicio legítimo de un derecho, ya que como señala Cury “el requisito fundamental de esta justificante – cuya importancia dogmática se ha destacado ya- la existencia del derecho. Con todo, no es necesario que la facultad aparezca expresamente establecida por la ley; la existencia de un derecho puede también deducirse de normas consuetudinarias o mediante una interpretación analógica; lo decisivo es el contexto del ordenamiento en su conjunto”⁸¹. De acuerdo a ello, el derecho que se puede establecer, es el del indígena a que el estado respete sus costumbres e incluso forma de autocomposición por parte de las comunidades a las cuales pertenece, siempre que ello, no sea contrario a los derechos fundamentales consagrados en la Constitución Política o tratados de derechos fundamentales.

Que esta forma de aplicar el Convenio 169, si bien no ha tenido una expresión masiva en nuestra jurisprudencia si hay un fallo que quisiéramos considerar para ilustrar este efecto de interpretación que se ha utilizado por nuestros tribunales.

En fallo Rol 250-2007 de la I. Corte de Apelaciones de Antofagasta rechazó recurso de nulidad respecto de fallo Rit 66-2007 del Tribunal de Juicio Oral en lo penal de Calama. La circunstancia de hecho es que por un control policial se reviso a dos ciudadanas

En ningún caso la aplicación de este artículo modificará las consecuencias de la sentencia primitiva en lo que diga relación con las indemnizaciones pagadas o cumplidas o las inhabilidades.

⁷⁹Betti, Emilio, *Interpretación de la ley y de los actos jurídicos*, Ed. de Derecho Reunidas, Madrid, 1975., pág. 280.

⁸⁰El que obra en cumplimiento de un deber o en el ejercicio legítimo de un derecho, autoridad, oficio o cargo.

⁸¹Cury, Enrique. Ob cit. pág. 382

bolivianas de la etnia quechua que habían traspasado la frontera desde su país al nuestro, encontrando en su poder cerca de cinco kilos y medio de hojas de coca, que desde un inicio alegaron que era para la celebración religiosa de una comunidad aborígen a la que pertenecían, relativa a la Virgen del Rosario, en el poblado de Cosca en la II Región de Antofagasta. En el fallo de primera instancia se reconoció el error de prohibición basado en un condicionamiento cultural, que va en oposición a lo normado por la ley 20.000, al señalar en su considerando decimoctavo que “Desde el momento que el Estado Chileno las reconoce implícitamente a las comunidades indígenas lo está haciendo de sus tradiciones, aun cuando, en este caso, las acusadas sean bolivianas, puesto que del espíritu de la ley se desprende que el tratamiento y la interpretación de las normas deben abarcar a los pueblos colindantes[...] las acusadas, no obstante realizar una conducta reprochable, lo hicieron siguiendo las formas y simbolismos propias de su cultura, lo que significa que ellas, en su conciencia y fuero interno, no tuvieron la intención de traficar las hojas de coca, sino entregárselas a una persona que, como creyente, las iba a utilizar en una festividad religiosa. Ese es su convencimiento, no otro.”⁸²

Conforme a lo anterior, se establece la falta de conciencia de ilicitud de las acusadas, por falta de culpabilidad en razón de la eximente del artículo 10 N° 10 del Código Penal, basado en el ejercicio legítimo de un derecho por su creencia demostrada de estar actuando lícitamente en cumplimiento de un deber religioso basado en su costumbre de acuerdo a su etnia indígena. El fallo de la I. Corte de Apelaciones de Antofagasta, rechazando el recurso de nulidad, da cuenta que conforme con la fuerza obligatoria de los tratados internacionales de derechos humanos suscritos y ratificados por Chile y que están vigentes, dan cuenta que no hay nada que objetar al fallo (tomando a su vez la atención que a esa fecha no se había aún ratificado el Convenio 169 de la OIT) haciendo mención al artículo 27 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.⁸³ Conforme a ello, no objeta el fallo, asumiendo que efectivamente estaba correcta la interpretación de eximición de responsabilidad penal aplicada por el tribunal a quo y desprendiéndose que la

