Mapuches y Derecho penal

Jaime Couso

Introducción

El artículo se propone analizar el déficit relativo de la dogmática y de la práctica penal chilena para tratar con justicia determinadas manifestaciones de conflicto y/o violencia protagonizadas por personas y grupos pertenecientes al pueblo mapuche.

Aquél déficit se aprecia especialmente en el marco del progresivo desarrollo de principios y normas del Derecho internacional de los Derechos Humanos aplicables a los pueblos indígenas y minorías étnicas. Esos principios y normas tienen especial fuerza vinculante desde que Chile ratificó el Convenio 169 de la OIT, que desafía a una revisión de las diversas ramas de nuestro ordenamiento jurídico, también el Derecho penal, para examinar su consistencia con ellos. De estos principios y normas se desprenden, no sólo el déficit de nuestras normas y prácticas penales, sino también perspectivas significativas para superarlo.

Esta versión forma parte de un trabajo mayor, que está en desarrollo. En este lugar se revisa (en forma más resumida que en el original[1]) la forma en que el Derecho penal chileno ha tratado dos formas de comportamiento delictivo protagonizados por personas y grupos pertenecientes al pueblo mapuche, y que pueden ser conflictivos desde el punto de vista interétnico (I); y se identifica ciertas definiciones básicas, que forman parte del sustrato ideológico de nuestras normas y prácticas penales, y que explican en buena medida los límites de nuestro Derecho penal para tratar con justicia aquellos conflictos (II). Una tercera parte, no incluida en esta versión, examinará las perspectivas superadoras de esos límites, ofrecidas por el multiculturalismo liberal.

[1] Y prescindiendo de la mayor parte de las notas, por razones de espacio, y para simplificar la traducción al inglés.

I. Dos tipos de casos tratados por los tribunales chilenos

Tratamiento penal de la violencia en la reivindicación/recuperación de tierras: contexto mapuche como agravante (terrorismo)

> "El 19 de Diciembre del año 2001, un grupo compuesto por aproximadamente 50 personas provenientes de las comunidades mapuche de Tricauco, San Ramón y Chequenco, ingresaron al predio denominado Poluco Pidenco, propiedad de la empresa Forestal Mininco S.A, ubicado en la comuna de Ercilla, procediendo a prender una cantidad superior a 80 focos de fuego en dos sectores del interior del fundo. Producto de esta acción se formaron dos grandes incendios dentro del predio señalado
> …
> Dentro de este contexto, personal de brigadistas forestales que combatían el incendio, fueron atacados durante la mañana del 19 de diciembre de 2001 por un número cercano a las 40 personas, los que les arrebataron 2 motosierras y 2 transistores portátiles. También Carabineros (Chilean police officers) que concurrieron al lugar, fueron agredidos en el interior del fundo, por medio de piedras lanzadas con boleadoras y elementos contundentes." [2]

En uno de los procesos penales que se siguieron en contra de los comuneros mapuches presuntamente protagonistas de estos hechos de violencia, en agosto de 2004, el Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Angol[3] condenó a JHM, PTR, JML, FMS y JMS a la pena de 10 años y un día de presidio mayor en su grado medio por el delito de incendio terrorista realizado en contra del fundo Polunco Pidenco, propiedad de la Forestal Mininco S.A.

Esta decisión supone identificar en los hechos, no sólo las características que hacen de cualquier incendio intencional un atentado relativamente grave en contra de la seguridad de las personas, o, si se quiere, en un delito de peligro concreto en contra de (la vida y la salud de) las personas, sino además, una especial gravedad, propia de un atentado terrorista, delito que, más allá de su peligrosidad para las personas cuya vida o salud corrió un peligro concreto, produciría o podría producir "un daño

[2] Síntesis de los hechos realizada por Soto, Nicolás, ...
[3] Sentencia del Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Angol …

indiscriminado"[4], afectando "la "tranquilidad pública" (finalidad de causar temor)" y "[…]"la seguridad interior del Estado" (arrancar decisiones o imponer exigencias)"[5].

En efecto, tal como argumenta el Tribunal en la sentencia:

> "[…] el incendio que afecto al fundo Poluco Pidenco el 19 de diciembre de 2001, es precisamente una conducta terrorista, toda vez que las acciones desplegadas en aquella ocasión evidencian que la forma, métodos y estrategias empleadas, tenían una finalidad dolosa de causar un estado de temor generalizado en la zona, situación que es pública y notoria y que estos jueces no pueden desatender; se trata de un grave conflicto entre parte de la etnia mapuche y el resto de la población, hecho que no fue discutido ni desconocido por los intervinientes.
>
> "En efecto, el ilícito […] está inserto en un proceso de recuperación de tierras del pueblo mapuche, el que se ha llevado a efecto por vías de hecho, sin respetar la institucionalidad y legalidad vigente, recurriendo a acciones de fuerza previamente planificadas, concertadas y preparadas por grupos radicalizados que buscan crear un clima de inseguridad, inestabilidad y temor […] Estas acciones se pueden sintetizar en la formulación de exigencias desmedidas, hechas bajo presión por grupos violentistas a los dueños y propietarios, a quienes se les amenaza y presiona para que accedan a los requerimientos que se les formulan …"

En esta decisión puede apreciarse que el contexto en que se produjeron las acciones de violencia, el "grave conflicto entre parte de la etnia mapuche y el resto de la población", originado a su vez a partir de la demanda histórica –y el objetivo actual- del pueblo mapuche por la recuperación de tierras ancestrales de las que se consideran injustamente despojados, jugó precisamente un papel determinante en la decisión de tratar tales hechos como conductas terroristas, pues son aquel contexto y este objetivo los que sirven de base para tener por configurada la exigencia legal (típica) de que el delito singular enjuiciado (el incendio puntual del predio Poluco Pidenco) aparezca como un simple medio para un propósito de mayor envergadura, el de crear temor (terror) en parte de la población, temor de ser víctima de nuevos delitos. El contexto histórico político del grave conflicto étnico en que se produce el delito, entonces, lejos de eximir o atenuar la responsabilidad penal (como se podría desprender de los principios y normas del Derecho internacional de los Derechos Humanos aplicable), la

---

[4] …

[5] Villegas, Myrna, "El Derecho penal del enemigo y la criminalización del pueblo mapuche", …

agrava. Así también lo sostuvo un pronunciamiento especial emitido por una comisión parlamentaria en la época de los hechos[6]. Y así lo entendieron incluso los gobiernos de la Concertación de Partidos por la Democracia, que habían interpuesto decenas de denuncias y querellas por infracciones a la Ley de Seguridad del Estado, así como algunas imputaciones por la Ley Antiterrorista.[7]

