



## **PROYECTO DE LEY QUE MODIFICA EL CODIGO PENAL Y PROCESAL PENAL EN MATERIA DE RECONOCIMIENTO DE DERECHOS DE LAS PERSONAS PERTENECIENTES A PUEBLOS INDIGENAS.**

### **i. Fundamentos.**

1. Múltiples autores han señalado que antes de la conformación de la República de Chile, la población Mapuche situada entre el río Itata y el río Cruces – Loncoche, se estima en medio millón de personas. Estableciendo un cálculo entre las dimensiones del terreno equivalentes a 5.4 millones de hectáreas y la cantidad de población que allí residía -500.000 personas aprox.- da cuenta de una densidad de un habitante por cada 10.8 hectáreas, lo que no constituiría una concentración exagerada, sino por el contrario, se trataría de una apropiación del territorio adecuada y complementaria al tipo de organización económica y política que poseían los mapuches en ese entonces”, para expresar su ancestral ocupación de lo que hoy es Chile. De la misma manera, los demás Pueblos Indígenas, algunos ya extintos, desarrollaban su vida y cultura a lo largo y ancho de lo que hoy llamamos Chile.

Es un hecho relevante el que luego de la recuperación de la democracia en 1990, uno de los temas de mayor relevancia, fue pedir la restitución de las tierras usurpadas por el Estado y particulares, desde mediados del 1800 en adelante, y buscar su protección, como un elemento esencial para el desarrollo de todos los Pueblos, como expresión clara de sus derechos políticos, económicos, sociales, y culturales.

Desde 1989, con el Acuerdo de Nueva Imperial, el Gobierno entrante asume, entre otros compromisos con los Pueblos Indígenas: El Reconocimiento Constitucional de los pueblos y sus derechos económicos, sociales y culturales, y la ratificación del Convenio 169 OIT.

En el período de 1990-1994, como parte de este avance se crea la Corporación Nacional de Desarrollo Indígena, CONADI. En este sentido, las medidas se orientan al reconocimiento del derecho a la tierra y aguas indígenas, a la diversidad cultural e identidad, a la participación, a la conservación y desarrollo de las lenguas ancestrales, a la salud y a la educación intercultural.

De esta manera, en los Principios Generales de la Ley Indígena 19.253 de 1993, se expresa que:

**“El Estado reconoce que los indígenas de Chile son los descendientes de las agrupaciones, humanas que existen en el territorio nacional desde tiempos precolombinos, que conservan manifestaciones étnicas y culturales propias siendo para ellos la tierra el fundamento principal de su existencia y cultura.**





**El Estado reconoce como principales Pueblos indígenas de Chile a los Pueblos: Mapuche, Aimará, Rapa Nui, Atacameñas, Diaguitas, Quechuas y Collas del norte del país y las comunidades Kaweshkar o Alacalufe y Yamana o Yagande los canales australes.**

**El Estado valora su existencia por ser parte esencial de las raíces de la Nación chilena, así como su integridad y desarrollo, de acuerdo a sus costumbres y valores.** Y por tanto, es deber de la sociedad en general y del Estado en particular, a través de sus instituciones respetar, proteger y promover el desarrollo de los indígenas, sus culturas, familias y comunidades, **adoptando las medidas adecuadas para tales fines** y proteger las tierras indígenas, velar por su adecuada explotación, por su equilibrio ecológico y propender a su ampliación”.

**2. Derechos de los Pueblos Indígenas:** Como hemos señalado la ley indígena 19.253, en su Artículo 1 establece los principios y deberes del Estado en relación a los derechos de los pueblos indígenas; asimismo en su Artículo 7 señala expresamente que **“El Estado reconoce el derecho de los indígenas a mantener y desarrollar sus propias manifestaciones culturales, en todo lo que no se oponga a la moral, a las buenas costumbres y al orden público.**

**El Estado tiene el deber de promover las culturas indígenas, las que forman parte del patrimonio de la Nación chilena.”.**