⁸² Barrientos, Ignacio, *Licitud de porte y uso de la hoja de coca*, Revista digital Política criminal N° 5, año 2008, pág. 6 (Consultado el 29 de mayo de 2014) Disponible en http://www.politicacriminal.cl/n_05/A_4_5.pdf

⁸³ Artículo 27. 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.

nacionalidad de las imputadas no es determinante, pues la razón de la absolución da cuenta de la pertenencia a una comunidad aborígen y no a la nacionalidad de las acusadas.⁸⁴

⁸⁴Fallo Rol 250-2007 I. Corte de Apelaciones de Antofagasta (Fuente www.poderjudicial.cl)SEXTO: 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.

SÉPTIMO: 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. Proviene 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. Fuerza es convenir y aceptar entonces que la decisión jurisdiccional que ha sido recurrida por el Ministerio Público, satisface, garantiza y sirve de ejemplar modelo de acatamiento de tal orden jurídico que, nacido internacionalmente, hoy es Ley de nuestra República.

OCTAVO: 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 existen 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.

CONCLUSIONES

1.- El error de prohibición en nuestra doctrina y jurisprudencia ha sido reconocida como una institución a fin de justificar la falta de conciencia de la ilicitud del agente, conforme a la ignorancia de la antijuridicidad de su acto. De aquello, se ha derivado lo que la doctrina ha denominado el error de comprensión culturalmente condicionado, donde esta ignorancia o falta de reconocimiento de legitimidad del ilícito penal deriva de la introyección valorativa del individuo, como es el caso del aborígen, en razón de la cosmovisión propia en la que ha desarrollado su vida.

2.- Se puede observar que frente a la realidad de tener toda Latinoamérica un pasado y un presente rico en etnias indígenas, gran parte de países de América del Sur, tienen un reconocimiento a nivel Constitucional y legal de la pluriculturalidad derivada de esta situación, y con normas especiales de respeto a estas comunidades, dando pie incluso a respetar las decisiones que a nivel jurisdiccional pueden darse dichas comunidades, siempre que estas decisiones no se contrapongan con los derechos fundamentales establecidos por las respectivas Constituciones Políticas y los Tratados Internacionales.

3.- Que, dentro de dichas legislaciones en el derecho comparado latinoamericano, se observa que en la mayoría de los países sudamericanos, se ha tratado de manera expresa la situación del indígena y del error de comprensión culturalmente condicionado, dando pie a una situación de eximente o de atenuación de la responsabilidad penal.

4.- Que, nuestro país, ha estado rezagado en dicha materia, donde no se ha tomado en consideración la situación del indígena en relación con sus formas de vida y valoración dada por sus cosmovisiones antiquísimas, en relación a su eventual responsabilidad penal, tanto en nuestro actual Código Penal, ni tampoco en el proyecto de Código Penal presentado en enero de 2014.

5.- Que, la situación del indígena, en Chile, se ha tomado en mayor consideración con la ratificación del Convenio 169 de la OIT el 15 de septiembre de 2008, estableciendo

por ende una fuente de rango constitucional conforme a la teoría del bloque de constitucionalidad, en razón de lo dispuesto en el artículo 5 inciso segundo de nuestra Carta Fundamental, lo que permite tener una herramienta con rango constitucional en la interpretación de las normas que dé cuenta de la situación de comisión de algún delito por parte de un indígena, motivado y demostrado que sea en función de haber actuado conforme a la determinación de sus valores, debería eximirse de dicha responsabilidad penal, o al menos atenuarsele.

