



**Defensoría**  
Sin defensa no hay Justicia

**2° INFORME DE JURISPRUDENCIA  
SOBRE DEFENSA PENAL DE IMPUTADOS  
INDÍGENAS**

**ABRIL DE 2013**

**Unidad de Defensa Penal Juvenil y Defensas Especializadas  
Departamento de Estudios y Proyectos  
DEFENSORÍA PENAL PÚBLICA**

## **PRESENTACIÓN**

La Unidad de Defensa Penal Juvenil y Defensas Especializadas del Departamento de Estudios y Proyectos de la Defensoría Nacional pone a disposición de los defensores y profesionales de la Defensoría Penal Pública, el Segundo Informe de Jurisprudencia sobre Defensa Penal de Imputados Indígenas.

En esta oportunidad se han seleccionado fallos de diversa índole a nivel nacional, que pretenden ser ilustrativos de los criterios de resolución que se manifiestan en la jurisprudencia al resolver sobre estas cuestiones. Destacan los pronunciamientos de la Corte de Apelaciones de Temuco, tanto en materia de VIF como en recursos contra el uso excesivo de la fuerza policial. Además se debe tener en cuenta que la región de la Araucanía es la zona con mayor número de causas e imputados indígenas por lo que la gran cantidad de fallos relativos a esta materia provenientes de dicha Corte, no debe extrañarnos.

Hacemos presente a los lectores la relativa escasez de jurisprudencia relevante de ser comentada que existe sobre estas materias, lo que probablemente se debe a factores como el sistema de registro y actas judiciales o la baja contradictoriedad de ciertas decisiones.

Cada resolución es precedida de un cuadro resumen que indica el o los temas más relevantes a que se refieren los fallos incluidos. Además, se consigna la identificación del tribunal y los datos de la causa respectiva, se describen sucintamente los principales aspectos del caso y se reproducen aquellos considerandos y/o aspectos decisorios que constituyen la argumentación relevante del tribunal.

**Defensoría Nacional**

## **I.- ACUERDOS REPARATORIOS RESPECTO DE HECHOS CONSTITUTIVOS DE VIOLENCIA INTRAFAMILIAR**

La Jurisprudencia –especialmente la generada en la IX Región de La Araucanía- ha dado señales en torno a la posibilidad de arribar a acuerdos reparatorios, aun cuando los hechos investigados son constitutivos de violencia intrafamiliar. De esta manera y contraviniendo expresamente lo señalado en el Art. 19 de la Ley 20.066 (Establece Ley de violencia intrafamiliar), algunos tribunales han aceptado el acuerdo reparatorio entre las partes, dando preferencia al Convenio 169 de la OIT por sobre la prohibición legal en torno a la celebración de acuerdos en esta materia. Con ello, se otorga la posibilidad de que personas pertenecientes a pueblos originarios resuelvan sus controversias de acuerdo a su propia cultura y tradición. Por otra parte, algunos fallos señalan que, esta opción asegura de mejor forma el interés superior de protección a la familia consagrado constitucionalmente, evitando su desintegración.

Por otra parte y de acuerdo a lo establecido en el Art. 5° la Constitución Política de la República, es deber de los órganos del Estado respetar y promocionar los derechos garantizados por la Constitución, así como por los tratados internacionales ratificados por Chile que se encuentren vigentes, por ende, el Convenio 169 de la OIT tiene plena aplicación, al ser una norma de rango superior a la Ley 20.066, destacando en especial el Art. 8°, 9° y 10° que señalan lo siguiente:

Art. 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 autorizándose en este caso los acuerdos reparatorios en materias de delitos constitutivos de violencia intrafamiliar.”*

A su vez el Art. 9° del Convenio 169 de la OIT, señala que:

*“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.”*

Resulta evidente entonces, que los tribunales que han aceptado los acuerdos reparatorios frente a hechos constitutivos de violencia intrafamiliar, consideran que la forma alternativa y propia del sistema de resolución de conflictos entre personas pertenecientes al pueblo mapuche, forma parte de su costumbre lo que resulta ser un hecho público y notorio.

Por último, el Art. 10 del Convenio señala lo siguiente:

*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.*

Los fallos más importantes relacionados con esta materia son los siguientes:

**1.- Corte de Apelaciones de Temuco, de fecha 02 de agosto de 2012, rol de ingreso N° 581-2012.**

En él se destacan los considerandos **TERCERO**: *“Que en este sentido, es un hecho público y notorio en esta Región, que las personas de la etnia mapuche, históricamente han resuelto sus conflictos, incluso algunos de mayor gravedad que los que motivan esta causa, mediante la*

*negociación, por cuanto es propio de su cultura resolver de esta manera los conflictos, razón por la cual resulta plenamente aplicable el Convenio 169 ya referido por sobre la Ley 20.066.”* y **CUARTO:** *“Por otra parte, actuar de otra manera, impidiendo el término del conflicto de la forma que se ha producido, implicaría desintegrar a una familia que ha podido recomponerse mediante una solución que les parece justa, lo que estaría en contradicción con el Convenio ya referido que obliga a fortalecer la integración de los pueblos, más aún cuando de esta manera se contribuye a cumplir con el interés superior de fortalecer la familia de acuerdo a lo que establece la Constitución Política de la República.”*

**2.- Corte de Apelaciones de Temuco, de fecha 21 de agosto de 2012, rol de ingreso N° 635-2012.**

En él se destacan el Considerando **SEGUNDO:** *“Que en este sentido, es un hecho público y notorio en esta Región, que las personas de la etnia mapuche, históricamente han resuelto sus conflictos, incluso algunos de mayor gravedad que los que motivan esta causa, mediante la negociación, por cuanto es propio de su cultura resolver de esta manera los conflictos, razón por la cual resulta plenamente aplicable el Convenio 169 ya referido por sobre la Ley 20.066.”* y **TERCERO:** *“Que debe considerarse además que lo fundamental en materia de violencia intrafamiliar es procurar por la unión de la familia y, existiendo el Convenio 169 que obliga a respetar las formas de resolver los conflictos entre personas indígenas de acuerdo a sus costumbres, debe aceptarse el acuerdo reparatorio propuesto y ello pese a la norma del artículo 19 de la Ley 20.066, pues el Convenio es una norma de rango superior que debe aplicarse por sobre la referida ley. Actuar de otra manera, impidiendo el término del conflicto de la forma que se ha producido, implicaría desintegrar lazos familiares que han podido recomponerse mediante una solución que les parece justa, lo que estaría en contradicción con el Convenio ya referido que obliga a fortalecer la integración de los pueblos, más aún cuando de esta manera se contribuye a cumplir con el interés superior de fortalecer lazos familiares de acuerdo a lo que establece la Constitución Política de la República.”*

