

VI Congreso Chileno de Antropología. Colegio de Antropólogos de Chile A. G, Valdivia, 2007.

Entre la Criminalización y el Diálogo Intercultural.

Pablo Rossel.

Cita:

Pablo Rossel (2007). *Entre la Criminalización y el Diálogo Intercultural*. VI Congreso Chileno de Antropología. Colegio de Antropólogos de Chile A. G, Valdivia.

Dirección estable: <https://www.aacademica.org/vi.congreso.chileno.de.antropologia/46>

ARK: <https://n2t.net/ark:/13683/eCzH/mmq>

Acta Académica es un proyecto académico sin fines de lucro enmarcado en la iniciativa de acceso abierto. Acta Académica fue creado para facilitar a investigadores de todo el mundo el compartir su producción académica. Para crear un perfil gratuitamente o acceder a otros trabajos visite: <https://www.aacademica.org>.

Entre la Criminalización y el Diálogo Intercultural

Between the Criminalization and the Intercultural Dialogue

Pablo Rossel*

Resumen

Se analizan las particularidades del acceso a la justicia en el caso de los pueblos indígenas, en particular en materia penal. Se estudian las implicancias del reconocimiento al derecho indígena, en particular en sus implicancias para una teoría de la culpabilidad. El acercamiento empírico se nutre un corpus de sentencias emblemáticas para el ámbito nacional. Para el estudio comparado se recoge la doctrina de la Corte Constitucional Colombiana, la cual sienta ciertos principios claves que guiarán la resolución de conflictos entre la aplicación de la ley estatal y el derecho indígena.

Palabras Claves: culpabilidad, interculturalidad, pueblos indígenas

Abstract

The particularities of the access to justice in the case of the indigenous towns are analyzed, in individual in penal matter. The effects of the recognition to the indigenous right study, in individual in their effects for a theory of the culpability. The empirical approach nourishes corpus of emblematic sentences for the national scope. or the compared study the doctrine takes shelter of the Colombian Constitutional Court, which feels certain key principles that they will guide the resolution of conflicts between the application of the state law and the indigenous right.

Keywords: culpability, interculturality, indigenous towns.

I. Acceso a la justicia y pueblos indígenas: La desigualdad y la diferencia

El derecho de todo ciudadano de poder ventilar sus conflictos de intereses ante un sistema de justicia y de obtener a través de este su justa resolución es lo que en la doctrina de los derechos humanos se conoce como *acceso a la justicia*. Garantizar para todos los ciudadanos el ejercicio de este derecho humano resulta funda-

mental para el fortalecimiento de las democracias en América Latina.

La reflexión en torno al acceso a la justicia de parte de los pueblos indígenas resulta ilustrativa respecto de cómo garantizar el principio de igualdad en una sociedad compleja. De un lado el Estado debe garantizar el acceso efectivo de todos los integrantes de la comunidad política a los tribunales de justicia, y este ha sido el enfoque tradicional hacia el cual se orientan las políticas públicas en la materia.

Respecto a este primer enfoque sobre el acceso a la justicia, recordemos que en Chile la incidencia de la extrema pobreza es 2,8 veces mayor en caso de ser indígena, situación que los hace en extremo vulnerables frente al aparato de justicia -recordemos que en materia de justicia la calidad de servicio va de la mano con la cantidad de dinero que se esté dispuesto a pagar por un abogado-. Aquí encontramos un primer obstáculo en materia de acceso a la justicia: la barrera económica.



Fuente: «Panorama social de América Latina». CEPAL/ CELADE: 2006

* Bachiller en Ciencias Sociales y Humanidades, Licenciado en Antropología Social, Universidad de Chile. E-Mail: luciano.rossel@gmail.com

Un segundo obstáculo lo constituye la falta de adecuación de los sistemas de administración de justicia a las características socio-culturales y políticas de los pueblos indígenas. En este caso garantizar el acceso a la justicia —entendido en un sentido amplio— implica reconocer la existencia de un derecho indígena o «derecho consuetudinario», cuestión que ha venido siendo incorporada de modo progresivo en las legislaciones de los distintos países de América Latina, y que encuentra en el reconocimiento de una jurisdicción especial indígena una situación paradigmática.

Una primera hipótesis: para el caso de los pueblos indígenas, la aplicación irreflexiva del principio de igualdad implica, paradójicamente, un trato discriminatorio; la única manera de garantizar el principio de igualdad en una sociedad compleja conlleva el trato diferenciado de los distintos.

En concreto: garantizar el acceso a la justicia para los pueblos indígenas implica un reto para los Estados latinoamericanos, cual es el reconocimiento del derecho indígena en tanto mecanismo legítimo de resolución de conflictos.