Las implicancias de la valoración y tratamiento penal de estas acciones como "terroristas", van más allá del endurecimiento de las penas aplicables, alcanzando también una importante reducción de las garantías procesales, como ocurre en la generalidad de los regímenes jurídico-penales de excepción que se ha dado en llamar el "derecho penal del enemigo".[8]

La perspectiva mapuche sobre el contexto histórico. Primera aproximación

Esa manera de valorar el contexto, que consiste en teñir de "terrorismo" a las acciones violentas emprendidas para la ocupación de predios singulares, contrasta ciertamente con la visión que los líderes y comuneros mapuche tienen sobre la significación aportada por el contexto a esos hechos. Aunque, desde luego, ello no se suele reflejar en las alegaciones formuladas en los procesos penales –donde la defensa suele consistir en que no hay pruebas de la participación de los imputados en los hechos[9]- para los líderes y comuneros involucrados en los ellas, el contexto histórico-político justifica las acciones, a lo menos por las siguientes razones[10]:

i) El Estado chileno despojó violenta e injustificadamente al pueblo mapuche de las tierras ancestrales, por medio de acciones militares que lindaron en el genocidio, para luego radicar a las antiguas comunidades en una fracción de tierra muy reducida:

---

[6] "Informe de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento…"
[7] "Informe de la Comisión…", cit. nota n. *, p. 154.
[8] …
[9] Así, por ejemplo, en la causa …*
[10] * referencias

> "…la llamada "Pacificación de la Araucanía" […] [p]ara los mapuche fue una verdadera guerra de exterminio que culmina con la ocupación total de sus territorios, cuando pierde la guerra por la independencia en el año 1881. A este período de guerra y violencia sucede el período de arreduccionamiento"[11]
> "Las raíces históricas del conflicto tienen como base principal "la disputa en torno a la propiedad de la tierra", originada desde el primer contacto interétnico entre la Nación Mapuche y sus conquistadores […]. Es mediante la entrega a fines del siglo pasado de los llamados títulos de Merced y el traspaso a propietarios privados de la casi totalidad del antiguo territorio mapuche en la Araucanía, que las antiguas comunidades son arrinconadas en una ínfima parte de sus terrenos" [12]

ii) La política de restitución iniciada en décadas recientes es claramente insuficiente, y no ha logrado revertir la grave situación de pobreza y marginalidad en que se encuentra el pueblo mapuche, ni impedir el rápido proceso de desintegración cultural y de deterioro de la tierra

> "Históricamente las comunidades han reclamado por la pérdida de su territorio, sin embargo los intentos de obtener una respuesta satisfactoria a sus demandas territoriales han sido infructuosos, generándose además de la pérdida del territorio el empobrecimiento económico y la degradación de los recursos naturales dentro del territorio que aún permanece en sus manos. […] bajo la dictadura de Pinochet, la instauración en Chile de una política estatal de fomento forestal, que ha permitido la instalación y crecimiento de este tipo de empresas en el territorio mapuche, en desmedro de los habitantes originarios allí asentados, ha venido a agudizar el conflicto. Las comunidades acuden tanto a la justicia chilena (Tribunales), como a otras instancias administrativas entre ellas la CONADI a fin de encontrar un respuesta sus demandas por las tierras usurpadas, intentan por otra parte negociar con las empresas Forestales y con los empresarios que colindan con sus terrenos, sin embargo habitualmente los Tribunales fallan en su contra, las negociaciones con la CONADI[13] se entrampan en largos trámites administrativos, no dan respuesta a sus requerimientos y, las empresas se niegan a dialogar con ellos." [14]

iii) Para revertir esa situación de pobreza y de desintegración cultural es urgente e indispensable reconstituir los territorios ancestrales en una extensión y a una velocidad que el Estado chileno no se muestra dispuesto a asumir. La ocupación y el ejercicio de actos posesorios efectivos, incluso si formalmente violan la legalidad chilena, son medidas idóneas y necesarias para la recuperación territorial, que posiblemente servirán

---

[11] Informe Final de la Comisión de Trabajo Autónomo Mapuche…
[12] Estudio de caso "Caso Logko Pichun y Norin preparado por María del Rosario Salamanca
[13] La Corporación Nacional de Desarrollo Indígena, organismo público encargado de coordinar las políticas en la materia.
[14] Estudio de caso "Caso Logko Pichun y Norin …

de base, posteriormente, por una política de "hechos consumados", para que la institucionalidad chilena se vea forzada a reconocer esa posesión y regularizarla. Estas medidas no constituyen una coacción injusta, porque sólo se realizan sobre tierras que históricamente son mapuche, y cuya ocupación por el Estado chileno o por propietarios particulares "huinca"[15] sólo fue posible por un despojo injusto y violento.

> "Después intentar diversos medios para obtener respuesta y luego de décadas de intentos fallidos, las comunidades que consideran tierras ocupadas por las forestales como sus tierras ancestrales han decidido ocuparlas físicamente. Aunque estas ocupaciones podrían ser consideradas por ciertos Tribunales como ilegales, la FIDH considera que en muchos casos corresponden a ocupaciones legítimas. El gobierno debe asumir su responsabilidad respecto de este problema y buscar una solución justa y viable a la cuestión fundamental de los Títulos de las tierras en disputa". [16]

Esta visión mapuche sobre los términos de justicia que el contexto aporta, está directamente vinculada con un par de aspectos centrales de su identidad histórica y cultural.

En primer lugar, el pueblo mapuche nace de, y la posibilidad de su subsistencia como tal depende de, su relación permanente con los territorios en que se constituyó originariamente. En efecto, para los mapuche:

> "el hombre *che* es un habitante más del *wajontu mapu*, es una parte integrante de la naturaleza y de las fuerzas espirituales *newen* que existen en el territorio, entendido éste en sus múltiples dimensiones"[17]

En segundo lugar, esa relación con la tierra no es reducible al concepto de propiedad empleado por el derecho occidental, y no puede legítimamente ser afectada o interferida por actos de particulares, pues es una relación del pueblo mismo con el territorio, que admite diversas formas de uso y aprovechamiento, con titulares

---

[15] Denominación usada por los mapuche para referirse actualmente a los chilenos, y que históricamente (desde que se usó con los españoles conquistadores) enfatiza su carácter invasores y usurpadores.
[16] Estudio de caso "Caso Logko Pichun y Norin … pp.12.
[17] Estudio de caso "Caso Logko Pichun y Norin en el contexto de aplicación de la Reforma Procesal Penal en el territorio mapuche", preparado por María del Rosario Salamanca, e incluido en el Informe Final de la Comisión de Trabajo Autónomo Mapuche, en Informe de la Comisión de Verdad Histórica y Nuevo Trato, vol III, tomo III, capt. III, en: http://biblioteca.serindigena.org/libros_digitales/cvhynt/v_iii/t_ii/capitulo_III.pdf, visitada el 30 de noviembre de 2011, p. 1217.

