

## Discurso Coloquio Tensiones entre los Derechos de los Pueblos Indígenas y el Sistema Penal

9 de junio de 2016

*"Los cataclismos son penas por los pecados de la gente (...) Los sacrificios de animales pueden aliviar los terremotos y posponerlos si se ofrecen cada cuatro años. Pero ahora los pecados de la gente son demasiado grandes para pagarlos con sacrificios normales".*

Con estas palabras, la machi Juana Namuncura explicaba al tribunal de Nueva Imperial las razones que estaban detrás de un dramático episodio de nuestra historia. El 22 de mayo de 1960, fecha en la que tuvo lugar el más violento terremoto jamás ocurrido en Chile, la machi de Collileufo decidió que, para que la tierra dejara de temblar y el mar se aquietara, había que sacrificar a un niño. Y así se hizo, entregándole al descontrolado océano un infante de cinco años, huérfano de padre.

Quienes fueron imputados por este trágico hecho resultaron finalmente exculpados, por haber actuado bajo los influjos de una fuerza irresistible. Para tomar esta decisión, la magistrado del caso consideró la declaración de los involucrados, así como informes antropológicos que señalaban que el sacrificio fue realizado siguiendo las tradiciones ancestrales del pueblo

mapuche, con el objetivo de restaurar el equilibrio entre el ser humano y la naturaleza<sup>1</sup>.

Este conocido caso nos ilustra cómo se encontraron, en torno a un controvertido hecho, dos culturas, cada cual de la mano de un sistema normativo propio, ofreciendo respuestas diversas y contrapuestas. Este tipo de casos levantan preguntas de la máxima relevancia al interior de un país en el que conviven junto a una cultura hegemónica, las tradiciones culturales propias de pueblos originarios: ¿existe un derecho penal indígena en Chile? ¿Cuál debiese ser la relación entre un derecho penal indígena y el sistema penal en general? ¿Es deseable el reconocimiento de esferas normativas separadas, o se debe apuntar hacia la complementariedad de sistemas? ¿Debe existir un límite en lo que podría ser visto como una deferencia del sistema penal hacia las culturas indígenas? ¿Basta con señalar que este límite se encuentra en lo que conocemos como “Derechos Humanos”, o es necesario hilar más fino? ¿Qué puede aprender el sistema penal de las tradiciones normativas indígenas? ¿Nos parecería razonable, hoy en día, la forma en que se resolvió el caso del niño sacrificado para intentar menguar la furia de la naturaleza?

---

<sup>1</sup> El Austral. El Cristo Mapuche se perdió en el mar. 24 de mayo de 2010. Disponible en: [http://www.australtemuco.cl/prontus4\\_noticias/site/artic/20100524/pags/20100524000349.html](http://www.australtemuco.cl/prontus4_noticias/site/artic/20100524/pags/20100524000349.html) [Consulta: 7 de junio de 2016]

Una dificultad inicial para enfrentar todo este tipo de interrogantes viene dada por la situación en la que se encuentran hoy nuestros pueblos originarios. No deja de ser relevante considerar que resulta difícil reconstruir un derecho indígena en un país donde durante siglos la política estatal hacia los pueblos originarios no fue de indiferencia sino que derechamente de exterminio y usurpación.

Reconociendo esta dificultad, no parece sensato negar la posibilidad de una coexistencia o al menos complementariedad de sistemas normativos. Por otro lado, parecen haber sido abandonados también aquellos paradigmas que hasta la segunda mitad del siglo veinte seguían teniendo fuerza en la región y que planteaban que, en tanto “semi-salvajes”, los indígenas no eran sujetos de derecho y, por tanto, no podían ser juzgados bajo la ley penal del Estado. Esa fue, por ejemplo, una de las posiciones en juego en el caso de la jurisdicción colombiana seguido en 1970 contra el indígena Célamo Miquirucama<sup>2</sup>. Este caso marcó en Colombia una reorientación en el tratamiento penal del indígena, desde la inimputabilidad psicológica a la inimputabilidad cultural.

---

<sup>2</sup> Corte Suprema de Justicia, 14 de mayo de 1970. Citado en Paul, René. Defensa Cultural y Pueblos Indígenas: propuestas para la actualización del debate. Anuario de Derecho Penal 2006. Universität Freiburg, p. 87.

El desafío al que nos enfrentamos, entonces, es buscar los mecanismos adecuados para armonizar la legislación penal con el derecho y costumbres de los pueblos indígenas. Es este el desafío al que nos llama también el Convenio 169 de la OIT, que crea para el Estado chileno la obligación internacional de reconocer las costumbres y derecho consuetudinario de los pueblos indígenas. Sobra decir que en esta materia el camino por recorrer para Chile es, todavía, muy largo.

