

# EL USO DE ARGUMENTOS CULTURALES EN LA DEFENSA PENAL

THE USE OF CULTURAL ARGUMENTS IN THE CRIMINAL DEFENSE

IGNACIO BARRIENTOS PARDO\*

*PALABRAS CLAVE: Cultura - defensa cultural - indígenas - reconocimiento formal.*

*KEYWORDS: Culture - cultural defense - indigenous - formal recognition.*

*RESUMEN: Este trabajo explora el uso de argumentos culturales en casos penales contra miembros de pueblos indígenas. Examina parcialmente la abundante bibliografía anglosajona disponible que permite efectuar una serie de precisiones conceptuales, un análisis breve sobre el rol de la cultura en los procesos penales y respecto de los límites de esas defensas y la formulación de modelos de reconocimiento de las defensas culturales. Esta tarea arroja la distinción entre defensas culturales cognitivas y volitivas que habilita para sistematizar una buena cantidad de fallos dictados por tribunales chilenos.*

*ABSTRACT: This paper explores the use of cultural arguments in criminal cases against members of indigenous peoples. It partially examines the abundant Anglo-Saxon bibliography available that allows to make a series of conceptual precisions, a brief analysis about the role of culture in criminal processes and about the limits of those defenses and the formulation of recognition models of cultural defenses. This task throws the distinction between cognitive and volitive cultural defenses that enables to systematize a good number of judgments handed down by Chilean courts.*

## 1. INTRODUCCIÓN

El presente trabajo aborda un área de la defensa penal que tiene poco desarrollo en la discusión académica y práctica nacionales. Si bien al interior de la Defensoría Penal Pública surgió hace años la defensa penal especializada de indígenas<sup>1</sup>, la noción de “defensa cultural” no ha sido todavía suficientemente explorada.

En el medio anglosajón existe, desde la década de los ochenta, abundante literatura sobre las *cultural defenses*<sup>2</sup>. Además del análisis conceptual y metodológico que se

---

\* Abogado. Diplomado en Estudios Amerindios (Casa de América, Madrid). Especialista en Derecho Constitucional y Ciencia Política (CEPC, Madrid). Jefe de Estudios, Defensoría Regional de Antofagasta. Profesor de la Universidad de Antofagasta y de la Universidad Católica del Norte.

El autor agradece a Verónica Reyes, Juan Pablo Alday, Mario Quezada, Rodrigo Lillo, Hernán Díaz, Luciano Cisternas y Sergio Zenteno, abogada/os de la Defensoría Penal Pública, que me facilitaron sentencias para la redacción de este estudio.

<sup>1</sup> Ver: *Modelo de Defensa Penal para Imputados Indígenas*. También: *Manual de Actuaciones Mínimas de la Defensa Penal de Indígenas*. En: [http://www.dpp.cl/pag/82/245/defensa\\_indigena](http://www.dpp.cl/pag/82/245/defensa_indigena) [visitado 7.05.2018].

<sup>2</sup> Se puede consultar: SHEYBANI, Malek-Mithra, “Cultural Defense: One Person’s Culture Is Another’s Crime”, *Loyola of Los Angeles International and Comparative Law Review*, 1987, pp. 751-783; CHOI, Carolyn, “Application

ha realizado, los autores han indagado también sobre los fundamentos de la noción estudiada.

Se han formulado dos fundamentos en apoyo de las defensas culturales. Por un lado, está la teoría multiculturalista que sostiene que en una sociedad culturalmente diversa se requiere un tratamiento diferenciado respecto de los miembros de grupos culturales minoritarios. La defensa cultural constituiría así un medio para apoyar y promover el valor de la diversidad<sup>3</sup>. En el otro extremo están quienes afirman que la idea de la justicia individualizada<sup>4</sup>, que pondera atributos sociales tales como género, edad, etc., permite reconocer los imperativos culturales del imputado, sin una desviación importante de la lógica del sistema de justicia penal. De acuerdo a esta posición, principios jurídicos consolidados, como el derecho a un juicio justo, la libertad religiosa y la igual protección de la ley, apoyan el uso de la defensa cultural<sup>5</sup>.

of a cultural defense in criminal proceedings", *Pacific Basin Law Journal*, 1990, vol. 8, N° 1, pp. 80-90; CHIU, Daina C., "The Cultural Defense: Beyond Exclusion, Assimilation, and Guilty Liberalism", *California Law Review*, 1994, vol. 82 N° 4, pp. 1053-1125; LAMBELET COLEMAN, Doriane, "Individualizing Justice Through Multiculturalism The Liberals Dilemma", *Columbia Law Review*, 1996, vol. 96 N° 5, pp. 1093-1167; HOLMQUIST, Kristen L., "Cultural Defense or False Stereotype - What Happens When Latina Defendants Collide with the Federal Sentencing Guidelines", *Berkeley Journal of Gender, Law and Justice*, 1997, vol. 12, pp. 45-72; KIM, Nancy S., "The Cultural Defense and the Problem of Cultural Preemption: A Framework for Analysis", *New Mexico Law Review*, 1997, vol. 27, pp. 101-139; TORRY, William I., "Multicultural Jurisprudence and the Culture Defense", *Journal of Legal Pluralism*, 1999, N° 44, pp. 127-161; GORDON, Neal A., "The Implications of Memetics for the Cultural Defense", *Duke Law Journal*, 2001, vol. 50, pp. 1809-1834; VAN BROECK, Jeroen, "Cultural Defence and Culturally Motivated Crimes (Cultural Offences)", *European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice*, 2001, vol. 9/1, pp. 1-32; SIKORA, Damian W., "Differing Cultures, Differing Culpabilities?: A Sensible Alternative: Using Cultural Circumstances as a Mitigating Factor in Sentencing", *Ohio State Law Journal*, 2001, vol. 62, N° 5, pp. 1695-1728; RENTELN, Alison Dundes, "The Use and Abuse of the Cultural Defense", *Canadian Journal of Law and Society*, 2005, vol. 20, N° 1, pp. 47-67; CHIU, Elaine M., "Culture as Justification, Not Excuse", *American Criminal Law Review*, 2006, vol. 43, pp. 1317-1374; LEE, Cynthia, "Cultural Convergence: Interest Convergence Theory Meets the Cultural Defense?", *Arizona Law Review*, 2007, vol. 49, pp. 911-959; DONOVAN, James M. y STUART GARTH, John, "Delimiting the Culture Defense", 2007, *Quinnipiac Law Review*, vol. 21 N° 1, pp. 109-146; GREENAWALT, Kent, "The Cultural Defense: Reflections in Light of the Model Penal Code and the Religious Freedom Restoration Act", *Ohio State Journal of Criminal Law*, 2008, vol. 6, pp. 299-321; KARAYANNI, Michael M., "Adjudicating Culture." *Osgoode Hall Law Journal*, 2009, vol. 47 N° 2, pp. 371-387; TOMER-FISHMAN, Tamar, "Cultural Defense, Cultural Offense, or No Culture at All: An Empirical Examination of Israeli Judicial Decisions in Cultural Conflict Criminal Cases and of the Factors Affecting Them", *Journal of Criminal Law and Criminology*, 2010, vol. 100, pp. 475-522; BEN-DAVID, Guy, "Legal Models For e Recognition Of Cultural Arguments In Criminal Law: A Normative Viewpoint", *University of Miami Race and Social Justice Law Review*, 2012, vol. 2, pp. 1-39; FISHER, James C., "The Role of Morality in Cultural Defence Cases: Insights From a Dworkinian Analysis", *Birkbeck Law Review*, 2013, vol. 1 (2), pp. 281-301; BEYEA, Sam, "Cultural pluralism in criminal defense: an inner conflict of the liberal paradigm", *Cardozo Public Law, Policy & Ethics Journal*, vol. 13 (2014); MUZZICA, Raffaele, TAMBORRA, Tracy L. y AMARELLI, Giuseppe, "Emerging Cultural Conflicts in Italy: A Challenge for Criminal Law", *International Journal of Criminology and Sociology*, 2015, vol. 4, pp. 141-153.

<sup>3</sup> Para fundamentos multiculturalistas que apoyan la doctrina de las *cultural defenses*, ver: BEN-DAVID, *op. cit.*, p. 15. Un matiz de esta posición se puede encontrar en: GREENAWALT, *op. cit.*, p. 300.

<sup>4</sup> Para la fundamentación de la defensa cultural en la idea de la justicia individualizada, ver: LAMBELET COLEMAN, *op. cit.*, p. 1114-1117.

<sup>5</sup> RENTELN, *op. cit.*, p. 48. En el mismo sentido: KIM, *op. cit.*, p. 103. DONOVAN y Stuart Garth, *op. cit.* p. 137.

En  
prácti  
penal.  
solam  
penal  
El  
precis  
se rec  
Unid.  
llegar  
encul  
las de  
a este  
uso i  
norm  
timo  
trasfc  
estab

V  
paíse  
aque  
norm  
cult  
de c  
grup

6 En  
Crim  
nas",  
58b.  
legis  
201:  
erro:  
Der  
MIL  
Pen:  
7 C  
8 T

En nuestro medio no se ha dado un debate filosófico, conceptual, metodológico o práctico sobre el alcance, uso y reconocimiento de la defensa cultural en el proceso penal. Existen, en todo caso, aislados esfuerzos en este sentido<sup>6</sup>. Este trabajo aspira solamente a continuar y promover esa discusión entre los operadores del sistema penal.

El esquema que seguiré será el siguiente. En primer lugar, efectuaré algunas precisiones conceptuales necesarias acerca de la noción examinada. En este sentido, se recurrirá a la profusa literatura existente, especialmente en países como Estados Unidos y Reino Unido. En segundo término, abordaré el rol que la cultura puede llegar a tener en un proceso penal, con especial atención a dos procesos opuestos: la enculturación y la aculturación. En tercer lugar, me interesa establecer los límites de las defensas culturales, que permita determinar, por un lado, cuándo se puede recurrir a esta herramienta y, por otro, cuál es la extensión de su empleo, a fin de evitar su uso incorrecto o abuso. En cuarto lugar, creo necesario determinar si existe sustento normativo para el reconocimiento en nuestro país de las defensas culturales. Por último, haré un resumen de la aplicación que han hecho los tribunales nacionales del trasfondo cultural en materia penal. Me parece que la revisión de los fallos permitirá establecer las potencialidades de la defensa cultural en casos futuros.

## 2. PRECISIONES CONCEPTUALES. ¿QUÉ DEBE ENTENDERSE POR DEFENSA CULTURAL?

Varios autores destacan que los tribunales de justicia penal enfrentan en diversos países lo que denominan “situaciones de conflictos culturales”<sup>7</sup>, definidas como aquellas en que los diferentes grupos que existen en una sociedad tienen diferentes normas de conducta para la misma situación<sup>8</sup>. En estos casos los miembros de una cultura minoritaria que actúan de acuerdo a sus normas y valores pueden ser acusados de cometer un delito debido a que las leyes penales reflejan las normas y valores del grupo dominante.

<sup>6</sup> En tal sentido: CARNEVALI, Raúl, “El multiculturalismo: un desafío para el Derecho penal moderno”, *Política Criminal* N° 3, 2007, A6, pp. 1-28; LILLO, Rodrigo, “El convenio 169 de la OIT y la defensa penal de indígenas”, *Minuta Regional* N° 1/2010, en <http://www.dpp.cl/resources/upload/093e523d3fa9fe3d8745793ada63a58b.pdf>, pp. 1-23 [visitado 3.07.2018]; VILLEGAS, Myrna, “Entre la exculpación y la justificación. Apuntes de legislación comparada latinoamericana sobre pluralismo jurídico y derecho penal”, *Revista de Derecho (Valdivia)*, 2012, vol. XXV, N° 2, pp. 177-205; CASTILLO, Alejandra, “La ponderación de las valoraciones culturales en el error de prohibición”, *Revista de Derecho*, 2014, vol. XXVII, N° 2, pp. 243-267; COUSO, Jaime, “Mapuches y Derecho penal”, *SELA (Seminario en Latinoamérica de Teoría Constitucional y Política)*, *Papers*, 2012, pp. 1-65; MILLALEO, Salvador, *Aspectos culturales de la defensa de imputados indígenas*, Centro Documentación Defensoría Penal Pública, N° 10, 2016, pp. 7-239.

<sup>7</sup> CHOI, *op. cit.*, p. 80; TOMER-FISHMAN, *op. cit.*, p. 476; FISHER, *op. cit.*, p. 282.

<sup>8</sup> TOMER-FISHMAN, *op. cit.*, p. 476.

Existe consenso (relativo, por cierto) entre varios investigadores que los factores culturales de una causa penal pueden servir para negar o mitigar la responsabilidad<sup>9</sup>. Lo anterior no descarta la existencia de opiniones en sentido opuesto que cuestionan este tipo de defensa<sup>10</sup>.

### 2.1. Definición de defensa cultural

La primera tarea a abordar es la definición de lo que llamamos “defensa cultural”. Kent Greenawalt señala que, en términos generales, se refiere a un amplio rango de formas en que la evidencia cultural acerca de la tradición o prácticas culturales del imputado puede influir en el juzgamiento de su culpabilidad o responsabilidad<sup>11</sup>. Según Nancy Kim es una estrategia legal que emplea evidencia acerca de la tradición cultural de un acusado para negar o mitigar la responsabilidad penal<sup>12</sup>. Para Choi, se niega o mitiga la responsabilidad criminal por actos cometidos bajo la creencia, razonable y de buena fe, de que esos actos están basados en la herencia o tradición cultural del imputado<sup>13</sup>.

Cuando se indaga acerca de la importancia del factor cultural en una causa penal, se advierte la existencia de dos enfoques. Esta distinción tiene, por decirlo de alguna manera, una ubicación geográfica. Mientras entre autores europeos continentales predomina la noción de los delitos culturalmente motivados (*cultural offences*), entre los autores del *Common Law* (Inglaterra y EE.UU.) prevalece la referencia a las defensas culturales (*cultural defenses*)<sup>14</sup>.

No obstante estos enfoques se presentan como antagónicos, lo cierto es que resulta relativamente pacífico que para hablar, en un sentido fuerte, de defensas culturales, necesariamente debemos determinar el uso de la expresión “ofensas culturales” o delitos culturalmente motivados. Se afirma, así, la existencia de una interdependencia conceptual entre ambos términos. A partir de esta afirmación, se sostiene la necesidad de vincular el enfoque continental con el enfoque anglosajón. El objetivo mayor es, como lo afirma Van Broeck, la construcción de una teoría general de las ofensas y defensas culturales<sup>15</sup>.

<sup>9</sup> Entre muchos: CHOI, *op. cit.*, p. 81; FISHER, *op. cit.*, pp. 282 y 286.

<sup>10</sup> BEYEA, *op. cit.*, p. 735. Este autor asegura que la defensa cultural socava la finalidad disuasiva de ley penal y la igualdad ante la ley. También por el rechazo: GALLIN, Alice J., “The Cultural Defense: Undermining the Policies Against Domestic Violence”, *Boston College Law Review*, 1994, vol. 35 N° 3, pp. 723-745; LEE STRASBURGER, R., “The best interests of the child?: The cultural defense as justification for child abuser”, *Pace International Law Review*, 2013, vol. 24 N° 1, pp. 161-208.

<sup>11</sup> GREENAWALT, *op. cit.* p. 299.

<sup>12</sup> KIM, *op. cit.*, p. 103.