6.- Que nuestra jurisprudencia, ha tratado esta situación de manera intuitiva en la mayoría de las veces, dándole un tratamiento de fuerza irresistible, o de error de prohibición directo, dando cuenta del problema, pero sin utilizar derechamente esta institución de error basado en la cultura y valores del indígena, situación que ha variado en el último tiempo, con la utilización de razonamientos de mayor desarrollo argumentativo sobre el particular, dando un reconocimiento a esta institución del error culturalmente condicionado.

7.- Que , si entendemos que el dolo requiere conciencia de la antijuridicidad, el error excluye el dolo cuando el indígena no sabe o no puede internalizar la prohibición de su conducta conforme al medio en el que se ha desenvuelto o bien de acuerdo a la cosmovisión que profesa, dejando en su actuar, de poseer el requisito de la malicia directa o indirecta, lo que debe relacionarse con el artículo 54 de la ley indígena que permite considerar las costumbres como base de una eximente, en este caso, el error, al que la doctrina llega a partir de la asimilación de esta situación a la eximente del artículo 10 N° 10 del Código penal, sea en la figura de ejercicio legítimo de un derecho o por la vía (mas minoritaria) de fuerza irresistible, aún cuando con la Convención 169 de la OIT es autosustentable a nuestro juicio por el valor constitucional que tiene en nuestro ordenamiento jurídico.

8.- Igualmente si seguimos la posición del finalismo penal, donde en síntesis considera que la conciencia de la antijuridicidad no forma parte del dolo, sino de la culpabilidad, en el caso del indígena, no puede ser culpable, si obra en error de comprensión condicionado culturalmente, dado que de acuerdo al artículo 1 del Código

penal, si se interpreta el vocablo "voluntaria" como conciencia de la antijuridicidad, según lo señalado por la doctrina nacional que sigue esta idea, entre otros Bustos, Yáñez y Edmundo Soto, unido a lo dispuesto en el artículo 19 número 3 de la Constitución Política, que prohíbe presumir de derecho la responsabilidad penal, entendiendo por ende a todos los elementos que conforman la teoría del delito, especialmente en este caso la culpabilidad, da cuenta que reuniendo los elementos del error culturalmente condicionado, no podría ser considerada su conducta como posible de ser sancionada penalmente.

BIBLIOGRAFIA

- 1.- Armaza, J. y Armaza, E., *La determinación culturalmente condicionada*, Ed. Pangea, Arequipa, 2011.
- 2.- Amry, René, Defensa Cultural y pueblos indígenas: propuestas para la actualización de un debate, Anuario de Derecho penal 2006 de facultad de Derecho de la Universidad de Friburgo. (Consultada el 12 de junio de 2014). Disponible en http://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/anuario/an_2006_08.pdf
- 3.- Ávila, R., ¿Debe aprender el derecho penal estatal de la justicia indígena?. En Santos B. y Grijalva A. (Editores) *Justicia Indígena, Plurinacionalidad e Interculturalidad en Ecuador*, Ed. AbyYala. La Paz, 2012, (Consultado el 25 de marzo de 2014) Disponible en http://www.ces.uc.pt/iframe/publicacoes/outras/201216/SantosGrijalva_Justicia_indigena_plurinacionalidad_e_interculturalidad_Ecuador.pdf
- 4.- Aylwin J., Carmona C., Meza-Lopehandía M., Silva H., y Yañez N., *Las implicancias de la ratificación del Convenio N° 169 de la OIT en Chile*, en *Revista electrónica Observatorio Ciudadano*, Junio 2010, Documento de Trabajo N° 10, (Consultado el 08 de abril de 2014), Disponible en http://www.observatorio.cl/sites/default/files/biblioteca/libro_ley169.pdf
- 5.- Bacigalupo Enrique. *Derecho Penal y el Estado de Derecho*, Ed. Jurídica de Chile, Santiago, 2005.
- 6.- Barrientos, Ignacio, *Licitud de porte y uso de la hoja de coca*, Revista digital Política criminal N° 5, año 2008, (Consultado el 29 de mayo de 2014) Disponible en http://www.politicacriminal.cl/n_05/A_4_5.pdf