colectivos e individuales, según el tipo de uso y aprovechamiento de que se trate. De ello se desprende que, no sólo la ocupación violenta por el Estado chileno, realizada a fines del siglo XIX, es injusta, sino que las operaciones, más o menos oportunistas, que los particulares "huincas" han realizado desde entonces –un período relativamente reciente en la historia del pueblo mapuche- no son idóneas, desde la visión de la normatividad mapuche, para afectar esa relación permanente e inalienable del pueblo mapuche con sus tierras y territorio. En efecto, para los mapuche:

> "[L]a visión wigka o en este caso la no mapuche que comparten tanto el Estado como las Forestales y que visualiza al hombre como el dominador de la naturaleza, considera la tierra propiedad privada, no contiene un concepto de territorio y le otorga al titular del dominio la posibilidad de disponer arbitrariamente del mismo.
> Desde el punto de vista histórico los mapuche habitantes del territorio en conflicto se sienten los habitantes originarios y por tanto con derechos ancestrales sobre el mismo. Por su parte las Forestales se sienten los legitimas dueños en tanto ostentan los títulos otorgados por el Estado de Chile sobre la tierra que ocupan"[18]

La visión mapuche, por lo demás, en buena medida comienza a verse confirmada y legitimada "desde afuera", por el hecho de que, en tiempos relativamente recientes, la institucionalidad chilena tienda a reconocer su especial relación con sus territorios ancestrales, por lo menos a nivel de los principios, primero con una Ley (la Ley Indígena, N° 19,253, de 1993) que reconoce el concepto de "tierras indígenas" y las declara no enajenables ni embargables, y crea un procedimiento y un fondo para devolver siquiera parte de las que han sido despojadas; luego, con la revisión de la "historia oficial" sobre la "pacificación de la Araucanía", desde el propio Estado chileno, reconociendo la injusticia histórica del despojo y la justicia y urgencia de medidas para la reconstitución territorial (en el Informe de la Comisión sobre Verdad Histórica y Nuevo Trato[19]); y, finalmente, con la adhesión, por parte del Estado chileno,

---

[18] Informe Final de la Comisión de Trabajo Autónomo Mapuche, en Informe de la Comisión de Verdad Histórica y Nuevo Trato, vol III, tomo III, capt. III, en: http://biblioteca.serindigena.org/libros_digitales/cvhynt/v_iii/t_ii/capitulo_III.pdf, visitada el 30 de noviembre de 2011, p. 1296.

[19] * referencias

a los principios y normas de Derecho internacional que reconocen el derecho de los pueblos indígenas a subsistir como pueblos, en sus territorios originarios, con su propio derecho y su propia cultura (como lo reconoce el Convenio n° 169 de la OIT, ratificado por Chile en 2009[20]).

Todo ello, en la perspectiva mapuche, no puede sino otorgar a los hechos de violencia destinados a (re)ocupar y ejercer actos de posesión sobre los territorios ancestrales un significado diferente, justificante, sobre todo si se tiene en cuenta su perspectiva de la urgencia de estas medidas para "salvar", antes de que sea tarde, la cultura, la economía y el modo de vida del pueblo mapuche, en un contexto, visto por muchos de sus líderes, de estancamiento o devolución "a cuentagotas" de los territorios sin los cuales esa tarea no sería posible.

Tratamiento penal de la sexualidad precoz y el incesto entre mapuches: entre la negación de la diferencia cultural y la declaración de un déficit de personalidad condicionado por la cultura

Caso 1

> "[…] los hechos según la acusación fiscal, ocurrieron el día 13 de noviembre de 2004, en horas de la noche, en circunstancias que la menor de iniciales U.C.H.R, se encontraba en el domicilio del acusado, éste procedió a mantener relaciones sexuales con la referida menor, de trece años de edad […].
> […] [A]ntropólogo, quien efectuó un peritaje a objeto de acreditar el aislamiento social del imputado y su comunidad, recurrió a los antecedentes de la defensoría mapuche, concurrió a la comunidad Bernardo Naneo. Es una comunidad con identidad cultural Pehuenche, unas 100 familias, estructura cultural basada en el patriarcado, exogamia, hablan mapudungun, presencia fuerte de la iglesia Pentecostal […] Como acceso a la información poseen dos tipos: la televisión (3 canales) y radio (3 emisoras), no llegan diarios en forma normal.
> […]Concluyó, que la mencionada comunidad mantiene patrones culturales ancestrales, la descendencia es vía paterna, la familia reside en el lugar del esposo, la llegada de la menarquia, primera menstruación, hace a la mujer accesible a los hombres adultos de la comunidad, se habla mapudungun. En la veranada se traslada la familia a la cordillera en noviembre y vuelven entre marzo a abril, quedando aislados. De Lonquimay al Naranjo hay entre 2 a 3 kilómetros. Terminó señalando que la Comunidad desconocía que tener relación con la menor, haya estado prohibido y penado por la ley chilena […]"

[20] * referencias

En el juicio se planteó la cuestión de si, desde el punto de vista de la cultura compartida por la comunidad pehuenche en la que se producen los hechos, las relaciones sexuales con una menor de edad, biológicamente ya púber, son consideradas lícitas o no, como antecedente para resolver si acaso la alegación de la defensa, de que el autor habría actuado en error de prohibición, debe ser acogida. La descripción y análisis del perito antropólogo, que darían base a esa alegación, no convencen al tribunal, que se deja convencer, por el contrario, por el testimonio de la madre de la víctima, y por la evidencia del acceso que esa comunidad tendría a medios de socialización (iglesia, radio) que transmitirían las valoraciones propias de la cultura chilena (Iglesia, radio). En base a los antecedentes aportados en el proceso, y rechazando la pretensión de la defensa de que el acusado haya actuado en error de prohibición, el Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Temuco condenó al acusado por el delito de violación impropia (*statutory rape*).[21]

En el juicio, en todo caso, la eventual existencia de una valoración cultural diferente (conforme a la cual puede consentir sexualmente quien ya es púber, por ej. a los 13 años de edad), no interesó para examinar y decidir la ilicitud del comportamiento, cuestión que estuvo fuera de toda discusión, por más que ello había sido debatido apenas cinco años antes de los hechos en el Congreso Nacional chileno, cuando se aumentó de 12 a 14 años la edad de consentimiento sexual[22], sino que sólo interesó como base para poder decidir si acaso la alegación, por parte del acusado, de que actuó en error de prohibición, es sincera y creíble. La falta de evidencias concluyentes –en opinión del tribunal- de que la conducta fuese tenida por lícita en la valoración cultural

[21] Sentencia pronunciada por la Primera Sala del Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Temuco...
[22] Consideración que la misma defensa realizó…

de la comunidad del autor, entonces, sirvió de base para rechazar la sinceridad de tal alegación por el acusado.