<sup>13</sup> CHOI, *op. cit.*, p. 81.

<sup>14</sup> VAN BROECK, *op. cit.*, p. 1.

<sup>15</sup> VAN BROECK, *op. cit.*, p. 1.

La determinación conceptual debe ser el punto de partida, pues no es suficiente un mero enfoque pragmático desprovisto de ciertos acuerdos conceptuales. De lo contrario, el análisis quedaría expuesto a riesgo de vaguedad, propiciando el mal uso de la estrategia.

De acuerdo a lo dicho *supra*, la primera tarea de precisión conceptual se dirige a los delitos culturalmente motivados. Si, en principio, sólo es posible hablar de defensa cultural cuando las tradiciones culturales de una persona influyen en su conducta social, a tal punto que esta es considerada un delito penal en la sociedad dominante y no en su grupo cultural, interesa saber algo sobre esa noción.

Frente a la dificultad conceptual, Van Broeck propone una definición operativa de delito culturalmente motivado:

“es un acto realizado por un miembro de una minoría cultural, que es considerado un delito por el sistema legal de la cultura dominante, sin perjuicio que el mismo acto al interior del grupo cultural del ofensor es condonado, aceptado como una conducta normal y aprobado o, incluso, respaldado y promovido en determinada situación”<sup>16</sup>.

Para los fines de este ensayo me ocuparé brevemente de tres elementos de la definición, a saber, cultura dominante, minoría cultural y grupo cultural.

Para Van Broeck una cultura es dominante en la medida que provee las bases ideológicas de la norma penal bajo la que el imputado perteneciente a un grupo cultural minoritario es o será juzgado. En la medida que los valores o creencias del sistema penal coinciden con los de un grupo social determinado, se puede concluir que ese grupo tiene el carácter de dominante<sup>17</sup>.

De cara a la historia, puede expresarse que los pueblos indígenas nunca han detentado el carácter de dominantes. Resulta evidente que los miembros de los pueblos indígenas han tenido nula posibilidad de hacer escuchar su voz en el establecimiento de normas penales.

En términos individuales, para decidir si una persona es un miembro de una cultura minoritaria cabe comparar sus valores culturales con los que inspiran las normas del sistema legal. En tanto, para calificar una determinada acción como delito culturalmente motivado, se debe verificar si las normas o valores en los que el imputado basa sus acciones surgen de otra cultura que no sea la dominante, y si aquel es o no un miembro de ese grupo cultural.

A su vez, la noción de minoría cultural requiere un análisis tanto cuantitativo como cualitativo. El enfoque cuantitativo de las minorías culturales destaca la variable numérica de los miembros de un grupo, lo que los deja al influjo de las decisiones del mayor número. Este enfoque da por evidente que los miembros del grupo minoritario tienen serias dificultades, por su masa crítica, para ocupar posiciones clave en las

<sup>16</sup> VAN BROECK, *op. cit.*, p. 5.

<sup>17</sup> VAN BROECK, *op. cit.*, p. 5.

estructuras oficiales de toma de decisiones. En cambio, el enfoque cualitativo destaca que, no obstante que un grupo puede ser numéricamente mayoritario, al no tener acceso a las instancias decisorias se encuentra en una situación de “no dominancia”, que lo hace vulnerable a las medidas que adopte el pequeño grupo que detenta el poder político<sup>18</sup>.

Por su parte, se dice que grupo cultural es todo grupo de individuos que comparten una cultura común<sup>19</sup>. La vaguedad de la expresión origina muchos problemas. Es el principio de la confusión y puede ser la peor amenaza para el correcto uso de la defensa cultural. En este sentido, la primera pregunta que surge es si las subculturas, por ejemplo, carcelaria, las pandillas juveniles, las bandas de delincuentes, las tribus urbanas, etc., pueden ser consideradas como grupos cuyos miembros pueden invocar factores culturales en su defensa. Varios autores descartan que estas puedan ser consideradas culturas para los efectos del empleo de una defensa cultural<sup>20</sup>. La mayoría de los autores explícita o implícitamente consideran para la aceptabilidad de la defensa cultural a los miembros de grupos étnicos, en sentido estricto<sup>21</sup>.

La doctrina de la defensa cultural plantea que un imputado que actuó impulsado por un “motivo cultural” debe ser excusado, justificado o recibir una sanción penal de menor entidad. La forma de entender el “motivo cultural” importa para los efectos de la reflexión sobre lo que es la defensa cultural. Una forma de aproximarse a esa cuestión viene dada por la distinción que analizamos a continuación.

## 2.2. Defensas culturales cognitivas y volitivas

Neal Gordon, entre otros, formula la clasificación de defensas culturales cognitivas y volitivas. Esta distinción puede servir para lograr una aplicación más consciente y, por ello, más útil y provechosa<sup>22</sup>. La propuesta de Gordon procura dotar de mayor especificidad a la noción analizada, a fin de evitar su aplicación sin que exista claridad acerca de lo que se intenta probar o refutar<sup>23</sup>.

Si el imputado no conocía la prohibición o concurría a su respecto un error sobre algunos elementos de la prohibición, la cuestión no reside en el control de sus acciones. En estos casos, el autor simplemente desconocía el carácter delictivo de las mismas por una socialización exótica, por aislamiento u otra razón. Aquí la defensa cultural asume el carácter de cognitiva.

<sup>18</sup> OFICINA DEL ALTO COMISIONADO DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LOS DERECHOS HUMANOS (ACNUDH), *Derechos de las Minorías: Normas Internacionales y Orientaciones para su Aplicación*, Nueva York y Ginebra, 2010, pp. 1-60, p. 3.

<sup>19</sup> VAN BROECK, *op. cit.*, p. 8.

<sup>20</sup> GREENAWALT, *op. cit.*, p. 304.

<sup>21</sup> RENTELN, *op. cit.*, p. 49. Sobre este punto ver: Sección 4.2.

<sup>22</sup> GORDON, *op. cit.*, p. 1815.

<sup>23</sup> GORDON, *op. cit.*, p. 1811.

En contraste, si la defensa cultural parte de la premisa que el autor no pudo controlar sus acciones y, por lo tanto, no debe ser considerado responsable de ellas, estamos en presencia de una defensa cultural volitiva<sup>24</sup>. Esta es una premisa que encuentra sustento en un principio básico del Derecho Penal: la culpabilidad.

La defensa cultural cognitiva se refiere a los casos en los que el individuo simplemente no sabe que sus acciones contravienen una ley. Por ello, la defensa cultural cognitiva engloba casos de error de prohibición y error de tipo<sup>25</sup>. El imputado que utiliza la defensa cultural cognitiva afirma que no conocía o no sabía acerca de la existencia de un ilícito. En este caso, la labor de la defensa consiste en demostrar que el agente no estuvo en condiciones fácticas que le permitieran percatarse de la existencia de una prohibición.

El aspecto volitivo de la defensa cultural está en fuerte contraste con el cognitivo. La defensa cultural volitiva parte de la base que el acusado sabe que su conducta es legalmente incorrecta, pero debido a influencias culturales no puede o no debe abstenerse de tal conducta. El imputado que usa la defensa cultural volitiva afirma que no tenía otra opción o que debía actuar de una forma determinada. Aquí la tarea del defensor será acreditar la existencia del antecedente cultural que influye en su comportamiento y la intensidad de esa influencia.

En las defensas volitivas se pueden incluir tanto casos de inexigibilidad de otra conducta, como de justificación de la legitimidad de la misma<sup>26</sup>, aunque la afectación de la voluntad tiene manifestaciones distintas. En el primero, la voluntad está determinada fuertemente por la cultura del autor, a tal punto que este piensa que no existe otro camino que la desobediencia de la norma penal. En el caso de una causal de justificación, no se trata tanto que el agente no tenga otra opción, cuanto que el agente estime que, no obstante la existencia de la prohibición, su conducta contraria a la norma penal del sistema legal dominante es valiosa, legítima o debida.

Como lo sostiene Guy Ben-David, la consideración de los antecedentes culturales puede conducir a dos conclusiones: i) el acusado no sabía que sus actos contravenían la ley, y; ii) el acusado actuó de acuerdo con los dictados de las normas y valores culturales de su grupo cultural<sup>27</sup>.

La distinción entre defensas culturales cognitivas y volitivas tiene consecuencias importantes. Quien invoca, por ejemplo, error de prohibición, lo podrá hacer una vez, pero quien alega ejercicio legítimo de un derecho, lo podrá hacer siempre.

<sup>24</sup> GORDON, *op. cit.*, p. 1810. GORDON afirma que "Al buscar exculpar a un acusado por su comportamiento culturalmente motivado, la defensa cultural volitiva niega la capacidad del acusado de resistir las compulsiones de su cultura".

<sup>25</sup> GORDON, *op. cit.*, p. 1813.

<sup>26</sup> GORDON, *op. cit.*, p. 1814.

<sup>27</sup> BEN-DAVID, *op. cit.*, p. 18.

### 3. EL ROL DE LA CULTURA. LA ENCULTURACIÓN Y LA ACULTURACIÓN

La definición de cultura es probablemente una de las tareas más arduas<sup>28</sup>. Por lo mismo, Van Broeck propone una definición amplia y abstracta. Entiende así que cultura “es un sistema intersubjetivo de símbolos que proporciona a los seres humanos orientación hacia los otros, hacia el mundo material, respecto de sí mismos y de los seres no humanos. Este sistema de símbolos cumple una función tanto cognitiva como evaluativa, es transferida de generación en generación y es sujeto de constante transformación. Las normas legales y morales son parte de una cultura, pero son sólo un aspecto de ella. La cultura es un sistema comprensivo (abarcante)”<sup>29</sup>.

La cultura, según Ben-David, cumple varias funciones: i) conforma las creencias, el comportamiento y la conciencia de cada uno de los miembros del grupo; ii) equipa a sus miembros con una percepción cognitiva y ética básica del mundo desde la primera infancia, y; iii) ayuda al individuo a entender su posición en el mundo<sup>30</sup>.

#### 3.1. La enculturación

Al proceso que permite la transmisión de una cultura de generación en generación se le llama “enculturación”. Es a través de ésta que los estándares y significados de una cultura se internalizan y asimilan como parte de la identidad de una persona y se convierten en un factor relevante que influye en la forma en que se comportará.

En la antropología social existe acuerdo que este proceso de enculturación tiene efectos constitutivos en la personalidad que pueden conllevar una restricción de la capacidad de elegir un curso de acción distinto al considerado aceptable por los demás miembros de un grupo. Se asume que el miembro “enculturado” de una minoría sólo puede elegir entre un número limitado de alternativas ofrecidas por su cultura. Esto supondría que un imputado que es miembro de una minoría cultural podría argumentar que su elección no fue el resultado de la toma de decisiones racionales libres, esto es, que ha faltado en un caso concreto “libre albedrío”<sup>31</sup>.

El concepto de defensa cultural se construye precisamente sobre la importancia que se otorga al proceso de enculturación y, especialmente, a la influencia del trasfondo cultural en la forma en que un individuo estructura su capacidad cognitiva y performativa. Por ello, se dice por Renteln que

“[...] la premisa del argumento de la defensa cultural es que la cultura ejerce una fuerte influencia en los individuos, predisponiéndolos a actuar de manera coherente con su edu-

<sup>28</sup> KIM, *op. cit.*, p. 115; BEN-DAVID, *op. cit.*, p. 19.

<sup>29</sup> VAN BROECK, *op. cit.*, p. 8.

<sup>30</sup> BEN-DAVID, *op. cit.*, p. 18.

<sup>31</sup> BEN-DAVID, *op. cit.*, p. 6.

cación. La base teórica para una defensa cultural depende de la idea que los individuos pensarán y actuarán de acuerdo con los patrones de su cultura”<sup>32</sup>.

Subyace a lo planteado, que el trasfondo cultural del acusado puede influir en la magnitud de su culpabilidad, en la medida en que el acto delictivo es el resultado de la influencia de su origen cultural. Esta influencia está determinada por lo que algunos autores llaman el carácter mutuamente constitutivo de cultura y psiquis<sup>33</sup>.

### 3.2. La aculturación

En sentido inverso, así como las personas son enculturadas, se dice también que estas experimentan la aculturación. Desde la antropología social se define la aculturación como el fenómeno que se produce cuando grupos de individuos de diferentes culturas entran en contacto continuo, produciéndose cambios en los patrones culturales originales de un grupo o de ambos<sup>34</sup>. Van Broeck afirma que la aculturación es el proceso que tiene lugar cuando las personas, confrontadas con otras culturas, reordenan y/o cambian sus creencias y valores, produciéndose un distanciamiento con la cultura tradicional, la que es abandonada y reemplazada por los valores culturales del grupo dominante<sup>35</sup>.

Es un dato histórico irrefutable que la meta de los estados ha sido siempre la asimilación cultural, esto es, que los grupos minoritarios adopten los valores culturales dominantes y abandonen sus hábitos primitivos<sup>36</sup>.

La aculturación es, por ello, una de las variables que se tienen en cuenta para admitir la real aplicación de una defensa cultural. Respecto de un indígena aculturado, la opinión mayoritaria sostendrá que no existe posibilidad alguna de hablar de delito culturalmente motivado. Van Broeck afirma que las ofensas culturales pueden ser vistas como un efecto de la transición hacia la asimilación, es decir, como un signo que la aculturación es un proceso inconcluso. Desde esta óptica, la ley penal puede ser concebida como un instrumento para cumplir la meta asimilacionista<sup>37</sup>.

Admito que la asimilación y la aculturación generan un panorama que conduce a afirmar que los delitos culturalmente motivados son una rareza. Sin embargo, no todo cambio cultural en un grupo étnico supone aculturación. Por el contrario, en muchos casos, esa capacidad de transformación es la razón de la pervivencia de los pueblos indígenas.

<sup>32</sup> RENTELN, *op. cit.*, p. 48.

<sup>33</sup> DONOVAN y STUART GARTH, *op. cit.*, p. 125.

<sup>34</sup> ALBERT GUARDIOLA, María Carmen, *Aculturación y Competencia Intercultural. Presupuestos teóricos y modelos empíricos*, España, Publicaciones Universidad de Alicante, 2007, pp. 1-115, p. 14.

<sup>35</sup> VAN BROECK, *op. cit.*, p. 11.

<sup>36</sup> VAN BROECK, *op. cit.*, p. 11.

<sup>37</sup> VAN BROECK, *op. cit.*, p. 12.

La realidad social muestra que cuando los grupos minoritarios son confrontados con un grupo dominante no siempre pierden sus valores tradicionales. En la antropología existe suficiente evidencia de que la interacción de grupos étnicos no conduce a la liquidación de un sistema cultural como consecuencia del cambio y la aculturación, sino que, por el contrario, las diferencias culturales pueden persistir a pesar del contacto interétnico y de la interdependencia<sup>38</sup>. Adicionalmente, es también un antecedente empírico que los individuos dentro de un mismo grupo tienen formas diferentes de responder al contacto interétnico, lo que suscita que la Antropología estime que existen grados de aculturación que pueden ser medidos<sup>39</sup>. Por último, no es extraño ver que la presión asimilacionista del grupo dominante genere procesos de re-creación y reforzamiento de la identidad étnica, generando procesos de re-etnificación o de *revival* étnico<sup>40</sup>.

