

SENTENCIA DE REEMPLAZO.

Santiago, once de enero de dos mil doce.

En cumplimiento de lo ordenado por la decisión de casación que antecede y lo prevenido en los artículos 535 y 544 del Código de Instrucción Penal, se dicta la siguiente sentencia de reemplazo.

VISTOS :

Se reproduce la sentencia de alzada, con excepción de sus fundamentos trigésimo octavo, trigésimo noveno y cuadragésimo, que se eliminan.

Asimismo se suprimen los siguientes apartados: a) En la parte final del basamento cuarto la frase que se inicia con la voz “como”; b) En el considerando vigésimo cuarto las expresiones “y el delito de daños”, además de la oración que comienza con la locución “y, por último” hasta el término “encausados”, y c) En el párrafo segundo de la motivación vigésimo quinta, desde la expresión “Funda también” hasta la afirmación “lo que no ocurrió en la especie”.

Se mantienen los considerandos primero a cuarto de la sentencia anulada de la Corte de Apelaciones de Concepción, de nueve de febrero de dos mil diez.

En las citas legales se eliminan los artículos 485 N° 4 y 486 del Código Penal.

Y SE TIENE, EN SU LUGAR Y ADEMÁS, PRESENTE:

PRIMERO: Que no obstante que la acusación fiscal incluyó entre los ilícitos por los que se acusa a los enjuiciados el de daños contemplado en el numeral cuarto del artículo 485 del Código Penal, al no establecerse en el proceso que los detrimentos que se reprochan se causaron en propiedad ajena ni su cuantía, no se ha configurado legalmente el hecho punible, y como

corolario de ello, corresponde dictar sentencia absolutoria a favor de los acusados por el referido injusto.

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

TERCERO: Que se desestimaré la solicitud de la abogada señora Sylvia Catalán Calfiñanco, en orden a subsumir la conducta manifestada por los acusados en la hipótesis del numeral cuarto del artículo 10 del Código Penal, teniendo únicamente en consideración que, en la especie, no se dan sus presupuestos legales al no configurarse al momento de la comisión de los hechos la circunstancia de una agresión ilegítima por parte de los ofendidos que tuvieron que repeler o impedir los acusados. No obstante lo anterior, esta Corte atendido las conclusiones del informe antropológico de fojas 1729, que corresponde a una experticia confeccionada en virtud del mandato estatuido en el artículo 54 de la Ley N° 19.253 que establece normas sobre Protección, Fomento y Desarrollo de los Indígenas, en armonía con lo preceptuado en los artículos 5, 6, 8, 9 y 10 del Convenio N° 169, de la O.I.T. sobre Pueblos

Indígenas y Tribales en Países Independientes, normativas acordes, además, con lo preceptuado en los artículos 5º de la Constitución Política de la República, 26 y 27 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, publicado este último en el Diario Oficial con data 29 de abril de 1989, dará aplicación a su contenido por considerarlo atingente al caso.

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

CUARTO: Que, el fundamento cuarto del fallo que se revisa, da por establecido como hecho de la causa que los miembros de la Comunidad Indígena de Cauñicú acordaron trasladarse, en horas de la noche, al Fundo San Luis ubicado a cuatro kilómetros de la colectividad, con el propósito de “desalojar” y/o “expulsar” de la propiedad a la familia Huenupe Pavián, móvil que se sustenta en la identidad y contexto cultural de la Comunidad Indígena en estudio, cuyas demandas recurrentes decían relación con la restitución de sus tierras ancestrales, usurpadas luego de la constitución de los fundos históricos en la segunda mitad del siglo XIX, cuestión que tiene trascendencia a la luz del peritaje de fojas 1729, confeccionado por el antropólogo de la