Así lo han entendido los distintos gobiernos del continente, en particular luego de la entrada en vigencia del Convenio 169 de la OIT -1989-, y luego de la conmemoración de los 500 años del «descubrimiento de América» -1992-. El avance en la materia ha sido desigual, de un lado encontramos países que no sólo se han limitado a ratificar el Convenio 169 de la OIT, sino que han reconocido explícitamente a los pueblos indígenas en su Constitución, al tiempo que han reformado su legislación secundaria en función de tal reconocimiento, además de desarrollar una vasta jurisprudencia al respecto. Uno de los ejemplos paradigmáticos en tal sentido lo constituye el caso colombiano, y en especial la doctrina desarrollada por la Corte Constitucional.

De otro lado, países que no han ratificado aún siquiera el Convenio 169 de la OIT, aún no reconocen constitucionalmente la existencia de pueblos indígenas al interior de sus fronteras, cuyos códigos legales descono-



Fuente: «Panorama social de América Latina». CEPAL/ CELADE: 2006

cen el valor del derecho propio, y una jurisprudencia que deja mucho que desear. Tal situación encuentra en el caso chileno un tipo-ideal.

Más adelante analizaremos con más detalles los casos colombiano y chileno, ya sea para constatar la implementación en la práctica concreta de los principios abstractos del multiculturalismo; ya sea también para reflexionar en detalle lo que sucede en Chile en materia de pluralismo jurídico.

Un alcance: en función de estudiar el fenómeno del multiculturalismo desde una óptica empírica, la investigación se concentra en el análisis de la relación pueblos indígenas y justicia penal. La elección no es azarosa, se basa en el hecho de que en tanto *ultima ratio*, el derecho penal constituye la esfera de la justicia más reticente a incorporar *la costumbre indígena* en tanto mecanismo legítimo de resolución de conflictos.

Un multiculturalismo *light* se muestra dispuesto a aceptar las costumbres del otro en tanto estas no cuestionen sus pilares axiológicos, vale decir, en tanto reduzcan su expresión cultural a aspectos netamente *folklóricos*. El tomar al derecho penal como paradigma del multiculturalismo —el derecho no es una simple serie de normas que ejercita poder coercitivo, sino también un sistema de pensamiento por el cual ciertas formas de relacionarse vienen a parecer naturales— obedece a que los hechos sociales allí analizados implican reflexionar frente a *casos extremos* los límites del principio de respecto a la diversidad cultural; implica repensar aquellos *mínimos éticos* sobre los cuales organizar la convivencia, garantizando simultáneamente los principios de autonomía y dignidad de toda vida humana.

II. Derecho penal y pluralismo jurídico

Un alcance conceptual. La noción de *derecho o sistema jurídico* que trabajamos corresponde a aquel «... sistema de normas, valores o principios normativos, autoridades, instituciones y procedimientos que sirven para regular la vida social y resolver conflictos y organizar el orden interno. Estos sistemas también incluyen reglas que permiten instituir o cambiar de modo legítimo normas, autoridades y procedimientos -normas secundarias o normas para crear normas-.» (R. Yrigoyen, 1999: 24-25)

Entre las razones por las cuales la autora rechaza el término *usos y costumbres* es que este alude a prácticas aisladas, y no formando sistema sobre la articulación de un *eje cultural* que dote de sentido a estas prácticas sociales. Por otro lado, el concepto más difundido de *derecho consuetudinario*, si bien incorpora la noción de sistema –y no prácticas aisladas– alude a la *fossilización* de una costumbre que se repite inmemorialmente a través de los siglos, no dando cuenta del aspecto dinámico de los sistemas socio-culturales.

La coexistencia de diversos órdenes legales dentro de un mismo escenario geopolítico recibe el nombre de *pluralismo jurídico –organizando su co-presencia a la manera de un mosaico–*; en la práctica tales sistemas se encuentran inter-penetrados recíprocamente. En ciertos puntos de contacto se realizan intercambios entre elementos, tal situación recibe el nombre de *interlegalidad*.

En tal sentido, mucho de lo que entendemos por *costumbre indígena* no consiste precisamente en códigos normativos reproducidos íntegramente desde tiempos pre-colombinos; en tanto proceso dinámico, es resultado de la interacción del sistema con su entorno a través del devenir histórico. A su vez, cabe resaltar que esta situación de *porosidad legal* se da en un contexto de *asimetría de poder*, en donde las prácticas indígenas –especialmente en materia penal– resultan criminalizadas por el aparato estatal, el cual reclama para sí el monopolio legítimo de la violencia y de la producción jurídica.

Los escenarios de porosidad legal no involucran sólo al derecho indígena y al derecho estatal, es menester considerar el impacto que, especialmente en las últimas décadas, ha tenido el sistema internacional de los derechos humanos. Frente al escaso eco que históricamente han tenido las demandas indígenas en las

esferas estatales de poder, la estrategia de los diversos movimientos indígenas ha sido presionar a los estados a través de los foros internacionales, especialmente en Naciones Unidas y la Organización de Estados Americanos. El impacto de esta estrategia ha sido un progresivo reconocimiento por parte del estado del derecho de los pueblos indígenas a regular áreas esenciales para su reproducción socio-cultural; a su vez, para los diversos pueblos indígenas, ha implicado un proceso de revitalización étnica.