Es aventurado afirmar que ciertas prácticas desaparecerán (y que un integrante de ese grupo no podrá invocarlas como defensa), porque ha estado en contacto con los valores y la materialidad de la cultura dominante, ya sea porque ha vivido por un tiempo considerable fuera de su grupo cultural o de su país natal. Se debe reconocer la capacidad que tienen ciertos sujetos para demostrar competencias tanto en la sociedad mayoritaria como en su propia comunidad étnica. Es lo que se conoce como sujetos fronterizos, capaces de desarrollar lo que se denomina biculturalismo<sup>41</sup>.

En el marco de una cultura minoritaria que ha experimentado un contacto con un grupo cultural dominante, se han propuesto algunos criterios o parámetros que permiten evaluar el mayor o menor grado de aculturación de los miembros de la primera. Ben-David sostiene que el grado de asimilación del acusado dentro de la cultura mayoritaria puede servir en un caso determinado para evaluar su culpabilidad. Propone que el conocimiento de una cultura mayoritaria, y con ello la asimilación, por parte de un acusado perteneciente a una cultura minoritaria, puede evaluarse a través de los siguientes factores no taxativos: (1) el período de residencia en el Estado; (2) el idioma que emplea; (3) signos externos, tales como vestimenta y comportamiento; (4) el establecimiento educacional donde estudió; (5) el oficio u ocupación que ejerce; (6) el contacto con servicios públicos, tales como consultorios, seguridad social, etc. y (7) el entorno natural<sup>42</sup>.

<sup>38</sup> BARTH, Fredrik, "Introducción", *Los grupos étnicos y sus fronteras*, FCE., México, 1976, pp. 7-204, p. 10.

<sup>39</sup> ALBERT GUARDIOLA, *op. cit.*, pp. 61-95.

<sup>40</sup> VAN BROECK, *op. cit.*, p. 12.

<sup>41</sup> ALBERT GUARDIOLA, *op. cit.*, p. 19.

<sup>42</sup> BEN-DAVID, *op. cit.*, p. 35. En todo caso debo admitir que esta afirmación resulta, de cara a la propuesta efectuada desde la Antropología Social de diversos modelos de aculturación (al menos 11) y de escalas de medición de la aculturación (al menos 31), una osadía. Para una comprensión de la complejidad de la aculturación, consultar: ALBERT GUARDIOLA, *op. cit.*, pp. 61-95.

Este  
los mie  
entran  
gresan  
compo  
genuin  
más bá

Es c  
la asim  
medici  
cadore  
un ind  
que re  
asimila  
imprec  
ser usa  
contin  
institu

Cu:  
guntas  
condic  
extend

Me  
pectiv:  
cierto  
son de  
que lo  
ración  
cultur

<sup>43</sup> Por e  
5, RIT  
carecen  
un recla  
como tc  
<sup>44</sup> TORF

Estos parámetros, que por cierto hemos observado en nuestro país<sup>43</sup>, suponen que los miembros de un pueblo indígena pierden parte importante de su cultura cuando entran en contacto con servicios públicos, aprenden la lengua oficial del Estado, ingresan a sus escuelas, modifican sus vestimentas, etc. Esta perspectiva tiene un fuerte componente esencialista, pues considera que los únicos que pueden ser considerados genuinamente indígenas son aquellos que mantienen intactos sus rasgos culturales más básicos.

Es complejo acordar parámetros objetivos y universales para la determinación de la asimilación. La existencia de numerosos modelos de aculturación y de escalas de medición de la misma dan cuenta de la dificultad para consensuar unidades, indicadores e intervalos de tiempo que permitan determinar el grado de asimilación de un individuo, que a su vez descarte a éste como beneficiario eventual de una defensa que recurra a elementos culturales. Desde una perspectiva individual, la noción de asimilación cultural resulta imprecisa, pues influyen diversos factores. Debido a esta imprecisión es posible cuestionar el enfoque convencional que la defensa cultural puede ser usada solo por miembros de un grupo étnico o nacional que han permanecido continuamente al interior de dicho grupo, sin mayor contacto con los miembros e instituciones del grupo mayoritario<sup>44</sup>.

#### 4. LOS LÍMITES DE LA DEFENSA CULTURAL

Cuando se habla de los límites de la defensa cultural surgen al menos dos preguntas: i) ¿Cuándo se puede usar una defensa cultural? O, dicho de otro modo, ¿qué condiciones se deben reunir para justificar una defensa cultural?; ii) ¿Cuánto se puede extender el uso de la defensa cultural?

##### 4.1. ¿Cuándo se puede usar una defensa cultural?

Me parece que este interrogante puede tener una respuesta empleando las dos perspectivas comentadas en la sección 2.1. Para quienes ponen el acento en las ofensas, lo cierto es que no todos los delitos cometidos por miembros de un grupo minoritario son delitos culturalmente motivados. Se sostiene que únicamente aquellas acciones en que los elementos culturales han jugado un rol directo e importante en su configuración pueden ser calificados como delitos de ese tipo. Desde la óptica de la defensa cultural, se puede decir que no en todos los casos penales en que estén involucrados

<sup>43</sup> Por ejemplo, en la sentencia del Tribunal Oral en lo Penal de Arica, de 11 octubre 2010, RUC N° 0710014873-5, RIT N° 221-2009, se afirma que las alegaciones de la defensa en cuanto a la privación cultural de la acusada carecen de sustento, pues ésta cursó estudios hasta sexto año básico, se desempeñó en diversos trabajos, formuló un reclamo por el no pago de cotizaciones, se observó en su vivienda prendas femeninas y documentación, tales como toallas higiénicas y carnet de Fonasa.

<sup>44</sup> TORRY, *op. cit.*, p. 134.

miembros de grupos minoritarios el uso de la defensa cultural es relevante. La mayoría de los autores sostiene que para justificar razonablemente una defensa cultural, en un sentido fuerte, es necesario trazar un vínculo relevante y específico entre la ofensa y los elementos culturales que serán usados como defensa<sup>45</sup>.

Si entendemos que los delitos culturalmente motivados denotan aquellas situaciones en que la cultura del ofensor jugó un rol importante en la intencionalidad criminal, esta noción proporciona un patrón de medida para decidir si, y en qué grado, los elementos culturales son relevantes en la defensa. Es en este sentido que se dice que ofensa y defensa cultural pueden ser vistas como los lados de la misma moneda<sup>46</sup>.

En este estadio del análisis se impone siempre, por una parte, una aproximación situacional que tome en cuenta las peculiaridades o matices de cada caso y, en segundo lugar, un necesario estudio de las normas culturales específicas de un grupo. Estas dos operaciones son fundamentales para determinar en qué medida, por un lado, una ofensa es motivada o causada por el trasfondo cultural del ofensor y, por otro, si, y en qué medida, el agente está objetivamente habilitado para usar factores culturales en su defensa.

En todo caso, una forma de resolver este dilema es la aplicación de alguna metodología que permita un abordaje que no sea meramente práctico. Renteln, entre otros, propone para minimizar el uso indebido de la defensa cultural, un test que deben aplicar los tribunales. En su opinión, los tribunales que lo apliquen deberían hacer tres consultas básicas:

1. ¿Es el litigante un miembro del grupo étnico?
2. ¿El grupo tiene tal tradición?
3. ¿El litigante fue influenciado por la tradición cuando actuó?<sup>47</sup>

Según Renteln, si los tribunales aplicasen con rigor este simple test se podría reducir el número de falsas defensas culturales, desalentando el ilegítimo uso de la defensa. Renteln agrega un elemento adicional que, aun en el evento que las respuestas a cada una de las preguntas formuladas fuesen afirmativas, permitirían a los tribunales rechazar el uso de una defensa cultural. En su opinión, si se trata de tradiciones culturales que afectan de manera seria e irreparable a miembros de un grupo vulnerable al interior de una minoría cultural, como niños y mujeres, no debería haber lugar para una defensa cultural<sup>48</sup>.

Otra propuesta metodológica la hace Van Broeck para determinar el carácter cultural de un delito y la posibilidad de defensa cultural. Este autor propone un

<sup>45</sup> VAN BROECK, *op. cit.*, p. 29.

<sup>46</sup> VAN BROECK, *op. cit.*, p. 30.

<sup>47</sup> RENTELN, *op. cit.*, p. 49. En DONOVAN y STUART GARTH, *op. cit.*, p. 138, se puede encontrar una reformulación del Test de Renteln.

<sup>48</sup> RENTELN, *op. cit.*, p. 50.

enfoque que contiene también tres pasos<sup>49</sup>. A diferencia de Renteln, este test no está dirigido solo a los jueces, sino que resulta útil para todos los operadores del sistema de justicia criminal.

El primer paso, que Van Broeck denomina de “observación y análisis de la justificación o explicación del individuo”, exige indagar en la motivación, justificación o explicación del ofensor, teniendo en cuenta las circunstancias que le rodean y la forma en que el agente las interpreta. El segundo paso, llamado de “observación y análisis del grupo”, consiste en la apreciación objetivada de la situación y de la ofensa ejecutada por el agente, mediante la certificación que los otros miembros del grupo comparten el mismo trasfondo cultural. Sin ninguna duda, la pericia antropológica es crucial en esta etapa<sup>50</sup>. El tercer paso se denomina “la comparación del trasfondo cultural del ofensor con las normas legales del grupo dominante”. Aquí se debe verificar si hay una diferencia relevante en el enfoque que se da a un mismo hecho, por un lado, en el grupo del agente y, por otro, en el sistema penal dominante. Es necesario aclarar que la diferencia no debe ser necesariamente absoluta, sino que puede ser gradual. Basta que estemos en presencia de grupos con valores y patrones suficientemente distintos que justifiquen una respuesta judicial diferente.

#### 4.2. ¿Cuánto se puede extender el uso de la defensa cultural?

Esta pregunta debe ser abordada considerando tres posibilidades. La primera, dice relación con el uso de una defensa cultural aunque el hecho en sí no pueda ser calificado como delito culturalmente motivado. La segunda, se refiere al uso de una defensa cultural por miembros de grupos que no son considerados culturales en un sentido estricto. La tercera, incumbe a la invocación abusiva de una defensa cultural por un miembro de una minoría cultural persiguiendo la exoneración o la atenuación de responsabilidad con absoluto desapego a la igualdad ante la ley.

Hasta el momento hemos sostenido que la aplicación de una defensa cultural depende de la existencia de elementos que nos sitúen frente a un delito culturalmente motivado. Ahora bien, la afirmación anterior puede ser matizada. Van Broeck, por ejemplo, señala que se puede argumentar que el problema de una defensa cultural es más amplio que la elaboración de una teoría del caso cuando estamos frente a una *cultural offence*<sup>51</sup>.

<sup>49</sup> VAN BROECK, *op. cit.*, pp. 23-24.

<sup>50</sup> También apoya esta opinión BEN-DAVID, *op. cit.*, p. 36. Este autor señala que “Otro parámetro que puede indicar el alcance de la culpabilidad del acusado es la medida en que los argumentos del acusado están respaldados por pruebas periciales. El hecho de que los argumentos del acusado estén respaldados por peritos (sociólogos, antropólogos, etc.) otorga a esos argumentos una dimensión de autenticidad”. Un contrapunto acerca de la presentación de expertos ajenos al grupo cultural por ser “insultante” hacia los miembros de ese grupo, en RENTELN, *op. cit.*, p. 66.

<sup>51</sup> VAN BROECK, *op. cit.*, p. 30.

Teniendo en cuenta lo dicho, es posible plantear la distinción entre una noción fuerte y una débil de defensa cultural. En el primer caso, sólo podríamos hablar de defensa cultural cuando estamos frente a alguna tradición cultural que compite con la dominante, en que aquella considera que no es delito lo que la segunda sí califica como tal o en que la tradición valora de distinta manera la lesividad del mismo. El mismo Van Broeck, pese a lo apuntado más arriba, afirma que la doctrina cuando se refiere a defensa cultural tiene siempre en mente algún tipo de conflicto de culturas legales y, en consecuencia, de un delito culturalmente motivado<sup>52</sup>.

Por el contrario, cuando los elementos culturales concurrentes no alcanzan siquiera para configurar una atenuante de responsabilidad penal, pues el hecho no tiene el carácter de delito culturalmente motivado, pero se pueden efectuar alegaciones vinculadas a la pertenencia étnica del imputado al momento de la discusión del quántum de la pena o de la forma de cumplimiento de ésta, creo que se puede hablar de una defensa cultural débil. Probablemente aquí pueda hacerse la distinción que proponen algunos entre defensa cultural propiamente tal y uso de evidencia cultural<sup>53</sup>. En la sección 6.2.4 propongo algunos casos de este tipo.

En los casos indicados en el párrafo anterior existen normas para sustentar una defensa cultural en un sentido débil. En el primero, se puede recurrir al art. 10.1 del Convenio 169 en la medida que dispone que “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”. Incluso tratándose de un delito en el que no concurren factores culturales, el tribunal debe considerar, para individualizar la pena, esas características, adicionales a las circunstancias del art. 69 C. Penal. Al formular este tipo de alegaciones el abogado está haciendo, nos parece, uso de una defensa cultural. En el segundo, cuando para discutir la forma de cumplimiento el abogado introduce argumentos relacionados con la pertenencia a un pueblo indígena o una minoría étnica, a su residencia en una comunidad indígena, a las labores que desarrolla, etc., también efectúa una defensa cultural. El art. 10.2 del Convenio apoya este planteamiento al imponer la preferencia por sanciones distintas al encarcelamiento.

También se relaciona con la pregunta del título de la sección, lo que se ha denominado abuso o mal uso de la defensa cultural. En mi opinión, el abuso de la defensa cultural puede tener dos fuentes. Una, concierne al intento de emplear factores culturales en la defensa penal de miembros de grupos que no pueden ser considerados, sin controversia, grupos culturales en el sentido estricto de la expresión, por ejemplo: pandillas. La otra fuente incumbe a aquellos casos en que el acto criminal, a pesar de ser ejecutado por un miembro de una minoría cultural indiscutida, podría ser ejecutado por cualquier miembro de la sociedad. El problema aquí está relacionado con el

<sup>52</sup> VAN BROECK, *op. cit.*, p. 30.

<sup>53</sup> GORDON, *op. cit.*, p. 1811.

abuso de una condición étnica que puede, mediando un trato desigual con respecto a un no indígena, mejorar su posición en el proceso penal.

En cuanto a la primera fuente de abuso de la defensa cultural se han levantado muchos argumentos. Probablemente, el principal radica en que la noción de cultura no puede alcanzar a aquellas agrupaciones voluntarias, por contraposición a las adscriptivas, que más que manifestar una forma distinta de concebir el mundo, son una muestra de disfunción social que supone la existencia de la estructura social a la que se oponen. Las subculturas no corresponden a lo que es entendido como cultura en el sentido antropológico de la expresión, y más bien sus valores pueden ser comprendidos teniendo como referencia a la sociedad que los abarca, inclusive si esos valores son, en cierta medida, una negación de esa sociedad<sup>54</sup>. Un poderoso argumento es, me parece, que la aceptación de una defensa cultural para miembros de una subcultura delinencial que pretendan emplear sus creencias y valores asistémicos, equivaldría a renunciar de manera absoluta a la función disuasiva de las normas penales.

En relación con la segunda fuente de abuso, puedo decir que en las oportunidades en que me ha correspondido exponer sobre el tema de este ensayo, he comentado dos casos. El primer caso es el de un imputado de origen likanantay al que carabineros le encuentra en su poder un rifle no inscrito, cuando aquel regresaba de sus labores de pastoreo en la puna de la Región de Antofagasta, aduciendo que lo usaba para espantar los depredadores que acechaban a las crías que cuidaba. El segundo caso, es el de un imputado también de origen likanantay que, tras un ritual de limpieza de canales, en el que había participado toda la comunidad, conduce su vehículo en estado de ebriedad y da muerte a un peatón.