Caso 2

… En este caso (relativo a una acusación de incesto cometido por un comunero mapuche con su hermana menor de edad), a diferencia de la reseñada en el "caso 1", el tribunal acoge la alegación de la defensa de que el autor actuó en error de prohibición. De nuevo no está en juego la cuestión de si las convicciones culturales afectan o influyen en la licitud o ilicitud de la conducta, sino sólo si ellas pueden, siquiera en parte, explicar un error por parte del autor, a la hora de apreciar si lo que hacía era o no lícito, lo que es totalmente independiente de lo que su cultura o su pueblo piense al respecto.

En todo caso, la decisión de acoger, ahora como sincera, la alegación del acusado de que él no sabía que lo que hacía estaba prohibido, se revela (en una versión tal vez más extrema que en otros casos), una forma de valorar el contexto constituido por las creencias, prácticas y "mitos" supuestamente presentes en una comunidad indígena (en este caso, mapuche), que vincula, de manera subrepticia, la pertenencia a esa cultura indígena "minoritaria", con una cierta deficiencia en el desarrollo cognitivo, social y moral del autor de un injusto penal, que es entendida y valorada, entonces, como una cierta incapacidad; algo más, entonces, que un mero error de prohibición ("culturalmente condicionado"): en cierto sentido, como manifestación de su inimputabilidad (como -al pasar- lo sugiere la sentencia, equiparando este déficit, impropiamente, al error de prohibición), es decir una incapacidad de culpabilidad. La "sensibilidad cultural" en que se apoya la absolución, entonces, en este tipo de decisiones, pasa por reconocer no simplemente una diferencia cultural, de convicciones normativas, sino un déficit de personalidad y de racionalidad, condicionado por la

cultura, la que, de pasada, es entendida como una cultura más primitiva, rasgo del que precisamente se deriva la capacidad exculpante (o de disminución de la culpabilidad, en su caso) de la pertenencia a la misma.

¿Perspectiva mapuche sobre las agresiones sexuales impropias incestuosas?

Es más difícil aproximarse "desde fuera" a la valoración que personas del pueblo mapuche puedan hacer del contexto en que se producen las relaciones sexuales precoces con menores púberes (o el incesto con ellos), que hacerlo en el caso de las acciones de recuperación violenta de tierras por parte de los comuneros mapuche. La razón, ya en primer lugar, radica en que respecto de estas últimas hay un discurso público explícito dirigido a plantearlas como una respuesta comprensible, cuando no justificada, a una injusticia. Respecto de las aquéllas, en cambio, no hay un discurso público, si bien puede haber indicios de que, por ejemplo, las relaciones sexuales con menores púberes, o bien no son claramente condenadas como algo ilícito (como en la evaluación pericial antropológica aportada en el "caso 1"), o bien, sobre todo si pasan por una relación incestuosa, aunque indebidas, se juzgarían con menor severidad por los mapuche (como parece deslizarse de la pericia antropológica, en el "caso 2") que por el derecho estatal chileno (que puede llegar a castigarse con 20 años de presidio y, en cualquier caso, con no menos de cinco años y un día). Estas diferencias de valoración, por cierto, no serían leídas por los mapuche como una consecuencia de su incapacidad (absoluta o relativa) para comprender la sexualidad y las normas referidas a ella, sino de su valoración relativamente distinta de la extensión de esas normas y de la relativa gravedad de su infracción.

II. La dogmática penal de cuño alemán y sus recursos para el problema del multiculturalismo

El monismo jurídico y sus expresiones en el Derecho penal

"Un Estado, una Nación, un Derecho"

La pretensión de que en todo el territorio de la República el Derecho se aplique sin distinciones, con las mismas reglas, para todos sus habitantes, se asocia a principios fundamentales del ordenamiento jurídico chileno, que tienen una clara expresión en el Derecho penal, a través de la primacía, prácticamente sin matices, del Derecho estatal legislado, cuyas prohibiciones penales están formuladas de manera abstracta e impersonal, de modo que deben aplicarse a todos los individuos, sin excepciones, tampoco las que pudieran basarse en el origen étnico. Es cierto que en materia de atenuantes e incluso, hipotéticamente, en materia de eximentes de responsabilidad criminal, el Derecho penal chileno admite la posibilidad de hacer ciertas diferencias basadas en la costumbre indígena (como se verá), pero la limitada extensión que se da a esas reglas especiales, y la suspicacia que su sola existencia despierta en algunos, da cuenta de la importancia que se asigna al principio conforme el cual el Derecho es y debe ser uno y el mismo para todos.

Uno de esos principios, visto desde los intereses de los destinatarios del Derecho, sería el de igualdad ante la ley. Sin embargo, como es claro que la lógica interna de este principio no se opone a, sino que –por el contrario- promueve el tratamiento desigual de quienes están materialmente en situaciones desiguales, con el potencial para reconocer la relevancia de las diferencias culturales en la definición de los deberes jurídicos que a cada uno corresponden, y que deben servir de base para

juzgar su conducta[23], parece necesario, si se quiere entender la porfía con que los Estados-Nación defienden una perspectiva monista (un sólo derecho, igual para todos), dirigir la mirada hacia otros principios, que protegen intereses, no ya de los individuos, sino del Estado mismo: unidad nacional, homogeneidad cultural e integridad territorial.

En efecto, hasta hace muy poco, la gran mayoría de los estados –y tal es claramente el caso de Chile- aspiraban a ser Estados-Nación, modelo en el cual "el estado era visto implícitamente (y, a veces, explícitamente) como la posesión de un grupo nacional dominante, que usaba al estado para privilegiar su identidad, lenguaje, historia, cultura, literatura, mitos, religión, etc., y que definía al estado como expresión de su ser nacional", grupo dominante que no necesariamente era el mayoritario, sino incluso "a veces, una minoría capaz de establecer su dominio –por ej, los blancos, en Sudáfrica, o las élites criollas en algunos países de América Latina- […]".[24]

Una serie de políticas bastante definidas estaba al servicio de este proyecto, entre ellas, la adopción de una lengua oficial establecida por ley; la construcción de un sistema nacional de educación obligatoria, con un currículo estandarizado enfocado en la enseñanza de la lengua/literatura/historia del grupo dominante; la centralización del poder político y la eliminación de las formas pre-existentes de soberanía o autonomía local, así como "la construcción de un sistema legal y judicial unificado, que funcionaba en la lengua del grupo dominante y usaba sus tradiciones jurídicas; y la abolición de todo sistema jurídico preexistente usado por los grupos minoritarios".[25]

Al servicio del mismo proyecto, y para dar eficacia a esas políticas, también fue común a muchos casos de construcción de Estados nacionales, la ocupación de las

---

[23] Como lo ha destacado Renteln al examinar el fundamento moral de la consideración de las *cultural defenses*: "The reason for admitting a cultural defense lies not so much in a desire to be culturally sensitive, although that is surely a large part of it, but rather in a desire to ensure equal application of the law to all citizens"; Renteln, Alison Dundes, *The Cultural Defense*, Oxford University Press,Oxford-New York, 2004 [versión Kindle], posición 3338. Sobre las *cultural defenses*, véase *infra* *.

