

# ESTUDIOS Y CAPACITACIÓN

---

## ASPECTOS CULTURALES DE LA DEFENSA DE IMPUTADOS INDÍGENAS

Nº 10 • Octubre 2016

Centro de Documentación Defensoría Penal Pública



**Defensoría**  
Sin defensa no hay Justicia



# **ESTUDIOS Y CAPACITACIÓN**

---

## **ASPECTOS CULTURALES DE LA DEFENSA DE IMPUTADOS INDÍGENAS**

Centro de Documentación Defensoría Penal Pública

Santiago de Chile • Octubre de 2016

© Defensoría Penal Pública

Libertador General Bernardo O'Higgins 1449, piso 8, torre I

“Prohibida la reproducción, almacenamiento o transmisión,  
de manera alguna y por cualquier medio sin autorización previa  
del autor y los editores”.

Registro de Propiedad Intelectual N° 271.262

Santiago - Chile

I.S.B.N. N° 978-956-8349-49-3 (Volumen 10)

Producción y Edición:  
Defensoría Nacional  
Defensoría Penal Pública

ASPECTOS CULTURALES  
DE LA DEFENSA DE  
IMPUTADOS INDÍGENAS



# Índice

---

## **PARTE I. .... 15**

Informe en Derecho:

Derecho Consuetudinario indígena y Derecho Penal estatal en Chile: sentido y alcance del artículo 54 de la Ley indígena y el reconocimiento de la costumbre como eximente y atenuante, a la luz del Convenio 169 de la OIT y la Declaración Universal de Derechos de los Pueblos Indígenas". \*

### **1. Introducción: cultura y derecho penal ..... 17**

### **2. Pluralismo jurídico y derecho consuetudinario de los pueblos indígenas ..... 20**

2.1. Derecho consuetudinario indígena y derecho indígena: clarificaciones conceptuales .....21

2.2. Monismo y pluralismo jurídico.....26

2.2.1. *Dimensión externa* .....28

2.2.2. *Dimensión interna*.....28

### **3. El convenio 169, la declaración de derechos de los pueblos indígenas y la ley indígena chilena: avances en aras del pluralismo jurídico ..... 29**

3.1. Convenio 169 y derecho consuetudinario .....29

3.2. Declaración de derechos de los pueblos indígenas (ONU) y derecho consuetudinario .....33

3.3. Artículo 54º de la ley indígena: interpretaciones amplias vs Interpretaciones restrictivas .....35

### **4. Los delitos culturales ..... 42**

4.1. Las defensas culturales.....44

4.2. Soluciones dogmático-penales .....52

4.2.1. *Error de prohibición* .....52

4.2.2. *Error culturalmente condicionado y tipicidad*.....54

4.2.3. *Causales de justificación* .....62

4.2.3.1. Cumplimiento de un deber o ejercicio legítimo de un derecho.....62

4.2.3.2. Legítima defensa .....70

4.2.4. *Causales de exculpación* .....71

4.2.4.1. Inexigibilidad de otro comportamiento.....71

4.2.4.2. Fuerza irresistible o miedo insuperable.....	72
4.2.5. <i>Inimputabilidad</i> .....	76
4.2.6. <i>Balance de las posibilidades de la defensa cultural</i> .....	78
4.2.7. <i>Circunstancias modificatorias de responsabilidad penal de los indígenas</i> .....	80
4.2.7.1. Atenuantes .....	81
4.2.7.2. Agravantes .....	84
<b>5. Tensiones entre los derechos humanos individuales y el derecho consuetudinario indígena</b> .....	<b>86</b>
5.1. Derrotabilidad del derecho al derecho consuetudinario y derechos de la mujer: los acuerdos reparatorios en VIF.....	91
<b>6. Ámbito especial del derecho penal juvenil</b> .....	<b>100</b>
<b>Conclusiones:</b> .....	<b>103</b>

**PARTE II. .... 107**

Sociedad y cultura pueblo mapuche\*

<b>1. Contexto socio-político y jurídico de la región de la Araucanía</b> .....	<b>109</b>
1.1. Desarrollo histórico-cultural de la relación chileno-indígena.....	109
1.1.1. <i>El wallmapu</i> .....	109
1.1.1.1. Ocupación militar por las nuevas repúblicas .....	110
1.1.1.2. Constitución de la propiedad rural .....	111
1.1.1.3. Período reduccional “clásico” .....	112
1.1.1.4. La reforma agraria y el “cautinazo” .....	112
1.1.1.5. Contrarreforma agraria y modelo neoliberal .....	114
1.1.1.6. Transición democrática y la etnoterritorialidad .....	116
<b>2. El conflicto mapuche</b> .....	<b>121</b>
2.1. Desde la cuestión mapuche al conflicto mapuche .....	121
2.2. El conflicto mapuche en la prensa nacional y regional.....	125
<b>3. Caracterización socioeconómica y cultural de la población indígena</b> .....	<b>126</b>
3.1. La población mapuche de la araucanía .....	126
3.1.1. <i>Migración y localización</i> .....	127
3.1.2. <i>Educación</i> .....	129
3.1.3. <i>Jefatura de hogar</i> .....	129
3.1.4. <i>Pobreza</i> .....	130

3.1.5. Participación laboral e inserción socioeconómica.....	130
3.1.6 Desarrollo humano.....	131
3.2. Identidad mapuche: identidades sociales .....	132
<b>4. Cosmovisión indígena, principios y valores de la cultura mapuche que inciden en la defensa penal .....</b>	<b>134</b>
4.1. Ritualidad y protocolo indígena .....	134
4.1.1. Koyang.....	135
4.1.2. Pentukun.....	136
4.1.3. Uso de la lengua propia.....	138
4.2. Historia y relaciones culturales de la organización social, distribución del poder .....	139
4.2.1. Las autoridades tradicionales.....	139
4.2.1.1. Longko.....	139
4.2.1.2. Machi.....	140
4.2.1.3. Werken.....	141
4.2.1.4. Az mapu.....	141
4.2.2. Organización social y estructura familiar mapuche.....	141
4.2.3. Relaciones de familia que inciden en el ámbito de la justicia penal. Distribución de roles y funciones.....	142
4.2.3.1. División sexual del trabajo .....	142
4.2.3.2. Construcción cultural de la masculinidad .....	142
4.2.3.3. Violencia intrafamiliar.....	143
4.2.3.4. Las prácticas sexuales en la cultura mapuche .....	144
4.2.3.5. Abuso sexual e incesto.....	145
<b>Bibliografía .....</b>	<b>147</b>

## **PARTE III..... 155**

Sociedad y cultura pueblos indígenas del Norte\*

<b>Presentación.....</b>	<b>157</b>
<b>1. Identidad y etnicidad .....</b>	<b>158</b>
1.1. Quiénes son los indígenas.....	158
1.2. Aproximaciones sobre lo andino: ser aymara, quechua y likanantay.....	160
1.2.1 El Pueblo Aymara.....	160
1.2.2. El Pueblo Likanantay.....	161
1.2.3. El Pueblo Quechua .....	162

1.3. Reflexiones: comunidad, comunalidad y ciudadanía .....	163
<b>2. Relación entre el Estado y los pueblos andinos.....</b>	<b>165</b>
2.1. El proceso de chilenización post guerra del Pacífico .....	165
<b>3. Territorialidad andina .....</b>	<b>167</b>
3.1. La ocupación de los pisos ecológicos .....	167
3.2. La configuración del espacio andino como transfronterizo .....	169
<b>4. Economía y producción andina .....</b>	<b>171</b>
4.1. Actividades agrícolas.....	171
4.2. Actividades ganaderas.....	171
<b>5. Organización social y política del mundo andino .....</b>	<b>172</b>
5.1. El ayllu como eje sociopolítico .....	172
5.2. Los sistemas de autoridad indígenas .....	175
<b>6. Relaciones de parentesco y género .....</b>	<b>175</b>
6.1. Dinámicas familiares y de género en las culturas andinas .....	175
<b>7. Festividades y ritualidades .....</b>	<b>177</b>
7.1. Calendario de fiestas y ciclos agrícolas .....	177
7.2. La coca como hoja sagrada.....	178
7.3. El consumo de alcohol en un contexto festivo y ritual.....	179
<b>8. Formas de resolución de conflictos .....</b>	<b>179</b>
<b>9. Repensando la defensa de los pueblos andinos .....</b>	<b>180</b>
<b>Bibliografía .....</b>	<b>181</b>

## **PARTE IV. .... 185**

Sociedad y cultura del pueblo rapa nui

<b>1. Introducción.....</b>	<b>187</b>
<b>2. Historia de Rapa Nui .....</b>	<b>188</b>
2.1 La antigüedad .....	188
2.2 La colonización .....	190
2.3 Inserción en la sociedad nacional .....	197
<b>3. La sociedad Rapa Nui .....</b>	<b>200</b>
3.1. Ser rapanui. Identidad, pertenencia y diferencia.....	200
3.2. Relaciones de parentesco y filiación.....	206
3.3. Economía, trabajo y nuevas estructuras sociales .....	209
3.4. Territorialidad .....	212
3.5. Relación con el Estado y organización social .....	218
3.5.1. <i>Conflictos con el estado</i> .....	220
3.6. Lengua rapanui .....	223
3.7. Religión, festividades y ritualidades .....	225
3.7.1. <i>Festividades</i> .....	226
3.7.2. <i>Música, baile, fiestas, alcohol y drogas</i> .....	227
3.8. Justicia y derecho propio rapanui .....	230
3.8.1. <i>Derecho propio rapanui</i> .....	232
<b>4. Conclusiones.....</b>	<b>235</b>
<b>Bibliografía .....</b>	<b>235</b>



# Presentación

---

La Defensoría Penal Pública tiene como misión legal la representación jurídica penal de todos los imputados que por cualquier motivo carezcan de abogado. Sin embargo, dicha tarea demanda distintos esfuerzos y recursos cuando la defensa se realiza para un imputado perteneciente a un pueblo originario.

Conforme a las normas internacionales vigentes, los indígenas poseen una serie de derechos específicos, tanto individuales como colectivos. Estos últimos se refieren a la facultad de los Pueblos Indígenas para determinar su organización política y económica, y aquellos derechos que se ejercen de manera colectiva, como el territorio o el derecho a consulta y participación. En el ámbito de los derechos individuales, “[...]a construcción del discurso de los derechos de los indígenas se ha articulado en el sistema interamericano de derechos humanos en torno a dos ideas: la obligación de garantizar el pleno goce y ejercicio de los derechos establecidos en la Convención Americana sobre Derechos Humanos (en adelante “la Convención” o “CADH”) y el principio de igualdad y no discriminación”. En el ámbito de la justicia –que es el que nos interesa especialmente–, esto consiste en el compromiso que han asumido los Estados de remover los obstáculos que permitan a los indígenas un adecuado acceso a la justicia en condiciones de igualdad.

En el ámbito penal, el hecho de que el imputado pertenezca a un pueblo indígena supone en muchos casos que posea una visión del mundo diferente; por ende, aspectos culturales, costumbres, tradiciones, etc. juegan un importante rol en la explicación de un actuar delictivo determinado, y debieran ser considerados a la hora de atribuir responsabilidad penal. Una de las funciones del defensor, consiste precisamente en que esa perspectiva sea tenida en cuenta a la hora del juzgamiento.

La Defensoría Penal, con el objeto de cumplir adecuadamente la obligación de brindar una defensa penal pertinente y eficaz ejecuta, desde el año 2011, una defensa especializada en materia indígena. Diseño que se articula con la instalación de la Defensoría Penal Mapuche en la Región de La Araucanía en el año 2001 y de 9 facilitadores interculturales bilingües en las regiones que correspondían a los territorios históricos de los Pueblos Indígenas que habitan en el país.

El presente documento reúne diversos estudios encargados por la Defensoría Penal Pública a expertos y expertas del área. La primera parte, contiene un informe en derecho elaborado por el Profesor Salvador Millaleo, que se refiere a las posibilidades de uso del *derecho propio* en las defensas penales. Los restantes capítulos contienen y sistematizan los principales aspectos culturales e históricos de los Pueblos Mapuche, Rapa Nui y del Norte (Aymara, Quechua y Likannantay).

Estos informes contienen información fundamental, que entrega un contexto a la defensa especializada además de insumos necesarios para elaborar estrategias de defensa y contenido a las *defensas culturales*, cuando sean aplicables. Se han de reunido en uno sólo volumen para facilitar su consulta y divulgación.

Esta publicación constituye por lo dicho, un esfuerzo que apunta a otorgar una defensa especializada a los imputados indígenas que son asistidos por la Defensoría Penal Pública, y se enmarca dentro de la misión institucional, tal como los logros antes señalados.

## PARTE I.

---

Informe en Derecho:  
Derecho Consuetudinario indígena y  
Derecho Penal estatal en Chile: sentido y  
alcance del artículo 54 de la Ley indígena  
y el reconocimiento de la costumbre como  
eximente y atenuante, a la luz del Convenio  
169 de la OIT y la Declaración Universal de  
Derechos de los Pueblos Indígenas”.\*

---

\* Este informe en derecho fue elaborado por el profesor Salvador Millaleo Hernández. Doctor Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales por la Universidad de Chile, Abogado. Doctor en Sociología, Universidad de Bielefeld, Alemania. Docente, Facultad de Derecho, Universidad de Chile.



### 1. Introducción: cultura y derecho penal

En algunos países antiguamente colonizados, las élites dirigentes, apoyándose en los valores de los antiguos colonizadores, intentan aplicar forzosamente estos valores a los pueblos originarios.<sup>1</sup> Esto ha sucedido en las Américas, así como en África, donde los estados nacionales fundados construyen sus sistemas legales basándose principalmente en los valores de los antiguos, impregnando con ellos las leyes penales y su aplicación a todos los pueblos que viven dentro de los límites de esos estados nacionales.

En cada uno de esos casos, pueden darse situaciones en que una persona no comparte los valores culturales incorporados en las normas defendidas por el Estado y realiza acciones que son valoradas de manera distinta en el sistema legal que en la forma de vida cultural a la cual pertenece.

La situación más usual es el conflicto con las valoraciones incorporadas en los sistemas penales estatales modernos de Occidente. Sin embargo, también ha sucedido en sistemas penales orientados por culturas diferentes, cuando se imponen dichos sistemas a pueblos y grupos étnicos con culturas subalternas o minoritarias, como sucede con el derecho islámico en muchos países de África del Norte.

La otra situación de conflicto consiste en aquella que puede surgir debido a acciones que chocan con el sistema penal del país receptor de migración, realizada por migrantes y orientadas por las culturas de los lugares de origen.

El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966, en su artículo 27°, reconoce el derecho de las personas que pertenezcan a minorías étnicas, religiosas o lingüísticas, compartido con los demás miembros del grupo, a tener su propia vida cultural, a profesar y a practicar su propia religión y a emplear su propio idioma. Se trata de un derecho con dos vertientes reconocibles: una dimensión individual que se refiere al derecho que le corresponde a los miembros de tales minorías a tener su propia vida cultural, su propia religión y a emplear su propio idioma, y que obliga al Estado a abstenerse de interferir en tales exteriorizaciones de los individuos, así como permite a los Estados, bajo ciertas circunstancias, a adoptar medidas de acción positiva para garantizar su ejercicio; una dimensión colectiva, manifestada en la reivindicación de la cultura como elemento de identidad grupal en el contexto más amplio del Estado en el que se integra una comunidad humana.<sup>2</sup>

1 Van Broeck, Jeroen (2001), Cultural Defense and Culturally Motivated Crimes (Cultural Offences). *European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice*, Vol. 9, Nº 1, 1-32, p. 6.

2 Torres Fernández, María Elena (2013), Identidad, Creencias y Orden Penal: La Eximente Cultural. *AFDUAM*, Nº 17, 400-449, p. 407

De acuerdo a la clásica teoría de Max Ernst Meyer,<sup>3</sup> la cultura de los sujetos determina el acceso y reconocimiento de las normas penales, ya que las normas de cultura intermedian dicho reconocimiento. Las normas culturales actúan como vehículo de transmisión de los deberes jurídicos en cada situación social, por lo que las posibilidades de motivarse por la norma penal van a estar mediatizadas por la coincidencia entre la norma jurídica y la norma de cultura.

Debido a lo anterior, la pertenencia y socialización en una cultura diferente puede condicionar de manera significativa la situación en la que el sujeto se motiva para cometer un hecho punible, y por ello, condicionar el reproche de responsabilidad en la comisión de ese hecho.

La teoría del derecho penal ha promovido un modelo unitario de responsabilidad penal, que sirve de legitimación en el predominio de la posición ideológica adoptada por la “escuela clásica” del derecho penal.<sup>4</sup> Desde ese punto de vista, existe una plena responsabilidad moral del autor y, por lo tanto, no se diferencia a los destinatarios de las normas penales en función de su pertenencia o no a un grupo cultural o étnico, o según los antecedentes culturales específicos del acto.

Sin embargo, los fenómenos de la migración, presencia o remergencia de minorías étnicas colonizadas, han confrontado al derecho penal con una diferenciación cultural significativa, donde la teoría penal es asociada a una cultura jurídica y social dominante que es confrontada por otras perspectivas culturales.

La diferenciación cultural implica la convivencia en un espacio social de varios colectivos sociales distintos entre sí, con formas de vida que distinguen a esos colectivos. Esta diferenciación puede surgir como una de las consecuencias de la colonización, en la cual un colectivo cultural nativo – la sociedad receptora –, es violentado por un colectivo foráneo que lo domina, imponiendo su cultura y sistema normativo. También puede surgir por la inmigración, en el cual existen personas o grupos que se insertan en otras sociedades, donde estas últimas hacen de receptoras y son quienes imponen su cultura y sistema normativo. Las relaciones que resultan en ambos casos son asimétricas y caracterizadas por la dominación y la subordinación cultural.

La diversidad cultural puede ser enfrentada por el sistema jurídico-penal con tres actitudes distintas:<sup>5</sup> indiferencia, tolerancia e intolerancia.

La indiferencia ante la diversidad cultural es la actitud predominante en los sistemas penales. Esto implica la ausencia generalizada de disposiciones que excluyan, agraven o atenúen las sanciones criminales por hechos punibles cometidos

---

3 Cfr. Meyer, Max (2000), *Normas Jurídica y Normas de Cultura*. Buenos Aires: Hammurabi.

4 Bernardi, Alessandro (2014), Responsabilité pénale et société multiculturelle. L'expérience italienne. *Archives de Politique Criminelle*, Vol. 36, N° 1, 181-198.

5 Bernardi, Alessandro, op. cit., p. 504.

## ASPECTOS CULTURALES DE LA DEFENSA DE IMPUTADOS INDÍGENAS

por motivaciones culturales de sujetos pertenecientes a minorías o grupos culturales específicos.

La intolerancia consiste en la persecución de las formas de calificación y resolución de conflictos que son ajenas al Estado. Esto coincide con modelos de política cultural asimilacionista, muy difundidas en los primeros momentos de la colonización o absorción de grupos culturales diferentes, y caracterizadas no sólo por la denegación de las diferencias culturales, sino también por la persecución de las prácticas diferenciadas – al menos en público – y la persecución de los guardadores de dichas prácticas – la autoridades tradicionales.

Junto con una actitud renuente frente a la diversidad cultural, podemos encontrar tres formas positivas –de tolerancia– del sistema penal de incorporar la diversidad cultural:

Desarrollo progresivo de sistemas normativo-criminales paralelos, a saber, el reconocimiento de la existencia - junto a las reglas estatales aplicables en el ámbito penal a la mayoría de los ciudadanos - de un derecho criminal, a menudo alejado de las medidas punitivas, orientado a la justicia restaurativa, y fundado en principios derivados de las costumbres arraigadas de los grupos étnicos locales y aplicable sólo a los que pertenecen a estos. En estos casos existen disposiciones para tribunales especiales y procedimientos especiales de castigo en virtud del derecho consuetudinario indígena, con el fin de salvaguardar costumbres, tradiciones y valores de los pueblos indígenas.