¿En cuál de los casos estamos en presencia de un delito culturalmente motivado? ¿Se podría sostener que el conductor ebrio, que realizó actividades comunitarias y participó de un rito tan importante, podría ser defendido argumentando su defensor que su conducta puede ser explicada desde su posición de miembro de una comunidad indígena? Resulta en este caso claramente forzado el intento de encuadrar su conducta en alguna eximente, incluso incompleta, de ejercicio legítimo de un derecho o cumplimiento de un deber.

El primer caso, por el contrario, suscita intuitivamente más simpatía y comprensión. La sola explicación del autor del hecho pone el acento en una actividad propia de las comunidades indígenas de esos pisos ecológicos rastreable históricamente. Esa simpatía y comprensión, que llamo intuitiva, está vinculada a una noción compleja como es la igualdad ante la ley. Se percibiría claramente como un quiebre a este derecho, considerar que la conducta del conductor ebrio constituye un delito culturalmente motivado, propiciando una respuesta jurisdiccional radicalmente diferente que la se otorga al resto de los que se encuentran en la misma situación. En cambio, en el caso

<sup>54</sup> VAN BROECK, *op. cit.*, p. 27.

del pastor de alta puna no se divisa un trato de favor, sino que la consideración de factores personales y colectivos que justifican un trato diferente.

La extensión de la defensa cultural es problemática porque, como lo han sostenido muchos autores, su uso incorrecto, cuando no su abuso, deriva en su desprestigio como herramienta válida de defensa penal de miembros de determinados grupos culturales.

##### 5. RECONOCIMIENTO LEGAL DE LAS DEFENSAS CULTURALES. EL MODELO SEGUIDO EN CHILE

Varios autores del ámbito anglosajón han cavilado acerca de si existe en sus ordenamientos jurídicos reconocimiento formal de las defensas culturales. La respuesta ha sido negativa<sup>55</sup>.

Asimismo, se discute sobre la forma que debe asumir ese reconocimiento. Por un lado, se ha planteado la posibilidad de crear una nueva circunstancia de exención o atenuación de responsabilidad penal. En este caso, la cultura asumiría por sí misma el carácter de una defensa penal. Se postula que las personas socializadas en una minoría o cultura foránea, en cuanto se comportan de acuerdo con sus propias normas culturales, no deberían ser consideradas responsables por conductas que violan la ley nacional, si esas conductas se adecuan a las prescripciones de su propia cultura<sup>56</sup>. Por su parte, la opinión mayoritaria, si no unánime, sostiene que las defensas culturales deben ser entendidas como formas de reconocimiento del trasfondo cultural de un imputado, de tal manera que excusen o atenúen la responsabilidad, pero siempre dentro de la estructura conceptual propia del Derecho Penal, sin necesidad de crear una defensa independiente, sino que aprovechando los elementos de las circunstancias ya existentes.

Adicionalmente, se plantea la pregunta si una defensa cultural puede ser considerada para exonerar de responsabilidad o solo para mitigarla<sup>57</sup>. Según Choi, en Estados Unidos e Inglaterra los factores culturales pueden ser usados en los procesos penales bajo la categoría de eximentes o atenuantes generales, tales como error de tipo o imputabilidad disminuida. No obstante, la misma autora admite que muy pocas veces se emplea una defensa cultural en los Estados Unidos para absolver o excusar completamente a un imputado de un delito<sup>58</sup>.

Ha surgido también el debate acerca de si la cultura puede servir no solo para excusar la conducta de un miembro de una comunidad étnica, sino también para

<sup>55</sup> CHOI, *op. cit.*, p. 85; GORDON, *op. cit.*, p. 1811; TOMER-FISHMAN, *op. cit.*, p. 482; LEE, *op. cit.*, p. 915. LEE asegura que tampoco existen en EE.UU. reglas para admisibilidad de evidencia cultural, p. 916.

<sup>56</sup> KIM, *op. cit.*, p. 109.

<sup>57</sup> RENTELN, *op. cit.*, p. 49. Ella misma, "A Justification of the Cultural Defense as Partial Excuse", *Southern California Review of Law and Women's Studies*, vol. 2, 1993, pp. 437-526.

<sup>58</sup> CHOI, *op. cit.*, p. 88.

justificarla<sup>59</sup>. En nuestro país la práctica, al menos, ha demostrado que lo segundo es perfectamente posible.

En todo caso, existe acuerdo que la defensa cultural es ampliamente usada para explicar el estado mental o la falta de intención criminal (*mens rea*) de un acusado al momento de la ejecución del hecho por el que está siendo juzgado, para de este modo reducir los cargos que se le formulan o la pena a imponer.

Adelantamos que en nuestro país se reconoce el valor de la costumbre indígena para ser usada tanto como antecedente de una eximente como de una atenuante de responsabilidad. A la luz de los modelos que analizaremos a continuación, podremos determinar qué tipo de modelo se adopta en Chile.

### 5.1. Modelos de reconocimiento de defensas culturales

Guy Ben-David analiza cuatro modelos legales para el reconocimiento de la cultura de un acusado al interior de un procedimiento penal. Estos modelos son: a) *The Complete Cultural Defense Model*; b) *The Integrated Model*; c) *The Punishment Model*; y; d) *The Disregarding Model*<sup>60</sup>.

a) *The Complete Cultural Defense Model*. Este modelo se caracterizaría por considerar la tradición cultural del imputado como una nueva e independiente categoría de excusa o justificación criminal. La cultura del imputado constituye en sí misma una nueva defensa frente a la imputación penal.

De acuerdo con este modelo, el imputado se ve favorecido con una exención de responsabilidad penal si una acción criminal es el resultado de una práctica cultural del grupo al que pertenece aquel. En este modelo la excusa o justificación no se refiere a acusados, casos o circunstancias específicas. Por el contrario, es la cultura misma la que recibe la autorización legal para ser considerada una nueva forma de defensa penal. Ello conduce a decir a Guy Ben-David que este modelo reconocería la cultura del acusado como una defensa formal adicional a las ya existentes en la estructura de los sistemas penales.

Ben-David reconoce que este modelo, más bien hipotético, no tiene reconocimiento en ningún sistema legal, por su radicalidad, gran alcance y las desventajas que conlleva.

b) *The Integrated Model*. Otra forma de reconocer la tradición cultural del acusado es mediante la integración de argumentos culturales dentro de las eximentes penales existentes.

De acuerdo con este modelo, una persona que cometió un delito influido por sus creencias y valores culturales puede recurrir a las eximentes existentes, si se cumplen los requisitos legales para su configuración. En la configuración de las causales de

<sup>59</sup> CHIU, Elaine M., "Culture as Justification, Not Excuse", *Faculty Publications*, 2006, Paper 52, pp. 1317-1373.

<sup>60</sup> BEN-DAVID, *op. cit.*, pp. 17-35.

exención de la responsabilidad penal, obviamente, la cultura del imputado juega un rol importante.

Este modelo presenta, según el autor, varias ventajas. No requiere la creación de una nueva defensa independiente. Se trata de un modelo moderado o intermedio, pues reconoce valor a las tradiciones culturales siempre que el caso pueda ser subsumido en una excusa o justificación legal de general aplicación.

c) *The Punishment Model*. En este modelo las tradiciones y creencias culturales del imputado operan como un factor de atenuación de la responsabilidad al momento de la determinación de la pena.

El modelo del castigo no exime al imputado de la responsabilidad penal, pero reconoce importancia a los factores culturales que influyeron en su conducta para mitigar el tipo o intensidad de la pena, siempre que dichos factores sean genuinos y relevantes.

De acuerdo con este modelo, el debate que propicie la incorporación de los factores culturales se debe producir en sede de determinación de pena, esto es, una vez que haya sido establecida la culpabilidad del acusado, quien puede presentar pruebas para establecer la autenticidad del motivo cultural que ha invocado.

Se sostiene que la consideración de factores culturales en la etapa de sentencia tiene la ventaja que otorga flexibilidad a los operadores del sistema penal, especialmente a los jueces, para garantizar la consideración individual de la cultura del acusado.

d) *The Disregarding Model*. Este es un modelo negativo, a diferencia de los anteriores, pues postula la absoluta falta de consideración de las tradiciones culturales del imputado.

Quienes se oponen a las defensas culturales, independientemente de la forma que puedan asumir, suscribirían este modelo. Los argumentos para criticar a los restantes modelos son las bases sobre la que se sustenta este modelo. La consecuencia de adoptar el "*disregarding model*" es que no se admite ninguna prueba respecto a los antecedentes culturales del acusado durante el procedimiento penal, ya que estos se consideran irrelevantes para determinar la responsabilidad o la pena.

La propuesta de Ben-David es la creación de un modelo mixto, que denomina "*Relative Normative Model*". En su opinión, la solución no consiste en la aplicación estricta de un modelo en particular, sino más bien en la creación de un modelo mixto que constituya una síntesis de los tres últimos modelos. En realidad, la fórmula ideada implica la aplicación variable de cada uno de los tres modelos, fundada en determinadas suposiciones normativas.

Como se trata de un modelo normativo, cualquier sistema legal puede adoptarlo y adaptarlo, fijando sus propios límites normativos que permitan la aplicación del modelo.

El modelo normativo parte de la base que no existe, y no es apropiado que exista, un único modelo respecto del reconocimiento de los factores culturales del acusado. Este modelo exige que se distingan los hechos que puedan derivarse o estar motiva-

dos en prácticas culturales, según los bienes jurídicos que afectan y la gravedad de la misma afectación. El modelo no admite, por ejemplo, el reconocimiento de la cultura del acusado en casos de homicidio.

Esta distinción requiere la adopción de un modelo flexible por parte de los tribunales, que pondere adecuadamente los derechos, principios e intereses involucrados en las especiales circunstancias del caso<sup>61</sup>.

### 5.2. *El modelo de defensa cultural en Chile*

En nuestro ordenamiento jurídico existe un reconocimiento expreso de la costumbre indígena. Desde 1993, la Ley Indígena contiene una norma que considera que la costumbre puede ser usada como antecedente para la aplicación de una eximente o atenuante de responsabilidad<sup>62</sup>. El art. 54 de la Ley Indígena establece la noción de defensa cultural en Chile<sup>63</sup>.

Ahora bien, la consideración efectiva de la costumbre indígena para tal fin queda entregada a los tribunales. Si bien la ley establece en términos imperativos que la costumbre debe ser considerada, no se puede perder de vista que el precepto legal emplea las expresiones “cuando ello pudiere servir como antecedente”, lo que abre un gran campo a la discrecionalidad judicial.

Sin perjuicio que la norma sólo se refiere a la consideración de la costumbre para configurar una eximente o atenuante, siempre ha existido duda si la costumbre indígena también podría usarse para configurar una agravante de responsabilidad<sup>64</sup>.

Adicionalmente, con la aprobación y posterior ratificación del Convenio 169 de la OIT, se aumentaron las posibilidades de considerar que existe respaldo normativo para recurrir a la costumbre indígena en un proceso penal<sup>65</sup>.

La consagración normativa de la posibilidad de recurrir en el orden penal a la costumbre indígena, supuso un avance significativo en relación con la situación existente hasta el año 1993. La manera como está formulado ese reconocimiento permite descartar de plano que se haya optado por lo que se denomina una defensa cultural

<sup>61</sup> Para una explicación mayor de este modelo, ver: BEN-DAVID, *op. cit.*, pp. 32-38.

<sup>62</sup> Consultar el art. 54 de la Ley 19.253, Ley Indígena. Este reconocimiento formal de la influencia de los factores culturales en el sistema penal, a los miembros de pueblos indígenas, tiene algo de historia. Ver, por ejemplo, el artículo 13 de la Ley 16.441 (Ley Pascua).

<sup>63</sup> PAREDES PEÑA, Pedro, *La costumbre indígena y responsabilidad penal*, Universidad de Chile, Facultad de Derecho, Escuela de Postgrado, Tesis para obtener Magíster en Derecho, Santiago, 2015, pp. 1-88, p. 71. En <http://repositorio.uchile.cl/bitstream/handle/2250/134991/La-costumbre-indigena-y-responsabilidad-penal.pdf>. sequence1 [visitado 3.06.2018].

<sup>64</sup> A este punto se refiere, descartando tal posibilidad, MILLALEO, *op. cit.*, pp. 84-86. Para una revisión de esta posición en el medio académico anglosajón, ver: GREENAWALT, *op. cit.*, p. 303.

<sup>65</sup> Ver artículos 9 y 10 del Convenio 169 OIT.

substantiva. Por el contrario, el legislador optó por establecer que la costumbre indígena debía insertarse dentro de la estructura de eximentes o atenuantes.

A la luz de los modelos descritos más arriba, me parece que el modelo chileno sería una mixtura entre el modelo integrado y el modelo del castigo. No obstante, existen buenas razones para señalar que el modelo chileno podría ser el modelo normativo propuesto por Guy Ben-David, en la medida que el art. 54 requiere compatibilidad de la costumbre con la norma constitucional, lo que excluiría hechos que puedan ser considerados graves. Algunas sentencias permiten llegar a esta conclusión<sup>66</sup>.

## 6. USO Y APLICACIÓN DE LOS FACTORES CULTURALES EN LA DEFENSA PENAL

Antes de 1993 existían ya causas en que los tribunales consideraron la costumbre indígena en la decisión de un caso penal.

Por ello, esta sección estará dividida en dos subsecciones. En la primera trataré de abordar el uso histórico de esos factores antes de 1993. En la segunda daré cuenta de los casos ocurridos en la última década del siglo XX y en la primera de esta centuria.

### 6.1. *La defensa cultural en Chile antes del reconocimiento formal*

Previo a 1993 son tres los casos más conocidos que nos ocuparán. En los tres fallos es posible divisar el uso de lo que en otros países del continente se llamó “inimpugnabilidad sociocultural”, heredera de la visión colonial y posteriormente de la teoría evolucionista<sup>67</sup>.

El primer caso es el del Naufragio del Bergantín “Joven Daniel”, ocurrido en 1850. Este caso fue fallado el 13 de septiembre de 1850 por el Tribunal de Valdivia<sup>68</sup>, y versaba sobre delitos de homicidio y hurto, ejecutados con ocasión y en los restos del naufragio del bergantín mencionado. La sentencia señala:

“5º que aunque resulta probado que estos casiques i muchos de sus mosetones tomaron algunos efectos de los que estaban botados en la playa casi no se les puede formar cargo ninguno por no haberlos entregado inmediatamente o dado parte a las autoridades, porque ignoran nuestras leyes i no han tenido medios de saberlas; siendo por otra parte unos hombres idiotas, semi-salvajes que pudieron creer que esos efectos les pertenecían por haberlos arrojado el mar. En consecuencia i con arreglo a lo dispuesto en [...] absuelvo de la instancia a los apresados casiques [...]”.

<sup>66</sup> Ver sección 6.2.2. de este mismo trabajo.

<sup>67</sup> Para un resumen de las etapas de la relación pueblos indígenas y Corona/Estados latinoamericanos ver: AMRY, René Paul, “Defensa cultural y pueblos indígenas: Propuestas para la actualización del debate”. *Derecho Penal y Pluralidad Cultural. Anuario de Derecho Penal*, 2006, pp. 73-100.