**3.- Corte de Apelaciones de Temuco, de fecha 04 de junio de 2012, rol de ingreso N° 388-2012.**

En él se destaca el considerando **SEGUNDO**: *“Que en consecuencia, la controversia en estos autos consiste en determinar si pueden los intervinientes arribar a acuerdos reparatorios, pese a que se encuentra prohibido por el artículo 19 de la Ley 20.066 y ello por aplicación del Convenio 169, norma de rango superior y que obliga a respetar los métodos de resolución de conflictos de los pueblos originarios.”* y **TERCERO**: *“Que en este sentido, es un hecho público y notorio en esta Región, que las personas de la etnia mapuche, históricamente han resuelto sus conflictos, incluso algunos de mayor gravedad que los que motivan esta causa, mediante la negociación, por cuanto es propio de su cultura resolver de esta manera los conflictos, razón por la cual resulta plenamente aplicable el Convenio 169 ya referido por sobre la Ley 20.066.”*

En el mismo sentido se pronuncian los fallos siguientes:

**4.- Corte de Apelaciones de Temuco, de fecha 17 de julio de 2012, rol de ingreso N° 499-2012.**

**5.- Corte de Apelaciones de Temuco, de fecha 4 de enero de 2012, rol de ingreso N° 1192-2011.**

**6.- Corte de Apelaciones de Temuco, de fecha 23 de noviembre de 2011, rol de ingreso N° 1034-2011.**

**7.- Corte de Apelaciones de Temuco, de fecha 19 de enero de 2012, rol de ingreso N° 18-2012.**

**8.- Corte de Apelaciones de Temuco, de fecha 24 de enero de 2012, rol de ingreso N° 43-2012.**

**9.- Corte de Apelaciones de Temuco, de fecha 27 de octubre de 2011, rol de ingreso N° 955-2011.**

Por último, y a nivel de **Corte Suprema**, se han declarado inadmisibles tres recursos de queja interpuestos por el Ministerio Público en contra de resoluciones de Corte de Apelaciones que han confirmado el sobreseimiento definitivo de la causa en razón de haber aceptado el acuerdo reparatorio. Las razones son las siguientes:

**1.- Corte Suprema, de fecha 25 de enero de 2012, rol de ingreso N° 592-2012**

**SEGUNDO:** *“Que por medio del recurso interpuesto a fojas 13, se impugnan dos sentencias que se han pronunciado sobre el mismo asunto y en el mismo sentido, con lo que queda de manifiesto que el recurrente pretende discutir en sede disciplinaria un asunto ya resuelto a través de las instancias respectivas, lo que importa que ya se ha hecho uso de otros recursos legales.”*

**2.- Corte Suprema, de fecha 19 de enero de 2012, rol de ingreso N° 11.616-2011**

*“Que del mérito de autos, lo informado por los jueces recurridos y los antecedentes tenidos a la vista, aparece que los sentenciadores, al dictar la resolución cuestionada, han interpretado, dentro de sus facultades privativas, las disposiciones legales que atañen a la materia sometida a su conocimiento, consignando los adecuados razonamientos que conforme a esas prerrogativas, sostienen su decisión de rechazar el recurso de apelación deducido en contra de la sentencia dictada por el Sr. Juez de Garantía de Temuco que sobreseyó definitivamente la causa, de tal modo que no se ha demostrado falta o abuso grave susceptible de ser enmendado por esta vía.”*

**3.- Corte Suprema, de fecha 04 de enero de 2012, rol de ingreso N° 10.635-2011**

**CUARTO:** *“Que, claramente, la primera cuestión es de interpretación jurídica, puesto que ha de razonarse en torno a si el Convenio, en cuanto tratado internacional incorporado al ordenamiento jurídico interno, lo hace como ley común o con rango constitucional, de modo que sólo en este último caso pudiera tener preeminencia sobre la ley 20.066. Pudiera también generarse discusión en torno a la especialidad de los cuerpos normativos, puesto que uno atiende al hecho y el otro, a los sujetos. Pero, sea cual sea la discusión, el tema es de interpretación legal.”*

**QUINTO:** *“Que, de otra parte, la segunda cuestión, que corresponde a una de prueba, efectivamente no fue abordada por el Juez de Garantía de Lautaro, pero sí lo fue por la Corte de Apelaciones de Temuco, cuyos integrantes, conociendo de un recurso de revisión de hechos y de derecho, se encontró en situación de completar el fallo en esa parte y así lo hizo, puesto que precisó que los involucrados pertenecían a la etnia mapuche, por así estar dispuesto en el artículo 2° de la ley 19.253 y, luego, que es un hecho público y notorio en esa zona que los*

*mapuches solucionan sus conflictos a través de la negociación, en cuya virtud bien podían arribar como solución satisfactoria para todos ellos, a una disculpa pública.”*

**SEXTO:** *“Que en este escenario, ocurre que en cuanto se impugna una cuestión de interpretación, esta Corte ha resuelto en fallos anteriores que no corresponde hacer uso de la vía disciplinaria cuando la supuesta grave falta o abuso se hace consistir en una determinada interpretación jurídica, puesto que la simple circunstancia de no compartirse los razonamientos de los jueces no puede en ningún caso conformar una falta o abuso, siempre que se hayan señalado los motivos o razones por los cuales se ha concluido de una u otra forma, que es lo que ha ocurrido en la especie.*

*Además, y en lo que atañe a las cuestiones probatorias, los argumentos que se han esgrimido por la Corte –disposición legal y hecho público y notorio en la zona- son válidos y, por ende, no susceptibles de revisión en esta sede.”*



## **II.- ACUERDOS REPARATORIOS RESPETANDO MÉTODOS PROPIOS DE RESOLUCIÓN DE CONFLICTOS**

En estas resoluciones queda de manifiesto que los tribunales en algunas ocasiones han dado preferencia a métodos alternativos de resolución de conflictos, respetando la manera propia y alternativa que poseen los pueblos originarios. El acuerdo se produce en una instancia diversa a la judicial. El acuerdo reparatorio viene a otorgar la “legalidad” requerida por una resolución que pone término al conflicto, pero lo cierto es que el verdadero acuerdo no sucede en la audiencia, sino que de manera posterior, frente a otras autoridades y/o frente a la comunidad. De esta manera, se cumple con lo ordenado por el Convenio 169 de la OIT en especial sus artículos 8.2 y 9.1.

### **1.- Juzgado de Garantía de Arica, de fecha 25 de septiembre de 2012, RIT 9137-2011**

En el norte de nuestro país, se logró en un esfuerzo interinstitucional que el Juzgado de Garantía, sesionara en el poblado de Saxamar -ubicada a 140 kilómetros al interior de Arica y a 3 mil 400 metros sobre el nivel del mar- para solucionar un conflicto entre vecinos del lugar.

La resolución que finiquitó el pleito acudió a un mecanismo comunitario, en la línea de las costumbres ancestrales de solución de conflictos que tienen los pueblos andinos, (en este caso específico, fue el Aymara). El caso consistía en que dos hermanos comuneros mantenían disputas con su vecina por el paso de un canal de agua por el terreno de los hermanos. La vecina los había denunciado ante el Ministerio Público por causarle daño a ella y otras personas de la comunidad, bloqueando dicho canal, lo que derivó en conflictos cada vez más graves.