Por su parte la **Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas de 2007, aprobada por Chile**, contiene más de 20 artículos que *“reflejan el consenso internacional cada vez más extendido en torno al contenido de los derechos indígenas, tal como son reconocidos progresivamente en numerosos países así como en diversos instrumentos internacionales y en la práctica de los órganos internacionales de derechos humanos”*<sup>1</sup>. En su **Artículo 5** expresa que *“Los pueblos indígenas tienen derecho a conservar y reforzar sus propias instituciones políticas, jurídicas, económicas, sociales y culturales, manteniendo a la vez su derecho a participar plenamente, si lo desean, en la vida política, económica, social y cultural del Estado.”*. Asimismo, su **Artículo 8 Número 1** indica que *“Los pueblos y los individuos indígenas tienen derecho a no ser sometidos a una asimilación forzada ni a la destrucción de su cultura.”*; agrega su **Artículo 34** que *“Los pueblos indígenas tienen derecho a promover, desarrollar y mantener sus estructuras institucionales y sus propias costumbres, espiritualidad, tradiciones, procedimientos, prácticas y, cuando existan, costumbres o sistemas jurídicos, de conformidad con las normas internacionales de derechos humanos”*.

**El Convenio 169 de la OIT** vigente en Chile desde el 2009, establece que los gobiernos deberán asumir la responsabilidad de desarrollar una acción

---

<sup>1</sup> Rodolfo Stavenhagen, Mensaje del Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas, con motivo de la adopción de la Declaración sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas por la Asamblea General de Naciones Unidas, el 13 de septiembre de 2007.





coordinada y sistemática con miras a proteger los derechos de los pueblos indígenas y tribales (artículo 3) y asegurar que existan instituciones y mecanismos apropiados (artículo 33) en términos generales.

En lo específico referente al respecto y consideración de sus costumbres, debemos considerar el Artículo 8, que indica en su numeral 1 que **“Al aplicar la legislación nacional a los pueblos interesados deberán tomarse debidamente en consideración sus costumbres o su derecho consuetudinario.”**; y como continua la misma norma, el que **“Dichos pueblos deberán tener el derecho de conservar sus costumbres e instituciones propias, siempre que éstas no sean incompatibles con los derechos fundamentales definidos por el sistema jurídico nacional ni con los derechos humanos internacionalmente reconocidos.”**, siendo su única limitación los derechos humanos y fundamentales, establecidos en la Constitución Política del Estado.

En lo referente a la aplicación de penas o sanciones, existe al menos referencias claras en su Artículo 8, al decir en su número 1. ***Al aplicar la legislación nacional a los pueblos interesados deberán tomarse debidamente en consideración sus costumbres o su derecho consuetudinario;*** y continúa, en su número 2. ***Dichos pueblos deberán tener el derecho de conservar sus costumbres e instituciones propias, siempre que éstas no sean incompatibles con los derechos fundamentales definidos por el sistema jurídico nacional ni con los derechos humanos internacionalmente reconocidos. Siempre que sea necesario, deberán establecerse procedimientos para solucionar los conflictos que puedan surgir en la aplicación de este principio.***

Al mismo tiempo su Artículo 9 indica claramente que en la medida en que ello sea compatible con el sistema jurídico nacional y con los derechos humanos internacionalmente reconocidos, deberán respetarse los métodos a los que los pueblos interesados recurren tradicionalmente para la represión de los delitos cometidos por sus miembros; aceptando la existencia de derecho consuetudinario en la resolución de sus conflictos; estableciendo en su número 2, que las autoridades y los tribunales llamados a pronunciarse sobre cuestiones penales deberán tener en cuenta las costumbres de dichos pueblos en la materia.

3. No resulta extraño, en este contexto, la noción de la *diversidad cultural* en el sistema penal, especialmente reconocida en la teoría del error, donde existe una posición clara en cuanto a su efecto excusante, pues, con razón se ha señalado que “las culturas de raíz indígena no son el único caso de sectores poblacionales caracterizados por la sujeción a pautas culturales diferentes de las de la cultura





dominante”<sup>2</sup>. En una reflexión política crítica, podemos sostener que largas décadas de políticas estatales caudillistas, clientelistas, y deficientes, fundamentalmente en materia económica y educativa han sido determinantes en el nacimiento de las llamadas “subculturas” (en su mayoría de carácter urbano) que, además de caracterizarse por no reconocer como propios los “valores del sistema” de la cultura hegemónica, han desarrollado pautas de conductas que no son consideradas dignas de preservación por las leyes o por la generalidad de la sociedad (a diferencia del caso de las culturas indígenas, que por mandato legal se ha ordenado respetar por muchas legislaciones comparadas), lo que ha llevado a la revisión en la teoría tradicional con especial énfasis a los límites que deben adoptarse en relación a la concurrencia del conocimiento (virtual o potencial) de la antijuricidad.