<sup>68</sup> Esta sentencia fue aprobada por la CA de Concepción, 23.11.1850.

El segundo caso, es el de Juana Catrilef, ocurrido en Valdivia en 1953. Por sentencia de 7 de diciembre de 1953, del 2º Juzgado de Valdivia, se absolvió a la acusada por el homicidio de su abuela, a quien creía con poderes sobrenaturales capaces de causarle daño a ella y su entorno familiar inmediato. El fallo señaló que:

[...] la reo no actuó dolosamente porque, coaccionada por sus tradiciones, no estaba en condiciones de representarse la ilicitud de su acto.

[...] El poderoso arte mágico de la víctima, dirigido hacia su persona, fue una causal para impresionar su ánimo de un temor insuperable y para provocar una respuesta defensiva.

En el caso que nos preocupa la reo ha creído ver las circunstancias que justificaban su ataque, es decir, se creyó agredida (enfermedad causada por exorcismos), ilegítimamente (brujería es delictual y dañina), no provocó la agresión (no hay antecedentes que permitan suponerlo) y tuvo necesidad racional del medio empleado para repelerla no tenía ningún medio a su alcance para detener o contrarrestar la acción de su abuela, salvo la eliminación. La reo no tenía forma de conocer de modo cierto el error de sus creencias ni la injusticia de su acción”.

Se trata de uno de los casos más representativos de lo que se ha denominado socialización exótica, en que una joven madre de origen mapuche, producto de sus creencias ancestrales, comete un delito creyendo que actúa en defensa de su vida. En varios de sus considerandos el fallo revela una comprensión evolucionista de la realidad indígena de aquel entonces, manifestada en la recurrencia a nociones como pensamiento primitivo u otras expresiones similares en que subyace la idea de una inimputabilidad sociocultural. No obstante, se advierte en su parte decisoria un esfuerzo confuso por subsumir el hecho en alguna de las eximentes generales. Digo esfuerzo confuso, pues tras la lectura del fallo queda la duda acerca de la eximente aplicada, pues en varias partes la juzgadora se refiere a la fuerza irresistible de carácter psicológico, al miedo insuperable y a la legítima defensa putativa.

Por último, el tercer caso es el denominado Sacrificio del Maremoto en Puerto Saavedra. En mayo de 1960 el sur de Chile experimentó el terremoto de mayor intensidad registrado en la época Moderna. Por sentencia del Juzgado de Nueva Imperial (rol Nº 24228), del 2 de octubre de 1962, la jueza que conoció el caso absolvió a todos los imputados por el homicidio de un menor de edad, el que fue arrojado al mar con la finalidad de calmar su furia.

El fallo en uno de sus considerandos expresa:

”Que la defensa de los mencionados reos alegó en su contestación a la acusación la concurrencia de la eximente de responsabilidad criminal contemplada en el Nº 9 del artículo 10 del Código Penal, esto es, haber actuado los reos violentados por una fuerza irresistible o impulsados por un miedo insuperable, alegación que debe ser oída por cuanto aparece en las distintas piezas del proceso que el sacrificio del menor [...] fue consumado como medio de “calmar la furia del mar”, según términos textuales de los reos y testigos de la causa, mientras se sucedían los acontecimientos del día 22 de mayo y siguientes, que, naturalmente, produjeron en todos los habitantes de la zona afectada una alteración nerviosa

que, en el caso de autos, debió tener, necesariamente, mayor gravedad y proporciones, pues se trata de un sector de la población indígena que dio claras demostraciones de estar aún en una etapa de civilización que hace imposible responsabilizarlos por la acción cometida”.

## 6.2. *La defensa cultural tras el reconocimiento formal*

Para efectuar una sistematización de las sentencias de que dispongo, seguiré la distinción entre defensas culturales cognitivas y defensas culturales volitivas. Además de estas dos categorías, incluyo otras dos concernientes a fallos relativos a defensa cultural en sede de negociación penal y de determinación de pena y ejecución. Finalmente, haré el análisis de sentencias que, sin referirse en estricto rigor a defensas culturales, se pronuncian sobre situaciones especiales en relación a imputados indígenas o sobre algún aspecto de la costumbre indígena.

### 6.2.1. *Sentencias que se pronuncian respecto de defensas culturales cognitivas*

Teniendo en cuenta que la mayor parte de los fallos que se incluyen en esta sección se refieren al error de prohibición, conviene recordar lo dicho por Mañalich, en cuanto a que los casos en que sería plausible reconocer una falta de conocimiento, siquiera potencial, de la antijuridicidad serían fundamentalmente dos: i) situaciones en que cabe constatar “choques de culturas con percepciones valorativas muy contrastantes”, y; ii) situaciones de personas con escasa o ninguna formación jurídica, pertenecientes a comunidades más o menos apartadas y sencillas, y sin asistencia legal, frente a tipos [delictivos] sofisticados que describen comportamientos probablemente lesivos de la convivencia, pero que no repugnan *prima facie* los sentimientos de justicia de individuos con ciertas características<sup>69</sup>.

En junio de 2004, el Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Temuco<sup>70</sup> (en adelante usaré la sigla TOP) absolvió por el delito de desacato a un acusado mapuche fundado en la existencia de un error de prohibición, en un caso en, que de acuerdo a un informe antropológico, la importancia de la tierra en la cultura mapuche resultó determinante. El acusado creía ser dueño de derechos hereditarios en la hijuela de la que había sido desalojado como consecuencia de perder un interdicto posesorio respecto de la que incluso alcanzó a inscribir derechos en el Conservador de Bienes Raíces. El fallo asevera que el acusado incurrió en un error de prohibición, esto es actuó creyendo equivocadamente, por error inevitable, que se encontraba amparado en la causa de justificación del art. 10 N° 10 del Código Penal.

<sup>69</sup> MAÑALICH, Juan Pablo, *Informe en Derecho: Error de tipo y error de prohibición en los delitos contra la autodeterminación sexual*. R. N° 2/ 2011/ Julio, pp. 2-48, p. 12. En: <http://www.biblio.dpp.cl/biblio/DataBank/559:pdf> [visitado 25.04.2018].

<sup>70</sup> Sent. 11/06/2004, RIT 41-2004.

proporciones, pues  
nes de estar aún  
ción cometida”.

, seguiré la dis-  
ras. Además de  
defensa cultural  
n. Finalmente,  
asas culturales,  
lígenas o sobre

en esta sección  
lich, en cuanto  
fiento, siquiera  
aciones en que  
contrastantes”,  
a, pertenecien-  
legal, frente a  
emente lesivos  
s de justicia de

uco<sup>70</sup> (en ade-  
sado mapuche,  
te de acuerdo a  
apuche resultó  
n la hijuela de  
icto posesorio,  
ador de Bienes  
dición, esto es,  
raba amparado

Otro caso en que se acogió el error de prohibición, en conjunto con error de tipo, es de un acusado mapuche que en julio de 2005 fue absuelto por el TOP de Villarrica<sup>71</sup>. La acusación le atribuía el delito de violación impropia. Se trataba de un imputado miembro de una familia evangélica, que presentaba déficit intelectual, baja escolaridad y estaba en una situación de relativo aislamiento. La sentencia afirma que el acusado erró en los elementos de acceso carnal y edad de la víctima, incurriendo en un error de prohibición, por lo que existe a su respecto una causal de exculpación por falta de imputabilidad.

El mismo año 2005, esta vez en noviembre, el TOP de Temuco<sup>72</sup> rechazó las alegaciones de la defensa en orden a absolver al imputado de una acusación por violación impropia, por concurrir un error de prohibición. La sentencia cuestionó la tesis defensiva en cuanto a que, era propio de la “idiosincrasia pehuenche o mapuche en general” que, a la llegada de la menarquía o menstruación en la mujer, las niñas estuviesen “disponibles sexualmente para los varones adultos de la comunidad”. El TOP sostuvo que dicha práctica no había sido acreditada, sino que, por el contrario, había sido desvirtuada por el testimonio de la madre de la víctima.

Ambos fallos del 2005 son paradigmáticos en cuanto a las razones que tuvo el tribunal para decidir en uno u otro sentido. En el primero, se destacó la lejanía de la vivienda del acusado de un centro poblado, su déficit intelectual, su nivel educacional, la falta de conocimiento de sexualidad, el analfabetismo de su familia, la carencia de radio, televisión y la fuerte influencia de la religión en su grupo familiar. En el segundo, en cambio, se consignó que el imputado si bien vivía en una comunidad pehuenche, ésta no estaba a más de 2 o 3 kilómetros de una ciudad, contaba con televisión y radio, mantenía contacto con organismos municipales, se reconocía católico, etc.

En 2012 el TOP de Arica dictó sentencia absolutoria<sup>73</sup> en una causa por tráfico ilícito de drogas seguida contra un imputado boliviano, de origen aimara y con residencia en la comunidad de Charaña, que se dedicaba al pastoreo y a la carga de mercaderías. Su defensa presentó en el juicio la declaración de una perita antropóloga que informó al tribunal sobre la pertenencia del acusado a dicho pueblo, asegurando que 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 trasladaba. El tribunal absolvió al acusado valorando además su declaración, en la que señaló que desconocía el contenido del paquete que se le pidió cargar, todo ello en atención a su baja escolaridad, condición social y económica y su oficio de cargador, actividad que realizaba según los usos y costumbres del pueblo aimara.

Si bien no se trata de un caso en que la absolución se funde en error de prohibición, el contexto cultural debidamente acreditado jugó un papel central en la decisión del

<sup>71</sup> Sent. 30/07/2005, RIT 25-2005.

<sup>72</sup> Sent. 23/11/2005, RIT 101-2005, ver: Cons.11°.

<sup>73</sup> Sent. 5/11/2012, RIT 87-2012.

tribunal, el que terminó concluyendo que la prueba de cargo era insuficiente para acreditar el dolo de traficar.

En 2015, el mismo tribunal absolvió a otro imputado de origen aimara del delito de tráfico de drogas<sup>74</sup>, por considerar los hechos como parte de una práctica cultural. El acusado ingresó a Chile en junio de 2014 por el complejo fronterizo de Chungará. Se encontró en el camión que conducía 16 kilos de hojas de coca. La defensa sostuvo que las hojas de coca no correspondían a una droga y que su ingreso al país fue hecho como parte de una práctica cultural aimara. El tribunal hizo especial mención a las obligaciones que surgían de la vigencia del Convenio 169 y a la importancia del uso medicinal y ritual de la hoja de coca. En relación con el error de prohibición, expresa que el acusado no actuó con “dolo” de traficar, pues su conducta, no obstante que se subsume en el tipo penal, estaba gobernada por la ignorancia de la antijuridicidad de la norma.

El TOP de Punta Arenas en 2016<sup>75</sup> condenó a un imputado por trata impropia de personas, considerando concurrente la aminorante del artículo 11 N° 1 en relación al art. 10 N° 10 del CP. Los hechos se atribuyeron a un matrimonio de indígenas otavaleños (kichwa otavaleño), quienes trasladaron a menores de edad desde Ecuador hasta Punta Arenas, para que trabajaran bajo su dirección en distintas tareas domésticas y comerciales. La defensa, por su parte, solicitó se considerara la procedencia de la eximente del artículo 10 N° 10 del CP fundada en la condición de indígena del imputado y las prácticas comerciales de la cultura a la que pertenece. El tribunal rechazó la petición de la defensa, atendido el largo tiempo que el imputado vivía y operaba comercialmente en Chile, considerando que éste buscaba ampararse indebidamente en una costumbre de su etnia, siendo inadmisibles alegar desconocimiento de la normativa interna sobre protección de infancia o trabajo infantil. Sin embargo, estimó que concurría un error de prohibición vencible, lo que permitió la atenuación del castigo. Adicionalmente, para imponer la libertad vigilada se valió del art. 10.2 del Convenio.

En 2017 el TOP de Calama<sup>76</sup> absolvió a una imputada de origen quechua nacida en Bolivia de los cargos de porte de fulminantes o detonadores. La imputada vive durante largos períodos en la localidad de Coska, comuna de Ollagüe, en pleno altiplano de la Región de Antofagasta. La defensa demostró mediante una pericia antropológica que los fulminantes incautados en un registro fronterizo los había adquirido en Bolivia, donde es posible su compra en diversos establecimientos. Asimismo, se demostró con la misma pericia que el cónyuge de la acusada es el “cuidante” de Coska, dedicándose a la restauración de las casas del lugar, para lo que usa la piedra liparita que obtiene

<sup>74</sup> Sent. 2.03.2015, RIT 27-2015.

<sup>75</sup> Sent. 31.12.2016, RIT 113-2015. La cónyuge del imputado fue absuelta en el segundo juicio.

<sup>76</sup> Sent. 22.03.2017, RIT 213-2017.

de una cantera cercana al poblado. Para facilitar la extracción de esa piedra emplea los fulminantes. Si bien el tribunal rechaza la existencia de un delito culturalmente motivado, reconoce que la acusada actuó mediando un error de prohibición invencible. El error de prohibición se fundó en su nacionalidad, sus estudios y en su contexto cultural y familiar, que no permitieron que la acusada adquiriese el conocimiento de la ilicitud de su conducta. El tribunal expresamente valoró la conducta de la acusada desde que fue controlada informalmente por una patrulla militar en la frontera hasta que fue llevada al control aduanero y migratorio a Ollagüe, lapso en que siempre mantuvo en su poder dichos detonadores explosivos, incluso al interior del vehículo en que se trasladaba junto a su hijo recientemente nacido y a su cónyuge, habiendo tenido oportunidades para deshacerse de ellos, demostrando una conducta de ignorancia de la ley que estaba infringiendo.

En abril de 2018 el Tribunal de Garantía de La Unión<sup>77</sup> (en adelante me referiré a TG), absolvió a un anciano mapuche que ingresó, junto a terceras personas, a un predio a talar y a trozar con motosierras cinco árboles de eucaliptus. El Ministerio Público presentó requerimiento por el delito de hurto simple. La defensa, por su parte, alegó la existencia de error de tipo invencible sobre el elemento de ajenidad del bien. El imputado era una persona de 79 años de edad, analfabeto, con serias dificultades de audición, residente desde su infancia en el sector de Cosmuco. La defensa ofreció la declaración de un perito antropólogo, quien expuso que el requerido no tuvo conciencia de la antijuridicidad o ilicitud de su actuar, debido a que creía que el predio “El Oregón” y los árboles plantados en él, eran de su propiedad. Para establecer el error, el tribunal destaca la pertenencia del requerido al pueblo mapuche y su cosmovisión, que lo condujo a creer erróneamente que existía correspondencia entre el denominado territorio ancestral y el dominio actual del predio. En este caso el juez afirmó la existencia de una deprivación sociocultural, la que, unida a sus problemas de audición, le generaba dificultades para que se diese a entender y también para comprender a terceros. Lo anterior permitió concluir que el error no pudo ser evitado, ni aun empleando la mayor diligencia exigible en esas condiciones.

Adicionalmente, el juez de garantía, demostrando sensibilidad y conocimientos más allá de lo esperable, discurre sobre la imposición a los mapuches de códigos culturales, lengua e ideologías que nunca les pertenecieron. Ahonda a continuación en la noción de territorialidad, señalando que en la cultura mapuche no existe el concepto de propiedad, como la conoce el mundo occidental, y que cuando se hace referencia a la problemática actual no nos es posible abstraer tal expresión del concepto mismo de territorialidad, entendiendo al “territorio indígena” como el lugar físico único, específico y necesario para el desarrollo de la cultura de un pueblo.