Todo esto quedó zanjado cuando se arribó a un acuerdo reparatorio en juicio simplificado, el juez atendió a las partes, escuchó a los vecinos y dictaminó que el problema fuera resuelto acudiendo al trabajo comunitario de los comuneros involucrados en el conflicto.

La fórmula, que fue recibida con gran respeto y beneplácito por la veintena de habitantes de Saxamar que estaban presentes, es inédita en la zona y también logró la aceptación de los funcionarios de las entidades estatales presentes.

La resolución en lo medular señala: “...se comprometen a dejar que la comunidad arregle el canal completo desde la toma del agua y todo el curso hasta llegar a los usuarios quienes son los que tienen derechos, para eso se faculta a personas determinadas que la comunidad va a seleccionar y realizaran el trabajo y se dispondrán que determinados días y horas y don L. H. B. y O. Q. B. (los imputados), permitan que estas personas ingresen y que circulen libremente por todo el curso y alrededores del canal.

*La comunidad se compromete a que cualquier daño que se produzca se pueda reparar, se compromete a que este acuerdo lo toman de buena fe y para hacer cumplido en forma estricta.*

*Se advierte que el incumplimiento de este acuerdo significaría reactivar este juicio y lo que se busca garantizar es una buena convivencia entre los miembros de la comunidad y particularmente el curso libre del agua para quienes tienen acceso a ese recurso puedan utilizarlo como la ley lo establece.*

*Que se acuerda el arreglo completo del canal Chijuma desde la quebrada quilijiwata hasta la lomada de Chijuma, consistente en la limpieza de todo tipo obstáculo que tenga el canal incluyendo arena, piedras, malezas champas lo que haya en el curso de agua.*

*Que esta limpieza se va a realizar por las siguientes personas que quedan autorizadas para dicho trabajo: don Alejandro Veliz, Justo Apata Lazaro, Francisco Veliz Ajata y doña Emilia Loayza Chambe, los trabajos se van a realizar los días sábados y domingos, entre las 08:00 horas de la mañana y las 18:00 de la tarde, para ese objetivo L. H. B. y O. Q. B., van permitir libre acceso de estas personas para que procedan a la reparación del canal en toda su extensión. Debiendo comenzar a realizar los trabajos los días 06 y 07 de octubre de 2012.”*

**2.- Juzgado de Garantía de Arica, de fecha 25 de septiembre de 2012, RIT 9252-2011**

En la localidad de Caquena y a raíz de daños provocados por el paso de animales entre propiedades vecinas, los comuneros involucrados acordaron una solución de común acuerdo que se tradujo en un acuerdo reparatorio, donde tanto imputado como víctima se comprometieron a restablecer el equilibrio que ha sido tradicional en su comunidad, entendiendo que la dificultad de que puedan provocarse nuevos daños por animales, serán solucionados en la propia comunidad o recurriendo a sus figuras significativas y que en todo caso el compromiso de ellos siempre va a hacer tratar de arreglar de manera pacífica y en post del entendimiento de las dos familias.

La DPP a través de la facilitadora intercultural Inés Flores Huanca, quien actuó como garante de buena fe en el acuerdo (se firmó un Pacto de Paz en Caquena, además de la resolución del tribunal), logró no sólo solucionar el conflicto que se había judicializado, sino que además, se logró acordar la forma de resolver nuevas controversias al interior de la comunidad de acuerdo a la forma tradicional.

### III.- COSTUMBRE INDÍGENA COMO ATENUANTE DE RESPONSABILIDAD PENAL

La Corte Suprema conociendo de un recurso de casación presentado en contra de una resolución de la Corte de Apelaciones de Concepción que confirmaba la condena a un grupo de imputados mapuches que había participado de un malón, con motivo de disputas territoriales en contra de otra comunidad, también de origen mapuche. La Corte suprema rechaza la casación pero de oficio modifica la sentencia, absolviendo a los imputados por el delito de daños y rebajando las penas por otros delitos (homicidio y lesiones), teniendo en cuenta una circunstancia atenuante (eximente incompleta; medio insuperable); la costumbre indígena.

#### 1.- Corte Suprema, de fecha 11 de enero de 2012, rol de ingreso N° 2683-2010.

En la sentencia de remplazo, el considerando **SEGUNDO** señala: *“Que en conformidad con los informes de fojas 1692, 1725 y 1729, esta Corte reconocerá a los acusados F. E. G. G. y J. E. M. R. la eximente incompleta del miedo insuperable que el juez de la causa les considera en los párrafos segundo y final del fundamento trigésimo cuarto del fallo que se revisa a los restantes encausados, toda vez que no se vislumbra motivación alguna para excluirlos, atendido el contexto social cultural en que se encontraban inmersos al momento de la comisión de los ilícitos sancionados en este procedimiento, que corresponde al mismo en que se encontraban afectos los demás enjuiciados a quienes sí se les reconoció, máxime si ambos participaban en calidad de integrantes y colonos, respectivamente, de la comunidad de Cauñicú, y por ende, eran leales a su lonco, practicando las costumbres y hábitos ancestrales de esa colectividad”.*

**TERCERO:** *“Que se desestimaré la solicitud de la abogada señora S. C. C., en orden a subsumir la conducta manifestada por los acusados en la hipótesis del numeral cuarto del artículo 10 del Código Penal, teniendo únicamente en consideración que, en la especie, no se dan sus presupuestos legales al no configurarse al momento de la comisión de los hechos la circunstancia de una agresión ilegítima por parte de los ofendidos que tuvieron que repeler o impedir los acusados. No obstante lo anterior, esta Corte atendido las conclusiones del informe*

*antropológico de fojas 1729, que corresponde a una experticia confeccionada en virtud del mandato estatuido en el artículo 54 de la Ley N° 19.253 que establece normas sobre Protección, Fomento y Desarrollo de los Indígenas, en armonía con lo preceptuado en los artículos 5, 6, 8, 9 y 10 del Convenio N° 169, de la O.I.T. sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes, normativas acordes, además, con lo preceptuado en los artículos 5º de la Constitución Política de la República, 26 y 27 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, publicado este último en el Diario Oficial con data 29 de abril de 1989, dará aplicación a su contenido por considerarlo atinente al caso.*

*En efecto, tales preceptos hacen plenamente aplicable la costumbre hecha valer en juicio entre indígenas pertenecientes a una misma etnia, la que constituye derecho, siempre que no sea incompatible con la Carta Magna del Estado, práctica que en materia penal “...puede servir como antecedente para la aplicación de una eximente o atenuante de responsabilidad...”, lo que en el caso sub lite, si bien no califica para darle el tratamiento de eximente de responsabilidad penal, existen antecedentes suficientes y coherentes para considerarla como “aminorante” de la conducta demostrada por los enjuiciados, recepcionando así el derecho consuetudinario y hábitos del pueblo pehuenche como fuente de derecho, de modo de hacer compatible la sanción penal prevista en nuestra legislación general con las características económicas, sociales y culturales de esa etnia”.*