Por otro lado, asumiremos aquí un concepto dinámico de derecho, ya que este sólo existe en la medida en que está siendo manipulado por los diversos actores sociales en conflicto, vale decir, es un lenguaje para disputar, y no un código normativo preestablecido que rige y sanciona los comportamientos. (T. Sierra, 2004). Tal enfoque resulta más adecuado a la naturaleza misma del derecho indígena, puesto que este no basa su legitimidad en códigos escritos, sino en tradiciones orales actualizadas constantemente a través de la *praxis* social.

En tal sentido, «... no son, en este caso, las normas sustantivas (que establecen derechos y obligaciones), sino las adjetivas (que organizan los procedimientos) las que pueden ser aisladas; la acumulación de fallos y su reiteración dan origen a un derecho jurisprudencial que podría ser codificado como un derecho indígena.» (D. Iturralde, 2005: 41)

Focalizando ahora nuestra temática hacia el ámbito del derecho penal, vemos como surgen ciertas dificultades por establecer paralelos entre esta área del derecho occidental y un supuesto *derecho penal indígena*. Como lo hemos notado anteriormente, el derecho indígena difícilmente encontrará los grados de especialización y parcialización del derecho occidental, los códigos cognitivo-conductuales -o gramática normativa- encuentra su fuente de inspiración y legitimación social en torno a un *eje cultural*, el cual a su vez puede estar sancionado por tabúes, mitos, etc.

Pues bien, aclarado este punto –la imposibilidad de reducir el derecho indígena a las categorías del derecho penal occidental–, nuestro acercamiento consistirá en:

1. Recopilación de jurisprudencia en materia de justicia, nacional y comparada, donde exista un explícito *choque de códigos normativos* –derecho indígena/derecho positivo–;
2. Análisis crítico del procedimiento de producción de una «verdad judicial», poniendo especial énfasis en las categorías a través de las cuales los

operadores de justicia penal traducen una versión *emic* de los hechos en categorías *etic*.

3. Reflexiones teóricas paralelas al análisis jurisprudencial a modo de analizar críticamente el texto, y situarlo en su contexto.

III. Jurisprudencia chilena: ¿Inimputabilidad o inculpabilidad?

Introducción

Chile es quizás el único país de América Latina, con población indígena significativa, que no cuenta hasta la fecha con una jurisdicción especial indígena con base territorial. En el resto del continente tal figura encuentra inspiración en el Convenio 169 de la OIT, y ha sido desarrollada ulteriormente por sucesivos reconocimientos constitucionales y en diferentes códigos legales.

En síntesis, implica cierta descentralización en materia de administración de justicia, otorgando importantes grados de autonomía a los pueblos indígenas para resolver los conflictos ocurridos al interior de su territorio, siempre y cuando los implicados sean adscritos a un mismo grupo étnico -profundizaremos luego en esta fórmula de reconocimiento al principio de la diversidad cultural cuando analicemos los fallos de la Corte Constitucional colombiana-.

El tratamiento de la diversidad cultural en materia penal encuentra diversas manifestaciones. Como mínimo común denominador diremos que la estrategia de la defensa ha sido recurrir al máximo de atenuantes a fin de obtener la pena más baja para los inculpados; entre los vicios de tal estrategia encontramos una reproducción de estereotipos en torno a «lo indio», en particular por el abuso de la figura de *inimputable*, vale decir, aquella *incapacidad* del sujeto para comprender la ilicitud de su acto.

El siguiente extracto es un buen ejemplo de lo anterior «Fueron convenciones probatorias en este juicio, esto es **cuestiones no debatidas entre las partes** (...) El hecho que los tres acusados **tienen un retardo mental leve producto de una privación socio cultural.**»¹

Esta incapacidad implica un juicio valorativo que estigmatiza al indígena en tanto no posee el suficiente desarrollo psicológico como para internalizar normas éticas de convivencia, comprenderlas y determinar su actuar en función de este conocimiento. Un enfoque más apropiado para el tratamiento de estos casos lo

constituye el *error de prohibición*, el cual se enmarca al igual que la figura del *inimputable* dentro de la *teoría de la culpabilidad*.

En derecho penal para configurar un delito deben presentarse tres elementos: antijuricidad –que viole un bien jurídico protegido por el ordenamiento estatal-, tipicidad –que la trasgresión se encuentre explícitamente sancionada por la normativa legal- y culpabilidad. Es sobre ésta última que el análisis jurisprudencial nos lleva a reflexionar en profundidad: el análisis de las circunstancias atenuantes y eximentes de responsabilidad penal.