Llama la atención, pese al reconocimiento explícito a las comunidades indígenas, no exista reglas que otorguen efecto a la diversidad cultural como forma de comprensión de situaciones de la vida social, como públicamente ha ocurrido por ejemplo en imputaciones a personas pertenecientes al pueblo Aymara, a propósito de actividades sancionadas por la normativa sobre tráfico ilícito de estupefacientes, pues es un hecho público diversos casos de reproche a conductas de miembros de estos grupos indígenas han sido señaladas por las agencias como constitutivas de delito, a pesar de la dificultad en la introyección (internalización) que representa en su ámbito cultural, de los contenidos normativos aplicados a la generalidad de las personas. En este sentido Zaffaroni sostiene que “este error de prohibición también abarca casos en que existiendo conocimiento sobre la ilicitud del hecho, la equivocación se determina únicamente por la falta de comprensión, casos en que el sujeto si bien conoce la norma prohibitiva, no puede exigírsele la comprensión de ella, como parte de su equipo valorativo. Este error de comprensión tiene lugar, especialmente, cuando el agente pertenece a una cultura diferenciada, donde ha internalizado valores diferentes e incompatibles (la denominada socialización exótica) a la de la cultura mayoritaria”<sup>3</sup>. Otro tanto ocurre, con los *delitos de daños*<sup>4</sup>, o en fase de ejecución con la rigidez en el cumplimiento de las penas privativas de libertad.

Como expresan, los especialistas, por ejemplo dentro del pueblo mapuche “antiguamente, y según dan cuenta algunos comuneros y autoridades entrevistadas, las transgresiones al Az Mapu podían ser “delitos individuales” y “delitos colectivos”. Los delitos individuales son los que comete un comunero en contra de otro comunero sea dentro de la misma comunidad o de distintas

---

<sup>2</sup> MIRANDA, María Gimena; NARVAJA, Sebastián, “Lineamientos para una discusión en materia de error de prohibición y culpabilidad”, en libro de ponencias del XV Congreso Iberoamericano de Derecho Penal y Criminología, Escuela de Derecho Universidad de Valparaíso, 2002

<sup>3</sup> Paredes, Pedro. La costumbre indígena y el Derecho Penal. Facultad de Derecho, Universidad de Chile, 2015.

<sup>4</sup> cf. críticamente Paul, Alvaro. *Tradiciones indígenas en la aplicación de la ley penal*. Rev. derecho (Valdivia) vol.27 no.2 Valdivia dic. 2014





comunidades pero que afectan intereses propios. Delitos colectivos son los que comete un comunero o comunidad en contra de otra comunidad o de un comunero de esta última”<sup>5</sup>.

**“El delito individual es que una persona tenga problema...por ejemplo una violación [...] los individuales tienen poco peso para el Mapuche, el que tiene peso es el delito colectivo. [...] Un delito colectivo sería para un Mapuche por ejemplo, hay personas que están vistos por el bien y el mal hay personas que son malos y van causando maldad a otro territorio imponiendo su maldad a otro territorio entonces eso es un delito colectivo” (dirigente Lof Yeupeco).**

Observamos entonces que en ellos, ya desde tiempos ancestrales, y mucho antes que nosotros, existía la noción entre *bienes jurídicos individuales* y *bienes jurídicos colectivos*. Los *delitos colectivos* serían por ejemplo envenenar el agua, estropear la cosecha comunitaria, en definitiva, que un extraneus lleve el mal a otra comunidad. Eso genera conflicto intercomunidades y puede interpretarse como un error de dirección por parte del lonko de la comunidad a la que pertenece el infractor:

**“los problemas individuales internos van a depender de la formación del lonko a su gente [...] el lonko para que sea distinguido por otra comunidad de otro territorio tiene que tener su gente alineado, no puede haber un desorden interno, al haber un desorden interno ese Lonko es mirado como que él comete el error, no su comunidad, él, que no es capaz de manejar su gente” (dirigente Lof Yeupeco)**<sup>6</sup>.