Canadá y otros países anglosajones, desde el comienzo de los años 90 del siglo pasado, han reconocido los sistemas penales indígenas. Australia, Nueva Zelanda y los Estados Unidos han seguido esta práctica. Colombia reconoció en su Constitución de 1991 a las jurisdicciones indígenas especiales, a las que empodera para adjudicar en relaciones de los indígenas en base a su propio derecho consuetudinario. Perú, con la Ley de Comunidades Campesinas de 1987, introdujo procedimientos especiales para las sanciones también de carácter consuetudinario.

En el caso de las naciones indígenas, el reconocimiento a los sistemas de justicia indígenas ha sido impulsado por razones de justicia correctiva que buscan reparar los efectos destructivos de la colonización que subyugó a aquellos.

También respecto de las comunidades gitanas o Rom –donde quiera que se establecen– se empieza a reconocer las costumbres de llevar las disputas ante sus “sabios”.

El segundo enfoque consiste en la renuncia a aplicar ciertas normas de derecho penal sustantivo a las personas que pertenecen a ciertos grupos nativos. Así, por ejemplo, en muchos países angloparlantes, a los miembros de las primeras naciones indígenas nativo-americanas se les permite comportarse de maneras que se prohíben a cualquier otra persona, generándose un tratamiento legal especial, como excepción a las normas generales, basadas en la cultura.

En el Reino Unido, la Shops Act de 1950, permite a los comerciantes judíos abrir los domingos, sin ser sancionados, la Road Traffic Act de 1988, en su art. 16.2 permite a los Sikhs conducir una moto sin portar casco si es que llevan su turbante, así como la Employment Act de 1989, también permite a los Sikhs no usar casco de seguridad si llevan su turbante. La Slaughter of Poultry Act de 1967 y la Slaughterhouses Act de 1974 autorizan a los judíos y musulmanes a matar a los animales según sus tradiciones, aunque se opongan a las normas penales generales que protegen a éstos. En el Estado federado de Rhode Island se admite especialmente el matrimonio entre tío y sobrinas en la comunidad judía, el cual es considerado incestuoso en los otros casos.

En muchos estados con minorías indígenas, la legislación penal prevista para delitos culturales por autores pertenecientes a estas minorías busca, dentro de los límites de lo posible, el respeto a su especificidad. Especialmente, en relación con el derecho penal sustantivo, los miembros de los grupos indígenas pueden quedar a veces bajo leyes específicas, que permiten comportamientos que de otra manera pueden ser considerados delitos penales.

El tercer fenómeno consiste en que, en caso de violación de las leyes penales, la culpabilidad de los miembros de las minorías indígenas podría en ciertos casos ser disminuida o incluso completamente descartada cuando son cometidos por motivos culturales. En este caso la responsabilidad individual se diluye en la responsabilidad colectiva del grupo al que el autor pertenece – no perseguible por el derecho penal moderno – que determina el conflicto entre las normas culturales y el derecho penal moderno. Este es el enfoque de las defensas culturales frente a delitos orientados por motivos culturales, las cuáles han sido elaboradas por la dogmática jurídico-penal de diversas maneras, incluyendo el concepto de error culturalmente condicionado del Código Penal Peruano.

Nuestra investigación –debido a la naturaleza del encargo y del mandante de este estudio - se centrará en ésta última forma de tratar la diversidad cultural en relación al derecho penal, entendiendo, desde la perspectiva del derecho penal estatal, como se incorpora dicha diversidad o pluralismo en las normas y decisiones de la justicia penal estatal chilena.

## 2. Pluralismo jurídico y derecho consuetudinario de los pueblos indígenas

El derecho internacional de los derechos humanos, reconoce a los pueblos indígenas su derecho a crear, modificar y extinguir su propio derecho.

El preámbulo del Convenio N° 169 de la Organización Internacional del Trabajo, sobre derechos de los pueblos indígenas y tribales en países independientes:

*“Reconociendo las aspiraciones de esos pueblos a asumir el control de sus propias instituciones y formas de vida y de su desarrollo económico y a mantener y*

## ASPECTOS CULTURALES DE LA DEFENSA DE IMPUTADOS INDÍGENAS

*fortalecer sus identidades, lenguas y religiones, dentro del marco de los Estados en que viven.”*

Existe una disposición por parte de los organismos internacionales y de varios de sus Estados miembros a reconocer una autorregulación jurídica por parte de las comunidades, para que se puedan desarrollar plenamente de la forma que mejor lo estimen, y que se evite pasar por alto sus costumbres y creencias.

### 2.1. Derecho consuetudinario indígena y derecho indígena: clarificaciones conceptuales

Tanto, en la Ley N° 19.253, como en el Convenio N° 169 de la O.I.T., el término costumbre es utilizado con el fin de constituir todos los elementos que corresponden al derecho indígena; “*La costumbre constituye el derecho mismo de los Pueblos Indígenas*”.<sup>6</sup>

La costumbre jurídica podemos definirla como “*ciertas prácticas y procedimientos que suelen ser recurrentes en la resolución de disputas entre los vecinos de una comunidad, o grupo étnico, y a los principios o normas que el grupo valora ante un determinado hecho*”<sup>7</sup>. También se define como una “*regla de organización comunitaria enraizada en una visión cosmológica*”<sup>8</sup>.

La definición clásica de John Gilissen ha indicado la costumbre jurídica como “*un conjunto de usos de orden jurídico, que han adquirido fuerza obligatoria dentro de un grupo socio-político determinado, por la repetición de actos públicos y pacíficos dentro de un lapso relativamente largo*.”<sup>9</sup>

Raquel Yrigoyen ha observado la noción de costumbre en cuanto su utilización tiene una raíz colonial. Para Yrigoyen, la noción de costumbre implica una subvaloración y estatus inferior derivada de la situación colonial. La noción se remonta a la permisión restringida de los “usos y costumbres indígenas” que no violaren la ley divina y natural, ni afectasen el orden económico-político colonial ni la religión católica. De acuerdo a Yrigoyen, se permitió en el período colonial a las autoridades indígenas administrar justicia dentro de los pueblos de indios pero sólo para los casos entre indígenas y de carácter menor; los casos mayores debían pasar

6 Cuevas Gayosso, José Luis (2010), Derechos indígenas. Antecedentes y perspectivas en el concierto jurídico nacional. La aplicación formal de sus usos y costumbres. *Letras jurídicas: revista de los investigadores del Instituto de Investigaciones Jurídicas* U. V., N° 22, 45 – 63, p. 50.

7 Sierra, María Teresa. (1992) Conflicto y transacción entre la ley y la costumbre indígena. *Crítica Jurídica. Revista Latinoamericana de Política, Filosofía y Derecho*, N° 11, 97 – 103, p 98.

8 Gonzalez Galván, Jorge Alberto. (2001), *Derecho Nayerij. Los sistemas jurídicos indígenas en Nayarit*. México: Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas. p. 18.

9 “*Un ensemble d’usages d’ordre juridique, qui ont acquis force obligatoire dans un groupe socio-politique donné, par la répétition d’actes publics et paisibles pendant un laps de temps relativement long*”, Gilissen, John (1982), *La Coutume*. Brussels: Brepols Tirnhout-Belgiump.

al corregidor español.<sup>10</sup> Por otra parte, la costumbre indígena se refiere a prácticas tradicionales, repetidas por largo tiempo – en su mayoría inmemoriales - y aisladas.

Frente y a partir del concepto de costumbre indígena se ha desarrollado el concepto de derecho consuetudinario. Rodolfo Stavenhagen ha señalado que el derecho consuetudinario es un “conjunto de normas y reglas de comportamiento y de convivencia social que contribuyen a la integración de la sociedad, al mantenimiento del orden interno y a la solución de conflictos (incluyendo un sistema de sanciones para quienes violen estas normas)...que no ha sido creado por el Estado, a través de sus órganos correspondientes, en ejercicio de su poder soberano”.<sup>11</sup>

La costumbre consiste en reglas, las cuales sirven para ordenar la sociedad y que no provienen del Estado, pero formando un tipo de orden normativo más o menos sistemático. La distinción con una norma del tipo legal, es que el derecho estatal es impuesto por un poder superior, el Estado, mientras que el derecho consuetudinario deriva de la cultura, consistiendo en un desarrollo histórico en conjunto.

Sin embargo, Raquel Yrigoyen cuestiona que el concepto también tiene también una raigambre colonial, pues implica la existencia de un orden normativo de menor desarrollo que el derecho estatal, es decir, que no tiene posibilidades de cambiar sus reglas, con vaguedad en cuanto a sus procedimientos de resolución de disputas y más o menos carente de autoridades que adjudiquen dichas disputas.<sup>12</sup> En la visión hartiana del concepto del derecho, se trataría de un orden legal que carecería de reglas secundarias – de reconocimiento, cambio y adjudicación - y, por tanto, adolecería de incertidumbre, excesiva fijación o inmodificabilidad e ineficacia de la presión social para su cumplimiento.<sup>13</sup>

El derecho consuetudinario indígena es un derecho societal, generado a través de un modo de producción normativa no estatal, y que se basa en la construcción y desarrollo de prácticas legales no escrituradas de índole tradicional - o costumbres jurídicas - por parte de las comunidades y pueblos indígenas. La costumbre jurídica indígena, independiente del valor que le atribuye el sistema jurídico estatal, constituye un conjunto de reglas legales tradicionales que poseen eficacia para las comunidades y pueblos indígenas.

Un elemento importante del derecho consuetudinario consiste en que la cultura legal no requiere ser escriturada. Su transmisión es del tipo oral, surge y se desarrolla en el pueblo que la reconoce, y se adopta por el hecho de convivir con

---

10 Yrigoyen Fajardo, Raquel (1999), *Pautas de Coordinación entre el Derecho Indígena y el Derecho Estatal*. Guatemala: Fundación: Myrna Mack, cap. 1.

11 Stavenhagen, Rodolfo (1988), *Derecho indígena y derechos humanos en América Latina*. México: El Colegio de México, p. 99

12 Yrigoyen, Raquel, Op. cit.

13 Hart, Herbert (1961), *The Concept of Law*. Oxford: Clarendon Press. Cap. V.

## ASPECTOS CULTURALES DE LA DEFENSA DE IMPUTADOS INDÍGENAS

este pueblo o etnia. La codificación, y antes aún, la positivización del derecho ha relegado a los elementos que no poseen una fuente escriturada, a su inexistencia o minusvaloración, al punto que desconocen que estas sean parte de la realidad cotidiana, pero *“el hecho que no consten disposiciones o normas escritas que recojan el pensamiento jurídico de los pueblos originarios en los códigos liberales positivistas no significa que el Derecho Indígena haya desaparecido, por el contrario en la actualidad con más fuerza empieza a resurgir, no como moda del momento, si no por un estado de necesidad impostergable, ante las evidentes limitaciones que adolece la legislación positiva oficial, su escasa efectividad y el incontrastable vacío de legislación en torno a los pueblos indígenas.”*<sup>14</sup>

La evolución de las prácticas legales indígenas plantea una diferencia conceptual entre el concepto de derecho consuetudinario y el concepto de derecho propio o derecho indígena.

Se ha cuestionado que el concepto de costumbre indígena implica una reducción de las prácticas legales de los pueblos indígenas a un derecho no escrito. A excepción de aquellos pueblos indígenas que viven en completo aislamiento del mundo exterior, en los regímenes jurídicos de los pueblos indígenas y sus comunidades han sido influenciados por el contacto con los colonos, misioneros, autoridades nacionales, organizaciones no gubernamentales, organizaciones internacionales, etc. Este contacto ha significado la pérdida o modificación de algunos aspectos del derecho consuetudinario y la incorporación de los principios jurídicos externos que pueden reflejarse en diversas fuentes escrituradas. El conjunto de las prácticas consuetudinarias con estos nuevos elementos de derecho que sirven para regular las relaciones entre los indígenas, son denominadas “derecho indígena” como un concepto superior al de derecho consuetudinario.<sup>15</sup> Lo que constituye el derecho indígena consiste en definitiva en el resultado de la auto comprensión jurídica de un pueblo. Donde se ha reconocido el autogobierno tribal de los pueblos indígenas, se incorporan al derecho que regula a los pueblos indígenas aquellas decisiones de las instituciones de autogobierno tribal que consten por escrito, decisiones de la jurisdicción indígena y adaptaciones de leyes estatales o internacionales en virtud de decisiones de los autogobiernos indígenas<sup>16</sup>.

Por otra parte, el concepto de derecho consuetudinario – basado en el concepto de costumbre indígena – oculta varios rasgos fundamentales de la estructura de los sistemas jurídicos indígenas. En primer lugar, las fuentes normativas no se reducen sólo a prácticas comunitarias consuetudinarias, sino que implican desde

14 Pérez Guartambel, Carlos (2010), *Justicia Indígena*. Ecuador: Universidad de Cuenca, Confederación de Nacionalidades Indígenas del Ecuador CONAIE, ECUARUNARI. p. 105.

15 Tobin, Brendan & Taylor, Emily (2009), *Across the Great Divide: A case study of complementarity and conflict between customary law and TK protection legislation in Peru*. Initiative for the Prevention of Biopiracy Research Document, Year IV, N°11.

16 Tobin, Brendan (2014), *Indigenous Peoples, Customary Law and Human Rights – Why Living Law Matters*. New York & London: Routledge & Earthscan. p. 9.

un inicio tradiciones que pueden ser parcialmente escrituradas y donde se reflejan principios filosóficos, morales y religiosos de los pueblos indígenas. En segundo lugar, como ya indicamos, incluyen fuentes escrituradas fruto de la evolución del derecho indígena, incorporando decisiones jurisprudenciales de las autoridades de la jurisdicción indígena, normas generales surgidas de acuerdos o decisiones comunitarias distintas a la adjudicación y normas adoptadas desde el derecho positivo estatal. En tercer lugar, la noción de costumbre jurídica sugiere la reproducción de prácticas legales durante un tiempo más o menos prolongado, soslayando el hecho que el derecho indígena puede cambiar de manera bastante rápida cuando tiene claras estructuras organizacionales que cuidan de él y cuyo efecto es posibilitar la contingencia de la normatividad que rige a los indígenas. En cuarto lugar, el carácter definitorio del derecho indígena no es su modo de creación – en su mayor parte consuetudinario-, sino su aceptación como norma de conducta propia por las comunidades y pueblos indígenas, según sus propios criterios o regla de reconocimiento. Por ello, el derecho indígena es un derecho propio de las comunidades y pueblos indígenas, independiente de su modo de creación.

En la actualidad, la Declaración de Derechos de los Pueblos Indígenas de la ONU ha distinguido entre “costumbres” o “sistemas jurídicos”, en sus artículos 34° y 40°, posibilitando entender que el reconocimiento a los sistemas y prácticas legales indígenas no se refiere tanto a su modo de producción – como costumbre – como a su función dentro de las sociedades indígenas – como sistema jurídico.

El derecho indígena debe ser visto, en todo caso, como un cuerpo en constante evolución de la legislación en la que se están creando constantemente nuevos elementos. Las costumbres jurídicas del derecho consuetudinario pueden describirse como contradictorias muchas veces, heterogéneas, fluidas, cambiantes, emergentes, y sin límites definitivos, entre otras características que tienen como objetivo captar la indeterminación del concepto. Pero además, la evolución de las prácticas legales indígenas implican el surgimiento de fuentes normativas no consuetudinarias, especialmente en pueblos en los cuales, ya sea por su propia contextura institucional, o por el reconocimiento estatal, existen estructuras organizacionales que crean derecho y lo adjudican de manera escrita.

El derecho indígena es una acumulación de prácticas históricas que han sido definidos y aplicados localmente por una comunidad y sus autoridades. Está organizado de manera integral sobre el territorio y no de manera atomizada en áreas aisladas.<sup>17</sup>

Ahora bien, la inexistencia en Chile de formas de fijación o siquiera de investigaciones sistemáticas sobre el derecho indígena aún eficaz, además de la re-

---

17 Albó, Xavier (2003), *¿Cómo Manejar la Interculturalidad Jurídica en un País Intercultural?* Instituto de la Judicatura de Bolivia (ed.), Justicia Comunitaria en los pueblos originarios de Bolivia. Sucre: Instituto de la Judicatura de Bolivia, p. 90.

## ASPECTOS CULTURALES DE LA DEFENSA DE IMPUTADOS INDÍGENAS

ferencia a la costumbre indígena en la ley indígena, y de la indeterminación de autoridades propias indígenas de creación y cuidado del derecho – por falta de reconocimiento estatal y el influjo del monismo jurídico - hace que el concepto de derecho consuetudinario sea la noción más empleada, antes que el de derecho indígena. En este estudio, emplearemos de esa manera ese concepto antes que el derecho indígena.

Rodolfo Stavenhagen, refiriéndose al concepto de derecho consuetudinario, proporciona cuatro razones por las cuales este derecho es importante para los pueblos indígenas para América Latina:<sup>18</sup>

El derecho consuetudinario es considerado como una parte central de la estructura y cultura de un pueblo.

El derecho consuetudinario constituye, junto a la lengua, un elemento básico en la identidad étnica de un pueblo.

Este derecho condiciona las relaciones entre los pueblos indígenas y el Estado, influyendo en su posición en la sociedad mayor.

Repercute en la forma en que los individuos indígenas gozan o carecen de sus derechos individuales y colectivos.

El ámbito jurídico en las sociedades que se regulan por el derecho consuetudinario, de acuerdo a Stavenhagen, consiste en lo siguiente:<sup>19</sup>

- 1) Normas generales de comportamiento público.
- 2) Mantenimiento del orden interno.
- 3) Definición de derechos y obligaciones de los miembros.
- 4) Reglamentación sobre el acceso a, y la distribución de, recursos escasos (agua, tierras, etc.).
- 5) Reglamentación sobre transmisión e intercambio de bienes y servicios (herencia, trabajo, etc.).
- 6) Definición y tipificación de delitos, distinguiéndose generalmente los delitos contra otros individuos y los delitos contra la comunidad o el bien público.
- 7) Sanción a la conducta delictiva de los individuos.
- 8) Manejo, control y solución de conflictos y disputas.
- 9) Definición de los cargos y las funciones de las autoridades públicas.

18 Stavenhagen, Rodolfo (1991), *Introducción al Derecho Indígena*. In: VV.AA., Cuadernos del Instituto de Investigaciones Jurídicas. I Jornadas Lascasianas: Derechos humanos de los pueblos indígenas, de Instituto de Investigaciones Jurídicas. México D.F.: UNAM, p. 303.

19 Stavenhagen, op. cit., p. 306.

El trabajo de la ley y el derecho internacional ha sido el reconocimiento de este elemento, más la jurisprudencia ha tenido ciertos reparos a la hora de considerar a la costumbre como fuente de derecho.

El Código Civil en el artículo 2° prescribe que:

*“La costumbre no constituye derecho sino en los casos en que la ley se remite a ella”*

El caso en cuestión es que la Ley N° 19.253 se remite expresamente a los usos y costumbres, al igual que el Convenio N° 169 de la OIT. A partir de allí, el problema no ha sido tanto el reconocimiento legal que se requiere para poder aplicar la costumbre como elemento constitutivo de derecho, sino la acreditación y valoración de la costumbre como elemento que deba ser considerado a la hora de fallar un caso judicial.

Son múltiples los casos en que se problematiza en torno a una acreditación de la misma. Cuando la costumbre es invocada en los casos de índole penal, se requiere probar, como todo elemento que sirva de base a una eximente o atenuante. El caso puntual de la costumbre se acredita por medio de informes periciales antropológicos especializados, los cuales han suscitados problemas constantes: Primero, por ser el único medio de prueba con el que se cuenta para acreditar un elemento cultural como costumbre; y segundo, al mismo tiempo, por ser considerado tan irrelevante por la jurisprudencia apelando a que éste es un documento poco fiable, por ser la misma antropología una ciencia no exacta.<sup>20</sup>

Así, ha sido conflictiva la consideración de los medios de prueba adecuados para acreditar la costumbre indígena en un juicio, cuál es el medio de prueba que poseerá plena valoración en un litigio penal<sup>21</sup>.