En dogmática penal, la responsabilidad penal se fundamenta en el grado de *libertad* que tuvo el agente al momento de violar determinada normativa –se elige o no cometer un delito-. A mayor grado de conocimiento de la normativa, y por tanto de lo ilícito de su actuar, mayor grado de *reprochabilidad*, lo que equivale a decir que el disvalor del acto injusto se extiende también a la persona del agente, porque puede serle atribuido como obra suya. (E. Cury, 1994)

Como lo ha notado M. Foucault en *Vigilar y Castigar*, la historia de la dogmática percibe a comienzos del siglo XIX un giro desde un derecho penal *de actos* a uno *de autor*. Tal giro implica notables excepciones al principio según el cual la ignorancia de la ley no constituye excusa, e implican un mayor estudio de las características psicológicas del delincuente en la modulación de la pena, «... los jueces, poco a poco, pero por un proceso que se remonta a mucho tiempo, se han puesto, pues, a juzgar otra cosa distinta de los delitos: el «alma» de los delincuentes.» (M. Foucault, 2002: 26) El autor ilustra como en el caso del Código Penal Francés de 1810 se incorporará explícitamente el caso de la locura como eximente de responsabilidad penal, *tanto menos culpable cuanto más loco*.

Así, será a partir del examen pericial psiquiátrico que vendrá a desarrollarse todo un conocimiento en torno al delincuente, un discurso criminológico. Vemos aquí un claro ejemplo de las relaciones de mutua retroalimentación entre saber y poder. «Poder y saber se implican directamente el uno al otro; que no existe relación de poder sin constitución correlativa de un campo de saber, ni de saber que no suponga y no constituya al mismo tiempo unas relaciones de poder.» (M. Foucault, 2002: 34) Ciertamente este es también el caso del peritaje antropológico, en tanto herramienta de investigación social orientada a establecer el *significado mentado* que el actor dio a su obrar al momento de transgredir determinada normativa social –estudio de

las motivaciones socio-culturales de *conducta desviada*.

En Chile la historia del peritaje antropológico se encuentra íntimamente ligada a la del peritaje psiquiátrico, y ambas buscan determinar el grado de *reprochabilidad* que le cabe al agente en cada caso; interesantes ejemplos de estudios criminológicos interdisciplinarios -que combinan la perspectiva psiquiátrica y antropológica- encontramos en los trabajos de Carlos Munizaga relativos a la conducta desviada² -aquí el autor operacionaliza su concepto de *estructuras transicionales*-. Una perspectiva similar -etno-psiquiátrica- para el caso mapuche es la denominada *Matanza de Lonco Luan*, en Neuquén, Argentina³; en este caso cobra relevancia el estudio del pentecostalismo, el sincretismo religioso y sus efectos concretos sobre la identidad cultural.

Sentencias emblemáticas

En la historia jurisprudencial chilena es posible encontrar material en donde efectivamente los jueces asumen el principio de la diversidad cultural en materia penal, aún si estas prácticas se encuentran más allá de los esquemas axiológicos en que fueron formados los jueces. Tal material ha sido a su vez fuente de inspiración para la defensa de imputados mapuches que con posterioridad han incurrido en un error de prohibición.

La muerte de la bruja:

Un caso de fuerza psíquica irresistible

Este caso es visto por el Segundo Juzgado de Valdivia, el año 1953⁴. En síntesis, se acusa a Juana Catrilaf por homicidio en contra de su abuela Antonia Millalef. Los antecedentes son los siguientes:

- De la declaración de Juana Catrilaf: Meses atrás se le murió una guagua de veintiún días y ella actualmente se encuentra muy enferma, males que atribuye a su abuela, la cual la ha perjudicado con su brujería. Es más, sostiene que... *pocos momentos antes de que se muriera su guagua pasó una visión de un perro colorado y la guagua murió inmediatamente*. En el convencimiento de que el actuar de su abuela constituía un peligro para su vida y la existencia de su comunidad, se propuso matarla. Los hechos tuvieron lugar en un estero, donde se encontraba a solas con su abuela. Luego de una discusión y forcejeo ella le asesta un golpe mortal en la ca-

beza con una piedra; viendo que manaba sangre ella le chupó un poco... *inmediatamente se sintió mejor y notó que algo le salía de la boca, algo así como el diablo*. Asegura que inmediatamente se sintió mejor... *y que todos los indígenas están contentos porque van a poder criar a sus hijos*.

- De los testigos llamados a dar su visión de los hechos, tiende a confirmarse el que Antonia Millalef era considerada como bruja en la comunidad... *el mal consistía en matar gente con brujerías, especialmente a los niños; que para sus brujerías tiraba a las casas flechas como vientos que no se veían, pero que hacían sonar las casas; que además preparaba veneno para la gente con quien estaba mal o se los daba en algo para comer*.
- En lo pericial, se encargó un informe a Alejandro Lipschutz, el cual concluye que no hay *dolo* en el actuar desde el momento en que la reo... *no se encuentra compenetrada con las normas jurídicas y morales válidas para la nación chilena*. Por tanto, *no se encontraba en condiciones de representarse la ilicitud de su acto*.