**CUARTO:** *“Que, el fundamento cuarto del fallo que se revisa, da por establecido como hecho de la causa que los miembros de la Comunidad Indígena de Cauñicú acordaron trasladarse, en horas de la noche, al Fundo San Luis ubicado a cuatro kilómetros de la colectividad, con el propósito de “desalojar” y/o “expulsar” de la propiedad a la familia Huenupe Pavián, móvil que se sustenta en la identidad y contexto cultural de la Comunidad Indígena en estudio, cuyas demandas recurrentes decían relación con la restitución de sus tierras ancestrales, usurpadas luego de la constitución de los fundos históricos en la segunda mitad del siglo XIX, cuestión que tiene trascendencia a la luz del peritaje de fojas 1729, confeccionado por el antropólogo de la Corporación Nacional de Desarrollo Indígena de la Región del Bío-Bío, don Fernando Sagredo Cáceres, que explica la problemática que derivó en los hechos sancionados en esta causa como un conflicto provocado por disputas de carácter territorial, acentuado por la irrupción al Alto*

*Bío Bío de la organización indígena identificada como “Consejo de Todas las Tierras”, ajena al contexto cultural de las comunidades pehuenches, generándose una nueva situación de disputas por demandas de tierra al desconocer los mecanismos dispuestos por la ley indígena y por la autoridad del Lonko local José Naín Pérez, proceso que en pocos años significó un proceso sostenido de “amedrentamiento” y “expulsión” de los colonos chilenos del Cajón del Queuco, a la vez que la Comunidad de Ñauñicú literalmente defendió su territorio sobre la base de un sentido de identidad cultural. En este panorama de violencia, miembros de la familia Huenupe Pavián se adscribieron al movimiento liderado por el Consejo de Todas las Tierras, acrecentándose la violencia psicológica, las amenazas de un mal inminente e incluso la violencia física contra el propio Lonko de la agrupación, de modo que el acuerdo de desalojo convenido entre los miembros de la entidad cultural, debe interpretarse en el contexto de la aplicación de un mecanismo propio del “Ad Mapu”, así como el ejercicio del derecho consuetudinario mapuche, exégesis que si bien no justifica los ilícitos perpetrados, explica la situación de descontrol o violencia generado al cabo de tres años de continuos altercados y presión psicológica, conclusión que revela lo apropiado de estimar a estos hechos como una atenuante especial, a fin de imponer una pena acorde con el contexto y derecho consuetudinario de la etnia pehuenche, calificación por lo demás avalada por importante doctrina que se ha referido a los tópicos en estudio”.*

**QUINTO:** *“Que este amparo de la tierra y de su identidad cultural, revela que para este pueblo indígena las infracciones que vulneran la propiedad son de una gravedad relevante, no tanto por el detrimento patrimonial de la víctima, sino casi exclusivamente por atentar contra un orden colectivo y el mentado equilibrio del cosmos. Así, por ejemplo, recúrrase a los relatos del cacique Pascual Cocha, y al video “Wichan” (El Juicio), extraído de dicho texto. Igualmente: “...La madre tierra debe ser defendida por sus hijos; los mapuches somos hijo de la tierra; esto lo comprendieron los antepasados porque todo está hecho de lo mismo: las montañas, los ríos, las estrellas, la gente, las piedras y el gran espíritu...”. “...El amor a la madre tierra es un valor mapuche que se manifiesta a través de la ritualidad ancestral, es por ello que los ancianos enseñan que hay que pedir permiso al Gen o espíritu dueño del lugar donde se va a extraer algún elemento de la naturaleza ya que todo lo que existe cumple una función, nada está por estar y la gente es parte de un todo armónico cósmico y universal por lo que para el mapuche*

*lo superior y lo inferior no existe...". "...El mapuche no separa el universo de la naturaleza, del hombre y la sociedad, no se siente dueño y señor de la naturaleza porque se es parte de ella; por lo tanto no existe lo superior o inferior sino lo diverso, lo diferente y esa es la maravilla de la vida ya que el orden cósmico no es o será jamás homogéneo..."*.

*En síntesis, la propiedad privada "no existía en la concepción mapuche, sólo apareció y se consideró consecuentemente la apropiación de lo que era propiedad de otros un delito, desde la interiorización de este concepto por los mapuches", luego del exterminio y su colonización por parte de los españoles.*

*Por otra parte, como en la mayoría de las culturas precolombinas, el sistema jurídico mapuche es, esencialmente, un derecho de mediación, donde la infracción refleja una potencialidad de puesta en riesgo de un equilibrio colectivo y de una paz social que resulta preponderante. "...Una de las ideas que más fuertemente están presentes en la conciencia jurídica de los indios es el convencimiento de que la justicia estatal no vela ni por los intereses de la sociedad ni tampoco por los del propio reo. Al pensamiento de que los órganos jurisdiccionales están corrompidos, son lentos e ineficaces, se equivocan constantemente y tutelan los intereses de los poderosos, se une este otro que afirma que las sanciones estatales despersonalizan al sujeto, lo excluyen de su entorno, provocan el contagio criminal y, en definitiva, transforman negativamente el individuo..."* . En síntesis, estas lógicas restaurativas contradicen el paradigma hegemónico durkheimniano, para quien el castigo es, justamente, una forma de acotar los efectos no queridos de las conductas desviadas y las normas socialmente impuestas: *"...El papel del castigo es demostrar la realidad y la fuerza de los mandamientos morales..."*. El código moral mapuche, anclado en sus creencias cosmogónicas, se define a través de relaciones adecuadas entre los propios mapuches, luego entre mapuches y extranjeros, y entre lo natural y lo que las culturas occidentales señalan como "sobrenatural". Es importante rescatar de qué manera Louis C. Faron destaca justamente que los términos dicotómicos de las clasificaciones de Durkheim no siempre se reproducen en la sociedad mapuche. Es decir, esa asociación entre castigo estatal y pretendida recuperación de los lazos de solidaridad o de los códigos morales de las sociedades modernas, no reconocen antecedentes o identidades

*mecánicas como las que se les asigna en momentos de reclamos reaccionarios de mayor rigor punitivo.*

*Parece, por ende, difícilmente sustentable esa suerte de evolucionismo institucional imaginario desde sociedades pre-lógicas a sociedades “con conciencia de sí mismas” que, al obtenerla en un estadio evolutivo superior, comienzan a reprimir las infracciones, según se sugiere desde el positivismo criminológico y sociológico.*

*Las investigaciones cualitativas efectuadas respecto de otras civilizaciones que no adoptaron el patrimonio cultural occidental reafirman la tesis inicial en la que la reparación aparece también como el principal instrumento para dirimir las diferencias dentro de esas comunidades.*

*Más allá de una respuesta talional ocasional de contornos difusos, y del malón como expresión concreta de guerra defensiva o de venganza familiar desplegada generalmente ante el fracaso de las instancias reparatorias previas, el esfuerzo colectivo por restituir el estado de cosas al momento anterior al conflicto parece la solución predominante y alternativa al imperativo categórico retribucionista (también de entera vigencia) de Kant.*