## 2.2. Monismo y pluralismo jurídico

El monismo o centralismo jurídico se enmarca en un *“sistema jurídico existente cuando las normas jurídicas son un producto exclusivo del Estado”*<sup>22</sup>. Esta idea consiste en que todo lo que sea producido fuera del Estado no es, ni será derecho, a menos que éste lo apruebe o considere. Es una idea rígida, clásica de un período de estatalización del derecho, el cual se atribuye el monopolio de su producción y control.

---

20 Castro Lucic, Milka y Vergara Montoya, Juan (2009), *Jurisprudencia indígena. Cosmovisión y Legislación*. Santiago: Programa de Antropología Jurídica, Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, pp. 75 - 76

21 *Ibid.*, pp. 75 - 76.

22 Sánchez-Castañeda, Alfredo (2006), *Los Orígenes del Pluralismo Jurídico*. In: González, Nuria (Ed.), *Estudios Jurídicos en Homenaje a Marta Morineau*, T. I: Derecho Romano. Historia Del Derecho. México: UNAM [<http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/4/1855/29.pdf>], fecha de consulta: 26 de octubre de 2015.

## ASPECTOS CULTURALES DE LA DEFENSA DE IMPUTADOS INDÍGENAS

Descansa en la idea de que si no es el Estado el único origen del derecho, no existiría uniformidad en el sistema. Es en el hecho de que exista solo un ente productor de derecho, que descansa la idea de que así será igual para todos, *“la clase dominante utilizará la ideología del centralismo legal con el propósito de presentar sus intereses como universales y, por consiguiente, generales de la sociedad toda”*<sup>23</sup>.

Esta ha sido la idea predominante en el mundo entero. Es común pensar que la producción de las leyes se encuentra reservado para aquellos que ostentan el poder estatal. A modo de ejemplo, en Chile, la producción del derecho está ligado al Poder Legislativo y Ejecutivo, y su control por parte principalmente del Judicial. Al fin y al cabo, es el Estado quien se reserva las potestades de creación y aplicación del derecho, facultado por la misma Constitución en su artículo 24°, 54°, 65° y 76°, entre otros.

Por años, los sistemas jurídicos han funcionado en base a esta idea, evitando que la comunidad, o más claramente, grupos ajenos al Estado sean capaces de ser protagonistas en la creación y control del derecho. Sería bueno aclarar que esta afirmación no es absoluta, puesto que existen ciertas concesiones que se entregan a los grupos intermedios, pero siempre supeditados al poder superior de la Constitución y las leyes.

Como una respuesta a este tradicional sistema aparece el conocido pluralismo jurídico que *“implica la idea de que, junto al Derecho estatal, existen otros ‘derechos’ u otros sistemas jurídicos, los cuales coexisten con aquél, unas veces armónicamente y otras en conflicto, pero que, en cualquier caso, viven con independencia del derecho estatal”*<sup>24</sup>. Aclaremos, no es que hasta que esta teoría toma forma, los demás órganos creadores y controladores de derecho comienzan a existir o a ser efectivos, es solo que este paradigma los reconoce como un equivalente al Estado, en materia de producción de derecho. Lo que busca el pluralismo es *“(desmitificar) esta visión (centralismo legal) con el propósito de romper jerarquías y develar las relaciones de poder dentro de una pluralidad de derechos como un hecho empírico”*<sup>25</sup>

El pluralismo jurídico, nace por la dicotomía que existe entre igualdad y dominación<sup>26</sup> por parte de los distintos grupos que existen dentro de un Estado. Al fin y al cabo, la existencia de realidades multiculturales se traduce en intenciones del pluralismo *“porque cada grupo social se organiza conforme a su particular cos-*

23 Prieto Montt, Manuel José (2012), Una invitación al pluralismo jurídico. *Revista de Derecho*, Universidad Austral de Chile, Vol. 25, N° 1, 25-45, p. 30.

24 Arnaud, André-Jean & Fariñas Dulce, María José (1996), *Sistemas jurídicos: elementos para un análisis sociológico*. Madrid: Editorial Universidad Carlos III de Madrid.

25 Prieto Montt, Manuel José, op. cit., p.32.

26 Bertini, Leonello & Yáñez, Nancy (2013), Pluralismo jurídico: derecho indígena y justicia nacional. *Anuario de Derechos Humanos*, N° 9, 151-160, p. 153.

*movisión y patrones culturales, para la consecución de fines comunes entre sus integrantes.*"<sup>27</sup>

Podemos dividir las formas de ejercicio del pluralismo en una dimensión externa y otra interna.

### **2.2.1. Dimensión externa**

Es cierto que Estados externos no pueden originar derecho en otros, pero los acuerdos que se generan entre estos sí. El origen de los tratados internacionales, o más aún, el derecho internacional radica en la manifestación de voluntad de los Estados. Pero existen tratados multilaterales que comúnmente se originan en comisiones y organizaciones que no representan a ningún Estado en particular, si no, a intereses superiores, intereses internacionales.

La producción de derecho fuera del Estado posee reconocimiento por estos, pero con limitaciones. Por ejemplo, para poder aplicar tratados y convenios internacionales estos deben ser aprobados internamente, por el Congreso en nuestro caso (artículo 54° de la Constitución Política de la República de Chile), y sin el desarrollo del procedimiento correspondiente, no es exigible al Estado de Chile ninguna obligación internacional. El hecho es que, aunque la aprobación sea interna, el Estado no puede modificar el tratado, ya que éste debe ser aceptado íntegramente, y en realidad lo que sucede es una adopción de normas, más que una creación. Este es un caso de pluralismo, al producirse normas y principios fuera de nuestras fronteras y adicionarlos a nuestro ordenamiento interno.

Otro caso de pluralismo externo, es la existencia de tribunales internacionales, donde la decisión y el conocimiento de estas causas son puestas a disposición de otros organismos ajenos a cualquiera de control estatal interno. Al fin y al cabo, las normas de carácter internacional se hacen exigibles por otros Estados y protegidos por altas cortes internacionales, con el único fin de evitar casos de abuso de poder, en los cuales el Estado como único poder soberano, hacía mal uso de éste y acababa excediéndose en sus atribuciones sin contar con ninguna contrafuerza que equilibre ese poder.

### **2.2.2. Dimensión interna**

Internamente también existen entes que buscan crear derecho, fuera del sistema estatal. Por ejemplo, el caso más recurrente en la actualidad, es el del pluralismo jurídico de los sistemas normativos de las comunidades indígenas.

---

27 Sánchez, Esther (1998), Construcciones epistemológicas para el conocimiento de los sistemas de derecho propio y de las justicias indígenas: el caso colombiano. *América Indígena*, Vol. LVIII, N° 1 y 2, enero-junio, Bogotá, 177-199, p.180.

## ASPECTOS CULTURALES DE LA DEFENSA DE IMPUTADOS INDÍGENAS

Esta situación se ha descrito como un “conflicto entre los pueblos indígenas y el Estado [y] puede leerse como la secular imposición de un sistema jurídico sobre otro”<sup>28</sup>. Es esta disputa entre sistemas lo que nos lleva a buscar una armonización entre ambos. La idea de pluralismo reconoce diversos sistemas dentro de un Estado, que coexisten de una manera no necesariamente conflictiva, si no con múltiples vías de armonización y coordinación.

### 3. El convenio 169, la declaración de derechos de los pueblos indígenas y la ley indígena chilena: avances en aras del pluralismo jurídico

#### 3.1. Convenio 169 y derecho consuetudinario

A veces se sostiene que el pluralismo jurídico abriría las puertas a que cualquier grupo, suficientemente organizado, quisiese comenzar a autorregularse, y crear sus propias normas, principios y tribunales. Sin embargo, este temor pasa por alto que el pluralismo requiere un reconocimiento explícito del derecho positivo internacional o doméstico<sup>29</sup>.

No es sino por el reconocimiento de una norma de derecho internacional, que le reconocemos cierta autonomía y participación a los pueblos indígenas en temas que les atañen. Esto empieza a suceder con el Convenio N° 169 de la OIT.

En el preámbulo del Convenio se reconoce a las comunidades la posibilidad y el derecho a que controlen sus propias instituciones y normas (artículos 8°, 9° y 10°).

Citando el trabajo de Bertini y Yáñez, es así como el Convenio “(impone) al Estado la obligación de respetar el derecho consuetudinario indígena, disponiendo que al aplicar la legislación nacional deberán considerarse las costumbres o derechos consuetudinario indígena”<sup>30</sup>. Existe una expresa instrucción a los Estados que ratifiquen el Convenio de respetar la autodeterminación normativa de estos pueblos. Esta labor no solo afecta al gobierno por medio de políticas públicas, si no, que por sobre todo al Legislativo y Judicial, quienes deben considerar siempre

28 Aylwin, José; Meza-Lopehandía, Matías; Yáñez, Nancy (2014), *Los pueblos indígenas y el derecho*. Santiago: LOM, p. 417.

29 Se ha tomado una postura de positivismo jurídico incluyente. Esto quiere decir que el valor legal del pluralismo jurídico dependería de una regla de reconocimiento - como indica Hart - que establezca los criterios de pertenencia de la reglas al sistema jurídico. en este caso se trata de una regla de reconocimiento más compleja, pues establece la validez de un sistema jurídico - que tiene una regla de reconocimiento propia - y no de una regla individual. Esto quiere decir que hay una meta-regla de reconocimiento, que reconoce el valor de diferentes reglas de reconocimiento y establece sus formas de coordinación.

30 Bertini, Leonello y Yáñez, Nancy, op. cit., p. 154.

los elementos antes mencionados cuando existan casos que afecten o incumban directamente a los pueblos indígenas.

La autodeterminación consiste en “*el derecho de los pueblos a determinar libremente su condición política, entendido tal derecho como la facultad de un pueblo de darse la forma de gobierno que desee*”,<sup>31</sup> y no es posible si existe un poder que subyuga normativamente a otro. La autodeterminación plantea una cuestión de coordinación, y no de subordinación, entre diversos sistemas normativos dentro de un Estado.

El Convenio N° 169 de la OIT, sobre Pueblos indígenas y Tribales en Países independientes, fue aprobado en 1989, y ratificado por Chile en septiembre de 2008. Su tramitación legislativa duró 16 años en el Congreso Nacional, siendo revisado dos veces por el Tribunal Constitucional, en virtud de un requerimiento de constitucionalidad el año 2000, y de un examen de constitucionalidad obligatorio el año 2008.

Su aplicación en Chile ha provocado un amplio debate constitucional y legal que ha incluido las normas relevantes que contiene en materia de justicia, cuales son el artículo 8°, 9° y 10°.

El artículo 8° del Convenio que dispone que:

*“Al aplicar la legislación nacional a los pueblos interesados deberán tomarse debidamente en consideración sus costumbres o su derecho consuetudinario. Dichos pueblos deberán tener el derecho de conservar sus costumbres e instituciones propias, siempre que estas no sean incompatibles con los derechos fundamentales definidos por el sistema jurídico nacional ni con los derechos humanos internacionalmente reconocidos”.*

Por su parte, el artículo 9° N° 1, establece que “*en la medida en que ello sea compatible con el sistema jurídico nacional y con los derechos humanos internacionalmente reconocidos, deberán respetarse los métodos a los que los pueblos interesados recurren tradicionalmente para la represión de delitos cometidos por sus miembros*”.

El art. 10° del Convenio señala:

*“1. Cuando se impongan sanciones penales previstas por la legislación general a miembros de dichos pueblos deberán tenerse en cuenta sus características económicas, sociales y culturales.*

*2. Deberá darse la preferencia a tipos de sanción distintos del encarcelamiento.”*

---

31 Seara, Modesto (1974), *Los límites del principio de autodeterminación de los pueblos*. In: VV.AA., Veinte Años de Evolución de los Derechos Humanos. México: UNAM. Disponible en: <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/2/848/21.pdf>

## ASPECTOS CULTURALES DE LA DEFENSA DE IMPUTADOS INDÍGENAS

En la sentencia Rol N° 309 del año 2000 del Tribunal Constitucional, los requirientes no cuestionaron la constitucionalidad del artículo 8° del Convenio, pero sí se dirigieron contra los artículos 9° y 10°. Respecto al artículo 9° el Tribunal Constitucional señaló que el inciso primero era incompatible con el derecho chileno, pues vulnera el monopolio de la jurisdicción que establece la Constitución en su artículo 73°, pero que no obstante la norma no era inconstitucional pues sujeta su plena vigencia a la reforma del derecho interno (considerando 52° y 55°). Respecto a su inciso segundo, también consideró que era plenamente constitucional pues lejos de vulnerar la igualdad ante la ley, sólo amplía los elementos que el juez debe revisar a la hora el conocimiento y fallo de una causa criminal (Considerandos 54°, 55° y 56°).

En relación al artículo 10° del Convenio, la sentencia Rol N° 309, señala que su inciso primero no lesiona la normativa vigente, sino que se armoniza con las actuales facultades judiciales de apreciar las circunstancias del caso para juzgar de manera correcta (Considerandos 57°, 58° y 59°). En cuanto al inciso segundo del mismo artículo, concluye que esta norma debe entenderse dentro de lo que la ley entrega a la competencia del juez, particularmente cuando esta le permite imponer penas no privativas de libertad o acudir a sistemas alternativos de cumplimiento de condena (Considerandos 60° y 61°).

Respecto del artículo 9°, la Corte de Apelaciones de Concepción el, 2 de mayo del 2014 en la sentencia Rol N° 195-2014, señala que: *“Una sentencia dictada por la comunidad a la que pertenece el imputado o una sanción penal impuesta por ellos, no es compatible con nuestro sistema jurídico nacional, de manera que no tiene aplicación el artículo 9° antes transcrito. (...) Como puede apreciarse, el artículo 9° numeral 1 del Convenio 169 sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes, al ser incompatible con el sistema constitucional chileno de solución de conflictos penales, no puede tener aplicación para la resolución de una causa criminal”*.<sup>32</sup>

Ante la jerarquía normativa, a lo menos supralegal del Convenio –de acuerdo a la larga discusión doctrinaria que ha generado el inciso segundo del artículo 5° de la Constitución de 1980–<sup>33</sup>, cabría pensar que las limitaciones que establece en su

. Consultado: [lunes 26 de octubre de 2015].

32 Citado por Royo, Manuela (2015), Derecho Penal e interculturalidad como manifestación del principio de igualdad. *Política criminal*, Vol. 10, N° 19, 362-389.

33 El Tribunal Constitucional de Chile dictó la sentencia Roles Nos. 2387-12 y 2388-12 acumulados, el 23 de enero de 2013, en ejercicio del control previo y facultativo de constitucionalidad, previsto en el artículo 93 N° 3 de la Constitución, la cual recae sobre la materia referida. El fallo resulta en jerarquizar de manera inferior a la constitución, pero superior a la ley a los tratados internacionales de DD.HH.

El Tribunal Constitucional basó su decisión en los siguientes fundamentos – Según la síntesis de Henríquez, Miriam (2013), Comentario a la Sentencia del Tribunal Constitucional sobre Ley de Pesca que asigna Rango Infraconstitucional a los Tratados de Derechos Humanos. *Revista de Derecho, Escuela de Postgrado*, N° 3, 227 – 234, p. 229:

“a) La Constitución no contiene una mención explícita sobre el rango normativo de los tratados internacionales, ni siquiera cuando éstos versan sobre derechos humanos (considerando duodécimo).

parte b) el artículo 54° de la Ley Indígena, en cuanto a que la costumbre indígena sólo es aplicable entre indígenas, y meramente para crear eximentes o atenuantes, son vulneradoras del Convenio.

En su defensa cabe señalar que, nuevamente desde la perspectiva del derecho estatal interno, el Tribunal Constitucional, en la sentencia rol N° 309 del año 2000,<sup>34</sup> señaló que los únicos autoejecutables del Convenio eran los arts. 6° y 7°, relativos a la consulta y participación indígena, por lo que el artículo 8°, al ser de naturaleza “programática”, no es plenamente aplicable en el derecho interno: al requerir consagración legislativa específica, el artículo 54° de la Ley Indígena queda libre de reparos de constitucionalidad, desde la perspectiva del Convenio, sin perjuicio de que a la luz de la normativa internacional Chile tiene un estándar muy bajo de reconocimiento de la costumbre indígena. Punto aparte son los insalvables escollos de constitucionalidad para aceptar la costumbre como antecedente de agravantes, en vista de la posición del legislador en cuanto a considerar proscrita esa posibilidad por vulnerar el principio “*nulla poena sine legem*” (artículo 19°, N° 3 de la Constitución).

Sin perjuicio de ello, cabe indagar cuál es el rol que debe asumir el juez ante el derecho propio indígena ante un caso concreto. Claramente, cuando el artículo 54° de la Ley Indígena dispone que ella “*constituirá derecho*”, y el artículo 8° del Convenio 169 señala que ella “*deberá tomarse debidamente en consideración*”, entonces tenemos que el juez tiene el deber de considerar a la costumbre indígena como elemento para juzgar. De esta perspectiva, la costumbre es un elemento que el juez debe aplicar atendido el caso concreto.

---

b) Los tratados tienen un rango infraconstitucional al encontrarse sometidos al control previo de constitucionalidad (considerando duodécimo).

c) El rango infraconstitucional de los tratados se ha afirmado por la “jurisprudencia constitucional” iniciada en la sentencia Rol No 46-1987 y proseguida por la sentencia Rol No 346-2002 del Estatuto de Roma, que crea la Corte Penal Internacional (considerando duodécimo). Agregando, además, los Roles Nos. 309- 2000, 312-2000, 1288-2008.

d) El rango de los tratados es infraconstitucional pero supralegal según la doctrina inaugurada por el Profesor Alejandro Silva Bascañán en la Comisión de Estudios para la Nueva Constitución y recogida en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional sobre la materia.

e) Que reconocer jerarquía constitucional a los tratados importaría una posible reforma secundaria de la Constitución, cuestión no prevista en el Capítulo XV de la Carta Fundamental dedicado a la reforma constitucional.”

34 Rol N° 309, Requerimiento Formulado por diversos Diputados para que el Tribunal resuelva la Constitucionalidad del Convenio N° 169, sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes, Adoptado por la Organización Internacional del Trabajo, el 27 de Junio de 1989, de acuerdo al Artículo 82°, N° 2, de la Constitución Política de la República. Disponible en: <http://www.tribunalconstitucional.cl/wp/ver.php?id=310>

[consultado el 10.10.2015].

## ASPECTOS CULTURALES DE LA DEFENSA DE IMPUTADOS INDÍGENAS

### 3.2. Declaración de derechos de los pueblos indígenas (ONU) y derecho consuetudinario

La Declaración de Derechos de los Pueblos Indígenas de la ONU, de 2007, contiene varias disposiciones sobre el derecho consuetudinario de los pueblos indígenas. Las dos más importantes son los arts. 5º, 34º y 40º.

El artículo 5º establece que *“Los pueblos indígenas tienen derecho a conservar y reforzar sus propias instituciones políticas, jurídicas, económicas, sociales y culturales, manteniendo a la vez su derecho a participar plenamente, si lo desean, en la vida política, económica, social y cultural del Estado”*.

El art. 34º contiene un derecho a promover, desarrollar y mantener las costumbres o sistemas jurídicos, de conformidad con las normas internacionales de derechos humanos.

“Artículo 34

Los pueblos indígenas tienen derecho a promover, desarrollar y mantener sus estructuras institucionales y sus propias costumbres, espiritualidad, tradiciones, procedimientos, prácticas y, cuando existan, costumbres o sistemas jurídicos, de conformidad con las normas internacionales de derechos humanos.”