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

QUINTO: Que este amparo de la tierra y de su identidad cultural, revela que para este pueblo indígena las infracciones que vulneran la propiedad son

de una gravedad relevante, no tanto por el detrimento patrimonial de la víctima, sino casi exclusivamente por atentar contra un orden colectivo y el mentado equilibrio del cosmos. Así, por ejemplo, recúrrase a los relatos del cacique Pascual Cocha, y al video “Wichan” (El Juicio), extraído de dicho texto. Igualmente: *“...La madre tierra debe ser defendida por sus hijos; los mapuches somos hijo de la tierra; esto lo comprendieron los antepasados porque todo está hecho de lo mismo: las montañas, los ríos, las estrellas, la gente, las piedras y el gran espíritu...”*. *“...El amor a la madre tierra es un valor mapuche que se manifiesta a través de la ritualidad ancestral, es por ello que los ancianos enseñan que hay que pedir permiso al Gen o espíritu dueño del lugar donde se va a extraer algún elemento de la naturaleza ya que todo lo que existe cumple una función, nada está por estar y la gente es parte de un todo armónico cósmico y universal por lo que para el mapuche lo superior y lo inferior no existe...”*. *“...El mapuche no separa el universo de la naturaleza, del hombre y la sociedad, no se siente dueño y señor de la naturaleza porque se es parte de ella; por lo tanto no existe lo superior o inferior sino lo diverso, lo diferente y esa es la maravilla de la vida ya que el orden cósmico no es o será jamás homogéneo...”*.

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

Por otra parte, como en la mayoría de las culturas precolombinas, el sistema jurídico mapuche es, esencialmente, un derecho de mediación, donde la infracción refleja una potencialidad de puesta en riesgo de un equilibrio colectivo y de una paz social que resulta preponderante. *“...Una de las ideas que más fuertemente están presentes en la conciencia jurídica de los indios es*

el convencimiento de que la justicia estatal no vela ni por los intereses de la sociedad ni tampoco por los del propio reo. Al pensamiento de que los órganos jurisdiccionales están corrompidos, son lentos e ineficaces, se equivocan constantemente y tutelan los intereses de los poderosos, se une este otro que afirma que las sanciones estatales despersonalizan al sujeto, lo excluyen de su entorno, provocan el contagio criminal y, en definitiva, transforman negativamente el individuo... . En síntesis, estas lógicas restaurativas contradicen el paradigma hegemónico durkheimniano, para quien el castigo es, justamente, una forma de acotar los efectos no queridos de las conductas desviadas y las normas socialmente impuestas: *“...El papel del castigo es demostrar la realidad y la fuerza de los mandamientos morales...”*. El código moral mapuche, anclado en sus creencias cosmogónicas, se define a través de relaciones adecuadas entre los propios mapuches, luego entre mapuches y extranjeros, y entre lo natural y lo que las culturas occidentales señalan como “sobrenatural”. Es importante rescatar de qué manera Louis C. Faron destaca justamente que los términos dicotómicos de las clasificaciones de Durkheim no siempre se reproducen en la sociedad mapuche. Es decir, esa asociación entre castigo estatal y pretendida recuperación de los lazos de solidaridad o de los códigos morales de las sociedades modernas, no reconocen antecedentes o identidades mecánicas como las que se les asigna en momentos de reclamos reaccionarios de mayor rigor punitivo.

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

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

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

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

En consecuencia, este derecho ancestral, al no ser incompatible con la Constitución Política de la República, justifica plenamente ser considerado como una circunstancia atenuante específica y personal que beneficia a la

totalidad de los sentenciados, de modo que se considerará al momento de imponer las penas por los injustos que han sido asentados en esta causa.

SEXTO: Que por su parte al acusado Jorge Leonel Cabezas González, se le reconoce la configuración de una cuarta atenuante, esto es, la contemplada en el numeral séptimo del artículo 11 del Código Penal (considerando trigésimo quinto del laudo de primer grado), determinación que estos sentenciadores hacen suya.

SÉPTIMO: Que, de esta forma, en el momento de proceder a la aplicación, en los respectivos casos, de la pena privativa de libertad, resulta atinente hacer su compensación racional acorde con lo dispuesto en los incisos finales de los artículo 67 y 68 del Código recién citado, graduando el valor de las correspondientes atenuantes y agravantes concurrentes.

