

## Tradiciones indígenas en la aplicación de la ley penal (Juzgado de Garantía de Arica)

*Comentario de Álvaro Paúl Díaz\**

Arica, cuatro de diciembre de dos mil trece.

**Visto, oído y considerando:**

[...]

**Segundo:** Que los hechos materia del requerimiento son los siguientes:

“El día 02 de diciembre de 2012 a las 17:00 horas aproximadamente, en la Estancia de Japucucho Comuna de Putre, de propiedad de doña Virginia Mollo Morales [, ésta] observó cómo tres personas ya conocidas del sector Antonio Florencio Apaz Morales, Matilde Morales Huanca, Ceferino Morales Huanca se encontraban fuera de su propiedad con ánimo de causar daño en el cierre perimetral sacando las estacas de madera de eucaliptus y malla de alambre, causando la destrucción del cerco en una extensión de 500 metros aproximadamente.

Además se verificó por Carabineros que el día 25 de enero de 2012, concurren estas personas nuevamente derribando otros 104 metros de lo que quedaba del cerco”.

**Calificación jurídica:**

A juicio del Ministerio Público estos hechos son constitutivos del delito de Daños Simples previsto y sancionado en el artículo 487 del Código Penal.

[...]

**Décimo Sexto:** [...]

Que el mismo Ministerio Público en su alegato de clausura, señala que los antecedentes que existen no son suficientes para atribuir el ilícito en cuestión respecto a [Matilde y Ceferino Morales Huanca]. Que por lo demás, dada las edades de ambos imputados, su envergadura física, y despliegue físico incluso en las audiencias que debieron ser asistidos permanentemente por su defensor, dada además su disminución auditiva incluso, pues se trata de dos adultos mayores que superan los 84 años de edad, por lo que difícilmente podrían atribuírseles acciones que requieran fuerza para mover estacas, y así lo declara doña Matilde en Juicio.

---

\* Doctor en Derecho. Profesor de Derecho, Pontificia Universidad Católica de Chile.

En cuanto a Antonio Apaz Morales, él refiere en su declaración en juicio el hecho de haber movido tres palos, señala que los dejó colgando del alambre, y luego pegó dos cortes pero que siempre quedaron colgando, que no siguió porque no pudo más, y pensó que era mejor denunciar pero no lo hizo.

Que las fotos incorporadas, de acuerdo al relato del funcionario policial Castro Cuevas, refiere que eran cercos cortados y que no atravesaban el camino, lo cierto es que mirando con detención las fotografías, es posible observar claramente que según la disposición en la que están las estacas de madera, particularmente las fotos 1, 3 y 4, se puede apreciar que estas estacas atraviesan el camino, así pues el alambrado cruza el sendero, obstaculizando la circulación. [...]

Así las cosas, pues resulta de toda lógica que el Sr. Apaz Morales haya abierto la ruta dada la importancia que tiene la ruta para la libre circulación, lo que se contrapone a lo sostenido por doña Virginia Mollo en orden a causarle daño a su propiedad.

[...]

**Décimoseptimo:** Que en cuanto a la prueba de descargo rendida por la defensa, cabe señalar lo siguiente:

[...]

Conforme lo anterior, la Sra. Virginia Mollo no tiene ningún título que permita a esta jueza concluir que ésta es propietaria del terreno en el que reside, lo que la facultaría en ese caso, en ejercicio de su derecho de dominio a realizar demarcaciones en los términos que lo hizo. Lo cierto es que habita parte de un terreno por mera tolerancia de la sucesión, y así fue declarado tanto por los requeridos como por doña Marina Marca ante estrados.