Por su parte, el art. 40º de la Declaración establece, dentro de su derecho de acceso a la justicia, la necesaria consideración de las costumbres y sistemas jurídicos indígenas dentro de la resolución de conflictos que los involucren.

“Artículo 40

*Los pueblos indígenas tienen derecho a procedimientos equitativos y justos para el arreglo de conflictos y controversias con los Estados u otras partes, y a una pronta decisión sobre esas controversias, así como a una reparación efectiva de toda lesión de sus derechos individuales y colectivos. En esas decisiones se tendrán debidamente en consideración las costumbres, las tradiciones, las normas y los sistemas jurídicos de los pueblos indígenas interesados y las normas internacionales de derechos humanos.”*

A pesar de que la Declaración no es una convención, sino más bien *soft law*, se sostiene que el artículo 35º del Convenio 169 de la OIT,<sup>35</sup> hace aplicable la Declaración mediante una “interpretación evolutiva” del Convenio, es decir, su interpretación cada vez más amplia, “progresiva”, en virtud de las disposiciones de la Declaración, mucho más garantistas de los derechos indígenas que el Convenio mismo. James Anaya y Bartolomé Clavero consideran que ésta representa y afir-

35 “La aplicación de las disposiciones del presente Convenio no deberá menoscabar los derechos y las ventajas garantizados a los pueblos interesados en virtud de otros convenios y recomendaciones, instrumentos internacionales, tratados, o leyes, laudos, costumbres o acuerdos nacionales”.

ma el derecho internacional consuetudinario.<sup>36</sup> Aunque otros consideran que es demasiado temprano para hablar de la emergencia de una regla de costumbre internacional al respecto.<sup>37</sup> Sin embargo, la declaración ha sido reconocida como un estándar normativo dentro del sistema interamericano de DD.HH. – siendo por ello, vinculante para Chile - y en la práctica jurídica interna de muchos estados latinoamericanos.<sup>38</sup>

De acuerdo a Brendan Tobin, tanto el Convenio como la Declaración, ofrecen una base sólida para el reconocimiento del derecho consuetudinario indígena como fuente de derecho.<sup>39</sup> Tobin sostiene además que se puede apreciar que el derecho de los pueblos indígenas a su propio derecho consuetudinario, y la obligación recíproca de los estados de respetar y reconocer esos sistemas jurídicos han cristalizado en principios vinculantes de derecho consuetudinario internacional.<sup>40</sup>

En virtud de la Declaración, queda claro que los pueblos indígenas tienen auto-determinación para conservar y reforzar su propio sistema de justicia; es decir, se les reconoce soberanía y por ende jurisdicción. Luego, pueden desarrollar sus propios “sistemas jurídicos”. Finalmente, la justicia estatal no indígena tiene la obligación de tomar debidamente en consideración el derecho consuetudinario de los indígenas.

El no atender correctamente al derecho consuetudinario de los indígenas puede ser motivado por discriminación o estereotipos arraigados en el sistema judicial. En este sentido, puede apoyarse la argumentación a favor de la consideración del derecho consuetudinario en el principio de no discriminación. Chile ya fue condenado por la vulneración de dicho principio contra indígenas mapuches - y otras razones - por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el caso Norín Catrimán y otros, de 29 de mayo de 2014.<sup>41</sup>

36 Anaya, James (2009), *The Right of Indigenous Peoples to Self-Determination in the Post-Declaration Era*. In: Chartres, Claire & Stavenhagen, Rodolfo (eds.), *Making the Declaration Work: The United Nations Declaration on the Rights of Indigenous Peoples*. IWGIA; Clavero, Bartolomé (2005), *The Indigenous Rights of Participation and International Development Policies*. *Arizona Journal of International and Comparative Law* 22(1), 41-51.

37 Allen, Stephen (2011), *The UN Declaration on the Rights of Indigenous Peoples and the Limits of the International Legal Project in the Indigenous Context*. In: Stephen Allen, Alexandra Xanthaki (eds.), *Reflections on The United Nations Declaration on the Rights of Indigenous Peoples and International Law*. London: Hart Publishing; Xanthaki, Alexandra (2007), *Indigenous Rights and United Nations Standards. Self-Determination, Culture and Land*. Cambridge: Cambridge University Press.

38 Barelli, Mauro (2009), *The Role of Soft Law in the International Legal System: The Case of the United Nations Declaration on the Rights of Indigenous Peoples*. *International and Comparative Law Quarterly* 58(4), 957-983; Ward, Tara (2011), *The right to Free, Prior, and Informed Consent: Indigenous Peoples' Participation Rights within International Law*. *Northwestern Journal of International Human Rights* 10(2), 54-84; Davis, Megan (2008), *Indigenous Struggles in Standard-Setting: The United Nations Declaration on the Rights of Indigenous Peoples*. *Melbourne Journal of International Law*, Vol. 9, 1-33.

39 Tobin, Brendan (2014), *Indigenous Peoples, Customary Law and Human Rights – Why Living Law Matters*. Routledge: London & New York. p. 54.

40 Ibid.

41 Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Norín Catrimán y Otros Vs. Chile, Sentencia de

### 3.3. Artículo 54° de la ley indígena: interpretaciones amplias vs Interpretaciones restrictivas

En Chile, la regla de derecho doméstico donde se reconoce la costumbre indígena en materia judicial consiste en el artículo 54° de la Ley N° 19.253, Ley que establece normas sobre la protección, fomento y desarrollo de los indígenas.

Chile ha dado valor a la costumbre de manera limitada en el derecho penal. Según lo dispuesto en el artículo 54° de la Ley Indígena:

*“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.*

*El Juez encargado del conocimiento de una causa indígena, a solicitud de parte interesada y en actuaciones o diligencias en que se requiera la presencia personal del indígena, deberá aceptar el uso de la lengua materna debiendo al efecto hacerse asesorar por traductor idóneo, el que será proporcionado por la Corporación.”*

Esta ley sigue los lineamientos del derecho penal liberal clásico que parte de la consagración constitucional del principio de legalidad estricto del derecho penal (art. 19°, inciso 3° de la Constitución Política) respecto de las fuentes normativas del derecho penal, connivente con el principio *nullum crimen sine lege*. En virtud de ello, reduce el alcance del derecho consuetudinario a la consideración de hechos que sirvan de antecedentes a eximentes y atenuantes de responsabilidad.

El carácter consuetudinario del derecho indígena siempre confrontará las exigencias del principio de legalidad del derecho penal estatal. Según indica Emiliano Borja, un derecho penal indígena, debido a su organización y estructura fundamentalmente societal, no estatal y no escriturada, no puede ser exigido estrictamente con el principio de legalidad, ya que este mira a las formas de creación y procesamiento de información social propios de los sistemas jurídicos estatales de occidente.<sup>42</sup> De acuerdo a Borja, “se puede pretender, por el contrario, alcanzar mínimamente los fundamentos del principio de legalidad penal, esto es, seguridad

29 de Mayo de 2014, p. 10 del resumen. Disponible en: <http://www.minjusticia.gob.cl/media/2015/06/sentencia-traduccion-final.pdf> [consultado el 15.10.2015].

42 Borja, Emiliano (2009), Derecho Indígena, Sistema Penal y Derechos Humanos. *Nuevo Foro Penal*, N° 73, 11-46. p. 14

jurídica, representación democrática e igualdad de todos los ciudadanos”.<sup>43</sup> Borja retrocede a los fundamentos del principio de legalidad del derecho penal estatal y señala que estos pueden ser alcanzados perfectamente por sistemas sancionatorios de los pueblos indígenas latinoamericanos:

*“La seguridad jurídica se alcanza dentro de grupos muy poco numerosos en los que cada uno conoce perfectamente el ámbito de lo prohibido y la consecuencia que acarrea infringir la norma. El carácter democrático de la institución no se pone en duda cuando es la propia comunidad la que impone, enjuiciamiento tras enjuiciamiento, el catálogo de comportamientos humanos que se consideran delictivos y las correspondientes sanciones. Y la igualdad de trato de sus ciudadanos se respeta si se siguen los procedimientos consuetudinarios de solución de conflictos y las respectivas reglas que cada pueblo establece para tutelar las bases de la convivencia comunitaria.”<sup>44</sup>*

En virtud de esta argumentación, el test garantista del bloque de constitucionalidad del derecho penal no tiene una razón absolutamente excluyente para reducir el influjo del derecho consuetudinario indígena a las atenuantes y eximentes, sino que no obsta a que se considere al derecho consuetudinario indígena como fuente de tipificación de actos ilícitos, o de sanciones punitivas, siempre y cuando se cumplan los fundamentos del principio de legalidad, a saber, seguridad jurídica, origen democrático e igualdad de trato. En esta versión, el derecho penal indígena se elevaría a una dignidad similar al del derecho penal estatal, lo cual conllevaría la necesidad de reglas de coordinación y armonización entre ambos sistemas, a partir de los derechos humanos y de los principios y derechos constitucionales.

Sin embargo, esta visión del alcance del derecho consuetudinario indígena encuentra una débil sustentación dentro de nuestro sistema, en ausencia de un reconocimiento constitucional del derecho propio o consuetudinario indígena, que plantee la necesidad de armonizar la estructura consuetudinaria de dicho sistema jurídico con la exigencias del principio constitucional de legalidad penal.

El Tribunal Constitucional, al pronunciarse sobre la constitucionalidad del Convenio 169,<sup>45</sup> indicó que los métodos de solución de conflictos de los pueblos indígenas planteados por los delitos cometidos por sus miembros no eran compatibles con el sistema procesal chileno, que atribuía en la Constitución Política (artículos 73° y 19°, N° 3°) la solución de los conflictos a la jurisdicción de los tribunales nacionales para ser resueltos por medio de un debido proceso. Según el considerando 52°:

*“dicha disposición excluye el empleo de cualquier otro medio de solución de conflictos que pudieran usar los pueblos interesados para la represión de los delitos*

---

43 Ibid.

44 Ibid.

45 Tribunal Constitucional, Rol N° 309/2000, 4 de agosto de 2000.

## ASPECTOS CULTURALES DE LA DEFENSA DE IMPUTADOS INDÍGENAS

*cometidos por sus miembros, como lo es el que propone el artículo 9 del Convenio N° 169 que, por ende, es inoponible e incompatible con nuestro sistema procesal penal contemplado para la sanción de los ilícitos que tipifica;"*

Si bien, en virtud de dicha interpretación, todos los conflictos jurídico-penales están sometidos a las formas de resolución de conflictos que establece el derecho penal estatal, dicha incompatibilidad no es perpetua o petrea, en cuanto la Constitución o la ley penal pueden crear jurisdicciones indígenas que operen con sus propios procedimientos y normas de fondo para resolver conflictos –en materia de tipificación y sanción–, sin contradicción con la soberanía estatal.

Creemos que el estado actual de reconocimiento del derecho consuetudinario indígena – reflejada en su falta de reconocimiento estatal y en las restricciones que le adjudica el Fallo del TC (Rol N° 309/2000) – impiden en Chile una interpretación amplia del alcance de dicho derecho – interpretación amplia que haría posible que el derecho consuetudinario indígena pudiera legítimamente tipificar ciertos delitos o imponer sanciones punitivas propias. Sin embargo, nos parece también que la relación armónica de ley doméstica, reflejada en el artículo 54° de la Ley Indígena, y las normas internacionales que se superponen a ella – los ya citados artículos 8°, 9° y 10° del Convenio N° 169 de la OIT, interpretados a la luz de los artículos 34° y 40° de la Declaración de Derechos de los Pueblos Indígenas – permite una interpretación más amplia que aquella que se desprende exclusivamente de la norma del citado art. 54° de la Ley N° 19.253.

La interpretación más restrictiva del alcance del derecho consuetudinario y basada exclusivamente en la lectura literal del art. 54° citado, reduce el alcance normativo de aquel de servir de antecedentes para la determinación de las circunstancias eximentes y atenuantes. Dicha interpretación correspondería a una mirada monista del derecho penal estatal que no pondría en tela de juicio el valor universal del derecho penal estatal chileno, modulando la especificidad cultural indígena como circunstancias eximentes y modificatorias de la responsabilidad penal.<sup>46</sup> Si bien esta interpretación justifica el uso del amplio abanico de las defensas culturales como circunstancias eximentes de responsabilidad (error, legítima defensa, etc.), no permite comprender los límites y necesarias ponderaciones de dichas defensas en la colisión con otros principios.

Si bien, la sentencia que hace el TC en la causa rol N° 309/2000 restringe una progresividad abierta del sistema jurídico chileno para un pluralismo jurídico-penal desarrollado,<sup>47</sup> como el descrito más arriba.

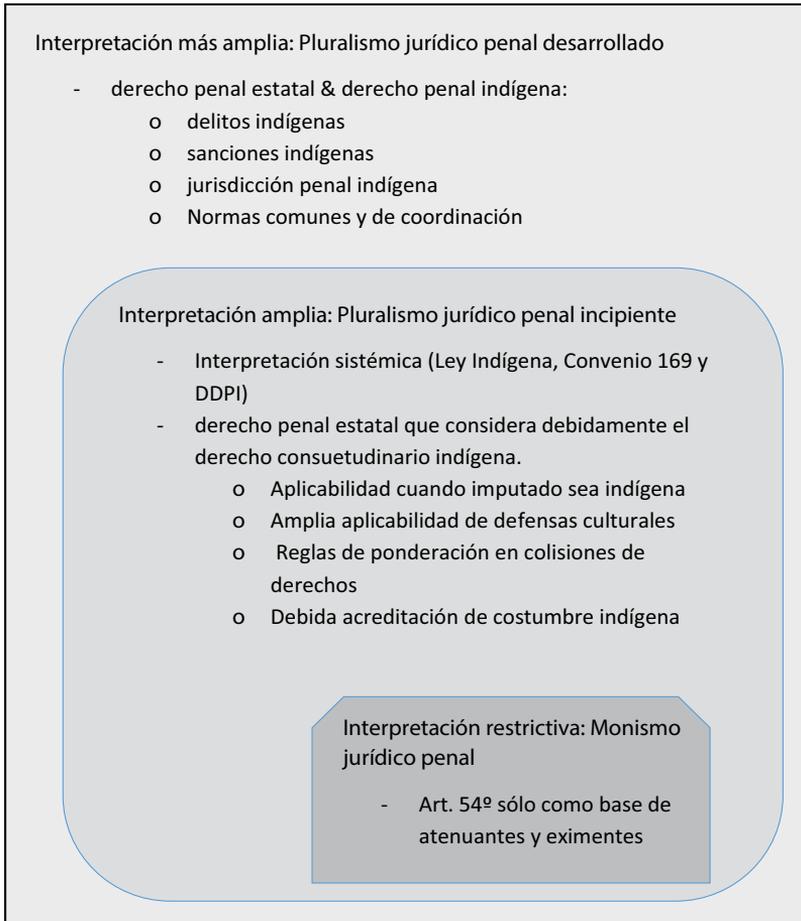
Una interpretación sistémica nos indica que el alcance del derecho consuetudinario indígena es mayor en su gravitación en el derecho penal, aunque, en el estado

46 Couso, Jaime (2012), *Mapuches y Derecho*, Paper at Yale Law School SELA, Seminario Latinoamericano de Teoría Constitucional y Política, pp. 24-25.

47 Carmona, Cristóbal (2009), *Derecho y Violencia: Reescrituras entorno al Pluralismo Jurídico*. Revista de Derecho, Vol. XXII, N° 2, 9-26, p. 14.

actual del reconocimiento de dicho derecho, sin llegar al nivel mayor de considerar que lo consideraría fuente de delitos y sanciones penales.

### GRÁFICO N° 1: FORMAS DE INTERPRETACIÓN DEL ART. 54° DE LA LEY INDÍGENA.



Fuente: Elaboración propia.

Creemos que la adecuada interpretación sistemática del artículo 54° de la Ley Indígena excluye una interpretación más amplia, en ausencia de un reconocimiento constitucional en Chile del derecho de los pueblos indígenas a su derecho consuetudinario – lo cual correspondería a un pluralismo jurídico-penal desarrollado. Pero también excluye una interpretación demasiado restrictiva, que sólo considere el alcance del artículo 54° basándose en una interpretación aislada de dicha regla, desvinculada del Convenio N° 169 y de la Declaración de Derechos de los Pueblos Indígenas. Consideramos que se requiere una interpretación sistémica,

## ASPECTOS CULTURALES DE LA DEFENSA DE IMPUTADOS INDÍGENAS

correspondiente al pluralismo jurídico-penal incipiente que nos ofrece la eficacia en nuestro ordenamiento legal de dichos instrumentos del derecho internacional de los derechos humanos.

De acuerdo a una interpretación sistémica o sistemática, las normas cobran sentido en relación con el texto legal que las contiene o con el ordenamiento. Mediante esta interpretación se desentraña o no descarta el significado normativo posible de una disposición mediante su relacionamiento con el sistema jurídico del que forma parte.<sup>48</sup> De acuerdo a Rodolfo de Asis Roig, esta interpretación puede operar, o bien desde la perspectiva de la adecuación lógica de la norma con las restantes, o bien desde la de la adecuación teleológica y valorativa de la norma respecto a las demás.<sup>49</sup>

Los rasgos de dicha interpretación amplia y sistémica son:

a) En primer lugar, el derecho consuetudinario indígena debe hacerse valer más allá de los casos en que los sujetos partes del proceso penal pertenezcan a un mismo pueblo o etnia.

La primera condición de aplicabilidad del art. 54° consiste en la pertenencia a la misma etnia de los sujetos que están involucrados en el conflicto. Sólo puede hacerse valer la costumbre cuando el litigio se traba entre indígenas quienes pertenezcan, a una misma etnia, de acuerdo a la noción del artículo 1° de la Ley N° 19.253. Pero, la pertenencia a la misma etnia, hay que comprenderla en los términos de pertenencia a un mismo pueblo indígena, según el concepto del artículo 1° del Convenio 169 de la OIT.

En la interpretación de Paredes Peña, la restricción de la eficacia de la costumbre indígena a miembros de la misma etnia no sería correcta. Según Paredes Peña, un primer argumento para ello:

*"...dice relación con la interpretación que puede efectuarse del texto mismo del art. 54 inc. 1° de la Ley 19.253. Esto es, leer el inciso aludido como una norma, que contiene una regla general y otra especial. Aquella regulada, antes del punto seguido, y que sería aplicable para todas las materias distintas a la penal y sólo a éstas, sería aplicable la exigencia que, para hacer valer la costumbre, el pleito debiera incoarse entre indígenas de una misma etnia. Por el contrario en lo penal, como dice la Ley, pudiera ser considerada cuando la costumbre sirva de antecedente, para la aplicación de una eximente o atenuante de responsabilidad penal. Pero, en ambos escenarios, siempre que no sea incompatible con la Constitución Política de la República."<sup>50</sup>*

48 Tarello, Giovanni (1980), *L'Interpretazioni della Legge*. Milán: Giuffrè, p. 376.

49 Asis Roig, Rodolfo de (1995), *El Proceso de Decisión: La Interpretación*. In: Asis Roig, Rodolfo de, Jueces y normas. Madrid: Marcial Pons, p. 188.

50 Paredes Peña, Pedro (2015), *La Costumbre Indígena y la Responsabilidad Penal*. Tesis de Magister en Derecho, Mención Derecho Penal. Santiago: Universidad de Chile, p. 66.

En un segundo argumento, el carácter al menos supralegal del Convenio N° 169 de la OIT hace que la interpretación del artículo 54° de la Ley Indígena debe realizarse incorporando las reglas de los artículos 8°, 9° y 10° del referido Convenio. Esto quiere decir que debe aplicarse la costumbre indígena, siempre que no sea incompatible con el sistema legal del país.