<sup>77</sup> Sent. 27/04/ 2018, RIT 966-2016.

6.2.2. *Sentencias que se refieren a defensas culturales volitivas*

En 2001 la Corte de Apelaciones de Valdivia<sup>78</sup> (en estos casos usaré la sigla CA) acogió un recurso de apelación en una causa por usurpación, estimando que una ocupación pacífica, breve y sin causar perjuicio, motivada en la necesidad de hacer presión dentro de una realidad sociopolítica general y actual del pueblo mapuche, destinada a obtener alguna solución de la autoridades, y en la creencia que el predio al que ingresaron y en el que permanecieron era de sus antepasados, era demostrativa de la ausencia de dolo.

Este criterio que descarta el ánimo de usurpación, volvería a ser usado por la corte valdiviana en 2011<sup>79</sup> cuando para rechazar un recurso de nulidad en un caso de usurpación violenta, expresa que no está acreditado que la ocupación tuviese una finalidad distinta a la de que la Conadi iniciara o acelerara 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. La corte, en esta oportunidad, también descarta la intención de despojar de sus derechos a los dueños del predio y sitúa la acción en un contexto de progresión de un movimiento indígena, surgido después del retorno de la democracia, en pos de la recuperación de tierras que se reivindican como propias, obligando al Estado de Chile a intervenir en las ocupaciones de tierras, para finalmente adquirir estos u otros predios.

Existen otros fallos que excluyen la existencia de dolo de usurpación o dolo de apropiación en el contexto reivindicativo del mal llamado conflicto mapuche. En efecto, el año 2016 el TG de Mulchén<sup>80</sup>, en un caso de una ocupación temporal de un predio, por no más de 6 horas, por imputados pertenecientes al pueblo mapuche, para presionar por la llegada de representantes de una empresa forestal para conversar sobre compromisos pendientes o requerimientos afines al giro de la empresa, sostuvo que no se reunían los elementos del tipo penal de usurpación, ya que no existían antecedentes de hecho para acreditar que la presencia de los comuneros tenía por objeto apropiarse del inmueble, o de que hayan excluido al propietario del ejercicio de alguna de las facultades que le confiere el dominio.

También en 2016, el TG de Cañete<sup>81</sup> absolvió a los requeridos del delito de hurto frustrado de madera en el contexto de la reivindicación territorial mapuche, pues las actividades que el día de los hechos realizaban los imputados aprehendidos en el sitio del suceso, corresponden más bien a las propias de un proceso de recuperación

<sup>78</sup> Sent. 14.11.2001, rol N° 110-2001.

<sup>79</sup> Sent. 28.03.2011, rol N° 62-2011.

<sup>80</sup> Sent. 6.06.2016, RIT 312-2015.

<sup>81</sup> Sent. 11.04.2016, RIT 44-2015.

territorial y de costumbres ancestrales, lo que debe ser considerado a la hora de aplicar las normas penales, conforme el artículo 9.2 del Convenio 169.

En otro orden de cosas, el año 2002 el TOP de Temuco<sup>82</sup> acogió la atenuante de vindicación próxima respecto de un acusado mapuche que golpeó a quien su hija sindicaba como el autor de un delito de ofensa al pudor. En este caso el tribunal condenó al imputado a una pena de 61 días por el delito de lesiones graves, afirmando que para configurar la atenuante debía entenderse el hecho en el contexto de la costumbre indígena que produjo verdadera ofuscación en el acusado, progenitor de la víctima, quien en vindicación del agravio y ofensa inferidos a su hija, procedió a castigar al agresor.

En contraste al caso anterior, el 2006, en un juicio ante el TOP de Temuco por el delito de homicidio simple, la defensa invocó la eximente de fuerza psíquica irresistible, por estimar que la acción homicida desplegada por el agente estuvo determinada por costumbres ancestrales de la etnia mapuche, de acuerdo a las cuales debe eliminarse cualquier factor que atente contra la normalidad de la comunidad o de la familia. En esta causa se acreditó que la víctima había dado muerte, cuatro años antes, al padre del imputado. El tribunal sostuvo que la costumbre invocada por la defensa para configurar la eximente indicada era evidentemente incompatible con la Constitución Política. Asimismo, manifestó que el informe pericial era totalmente irrelevante para formar convicción que en el caso existió una presión sobre la voluntad del agente, de tal naturaleza, que se vio obligado a suprimir una vida humana. Además, descartó categóricamente, al no ser debidamente acreditada, la existencia en la comunidad mapuche de Rucatraro de una costumbre ancestral consistente en aplicar la pena de muerte a un homicida en el caso que la justicia chilena no lo hiciese<sup>83</sup>.

En julio de 2003 el Primer Juzgado del Crimen de Punta Arenas<sup>84</sup>, absolvió a un yatiri atacameño que publicitaba tratamientos médicos mediante el uso de hoja de coca, diciendo que aun cuando se le encontraron hojas de coca en su poder, estas estaban destinadas a fines rituales y medicinales, lo que se confirma con la propaganda que hizo en medios de publicidad locales.

Cuatro años después, esta vez en Antofagasta, la CA<sup>85</sup> rechazó un recurso de nulidad presentado por el Ministerio Público contra una sentencia del TOP de Calama<sup>86</sup>, que

<sup>82</sup> Sent. 25.10.2002, RIT 57-2002.

<sup>83</sup> Sent. 31.05.2006, RIT 49-2016. En este caso hay un cuestionamiento directo a la calidad de la pericia antropológica. Ver: Cons. 7º.

<sup>84</sup> Sent. 7.07.2003, rol N° 70361-201-C.

<sup>85</sup> Sent. 5.11.2007, rol N° 250-2007. La causa seguida ante TOP de Calama es la RIT 66-2007.

<sup>86</sup> La causa seguida ante TOP de Calama es la RIT 66-2007. El año 2001 el TG de Calama, en resolución de 29 de octubre, RIT 17-2001, rechazó imponer la prisión preventiva considerando, entre otras razones, que se trataba de hojas de coca y [que] los fines para que se utiliza particularmente en esta provincia y, además, que la cantidad de coca es mínima [70,20 kg] para un posible tratamiento de depuración, es altamente probable que el imputado se vea beneficiado por una rebaja de la pena hasta en dos grados.

absolvió del delito de tráfico de drogas a dos hermanas de nacionalidad boliviana, de origen quechua, que fueron sorprendidas portando 5 kg de hojas de coca, destinadas a una actividad ritual en el poblado de Coska. El tribunal calameño consideró que no concurría en ellas conciencia de la ilicitud, dando a entender que había una especie de error de prohibición. Hemos sostenido que la Corte, aunque con cierta confusión, rechazó el recurso por estimar que concurría la eximente del art. 10 N° 10 del CP, esto es, ejercicio legítimo de un derecho<sup>87</sup>. La Corte agregó que en la comuna de Calama y todo el entorno inmediato al altiplano chileno y boliviano, la realidad determina el respeto y cultivo de tradiciones culturales propias e intransferibles, siendo aplicable por ello el art. 27 del PIDCP que obliga a los estados a permitir a las personas pertenecientes a los pueblos originarios manifestar sus diferencias de cultura e idioma.

El año 2012, la Corte Suprema (en adelante, CS)<sup>88</sup> dictó un fallo que bien puede calificarse de sorprendente. En una causa por homicidio del antiguo sistema penal, conociendo de un recurso de casación, invalidó de oficio una sentencia aplicando penas muy por debajo de las aplicadas por el tribunal de la instancia. En la sentencia se recurre como fundamento normativo al art. 54 de la Ley Indígena y al Convenio 169. Los acusados acordaron expulsar de su predio a una familia debido a los reiterados hechos de violencia de que habían sido víctimas, en el contexto de una reivindicación territorial ancestral, ocasión en la que se produce la muerte de un miembro de esa familia. La CS considera especialmente el Az Mapu<sup>89</sup> como base normativa indígena relevante para decidir el acuerdo de desalojo convenido. Además, se considera que el ejercicio del derecho consuetudinario mapuche se explica debido a la situación de descontrol o violencia durante tres años, por lo que se le considera como una atenuante especial, a fin de imponer una pena acorde con el contexto.

Basándose en un peritaje elaborado por un antropólogo de la Conadi, da cuenta que los hechos sancionados constituyeron un conflicto provocado por disputas de carácter territorial, acentuado por la irrupción en el Alto Biobío del “Consejo de Todas las Tierras”, lo que generó una nueva situación de disputas por demandas de tierra, proceso que en pocos años significó un estado 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 su sentido de identidad cultural.

La sentencia de reemplazo extendió la eximente incompleta de miedo insuperable a todos los acusados, pues no existía motivación alguna para excluir a algunos, atendido el contexto social cultural en que se encontraban inmersos al momento de la

<sup>87</sup> BARRIENTOS PARDO, Ignacio, “Licitud del porte y uso de la hoja de coca”, *Política Criminal*, vol. 3, N° 5, 2008, pp. 1-30.

<sup>88</sup> Sent. 11.01.2012, rol N° 2683-2010.

<sup>89</sup> SÁNCHEZ CURIHUENTRO, Juan, “El Az Mapu o Sistema Jurídico Mapuche”, *Revista CREA*, Universidad Católica de Temuco, 2001, N° 2, 2001, pp. 28-39.

comisic  
legítim  
sí se est  
atenuar  
nario y  
compat  
económ

En 2  
delito d  
Carabin  
loto el i  
cuestior  
el conte  
pastor c  
y zorros  
era com  
resolvió  
de un d  
cumplía  
motivad  
turalme  
legalme  
y el artí  
justifica  
más que

El T  
abigeato  
munero  
argumer  
una prá  
culturale  
los 58 a  
propieda  
con ante  
El TC  
originad

<sup>90</sup> En este

<sup>91</sup> Sent. 12

<sup>92</sup> El prime  
grado medi

comisión del hecho ilícito sancionado. A su vez, si bien se desestimó la eximente de legítima defensa (10 N° 4) al no concurrir el requisito de agresión ilegítima actual, sí se estimó que existían antecedentes suficientes y coherentes para considerarla como atenuante de la conducta de los acusados, recepcionando así el derecho consuetudinario y hábitos del pueblo pehuenche como fuente de derecho, de modo de hacer compatible la sanción penal prevista en la legislación general con sus características económicas, sociales y culturales<sup>90</sup>.

En 2015 el TOP de Calama<sup>91</sup> absolvió a un acusado de origen likanantay del delito de porte ilegal de municiones y de un arma de fuego. En noviembre de 2014 Carabineros de San Pedro de Atacama fiscalizó un vehículo en el que iba de copiloto el imputado, percatándose que portaba sin autorización un rifle. La defensa no cuestionó los hechos, sino la existencia de antijuridicidad, la que debía analizarse en el contexto de la práctica vernácula de pastoreo. Se argumentó que el acusado era pastor de alta puna, que el arma la usaba para espantar a los depredadores (pumas y zorros) en los períodos de pariciones del ganado que cuidaba, y que esa práctica era compartida por el resto de la comunidad a la que pertenecía. El tribunal no sólo resolvió que la conducta del acusado encuadraba en la eximente de ejercicio legítimo de un derecho, sino que consideró, me parece que por primera vez en el país, que se cumplían todos los requisitos para reconocer la existencia de un delito culturalmente motivado. Expresamente el TOP encuadra la conducta del acusado en un acto culturalmente motivado, ejecutado por un sujeto perteneciente a una etnia reconocida legalmente, lo que encuentra sustento o justificación legal en el Convenio N° 169 y el artículo 27 del PIDCP, por lo que su conducta está amparada por la causal de justificación prevista en el art. 10 N° 10 del C. Penal, en tanto el acusado no hizo más que ejercer un derecho reconocido legalmente, al actuar conforme a su cultura.

El TOP de Angol dictó en 2016 sentencia absolutoria respecto de un delito de abigeato, por no acreditarse los elementos del delito. En el caso se imputó a un comunero mapuche la sustracción de animales, lo que fue controvertido por la defensa argumentando y acreditando que el pastoreo colectivo en predios comunitarios es una práctica cultural. Sin embargo el tribunal, no obstante considerar las prácticas culturales, más bien absuelve por falta de prueba, ya que no se pudo acreditar que los 58 animales encontrados en poder del acusado el día 9 de junio de 2014 eran de propiedad de la víctima, y que este ganado haya sido parte de aquel que fue sustraído con anterioridad.

El TOP de Arica conoció en 2010 una de las causas con imputado indígena que ha originado mayor polémica en los últimos años<sup>92</sup>. Se trata de la causa contra Gabriela

<sup>90</sup> En este caso se da aplicación a los arts. 9 del Convenio 169 y 27 del PIDCP.

<sup>91</sup> Sent. 12.08.2015, RIT 138-2015.

<sup>92</sup> El primer juicio terminó con sentencia de 15.04.2009, que impuso 10 años y un día de presidio mayor en su grado medio. La sentencia del segundo juicio es de 11.10.2009 y condenó a la acusada a una pena de 12 años.

Blas, pastora aimara acusada del abandono de su hijo con resultado de muerte. La defensa planteó que la acusada no había realizado ninguna acción típica y antijurídica, ya que la labor de pastoreo la ejecutaba, de acuerdo a formas milenarias, acompañada de su hijo. Se rindió prueba pericial para acreditar que el pastoreo y la inclusión de los niños en dicha actividad correspondía a una costumbre aimara. Concretamente, la defensa planteó como tesis principal la concurrencia de una causal de justificación de ejercicio legítimo de un derecho o cumplimiento de un deber. La discusión se centró en la conducta de la encausada de dejar a su hijo de tres años en un lugar cercano mientras iba a buscar los animales que pastoreaba, según patrones culturales aimaras.

El tribunal, para descartar la justificante, sostiene que si bien la acusada se encontraba en el sector de la estancia de Caicone, contratada para realizar labores de pastoreo (actos lícitos), no se acreditó que las estuviera efectuando al momento de la comisión del hecho, además, la conducta de abandono de su hijo (hecho acreditado) no es una acción lícita, incluso dentro de la misma comunidad aimara, por lo que no se da el presupuesto básico de la eximente: la existencia de actos lícitos.

Al rechazar la eximente invocada por la defensa, el tribunal descarta cualquier juicio de valor respecto de la cultura del pueblo aimara, reconociendo que si bien los peritos acreditaron que la costumbre de dicho pueblo incluía en el pastoreo a los niños, no puede decirse, según los testimonios de personas pertenecientes al mismo, que dejar a los niños en un lugar solitario sea una conducta inveterada, por lo que el juicio llevado a cabo en contra de la acusada, no compromete la costumbre aimara, en la medida que no es propia de ella dejar abandonados a menores.

Asimismo, la mayor o menor privación cultural de la acusada también ocupó al tribunal. Éste afirma que la defensa se esforzó en mostrar a la acusada como una mujer indígena totalmente fuera de la cultura "occidental", lo que no encuentra correlato en las restantes pruebas. En una parte de la sentencia expresa que, de acuerdo a los peritos que se entrevistaron con la acusada, esta era una mujer no sugestionable, opositora, poco permeable a la autoridad, con estudios hasta sexto año básico, con desempeño laboral previo en diversos lugares y trabajos, que formuló un reclamo por el no pago de cotizaciones, que usaba prendas femeninas (como toallas higiénicas) y que contaba con carné de Fonasa, todas especies y documentos no propios para quien se dice sufrir de privación cultural.