7.- Becerra C., *La jurisdicción especial indígena y el Derecho penal en Colombia: Entre el pluralismo jurídico y la autonomía relativa*. Rev electrónica *El Otro Derecho*, Vol. 3, ,año 2006, (Consultado el 30 de marzo de 2014) Disponible en <http://ilsa.org.co:81/biblioteca/dwnlds/od/elotrdr035/elotrdr035-06.pdf>

8.- Bonilla, Daniel *La Constitución Multicultural*, Ed. Siglo del Hombre, Bogotá, 2006

9.- Cárdenas, C. *La Justicia Indígena según la Constitución del Ecuador del año 2008 y su repercusión en el juzgamiento de conductas indebidas en la comunidad de Gallorrumi, en el Cantón de Cañar*. 2010. Tesis Diplomado Derecho Penal, Cuenca, Universidad de Cuenca, Facultad de Derecho, (Consultado el 26 de marzo de 2014) Disponible en <http://dspace.ucuenca.edu.ec/handle/123456789/2956>

10.- Carnevali, R, *El multiculturalismo: Un desafío para el derecho penal moderno*. Rev. *Política Criminal* (On line) . Año 2007, N° 3, (Consultado el 11 de abril de 2014). Disponible en http://www.politicacriminal.cl/n_03/a_6_3.pdf

11.- Cesano, José, *Diversidad Cultural y Teoría del error*, Revista Horizontes y Convergencias, año 2009, pág. 24 (Consultado el 13 de junio de 2014), Disponible en http://www.horizontesyc.com.ar/archivos/1251126095/DIVERSIDAD_CULTURAL_Y_T_EOR%C4DA_DEL_ERROR.pdf

12.- Cury, E., *Derecho Penal. Parte General*, Ed. Universidad Católica de Chile, Santiago de Chile, Novena Edición, 2009.

13.- Defensoría Penal Pública (Chile). *Modelo de defensa penal para imputados indígenas*(Consultado el 23 de mayo de 2014). Disponible en <http://www.dpp.cl/resources/upload/bbff843724ee902561ab8def3ea5cf37.pdf>

14.- Defensoría Penal Pública (Chile). *Defensa penal de Adolescentes Indígenas: Propuestas para tener presente, discutir y profundizar*,2012 (Consultado el 13 de junio de 2014). Disponible en <http://www.biblio.dpp.cl/biblio/DataBank/6960.pdf>

- 15.- De Maglie, Cristina. *Los delitos culturalmente motivados. Ideologías y modelos penales*, Ed. Marcial Pons, Madrid, 2012.
- 16.- Fernández, M. *Principio constitucional de igualdad ante la ley*, Ed. LexisNexis, Santiago, año 2001.
- 17.- Francia, Luis, *La aplicación del error culturalmente condicionado*, en Documentos de trabajo de www.justiciaviva.org.pe (Consultado el 14 de junio de 2014), pág. 4, Disponible en www.justiciaviva.org.pe/documentos_trabajo/analisis.../aplic_error.doc
- 18.- Gómez, Carlos. *El Juez en una sociedad multicultural*. Ponencia para el XIX encuentro de Jueces por la democracia. (Consultado el 28 de mayo de 2014). Disponible en <http://juecesdemocracia.es/congresos/xixCongreso/comunicados/El%20juez%20en%20una%20sociedad%20multicultural.pdf>
- 19.- Guzmán Dálbora, Jose Luis. *Derecho Penal y minorías étnicas: Planteamiento y liquidación criminalística de un problema político*. Revista de Derecho Penal y Criminología, Buenos Aires, 2013, Nro. 7.
- 20.- Jakobs, Günther, *Conocimiento y desconocimiento de la norma*, en Jakobs, Günther y Struensee, Eberhard, *Problemas Capitales de derecho penal modern*. Ed. hamurabbi, Buenos Aires, 1998.
- 21.- Hernández, H. Basualto. “Artículo 1” en Couso, J. y Hernández, H., *Código penal Comentado. Parte general. Doctrina y Jurisprudencia*. Editorial AbeledoPerrot, Legal Publishing Chile. Santiago, 2011.
- 22.- Hurtado, José. *Impunidad de personas con patrones culturales distintos*, Revista de la facultad de Derecho de la Universidad Católica de Perú, Lima, Vol. 49, 1995 (Consultada

el 12 de junio de 2014). Disponible en http://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/articulos/a_20080526_04.pdf