OCTAVO: Que en estas circunstancias y por resultar de mayor beneficio para los acusados hacer uso del sistema de punición establecido en el inciso segundo del artículo 509 del Código de Procedimiento Penal, cabe concluir que con relación a los encartados José Patricio Maripil Porteño, Félix Eugenio Gallina Gallina, Carlos Felipe Curriao Campos, Mario Antonio Queupil Poblete, José Hijidio Queupil Almendras, José Leoncio Queupil Pavián, José Hipólito Maripil Maripil y Sebastián Mariano Porteño Naupa, por los dos delitos de homicidio simple y los de lesiones graves y menos graves de que aparecen responsables, los que no pueden considerarse como un solo delito, por lo que se aplicará la pena señalada a aquélla que considerada aisladamente, con las circunstancias del caso, tenga asignada pena mayor, aumentándola en uno, dos o tres grados según sea el número de los delitos. En la especie, siendo el homicidio simple el ilícito de mayor pena de todos los injustos imputados - presidio mayor en sus grados mínimo a medio, conforme al numeral segundo del artículo 391 del Código Penal- se compensará la atenuante de

irreprochable conducta anterior con la agravante del ordinal duodécimo del artículo 12 del Código Penal, que concurren respecto de todos los acusados, quedándoles vigente a todos ellos la eximente incompleta reconocida en el basamento trigésimo cuarto del laudo que se revisa y primero de esta sentencia, en conjunto con la atenuante expresada en los considerandos tercero a quinto que anteceden, lo que habilita a rebajar la pena en uno, dos o tres grados al mínimo de los señalados por la ley. Atendida la entidad y por tratarse sólo de dos aminorantes de responsabilidad penal, esta facultad de rebaja se aplicará sólo en un grado, quedando así el correctivo en presidio menor en su grado máximo, el que se aumentará en este caso en *“dos grados”* por ser los condenados coautores de *“dos”* delitos de homicidio simple - entre otros injustos: 4 lesiones graves y 10 lesiones menos graves, por lo que la pena alcanzará el presidio mayor en su grado medio.

NOVENO: Que en relación a los imputados Jaime Enrique Martínez Riquelme, Miguel Ángel Porteño Naupa, Carlos Enrique Ñancao Muñoz, Andrés Desiderio Porteño Porteño, Juan Bautista Huenupe Pavián y Sebastián Santiago Huenupe Pavián, por concurrir a su respecto las mismas circunstancias modificatorias de responsabilidad del caso anterior, se hará idéntica reducción de la penalidad en un grado, pero por ser considerados coautores de *“un”* delito de homicidio simple - el perpetrado en perjuicio de Agustina del Carmen Huenupe Pavián -, más los de lesiones graves y menos graves, se aumentará ésta sólo en *“un grado”*, quedando el correctivo a aplicarles en presidio mayor en su grado mínimo.

DÉCIMO: Que en el caso de los encartados José Santiago Porteño Naupa, Juan Sebastián Queupil Almendras y Jorge Leonel Cabezas González, por los ilícitos de lesiones graves y menos graves de que aparecen responsables, compensando racionalmente una de las atenuantes que le

benefician con la agravante que obra en su perjuicio, y teniendo en cuenta la presencia de dos atenuantes a cada uno y la reiteración de delitos por los que se les condenó, resulta procedente la reducción de la pena aplicada en la instancia en un tramo y con el aumento en otro por la reiteración se obtiene presidio menor en su grado medio, por resultar más condigna con el mérito de estos antecedentes.

Por estos fundamentos, las disposiciones legales citadas y lo prevenido también en los artículos 456 bis, 514, 527 y 533 del Código de Procedimiento Penal, SE DECLARA:

I.- **SE REVOCA** la sentencia definitiva de quince de marzo de dos mil cinco, escrita desde fojas 1798 a 1869 -cuya transcripción íntegra se efectuó por el Juzgado de origen desde fojas 2.206 a 2278- como medida para mejor resolver dispuesta a fojas 2.205-, en cuanto condena a los acusados José Patricio Maripil Porteño, Félix Eugenio Gallina Gallina, Carlos Felipe Curriao Campos, Mario Antonio Queupil Poblete, José Hijidio Queupil Almendras, José Leoncio Queupil Pavián, José Hipólito Maripil Maripil y Sebastián Mariano Porteño Naupa, Jaime Enrique Martínez Riquelme, Miguel Ángel Porteño Naupa, Carlos Enrique Ñancao Muñoz, Andrés Desiderio Porteño Porteño, Juan Bautista Huenupe Pavián y Sebastián Santiago Huenupe Pavián, José Santiago Porteño Naupa, Juan Sebastián Queupil Almendras y Jorge Leonel Cabezas González, por el delito de daños materia de la acusación fiscal, y en su lugar, se decide que se les absuelve por dicho ilícito.