*Ningún Estado centralizado expropiaba esos conflictos, ni existían al parecer ámbitos generadores de normas de tipo unificado (salvo en el caso de las guerras emprendidas en defensa de los territorios invadidos) que profundizaran la violencia como forma de resolver, paradójicamente, situaciones problemáticas y violentas. Esto, en tiempos de una banalización del discurso punitivo, constituye un dato objetivo y relevante proporcionado por la realidad histórica, cuyo olvido no nos está dispensado (El Derecho Penal de los Mapuches. Una aproximación Comparativa en Tiempos de Retribucionismo Extremo”, Eduardo Luis Aguirre, Universidad Nacional de la Pampa. Véase también un importante trabajo sobre la materia denominado “Los Derechos de los Pueblos Indígenas en Chile” Informe del Programa de Derechos Indígenas, Universidad de La Frontera, año 2003, Primera Edición, entre otras monografías de relevancia).*



*En consecuencia, este derecho ancestral, al no ser incompatible con la Constitución Política de la República, justifica plenamente ser considerado como una circunstancia atenuante específica y personal que beneficia a la totalidad de los sentenciados, de modo que se considerará al momento de imponer las penas por los injustos que han sido asentados en esta causa”.*

#### IV.- USOS Y COSTUMBRES DE LOS PUEBLOS ORIGINARIOS

Se trata de una causa por tráfico ilícito de drogas seguida contra un imputado chileno y otro boliviano. Éste último, originario del pueblo aimara y con residencia en la comunidad de Charaña, cerca de la frontera (Visviri) se dedicaba al pastoreo y carga, resulta absuelto debido a diversos motivos, entre ellos elementos que dicen relación con su calidad de indígena y sus costumbres.

##### **1.- Tribunal Oral en lo Penal de Arica, sentencia absolutoria de fecha 05 de noviembre de 2012, RIT N° 87-2012**

El fallo del TOP señala en su visto **SÉPTIMO:** “...En tanto, la defensa de E. H. M., además de contra examinar a los testigos del Ministerio Público presentó como prueba pericial a la antropóloga doña Catia Acuña Castillo, la cual dando cuenta de su peritaje manifestado, en síntesis afirmó que, Eloy Huanca Mamani, pertenece al pueblo aimara y por lo tanto posee la visión de la etnia. Asegurando que conforme a la misma desarrolló la función de carga como lo establece la tradición, es decir, basado en la buena fe, la reciprocidad y en el no cuestionamiento de la carga que se traslada. Finalmente acompañó el sustento material de la pericia, además de un set fotográfico, respecto del cual la propia perito reconoció no haber tomado las fotografías, sino que haberlas obtenido de internet”.

**DECIMOQUINTO:** *Que, no acontece idéntica situación respecto de Eloy Huanca Mamani, quien, como ya se señaló, admitió el traslado de paquetes en los cuales se contenía el alcaloide, siendo de este modo lo controvertido el elemento subjetivo del tipo, en orden a la teoría alternativa formulada por su defensa, la cual reproduce los dichos del acusado según el cual un tercero habría encargado el transporte de los paquetes que trasladó en desconocimiento de su contenido, todo ello en atención a su baja escolaridad; condición social, económica y su oficio de cargador, actividad que realizaría según los usos y costumbres del pueblo aimara al cual pertenece.*

*Que, con la finalidad de probar su tesis el defensor señor Raveau examinó a los testigos del Ministerio Público e incorporó la pericia efectuada por la antropóloga Acuña Castillo, quien en síntesis, manifestó que H. M. en su actividad de estibador no poseía potestad para cuestionar la carga ni informarse de su contenido, todo ello conforme la costumbre del pueblo originario del cual proviene. Dichos que fueron controvertidos por los funcionarios policiales Jiménez y Rojas, según los cuales el acusado tenía conocimiento del contenido de la carga y participación directa en el tráfico”.*

Otros elementos que el tribunal tiene a la vista para dictar veredicto absolutorio, se señala además en su visto **DECIMOSÉPTIMO:** *“Que, es dentro este contexto en que estos sentenciadores por unanimidad no logran adquirir la convicción necesaria para condenar a E. H. M. como autor del tráfico por el que se le acusó, ello puesto que, que no se acreditó en el estándar legal el elemento subjetivo del tipo, en este caso, el conocimiento efectivo del contenido de la carga que se trasladó.*

*En efecto, queda claro del relato entregado por los funcionarios policiales Gabriel Rojas y Mauricio Jiménez que no tenían antecedentes previos respecto de la existencia de El. H. M., tampoco lo conocían. Apareciendo éste sólo el día treinta de julio del 2011; coincidentemente H. M., al declarar señaló, que un hombre joven lo contrató para que llevara la carga a una pampa, donde apareció un jeep rojo y uno gris y bajaron unas personas que conversan entre sí, entre ellas estaba Hilario Alave –a quien no conocía- el cual, luego se retiró con estas personas quedando él con el dueño de la droga –con quien llegó a la pampa- y con otro sujeto al que no conocía. Dichos coincidentes con la versión entregada por Hilario Alave Blas, el cual manifestó que llegó en su camioneta roja a la pampa, en tanto que los policías lo hicieron en una camioneta gris, que allí se reunieron con Claudio, con Iván, y con Mamani el dueño de la droga, acotando que también estaba en la pampa E. H., a quien no conocía y quien no conversó con ellos, expresando que en esta reunión le pidió a Claudio su comisión, retirándose con éste a Guacollo en búsqueda del dinero. En tanto, que Mamani, Iván y E. quedaron en el lugar.*

*No obstante, que los testimonios de los acusados, ya reseñados en el párrafo precedente son armónicos entre sí, no ocurre lo mismo con los testimonios de los funcionarios policiales. En efecto, Rojas y Jiménez dieron cuenta ellos llegaron a la pampa en una camioneta gris, en tanto que Hilario Alave lo hizo, en una roja, indicando que descendieron de los vehículos y se reunieron con Eloy Huanca, quien los esperaba allí, pero y a pesar de lo enfático de los dichos de los policías, Alex Muñoz Chartier, relató el haber visto otra, que el día 30 de julio vigiló el sitio y estableció un punto de vigilancia a una distancia de 600 o 700 metros del lugar donde se haría la entrega de la droga y desde allí vio que dos personas esperaban a los oficiales, pero además al ser interrogado expresó que a la distancia “se veían dos bultos” y no uno sólo como aseguraron los policías. De este modo la versión de Muñoz Chartier cuadra con lo manifestado por E. H., quien expresó que a la pampa llegó acompañado de la persona que lo contrató y que ambos cargaban sacos, puesto que Alex Muñoz expresó que vio a dos personas esperando en la pampa a los policías y que vio dos sacos, lo que es coincidente con lo afirmado por H. respecto que ambos cargaron los sacos. Es del caso señalar, en este punto que el funcionario Muñoz fue claro observó los hechos desde 600 a 700 metros y no sabemos realmente en qué momento apreció lo que vio, porque no observó la llegada conjunta de la camioneta roja seguida por la ploma, testimonio que hay que analizar a la luz de lo expuesto por el policía Mauricio Jiménez, quien al contra examen aseguró que los dos vehículos llegaron inmediatamente al lugar, luego resulta curioso ¿Cómo no los vio la persona que realizaba la vigilancia de la operación?*