Todo lo anterior hace necesario una mirada congruente, con lo señalado por la citada ley 19.253 (ley indígena), en cuanto a que esta señala como un deber del Estado el respetar, proteger y promover la cultura indígena, entre otros fines; así como lo corrobora el art. 54 del referido cuerpo al considerar la costumbre indígena, como antecedente para eximir o atenuar la responsabilidad penal.

En lo que refiere específicamente a esta iniciativa legal, el Artículo 10 del Convenio 169 de OIT en numerando 1, obliga a 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, al momento de aplicar dichas penas o sanciones y agrega su numerando 2. Deberá darse la preferencia a tipos de sanción distintos del encarcelamiento.

Los principios contenidos en la Ley Indígena, el Convenio 169 de la OIT, y la Declaración de los Derechos de los Pueblos Indígenas de la ONU, promueven el derecho al reconocimiento en las normas internas sus costumbres y derechos consuetudinarios evitando sanciones y penas privativas de libertad.

<sup>5</sup> Villegas, Myrna. “Sistemas sancionatorios indígenas y Derecho penal. ¿Subsiste el Az Mapu?”. *En Política criminal*, Vol. 9, N° 17 (Julio 2014), Art. 7, pp. 213-247.

<sup>6</sup> Ídem.





4. Que, a partir de la pandemia COVID-19 que afecta a la población mundial se han observado dificultades para mantener el distanciamiento social en lugares de trabajo, transporte público, lugares de acceso a bienes y servicios, centros de salud y hospitalarios, como asimismo en los centros de encierro permanente como recintos penitenciarios lo que requiere de medidas diferentes y rápidas para evitar la propagación del contagio.

En distintos lugares del mundo se han desarrollado manifestaciones al interior de las prisiones por la lenta, e ineficiente, adopción de medidas sanitarias, tendientes a evitar el contagio, por transmisión directa o indirecta, en la población de internos/as, pero también respecto al personal de custodia y profesional que trabaja en los recintos penitenciarios. Destacan los casos en Europa de Italia y España en cuanto al grado de movilización, que no solo implica a las personas privadas de libertad, sino que también a organismos de derechos humanos, organizaciones de la sociedad civil y de familiares y el mundo académico.

En América Latina y el Caribe se han registrado situaciones similares, tanto en Brasil, Colombia, Venezuela y, Argentina, entre otros países, debido a que la sobrepoblación e insalubridad de las cárceles y centros de detención juvenil generan condiciones perfectas para que emerjan brotes de COVID-19, constituyendo un peligro para la salud de las personas privadas de libertad y la población en general. En dicho contexto, se han registrado muertes de reclusos y de funcionarios ajenas a la pandemia.

La literatura indica que las tasas de encarcelamiento de la población en América Latina y el Caribe se han ido incrementando en las últimas cuatro décadas con la entrada masiva de personas a los centros penitenciarios no necesariamente asociadas con un aumento de la criminalidad, sino a condenas de lata duración.

Consultado el portal web del centro de investigación “World Prison Brief”, en Chile habrían más de 40.000 personas privadas de libertad en los 113 centros penitenciarios, en calidad de condenados o con prisión preventiva hasta el año 2019. El Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Derechos Humanos, señalando que “Hay que tomar medidas urgentes para evitar que el COVID-19 ‘cause estragos en las prisiones””, otorgando una serie de recomendaciones para que sean adoptadas por los gobiernos, junto con indicar el estándar internacional que debe cumplir el Estado en el tratamiento de reclusos contenido en las Reglas Mandela.

5. Que, en el ámbito nacional la Defensoría Penal Pública y el Instituto Nacional de Derechos Humanos han sido enfáticos en que se tomen medidas efectivas para cuidar la salud y la vida de las personas privadas de libertad, valorando la iniciativa del proyecto de ley de indulto sustitutivo (conmutativo) pero





considerándolo como una acción que no agota la gama de medidas que se deben implementar para disminuir los niveles de sobrepoblación de los recintos penitenciarios y proteger a internos e internas que sean parte de los grupos de riesgo o de mayor vulnerabilidad.