En el mismo sentido declara doña Inés Flores, Facilitadora Intercultural, Profesora Intercultural Bilingüe Aymara, con Diplomado en Derecho Indígena, con amplio dominio de la lengua Aymara y 25 años de experiencia con organizaciones y comunidades indígenas, quien es contactada por la Defensoría, constituyéndose en dos oportunidades distintas en Chucuyo, recorriendo la Estancia de la Sucesión Morales Choquehuanca, "Viluyo", en las que logró identificar elementos propios de demarcación territorial indígena y establecer la forma de resolución de conflictos entre los indígenas, es así, que los hitos que encontró particularmente se encuentran a un costado de la casa de Virginia Mollo, y conforme la delimitación el cerco trazado por Virginia Mollo lo era dentro de la propiedad de Viluyo. Señala que los hitos no han sido movidos en más de cuatro generaciones y que no se pueden remover porque atenta contra la sana convivencia de la comunidad, lo que denota entonces que no existen problemas entre las familias por estas demarcaciones porque ellas están cla[ras]. Es un sistema validado entre las familias.

En cuanto a la acción de Antonio Apaz Morales, la misma testigo señala que solo se limitó a abrir el camino, haciendo referencia que éstos son importantes para la comunidad, por lo tanto el obstruir una vía comunitaria es un acto de provocación mayor.

Así las cosas, conforme lo dicho por la Facilitadora Intercultural, Sra. Flores, claramente el accionar de Apaz Morales, se encuentra amparado en la costumbre,

quien trata de restablecer el orden dentro de la propiedad donde es doña Virginia Mollo Morales quién ha efectuado actos reñidos con la sana y normal convivencia, incluso negándose a someterse a las reglas que la propia comunidad tiene, y así se desprende también de la declaración de Marina Marca quien refiere que siempre se trata de solucionar a la buena, y la Sra. Mollo no quiere; también, este actuar por la costumbre, se ven presentes los elementos de solución de conflictos en la declaración de Apaz Morales, pues [él] señala que frente a un problema anterior relacionado con el agua, conversó con la Sra. Mollo y luego de ello apareció todo cercado, de lo que se denota una patente negatividad a someterse a las reglas de la comunidad por parte de esta última.

Que frente a los hechos de la presente causa y los actores del mismo, tanto los requeridos como la Sra. Mollo como víctima, pertenecen todos a la etnia Aymara, y aun cuando la Sra. Virginia Mollo haya llegado a habitar las tierras de la sucesión, de manera muy posterior, a los originarios Matilde y Ceferino Morales Huanca, no puede desconocer la reglas que rigen en la comunidad que integra y que por costumbre se transmiten a las generaciones posteriores, como se ha hecho al Sr. Apaz Morales por su madre doña Matilde, por cuanto sabe lo que significa realizar acciones que provocan un quiebre en la comunidad, y es así que cerca un lugar, del que no tiene la propiedad, –por lo menos no hay ningún antecedente que lo acredite–, y además haciendo un cierre en terreno de los requeridos, y levantando materialmente instalaciones de estacas de madera y alambre, distintos a los que su costumbre ha permitido y se han validado por generaciones, como lo son los hitos, mojones o tupus, hechos mediante levantamientos de piedras o tierra, los que se han fijado por los propios antepasados que han sido vecinos.

Que de acuerdo a lo anterior entonces se puede concluir que Apaz Morales, aun cuando haya sido un cerco levantado por Mollo Morales, su intención primaria no es causarle un daño, sino más bien lo ve como ofensa directa por haber tapiado un camino, con las consecuencias por este señaladas, pues [impide] el paso no solo de él y su ganado, sino de la comunidad entera.

**Décimo Octavo:** Que el Convenio de la OIT en su artículo 9.1 señala que “En la medida en que ello sea compatible con el sistema jurídico [n]acional y con los derechos humanos internacionalmente reconocidos, deberán respetarse los métodos a los que los pueblos interesados recurren tradicionalmente para la represión de los delitos cometidos por sus miembros”.

Y en su punto 2. “Las autoridades y los tribunales llamados a pronunciarse sobre cuestiones penales deberán tener en cuenta las costumbres de dichos pueblos en la materia”.

Que lo anterior tiene plena vigencia conforme lo dispone el artículo 5º de la Constitución Política de la República.

Que es del caso que, y tal como llamó la Defensa, habiéndose enmarcado el conflicto penal de autos entre personas pertenecientes a la Comunidad Aymara de Chucuyo, este tribunal está obligado a considerar las costumbres de este pueblo originario en materia penal, como asimismo estamos llamadas las autoridades y tribunales a respetar los sistemas de resolución de conflictos asentados en esta comunidad originaria.