Este argumento cobra mayor fuerza si consideramos la amplitud del reconocimiento a los sistemas jurídicos indígenas que ofrece la Declaración de Derechos de los Pueblos Indígenas de la ONU (art. 34°), como lo hemos indicado más arriba, y que no limita su aplicación a la pertenencia de todos los sujetos intervinientes en el conflicto penal a un mismo pueblo indígena.

Podríamos agregar un tercer argumento para apoyar la aplicabilidad de la costumbre indígena en sede penal, más allá de la situación en la cual el ofensor y la víctima sean indígenas. Dicho argumento se deriva de la naturaleza del conflicto penal, en cuanto a que se trata de un conflicto entre el sujeto acusado y la pretensión punitiva del Estado. De esa manera, la aplicabilidad de la costumbre indígena depende de la condición de indígena del presunto ofensor, y no depende las calidades de las víctimas. En cambio, en el conflicto civil, la costumbre indígena sólo puede ser aplicable cuando ambas partes del conflicto están vinculadas por la costumbre indígena.

b) En segundo lugar, el derecho consuetudinario indígena debe ser y ha sido considerado ampliamente para la determinación de la existencia de circunstancias eximentes de responsabilidad penal. Esto es lo que sucede precisamente con el uso de las defensas culturales.

Las defensas culturales son aquellas que son susceptibles de emplear frente a delitos culturalmente motivados, esto es, aquellos que surgen en un contexto y a causa de la diversidad cultural que existe bajo un orden jurídico determinado. Esto abarca por cierto, el derecho consuetudinario indígena, allí donde persisten los pueblos indígenas, pero también involucra a normas tribales, religiosas u originadas en otros Estados, en contextos de migración, pluralismo religioso o étnico.

Veremos que las defensas culturales no sólo se refieren a características especiales personales de los sujetos activos de un hecho punible, sino también se pueden extender a elementos normativos en la teoría del delito (causal de justificación de cumplimiento de deber y ejercicio legítimo de un derecho).

Respecto a esta forma de aplicación del derecho consuetudinario indígena nos referiremos en el capítulo siguiente de este estudio.

c) La debida consideración del derecho indígena que se desprende de los artículos 8° y 10° del Convenio 169, exige que se pruebe en juicio de una manera efectiva, asegurando que el reconocimiento que se hace en la interpretación operativa que hace el adjudicador penal ocurra a través de medios probatorios idóneos y que no distorsionen los contenidos del derecho consuetudinario a la hora de aplicarse.

## ASPECTOS CULTURALES DE LA DEFENSA DE IMPUTADOS INDÍGENAS

El derecho consuetudinario no debe presumirse y difícilmente puede considerarse un hecho notorio en el proceso, sino que, por el contrario, debe probarse en juicio, lo que revela la importancia de los informes y pericias antropológicas en juicio. Creemos que la inclusión de los informes antropológicos son trámites esenciales desde la perspectiva del derecho procesal nacional, en caso de que los justiciables sean indígenas. Cabe distinguir tres momentos: el primero, cuando la costumbre “aparece” en juicio, es decir, cuando esta asoma en el caso concreto, siendo invocada por una de las partes, por ambas, o aparezca en los hechos del caso una práctica relevante, cuya omisión impida resolver adecuadamente el caso; segundo, la realización de un informe pericial que sea integrado en el proceso, destinado a probar la costumbre que ha asomado en el litigio; tercero, la consideración de la costumbre en juicio, es decir, su ponderación como elemento que decidirá el caso judicial. Existiría un deber del juez para periciar las costumbres una vez que aparezcan en juicio, sino jamás podrá cumplir con el deber de “tomarlas debidamente en consideración”.

Claramente, vemos una vulneración de este artículo en la sentencia del caso de la pastora aymara Gabriela Blas, quien extravió a su hijo durante las labores de pastoreo, propias de la cultura aymara, en la cual hombres y mujeres van acompañadas por sus hijos a lugares alejados, dejándolos a veces, según las inclemencias del tiempo o las necesidades del pastoreo, en lugares determinados para luego irlos a buscar. La sentencia no quiso acoger esta costumbre, en virtud de que “(...) el Comisario Juan Carrasco dio cuenta que pidió cooperación a un sicólogo institucional para entender lo que Gabriela percibía y se analizó su estado de sociabilización, por su parte, Ángel Parraguez dio cuenta que estuvo en el interior de la vivienda que ocupaba Gabriela Blas, observando prendas femeninas y documentación en el lugar, tales como toallas higiénicas y su carnet de Fonasa, especie y documentos no propios para quien se dice sufrir de privación cultural, de tal entidad que no pudo representarse que el hecho de dejar solo a un niño en un lugar solitario, que ella bien conocía podría acarrearle la muerte, la misma que efectúa la denuncia 28 horas después de la desaparición del niño y no lo hizo en la localidad policial más próxima”.<sup>51</sup>

La pastora fue condenada en definitiva a 12 años de cárcel, siendo indultada a los 6 años en medio de demandas internacionales y una campaña ciudadana por su libertad. Claramente si se compara este caso con otros donde niños han sido “olvidados” en vehículos de transporte escolar a pleno sol, muriendo ahogados, que han resultado sin condena, puede concluirse que ha habido un ejercicio discriminatorio del poder de persecución penal estatal. Ni siquiera se atendió a las circunstancias económicas, sociales y culturales de la pastora, como ordena el artículo 10º, N° 1 del Convenio N° 169 de la OIT.

51 Royo, Manuela, op. cit., pp. 379-380.

d) La aplicación del derecho consuetudinario indígena, en cualquier interpretación que se elija del artículo 54° de la Ley Indígena, no puede considerarse como una simple aplicación de reglas de mandato, sino como que lo que se plasma en ese texto legal es un principio jurídico que se tiene que aplicar haciendo uso de los debidos juicios de ponderación frente al caso concreto. Se trata de un principio que encarna la realización de derechos fundamentales (derechos humanos colectivos e individuales de los indígenas) y, por tanto, debe aplicarse a través de la ponderación judicial, y no a través de los métodos de aplicación excluyentes de las normas de mandato (jerarquía y especialidad).

En particular, la naturaleza de ser un principio de derechos fundamentales exige que se armonice su aplicación cuando este principio pueda colisionar con el alcance de otros principios de derechos fundamentales. Este punto lo desarrollaremos extensamente en el capítulo 5° de este estudio.

### 4. Los delitos culturales

Se habla de crimen u ofensa cultural cuando una acción cometida por un inmigrante, un nativo o miembro de una cultura minoritaria, es considerado un crimen por la expresión del sistema penal de la cultura dominante, mientras que está justificado, aceptado o aprobado dentro del grupo de origen del sujeto activo. Esto requiere que el trasfondo cultural del agente haya tenido un impacto decisivo en la puesta en práctica de una conducta criminal.<sup>52</sup>

Los delitos orientados por motivos culturales se refieren generalmente a los actos que son considerados delitos por la ley penal del Estado en que se cometieron, pero que son tolerados o al menos justificados en virtud de normas legales y/o consuetudinarias vigentes dentro del grupo de pertenencia del autor.<sup>53</sup> Esto se relaciona principalmente con que el autor está fuertemente influenciado por un “factor cultural”, que influye sobre él de una manera diferenciada respecto de la mayoría de los ciudadanos.

Lo decisivo de los crímenes o delitos culturalmente orientados consiste en que al juzgar ciertas acciones o comportamientos, estos pueden ser valorados diferencialmente por el sistema penal y la cultura del grupo de origen del sujeto activo. Si bien la ley penal de las culturas dominantes puede desaprobado gravemente las acciones, el grupo de esta persona puede reaccionar a ella de diferentes maneras.

Podemos distinguir entre delitos culturales en sentido amplio y en sentido estricto. Las últimas son aquellas cometidas por un sujeto perteneciente a una minoría étnica con una cultura visiblemente diferente de aquella expresada por el sistema ju-

---

52 Van Broeck, Jeroen (2001), Cultural Defense and Culturally Motivated Crimes (Cultural Offences). *European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice*, Vol. 9, N° 1, 1–32, p. 5.

53 Bernardi, Alessandro, op.cit.

## ASPECTOS CULTURALES DE LA DEFENSA DE IMPUTADOS INDÍGENAS

rídico-penal vigente en el momento y lugar de la comisión del delito. La primeras, en cambio, si bien están motivados o favorecidos por la sensibilidad cultural específica del sujeto activo del delito, no son cometidas por un sujeto perteneciente a una minoría cultural, sino a un país regido por normas penales no tan distintas o casi idénticas a las del lugar en que se cometieron los hechos, pero presentando algunas diferencias relevantes, como la persecución penal del uso de drogas en los Países Bajos y en otros países de Europa.<sup>54</sup>

Se pueden tolerar las referidas acciones dentro del grupo cultural respectivo, en cuanto a, si bien no se aprecian como valiosas, se aceptan teniendo en cuenta las circunstancias específicas; o bien obtienen sólo una desaprobación mínima, ya sea que las acciones pueden ser descritas como un comportamiento normal en la situación dada o bien el comportamiento puede ser calificado como necesario y aceptable.

La segunda posibilidad, es que la cultura subordinada apruebe y exija un cierto comportamiento que es contrario al sistema penal estatal, frente a determinada situación, de manera que no podría obrarse de otra manera a riesgo de recibir desaprobación. Esto significa la obligatoriedad o carácter mandatorio del hecho que es punible ante el sistema penal estatal.

Estas dos posibilidades de conflictos normativos no necesariamente pueden configurarse como conflictos absolutos, sino que admiten conflictos parciales o de diferencia gradual, donde hay zonas de acuerdo y de diferenciación entre los sistemas normativos en conflicto.

Dicha conflictividad se caracteriza esencialmente como una competencia o disputa de diferentes sistemas normativos que buscan orientar la acción de los sujetos. La acción que es valorada como hecho punible por un sistema es causada fundamentalmente por la adhesión a una norma legal o moral de un sistema diferente al que hace el reproche penal. Cuando no existe un conflicto normativo-cultural, no podemos hablar de una ofensa o crimen culturalmente orientado.

Van Broeck propone un método de tres etapas para identificar una ofensa culturalmente orientada:

En un primer paso, hay que buscar la motivación o justificación subjetiva usada por el propio autor. La motivación, justificación o explicación del individuo no tiene que apuntar directamente y explícitamente a ciertas normas culturales, sino que dicha justificación normativa obedece a una reconstrucción que nos explica su comportamiento en base a dichas normas, sobre todo porque el individuo puede ver su comportamiento como una práctica normal que no requiere de justificación

<sup>54</sup> Bernardi, Alessandro, Bernardi, Alessandro (2007), *Le droit pénal: bouclier ou épée des différences culturelles*. In: Cartuyvels, Yves; Dumont, Hugues; Ost, François; de Kerchove, Michel van; Drooghenbroeck, Sébastien Van (Eds.), *Les droits de l'homme, bouclier ou épée du droit pénal?* Bruxelles: Publications Facultés Universitaires Saint-Louis Bruxelles. pp. 498-499.

explícita. Para dicha explicación reconstructiva, se deben tener en cuenta las circunstancias que rodean y la forma en la cual el actor las está interpretando.<sup>55</sup>

En segundo lugar, hay que controlar si otros miembros del grupo cultural del ofensor están de acuerdo con ese punto de vista, si estiman de manera similar sus acciones como apropiadas en la situación dada. De esta manera, este razonamiento subjetivo se objetiviza y se puede controlar si existe una base cultural y de fondo para las acciones del infractor. Esta objetivación coloca la motivación de la excusa del ofensor en el nivel general de lo que se consideraba su grupo, y por lo tanto proporciona una idea de la forma adecuada de actuar de dicho grupo, teniendo en cuenta las circunstancias. No es necesario que exista un consenso en el grupo sobre dichas valoraciones, sino que pueden ser expresadas por la mayoría, o por personas investidas de algún tipo de autoridad dentro de la comunidad cultural.

En una tercera etapa, la cultura del ofensor se compara con las normas de la cultura dominante para verificar el tipo de conflicto que realmente existe.

### 4.1. Las defensas culturales

Numerosos son los casos judiciales de derecho penal estatal en los cuales la defensa del acusado invoca su trasfondo cultural, que diferencia su cultura original de la cultura dominante, para proporcionar una explicación de su conducta criminal, a la espera de conseguir los jueces un tratamiento más benévolo.<sup>56</sup>

La defensa cultural es un motivo de exclusión o una reducción de la responsabilidad penal, debido a la ausencia del elemento subjetivo necesario para la integración del delito, que puede ser invocada por quienes, pertenecientes a una minoría o grupo étnico determinado, han violado la ley penal en la creencia razonable de que actúan de buena fe, siendo dignos de esa manera de su herencia o tradición cultural. La doctrina norteamericana, bajo el concepto de defensas culturales discute todos los posibles momentos en un juicio de reproche penal en los cuales pueden emerger los factores culturales de un sujeto acusado perteneciente a una cultura minoritaria o subalterna.

Cynthia Lee propone la siguiente definición de defensa cultural:

*“Consiste en el uso por un acusado en un juicio penal, de una prueba cultural para apoyar una causa limitativa o exonerativa de la responsabilidad tradicional (defensa penal), para mitigar la acusación (los cargos) o la pena impuesta, o para apoyar la negociación (plea bargaining)”*.<sup>57</sup>

---

55 Van Broeck, Jeroen, op. cit., p. 23.

56 Basile, Fabio (2009), Diritto penale e società multiculturale: teoria e prassi della c.d. cultural defense nell'ordinamento statunitense. *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, Luglio 2009, p. 4.

57 Lee, Cynthia (2007), Cultural Convergence: Interest Convergence Theory meets the Cultural Defense. *Arizona Law Review*, Vol. 49. 912-, p. 912.

## ASPECTOS CULTURALES DE LA DEFENSA DE IMPUTADOS INDÍGENAS

Puede ser cognitiva o volitiva: la primera situación surge cuando el bagaje cultural del agente impide entender que su conducta se integra un delito, pues el inculpado no se da cuenta de que las medidas dictadas por su cultura están en contradicción con las leyes del Estado; en tanto, la segunda se produce cuando el sujeto es consciente de que su conducta está prohibida por la ley penal dominante, pero la realiza de todos modos porque se ve obligado por la fuerza imperativa de su cultura original.

Cuando se reconoce la existencia de una cultura de los ofensores, en virtud del argumento de la defensa cultural, se tiende a plantear en causas de justificación personal configurables cuando el ofensor pertenece a determinadas categorías o se le imponen ciertas relaciones.

Una defensa cultural existe en la medida que incide en un delito que pueda ser considerado o entendido como una ofensa cultural. Eso significa que la defensa cultural, tal y como el crimen culturalmente motivado, necesita ser moldeado y conformado en función a las circunstancias específicas del caso. Su importancia o extensión dependerá del grado en qué un elemento cultural sea relevante en la causa de la infracción, es decir, en la *mens rea* del delito.

El ofensor permanece en el acto delictivo mientras que se mantiene fiel a las normas de conducta de su grupo y los valores que han interiorizado, de manera que se puede decir que el conflicto no es entre el individuo y la Ley penal, sino más bien, entre ésta y la cultura del grupo al que el sujeto siente que pertenece. Dicha fricción puede poner en cuestión ciertos principios claves esenciales para cualquier tipo de legalidad penal y contiene el peligro de debilitar el efecto disuasorio del castigo penal, pudiendo generar verdaderos nichos de impunidad para ciertas categorías de personas. Esta situación no cubre indistintamente todos los delitos, ya que tiende a centrarse, por el contrario, sólo en unas áreas donde con más fuerza y facilidad surgirá el contraste entre la Ley penal y determinadas conductas llevadas a cabo en cumplimiento de las normas vigentes en un grupo étnico o cultural.

La razón principal de que la defensa cultural debe buscarse en el rol que juega la culpabilidad como principio del derecho penal moderno. Los acusados criminales que actúan de acuerdo con lo dictado por su pertenencia cultural particular serían relativamente menos culpables que aquellos que cometieron el mismo acto, sin la influencia de cualquier origen cultural particular.<sup>58</sup> En los delitos culturalmente motivados, la culpabilidad es menor que en un delito donde la distancia cultural es mayor, pues el esfuerzo proporcionado por la comisión es menor y los frenos pueden impedir su realización e inhibirlo más fácilmente.<sup>59</sup> En este sentido, los delitos son subjetivamente menos graves si se apoyan en un modelo cultural.

58 Ben-David, Guy (2012), Legal Models for the Recognition of Cultural Arguments in Criminal Law: A Normative View Point. *University of Miami Race & Social Justice Law Review*, Vol. 2, 1-39, p. 5.

59 Zaffaroni, Eugenio (2003), Culpabilidad por Vulnerabilidad. *Nueva Doctrina Penal*, 2003A, 325-340.

De acuerdo al principio de culpabilidad, ningún reproche penal o sanción penal subsecuente debe imponerse a una persona más allá del alcance de su culpabilidad. Una culpabilidad disminuida implica una reacción social relativamente más suave en comparación con un caso similar con un mayor nivel de culpabilidad.

La pertenencia cultural afectará la culpabilidad en el sentido que el acusado que pertenece a un grupo cultural diferenciado y que ha sido incultrado en sus valores sólo puede elegir entre un número limitado de alternativas que ofrece la cultura respectiva. En dichas situaciones, aunque el sujeto actúe con libre albedrío, se puede defender que la elección del acusado no fue el resultado de la toma de decisiones racional y libre. Debido a esta presión de la cultura sobre el individuo, es que los antecedentes culturales de los ofensores pueden influir en el grado de su culpabilidad, en la medida en que el hecho punible es el resultado de la influencia de su entorno cultural. Esto supone el desafío para un Estado cuyo derecho penal se base en el principio de culpabilidad para interpretar correctamente el significado dado a las prácticas culturales de los sujetos.

Para Bernardi, uno de los fundamentos para los modelos de defensas culturales consiste en la función retributiva del castigo penal. La función retributiva de la pena se refiere a los conceptos de justicia y proporción, y exige la imposición de una sanción proporcional a la gravedad general del acto. Dicha gravedad tiene a su vez dos aspectos: objetivos y la otra subjetiva. El aspecto objetivo se refiere a la magnitud e importancia de los bienes o intereses heridos o en peligro en la comisión del delito. La gravedad subjetiva de la ofensa depende del grado de culpabilidad del autor, es decir, del nivel de intensidad del elemento subjetivo de la ofensa.<sup>60</sup>

El castigo se define también cumpliendo funciones generales y especiales de prevención. La sanción penal prevista en la Ley penal ejerce las funciones generales preventivas de intimidación colectiva, orientación, integración cultural y social, mientras que la sanción penal impuesta por el juez realiza la neutralización y resocialización.

Desde la perspectiva de la prevención especial, si la conducta criminal del acusado fue provocada por la presencia de circunstancias particulares de índole cultural, que se refieran a situaciones concretas – como la infidelidad de la mujer - no podría haber necesidad de la prevención especial contra ese acusado, cuando parece poco probable que tales circunstancias se repitan.<sup>61</sup>

Desde la perspectiva de la prevención general, puede sostenerse una visión ambivalente. Por una parte, cuando se trata de grupos étnicos o migrantes que presen-

---

60 Bernardi, Alessandro, Bernardi, Alessandro (2007), *Le droit pénal: bouclier ou épée des différences culturelles*. In: Cartuyvels, Yves; Dumont, Hugues; Ost, François; de Kerchove, Michel van; Drooghenbroeck, Sébastien Van (Eds.), *Les droits de l'homme, bouclier ou épée du droit pénal?* Bruxelles: Publications Facultés Universitaires Saint-Louis Bruxelles. pp. 498-499.