En concordancia con lo anterior, respecto de las personas privadas de libertad de origen indígena rige el respeto y protección de sus derechos culturales, como el principio de integridad cultural y el de no discriminación. Por consiguiente, no se ha atendido esta dimensión proyectos como la ley de indulto sustitutivo o no considerar la incorporación de medidas alternativas al encarcelamiento para personas pertenecientes a pueblos indígenas.

En otros países de Latinoamérica, se han tomado medidas más pertinentes, como se señala en un reciente informe del ILANUD (Instituto Latinoamericano de las Naciones Unidas para la Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente), titulado “El Sistema Penitenciario Ante la Encrucijada producto de la crisis provocada por el COVID-19”, destaca el caso brasileño y la medida adoptada con personas pertenecientes a pueblos originarios:

***“Extremadamente importante es la mención en la Recomendación del Consejo Nacional de Justicia de Brasil, por innovadora, de la posibilidad para los jueces de ejecución de la pena, de conceder la salida anticipada de personas pertenecientes a pueblos originarios, lo mismo que la potestad de los jueces de la fase de conocimiento, de revisar las prisiones preventivas de las personas pertenecientes a pueblos originarios” (Página 23)***

6. Desde el 4 de mayo, personas privadas de libertad de origen indígena, condenadas y en prisión preventiva, en las cárceles de Angol y Temuco, han asumido la medida extrema de iniciar huelga de hambre, con el objeto de que se acceda a un pliego de peticiones fundamentadas en el derecho internacional de los derechos humanos; entre los más simbólicos el Machi Celestino Córdova Tránsito, cuyo estado de salud ya se encuentra muy deteriorado según informe del Colegio Médico.

En la cárcel de Angol están, Sergio Levinao Levinao, Anthu Llanca Quidel, Sinecio Huenchullán Quipul, Juan Queipul Millanao, Danielo Nahuelpi Millanao, Victor Llanquileo Pilquimán, Freddy Marileo Marileo, Juan Calbucoy Montanares y Reinaldo PENCHULEF Sepúlveda. En la cárcel de Temuco el Machi Celestino Córdova Tránsito.

Las peticiones son: a) Cambio de lugar de cumplimiento de condena, conforme a los artículos 7, 8, 9 y 10 del Convenio N° 169 de la O.I.T. b) Cambio de medidas cautelares de prisión preventiva para los presos políticos mapuche y para los detenidos con ocasión del estallido social. c) Para los privados de libertad de





origen indígena, que la ejecución de la condena se haga en las comunidades indígenas y/o domicilios.

Hasta el momento el gobierno no ha abierto la puerta al diálogo directo con los huelguistas, ni con sus comunidades, autoridades ancestrales y/o voceros/as del movimiento, agudizando la crisis actual.

El Estado de Chile, incumple nuevamente el Convenio N°169 de la O.I.T., al no dar cumplimiento a lo establecido en los artículos 8, 9 y 10 y omitiendo su deber de dar cabida a la protección de los derechos humanos de los privados de libertad de Pueblos Originarios. El gobierno es responsable de cualquier afectación al derecho a la vida, integridad física y síquica y la salud de los huelguistas, puesto que la administración tiene un control total sobre las personas bajo su custodia, de esta manera negarse al diálogo es igual que “dejar morir” a los huelguistas, es decir, ponerlos en una posición de condena a muerte.

La CIDH ha señalado que “La posición de garante significa que el Estado debe hacerse responsable de todo lo que ocurra con las personas que están bajo su custodia, en especial, de la observancia del derecho a la integridad personal” (Caso Baldeón García v/s Perú, 2006)

La resolución 1/2020 de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, señala que a los grupos en situación de vulnerabilidad, **“los Estados deben brindar y aplicar perspectivas interseccionales y prestar especial atención a las necesidades y al impacto diferenciado de dichas medidas en los derechos humanos de los grupos históricamente excluidos o en especial riesgo, tales como: personas mayores y personas de cualquier edad que tienen afecciones médicas preexistentes, personas privadas de libertad, mujeres, pueblos indígenas (...)”**