Del examen de la sentencia vemos como la jueza María Mardones debe hacerse cargo de argumentos que escapan a su formación positivista. Sin embargo, las reglas de producción de determinada *verdad jurídica* obligan a que enmarque los hechos dentro de lo estipulado por el código y dogmática penal. El ejercicio mental aquí es interesante, puesto que la diversidad cultural no está explicitada como eximente de responsabilidad penal. Sin embargo, recurre a la eximente de *fuerza psíquica irresistible*, causal psicológica, de la cual aclara que la fuerza exógena que actuó sobre el agente es de carácter social -lo que ahora podríamos decir que corresponde al *imaginario social* relativo a la lucha contra la brujería-

Por lo demás, la sentencia es rica en detalles e imprecisa en muchos sentidos, por ejemplo, si bien el hecho de obrar coaccionada por una fuerza psíquica irresistible implica una anulación temporal de capacidad de juicio, el análisis en detalle de la sentencia indica que el juicio no sólo se extiende al momento del acto, y procede a enjuiciar a todo el pueblo mapuche en términos de minusvalía psíquica; ideas que podrían desprenderse de expresiones como... *la estructura mental de la reo, su incultura (...) tiene nociones elementales sobre las normas de la vida civilizada, pero ellas están supeditadas por la poderosísima fuerza de sus supers-*

ticiones y costumbres (...) exigir de estos hombres primitivos, a pesar de no ser ellos de la misma potencialidad intelectual y moral como los civilizados, exigirles discernimiento de las normas jurídicas de nuestra sociedad equivale a exigir de un hombre no instruido, el discernimiento de fórmulas matemáticas.

El maremoto de Valdivia:

El mecanismo de la víctima sacrificial

Entre nosotros el maremoto de Valdivia de 1960 puede ser interpretado como un gran desastre natural, un efecto del choque entre placas tectónicas; no fue así entendido por la comunidad mapuche lakkenche de Collileifú, para quienes el fenómeno era un castigo divino. La memoria colectiva –ver mito de *Tren Tren y Kai Kai*– planteaba la necesidad de ofrecer a los dioses a una víctima sacrificial, a fin de aplacar las fuerzas de la naturaleza. El elegido será un niño, el cual es asesinado en medio de un *ngillatún* en el cual participan todos los miembros de la comunidad, finalmente el cuerpo del menor es arrojado al mar.⁵

Al darse a la luz pública el caso, este es remitido al juzgado de Nueva Imperial, cuya lectura de sentencia será el 02 de Octubre de 1962, siendo jueza Ester Valencia. Aquí el texto recoge la jurisprudencia del caso de Juana Catrilaf, puesto que acoge la eximente de responsabilidad penal alegada por la defensa en el sentido de que los imputados actuaron bajo el influjo de una fuerza psíquica irresistible, y que el maremoto causó en los agentes un *miedo insuperable*, razón por la cual consumaron el sacrificio humano. En tal razón, se procede a absolver a los acusados.

«El sacrificio humano realizado, como los bailes ejecutados en los cerros por los indígenas mientras temblaba y el mar los cubría, no son sino manifestaciones del estado cultural de esas reducciones, de una de las cuales son miembros los que trataron de apaciguar en esa forma las fuerzas de la naturaleza, en un intento desesperado por salvar sus propias vidas que veían seriamente amenazadas»

No obstante la evidente consideración de *la costumbre como fuente de derecho*, no podemos dejar de notar en la lectura de sentencia cierta concesión paternalista por parte de las autoridades hacia los imputados. Nuevamente vemos como en los mecanismos de producción de determinada *verdad judicial* se reproducen viejos estereotipos de la discriminación etno-racial –un

imaginario social que opera sobre la distinción civilización/barbarie-.

En el caso concreto, es posible encontrar expresiones tales como... *pues se trataba de un sector de la población indígena que dio claras demostraciones de estar en una etapa de civilización que hace imposible responsabilizarlos por la acción cometida.*

En síntesis, diremos que las sentencias recogidas incorporan en modo importante los postulados del relativismo cultural, eso sí, traducidos a la jerga propia de la dogmática penal. Sin perjuicio de lo anterior, diremos que subsisten esquemas de categorización social de corte racistas, inspirados en un paradigma de evolucionista –mal entendido, por lo demás-.