II.- **SE CONFIRMA**, en lo apelado y SE APRUEBA, en lo consultado la citada resolución con las siguientes declaraciones:

A.- Que se reduce a diez años y un día de presidio mayor en su grado medio la pena única privativa de libertad que en definitiva se aplica a los acusados José Patricio Maripil Porteño, como autor instigador o inductor y a los

imputados Félix Eugenio Gallina Gallina, Carlos Felipe Curriao Campos, Mario Antonio Queupil Poblete, José Hijidio Queupil Almendras, José Leoncio Queupil Pavián, José Hipólito Maripil Maripil y Sebastián Mariano Porteño Naupa, como coautores de los delitos de homicidio simple de José Mauricio y de Agustina del Carmen Huenupe Pavián; lesiones graves a Ernesto Huenupe Pavián, Manuel Huenupe Pavián, Francisca Pavián Pavián y Yasna Huenupe Paine; y, de lesiones menos graves a José Domingo Huenupe Pavián Mauricio Suárez Martínez, Bárbara Huenupe Pavián, Remigio Huenupe Pavián, Daniel Porteño Maripil, Norma Angélica Paine Queupil, Bernardita Huenupe Pavián, Juana María Pavián Naupa, Norma Cecilia Huenupe Paine y Lilian Beatriz Huenupe Pavián, perpetrados el 13 de julio de 2002, en el sector de Cauñicú de la Comuna de Alto Bío Bío;

B.- Que se reduce a siete años de presidio mayor en su grado mínimo la pena única privativa de libertad que en definitiva se impone a los enjuiciados Miguel Angel Porteño Naupa, Carlos Enrique Ñancao Muñoz, Jaime Enrique Martínez Riquelme, Andrés Desiderio Porteño Porteño, Juan Bautista Huenupe Pavián y Sebastián Santiago Huenupe Pavián, como coautores de los delitos de homicidio simple de Agustina del Carmen Huenupe Pavián y de todos y cada uno de los delitos de lesiones graves y menos graves referidos en la letra precedente, perpetrados en el lugar de Caiñicú de la Comuna de Alto Bío Bío, con fecha 13 de julio de 2002;

C.- Que se reduce a quinientos cuarenta y un días de presidio menor en su grado medio la pena única privativa de libertad que en definitiva se impone a los acusados José Santiago Porteño Naupa, Juan Sebastián Queupil Almendras y Jorge Leonel Cabezas González, como coautores de los mismos delitos de lesiones graves y menos graves singularizados en las dos letras precedentes, perpetrados en la fecha y lugar que también se acaba de indicar.

Atendido lo resuelto precedentemente y por cumplir los requisitos del artículo 4° de la Ley N° 18.216, se sustituye a los enjuiciados José Santiago Porteño Naupa y Juan Sebastián Queupil Almendras, la medida alternativa de libertad vigilada que se les había reconocido por el juez a quo, por el beneficio de remisión condicional de la pena corporal impuesta con un lapso de observación igual al de la sanción aplicada, ante la Sección de Tratamiento en el Medio Libre de Los Ángeles o de la que se designe, a la que deberá presentarse dentro de décimo día de ejecutoriado el fallo, debiendo satisfacer, además, las exigencias del artículo 5° del mencionado cuerpo legal. A igual período de vigilancia quedará afecto el sentenciado Jorge Leonel Cabezas González, ya favorecido con esta medida alternativa en la sentencia que se revisa.

Regístrese y devuélvase, con sus agregados.

Redactó el Ministro señor Ballesteros.

Rol 2683-2010.

Pronunciado por la Segunda Sala integrada por los Ministros Sres. Nivaldo Segura P., Jaime Rodríguez E., Rubén Ballesteros U., Hugo Dolmestch U., y el abogado integrante Sr. Domingo Hernández E. No firma el Ministro Sr. Segura, no obstante haber estado en la vista de la causa por haberse procedido de conformidad al artículo 80 del Código Orgánico de Tribunales.

Autorizada por la Ministro de Fe de esta Corte Suprema.

En Santiago, a once de enero de dos mil doce, notifiqué en Secretaría por el Estado Diario la resolución precedente, como asimismo personalmente a la señora Fiscal Judicial de la Corte Suprema, quien no firmó