Sobre esas bases, perfectamente identificables con lo dicho en la sección 3.2, se construyó la condena de Gabriela Blas<sup>93</sup>.

Causa RIT 221-2009. Otro aspecto cuestionable fueron las numerosas declaraciones que prestó la acusada desde los primeros momentos en que tuvo contacto con funcionarios policiales. En consecuencia, urge establecer pautas claras de actuación policial y fiscal cuando la investigación se dirija contra un imputado que, por la lejanía, no puede ser asistido por un abogado, a fin de evitar que sea interrogado antes de ser asesorado y contar, en caso necesario, con la ayuda de un intérprete.

<sup>93</sup> Como es de público conocimiento, este caso fue llevado a la Comisión Interamericana, en la que el Estado chileno llegó a una solución amistosa con la víctima.

Nancy  
acusado e  
o exonerar  
cargos) o

Emplea  
nales han  
penal, me  
los sistema  
la reparaci

Un avai  
de la Arau  
de la proce  
violencia i  
La Corte t  
el art. 19 d  
los método  
notorio reg  
conflictos,  
aquellos es  
del Conver  
mediante u

Si bien e  
jurisdiccion  
han aproba  
resolución  
oportunida  
blo indígen  
solución de

El 25 de  
Arica<sup>96</sup> sesi  
del mar- pa

<sup>94</sup> LEE, *op. cit.*,

<sup>95</sup> Sent. 27.10.2  
rechazó un recu  
i) 4.06.2012, rol  
rol N° 1034-20  
2011; viii) 2.08

<sup>96</sup> Causa RIT 5

### 6.2.3. Sentencias que se pronuncian sobre defensas culturales en sede de negociación penal

Nancy Lee sostiene que el término defensa cultural, consiste en el uso por un acusado en un juicio penal de una prueba cultural para apoyar una causa limitativa o exonerativa de responsabilidad penal (defensa penal), para mitigar la acusación (los cargos) o la pena impuesta, o para apoyar la negociación (*plea bargaining*)<sup>94</sup>.

Empleando esta afirmación, podemos sostener que en nuestro país diversos tribunales han acogido argumentos culturales para dar cabida a negociación en el proceso penal, mediante acuerdos reparatorios. El argumento que más se ha empleado es que los sistemas jurídicos indígenas privilegian la composición de intereses, con miras a la reparación del orden comunitario.

Un avance significativo en materia de justicia restaurativa, se produjo en la Región de la Araucanía como consecuencia de la aceptación, por el TG y la CA respectiva, de la procedencia de los acuerdos reparatorios en casos de lesiones en el contexto de violencia intrafamiliar, a pesar de la existencia de una norma legal que los prohíbe. La Corte temuquense, en 2011<sup>95</sup>, optó por la primacía del Convenio 169 por sobre el art. 19 de la Ley N° 20.066, por ser aquella de rango superior y obligar a respetar los métodos de resolución de conflictos de los pueblos, fundado en el hecho público y notorio regional que las personas de la etnia mapuche, históricamente han resuelto sus conflictos, incluso algunos de mayor gravedad, mediante la negociación, por cuanto aquello es propio de su cultura. Adicionalmente, dijo la Corte que con la primacía del Convenio se evita la desintegración de una familia que ha podido recomponerse mediante una solución que les parece justa.

Si bien el Tribunal Constitucional cerró las puertas para el ejercicio de funciones jurisdiccionales de los pueblos indígenas, existen sentencias de varios tribunales que han aprobado acuerdos reparatorios, dando preferencia a métodos alternativos de resolución de conflictos de dichos pueblos. El TG de Arica, en 2012 aceptó en dos oportunidades que el conflicto penal concluyera con la declaración que sería el pueblo indígena el que a través de autoridades y/o instancias comunitarias arbitraría la solución de conformidad a las prácticas culturales vigentes.

El 25 de septiembre de 2012 se arribó en dos causas a esta solución. El TG de Arica<sup>96</sup> sesionó en el poblado de Saxamar –ubicado a 3 mil 400 metros sobre el nivel del mar– para solucionar un conflicto entre vecinos del lugar por el aprovechamiento

<sup>94</sup> LEE, *op. cit.*, p. 912. Me valgo de la traducción de MILLALEO, *op. cit.*, p. 44.

<sup>95</sup> Sent. 27.10.2011, rol N° 955-2011. Esta línea jurisprudencial fue ratificada por la CS por sent. de 4.01.2012, que rechazó un recurso de queja en causa rol N° 10635-2011. Otras sentencias de la CA de Temuco son las siguientes: i) 4.06.2012, rol N° 388-2012; ii) 17.07.2012, rol N° 499-2012; iii) 4.01.2012, rol N° 1192-2011; iv) 23.11.2011, rol N° 1034-2011; v) 19.01.2012, rol N° 18-2012; vi) 24.01.2012, rol N° 43-2012; vii) 27.10.2011, rol N° 955-2011; viii) 2.08.2012, rol N° 581-2012; ix) 21.08.2012, rol N° 635-2012; 16.11.2015, rol N° 934-2015.

<sup>96</sup> Causa RIT 9137-2011.

de las aguas de un canal. La resolución judicial dispuso que el conflicto debía ser zanjado acudiendo al trabajo comunitario. La resolución dejó constancia que las partes se comprometían de buena fe a permitir que la comunidad arreglase el canal completo desde la toma del agua y en todo el curso hasta llegar a los usuarios, facultando a personas que la comunidad debía seleccionar para realizar el trabajo en los días y horas que se acordaren. Asimismo, la comunidad se comprometió a que cualquier daño que se produjese en el futuro se repararía de la misma forma.

Lo mismo se logró en otra causa<sup>97</sup>, que involucraba a habitantes de la localidad de Caquena, debido a daños provocados por el paso de animales entre propiedades vecinas. En este caso los comuneros se comprometieron a restablecer el equilibrio que ha sido tradicional en su comunidad, entendiendo que los futuros conflictos que derivasen de daños causados por animales, serían solucionados en la propia comunidad o recurriendo a sus figuras significativas.

Conviene observar que en la línea jurisprudencial *supra*, el mismo TG de Arica en 2013<sup>98</sup> dictó sentencia absolutoria por insuficiencia probatoria en una causa por daños simples, instando a usar las formas alternativas de resolución de los conflictos internos y a ser respetuosos de las formas culturales. Una de las razones que movieron al tribunal a absolver, amén de la falta de prueba, tomó el carácter de una dura crítica al Ministerio Público, por no considerar los usos y costumbres propios de la comunidad indígena, haciendo prevalecer procedimientos propios del sistema penal chileno, ajenos a la comunidad, olvidando que sus habitantes lo son desde tiempos inmemoriales, que tienen prácticas y sistemas propios de resolución de conflictos, elaborados a partir de una cosmovisión y relación distinta entre el ser humano y lo que los rodea, y, evidentemente incompatibles con los del mundo moderno. Hace un directo llamado a que las autoridades extrañas a las comunidades, adecuen su acción a esa cosmovisión, promoviendo e incorporando esos elementos culturales al sistema penal, permitiendo siempre que dicho sistema originario opere en forma previa.

En 2013 el TG de Calama<sup>99</sup> aprobó un acuerdo reparatorio, en el poblado de Socaire, en una causa seguida por el delito de incendio, ocurrido el 23 de junio del mismo año, contra un imputado likanantay, en que resultaron quemados 30 fardos de pasto, los que ocasionaron daños en la propiedad de la afectada (de la misma etnia que el acusado). No obstante, mediante informe pericial antropológico se acreditó que los hechos correspondían a una costumbre ancestral de la cultura "likanantay", conforme a la cual en la noche de 23 de junio de cada año se realiza una quema de pastizales en la ribera del río, con el fin de purificar la tierra, espantar los malos espíritus y permitir un renacer de la "Pachamama", y que se advierte a todos los miembros de la comunidad sobre la realización de dicha práctica para que retiren cualquier

<sup>97</sup> Causa RIT 9252-2011.

<sup>98</sup> Sent. 4.12.2013, RIT 648-2013.

<sup>99</sup> Sent. 29.11.2013, RIT 4657-2012.

objeto q  
de Socai  
de comú  
se podfa  
una solu

En Te  
Nueva Ir  
el delito  
menor in  
acreditar  
che y que  
confirmó  
Penal resj  
sobre la r  
contradic  
de adoles

Un asp  
minación

La CA  
bía autori  
de arresto  
el conden  
persona d  
domicilio  
importa u

El TOI  
de su parej  
disponienc  
a favor de  
artículo 11

<sup>100</sup> Sent. 11.1

<sup>101</sup> Existen, p  
resolución es c  
San Miguel de  
refractaria del

<sup>102</sup> Sent. 17.0

<sup>103</sup> Sent. 31.0

objeto que pueda ser dañado. El peritaje antropológico concluyó que en la localidad de Socaire y en la comunidad likanantay, era una costumbre resolver sus conflictos de común acuerdo, esto es, por métodos autocompositivos. El tribunal entendió que se podía acceder a un acuerdo reparatorio fundado en el Convenio 169, prefiriendo una solución comunitaria conforme a la costumbre indígena.

En Temuco, la CA confirmó en diciembre de 2015<sup>100</sup> una resolución del TG de Nueva Imperial, en que la defensa instó por un acuerdo reparatorio en una causa por el delito de robo en lugar destinado a la habitación, en que tanto la víctima como el menor imputado eran mapuches. La defensa ofreció un peritaje antropológico para acreditar que la negociación es la forma de resolución de conflictos del pueblo mapuche y que, en ese contexto cultural, ambos ya habían resuelto el conflicto. La Corte confirmó, teniendo presente que no existe prohibición expresa en el Código Procesal Penal respecto del ilícito investigado, pese a la existencia de diversas interpretaciones sobre la materia. La CA estimó que de conformidad al Convenio 169, no existiendo contradicción con el derecho interno, considerando la etnia del imputado y su calidad de adolescente, correspondía aprobar el acuerdo reparatorio.

#### *6.2.4. Sentencias que se refieren a defensas culturales en sede de determinación de pena o de ejecución*

Un aspecto en que la defensa cultural ha sido relativamente exitosa, es en la determinación de la pena o de la modalidad de cumplimiento de ésta<sup>101</sup>.

La CA de Temuco<sup>102</sup>, incluso antes de la modificación de la Ley N° 18.216, había autorizado el cumplimiento de la pena de reclusión nocturna bajo la modalidad de arresto domiciliario nocturno, atendida la norma convencional ya citada y que el condenado, según informe socioeconómico acompañado por la defensa, “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, importa un monto de dinero muy gravoso a desembolsar, del cual además carece”.

El TOP de Valparaíso en 2013<sup>103</sup> condenó a una mujer rapa nui por el parricidio de su pareja, rebajando la pena a 3 años y doscientos sesenta y siete días de presidio, y disponiendo que dos tercios de ésta sean cumplidos en libertad. El Tribunal estableció a favor de la mujer una rebaja considerable de pena, admitiendo las atenuantes del artículo 11 N° 1 en relación con los artículos 10 N° 1 y 11 N° 9. Asimismo, hizo

<sup>100</sup> Sent. 11.12.2015, RIT 1051-2015.

<sup>101</sup> Existen, por cierto, casos en que por las características del condenado o porque cometió un nuevo delito, la resolución es contraria a los intereses de la defensa. Este último es el caso que originó la sentencia de la CA de San Miguel de 24.10.2011, rol N° 1312-2011, en que se revocó la remisión condicional, atendida la conducta refractaria del condenado, declarando que lo dispuesto en el Convenio 169 en nada alteraba la situación.

<sup>102</sup> Sent. 17.08.2011, rol N° 711-2011.

<sup>103</sup> Sent. 31.05.2013, RIT 136-2013.

aplicación del artículo 14 de la Ley N° 16.441<sup>104</sup> que establece que el tribunal puede disponer que hasta dos tercios de las condenas que impliquen reclusión puedan ser cumplidas en libertad.

El TOP de Angol, en 2016<sup>105</sup>, sustituyó, respecto de un condenado por el delito de incendio que tenía la calidad de *werkén* de su comunidad, la pena de reclusión parcial en recinto especial por la de reclusión nocturna domiciliaria. La sentencia afirma que corroborada la pertenencia a la etnia mapuche, la calidad de *werkén* de la comunidad *Wente Winkul Mapu*, la función de asesorar al Lonco y ser vocero de este, la calidad de Lonco transitorio y su participación activa en actividades culturales, hacen que su presencia en la comunidad sea relevante, siendo obligatorio considerar lo antes dicho para los efectos de determinación de su pena y concesión de sustitución de la misma, conforme el Convenio 169.

El año 2017, la CA de Temuco<sup>106</sup>, en causa por amenazas no condicionales y de desacato, sustituyó una pena privativa por una pena sustitutiva de libertad vigilada en vista de la calidad de indígena del acusado. La defensa había interpuesto un recurso de nulidad y, en subsidio, apelación. La nulidad fue rechazada. En cambio, la apelación fue acogida, siendo el principal argumento la calidad de indígena del condenado y el art. 10.2 del Convenio.

En esta materia existe un fallo de 2016<sup>107</sup> dictado por el TOP de Cañete, que limita la aplicación del Convenio 169 en relación con la calificación de la atenuante de irreprochable conducta. Los imputados fueron condenados por un robo con intimidación y tenencia ilegal de armas de fuego y municiones. En cuanto a la determinación de la pena, la defensa solicitó la calificación de la atenuante del artículo 11 N° 6 del Código Penal para tres condenados, incorporando informes sociales. El TOP, aludiendo a la necesidad de observar un trato igualitario para todo tipo de imputado, independiente de su origen, expresa que independiente del Convenio 169, las características económicas, sociales y culturales acreditadas no son suficientes para conceder la calificación solicitada, ya que todos tienen trabajo, educan a sus hijos y cuentan con apoyo familiar, por lo que no se encuentran en una hipótesis distinta al común de las personas.

La CA de Antofagasta ha dictado cuatro fallos en los que ha revocado sentencias que negaban la imposición de la pena sustitutiva de reclusión parcial domiciliaria por carecer el condenado de un informe de factibilidad técnica favorable. El primer fallo es de 2016 y en éste la Corte, respecto de un condenado perteneciente al pueblo lika-

<sup>104</sup> La Ley N° 16.441, llamada Ley Pascua, es la norma legal dictada en 1966, después de un levantamiento de los miembros de la comunidad *rapa nui*, en virtud de la cual se incorpora el territorio insular al régimen administrativo chileno. Esta ley incluye dos normas con incidencia en materia penal: el art. 13 y 14. Ver: en <https://www.leychile.cl>

<sup>105</sup> Sent. 6.10.2016, RIT 87-2016.

<sup>106</sup> Sent. 20.01.2017, rol N° 28-2017.

<sup>107</sup> Sent. 27.06.2016, RIT 63-2016, ver: Cons. 55°.

nantay, domiciliado en el poblado de Cupo, carente de energía eléctrica y alejado de la ciudad de Calama, señala que la inexistencia de factibilidad técnica afecta a todos los miembros de esa comunidad que potencialmente estuvieren llamados a cumplir una pena sustitutiva como la impuesta al sentenciado, generando inconvenientes personales derivados de la obligación de viajar cerca de 200 kilómetros diarios mientras dure la condena. Según la Corte, la ejecución de la pena en la forma dispuesta por el fallo apelado vulneraba el Convenio 169<sup>108</sup>.