61 Basile, op. cit., p. 71.

## ASPECTOS CULTURALES DE LA DEFENSA DE IMPUTADOS INDÍGENAS

tan una ignorancia de la Ley estatal penal, para informar a otros miembros de su grupo de la ilegalidad penal de esa conducta culturalmente motivada, sería más eficaz iniciar una campaña de información dirigida a estas personas, en lugar de castigarlos para lanzar un mensaje informativo dirigido a todo el grupo.<sup>62</sup> Por otro lado, si el delito se cometió en consciencia de Ley penal estatal, pero superponiendo a ello la adhesión a normas culturales de un grupo, el efecto de prevención general puede verse obstaculizado o anulado por la validez permanente de esas normas culturales, de manera que podría ser necesario para el derecho penal del Estado mostrar su supra ordenación. Mediante la concesión de la impunidad o el tratamiento indulgente a un acusado que ha actuado de conformidad con las normas de su cultura, a través de la defensa cultural, se puede alentar a todos los demás miembros de esa cultura a hacer lo mismo, sin temor a la reacción de la justicia penal estatal, perdiendo el castigo penal en definitiva efecto disuasorio para los integrantes de dicha cultura.

Debido a las tradiciones compartidas en un grupo social, los sujetos pertenecientes a ellas, a menudo tienen una alta probabilidad de cometer delitos de motivación cultural, el legislador para erradicarlas prevé castigos particularmente severos – en relación a lo que exige al retribución –, como en el caso de algunos delitos culturales considerados intolerables. Por ejemplo, en los delitos de mutilación genital, la finalidad es erradicar el hábito común de personas de los países africanos en los que se permiten mutilar a sus hijas. La finalidad intimidatoria de la prevención general en este caso puede superar también a las posibilidades de neutralización y resocialización de los ofensores, además de ir más allá de los límites legítimos que impone la retribución.

La jurisprudencia norteamericana ha sido abundante en el reconocimiento de defensas culturales, pese a que de acuerdo a la Regla 5H1.10 del U.S. Sentencing Commission Guidelines Manual, la pertenencia cultural no debe considerarse en las sentencias: “§5H1.10. *Race, Sex, National Origin, Creed, Religion, and Socio-Economic Status (Policy Statement): These factors are not relevant in the determination of a sentence.*”

Las defensas culturales pueden rastrearse hasta el siglo XIX en la jurisprudencia norteamericana.

En el caso *United States v. Whaley* (1888), los acusados fueron nativo-americanos, realizaron una venganza de sangre a través del asesinato de otro nativo, Juan Baptista, en la reservación india del río Tule, dentro del estado de California. Todos ellos, hasta ese momento, sostenían relaciones tribales usuales, en su domicilio en la reserva india. La víctima era un médico indio, que, en el curso de su tratamiento de los miembros de la tribu, había tenido tan poco éxito como para inducir la creencia por parte de los miembros que había estado envenenando sistemáticamente a sus pacientes.

---

62 Basile, op. cit, p. 72.

Los miembros de la tribu celebraron un consejo y se informó al médico que si un miembro importante de la tribu, Jim Hunter, moría, lo matarían. Como Jim Hunter murió, se celebró un consejo que decidió matar al médico. Los cuatro acusados fueron designados para llevar a efecto esa determinación, disparándole al médico al día siguiente.

De acuerdo a la sentencia:

*“Si el delito cometido por los acusados sería, hubiera sido cometido por un hombre blanco, habría sido por supuesto un asesinato, puede ser, a la vista de la naturaleza de los indios, sus costumbres, superstición e ignorancia, que en las circunstancias que rodearon la muerte del médico había un querer la malicia que es esencial para constituir el delito de asesinato. Fue esa visión la que llevó a la fiscalía a decir que podría contender con un veredicto de culpabilidad por asesinato, y dar su consentimiento a la retirada de la declaración de inocencia, y entrar en una negociación de culpabilidad de homicidio. Y puesto que la justicia debe ser templada con la misericordia, tal vez el tribunal puede estar justificado para la imposición de sentencia, en la que se mueve por las mismas consideraciones y en infligir un castigo que, en circunstancias normales, podría ser considerado demasiado ligero para tan atroz crimen.”<sup>63</sup>*

Fabio Basile enlista los tipos de delitos en los cuales se ha concentrado la jurisprudencia norteamericana de las defensas culturales:<sup>64</sup>

- a. Asesinato de los niños y el intento de suicidio por el cónyuge traicionado: Caso Kimura (1985)<sup>65</sup>; Caso Helen Wu (1991)<sup>66</sup>; Caso Bui (1988)<sup>67</sup>.
- b. Delitos de sangre en defensa del honor, y en particular:
  - Uxoricidio por causa de honor sexual: Caso Chen (1988)<sup>68</sup>; Caos Tou Moua (1985)<sup>69</sup>; caso Aphaylath (1986)<sup>70</sup>.
  - Otros asesinatos por cuestiones de honor sexual: Caso Metallides (1974)<sup>71</sup>; Douangpangna (2007)<sup>72</sup>.

---

63 Circuit Court, S. D. California, United States v. Whaley et al., December 15, 1888, v.37F, no.4-10.

64 Basile, op. cit, p. 13.

65 *People v. Kimura*, No. A-09113, Los Angeles Superior Court, 21 novembre 1985.

66 *People v. Helen Wu*, No. E007993, Court of Appeal of California, Fourth Appellate District, Division Two, 14 ottobre 1991.

67 *Quang Ngoc Bui v. State*, No. 3 Div. 557, Court of Criminal Appeals of Alabama, 23 agosto 1988.

68 *People v. Chen*, No. 87-7774, New York Supreme Court, 2 dicembre 1988.

69 *People v. Tou Moua*, No. 328106-0, Fresno County Superior Court, 28 novembre 1985.

70 *People v. Aphaylath*, [no number in original], Court of Appeals of New York, 13 novembre 1986.

71 *People v. Metallides*, No. 73-5270, Florida Circuit Court, 1974.

72 *Douangpangna v. Knowles*, No. Civ S-01-0764 Geb Jfm P, United States District Court for the Eastern District of California, 5 aprile 2007.

## ASPECTOS CULTURALES DE LA DEFENSA DE IMPUTADOS INDÍGENAS

- Asesinatos en defensa del honor personal (Autoestima/reputación): Caso Marcelino Rodriguez (1964)<sup>73</sup>; Caso Trujillo-Garcia (1992)<sup>74</sup>; Caso Romero (1999)<sup>75</sup>.
  - Otros hechos de sangre motivados culturalmente: Caso Wanrow (1975)<sup>76</sup>; Caso Patrick “Hooty” Croy (1990)<sup>77</sup>; Caso Haque (1999)<sup>78</sup>; Caso Nguyen (1999)<sup>79</sup>.
- c. Delitos contra la libertad sexual, y en particular:
- Abuso sexual contra los niños:
    - Relaciones sexuales con novias niñas: Caso Ezeonu (1992)<sup>80</sup>; Caso Mong Lor (2009)<sup>81</sup>.
    - Besos, caricias y tocaciones de partes privadas de niños: Caso Jones (1985)<sup>82</sup>; Caso Krasniqi (1994)<sup>83</sup>; Caso Kargar (1996)<sup>84</sup>; Caso Ramirez (2005)<sup>85</sup>.
  - Otros actos de violencia sexual: Caso Curbello-Rodriguez (1984)<sup>86</sup>; Caso Kong Moua (1985)<sup>87</sup>
- d. Delitos relacionados con las drogas: Caso Koua Thao (1983)<sup>88</sup>; Caso Khang (1994)<sup>89</sup>; Caso Uniao do Vegetal (2006)<sup>90</sup>.

73 *State v. Marcelino C. Rodriguez*, [no number in original], Superior Court of Connecticut, 28 maggio 1964.

74 *Trujillo-Garcia v. Rowland*, No. C-90-2241-Mhp, United States District Court for the Northern District of California, 28 aprile 1992.

75 *People v. Romero*, No. F027273, Court of Appeal of California, Fifth Appellate District, 29 gennaio 1999.

76 *State v. Wanrow*, No. 925-3, Court of Appeals of Washington, Division Three, 6 agosto 1975.

77 *People v. Croy*, No. 52587, Placer County Superior Court, aprile 1990.

78 *State of Maine v. Haque*, And-97-599, Supreme Judicial Court of Maine, 16 febbraio 1999.

79 *Nguyen v. State*, No. S99g0014, Supreme Court of Georgia, 20 settembre 1999.

80 *People v. Ezeonu*, No. 2534/91, Supreme Court of New York, Bronx County, 28 luglio 1992.

81 *State v. Mong Lor*, Appeal No. 2008AP852-Cr, Court Of Appeals of Wisconsin, District Two, 4 marzo 2009.

82 *State v. Jones*, No. 4FA-S84-2933, Alaska Superior Court, 7 gennaio 1985.

83 *Texas v. Sadri San Krasniqi*, No. 80841-91, 80842-91, Collin County District, febbraio 1994.

84 *State v. Kargar*, No. 679 A.2d 81, Supreme Judicial Court of Maine, 20 giugno 1996.

85 *State v. Ramirez*, No. CR-04-213, Superior Court Criminal Action - Maine, 10 novembre 2005.

86 *State v. Curbello-Rodriguez*, No. 83-1335-CR, Court of Appeals of Wisconsin, 25 maggio 1984.

87 *People v. Moua*, No. 315972-0, Fresno County Superior Court, 7 febbraio 1985.

88 *United States of America v. Koua Thao*, No. 82-2391, United States Court of Appeals for the Eighth Circuit, 21 luglio 1983;

89 *United States of America v. Khang*, No. CR-92-00923-WDK, District Court, 7 marzo 1994.

90 *Gonzales v. O centro espirita beneficente Uniao do Vegetal*, No. 04-1084, Supreme Court of the United States, 21 febbraio 2006.

- e. Porte ilegal de armas: Caso Partap Singh (1987)<sup>91</sup>; Caso Harjinder Singh (1996)<sup>92</sup>.
- f. Reticencia de los acusados durante el juicio: Caso Siripongs (1994-98)<sup>93</sup>

En la jurisprudencia norteamericana, los delitos culturalmente motivados se han concentrado en el plano de las relaciones interpersonales, las conductas necesarias para la honra y la salud en el comportamiento sexual y reproductivo; por otro lado, la vida familiar y doméstica es el principal espacio en que se practican y transmiten las tradiciones y normas culturales en el contexto del cual se dan esos delitos.

Se pueden sintetizar hay tres efectivos momentos del proceso penal en que se han aplicado las defensas culturales:<sup>94</sup>

- i) Durante la negociación de los cargos (Plea Banging), con el fin de inducir el fiscal para ofrecer una definición de los actos favorable al acusado.
- ii) Durante el juicio, con el fin de lograr el reconocimiento de una defensa penal tradicional (como, por ejemplo, la defensa propia, la defensa de la locura, la provocación, etc.).

En la dogmática penal, en esta etapa del procedimiento penal, las defensas culturales pueden operar como inimputabilidad, causales de justificación, causales de exclusión de culpa.

La motivación cultural ha sido invocada en particular con el fin de obtener el reconocimiento de las siguientes defensas penales:

- Autodefensa.
- Defensa de trastornos emocionales extremos.
- Defensa de locura temporal.
- Defensa de minimis.
- Defensa de la falta de intención específica.
- Defensa del matrimonio cultural.
- Defensa de provocación.
- Defensa de complicidad.
- Defensa religiosa.

---

91 *People v. Singh* [no number in original], Criminal Court of the City of New York, Queens County, 13 maggio 1987.

92 *State of Ohio v. Harjinder Singh*, No. C-950777-Appeal, Court of Appeals of Ohio, First Appellate District, Hamilton County, 31 december 1996.

93 United States Court of Appeals, Ninth Circuit, 9 gennaio 1998 (leggibile online all'indirizzo <http://bulk.resource.org/courts.gov/c/F3/133/133.F3d.732.97-99003.html>).

94 Basile, op. cit, p. 53.

## ASPECTOS CULTURALES DE LA DEFENSA DE IMPUTADOS INDÍGENAS

- Síndrome de la mujer maltratada.
- Defensa del error de hecho.

iii) En el momento de la sentencia, con el fin de obtener una sentencia benévola, a través de las circunstancias atenuante

La prueba cultural puede aparecer en tres modalidades:

- i) El testimonio oral de algunos expertos (que, estamos más familiarizados con la terminología, que se podría llamar “testigos expertos”).
- ii) El segundo modo por el cual el acusado puede proporcionar evidencia de la motivación cultural que apoyaría su conducta es llamar a testificar a otros miembros de su grupo cultural como meros testigos (“sentar testigos”).
- iii) El peritaje antropológico.

La cultura también puede servir de base a defensas oportunistas. Las afirmaciones sobre lo que es normal dentro de un grupo cultural particular son altamente polémico. Algo puede ser reclamado como una práctica cultural que desde hace tiempo ha sido impugnada o abandonada por otros miembros del grupo, y los individuos que han adoptado las prácticas y convenciones de la cultura pueden descubrir una lealtad a una cultura diferente. Pueden existir, en materia civil, fuertes incentivos financieros para asociarse con una tradición jurídica que le ofrece una herencia más favorable.

Problemas similares surgen en los casos penales, donde los jueces pueden tener que luchar con la cuestión de si los acusados usan como recurso una supuesta pertenencia a una cultura determinada, que poseería una supuesta práctica que les permite asegurar alguna ventaja legal. Por ello, se ha sugerido que, en los casos de migración, las defensas culturales sólo se puedan usar durante un tiempo, contado desde la llegada al país receptor – 5 o 10 años. Otros sostienen que el tiempo no es un factor absoluto de aculturación, ya que los grupos que experimentan aislamiento o discriminación en un nuevo país de residencia, a menudo se vuelven más estrechamente identificados con las tradiciones y valores de su lugar de origen. En ausencia de criterios transparentes, el uso de una defensa cultural, deja abierta la posibilidad a una considerable manipulación.<sup>95</sup> Por ello, que el recurso a una pericia cultural o antropológica es de crucial importancia para acreditar de manera fehaciente la existencia, vigencia y alcance de las prácticas culturales alegadas.

95 Phillips, Anne (2009), *Multiculturalism without Culture*. Princeton: Princeton University Press, p. 80.

### 4.2. Soluciones dogmático-penales

Diversas han sido las formas en que la dogmática penal ha comprendido las defensas culturales y aquellas en que la legislación penal ha abierto la posibilidad de reconocer dichas defensas.

#### 4.2.1. Error de prohibición

Muchos delitos culturalmente motivados se pueden concebir como producto de un déficit o error en cuanto a la antijuridicidad de la conducta delictiva del ofensor. La ausencia de la consciencia de dicha antijuridicidad marca el error de prohibición.

El desconocimiento de la prohibición a través del derecho penal de una conducta puede ser directo o indirecto. El primero consiste en la creencia errónea que una conducta no está prohibida en el sistema legal, frente a la segunda posibilidad que consiste en el error sobre la existencia de un permiso o ámbito donde la conducta generalmente prohibida podría realizarse legalmente.

En el error de prohibición directo, se pueden presentar dos posibilidades:

- a) Error directo de prohibición: por el desconocimiento mismo de la prohibición.
- b) Error directo de prohibición: sobre el alcance de la norma.

En el error de prohibición indirecto, el sujeto conoce la tipicidad prohibitiva pero cree que su conducta está justificada. Este error puede asumir principalmente dos formas:

- a) La falsa creencia de que existe una causal de justificación que la ley no reconoce.
- b) La falsa suposición de circunstancias que hacen a una situación objetivo de justificación.

Dicho error de prohibición sería vencible cuando el ofensor, considerando sus facultades individuales y el esfuerzo debido de sus capacidades intelectuales y concepciones valorativas pudo reconocer la naturaleza injusta de la acción punible.<sup>96</sup> También es vencible el error de prohibición si ha existido la posibilidad de reflexionar sobre la juridicidad de la acción, de tal forma que se haya informado al respecto.<sup>97</sup>

Las situaciones de invencibilidad del error de prohibición son concebibles dentro del proceso de adaptación de grupos extraños o subordinados a una cultura dominante nueva, que no ha sido suficientemente internalizada. En lo esencial, un error de prohibición es plausible si la falta de visión de injusticia de compor-

---

96 Castillo, Alejandra (2014), La Ponderación de las Valoraciones Culturales en el Error de Prohibición. *Revista de Derecho*, Universidad Austral, Vol. 27, N° 2, 243-267, p. 258.

97 *Ibid.*

## ASPECTOS CULTURALES DE LA DEFENSA DE IMPUTADOS INDÍGENAS

tamiento se remonta a la socialización en un sistema de valores extraño.<sup>98</sup> Por ejemplo, esto puede suceder con mayor facilidad en cuanto a bienes jurídicos que están protegidos por reglas penales que no tienen una relevancia de ética social inmediata.

En el caso *R. v. Adesanya*, una mujer Yoruba hizo marcas tribales en los rostros –escarificación– de sus hijos para asegurar el mantenimiento de su identidad cultural. El juez rechaza que la “costumbre de Nigeria” proporcionara una defensa frente a la acusación de daño físico. Pese a rechazar explícitamente su defensa cultural –al no estar explícitamente contemplada– y ordenar al jurado condenarla, se impuso una suspensión condicional de la condena. Para ello se consideró que la escarificación ritual habría sido aceptada como una parte normal de las prácticas del pueblo Yoruba y que esa comunidad nigeriana en Gran Bretaña probablemente no era consciente que la práctica era contraria al derecho inglés.

Como se rechazó la defensa cultural, el juez no se sintió obligado a considerar el carácter de la práctica de la escarificación ritual. En los hechos, diversos comentaristas del caso observaron después que la forma en que la señora Adesanya hizo las marcas difiere de la tradición en varios aspectos, pues lo hizo en el año nuevo, que no era la costumbre, lo hizo cuando sus hijos eran mayores que lo que exigía la práctica tradicional. Por otro lado, al parecer, la práctica de la escarificación ritual estaba siendo descartada en Nigeria.<sup>99</sup>

En el caso *de Anette Sorensen*, una actriz joven y madre danesa, fue arrestada en 1997 por dejar a su bebé solo por más de una hora en una acera fuera de un restaurante de East Village, en la ciudad de Nueva York, en 1997. El jurado federal rechazó una demanda de indemnización por falso arresto de la policía.

Sorensen hizo una defensa cultural, en el sentido que tal era una práctica común en Dinamarca dejar a los bebés fuera de los restaurantes y tiendas mientras ellos comen o compran. Sin embargo, su defensa no fue aceptada por las autoridades de Nueva York, las cuales señalaron que lo que era apropiado en Copenhague, una ciudad de 1,3 millones y con una baja tasa de criminalidad, no lo era para Nueva York. Los cargos fueron condicionalmente retirados por la fiscalía de Nueva York.

En esta situación, la exclusión de la calificación como delito de la conducta de un integrante de un grupo étnico que, en un caso concreto, no ha tenido la posibilidad de comprender que su acción estaba reprobada por el ordenamiento jurídico nacional. La falta del conocimiento o comprensión de la antijuridicidad de la acción permite declarar la falta de consciencia.

98 Frischknecht, Tom (2009), “Kultureller Rabatt”, *Überlegungen zu Strafausschluss und Strafmässigung bei kultureller Differenz*. Bern et. alt.: Haupt Verlag. p. 62

99 Dundes Renteln, Alison (2005), The Use and Abuse of the Cultural Defense. *Canadian Journal of Law and Society / Revue Canadienne Droit et Société*, Vol. 20, N° 1, 47-67, p. 63.