[24] Kymlicka, Will, *Multicultural Odysseys: Navigating the New International Politics of Diversity*, Oxford University Press, Oxford, 2007, p. 61.

[25] Kymlicka, *Multicultural Odysseys*, pp.62-63.

tierras, bosques, espacios de pesca que solían pertenecer a los grupos minoritarios y pueblos indígenas, y su declaración como recursos "nacionales", e, incluso, cuando estas políticas eran resistidas, "varias formas de "ingeniería demográfica" (por ej., presiones a los miembros del grupo para su dispersión, y/o promoción de asentamientos por parte de los miembros del grupo dominante en el territorio de los grupos indígenas y minoritarios) […]".[26]

En este marco, la existencia y operación de un derecho mapuche pre-existente a la formación del Estado-nación chileno eran tan problemáticas para este proyecto como la existencia de territorios mapuche donde este pueblo ejercía jurisdicción, con sus propias autoridades, su economía y sus costumbres. Por ello, en contraste con la actitud de las autoridades españolas que durante la colonia habían tolerado la existencia de una normatividad y unas autoridades indígenas para administrar justicia en las causas entre indios, cuando la pena no era grave, reconociendo con ello cierta validez al derecho mapuche, al que sin embargo se veía como una expresión primitiva, que debía quedar bajo la tutela española, las autoridades de la naciente República de Chile, tras la independencia, impulsaron un modelo "asimilacionista" de relaciones entre el Estado y el derecho estatal y los indígenas[27]:

> "La ideología imperante de la época es que los indígenas debían asimilarse al mundo criollo o mestizo dominante, y por lo tanto, desde ese período se crea –importado desde Europa por las ideas de la ilustración- la triple identidad Estado-Nación-Derecho. Al Estado como configuración política sólo le corresponde una Nación, definida por un pueblo, una cultura, un idioma, una religión […] De manera que es precisamente este modelo, que en el ámbito del derecho trata de borrar todo vestigio del derecho propio y sus autoridades tradicionales" [28]

Y si bien durante el siglo XX comienza a reconocerse a los indígenas ciertos derechos, y su especificidad cultural, expresada en su idioma, su traje y su religión, la

---

[26] Kymlicka, *Multicultural Odysseys*, pp.63, 61.
[27] Informe Final de la Comisión de Trabajo Autónomo Mapuche, cit. nota n. *, p. 1032.
[28] Yrigoyen, …

condición de ello es que se integren al desarrollo nacional, como "etnias", no como "pueblos", manteniéndose incuestionada la definición "monista" de un solo Derecho, correspondiente a la idea de "un Estado, una Nación, un Derecho", en correspondencia con la cual

> "[t]oda otra norma o forma de derecho no producida por el Estado, es visto como una mera costumbre, como una práctica aislada, que a veces puede estar "mezclada" con reglas morales y religiosas. El derecho propio de los indígenas, al no estar formalizados como el estatal, son vistos como sistemas atrasados, retrógrados, pre-modernos, que deben supeditarse e integrarse al Estado y al derecho nacional, para posibilitar la civilización de estos pueblos igualmente "atrasados" […]".[29]

Monismo jurídico en el Derecho penal.

Desde la dogmática penal se ha señalado el peligro que, para el reforzamiento (preventivo-general) de prohibiciones penales de pretendida validez universal, representaría la pretensión de instaurar "derechos penales locales" inspirados en la diversidad cultural. En palabras de Carnevali, en una de las reflexiones más documentadas sobre el tema, existente entre nosotros:

> "Uno de los mayores problemas que se pueden presentar con la instauración de derechos colectivos, como por ejemplo, el establecimiento de sistemas judiciales atendiendo al grupo cultural, es el riesgo a la generación de guetos dentro de una sociedad, que puede derivar a un desmembramiento social. Precisamente, una sociedad en la que existen diversas identidades normativas, difícilmente, desde una perspectiva preventivo general, puede ser eficaz el Derecho penal. Es decir, mediante el reconocimiento de la diversidad cultural como un derecho colectivo y la disposición de los pertenecientes a tales grupos a buscar vías propias de solución de conflictos—fragmentación del Derecho penal por la presencia de derechos penales propios—, se terminaría por admitir ciertos comportamientos intolerables para el resto del componente social. Basta pensar en las prácticas de maltrato familiar o de agresión sexual."[30]

Es cierto que los casos de los derechos de los niños y de las mujeres apelan con mayor fuerza que otros a valoraciones universalistas, por el peligro transversal a toda sociedad de mantener situaciones de violencia estructural y opresión cuyo arraigo

---

[29] Informe Final de la Comisión de Trabajo Autónomo Mapuche, cit. nota n. *, pp. 1033-1039.

[30] Carnevali, Raúl. "El multiculturalismo: un desafío para el Derecho penal moderno". Polít. Crim. nº 3, 2007. A6, p. 1-28. [http://www.politicacriminal.cl], pp. 22-23.

cultural sólo es el reflejo de la injusta distribución del poder de generar y mantener en vigencia normas que favorecen los intereses de unos en perjuicio de los de otros.[31] Pero, en primer lugar, esa apelación, por su lógica interna "emancipadora", que busca "proteger minorías dentro de minorías"[32] (rechazando situaciones de violencia estructural y opresión que, aunque formalmente tengan aval normativo en una comunidad, sólo hayan adquirido validez en el marco de un sistema nomogenético injusto), no vale sino para una fracción de las prohibiciones (por ejemplo, para la prohibición de la esclavitud, de la explotación sexual, de la coacción abierta a través de la violencia o la intimidación), no así para muchas otras (protección de convicciones morales mayoritarias; de la propiedad –frente a menoscabos no coactivos-; o, de ciertas condiciones institucionales o funciones estatales consideradas necesarias o útiles para ejercer los derechos individuales); y, en segundo lugar, aun respecto de prohibiciones que apelen a valoraciones universalistas a partir de aquella lógica "emancipadora", su pretendida validez universal no implica en absoluto la validez universal de una determinada forma de protegerlas –por ejemplo, el refuerzo penal- o de un determinada respuesta legislativa a la cuestión prudencial de la intensidad de la sanción considerada justa y necesaria para las diversas formas de infringir tales prohibiciones[33], caso en que lo único "universalmente válido" podría ser el deber de lealtad con el procedimiento democrático de cuestionamiento y derogación de normas (lo único que cabe exigir al ciudadano en un derecho secularizado, es decir, uno que admite el valor relativo de sus prohibiciones penales), procedimiento que bien puede (sin poner en peligro aquello que de universal puede haber en juego en la definición de normas penales) reconocer esferas de competencia locales de establecimiento y derogación de normas penales locales, frente a las cuales todo miembro de la comunidad debe actuar con lealtad.