*...De la misma forma, la policía funda la participación de E. H. en su interés por el dinero, asegurando Jiménez que los dos acusados estaban interesados “en el tema de la plata”, **pero ese interés por el dinero se explicaría en el caso de E. porque estaba realizando el transporte de una carga en su oficio de cargador, luego su trabajo debía ser retribuido, lo que sería coincidente con la teoría alternativa.***

*...Que, dentro de este mismo razonamiento no tienen sentido las afirmaciones de Gabriel Rojas y Jiménez respecto que E. H. para asegurarse queda en el lugar en espera que Hilario fuera a buscar el dinero. Testimonios que nuevamente pugnan con la lógica, **porque E. H. no conocía a ninguno de los policías y según la propia versión de éstos sólo conocía a Hilario Alave, por ello es éste quien va por el dinero y E. H. espera. Pero conforme a este***

***razonamiento, si E. H. por seguridad de la operación mandó Hilario Alave a buscar el dinero, era porque tenía desconfianza respecto de las dos personas con las cuales tranzaba, luego ¿qué razón tendría E. H. para salir de su escondite al verificar que sólo regresaron los dos sujetos y no Hilario?***

*...Así, las cosas los dichos de Jiménez y Rojas, no coinciden con los testimonios de Muñoz, pugnan con las reglas de la lógica, los conocimientos científicos y las máximas de la experiencia, además se encuentran controvertidos con los testimonios de los acusados. Contexto en que no es posible condenar a E. H. M., respecto de quien se dictará sentencia absolutoria.*

## V.- AMPAROS Y PROTECCIONES CONSTITUCIONALES POR VIOLENCIA POLICIAL

La Defensoría Penal Pública y el Instituto Nacional de Derechos Humanos (INDH) han interpuesto, en variadas ocasiones, acciones de amparo constitucional y recursos de protección a favor de personas (muchos de ellos, niños y mujeres) indígenas que viven en diferentes comunidades, en contra de Carabineros de Chile por haber éstos realizado acciones que constituyen una amenaza a la libertad personal y la seguridad individual. Los hechos que han fundado estas acciones son bastante similares y dicen relación con que Carabineros ingresa a la Comunidad lanzando gases y efectuando disparos, y sin motivo aparente, se procede a la detención de algunos comuneros o bien se les toma declaración de sin respetar garantías y derechos. Esta actitud se encuentra inserta en un estado de constante hostigamiento policial en contra de los miembros de las comunidades indígenas.

### **1.- Corte de Apelaciones de Temuco, de fecha 05 de julio de 2012, rol de ingreso N° 449-2012.**

Presentada contra la prefectura de Malleco, debido a la actividad desplegada por fuerzas policiales con la finalidad de detener al comunero Erick Montoya Montoya. La Corte acoge la acción presentada por la Defensoría (posteriormente fue confirmado por la Corte Suprema con fecha 20 de julio de 2012, rol de ingreso N° 5441-2012) y señala en su considerando **SEGUNDO** *“Que, en un estado de derecho democrático, la policía es el único organismo público que se encuentra facultado, en circunstancias excepcionales, para requerir coactivamente de los ciudadanos una determinada conducta, mediante la aplicación inmediata, si fuere necesario, de un amplio rango de fuerza que se extiende desde la mera presencia -con la presión psicológica que ésta implica hasta la fuerza física propiamente tal, en sus diversos grados, cuya cúspide se encuentra representada por la fuerza letal (Investigación Aplicada. Uso de la Fuerza. Fernando Martínez Mercado Proyecto: Generación de Red de investigadores y profesionales vinculados con materias policiales y de derechos humanos en México. Universidad de Chile Instituto de Asuntos Públicos CESC)”*.

**QUINTO:** *“Que, los principios Básicos sobre el Empleo de la Fuerza y de Armas de Fuego por los Funcionarios Encargados de Hacer Cumplir la Ley, adoptados por el Octavo Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente, celebrado en La Habana (Cuba) del 27 de agosto al 7 de septiembre de 1990, indica que los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley, en el desempeño de sus funciones, utilizarán en la medida de lo posible medios no violentos antes de recurrir al empleo de la fuerza y de armas de fuego. Podrán utilizar la fuerza y armas de fuego solamente cuando otros medios resulten ineficaces o no garanticen de ninguna manera el logro del resultado previsto. Adicionalmente la doctrina indica, entre otras condiciones, que en primer lugar debe recurrirse a medios no violentos, que se utilizará la fuerza sólo cuando sea estrictamente necesario, que el uso de la fuerza será siempre proporcional a los objetivos lícitos, que la fuerza se utilizará siempre con moderación, buscando reducir al mínimo los daños y las lesiones, y que la policía cuente con armas letales y no letales, en términos que pueda disponer de las herramientas idóneas para optar por alternativas menos letales en el uso de la fuerza”.*

**SEXTO:** *“Que de los antecedentes que obran en el proceso se ha podido apreciar que los comuneros en cuyo favor se recurre, en forma violenta, se opusieron al accionar de la policía, actuación que evidentemente está al margen del derecho, que la oposición tenía por claro objetivo impedir el ingreso de Carabineros al recinto en donde se encontró a la persona cuya detención se buscaba, que la oposición violenta lo fue con un alto grado de excitación por parte de los comuneros, que no se aprecia ninguna actitud de parte de éstos en orden a deponer su oposición a la diligencia policial, que Carabineros legalmente se encontraba obligado a ingresar al recinto en cumplimiento de la orden emanada de Tribunales, que en este contexto el ingreso por la fuerza haciendo uso de balines de goma, no se aprecia que vulnere las normas sobre uso de la fuerza que ha sido antes descrita, en base los antecedentes que obran en autos, sin perjuicio de lo que al respecto se resuelva en los procedimientos que la justicia criminal lleve al efecto, sobre la base de otros antecedentes que se hagan valer y que no es posible de apreciar en un recurso de carácter extraordinario como el presente”.*

**SÉPTIMO:** *“Que, en este contexto, esta Corte no ha podido adquirir la convicción que el actuar del recurrido en el procedimiento del día 07 de Junio de 2012, lo haya sido fuera del marco*

*legal, excediendo sus atribuciones y con afectación de las garantías consagradas en el art. 19 N° 7 de la Carta Fundamental, como ha sido planteado en el recurso, y por ende que se haya producido una privación, perturbación o amenaza al derecho a la libertad personal y seguridad individual de los recurrentes, razón por la cual esta Corte no está en situación de adoptar medidas protectoras a su favor”.*

## **2.- Corte de Apelaciones de Temuco de fecha 03 de septiembre de 2012, Rol de ingreso N° 604-2012.**

La Corte acoge recurso de amparo interpuesto por el INDH en favor de tres personas de la Comunidad Mapuche Temucuicui por el uso excesivo de fuerza de Carabineros de Chile.