La reciente sentencia de la Corte de Apelaciones de Temuco que rechazó el Recurso de Amparo en favor del Machi Celestino Córdova, hace justamente alusión a la necesidad de los jueces de considerar los derechos de los Pueblos Indígenas, previamente a dictar sentencia condenatoria, y en sus considerandos expresa ese respecto: **CUARTO: Que, conforme al artículo 9 del Convenio 169 de la OIT que se encuentra vigente desde el 15 de septiembre de 2009 en materia penal y en la medida en que ello sea compatible con el sistema jurídico nacional y con los derechos humanos internacionalmente reconocidos, deberán respetarse los todos a los que los pueblos interesados recurren tradicionalmente para la represión de los delitos cometidos por sus miembros. La norma agrega que, las autoridades y los tribunales llamados a pronunciarse sobre cuestiones penales deberán tener en cuenta las costumbres de dichos pueblos en la materia. A su vez el artículo 10 de la misma normativa 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. Finalmente la norma agrega que, deber darse la**





**preferencia a tipos de sanción distintos del “encarcelamiento”. QUINTO: Que, si bien es cierto, gran parte de las normas del Convenio 169 son solo programáticas, y no autoejecutables, lo que fue expresamente reconocido por el Ejecutivo durante la tramitación de este tratado en el Congreso, así como por el Tribunal Constitucional, y no es menos cierto que de él emanan principios que permiten orientar la aplicación de medidas en el ámbito penal, reconocidas en el ordenamiento jurídico vigente, cuando este han de aplicarse a algún integrante de los pueblos originarios que existen en el país, pero que sí han de ser planteadas y discutidas en las instancias correspondientes, no siendo el recurso de amparo constitucional la vía idónea para debatir un cambio en la modalidad de cumplimiento de una condena, que es lo que ha sido solicitado en estos autos.”**

**“3.2 La resolución es contraria al Convenio 169 OIT. A nivel internacional existe distinta normativa sobre derechos humanos, aplicable a Chile por haber sido ratificada y estar vigente, que reconoce derechos de los pueblos indígenas y de sus integrantes, lo que impone el deber de considerar la diversidad cultural en la toma de decisiones emanadas de órganos públicos y a la vez, reconoce ciertos derechos humanos especiales, los refuerza y los justifica en base a la existencia de que dichos pueblos forman parte de grupos vulnerables. Así, tenemos el Convenio 169 de la OIT, entre otros. La Corte IDH ha sido enfática en instar a los Estados Partes a que tomen en cuenta, al proteger a los pueblos, “sus particularidades propias, sus características económicas y sociales, así como su situación de especial vulnerabilidad, su derecho consuetudinario, valores, usos y costumbres ” . En el mismo sentido el Artículo del Convenio 169 de la OIT, que se señala en su numeral 1 y 2 lo siguiente: Cuando se impongan sanciones penales previstas por la legislación general a miembros de dichos pueblos deben tenerse en cuenta sus características económicas, sociales y culturales. Debe darse la preferencia a tipos de sanción distintos del encarcelamiento. Es evidente que al momento de resolver la juez a quo, no se hace cargo en su fundamentación de la normativa internacional en comento, la cual permite junto a los dispuesto en el artículo 19 número 7 letra d) y al peritaje antropológico fundar la petición de suspensión de la pena privativa de libertad y que la misma sea cumplida en su rewe.”.**

## **ii. Ideas matrices.**

El presente proyecto, tiene como idea matriz el reconocimiento en la normativa penal y procesal penal los derechos establecidos en el Convenio 169 de la OIT y en la Declaración de Derechos de los Pueblos Indígenas de la ONU de 2007 en orden a disponer preferentemente de medidas alternativas a la privación de libertad al momento de establecer una pena con sanción a una





persona perteneciente a los pueblos indígenas tomando en consideración sus usos y costumbres, así como las características económicas, sociales y culturales diferenciadoras de las personas indígenas. Este Proyecto se funda pues, en los instrumentos internacionales sobre Derechos de los Pueblos Indígenas vigentes en Chile, en la propia la Ley Indígena 19.253 de 1993, y en los compromisos adquiridos por el Estado de Chile, sus instituciones y representantes desde 1989 a la fecha, que aún no son cumplidos.