Ahora bien, para hacernos cargo de este desafío existen, al menos, dos grandes problemas. El primero dice relación con la manera en que nuestro sistema penal es capaz de dar cuenta de la coexistencia del derecho legislado y el derecho y costumbre indígena. El segundo, con eventuales límites para dicho derecho y costumbre indígena. Ambos están, por cierto, vinculados.

Sobre el primer problema, en nuestro derecho se han explorado distintas posibilidades para juzgar delitos cometidos por indígenas en los que las normas y costumbre indígenas han influido en el desenvolvimiento de los hechos. Para solo mencionar algunas de estas soluciones, aparecen conceptos como la inimputabilidad, el error de prohibición, el error de

comprensión culturalmente condicionado, la fuerza irresistible y circunstancias modificatorias de responsabilidad penal<sup>3</sup>.

Sobre el segundo, debe volverse sobre el problema de los límites, revisando, primero, si debiese existir alguno. En caso de considerarse la necesidad de una limitación, es relevante definir si es suficiente decir que el límite a la costumbre y derecho indígenas se encuentra en los llamados derechos humanos. En definitiva, vale la pena volver a cuestionarse el alcance de la universalidad de los derechos humanos a la hora de estimarlos como límite. Este cuestionamiento ha llevado a algunos a sostener que dicha universalidad debiese ser acotada únicamente a ciertas prohibiciones, como lo son la prohibición de la esclavitud, de la explotación sexual, de la tortura y la protección del derecho a la vida<sup>4</sup>. La justificación de dicho consenso mínimo es, por supuesto, crucial. Se ha señalado –y parece aconsejable tenerlo en cuenta– que este consenso no puede sino ser el resultado de un proceso comunicativo entre la cultura dominante y las dominadas<sup>5</sup>.

Junto con estos problemas, considero que aparece también en el estudio de las tensiones o relaciones entre sistema penal y

---

<sup>3</sup> Villegas, Myrna. Sistemas sancionatorios indígenas y derecho penal ¿Subsiste el Az Mapu? Polit. Crim. Vol. 9 N° 17 (Julio 2014), p. 236.

<sup>4</sup> Couso, Jaime. Mapuches y derecho penal. SELA (Seminario en Latinoamérica de Teoría Constitucional y Política) papers, 2012, p. 18.

<sup>5</sup> Villegas, Myrna. *Op. Cit.*, p. 242.

derecho indígena una oportunidad importante. Ésta tiene que ver con aquello que el derecho indígena puede enseñar a los sistemas penales occidentales. En nuestra realidad, tradiciones como la Mapuche y la Aymara comparten una concepción de la sanción que junto con el castigo rescata un fuerte carácter reparador. En general, el derecho indígena entiende que todo acto en contra del interés individual compromete el tejido de relaciones sociales<sup>6</sup>. La imposición de la pena supone así reconocer la participación del sujeto en la comunidad<sup>7</sup>. El derecho indígena contribuye de este modo a repensar la relación entre sociedad y delincuente haciendo coincidir sus intereses en lo que puede entenderse como un juego de suma positiva. Como sabemos, los sistemas penales contemporáneos han tenido una marcada tendencia a intensificar la contraposición entre sociedad y delincuente, oponiendo sus intereses.

Respecto de todos estos temas es sumamente provechoso realizar un análisis situado, a partir de casos concretos, tal como lo propone este encuentro de discusión. Es ésta quizás la mejor manera de enfrentar los difíciles problemas que plantea la relación entre sistema penal y derecho indígena. Espero que estas aproximaciones concretas nos ayuden a dar luces sobre la

---

<sup>6</sup> Fernández, Marcelo. La Ley del ayllu: justicia de acuerdos. Tinkazos. Revista boliviana de ciencias sociales, n.º 9 (2001) p. 15

<sup>7</sup> Villegas, Myrna. *Op. Cit.*, p. 243.

situación en la que nos encontramos. Será interesante saber cuánto hemos avanzado, a través de qué mecanismos y cuánto nos falta por avanzar en el reconocimiento de los sistemas sancionatorios indígenas. También será relevante ver cómo los casos concretos nos pueden ilustrar sobre eventuales límites al reconocimiento de la costumbre y derecho de los pueblos originarios.

Es notable que este ejercicio pueda realizarse en un ambiente de colaboración institucional entre la academia y quienes trabajan directamente al interior del sistema penal. Nos alegra profundamente que la Universidad de Chile sea sede de esta iniciativa de la mayor relevancia para la construcción de un país que debe constituirse a sí mismo en el reconocimiento de sus pueblos indígenas. No me queda más que animarlos a sostener la más provechosa discusión.