El fallo señala en su considerando **CUARTO:** *“Que sin perjuicio de que la Constitución Política en el artículo 90 dispone que las Fuerzas de Orden y Seguridad constituyen la fuerza pública y que existen para dar eficacia al derecho, garantizar el orden público y la seguridad pública interior, en la forma que lo determinan sus respectivas leyes orgánicas, dentro de la cual está por supuesto controlar el orden público, es lo cierto que el uso de dichas facultades se encuentra limitados por el respeto de los derechos y garantías constitucionales, que la misma Carta Fundamental dispone, entre ellas la integridad personal de las personas y la libertad personal de las mismas, en todas sus variantes de ejercicio, como lo estatuye con la mayor claridad el N ° 7 del artículo 19 del mismo texto, disponiendo que ésta no puede serle privada ni restringida, sino en los casos y en la forma determinados por la Constitución y las leyes, aparte de los derechos que estatutos internacionales prescriben para el respeto de los derechos de los niños y de las comunidades indígenas, como se indica en el libelo de amparo”;* Considerando **SEXTO:** *“Que en estas condiciones, el rigor desplegado por la policía para enfrentar un grupo de personas, debiendo cuidar en su accionar no provocaren mayores males que las necesarias para dar debido cumplimiento de su obligación de controlar grupos de personas, excedió el marco de lo aceptable con lo cual afectó derechos y garantías de los amparados, que aún cuando podrían haber estado dentro de un grupo de personas que provoca desmanes, no podían ser víctimas del excesivo uso de fuerza que le causaron las lesiones que se señalaron anteriormente, y que dan cuenta en detalle el escrito de*



*presentación del recurso. Dichas actuaciones provocaron un evidente detrimento a la libertad personal y seguridad individual de Mabel Marillana Queipul, de 13 años de edad, Jacinto Marin Marin, de 18 años de edad, Luis Marillan de 17 años y Fabian Llanca Nahuel de 17 años de edad, que autoriza a la magistratura dictar las medidas conducentes para restablecer el imperio del derecho y asegurar la debida protección de los afectados, como lo dispone el artículo 21 de la Constitución Política de la República”.*

**3.- Corte de Apelaciones de Temuco, de fecha 20 de diciembre de 2012, Rol de ingreso N° 838-2012.**

La Corte acoge un recurso de amparo a favor de Juan Catrillanca, longko de la comunidad Temucuicui Tradicional de Ercilla y otros comuneros, en contra Carabineros ya que mientras se estaba realizando una actividad de pagos por programas de empleos, apareció un camión de ganados que transportaba a efectivos de Fuerzas Especiales de Carabineros, fuertemente equipados y acompañados por el carro lanza gases, queriendo ingresar a la sede, circunstancias en las que se produce un incidente en el que resultan comuneros heridos.

La Corte en su considerando **CUARTO** señala que: *“Que, es innegable que Carabineros de Chile es una institución que está entrenada profesionalmente para controlar multitudes que alteren el orden público de cualquier forma, para lo cual tiene la facultad de utilizar diversos medios disuasivos, de los cuales se debe servir en forma racional y proporcional a la situación que en cada caso se vean expuestos, y en el caso sub lite con la descripción que de la situación hacen los recurrentes, del informe de la parte recurrida y, particularmente del video acompañado al libelo del recurso, el medio disuasivo utilizado contra los amparados fueron armas de fuego que disparan balines, dirigiéndolos contra los integrantes de la comunidad, resultando lesionados Juan Pedro Queipul Huaiquil, Marcelino Segundo Levicura Manquel y Margarita Marillan Curamil, como se desprende de los informes de lesiones agregados al recurso”.*

**QUINTO:** *“Que de esta manera, el rigor desplegado por la policía para enfrentar un grupo de personas, debiendo procurar en su accionar no provocar mayores males que los necesarios*

*para dar debido cumplimiento a su obligación de controlar grupos de personas, excedió el marco de lo aceptable con lo cual afectó derechos y garantías de los amparados, que aún cuando podrían haber estado dentro de un grupo de personas que provoca desmanes, no podían ser víctimas del excesivo uso de fuerza que le causaron las lesiones de que dan cuenta los certificados de lesiones agregados a fs. 49 y 52. Dichas actuaciones provocaron un evidente detrimento a la libertad personal y seguridad individual de Juan Pedro Queipul Huaiquil, Marcelino Segundo Levicura Manquel y Margarita Marillan Curamil, lo que en definitiva autoriza a la magistratura para dictar las medidas conducentes para restablecer el imperio del derecho y asegurar la debida protección de los afectados, como lo dispone el artículo 21 de la Constitución Política de la República”.*

Otros fallos relevantes en esta materia son:

**4.- Corte de Apelaciones de Temuco, de fecha 13 de mayo de 2010, rol de ingreso 545-2010 (Protección)**

**5.- Corte de Apelaciones de Temuco, de fecha 31 de mayo de 2010, rol de ingreso 666-2010 (Protección)**

**6.- Corte de Apelaciones de Temuco, de fecha 07 de diciembre 2012, rol de ingreso 907-2012. (Amparo)**

**7.- Corte de Apelaciones de Temuco, de fecha 12 de noviembre de 2010, rol de ingreso 1541-2010 (Protección)**

**8.- Corte de Apelaciones de Temuco, de fecha 15 de marzo de 2012, rol de ingreso 127-2012 (Protección)**

## VI.- MODIFICACIÓN DE BENEFICIOS DE LA LEY 18.216

En este informe se consignará un fallo en donde se ha modificado el régimen de reclusión nocturna por arresto domiciliario nocturno. Para ello se tuvo en cuenta la situación socioeconómica del imputado y además el Art. 10 N° 1 del Convenio 169 de la OIT.

### 1.- Corte de Apelaciones de Temuco de fecha 17 de agosto de 2011, rol de ingreso 711-2011

Señala lo siguiente: *“VISTOS: Atendido lo dispuesto en el artículo 10 N°1 del Convenio N° 169 de la OIT, en especial, lo previsto en el informe socioeconómico señalado por la defensa, y aportado ante el a quo, del que se colige que el condenado es una persona de escasos recursos económicos, lo que implica que el viaje a diario entre su domicilio y la comuna de Traiguén además de presentarle dificultades materiales, importan un monto de dinero muy gravoso a desembolsar, del cual además carece, y en especial consideración a lo previsto en el artículo 10 de la Ley N° 18.216, se resuelve que **SE REVOCA, en lo apelado**, la resolución de fecha veinticinco de julio de dos mil once, respecto del imputado **JOEL SEGUNDO PAILLAMA REIMAN** y en su lugar se decreta que el cumplimiento de la medida de reclusión nocturna impuesta deberá cumplirla ente los días sábado a jueves de cada semana bajo la modalidad de arresto domiciliario nocturno en su domicilio, debiendo concurrir el día viernes de cada semana al Centro de Cumplimiento Penitenciario de la ciudad Traiguén”.*

## VII.- SENTENCIA PENAL EN FALLO RELATIVO A REIVINDICACIONES TERRITORIALES

La Corte conociendo de una causa en que los imputados habían sido absueltos del delito de usurpación no violenta, rechazó el recurso de nulidad interpuesto por el querellante y el Ministerio Público. El juicio trataba sobre tierras que algunos comuneros mapuches reclamaban como suyas y por ende, la toma del terreno tenía como fundamento la aceleración del proceso de reconocimiento que ya se había solicitado a la CONADI.