En este sentido, si tomamos en cuenta la regla contenida en el artículo 14.3 del Convenio de la OIT señala que “Deberán instituirse procedimientos adecuados en el marco del sistema jurídico nacional para solucionar las reivindicaciones de tierras formuladas por los pueblos interesados”, en el entendido que la tierra es fundamento de existencia y de su cultura, del contexto del tratado se desprende en su artículo 7.1 “que los pueblos indígenas pueden conservar costumbres o instituciones siempre que éstas no sean incompatibles con los derechos fundamentales definidos por el sistema jurídico nacional ni con los derechos humanos internacionalmente reconocidos”, exigiendo una doble compatibilidad (de la costumbre o instituciones) frente al derecho interno e internacional de los derechos humanos. En este contexto, es necesario una regla explícita que asuma el riesgo que la criminalización de organizaciones de determinada índole representa para el desarrollo de actividades y la persecución de objetivos de naturaleza política en el contexto de un Estado democrático de derecho<sup>7</sup>. Así se busca, evitar de la aplicación de la ley 18.314 sobre conductas terroristas, es decir, que no puede ser subsumible en estos tipos calificados, no obstante otras figuras del ordenamiento. No se debe desatender que en salvaguarda de la legitimidad organizaciones indígenas, las normas especiales, como la interesante cláusula del artículo 54 de la ley 19.253 *sobre protección, fomento y desarrollo indígena* prescribe que: “La costumbre hecha valer en juicio entre indígenas pertenecientes a una misma etnia, constituirá derecho, siempre que no sea incompatible con la Constitución Política de la República. **En lo penal se la considerará cuando ello pudiere servir como antecedente para la aplicación de una eximente o atenuante de responsabilidad**”, la posibilidad que para cierto sector de la doctrina configura una causa de justificación.

En materia penal también se debe reconocer expresamente la necesidad de establecer una regla de exención con el objeto de dar una protección especial a los pueblos originarios y principalmente la protección de sus formas de vida, es que se puede concluir que en los casos de tenencia, transporte y consumo de ciertas sustancias cuyo fundamento es la ausencia del conocimiento de la ilicitud, en contextos de diversidad cultural, así como por la baja *lesividad*. Adicionalmente, en aplicación del art.54 se propone una regla similar a la contenida en la ley N°16.441 que dispone reglas especiales para el pueblo Rapa Nui, al disponer la posibilidad que e juez en la sentencia condenatoria autorice el

---

<sup>7</sup> cf. con detalle la propuesta de la cláusula sobre exclusión de organizaciones que reivindican territorios de conformidad con el Derecho Internacional, propuesto por el “Informe Comisión Expertos sobre regulación jurídica de las conductas terroristas” ( Octubre 2014) pág. 20.





cumplimiento de la mitad de la condena fuera del recinto carcelario, en caso de pena efectiva.

En materia procesal, se dispone la preeminencia de las otras medidas cautelares -que conceptualmente son la regla general frente a la prisión preventiva, erigida por una distorsión político criminal, en un rasgo de inversión del proceso penal transformado en un proceso de cautelares. Así, se propone que el imputado miembro de un pueblo indígena, pueda optar a estas medidas en atención al sentido de la regla del art. 54 de la ley indígena. La misma regla cobra relevancia, al momento de la decisión de condena conforme al art. 343 del Código del ramo.

De acuerdo a todo lo expresado, las Diputadas y los Diputados firmantes, presentamos el siguiente Proyecto de Ley:

## **CONTENIDO DEL PROYECTO DE LEY**

**Artículo Primero:** Para los efectos del numeral 5º del artículo 2º de la ley Nº18.314, en ningún caso será constitutiva de asociación ilícita terrorista una organización que persiguiera una reivindicación territorial cuya legitimidad fuere reconocida por el derecho internacional.

**Artículo Segundo: Modifíquese el Código Penal en el siguiente sentido:**

**1) Incorpórese el siguiente ordinal 14) en el artículo 10:**

“El indígena que tenga la referida calidad de conformidad con la ley Nº 19.253 o las autoridades ancestrales o espirituales de dichos pueblos que en el contexto de actividades culturales, ceremoniales, religiosas, festivas u otras similares, porte o consuma sustancias o drogas estupefacientes o psicotrópicas a las que se refiere el artículo 1º de la ley Nº20.000”.