---

[31] Como el propio Carnevali arguye ...
[32] Renteln, *The Cultural Defense*, cita nota n. *, posición 3338.
[33] Con más detalles, Couso, Jaime, *Fundamentos del Derecho penal de culpabilidad. …*

Por ello, parece que la apelación al valor universal de ciertos bienes no agota la explicación del apego al "monismo jurídico(-penal)" que se aprecia en la dogmática penal, pues en toda aquella porción de derecho penal estatal legislado, que no es reconducible al argumento universalista de la emancipación (la mayor porción, según parece), esa adhesión al monismo jurídico(-penal) parece hacer referencia, como telón de fondo, a la pretensión, mucho más general, de que "un Estado" debe tener "un Derecho (penal)", que refleje las convicciones de la mayoría (que no es lo mismo que no las "universalmente válidas"):

> "Si bien puede parecer razonable el esfuerzo dirigido al reconocimiento de la identidad cultural, parece, en cambio, discutible e incluso, peligroso, que el reconocimiento cultural de los pueblos minoritarios permita justificar actos atentatorios a bienes que la sociedad mayoritaria estima valiosos. Es decir, resulta difícil de admitir para una sociedad que la práctica de ciertos actos generen deberes de tolerancia y, por tanto, estimarlos legítimos, sólo por estar fundados en el respecto a la costumbre de ciertas culturas. Basta pensar en los conflictos que pudieran presentarse de justificar se actos de maltrato familiar o de lesiones corporales. Como se expuso precedentemente, decisiones de esta naturaleza ―de raigambre comunitarista― pueden dar lugar a manifestaciones de desestabilidad social, contraproducente, examinado desde una perspectiva preventivo general."[34]

Aunque el ejemplo de los actos de maltrato familiar, de nuevo, apela a valoraciones universalistas (tras esa evocación se asoma claramente la opresión de niños y mujeres), la extensión del "género" ("actos atentatorios a bienes que la sociedad mayoritaria estima valiosos"[35]) del cual se toma ese ejemplo, como "especie", y del fundamento de la preocupación ("desestabilidad social, contraproducente, examinado desde una perspectiva preventivo general") parecen dar cuenta de que, realmente, lo peligroso es la existencia de una pluralidad de sistemas normativos dentro el territorio del Estado nacional.

---

[34] Carnevali, "El multiculturalismo…", cit. nota n. *, pp. 22-23.

[35] Esta limitación a la tolerancia de prácticas culturales diversas también aparece en el planteamiento de importantes filósofos del multiculturalismo, como Bikhu Parekh (citado por Renteln, *The Cultural Defense*, cit. nota n. *, posición 234).

La antijuridicidad penal como límite infranqueable para la comprensión de los conflictos penales indígenas. El caso del error de prohibición culturalmente condicionado y de la "actuación en conciencia".

Es cierto que la dogmática penal, hoy más que antes, se ha ido volviendo sensible a las diferencias culturales. El propio planteamiento de Carnevali da cuenta de ello, cuando aboga por dar espacio a la exculpación de comportamientos típicos y antijurídicos condicionados por las pautas y convicciones culturales del autor, no sólo cuando –lo que será de muy rara ocurrencia- esas pautas y creencias determinan un desconocimiento de la norma, sino incluso –lo que podría ser bastante más frecuente- cuando determinan que el autor no "comprende" el sentido de esa prohibición, es decir, cuando:

> "el esfuerzo de internalización de la norma se ve particularmente dificultado por su condicionamiento cultural y que permite afirmar que no es posible reprocharle su incomprensión ―error culturalmente condicionado"[36]

Dar cabida a esta defensa en el Derecho penal, concluye Carnevali, supone que "el juez sopese la envergadura de los condicionamientos culturales" del autor; y ello es una exigencia del "principio de igualdad ante la ley"[37].

Con todo, en esta consideración de la diferencia cultural aparece un aspecto básico, que parece común a todas las expresiones de "sensibilidad cultural" de la dogmática penal, el reconocimiento de una frontera o barrera infranqueable: la afirmación, conforme al sistema monista-jurídico de las normas penales, de un injusto penal típico. Esa sería una definición inexpugnable desde consideraciones multiculturales, adoptada precisamente a partir del Derecho penal estatal legislado, no sujeta a relativizaciones desde la normatividad "local" propia de una determinada comunidad o pueblo indígena.

---

[36] Carnevali, "El multiculturalismo…", cit. nota n. *, p. 27.
[37] Carnevali, "El multiculturalismo…", cit. nota n. *, pp. 27-28.

Así, por ejemplo, al referirse al tratamiento penal que cabe dar al "hecho realizado por motivos de conciencia", en cuyo ámbito cabe situar al que está condicionado por las creencias y convicciones normativas de una cultura o etnia minoritaria, a la que pertenezca el autor, el más célebre exponente del Derecho penal "de cuño alemán", el tratadista Claus, Roxin, admite que ese hecho puede estar "exento de responsabilidad" (lo que, en términos de la sistemática dominante en Chile, se expresaría como "exento de culpabilidad"), por falta de necesidad preventiva de pena, en la medida que el autor obra bajo "coacción de conciencia" provocada ppor la conminación penal (contraria a sus convicciones), que le provoca una "fuerte presión en la motivación[38]. Pero expresamente rechaza, en cambio, que la actuación por motivos de conciencia esté justificada por el ejercicio legítimo de un derecho (justamente, del derecho a la libertad de conciencia), lo que sería inconciliable con "la pretensión del Derecho de establecer normas objetivas y de validez general"[39].