Jurisprudencia reciente:

Un paso hacia delante, dos hacia atrás

A diferencia de las sentencias anteriores, a partir de la promulgación de la Ley Indígena, los jueces se encuentran con la posibilidad de acoger *la costumbre indígena como fuente de derecho* –art. 54-. Sin embargo, y a pesar de los avances en la normativa, planteamos que el principal obstáculo lo constituye la mentalidad de los jueces, ya sea por su formación positivista, ya sea por una interpretación absurda del principio de igualdad, o -¿Por qué no?- prácticas de discriminación etno-racial auscultadas bajo un lenguaje técnico-legal. Es por estos motivos que caracterizaremos este período, en relación con el anterior en términos de *un paso hacia delante, y dos hacia atrás.*

De las sentencias recogidas podremos decir que los argumentos de la defensa tienden a apelar a la figura de *fuerza psíquica irresistible* al momento de buscar eximentes de responsabilidad penal, en tal sentido el peritaje antropológico tiende a dotar de contenido a esta fuerza para cada caso concreto. Tal es el caso del análisis de los hechos ocurridos en el Valle del Queuco en Julio de 2002, donde un violento acto de venganza de una comunidad sobre otra terminó con la muerte de dos personas, motivo por el cual fueron procesados 18 miembros de la comunidad pehuenche de Cauñicu, sector Alto Bio-Bio.⁶

En el proceso la defensa alega la inculpabilidad de los imputados por haber actuado... *violentados por una fuerza o miedo irresistible.* Para dar sustento científico a tal hipótesis encargan al antropólogo Roberto Morales un estudio respecto al contexto socio-cultural de los hechos; si bien el perito aquí hace mención al malón, en tanto mecanismo de *última ratio* en la resolución de

conflictos, esta referencia sirve tan sólo de contexto socio-histórico, pues nunca encuadra los hechos ocurridos bajo tal figura. Sin embargo, la estrategia de los abogados defensores consiste en radicalizar las diferencias culturales entre mapuches y chilenos, a fin de alegar que los imputados habrían actuado... *conforme a derecho*, puesto que... *estaban aplicando justicia de acuerdo a sus costumbres*.

Concordamos con el análisis de Mella y Le Bonniec al respecto, en el sentido que... «Los argumentos ofrecidos por la defensa (...) adhieren extrañamente a prejuicios y representaciones míticas llevados desde más de un siglo por la sociedad dominante.» (Mella, E & Le Bonniec, F. 2006: 412). Es más, forzar un argumento por diversidad cultural a tal extremo puede traer aparejados contra-indicaciones: el juez decide transmutar el argumento del malón en una *agravante* de responsabilidad penal: acción en grupo, premeditada, concertada, sorpresiva y de noche.

En el resto de las sentencias recogidas es frecuente encontrar argumentos que apelan a la minusvalía psíquica y socio-cultural de los mapuches, estrategia que busca una concesión paternalista por parte de las autoridades judiciales, recreando así ciertos estereotipos sobre lo mapuche que tiende a reforzar patrones históricos de discriminación etno-racial. Un buen ejemplo lo constituye el... *retardo mental leve producto de una privación socio-cultural*.⁷

Eso en cuanto a los vicios en que suele caer la defensa, otro tanto habría que decir del sesgo ideológico de los jueces; de poca utilidad sirve la incorporación del peritaje antropológico si contamos con jueces incapaces de incorporar principios del relativismo cultural, y continúan atados a vetustos conceptos sobre «el conocimiento científico-objetivo». Sirva de reflexión el siguiente extracto: ... *el peritaje antropológico incorporado no se ajusta a ninguno de los parámetros exigidos a una prueba judicial para producir certeza judicial: esto es, que concuerde con la lógica, las máximas de la experiencia y los conocimientos científicamente afianzados. La Antropología dijo el perito no es una Ciencia Exacta*.⁸ –nótese que la Juez que preside la Sala del Tribunal décadas atrás absolvió a los inculpados por homicidio en los hechos ocurridos durante el maremoto de Valdivia-.

Como tendencia, encontramos que los jueces no sólo tienden a desestimar la pericia antropológica, sino además a imponer sus creencias ideológicas y religiosas. Es el caso de una sentencia donde se acusa a un pehuenche por violación de menor, hechos ocurridos

en una comunidad alejada a kilómetros de Lonquimay. De la sentencia se desprende que el contexto de las relaciones sexuales por las cuales se le acusa es el de una relación amorosa, la cual lleva años de maduración –incluso se presentan cartas de amor, de ambas partes, como prueba-.

El médico del Servicio Médico Legal sostiene que no hay pruebas fisiológicas que acrediten una violación; la psicóloga de la misma institución, que también analizó a la menor sugiere no descarta un *proceso de seducción*. Por su parte la psiquiatra que analizó al inculpado, junto con descartar una patología de base postula que la relación sexual fue realizada dentro de un contexto amoroso consentido. En tanto que el antropólogo se encargó de demostrar la vigencia de la cultura mapuche en la comunidad, lo cual incluye por cierto una iniciación sexual temprana; junto con lo anterior, acredita el aislamiento de la comunidad respecto de los circuitos informativos de la sociedad chilena.