#### 4.2.2. Error culturalmente condicionado y tipicidad

En muchos casos de los delitos culturalmente motivados, los sujetos activos están realizando su acción en la creencia que realiza un bien a la víctima. En este ámbito se ha sostenido que el dolo requeriría la comprensión consciente de la ofensa.<sup>100</sup> En las ofensas culturales, la consciencia de la ofensa asume un rol dominante en el contenido del dolo exigido en el tipo, puesto que es difícil encontrar en los sujetos activos una actitud deliberada de oposición hacia la cultura penal de la sociedad hegemónica.<sup>101</sup> En dichos actos, está ausente la consciencia de producir un perjuicio al interés tutelado por la norma penal derivada de la pertenencia de autor a un grupo étnico, en cuya cultura el comportamiento que es punible en el derecho penal estatal puede ser considerado como obligatorio o permitido.<sup>102</sup>

Un delito es una acción u omisión típica, antijurídica y culpable. De manera evidente y desde las teorías de la acción final, el dolo es un requisito fundamental para que concurra la tipicidad, tal que eliminar el dolo penal es eliminar la tipicidad. Ello ocurre ante el error de tipo, el cual es definido como el error sobre las características objetivas del delito. Es decir, el error de tipo revela un déficit cognitivo acerca de las circunstancias que rodean la propia conducta<sup>103</sup>. Los ejemplos clásicos del error de tipo son llevarse el abrigo de un compañero de trabajo creyendo que es el propio, o matar a un compañero de caza creyendo que era un oso.

El error de tipo siempre excluye el dolo. Si es invencible excluye también la tipicidad. Si es vencible, puede generar tipicidad culposa en caso de que la ley contemple la hipótesis imprudente de comisión del delito.

Ahora, cuando este error es motivado por la cultura a la que pertenece, adhiere y practica el actor, estamos ante un error de tipo culturalmente condicionado.<sup>104</sup> Aquí no se cuestiona la introyección de la norma como en el error de prohibición, vale decir, la comprensión de la norma, sino simplemente su pleno conocimiento por tales factores culturales que condicionan la cognición.

El segundo ejemplo de Zaffaroni alude al simple error de causalidad: *“Estos errores sobre la causalidad pueden dar lugar a errores de tipo: quienes someten a ciertos tratamientos a un hombre para curarlo, particularmente en la creencia de que es menester propinarle una golpiza para “quitarle el diablo” (idea común en*

---

100 Del Maglie, Cristina (2012), *Los Delitos Culturalmente Motivados, Ideologías y Modelos Penales*. Barcelona: Marcial Pons. p. 243

101 Del Maglie, Cristina, op. cit., p. 247.

102 *Ibid.*, p. 248.

103 Hernández Basualto, Héctor (2007), El Nuevo Derecho Penal de Adolescentes y la Necesaria Revisión de su “Teoría Del Delito”. *Revista de Derecho*, Universidad Austral, Vol. 20, N° 2, 195-217, p. 207.

104 En este sentido, *“no todo error culturalmente condicionado es un error de prohibición directo, pues el condicionamiento cultural puede provocar errores sobre la causalidad que pueden dar lugar a verdaderos delitos imaginarios, como también a atipicidades (errores de tipo) y a justificaciones putativas”*. Zaffaroni, Eugenio Raúl; Alagia, Alejandro; Slokar, Alejandro (2002), *Derecho penal general*. Buenos Aires: Ediar, segunda edición, p. 738.

## ASPECTOS CULTURALES DE LA DEFENSA DE IMPUTADOS INDÍGENAS

el altiplano), pueden causar la muerte del paciente así “tratado”, pero no será una conducta dolosa de homicidio, porque media un error de tipo (error acerca de la causalidad)”.<sup>105</sup>

Un ejemplo similar acuñado por Modolell, reza: “el «brujo» o «bacalao» que da a tomar el brebaje a la «cliente» para librarla de las «malas influencias», con lo que provoca un aborto o una lesión grave del intestino de la persona, puede actuar bajo un error de tipo si el autor desconoce realmente el alcance de la acción que realiza”<sup>106</sup>

No obstante, respecto del ejercicio de la medicina indígena, hay quien cree, bastante razonablemente a nuestro juicio, que esta actividad no es atípica por error en los elementos objetivos del tipo, sino que por sus elementos subjetivos: “Tratándose de pueblos originarios, los efectos terapéuticos de las prácticas curativas que llevan a cabo los médicos indígenas, se deben entender y analizar en el contexto en el cual se llevan a cabo, y sobre todo las personas a quienes se aplica. La licitud general de los tratamientos curativos que implican afectaciones corporales del paciente, no descansa en el consentimiento de éste, sino que se trata simplemente de una conducta atípica en razón de su adecuación social o riesgo permitido. De este modo, la Defensa de imputados indígenas sí podría alegar la atipicidad de la conducta, demostrando que los tratamientos curativos constituyen una práctica cultural que está adecuada socialmente”<sup>107</sup>.

Para Julio Armaza Galdós, el error culturalmente condicionado consiste en un error sobre el injusto material del hecho típico, puesto que se debe a la incomprensión por un sujeto de las razones en virtud de las cuales determinadas conductas que suele ejecutar se encuentran prohibidas por la ley penal.<sup>108</sup> Esta construcción del error culturalmente condicionado, le permite a diferencia de Zaffaroni, deslindarlo del error de prohibición.

En Chile, un caso en el que se ha alegado error de tipo ante delitos que impliquen diversidad cultural del hechor, es el relativo a un delito de violación calificada en el que fue condenado un indígena pehuenche de 40 años,<sup>109</sup> quien accedió

105 Ibid.

106 Modolell González, Juan Luis (2006), Breves consideraciones sobre la posible responsabilidad penal de sujetos pertenecientes a grupos culturalmente diferenciados (casos del indígena y costumbres de origen afroamericano). *Derecho penal y pluralidad cultural. Anuario de Derecho Penal 2006*, 273-286, p. 286.

107 Concha, Ángela (2012), *Rol de la Costumbre Indígena en el Derecho Penal Chileno*. Memoria para Optar al Grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales. Valdivia: Universidad Austral de Chile, p. 46.

108 Armaza Galdós, Julio (2002), *El Condicionamiento Cultural en el Derecho Penal Peruano*. In: VV.AA., La Ciencia de Derecho Penal ante el Nuevo Siglo, Libro Homenaje del profesor doctor don José Cerezo Mir. Madrid, Tecnos, p. 543 ss. Armaza Galdós, Julio (2004), *Error y Condicionamiento Cultural*. In: Armaza Galdós, Julio, Legítima Defensa, Error de Comprensión y otros aspectos negativos del delito. Arequipa: Adrus, pp. 209 ss.

109 Defensoría Penal Pública (2012), *Modelo de Defensa Penal Indígena*. Documentos Oficiales, Centro de

carnalmente a una menor de 12 años, con su consentimiento, en el domicilio del hechor, al cual la niña acudió de manera voluntaria. El delito fue denunciado por la madre de la menor, una mujer mapuche de religión evangélica. La defensa alegó que el imputado actuó por un error de prohibición y de tipo culturalmente condicionado. El primero estaría constituido por que en la comunidad pehuenche las mujeres, luego de la pubertad pueden mantener relaciones sexuales con hombres de la comunidad, lo cual impediría al hechor comprender que cometía el delito de violación. Paralelamente, habría concurrido error de tipo, pues en virtud de la cultura del sujeto, no habría tenido acceso a la información relativa a la modificación legislativa sobre la rebaja de edad que constituye el delito de violación calificada.

La sentencia condenó al sujeto en cuanto no se allegó prueba sobre la costumbre alegada que habría abonado al error de prohibición. En cuanto al error de tipo alegado, también fue rechazado, pues, dice textualmente la sentencia, *“como ha quedado demostrado el imputado vive en una comunidad Pehuenche, a no más de 2 o 3 kilómetros de la localidad de Lonquimay, tiene en su hogar aparatos de televisión y radio, que lo conectan al resto del país y al mundo, mantiene contacto con organismos de la Comuna donde habita, además en su comunidad está fuertemente presente la Iglesia Pentecostal y él se reconoce como católico, ambas religiones son cristianas, doctrina que mantiene como elementos esenciales la prohibición de las relaciones sexuales prematrimoniales y un ensalzamiento de la virginidad de la mujer, bajo sanciones de índole religiosos (pecado). A su vez, la madre de la menor manifestó que dentro de su comunidad la mujer se acostumbra a casar alrededor de los 20 años, y que primero lo hacen en el Registro Civil y después por la Iglesia”*.

La sentencia acogió de esa manera, la teoría del “baremo cultural”, y consideró que el sujeto activo y la comunidad a la que pertenecía no tenían el nivel de lejanía ni mantenían su identidad tan pura o incontaminada como para no haber conocido la reforma al Código en cuanto a los delitos sexuales, rebajando la edad del sujeto pasivo del delito de violación calificada.<sup>110</sup>

La teoría del “baremo de aculturación”, defendida por Modolell, se basa en la clasificación del indígena no integrado a la cultura occidental (a quien se le debe sustraer de la jurisdicción estatal general y dejárselo a la comunitaria indígena, no sancionarlo por ausencia de necesidad de prevención general, o aplicar la exigente de ejercicio legítimo de un derecho o el cumplimiento de un deber), y el medianamente integrado o completamente integrado. Claramente el indígena

---

Documentación. Santiago: Defensoría Penal Pública, p. 169. Disponible en: <http://www.biblio.dpp.cl/biblio/DataBank/7521-2.pdf> [consultado 10.10.2015]

110 *“La tesis sostenida por el tribunal entonces es que el indígena que se encuentra conectado con el mundo, y penetrado ideológicamente por la religión ya está integrado, y por ende no es posible admitir que desconozca la norma porque en este sentido ha de tratarse igual que a los no indígenas”*. Villegas, Myrna (2012), Entre la exculpación y la justificación, apuntes para la legislación comparada latinoamericana sobre pluralismo jurídico y derecho penal. *Revista de Derecho*, Universidad Austral, Vol. 25, Nº 2, 177-205, p. 200.

## ASPECTOS CULTURALES DE LA DEFENSA DE IMPUTADOS INDÍGENAS

integrado y el medianamente integrado deben someterse en términos generales al derecho de la sociedad mayoritaria, aunque siempre se requiere determinar mediante un peritaje su nivel de aculturación efectiva a efectos de determinar si pudiera haber un condicionamiento cultural en su actuar.<sup>111</sup>

Esta teoría limita bastante la aplicación del error culturalmente condicionado, y aunque se hubiera alegado con más fuerza el factor cultural, el hecho de que el imputado se encontrara en un umbral alto de contacto con la forma de vida occidental, hacía probable la condena. A nuestro juicio, para tomar en serio el factor cultural, debería considerarse más el sistema de valores al que adhiere el indígena, más que asumir a priori que su grado de socialización exótica está determinado por el contexto donde vive, pues de hecho quedarían fuera de cualquier defensa cultural los individuos reetnificados<sup>112</sup> y los indígenas urbanos (los mayoritarios en el país),<sup>113</sup> que sin bien tienen contacto con la cultura de la sociedad mayoritaria, simplemente disienten de ella por el sistema de valores que han asumido, aunque de acuerdo a la teoría tradicional, esta “consciencia disidente” sólo acarrearía disminución de culpabilidad.<sup>114</sup>

111 “En principio, considero que, al indígena que se integra, que tiene contacto con la sociedad ajena como parte de su modo de vida, aunque sea parcialmente, se le puede exigir algún tipo de conducta acorde a las normas de Estado. Por lo tanto, este puede intentar motivar su conducta y, por ende, desaprobársela cuando sea contraria a los intereses predominantes de la sociedad con la cual se relaciona. Si el indígena se integra a la sociedad para disfrutar de sus beneficios (en materia de salud, medios de comunicación, educación, etcétera), también se le puede exigir un determinado comportamiento. Sin embargo, obviamente, el Estado a su vez, debe reconocer la posibilidad de que exista un conflicto de culturas y, por lo tanto, considerar las características diferenciales de los grupos indígenas, sobre todo porque, en algunos casos, dichas comunidades indígenas son mayoritarias —caso, por ejemplo, de Guatemala, Bolivia, Ecuador o Perú— y, en otros casos, muy numerosas —por ejemplo, en México—. En este caso referido de indígenas integrados total o parcialmente en la sociedad dominante, deben distinguirse también entre los supuestos en que el autor indígena conoce ambos ordenamientos y aquellos en los que no conoce suficientemente el ordenamiento jurídico del Estado.” Modolell, Juan, op. cit., p. 285.

112 Hidalgo Vallejos, Andrea (2004), *Etnogénesis Aymara: Los procesos de reetnificación y los cambios en las expectativas sobre educación y movilidad social en las comunidades aymaras de Arica y Parinacota (Chile) 1980-2000*. Disponible en: [http://www.tesis.uchile.cl/tesis/uchile/2004/hidalgo\\_a/html/index-frames.html](http://www.tesis.uchile.cl/tesis/uchile/2004/hidalgo_a/html/index-frames.html) [consultado el 15.10.2015].

113 En Chile los indígenas migrantes están reconocidos expresamente por el artículo 75° de la Ley Indígena, N° 19.253: “Se entenderá por indígenas urbanos aquellos chilenos que, reuniendo los requisitos del artículo 2° de esta ley, se autoidentifiquen como indígenas y cuyo domicilio sea un área urbana del territorio nacional (...)”. Estos indígenas son la población indígena mayoritaria en Chile, alcanzando el 74% de los mismos de acuerdo a la encuesta CASEN 2013. Ministerio de Desarrollo Social (2013), *CASEN indígena 2013*. Santiago: Ministerio de Desarrollo Social. Disponible en: [http://observatorio.ministeriodesarrollosocial.gob.cl/documentos/Casen2013\\_Pueblos\\_Indigenas\\_13mar15\\_publicacion.pdf](http://observatorio.ministeriodesarrollosocial.gob.cl/documentos/Casen2013_Pueblos_Indigenas_13mar15_publicacion.pdf) [consultado el 15.10.2015].

114 “En este caso la dificultad en la comprensión se debe a que el individuo siente su obrar como resultado de un patrón general de valores distintos a los del derecho penal oficial. Sin embargo, si aceptásemos que el derecho penal pueda quedar en manos de la conciencia individual, se corre el riesgo de que cualquier persona pueda alegar que actuó bajo un error de comprensión porque sus valores son distintos a los del derecho penal oficial; de ahí la importancia de puntualizar que la conciencia disidente se da cuando el sujeto «experimenta como un deber de conciencia de cometer el injusto»<sup>2</sup> es decir, que sus valores le exigen no obedecer la norma penal. No podemos comparar a quien experimenta esta exigencia de desobediencia con aquel que asume normalmente los valores del derecho penal oficial.

Según la teoría del error culturalmente condicionado, la aplicación de la ley criminal requiere conciencia de la antijuridicidad del acto u omisión cometidos, es decir, no sólo conocimiento, sino que más bien comprensión del injusto, es decir, que este forme parte de sus valores y de su práctica. Cuando una persona en razón de la cultura a la que pertenece, no comprende el injusto, es decir, cuando no ha habido introyección de la norma en su conciencia, y por ende no concibe su conducta como antijurídica, ella, en principio, le es irreprochable. El fundamento de esto es que en definitiva no puede obligarse a nadie a aceptar valores culturales ajenos a su proceso de socialización.

Lo anterior no implica que el sujeto no conozca la norma penal a la que se ajusta su conducta, sino incluso que, aún pese a ello, el hechor no puede comprender la reprochabilidad de la misma, en virtud de su pertenencia a un grupo culturalmente diferenciado. Al decir de Zaffaroni, Alagia y Slokar, *“Son los casos en que el sujeto conoce la norma prohibitiva, pero no puede exigírsele la comprensión de la misma, es decir, su introyección o internalización como parte de su equipo valorativo. En realidad, estos supuestos tienen lugar especialmente cuando el agente pertenece a una cultura o subcultura diferenciada, donde ha internalizado valores diferentes e incompatibles (la llamada socialización exótica)”*.<sup>115</sup>

Para estos autores, el principio de culpabilidad se convertiría en una ficción si se supusiese la introyección o comprensión universal de un injusto penal específico, más aún a personas de cultura diversa a la dominante. Eso no lo toleraría un “derecho penal antropológicamente fundado”<sup>116</sup>. En este sentido, el error de comprensión constituiría una causal de irreprochabilidad penal de la conducta criminal, en virtud de las barreras culturales que impiden al sujeto activo adherir a la norma, debido a que cuenta con un equipo valorativo diferenciado en virtud de una socialización exótica.

El error de comprensión puede ser vencible o invencible, y en el primer caso cabe disminuir la responsabilidad criminal en la medida del esfuerzo que debió haber aplicado el actor para haber vencido su “conciencia disidente”. En caso de que el error fuera invencible, no cabe otra conclusión que la exclusión de la culpabilidad, tal que el esfuerzo que hubiese debido realizar el autor fuese de magnitud tal que surja claramente su inexigibilidad jurídica y, por lo tanto, quede excluida la reprochabilidad, o sea, cuando el error de comprensión sea un invencible error de prohibición, lo que ocurriría cuando coincide el error de prohibición, el error

---

*Zaffaroni señala que el que actúa por conciencia disidente «realiza un esfuerzo mayor para evitarlo (la comisión del injusto penal) que el correspondiente a quien comete el injusto sin experimentar esa vivencia».* Francia, Luis (1993), Pluralidad cultural y derecho penal. *Derecho*, N° 47, Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 493-523, p. 505. Disponible en: <http://ezproxybib.pucp.edu.pe/index.php/derechopucp/article/viewFile/6687/6792> [consultado el 15.10.2015].

115 Zaffaroni, Alagia, Slokar, op. cit., p. 736.

116 Ibid.

## ASPECTOS CULTURALES DE LA DEFENSA DE IMPUTADOS INDÍGENAS

de comprensión y el error culturalmente motivado, es decir, cuando estos tres elementos “se superponen”.<sup>117</sup>

Los casos en que se puede verificar este error no son tan distintos que los usuales que se nominan para el error de prohibición clásico: lesión de un bien jurídico por “ignorancia de que su comportamiento está prohibido por el ordenamiento jurídico (ignorancia legis), pensar que le ampara una eximente por justificación que realmente no se da, o porque dándose, le otorga una amplitud tal que supone haber obrado dentro de los fueros de la norma permisiva o, finalmente, porque imagina la concurrencia de circunstancias ajenas al hecho que, si por el contrario, concuriesen, merecerían justificarlo (error iuris)”.<sup>118</sup>

Zaffaroni pone un ejemplo de error culturalmente condicionado puro: “Así los miembros de la cultura Ahuca, en el oriente ecuatoriano, tienen el convencimiento de que el hombre blanco siempre les matará en cuanto les vea, de modo que deben adelantarse a esta acción, entendiendo que es un acto de defensa. En tal caso, nos hallaremos con un error de prohibición culturalmente condicionado pero que será una justificación putativa y no un error de comprensión (...). Por una concepción errónea de la causalidad, puede creerse en una causalidad mágica y entender que se defiende legítimamente de quien se cree seriamente le está causando la muerte con sortilegios, lo que es muy común en las culturas africanas, requiriendo, para conjurar los mismos, muertes particularmente crueles de los “brujos”. Aquí también tendremos un caso de defensa putativa basada en un error sobre la concepción de la causalidad (...)”.<sup>119</sup>

La aplicación de la teoría del error de comprensión culturalmente motivado no ha estado exenta de polémica. Varios autores creen que se fundamenta en la minusvaloración de la cosmovisión y la identidad de los pueblos indígenas, tal que se refrenda con su aplicación a la “cultura dominante”<sup>120</sup> y una suerte de colonialismo jurídico sobre los pueblos indígenas. En definitiva sería la versión dogmática penal de un racismo mal disimulado, de paternalismo, de la aplicación etnocéntrica de la teoría criminal.<sup>121</sup>

117 Zaffaroni, Alagia, Slokar, op. cit., p. 738.

118 Chunga Hidalgo, Laurence (2010), La situación jurídica del culturalmente condicionado frente al derecho penal. Revista Electrónica Derecho Penal Online, Revista de derecho penal, procesal penal y criminología on line. Disponible en: [https://www.unifr.ch/ddp1/derechopenal/articulos/a\\_20091207\\_02.pdf](https://www.unifr.ch/ddp1/derechopenal/articulos/a_20091207_02.pdf) [consultado 16.10.2015].