De este modo, el derecho a no ser forzado a actuar en contra de la propia conciencia constituye

> "sólo un derecho a la indulgencia, no a la legalización del punto de vista propio" [40]

La perspectiva angloamericana de las "cultural defenses"

El desarrollo legal y jurisprudencial, en el derecho angloamericano, de las así llamadas "*cultural defenses*", es decir, alegaciones que demandan al tribunal tener en cuenta el trasfondo cultural del imputado por un delito -o del interesado en un litigio civil o constitucional, etc.- para modular la decisión judicial de forma consistente con dicho trasfondo -en un caso penal: eximiendo al imputado o acusado de responsabilidad

---

[38] Roxin, Claus, *Derecho Penal. Parte General, Tomo I*, § 22, nm 121-122.
[39] Roxin, *Derecho penal*, cit. nota n. *, § 22 nm 121.
[40] Roxin, *Derecho penal*, cit. nota n. *, § 22 nm 121.

criminal, o atenuándola-[41], se ido ha convertido, paulatinamente, en un punto de referencia a la hora de debatir la cuestión de cómo considerar, también en el Derecho penal de los sistemas continental-europeos, la diversidad cultural y étnica a la hora de adjudicar responsabilidad penal[42].

Leído desde la perspectiva del sustrato conceptual e ideológico del derecho penal "de cuño alemán", ese desarrollo pareciera, en una primera lectura, confirmar la corrección de su asunción principal en esta materia: la diferencia cultural atenúa o exculpa, nunca justifica; e, incluso así, debe atenuar o exculpar de forma excepcional, de modo de no poner en peligro el efecto preventivo general de las normas penales y las penas.

En efecto, al resumir las razones a favor de considerar las *cultural defenses* en procedimientos penales, Renteln hace referencias que parecen coincidentes con ese alcance más bien acotado:

> "The rationale behind such a claim is that an individual's behavior is influenced tu such a large extend by his culture that either (1) the individual simply did not believe that his actions contravend any laws, or (2) the individual felt compelled to act the way he did. In both cases the individual's culpability is lessened"
> "The balance is best achieved by the establishment of a cultural defense as a partial excuse"[43]

Sin embargo, cuando la propia Renteln trata el problema desde la perspectiva del derecho a la propia cultura, la lógica que subyace a la consideración de las *cultural defenses* se muestra con un alcance mayor, cumpliendo una función mucho más cercana a la afirmación de un derecho a comportarse conforme a la propia cultura -un derecho al que, en su caso, debe darse preeminencia-, que a la de una conducta desde luego indebida, pero más o menos excusable:

---

[41] En detalle, Renteln, *The Cultural Defense*, cit. nota n. *, *passim*.
[42] Carnevali, "El multiculturalismo…", cit. nota n. *, pp. 16-17.
[43] Renteln, *The Cultural Defense*, cit. nota n. *, posición 2929, 2937.

> "[M]y own view is that individuals should have the right to follow their cultural traditions without interference, unless the traditions pose some great risk to members of the ethnic group or to society at large. The risk must be extremely grave, so as to threaten irreparable physical harm"[44]

En efecto, para la autora sólo en esas circunstancias extremas debe negarse el derecho a comportarse de acuerdo con la propia cultura, pues, a fin de cuentas, el derecho a vivir conforme a sus propios planes de vida, definidos por la propia cultura, son un "derecho humano fundamental", de modo que no puede simplemente ceder frente a la pretensión de que hay una sola manera correcta de vivir, por más que ella venga validada por las convicciones de la sociedad mayoritaria:

> "Until the right to culture is understood to be a basic human right, individuals will continue to be told that they must become assimilated, that their background is "irrelevant", and that there one correct way to behave. In a culturally diverse society, it is necessary that individuals be permitted to pursue their own life plans without interference from government" [45]

Por lo demás, en su recuento de la forma en que las consideraciones del trasfondo cultural influyen en el tratamiento de casos penales, Renteln da cuenta de efectos que pueden interpretarse como la afirmación de una justificación de la conducta.[46]

Lo mismo puede decirse del efecto de la *cultural defense* en el tratamiento del uso sacramental del *peyote* –cactus con propiedades psicoactivas y alucinógenas, considerado droga en la legislación norteamericana[47]- por parte de indígenas

---

[44] Renteln, *The Cultural Defense*, cit. nota n. *, posición 2911.
[45] Renteln, *The Cultural Defense*, cit. nota n. *, posición 3470.
[46] Así ocurre, por ejemplo, cuando, para decidir si acoger o rechazar la alegación de que el autor cometió el hecho en "defensa propia" (una justificante, no una simple exculpante), el estándar a emplear consiste en si, bajo las circunstancias objetivas en que actuó el autor, era "razonable" considerar necesaria una defensa de la magnitud empleada por él, cuestión que debe decidirse, y en algún caso así lo fue, teniendo en cuenta los factores, incluso culturales, que al autor razonablemente le llevaban a esa conclusión, como por ejemplo, el historial reiterado de violencia ejercida por la policía y los agentes del estado (que en algún momento histórico llegó a constituir genocidio) en contra de una comunidad étnica minoritaria a la cual pertenecía el autor y que, justamente, hacía "razonable" juzgar, bajo las circunstancias objetivas en que estaba siendo agredido, que era necesaria la violenta reacción defensiva emprendida por él, que se tradujo en la muerte de un policíaRenteln, *The Cultural Defense*, cit. nota n. *, posición 497-506.
[47] También por el Art. 5 del Reglamento de la Ley de Drogas chilena, N° 20.000.

norteamericanos, cuando ha conducido a absoluciones; por ejemplo, en la célebre decisión de la Corte Suprema de California, de al año 1964 (*People v. Woody*), que, reconociendo las propiedades alucinógenas del peyote y el interés estatal en su regulación, pero identificando una colisión entre ese interés de los acusados, indígenas *Navajo*, en ejercitar su religión por medio del uso de la droga, concluyendo que

> "Since the use of peyote incorporates the essence of religious expression, the first weight is heavy […] The escale tips in favor of constitutional protection […]"

para, en seguida, hacer una clara declaración a favor del pluralismo, no sólo cultural, sino, en este campo, jurídico

> "The varying currents of the subcultures that flow into the mainstream of our national life give it depth and beauty. We preserve a greater value than an ancient tradition when we protect the right of the Indians who honestly practiced an old religion in using peyote one night at a meeting[…]"[48]

Es claro, pues, que en esta decisión no se trata de excusar o exculpar a los indígenas por su incapacidad, culturalmente condicionada, de comprender la prohibición penal de tráfico y consumo de drogas alucinógenas, sino de reconocer la licitud de su valoración cultural y su práctica religiosa diversa.[49]

Costumbre jurídica y monismo jurídico(penal)

En un período relativamente reciente, el Derecho chileno ha enfrentado la cuestión del multiculturalismo, en relación con los pueblos indígenas, por medio del

---

[48] *People v. Woody* (1964), cit. por Renteln, *The Cultural Defense*, cit. nota n. *, posición 1213.