De poco y nada sirvieron los antecedentes entregados por los distintos peritos, el juez únicamente escucha la versión de las costumbres locales formuladas por la parte acusadora: la madre de la menor. Según ella, en la comunidad las mujeres se casan a los 20 años... *primero por el civil, y luego por la iglesia*. Frase que a juicio del juez desacredita todo el trabajo llevado a cabo por el perito. Por si fuera poco, en la sentencia condenatoria, el juez agrega que la presencia de la Iglesia Pentecostal en la comunidad es hecho suficiente como para que el imputado determinara su actuar en base a los postulados de ésta, a saber: que constituye un pecado el tener relaciones pre-matrimoniales, a la vez que la virginidad de la mujer es una virtud a cultivar -¿será que en un país en que la mayoría de la población se declara católica, los jóvenes chilenos llegan vírgenes al matrimonio?-.

IV. La corte constitucional colombiana:

Autonomía y mínimos éticos

Muchas de las temáticas tocadas hasta ahora han sido analizadas por la jurisprudencia comparada, tal es el caso de la doctrina desarrollada por la Corte Constitucional de Colombia en los últimos años; quizás uno de los debates más interesantes son los que han suscitado a incorporación a rango constitucional del principio del respeto a la diversidad cultural, y los conflictos de éste con otros principios de igual jerarquía –integridad

física, debido proceso, etc.- En lo que sigue repasaremos someramente la doctrina de la Corte frente a estos casos.

«La constitucionalización de un derecho penal culpabilista suscita el siguiente interrogante, ¿qué hacer con aquellos comportamientos que son tan graves como un delito, en la medida que afectan bienes jurídicos esenciales, y son típicos y antijurídicos, pero son realizados por personas que, por determinadas condiciones, no pudieron actuar culpablemente. Esta situación plantea difíciles interrogantes a los regímenes constitucionales fundados en la dignidad humana, pues esas personas no pueden legítimamente ser sancionadas penalmente por su conducta, ya que no actuaron con culpabilidad. Pero la sociedad debe también tomar medidas para evitar esos comportamientos que, a pesar de no ser realizados culpablemente, afectan gravemente bienes jurídicos esenciales, en la medida en que (...) existe la posibilidad de que la persona vuelva a realizarlos». (Sentencia C-370/02)

Un primer reto: de un lado el estado debe evitar la criminalización de la diversidad cultural, pero también debe proteger los bienes jurídicos necesarios para la convivencia entre los miembros de la comunidad política. Frente casos concretos en que exista una colisión entre el principio de respeto a la diversidad cultural y otros principios reconocidos constitucionalmente, el estado debe establecer un protocolo de acción que permita solucionar tales problemas.

Ejemplos de lo anterior los encontramos en las soluciones de conflictos de competencias entre la jurisdicción especial indígena y la jurisdicción estatal.⁹ Aquí la Corte parte de la premisa de que... *«solo con un alto grado de autonomía es posible la supervivencia cultural, puede concluirse como regla para el intérprete la de la maximización de la autonomía de las comunidades indígenas y, por lo tanto, la de la minimización de las restricciones a las indispensables para salvaguardar intereses de superior jerarquía».* (Sentencia T-349/96) Así se ha llegado a postular un *diálogo inter-cultural* en materia de derechos humanos, en donde se definen ciertos *mínimos éticos* que deben ser respetados en todo momento por las autoridades comunales. Tal ha sido el criterio con el cual se analizó una acusación en contra de las autoridades del pueblo Páez, en la provincia de Jambaló; se acusaba a las autoridades de violar el derecho al *debido proceso* por cuanto se impidió a un sujeto acusado de homicidio el ser asistido por

un abogado en el juicio en su contra. (Sentencia T-523/97)

Ciertamente el derecho a un debido proceso es uno de los derechos humanos fundamentales inviolables sin embargo, y en virtud de un *diálogo intercultural*, tal principio debe ser entendido en función de lo que la comunidad entiende por tal principio; en tal sentido, el sujeto debe prever las consecuencias de su actuar -en términos de sanciones-, con lo cual no se estaría violando el requisito de *seguridad jurídica*. Junto con lo anterior, la Corte plantea que el imponer el actuar de abogados en las contiendas entre indígenas viola el reconocimiento a *las normas y procedimientos* para establecer determinada verdad judicial.

Una aplicación del mismo principio de maximización de la autonomía/minimización de las restricciones lo encontramos en el análisis de la aplicación de sanciones corporales como método de represión y prevención de la desviación social. En síntesis, diremos que la regla de interpretación -maximización/minimización- resulta aplicable a múltiples casos y constituye un excelente punto de partida en vista a implementar políticas de interculturalidad en materia penal.

V. Conclusiones

El presente trabajo se aleja del enfoque tradicional respecto del derecho indígena, pues toma como objeto de estudio el modo en que la administración estatal de justicia procesa demandas ajenas a su modo de entender el orden social. El estudio de casos de transgresión al orden estatal y la reacción del aparato punitivo frente a esto constituye un excelente indicador del grado de respeto a los derechos de los pueblos indígenas que existe en un determinado país.