23.- Hurtado, José, *El indígena ante el derecho penal: el caso peruano*, Anuario de Derecho penal de la Facultad de Derecho de la Universidad de Friburgo, año 2008, pág. 7 (Consultado el 11 de junio de 2014). Disponible en https://www.unifr.ch/ddp1/derechopenal/articulos/a_20080526_05.pdf

24.- Künsemiller, Carlos, *Culpabilidad y pena*, Ed. Jurídica de Chile, Santiago, 2001.

25.- Lillo Vera, Rodrigo. “*Los derechos de los indígenas y el nuevo sistema procesal penal*” Revista de Derecho de la Escuela de Derecho de la Universidad Católica de Temuco, Temuco, 2001, Nro. II

26.- Meini, I., *Diversidad Cultural, imputabilidad y culpabilidad* en Queloz N., Niggli M., y Riedo C., (Coordinadores), *Droit pénal et diversité culturelles. Mélanges en l'honneur de José Hurtado Pozo*, Ed. Schulthess-Romandes. Zurich, Suiza, 2012

27.- Mir Puig, S. *Derecho general. Parte General*. Editorial BdeF, séptima edición, segunda reimpresión Buenos Aires, año 2005.

28.- Modollel, Juan Luis. *Breves consideraciones sobre la posible responsabilidad penal de sujetos pertenecientes a grupos culturalmente diferenciados (casos del indígena y costumbres de origen afroamericano)* En Anuario on line de Derecho Penal 2006. Universidad de Friburgo, Facultad de Derecho. Año 2006 (Consultada 01 de mayo de 2014). Disponible en <http://perso.unifr.ch/derechopenal/anuario/numeros>

29.- Muñoz Conde F. *El error en Derecho Penal*. Editorial Rubilzoni Culzoni. Buenos Aires.

- 30.- Náquira, Jaime, “Artículo 10 N° 9 del Código Penal” en Politoff S. y, Ortiz L., *Texto y Comentario del Código Pena Chileno Tomo I*. Editorial Jurídica de Chile. Santiago, 2002.
- 31.- Náquira Riveros J. *Derecho Penal, Teoría del delito I*, Ed. Macgraw – Hill, Santiago.
- 32.- Nogueira, H. *Los derechos esenciales o humanos contenidos en los tratados internacionales y su ubicación en el ordenamiento jurídico nacional: doctrina y jurisprudencia*. *Rev. Derecho Ius et Praxis de la Universidad de Talca* (on line) 2003. Vol. 1, año N° 9 (Consultado el 08 de abril de 2014). Disponible en http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-00122003000100020&lng=es&nrm=iso
- 33.- Nogueira, H. *Dogmática Constitucional*. Ed. Universidad de Talca, Talca, 1997.
- 34.- Oliva, Sergio, *Reforma procesal penal y Ley Indígena*, (Consultado el 29 de mayo de 2014), disponible en www.serindigena.org/libros_digitaes/derechos_indigenas/estudio/4.htm
- 35.- Olaizola, Inés. *El error de prohibición*. Editorial La Ley, Madrid. 2007
- 36.- Pérez. Oscar. *Delitos culturalmente motivados. Diversidad cultural, Derecho e Inmigración*. *European Journal of Legal Studies*, Vol. 5, Issue 1, (Consultada el 26 de mayo de 2014). Disponible en http://earchivo.uc3m.es/bitstream/handle/10016/15761/delitos_EJLS_perez_2012.pdf;jsessionid=1FBEE8B3C9D00A5A2F28D1BCD6053553?sequence=1
- 37.- Real Academia de la Lengua Española. *Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española*. 2014, disponible en <http://www.rae.es/obras-academicas/diccionarios/diccionario-de-la-lengua-espanola>. (Consultado 04 de abril de 2014)

38.- Somlianski, R.D., *Manual de Derecho Penal. Parte General*, Ed. Ad-Hoc.Buenos Aires, 2005.