### 1.- La Corte de Apelaciones de Valdivia en fallo de fecha 28 de marzo de 2011, rol de ingreso N° 62-2011.

La Corte en su considerando **CUARTO** señala: *“Que para un acertada comprensión del presente fallo resulta conveniente explicitar los aspectos sustanciales de la sentencia en estudio: a) La decisión absolutoria se expresa por primera vez en el motivo cuarto, exponiéndose por parte del juzgador la insuficiencia probatoria para acreditar que la finalidad exclusiva de los acusados buscaba el despojo del propietario del fundo Lompué, así como que se hubiere repelido violentamente a don Ernesto Zarges Kirch el día “que taxativamente, expresa la acusación”. De igual modo reprochó falta de prueba para justificar la comisión del ilícito previsto en el artículo 458 del Código Penal; b) Los motivos quinto a séptimo contienen toda la prueba rendida por los intervinientes durante el desarrollo de la audiencia de juicio; c) En el considerando octavo el juez de la causa recuerda el tipo penal motivo de la acusación fiscal y los requisitos a que su respecto define la doctrina nacional; d) El motivo siguiente, noveno, contiene la conclusión que los señores Zarges Kirch son propietarios de todos los derechos y acciones sobre el fundo Lompué, desoyendo la alegación de la defensa que pretendió reputar al título de Comisario de 10 de abril de 1827, como fundamento de dominio o posesión; e) En los considerandos décimo y undécimo el tribunal se pregunta si se logró acreditar que los ocho imputados ingresaron al predio en comento, concluyendo al efecto y luego de repasar los testimonios y pericias que refiere, lo siguiente: “que en el interior del fundo Lompué existe infraestructura tipo vivienda (construida recientemente o en vías de construcción) para los imputados de esta causa Rubén Placencia, don Leonel Espina y don Andrés Rantul, pues los encausados Vidal Ojeda, Sánchez Garcés y*

*Vidal Sánchez, residían en el inmueble construido por la familia Zarges, antes de 2009 para el “campero” y su familia”....”sin perjuicio de haberse acreditado que todos ellos, han permanecido en el aludido desde una fecha indeterminada, previa a noviembre de 2009.”* Agrega que no se probó la forma en que se materializó el ingreso a la heredad por parte de Placencia Sanhueza, Espina Guerrero y Andrés Rantul y que “las mismas pruebas dan cuenta que doña Viviana Rantul Muñoz no vive en el interior del fundo Lompué”. f) En los motivos duodécimo, décimo tercero y décimo cuarto el tribunal sostiene que se justificó la permanencia física en el interior del predio Lompué –todos los acusados menos Viviana Rantul- en la búsqueda que la Conadi inicie o acelere las gestiones administrativas pertinentes, para que el mencionado fundo o una parte de este pueda ser adquirido y entregado a los miembros de la comunidad indígena Los Canelos “o a personas estrechamente vinculadas a ésta, algunos de los cuales, moran en la actualidad en aquél”. Así, prosigue el fallador, se demuestra que la finalidad de los acusados no está dada por el despojo del propietario sino determinar que la tierra es indígena y resulte adquirida por la Corporación Indígena, Conadi; g) Por su parte, los motivos décimo quinto a décimo séptimo concluyen que las probanzas devienen también en insuficientes para tener por acreditado que el 19 de noviembre de 2009, don Ernesto Zarges Kirch hubiere sido repelido por medio de fuerza física en su contra o que se le hubiere amenazado con el empleo de esa fuerza material, entregando las razones para tal aserto; h) En el motivo décimo octavo el tribunal sintetiza su decisión absoluta en cuanto al tipo penal previsto en el artículo 457 del Código Penal, no haber acreditado el persecutor fiscal y la querellante: “la finalidad exclusiva expoliatoria de los enjuiciados ni el ejercicio de la violencia o intimidación en contra de uno de los propietarios del fundo Lompué”. i) En los razonamientos décimo noveno a vigésimo primero el tribunal descarta igualmente la concurrencia del ilícito previsto en el artículo 458 del Código Penal – Usurpación no violenta-, cuestión que se asienta en el mismo motivo que le llevó a desechar la acusación por el tipo contenido en el artículo 457, es decir, por estimar que el ingreso al fundo Lompué tiene por finalidad un curso causal distinto a la sola privación del dueño por el mero uso de las vías de hecho, sino que procura el inicio o aceleramiento de gestiones administrativas, tendientes a que se les entregue el dominio o posesión el citado inmueble”

Por otro parte, en el considerando **QUINTO** la Corte señala que “... En efecto en estos razonamientos, el tribunal entiende que el obrar de los acusados se explica en su intento por

*iniciar un proceso de estudio acerca del dominio del fundo Lompué por parte de la Corporación Nacional de Desarrollo Indígena, descartando el intento puro y simple de despojar de sus derechos sobre el predio a las personas que representa la parte querellante. Y este razonar se apoya efectivamente en los dichos y documentos que se vertieron en estrado, asunto que permite a esta Corte concluir que la afirmación en comento encuentra el debido respaldo probatorio y, por ende, no representa una conclusión radicada en el mero arbitrio del juez penal, sino que, se ajusta a las reglas del silogismo y a las máximas de la experiencia, puesto que es sabido, respecto de esto último, que desde el retorno de la democracia, en el país se ha incrementado un movimiento indígena en pos de la recuperación de tierras que se reputan como propias, obligando al Estado de Chile a intervenir en las ocupaciones de tierras, ya para obtener la salida de los comuneros, ya para finalmente adquirir estos u otros predios. En otros términos, la recurrente en este punto y en toda la larga argumentación que desarrolla sobre el particular, se esfuerza por demostrar que los testimonios, documentos y pericias que cita son todos demostrativos del ánimo de señor y dueños que guió el obrar de los acusados y con ello el despojo que debe resultar penalmente sancionado. Sin embargo, no es posible soslayar que, tal como se señaló anteriormente, se produjo prueba demostrativa que los acusados, integrantes de una comunidad indígena, desde antes del inicio de la ocupación que se reprocha por los acusadores, habían gestionado ante la autoridad pública la determinación del estatus legal de aquellas tierras, y que, luego de su ingreso al fundo, estas gestiones prosiguieron, esta vez ante la Corporación Estatal Indígena”.*