Lo cierto es que, y aquí discrepando de lo sostenido por el Señor Fiscal quien hace alusión a que, para su institución es de suma importancia y relevancia la Comunidad Aymara, razón por la cual existe una oficina del Ministerio Público en Putre, esta autoridad en contravención al mencionado Convenio, no insta por considerar los usos y costumbres propios de la comunidad en la que se asienta, pues pretende plantear la vigencia de procedimientos propios del sistema penal chileno e incorporarlos en la comunidad como la correcta forma de entender el derecho, y regular conflictos en materia penal, insertando elementos que son ajenos a la comunidad, de manera primaria, olvidando que sus habitantes los son desde tiempos inmemoriales, teniendo éstos 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, donde por un afán de preservación de los mismos, somos nosotros las autoridades extrañas a estas comunidades, las que tendríamos que adecuar nuestro actuar, promoviendo e incorporando sus elementos a nuestro sistema, y operar una vez que dicho sistema originario no funcione o no encuentre una solución sustentable. Pero siempre constatando, que el sistema de este pueblo originario no funcionó. Sobre todo en lo que dice relación a este tipo de ilícitos.

Lo que hubo es una denuncia hecha por una lugareña perteneciente a la comunidad Aymara, Doña Virginia Mollo Morales, que ingresa directamente al sistema penal chileno generando las cargas correspondientes que presenciamos en este juicio, con prescindencia absoluta de los usos o costumbres que en esta materia tiene la comunidad indígena a la que pertenecen los requeridos de autos y la supuesta víctima, impidiendo que operen sus propias instituciones.

**Décimonoveno:** Que con la prueba que se rindió no se acreditó algunos supuestos fácticos que formaban parte del requerimiento fiscal a saber:

Esto es que el día 2 de diciembre de 2012, doña Matilde y don Ceferino Morales Huanca, ha[yan] causado daño en los términos indicados en el requerimiento a un cerco perimetral sacando las estacas de madera y malla de alambre en una extensión de 500 metros; como asimismo, que don Antonio Apaz Morales, haya causado daño de la misma forma, en la propiedad de doña Virginia Mollo Morales, en los términos indicados en el libelo acusatorio.

{...}

**Vigésimo:** De manera que conforme a lo razonado precedente no puede establecerse la existencia del hecho punible, y por consiguiente la configuración del tipo penal de Daños Simples del artículo 487 del Código Penal invocado por la fiscalía.

{...}

RUC 1201207535-7

RIT Nº 648-2013

Dictada por Andrea A. Iligaray Llanos, Jueza Titular del Juzgado de Garantía de Arica.

## COMENTARIO

La ratificación del Convenio 169 de la OIT representó el cumplimiento de un anhelo de numerosas comunidades indígenas. Posiblemente sea este uno de los motivos por los que este tratado es uno de los instrumentos internacionales más mentados en la actualidad nacional. Sin embargo, no son pocas las ocasiones en que se interpreta el Convenio en forma errada, como sucede en la sentencia que se comenta. En este caso, la jueza reprochó a la denunciante y al fiscal que hubieran acudido directamente al sistema procesal penal chileno sin pasar previamente por los sistemas tradicionales aimaras de resolución de conflictos. Estas afirmaciones se basarían en el artículo del Convenio 169, que establece que “[e]n la medida en que ello sea compatible con el sistema jurídico nacional y con los derechos humanos internacionalmente reconocidos, deberán respetarse los métodos a los que los pueblos interesados recurren tradicionalmente para la represión de los delitos cometidos por sus miembros” (Art. 9.1).

El uso del Convenio 169 para realizar el referido reproche es errado. Ello, por cuanto el texto del artículo 9.1 establece como requisito para su aplicación el que la normativa interna permita el uso de procedimientos indígenas. Sin embargo, los procesos democráticos chilenos no han establecido que los procedimientos indígenas sean sistemas procesales penales válidos en forma general, como sí hacen otros sistemas jurídicos (como el ecuatoriano<sup>1</sup>). Nuestro ordenamiento solo reconoce algunas diferencias penales motivadas por la existencia de culturas indígenas<sup>2</sup>, pero estas normas no son procesales ni fueron aplicadas en el presente caso. Por ello, mal se puede exigir a la supuesta víctima y al fiscal que recurran a procedimientos penales indígenas.