Del análisis de casos y su estudio comparado se desprende que la incapacidad de los jueces para valorar la prueba otorgada por el peritaje antropológico es un tremendo obstáculo para poder implementar políticas de reconocimiento a la diversidad cultural en justicia penal. De modo que toda reforma legislativa en la materia debe ir acompañada de políticas orientadas a garantizar *el punto de vista del nativo*, si es que deseamos contar con un derecho penal de tipo culpabilista y no meramente de actos.

De otro lado, el examen de la jurisprudencia colombiana nos invita a reflexionar respecto de aquellos *mínimos éticos* que coordinen el aparato de justicia estatal con la justicia local, ofreciendo suficientes grados de

autonomía que permitan el ejercicio de una autonomía efectiva por parte de los pueblos indígenas.

En tal área la antropología en tanto disciplina que históricamente construye su reflexión tensionada por los principios de universalismo y relativismo cultural se encuentra en una posición privilegiada para elaborar insumos que permitan la elaboración de políticas con pertinencia social y cultural.

Notas

¹ Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Temuco, 30 de Agosto de 2002. Sentencia Rol Interno 035/2002. Redactada por el juez Cristian Alfaro Muirhead.

² Véase: -Castellón, S., Medina, E. & Munizaga, C. *Crimen y Entorno Sociocultural: Análisis Interdisciplinario de un Triple Homicidio Cometido por un Indígena*. -González, C., Mujica, G., & Munizaga, C. *Enfoque Antropológico-Psiquiátrico de Indígenas Mapuches Alienados*. Centro de Estudios Antropológicos, Universidad de Chile, 1965.

³ B. Kalinsky, *El concepto de imputabilidad en la llamada Matanza de Lonco Luán*, Revista CUHSO vol. 5 no. 1, Universidad Católica de Chile, Temuco, Chile, 1999.

⁴ Rol 37.872.

⁵ Cabe notar que el conocimiento socio-cultural de la comunidad aludida que ilustra la decisión de la jueza no se basa en medios periciales, sino simplemente en los testimonios de los imputados y gente de la comunidad.

⁶ Juzgado del Crimen de Santa Bárbara, 2005. Rol 4.070-3

⁷ Sentencia Rol **035/2002**.

⁸ Sentencia Rol **049/2006**.

⁹ Recordemos que en Colombia por mandato de la Constitución... «Las autoridades de los pueblos indígenas podrán ejercer funciones jurisdiccionales dentro de su ámbito territorial, de conformidad con sus propias normas y procedimientos (Art. 246).»

Alienados». Centro de Estudios Antropológicos, Universidad de Chile, 1965.

ITURRALDE, Diego. 2005. «Reclamo y reconocimiento del derecho indígena en América Latina: logros, límites y perspectivas». Revista IIDH 41: 17-47.

KALINSKY, Beatriz. «El concepto de imputabilidad en la llamada Matanza de Lonco Luán», Revista CUHSO vol. 5 no. 1, Universidad Católica de Chile, Temuco, Chile, 1999

MELLA, Eduardo & LE BONNIEC, Fabien. 2006. «Cartas Pehuenches (2002-2005). Anales de Desclasificación 1: 399-417.

SIERRA, María Teresa. 2004. «Haciendo justicia: interlegalidad, derecho y género en regiones indígenas». CIESAS. México.

YRIGROYEN, Raquel. 1999. «Pautas de coordinación entre el derecho indígena y el derecho estatal». Guatemala, Fundación Myrna Mack.

Sentencias judiciales

Chile:

Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Temuco, 30 de Agosto de 2002. Sentencia Rol Interno 035/2002. Redactada por el juez Cristian Alfaro Muirhead.

Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Temuco, 31 de Mayo de 2006. Sentencia Rol Interno 049/2006. Redactada por la Juez Ester Valencia.

Jurisprudencia LII, 5/6. Rol 37.872. 1953. Segundo Juzgado de Valdivia. Redactada por la Juez María Mardones.

Juzgado de Nueva Imperial, 1962. Rol 24.228. Redactada por la Juez Ester Valencia.

Juzgado del Crimen de Santa Bárbara, 2005. Rol 4.070-3

Colombia:

Corte Constitucional, Colombia.

- 1996. T-349/96

- 1997. T-523/97

- 2002. C-370/02

Bibliografía

CASTELLÓN, S., MEDINA, E. & MUNIZAGA, C. 1986. «Crimen y Entorno Sociocultural: Análisis Interdisciplinario de un Triple Homicidio Cometido por un Indígena». Separata de Doctrina Penal 33/34: 55-70. Buenos Aires, Ediciones Depalma.

CEPAL/ CELADE. 2006. «Panorama social de América Latina».

CURY, Enrique. 1994. «Derecho Penal. Parte general, Tomo I. Santiago. Editorial Jurídica de Chile.

FOUCAULT, Michel. 2002. «Vigilar y Castigar: nacimiento de la prisión». Buenos Aires, Siglo XXI Editores.

GONZÁLEZ, C., MUJICA, G., & MUNIZAGA, C. «Enfoque Antropológico- Psiquiátrico de Indígenas Mapuches