39.- Vásquez, Rodolfo, *Derechos de las minorías y tolerancia*, en Revista on line Doxa, N° 21, Vol II. (Consultada el 12 de junio de 2014), Disponible en http://rua.ua.es/dspace/bitstream/10045/10375/1/doxa21-2_31.pdf

40.- Villegas Díaz, Myrna. “Entre la exculpación y la justificación. Apuntes de legislación comparada latinoamericana sobre pluralismo jurídico y derecho penal” en Revista de Derecho. Universidad Austral, Facultad de Ciencias Jurídicas, 2012, Volumen XXV N° 2. Págs. 194-195. Disponible en: www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-09502012000200008&lng=es&nrm=iso. ISSN 0718-0950. <http://dx.doi.org/10.4067/S0718-09502012000200008>.

41.- Villegas, Myrna, *Sistemas sancionatorios indígenas y Derecho penal ¿Subsiste el Az Mapu?*, *Rev. Política Criminal* (On line) . Año 2014, Vol. 9 N° 17, págs. 239 y 240 (Consultado el 13 de junio de 2014). Disponible en http://www.politicacriminal.cl/Vol_09/n_17/Vol9N17A7.pdf

42.- Villegas, Myrna *El mapuche como enemigo del derecho penal. Consideraciones desde la biopolítica y el derecho penal del enemigo*, en revista on line www.cienciaspenales.net (Consultada el 12 de junio de 2014),. Disponible en http://www.cienciaspenales.net/descargas/idp_docs/doctrinas/mapuche%20actor%20social%20enemigo.pdf

43.- Zaffaroni. Eugenio Raúl “Tratado de Derecho Penal. Parte General. Tomo IV” Editorial EDIAR, Buenos Aires, año 1982.

44.- Zaffaroni, E.,Slokar A. yAlagiaA., *Manual de Derecho Penal. Parte General*, Ed. EDIAR, Buenos Aires, segunda edición, 2006

45.- Zaffaroni, E.,Slokar A. y Alagia A, *Tratado de Derecho Penal. Parte General*. Ed. EDIAR. Buenos Aires, 1981,t. IV.

ANEXO

I.- Países que han ratificado el Convenio 169 de la OIT y fecha de dicha ratificación:

<u>Argentina</u>	03:07:2000
<u>Estado Plurinacional de Bolivia</u>	11:12:1991
<u>Brasil</u>	25:07:2002
<u>Chile</u>	15:09:2008
<u>Colombia</u>	07:08:1991
<u>Costa Rica</u>	02:04:1993
<u>Dinamarca</u>	22:02:1996
<u>Dominica</u>	25:06:2002
<u>Ecuador</u>	15:05:1998
<u>España</u>	15:02:2007
<u>Fiji</u>	03:03:1998
<u>Guatemala</u>	05:06:1996
<u>Honduras</u>	28:03:1995
<u>México</u>	05:09:1990
<u>Nepal</u>	14:09:2007
<u>Nicaragua</u>	25:08:2010
<u>Noruega</u>	19:06:1990
<u>Países Bajos</u>	02:02:1998
<u>Paraguay</u>	10:08:1993
<u>Perú</u>	02:02:1994
<u>República Centroafricana</u>	30:08:2010
<u>República Bolivariana de Venezuela</u>	22:05:2002

Fuente ILOLEX: <http://www.oit.org/ilolex/spanish/index.htm>