Por último, en mayo de 2018<sup>109</sup>, la CA de Arica revocó una sentencia del TOP de dicha ciudad que denegó imponer la pena de reclusión parcial domiciliaria a un agricultor aimara, aduciendo la conducta anterior y posterior del condenado, y la alta gradación alcohólica que tenía al momento de ser detenido. El tribunal de alzada expresó que el contexto en que fue sorprendido el acusado —la celebración del Carnaval con la Fuerza del Sol, que venera las costumbres indígenas ancestrales— es una actividad propia de los pueblos originarios, por lo que surge la obligación estatal de aplicar las normas del Convenio 169, pues estaba acreditada su pertenencia a un pueblo indígena.

*6.2.5. Sentencias que se pronuncian sobre situaciones especiales en relación a imputados o condenados indígenas, o sobre algún aspecto de la costumbre indígena, sin acoger necesariamente una defensa cultural*

Hay varios fallos que no resultan encasillables en las categorías anteriores. En realidad, la mayoría de ellos no se pronuncian sobre una eximente o atenuante de responsabilidad relacionada con el conocimiento de una prohibición o con otra excusa o justificación. Mi intención es solo hacer un breve análisis, a fin de aprovechar en cada caso la información que nos puedan proporcionar acerca de la forma como los tribunales han decidido en ellos.

El primero data de 2003<sup>110</sup> y se refiere a la necesidad de contar con un defensor que no sólo tenga conocimiento de los antecedentes de la investigación, sino que cuente con la experticia suficiente para desempeñarse como defensor de indígenas. En el caso, la CA de Temuco anuló un juicio oral en virtud del motivo absoluto del art. 374.c del CPP, por la negativa del tribunal oral de reagendar la audiencia de juicio oral ante la imposibilidad física de que asistiese el defensor especializado, por encontrarse con licencia médica. La Corte discurrió sobre el derecho de defensa técnica especializada aun cuando en el caso no se trataba de una causa con componentes culturales, considerando que el conocimiento que tenía el abogado era importante para

<sup>108</sup> En el mismo sentido sentencias en rol N° 149-2017; rol N° 231-17; rol N° 344-17. Esta última se refiere a un miembro del pueblo gitano.

<sup>109</sup> Sent. 24.05.2018, rol N° 222-2018.

<sup>110</sup> Sent. 15.12.2003, rol N° 665-2003.

entender en su verdadero sentido lo que los imputados le expresasen, especialmente en relación con sus situaciones personales, lo que podía tener relevancia en el juicio de reproche formulado.

En sentencia de 2006 la CA de Antofagasta acogió un recurso de nulidad<sup>111</sup> por fundamentación insuficiente en relación con una causa por homicidio simple cometido en el poblado de Caspana. La sentencia dictada en el primer juicio condenó al único acusado<sup>112</sup>. En la sentencia de la Corte, más allá del buen resultado, se asevera que el acusado tenía un coeficiente intelectual subnormal leve, afirmación repetida luego en la sentencia absolutoria dictada en el segundo juicio<sup>113</sup>. En el considerando séptimo de la sentencia anulatoria la Corte, para cuestionar la declaración de los funcionarios, alude a la edad del imputado, a su coeficiente intelectual, y a su mayor "impresionabilidad", por ser un habitante de una pequeña localidad y dedicarse a labores simples y rudimentarias.

Esta afirmación derivada por la Corte y el tribunal de una pericia psicosocial rendida en el juicio revela los estereotipos vigentes aún. Además, pone en evidencia que una persona indígena es evaluada de acuerdo a un test que no supera la debida pertinencia cultural, arrojando deprivación intelectual donde solamente existe una comprensión distinta de la vida social. Asimismo, pese a que el acusado era un agricultor de avanzada edad, con arraigo familiar, residente en un poblado tradicional y nulo compromiso delictual, el Centro de Reinserción Social estimó que no era apto para acceder a una libertad vigilada, entre otras razones, porque bebía alcohol<sup>114</sup>.

El Cuarto TOP de Santiago, en 2006<sup>115</sup>, en la búsqueda de mecanismos sistémicos para morigerar la pena en una causa por tráfico de drogas, calificó la atenuante de irreprochable conducta anterior de dos muchachos bolivianos de origen aimara que habían ingresado a Chile con un cargamento de cocaína, desempeñando el papel conocido como "burrero". De esta forma se hizo cargo de una carencia de nuestro sistema penal, que responde punitivamente con la misma intensidad respecto de personas que por su vulnerabilidad socioeconómica se ven arrastradas por redes de narcotráfico. El tribunal, para la calificación de la atenuante tomó en cuenta el contexto cultural y social en que se desenvuelven los acusados, quienes, atendida la precariedad en la que viven por la lejanía con la metrópolis, el aislamiento en el que desarrollan su quehacer, se hacen sujetos más vulnerables para ser utilizados por las redes de narcotráfico. Lamentablemente, no hemos visto soluciones similares con posterioridad.

<sup>111</sup> Sent. 14.11.2006, rol N° 186-2006.

<sup>112</sup> Sent. 7.10.2006, RIT 70-2006, TOP Calama.

<sup>113</sup> En el segundo juicio el imputado fue absuelto. Sent. 30.01.2007, ver: Cons. 22°.

<sup>114</sup> Sent. 7.10.2006, RIT 70-2006, ver: Cons. 14°.

<sup>115</sup> Sent. 12.06.2006, RIT 24-2006.

Con una orientación similar, el Sexto TOP de Santiago<sup>116</sup> calificó también la atenuante de irreprochable conducta anterior respecto de un acusado de origen mapuche, a quien condenó por delito de robo con intimidación, fundando dicha calificación en su participación en una organización mapuche.

La CA de Antofagasta en 2006<sup>117</sup>, conociendo de un recurso de nulidad de la defensa contra una sentencia que condenaba a 15 años y un día de cárcel a una mujer boliviana por el delito de parricidio por omisión, dictó finalmente sentencia absolutoria por estimar que existía error en la aplicación del derecho. La Corte tuvo en cuenta para dictar esta sentencia las alegaciones de la defensa en relación al contexto familiar en que se encontraba situada la acusada. La cuestión que planteó la Corte es si la imputada estaba en la posibilidad real de cumplir su papel de garante y no omitirlo, considerando el carácter patriarcal de su familia y su posición dentro de ella. La Corte consideró que la mujer se encontraba en una relación de opresión-sumisión propia de una familia patriarcal aun subsistente en la zona altiplánica, en la que el hombre ejerce autoridad completa sobre los integrantes, existiendo un fuerte desequilibrio en la forma de relación de la pareja, situación que la mujer asume naturalmente aceptando que tal es el orden establecido, de acuerdo al acervo cultural, las costumbres y creencias del medio en el que se desenvuelve.

Adicionalmente, la Corte, si bien tuvo en cuenta el contexto cultural, estimó que la acusada no había tenido participación en el resultado lesivo, pues el dominio del hecho lo mantuvo siempre el padre del menor<sup>118</sup>.

Un interesante fallo, vinculado a la necesidad de acreditar la existencia de la costumbre indígena, nos lo entrega la CA de Temuco en 2009<sup>119</sup>. Los hechos que se ventilaron en esta causa se relacionan con una ceremonia de sanación denominada machitún, que se realizaba en las cercanías de Nueva Imperial y que resultó interrumpida por terceros, lo que fue repelido por 8 de los asistentes que cumplían labores de vigilancia. En esa reacción causaron lesiones y profirieron amenazas. Las defensas invocaron la eximente de ejercicio legítimo de un derecho, consistente en ejercer su propia cultura. Frente a esto la Corte dijo que no bastaba la mera invocación de la costumbre indígena, sino que era necesario acreditarla en el juicio, especialmente mediante peritajes antropológicos y culturales elaborados por expertos en el tema indígena, y que la carga procesal recaía en la defensa de los acusados.

En un fallo de 2015 la CS<sup>120</sup> se ocupa también de la necesidad de acreditar todos los extremos de la costumbre indígena invocada. Uno de los imputados, que detentaba

<sup>116</sup> Sent. 26/09/2008, RIT 440-2008.

<sup>117</sup> Sent. 9/11/2006, rol N° 168-2006.

<sup>118</sup> Sent. rol N° 168-2006, ver: Cons. 16°.

<sup>119</sup> Sent. 25/02/2009, rol N° 99-2009.

<sup>120</sup> Sent. 20/01/2016, rol N° 28.842-2015.

el cargo de *werkén* (mensajero), concurrió por encargo de su comunidad a un fundo que ésta estimaba que le pertenecía ancestralmente, a solicitar la entrega de la cosecha de trigo. La defensa frente a la imputación de amenazas condicionales, sostuvo que la acción del imputado fue motivada por factores culturales, internalizados en cuanto miembro de la comunidad mapuche, pues la solicitud de la cosecha de trigo hecha a la supuesta víctima se explica como consecuencia de una reivindicación territorial pacífica, en cuanto ese fruto de la tierra pertenece a la comunidad. El recurso de nulidad de la defensa invocaba la causal del art. 373. a) del CPP, indicando como vulnerados los artículos 8.1. del Convenio 169 y 19 N° 2 de la CPE. Las causales de justificación invocadas por la defensa fueron el cumplimiento de un deber, que deriva del rol de *werkén* del pueblo mapuche, y el legítimo ejercicio de un derecho, porque el territorio, y con ello el trigo, les pertenecía. La Corte desechó el recurso señalando que no se habían logrado acreditar los supuestos fácticos de una costumbre que permitiese configurar la causal de justificación alegada. Expresó la Corte, sin desconocer valor a la costumbre ancestral, que la defensa no había logrado demostrar que la reivindicación del fruto de la tierra pueda hacerse a través de cualquier mecanismo, incluso ilícito (en este caso bajo la amenaza de quemar siembras y maquinarias). Asimismo, afirmó que tampoco se habían asentado hechos respecto de la causal de justificación alegada.

Aunque la Corte no lo explicita, puede interpretarse que detrás de esta respuesta jurisdiccional se oculta la opinión que la alegación cultural le parece excesiva.

## 7. CONCLUSIONES

La defensa cultural no solo tiene un reconocimiento formal dentro de la estructura propia del Derecho Penal chileno, sino que ha sido empleada profusamente, aunque de manera no sistemática, en nuestro medio. Sin embargo, esta aplicación no ha ido acompañada de un estudio académico paralelo que permita una mejor comprensión de esta estrategia defensiva.

Por lo tanto, es necesaria la construcción de una doctrina nacional sobre defensas culturales que aproveche, por cierto, la abundante bibliografía existente. En esta tarea no puede conformarse con la repetición de la discusión estadounidense o británica, sino que debe ser capaz de producir su propio análisis. Para ello es necesario que los operadores del sistema penal, contribuyan a generar una base de datos jurisprudencial accesible y en permanente actualización, que permita efectuar estudios empíricos sobre la efectividad de las defensas culturales, la corrección de su uso, el estadio procesal en que se realiza, el objetivo que persigue, las herramientas complementarias que requiere o ha requerido, el tipo de grupos que las invoca, su aprovechabilidad respecto de otros grupos (por ejemplo, migrantes) con una distintividad cultural suficiente, etc.

El compromiso de los estudiosos del Derecho Penal para que hagan un esfuerzo serio y constante en la construcción de esta doctrina, es imprescindible. Sólo de esa forma se podrá generar un verdadero derecho intercultural que reconozca a la nor-

mativi  
e impe  
Asi  
cado d  
crimin  
abogad  
la comj  
correct  
compre  
vos, sob

La p  
de justic  
en la or  
como la  
sin ning

No se  
sociedad  
sociales y  
criterios  
demostr  
para com  
una pers

Comc  
tural. Pa  
reconoci  
Diversida  
establecir  
cientos a j  
sentido es  
Pública, a  
de Actua

Finalm  
de la defe  
cuidadoso  
argumenta  
en riesgo e

Una for  
revisar y cr  
de este art  
al empleo  
sentencias

matividad y práctica indígenas como jurídicamente válidas, dentro de los estándares e imperativos razonables y flexibles de respeto a la dignidad humana.

Asimismo, los operadores del sistema deben comprometerse a conocer el significado de las prácticas culturales, de manera que puedan evaluar correctamente el acto criminal atribuido a un miembro de una cultura minoritaria. Se requiere que los abogados y jueces entiendan el “lenguaje cultural” del acusado. Dicho de otro modo, la comprensión de las narrativas culturales es una condición previa necesaria para la correcta interpretación y evaluación del acto del imputado. Este ejercicio requiere el compromiso de las Facultades de Derecho para que incluyan cursos, al menos electivos, sobre Derecho de los Pueblos Indígenas, Antropología Social y Cultura Indígena.

La pervivencia actual de los pueblos indígenas y los desafíos que plantean al sistema de justicia penal, es la demostración más profunda del poder fundamental de la cultura en la orientación de la conducta humana. Esto nos obliga a estudiar fenómenos tales como la enculturación y la aculturación, para lo que necesitamos y debemos buscar, sin ninguna duda, la colaboración de otras disciplinas.

No se puede profetizar simplemente el fin de prácticas vernáculas, anunciando una sociedad homogénea, debido a la mayor interacción social acrecentada por las redes sociales y otros fenómenos propios de un mundo posmoderno. Por ello, la fijación de criterios o parámetros de aculturación, y su consideración en sentencias, como quedó demostrado, no es más que una muestra de la carencia de herramientas conceptuales para comprender adecuadamente la construcción de la etnicidad. Es urgente abandonar una perspectiva esencialista de la identidad étnica.

Como resulta evidente de los fallos analizados, aún hay espacio para la defensa cultural. Para ello, es imprescindible tomarse en serio el principio de diversidad cultural reconocido expresamente en la Convención sobre la Protección y Promoción de la Diversidad de las Expresiones Culturales, cuyo decreto promulgatorio es de 2007. El establecimiento de pautas claras de actuación procesal en casos de personas pertenecientes a pueblos indígenas, es una acción concreta de respeto a ese principio. En este sentido es plausible el trabajo desarrollado desde hace tiempo por la Defensoría Penal Pública, al construir un Modelo de Defensa para Imputados Indígenas y un Manual de Actuaciones Mínimas para la Defensa Penal de Personas Indígenas.

Finalmente, es preciso advertir que también hay que tomarse en serio los límites de la defensa cultural. Es urgente que los operadores del sistema sean especialmente cuidadosos en el uso correcto de esta estrategia. Se debe evitar el recurso fácil a una argumentación cultural, sin asidero fáctico ni antropológico, que termine poniendo en riesgo el prestigio y, con ello, la utilidad de las defensas culturales.

Una forma de garantizar el uso correcto de las defensas culturales consiste en ahondar, revisar y criticar lo publicado en nuestro país sobre la materia. No ha sido el propósito de este artículo y, probablemente, éste puede ser un nuevo desafío. Me he limitado al empleo de una distinción que me pareció adecuada para la sistematización de las sentencias recopiladas. Estoy seguro que la distinción de defensas culturales cognitivas

y volitivas merece un análisis crítico mayor. He propuesto una distinción entre defensa cultural en sentido fuerte y débil, a falta de una mejor denominación. Mi única intención ha sido contribuir, aunque sea modestamente, con algo de claridad acerca de lo que se intenta probar o refutar cuando estamos en presencia de un imputado indígena que requiere una defensa penal que considere su procedencia etnocultural.