**2) Para incorporar el siguiente Artículo 69 bis Nuevo:**

“En aquellos casos en que el Tribunal deba aplicar penas de cumplimiento efectivo, a una persona o miembro de comunidades, asociaciones y pueblos indígenas que tengan la referida calidad de conformidad con la ley Nº 19.253 o en los casos de autoridades ancestrales o espirituales de dichos pueblos indígenas podrá disponer, fundado en particularidades económicas, sociales y/o culturales del pueblo o comunidad a la que pertenece la persona condenada, que la mitad de ellas puedan cumplirse fuera del establecimiento carcelario, fijando en la sentencia las condiciones de trabajo y residencia que deba llevar el condenado y el tiempo por el cual se concede este beneficio, el que podrá suspenderse o





revocarse por el Tribunal, de oficio o a petición de parte, por medio de una resolución fundada, que se apoye en el incumplimiento de las condiciones impuestas.”.

**Artículo Tercero: Modifíquese el Código Procesal Penal en el siguiente sentido:**

**1) Agréguese al Artículo 139 del Código Procesal Penal, un inciso tercero y cuarto con el siguiente tenor.**

“El juez, tratándose de imputados que tengan la referida calidad de indígena de conformidad con la ley N° 19.253 o sean autoridades ancestrales o espirituales de los pueblos indígenas reconocidos en la ley, deberán considerar los usos, costumbres o el derecho consuetudinario; así como las características económicas, sociales y culturales del imputado, de su comunidad y/o las del pueblo indígena al que pertenece, prefiriendo las medidas cautelares del artículo 155 a la prisión preventiva.”.

“Asimismo, y no obstante lo señalado en el inciso anterior, si el juez opta por la prisión preventiva en un recinto carcelario u otra medida cautelar que limite el desplazamiento, deberá ordenar en su resolución que se resguarden los derechos del imputado en orden a desarrollar sus ceremonias religiosas al interior del recinto o en los espacios culturales propios de cada pueblo, según corresponda.”

**2) Agréguese un inciso final al artículo 343 del siguiente tenor:**

“El tribunal, en caso de que la condena recayera en una persona perteneciente a un pueblo indígena, de conformidad con la ley N° 19.253 o sean autoridades ancestrales o espirituales de dichos pueblos indígenas, deberá dar especial aplicación a lo dispuesto en el artículo 54 de la citada ley, al analizar las circunstancias modificatorias de la responsabilidad penal, así como las características económicas, sociales y culturales del condenado, prefiriendo la aplicación de penas sustitutivas a las penas privativas de libertad.”.

**3) Agréguese un nuevo inciso tercero al artículo 348 del Código Procesal Penal, con el siguiente tenor, pasando los incisos 3°,4°, y 5° actuales a ser incisos 4°,5° y 6° respectivamente:**

“La sentencia condenatoria en contra de una persona perteneciente a un pueblo indígena, de conformidad con la ley N° 19.253 o de una autoridad ancestral o espirituales de alguno de dichos pueblos indígenas, deberá expresar detalladamente los fundamentos del análisis de las circunstancias modificatorias





de la responsabilidad penal, así como las características económicas, sociales y culturales del condenado, que determinen la aplicación de penas sustitutivas a las penas privativas de libertad.”.

Firman los Diputados y Diputadas siguientes:

**Emilia Nuyado Ancapichún**  
Diputada Distrito 25  
Región de Los Lagos



Emilia Nuyado

FIRMANO DIGITALMENTE:  
H.D. EMILIA NUYADO A.

Manuel Monsalve

FIRMANO DIGITALMENTE:  
H.D. MANUEL MONSALVE B.

Alejandra Sepúlveda

FIRMANO DIGITALMENTE:  
H.D. ALEJANDRA SEPÚLVEDA O.

Marcos Ilabaca

FIRMANO DIGITALMENTE:  
H.D. MARCOS ILABACA C.

Leonardo Soto

FIRMANO DIGITALMENTE:  
H.D. LEONARDO SOTO F.

Ricardo Celis

FIRMANO DIGITALMENTE:  
H.D. RICARDO CELIS A.

Claudia Mix

FIRMANO DIGITALMENTE:  
H.D. CLAUDIA MIX J.

Carmen Hertz

FIRMANO DIGITALMENTE:  
H.D. CARMEN HERTZ C.

Luis Rocafull

FIRMANO DIGITALMENTE:  
H.D. LUIS ROCAFULL L.