Es pertinente notar que el Tribunal Constitucional, al declarar la constitucionalidad del Convenio 169, afirmó que la utilización de los métodos tradicionales indígenas para la represión de los delitos cometidos por sus miembros sería “incompatible con el sistema constitucional chileno de solución de conflictos penales”, pero que ello no permitía tachar de inconstitucional el Convenio, pues el mismo tratado dispone que esta norma sería aplicada “solo en cuanto sea compatible con el sistema jurídico propio de cada Estado”<sup>3</sup>.

Por otro lado, al reprochar a la denunciante el haber accedido directamente a nuestros tribunales nacionales, la jueza da a entender que las personas pertenecientes a una etnia indígena no podrían recurrir a la justicia nacional para sustraerse de ciertas normas comunitarias que consideren inapropiadas. Ello, a pesar de que el acceso a los tribunales nacionales es un derecho fundamental recogido por nuestra Constitución Política y otros tratados internacionales referente a derechos humanos. Por tanto, privar a una

<sup>1</sup> Ruiz-Chiriboga, Oswaldo R., “Indigenous Corporal Punishment in Ecuador and the Prohibition of Torture and Ill Treatment”, en *American University International Law Review*, vol. 28 N° 4, 2013, p. 981.

<sup>2</sup> Ver: Ley 19.253 (1993) Establece Normas sobre Protección, Fomento y Desarrollo de los Indígenas, y Crea la Corporación Nacional de Desarrollo Indígena (“Ley Indígena”), Art. 54; y Ley 16.441 (1966) Crea el Departamento de Isla de Pascua, Arts. 13-17.

<sup>3</sup> Tribunal Constitucional, Rol N° 309, 2000, considerando 53°.

mujer aimara del derecho a recurrir de modo directo a nuestros tribunales (sin mediar una ley que aborde de manera específica este tema), equivale a ponerla en una situación de discriminación respecto del resto de los nacionales. Ello entraría en conflicto con el artículo 3 del Convenio 169, que dispone que los pueblos indígenas deben gozar de los derechos humanos y libertades fundamentales sin obstáculos ni discriminación.

El fallo que se comenta da también gran importancia a la norma del Convenio que establece que las “autoridades y los tribunales llamados a pronunciarse sobre cuestiones penales deberán tener en cuenta las costumbres de dichos pueblos en la materia” (Art. 9.2). Ello es adecuado, pues el juez debe siempre tener en cuenta dicha costumbre, pues es un elemento de hecho del proceso. Más aún, la legislación general indígena establece, incluso, el modo cómo esta costumbre debe ser aplicada en procesos criminales<sup>4</sup>. Sin embargo, ello no permite que el juez legisle en la materia.

Por último, conviene que los magistrados recuerden que gran parte de las normas del Convenio 169 son solo programáticas, no autoejecutables. Esto fue expresamente reconocido por el Ejecutivo durante la tramitación de este tratado en el Congreso<sup>5</sup>, así como por el Tribunal Constitucional<sup>6</sup>. Por lo demás, el mismo Convenio establece que los Estados gozan de flexibilidad para determinar la naturaleza y alcance de las normas que se dicten para darle aplicación (Art. 34), por lo que los jueces no pueden pretender imponer su visión como si fuera la única compatible con el Convenio.

---

<sup>4</sup> Art. 54 de la Ley Indígena.

<sup>5</sup> ddV.gr., por el Subsecretario del Ministerio de Planificación, Gonzalo Arenas; así como por el Ministro SEGPRES, José A. Viera-Gallo, y por el Director Jurídico de la Cancillería. Voto concurrente del Ministro Enrique Navarro Beltrán, Tribunal Constitucional, Rol Nº 1050-08-CPR, 2008.

<sup>6</sup> Tribunal Constitucional, Rol Nº 309, 2000, considerando 48°.