[49] De hecho, a partir de ese reconocimiento jurisprudencial, el uso sacramental del peyote, por indígenas norteamericanos miembros de la Iglesia de Nativos Americanos (*Native American Church, NAC*), ha sido objeto de regulación estatal, permitiéndose incluso su uso por miembros del ejército pertenecientes a ella, con la restricción de interrumpir su consumo 24 horas antes de volver al servicio activo y no portarla en vehículos o bases militares. Sin embargo, dejando claro que no se trata de una revisión general del carácter socialmente nocivo del tráfico y consumo de *peyote*, la jurisprudencia norteamericana ha rechazado extender su justificación a personas que no sean *Native American*, incluso aunque pertenezcan a la *NAC*, sin que para ello se considere un obstáculo la cláusula de no discriminación, pues la distinción no era "racial" (como se alegó), sino "política" (así, en *U.S. v. Warner* (1984), si bien sí se considero discriminatorio el trato en *Warner v. Graham* (1988), ambas decisiones citadas por Renteln, *The Cultural Defense*, cit. nota n. *, posición 4218), dando a entender con ello que no se trata simplemente de permitir la conducta en el ejercicio de la libertad religiosa (nadie podría fundar una religión que adopte como práctica el consumo de drogas), sino de un acto de pluralismo cultural frente a un pueblo y una cultura indígena diversa.

reconocimiento de cierto valor a la costumbre indígena, incluso en materia jurídico penal. Ello ha ocurrido, ya indirectamente, cuando el legislador la ha tenido en cuenta, puntualmente, para modular el tratamiento penal de comportamientos de determinado pueblo indígena, adaptándolo parcialmente a la valoración relativamente diversa que ellos tendrían al interior de esa comunidad (como en el caso del pueblo Rapa Nui[50]), ya, directamente, como en el caso del Art. 54 de la Ley Nº 19.253 (la "Ley Indígena"), conforme al cual:

> "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.
> Cuando la costumbre deba ser acreditada en juicio podrá probarse por todos los medios que franquea la ley y, especialmente, por un informe pericial que deberá evacuar la Corporación a requerimiento del Tribunal."

Una primera mirada de esta tendencia puede apreciar en ella otra expresión del monismo jurídico. Conforme a esta mirada, esta tendencia se inscribiría en el marco del denominado "modelo integracionista" de resolución de las relaciones entre el Estado y el derecho estatal, por una parte, y los pueblos indígenas, por la otra, que reconoce del valor relativo de la "especificidad cultural" indígena, expresada también en ciertas valoraciones normativas relativamente distintas de la que expresa el Derecho penal, pero sin poner en tela de juicio el valor universal de las normas del Derecho penal estatal legislado, sino apenas modulando, marginalmente, la aplicación de las exculpantes y, sobre todo, de las atenuantes para tener en cuenta los condicionamientos y dificultades que ciertos individuos enfrenan a la hora de actuar conforme a las exigencias del Derecho, derivadas de su pertenencia a esa cultura que tiene ciertos usos y costumbres diferentes.

---

[50] La Ley Nº 16.441, de 1 de marzo de 1966, que crea el Departamento de Isla de Pascua, dio un tratamiento penal atenuado a los delitos sexuales y contra la propiedad cometidos en Isla de Pascua por naturales de ella: "Artículo 13° En los delitos contemplados en los Títulos VII y IX del Libro Segundo del Código Penal, cometidos por naturales de la Isla y en el territorio de ella, se impondrá la pena inferior en un grado al mínimo de los señalados por la ley para el delito de que sean responsables."

En efecto, el reconocimiento de un cierto valor a la costumbre indígena, con esos acotados efectos, supone abandonar completamente en manos del derecho penal estatal legislado la definición del alcance del injusto penal típico, es decir, lo lícito y lo ilícito, para efectos penales, permitiendo a la normatividad indígena incidir solamente en la decisión de si el individuo es, y en qué medida, individualmente reprochable por su comportamiento antijurídico, o si cabe exculparlo, porque él (en su caso, condicionado por su cultura –defectuosa, desde el punto de vista de las definiciones estatales de lo injusto-) era incapaz de actuar de otra forma (de actuar como era debido, como los individuos sin defectos personales o culturales actuarían). Por otra parte, ya en el plano simbólico, la definición del derecho propio indígena como "costumbre", en un ordenamiento jurídico, y en una rama del derecho, que asigna un valor claramente superior al derecho legislado, hasta el punto de ser la fuente por excelencia, supone también una desvalorización del derecho indígena como un producto normativo más primitivo, menos elaborado y desarrollado.

El efecto, visto desde la perspectiva mapuche, es que el derecho propio mapuche termina relegado al lugar de meros usos y costumbres, "como el producto espurio de una cultura inferior que osa desafiar la homogeneidad normativa conseguida tras décadas de codificación".[51]

Por ello, en la visión mapuche, la calificación del derecho propio mapuche como "costumbre jurídica"

> "[es] una manera de negar la existencia de las autoridades y la jurisdicción indígena […]. [s]u reconocimiento es visto como un abierto desafío al Estado y su pretensión de tener la jurisdicción exclusiva, sostenida en la ideología del universalismo e igualdad ante la ley" [52]

[51] Barrientos, citado por el Informe Final de la Comisión de Trabajo Autónomo Mapuche, cit. nota n. *, p. 1036.
[52] Barrientos…

Sin embargo, aun cuando esta mirada refleja en buena medida los limitados alcances con que se ha recibido la decisión legislativa de considerar la costumbre en Derecho penal, lo cierto es que, sus posibilidades configuradoras de lo penalmente lícito o ilícito son mayores que lo que esta mirada sugiere. Ello es así, ya en primer lugar, porque el ordenamiento jurídico penal chileno no asocia las "eximentes" de responsabilidad criminal (a las que se refiere expresamente el Art. 54 de la Ley Indígena) a las "exculpantes", sino que, conceptualmente al menos, abarca con esa expresión (que preside el Art. 10 del CP), tanto a las exculpantes como a las propias justificantes, es decir, aquellas causas que, (en el caso típico) previa ponderación de los intereses en conflicto, permiten declarar que lo debido, lo jurídicamente correcto era, en su caso, realizar la conducta que, *prima facie*, la ley penal ha tipificado como delito. Es más, algunas de esas eximentes (que, como todas, deben aplicarse a los indígenas de conformidad con su costumbre), están formuladas en términos tan generales (por ejemplo, el obrar en ejercicio legítimo del derecho, o en cumplimiento de un deber), que incluso ha llegado a verse en ellas la afirmación de una conformidad a derecho, en términos generales, sin atención a la existencia de un contexto situacional excepcional, al punto de que se llega a confundir con referencias a la atipicidad de la conducta (por representar un "comportamiento socialmente adecuado" o un "riesgo permitido").