119 Zaffaroni, Alagia, Slokar, op. cit., p. 551.

120 “El problema asociado al error de prohibición es precisamente que el acto sigue siendo antijurídico, de manera tal que se vuelve a la idea de imposición de unos valores (los de la cultura dominante) sobre otros”. Villegas, Myrna (2012), Entre la exculpación y la justificación, apuntes para la legislación comparada latinoamericana sobre pluralismo jurídico y derecho penal. *Revista de Derecho*, Universidad Austral, Vol. 25, N° 2, 177-205, p. 194.

121 García Vitor, Enrique (2005), *Culturas diversas y sistema penal*. In: García Ramírez, Sergio (ed.), *Derecho Penal*. Memoria del Congreso Internacional de Culturas y Sistemas Jurídicos Comparados, Vol. I. México: UNAM.

Al decir de Modolell, *“llama poderosamente la atención, particularmente que sea la propia doctrina penal dominante la que avale tal solución, ya que la culpabilidad presupone un injusto, es decir, un hecho contrario al ordenamiento jurídico, lo que implica considerar que el acto cometido por el indígena es de tal naturaleza, aunque no sean culpables. Dicha solución parte de que el ordenamiento jurídico correcto es el del Estado y no el de la comunidad indígena; de allí, su tratamiento como persona «equivocada». Por lo tanto, se valora el hecho realizado por el indígena «desde afuera». Desde mi punto de vista, es de suma importancia resaltar este aspecto, ya que el hecho cometido por un indígena no debe ser tratado necesariamente en el ámbito de la culpabilidad”*.<sup>122</sup>

Asimismo se ha señalado que no es posible alegar la diversidad cultural para legitimar eventuales vulneraciones de derechos fundamentales, lo que se hace más patente con el derecho a la vida. No obstante, se responde que para el mismo Occidente la vida no es un valor absoluto, y que por otro lado, si el bien jurídico afectado en términos generales es básico o de mayor valor, mayor fuerza deberá exigirse al factor cultural para constreñir las posibilidades de comprensión normativa del hecho, y así excluir el reproche jurídico del actuar y la culpabilidad del actor.<sup>123</sup>

En Perú existe un reconocimiento expreso del error culturalmente motivado como causal de exculpación, en el art. 14° del Código Penal peruano, que expresamente indica: *“El error invencible sobre la ilicitud del hecho constitutivo de la infracción penal, excluye la responsabilidad. Si el error fuere vencible se atenuará la pena”* y, en el siguiente artículo (art. 15°) expresa, *“el que por su cultura o costumbres comete un hecho punible sin poder comprender el carácter delictuoso de su acto o determinarse de acuerdo a esa comprensión será eximido de responsabilidad. Cuando por igual razón, esa posibilidad se halla disminuida, se atenuará la pena”*.

Las razones de este reconocimiento expreso son históricas y políticas, y si se quiere, simbólicas y reparatorias<sup>124</sup>, en vista de la nefasta redacción del Código

122 Modolell González, Juan, op. cit., p. 279. También señala: *“Además, considero criticable la propuesta del error de prohibición como solución total del problema de la responsabilidad penal del indígena, sobre todo cuando se refiere al supuesto del indígena no integrado. En efecto, en esta proposición, se resalta mayormente lo antes dicho, ya que el error de prohibición supone un injusto, es decir, tiene como supuesto que el ordenamiento jurídico con referencia al cual se determina la equivocación del sujeto constituye el esquema de valores correcto, mientras que la propia persona individualmente considerada, en este caso el indígena, se encuentra en una situación de equivocación. Esta afirmación me parece totalmente absurda e inaceptable en relación con una persona que actúa usualmente dentro de su comunidad, con contactos ocasionales con el Estado dominante.”*. Ibid., p. 280.

123 *“Igualmente se ha sostenido que sería inadmisibles para los bienes jurídicos fundamentales. Es verdad que cuando se trata de la vida y de la integridad física de las personas no es sencillo resolver los casos que pueden presentarse, pero tampoco la regla en cuestión puede sostenerse con valor absoluto. Es obvio que cuanto mayor es la lesión jurídica, mayor es también el reproche y, por ende, cualquier exculpación debe ser de mayor entidad, o sea que el ámbito de autodeterminación debe estar reducido por motivos más fuertes”*. Zaffaroni, Alagia, Slokar, op. cit., p. 738.

124 *“La exposición de motivos nos da la respuesta: se trata de una respuesta política frente a la heterogeneidad cultural con el ánimo de superar la infeliz terminología usada por el Código Maúrtua, refiriendo-*

## ASPECTOS CULTURALES DE LA DEFENSA DE IMPUTADOS INDÍGENAS

Maúrtua en Perú, que incluía en su clasificación de delincuentes, a “*Salvajes*” (art. 44°), e “*Indígenas semi-civilizados o degradados por la servidumbre y el alcoholismo*” (art. 45°).<sup>125</sup>

Este esfuerzo legislativo ha sido puesto en duda, por el carácter regresivo impuesto por una descuidada redacción del legislador, la que ha motivado a considerar que la norma es más bien un caso especial de inimputabilidad que de error de prohibición.

Otro caso es de la relativo a la sentencia de la Corte de Apelaciones de Puerto Montt (Rol IC. 92-2008 13/06/2008). En este caso, una autoridad ancestral mapuche fue encausada por el delito de robo de madera, en virtud de haber extraído especies forestales de la Isla de Butacheuques, actualmente de propiedad del Fisco de Chile, pero previamente ocupadas por la familia del imputado, antes de que el Estado de Chile la inscribiera en su favor. Incluso el camino que conduce a las especies forestales fue construido por los antepasados del imputado. El Tribunal de Garantía dictó sentencia absolutoria en virtud de error de prohibición. Fue entonces que el Ministerio Público recurrió de nulidad contra la sentencia absolutoria en virtud de que no se habría apreciado las pruebas “en concreto” por el sentenciador, sino que basó el *dictus* en el mero hecho de que el imputado viviría en una “*comunidad aislada*”.

La sentencia de la Ilma. Corte de Puerto Montt señala que, “*En ese contexto estima que el imputado jamás pudo representarse la ilicitud de su conducta. Explica claramente circunstancias personales del requerido tales como que su familia ya se encontraba en ese lugar en donde se encuentra el aserradero, que sus antepasados ocuparon esas tierras mucho antes de 1912 cuando el Estado de Chile inscribió esas tierras como suyas, manifiesta que él toda su vida ha trabajado con madera aserrada, que el camino que da hacia el aserradero tiene al menos 150 años pues su abuelo fue quien lo ayudó a construir, que el aserradero al que hacen mención es una maestranza para hacer botes pues toda su vida ha trabajado como artesano en madera. El contexto en que ocurren los hechos es en una comunidad aislada en que la única posesión inscrita es la del Estado de Chile, reconociendo sólo solicitudes de gratuidad de terrenos, siendo el Estado de Chile propietario originario del territorio que compone la Isla Butacheuques. Si bien el imputado inició el trámite de regularización de su ocupación, esto respondía a un criterio que se estaba adoptando en la Isla Butacheuques por parte de todos*

---

*se a las personas culturalmente distintas como salvajes, indígenas semi-incivilizados, degradados por el alcohol y la servidumbre. Feliz expresión que supera las limitaciones de la redacción anterior, pero que a nuestros días, denota una comparativa descalificación de los conceptos culturales que intenta preservar”. Chunga Hidalgo. Ibid.*

125 Abastos, Manuel (1937-38), El delincuente en el Código Maúrtua. *Revista de de Derecho y Ciencias Políticas*, Año II, N° 1, 8 – 43. Disponible en: [https://www.unifr.ch/ddp1/derechopenal/articulos/a\\_20080521\\_01.pdf](https://www.unifr.ch/ddp1/derechopenal/articulos/a_20080521_01.pdf) [consultado el 15.10.2015].

*sus ocupantes, con el fin de regularizar una situación de hecho. (Considerando quinto)*<sup>126</sup>

Como se ve, el hecho de que la sentencia señale que “*que el imputado jamás pudo representarse la ilicitud de su conducta*”, significa que fue absuelto en virtud de concurrir un error de prohibición. A nuestro juicio, y coincidiendo con Villegas, esta sentencia debió haberse fundado, más que en el error de prohibición exculpante, en la causal de justificación del “ejercicio de un derecho”, pues como señala Villegas, “*Que el Estado de Chile haya desconocido unilateralmente Pactos como el de Tapihue (1825) y el de Quilín (1641), así como los títulos de merced otorgados, procediendo a colonizar territorios que pertenecían a los indígenas, no incide en la legitimidad del ejercicio de su derecho a recuperar el territorio. Como hemos sostenido en otro lugar, nos parece que la antijuridicidad no se satisface, ni en su aspecto formal ni en su aspecto material. No es antijurídico formalmente, pues de acuerdo con la normativa internacional sobre derechos de pueblos indígenas que viene a limitar la soberanía del Estado de Chile de conformidad con el art. 5 inciso 2 de la Constitución Política, no se trata de un acto contrario al ordenamiento jurídico. No es antijurídico materialmente, pues no hay lesión a bien jurídico alguno, ya que ese bien jurídico pertenece a los comuneros*”.<sup>127</sup>

La sentencia no reconoce el “ejercicio de un derecho”, en virtud de que aplica erróneamente la teoría de la propiedad inscrita, sin atender a los modernos estándares de la propiedad indígena. Es decir, en virtud de una aplicación errónea de estándares de derecho civil, yerra en la causal utilizada para absolver a los imputados. La Ilma. Corte de Apelaciones de Puerto Montt asevera que el imputado y sus ancestros son meros “ocupantes” de los terrenos. Es más, asegura que el Estado de Chile es “*propietario originario del territorio que compone la Isla Butacheuques*”.

### 4.2.3. Causales de justificación

#### 4.2.3.1. Cumplimiento de un deber o ejercicio legítimo de un derecho

El artículo 10<sup>o</sup>, N<sup>o</sup> 10 del Código Penal chileno, se exime de responsabilidad penal a quien “*obra en cumplimiento de un deber o en el ejercicio legítimo de un derecho, autoridad, oficio o cargo*”.

Para que opere la primera causal de justificación, la doctrina exige que el deber no sea uno meramente moral, social o cultural, sino uno que tenga origen en el ordenamiento jurídico<sup>128</sup>. Asimismo, se exige que el reconocimiento legal de tal

---

126 Defensoría Penal Pública, op. cit., p. 164.

127 Villegas., Myrna, op cit., pp. 195-196.

128 Unidad de Defensa Penal Juvenil (2012), *Defensa Penal de Adolescentes Indígenas: Propuestas para Tener Presente, Discutir y Profundizar*. Documento de Trabajo N<sup>o</sup> 31. Santiago: Defensoría Penal Pública, p. 8.

## ASPECTOS CULTURALES DE LA DEFENSA DE IMPUTADOS INDÍGENAS

deber sea expreso o específico.<sup>129</sup> La aplicación de esta eximente parece difícil a primera vista, pero bien puede aplicarse tal artículo como una atenuante en caso de no cumplirse con todos los requisitos de la misma, lo que en el caso de los pueblos indígenas acontecería ante un deber fundado en la costumbre *extra legem* o *contra legem*.

No ocurre lo mismo con la eximente “*ejercicio legítimo de un derecho, autoridad, oficio o cargo*”. Se admite que no es necesario que la facultad sea establecida por la ley, sino que puede derivar también de normas consuetudinarias o mediante una interpretación analógica. De esa manera, al derecho propio indígena puede servir de fuente de tales deberes.

Un conflicto de deberes se produce cuando el autor debe cumplir simultáneamente varias obligaciones para actuar, pero sólo puede satisfacer una de ellas. Así que deben colisionar dos obligaciones de acción, el cumplimiento de uno a expensas del otro debe ser posible.

La colisión de deberes que surgen de la Ley penal y de otras reglas no pertenecientes a sistema jurídico consiste en un conflicto impropio, versus la pugna de deberes jurídicos el cual configura conflictos de deberes propios.

Para De Maglie, la conducta criminal realizada por motivos culturales se inscribiría dentro de los conflictos impropios, “*dado que al imperativo jurídico que proviene del sistema penal... se opone de forma antiética el mandamiento que procede de la cultura de su grupo étnico, mandamiento que resulta, en definitiva dominante*”.<sup>130</sup>

El problema de este enfoque para fundamentar la exculpación o atenuación del reproche penal consiste en la amplitud de la noción de normas no jurídicas, en el sentido que amplificaría la noción de ofensas culturales a todas aquellas que se realizaran en virtud de la pertenencia de un individuo a colectivos con culturas o subculturas diferenciadas que detentan valores normativos, y con ello la defensa cultural no constituiría un ámbito específico sino genérico de las relaciones jurídico-penales en contextos sociales caracterizados por la diversidad. Todo el que siga una regla podría verse beneficiado por una defensa cultural cuando vulnere con ello un bien jurídico protegido por el derecho penal estatal.

Se puede moderar la amplitud de la defensa cultural obtenida de seguir una regla reduciéndola a los llamados “delincuentes por convicción”, en el sentido que actúa de acuerdo con su consciencia, en conformidad con un sistema de valores, frente al cual relativiza el orden estatal. Esta motivación puede que no surja en un ofensor cultural que sigue una regla de su cultura, pero lo hace sin un ánimo

129 Un buen resumen de nuestra doctrina lo encontramos en Jaña Fernández, Mitzi (2011), *Las Eximentes Incompletas: Requisitos doctrinales y jurisprudenciales para su Procedencia*. Actividad Formativa Equivalente a Tesis, Magister en Derecho, Mención Derecho Penal. Santiago: Universidad de Chile, p. 81.

130 De Maglie, Cristina, op. cit., p. 253.

consciente de atacar un bien jurídico protegido por el derecho penal estatal. En este último caso aún podemos diferenciar al delincuente de conciencia, que ha internalizado las justificaciones de la regla que sigue, frente a un sujeto que meramente sigue una práctica, pero sin ser consciente de las justificaciones de la práctica.

Es la unidad del ordenamiento jurídico, la que fundamenta al exculpación en el caso de los conflictos propios de deberes, ya que lo que se encuentra legitimado en una parte del derecho no puede ser prohibido penalmente en otra, de manera que las conductas típicas realizadas en cumplimiento de un deber o en el ejercicio legítimo de un derecho, oficio o cargo devienen en lícitas.

Otro elemento crucial en los conflictos de deberes propios consiste en que los deberes se cumplan dentro de los marcos de las normas que los establecen y utilizando los medios necesarios para cumplirlos. Se impone en el cumplimiento de un deber una proporcionalidad entre el deber y los medios de su cumplimiento. De otra manera, se puede configurar una eximente incompleta. Para Sergio Politoff, "el cumplimiento del *deber* supone criterios de *adecuación* y *proporcionalidad*, de modo que el empleo innecesario de violencia (por ejemplo frente a un delincuente que no opone resistencia) no estaría amparado por la justificante: se ampara el ejercicio del derecho, no su abuso."<sup>131</sup>

En el caso del ejercicio legítimo de un derecho, se requiere un ejercicio no arbitrario, no derivado del mero capricho o arbitrio, y usando medios proporcionales a la finalidad del derecho.

Para el ejercicio legítimo de derechos pueda ser considerado como causal de justificación se requiere que se trate de un deber jurídico.<sup>132</sup>

En el caso de los pueblos indígenas, el reconocimiento internacional en el derecho internacional de los DD.HH. de los indígenas nos pueden situar más a menudo en un conflicto propio de deberes en relación con los bienes jurídicos protegidos por el derecho penal estatal. El clásico ejemplo son los ilícitos que, para el derecho estatal penal, cometan sujetos que están reclamando sus derechos – legalmente reconocidos por el sistema del derecho internacional – a sus tierras ancestrales o recursos naturales con los cuales mantienen un vínculo espiritual. Si el ilícito penal consiste precisamente en ocupar – sin autorización de los dueños de acuerdo al sistema jurídico civil – las tierras que han sido tierras ancestrales, se plantea un conflicto entre el deber de abstenerse de perturbar la propiedad de otro para el derecho civil, y el derecho de reclamar la propiedad ancestral protegido por el derecho internacional (Convenio N° 169 interpretado por la Corte Interamericana de DD.HH. y Declaración de Derechos de los Pueblos Indígenas). Sin embargo,

---

131 Politoff, Sergio; Matus, Jean-Pierre; Ramírez, María Cecilia (2004), *Lecciones de Derecho Penal Chileno, Parte General*. Santiago: Editorial Jurídica. p. 235.

132 Bustos, Juan; Hormázabal, Hernán (1999), *Lecciones de Derecho Penal*, Vol. II. Madrid: Trotta, p. 157.

## ASPECTOS CULTURALES DE LA DEFENSA DE IMPUTADOS INDÍGENAS

en la medida que el ejercicio del derecho sobrepasa el marco institucional, por ejemplo, por las vías de hecho, en principio no podría configurarse el ejercicio legítimo de un derecho como causal de justificación. Pero es necesario matizar esta afirmación

Los derechos indígenas, y la legitimación para su ejercicio, encuentran fundamento y reconocimiento jurídico desde la perspectiva del derecho chileno. Chile ha suscrito y ratificado numerosos Tratados de Derechos Humanos, entre los cuales se encuentran tratados generales y específicos de derechos humanos. La denominada internacionalización de las distintas disciplinas jurídicas viene refrendada por la constitucionalización de las diferentes ramas del derecho,<sup>133</sup> que habilita a la aplicación directa de tales Tratados en virtud de lo dispuesto en el inciso segundo del artículo 5° de la Constitución Política de la República,<sup>134</sup> sea como normas autoejecutables o como normas que sirven para la de interpretación sistemática u orgánica de las normas chilenas aplicadas en juicio.

En materias tales como propiedad indígena sobre la tierra, el derecho internacional ha reconocido que los pueblos indígenas tienen un derecho imprescriptible a la propiedad colectiva sobre la tierra, no por remisión al derecho nacional moderno, sino que en virtud de un "título nativo"<sup>135</sup> que nace del derecho propio de los mismos pueblos.<sup>136</sup> Tal derecho no abarca sólo las tierras que los indígenas

133 El derecho civil se ha constitucionalizado. Ver Corral Talciani, Hernán (2004), Algunas reflexiones sobre la constitucionalización del Derecho privado. Derecho Mayor (Universidad Mayor) N° 3, 47-63. Disponible en: <https://corraltalciani.files.wordpress.com/2010/05/constitucionalizaciond-privado.pdf> [consultado 14.10.2015]. Esto también ha sucedido en el derecho penal y procesal penal. Favoreau, Luis (1999), La Constitucionalización del derecho penal y del procedimiento penal. Hacia un Derecho Constitucional Penal. *Revista Chilena de Derecho*. Vol. 26. N.2, P. 279-322.

134 Sobre la internacionalización del derecho privado ver Corral, Hernán, *Ibid.* En materia penal ha habido incluso "sustitución de normas internas (inexistentes) por normas penales internacionales", como en el caso de la prohibición de la pena de muerte. Favoreau, Luis, *Ibid.*, p. 312.

135 "La institución del título indígena ha sido inicialmente acogida en la jurisprudencia de los países de Common Law. Por ejemplo, la Corte canadiense le llama "título aborigen" y la Corte australiana "título nativo", pero ambos se refieren a la misma institución jurídica. La sentencia dictada en el caso *Mabo vs. Queensland (Australia)* reconoce la propiedad indígena de la tierra y su título tradicional, mientras que en la sentencia dictada en el caso *Delgamuukw vs. British Columbia (Canadá)*, la Corte Suprema canadiense reconoce explícitamente "el título aborigen" a la tierra. La Corte canadiense encuentra la explicación del título indígena así como de todos los derechos indígenas- en su carácter *sui generis*. Sin embargo, como se ha mencionado supra, la Corte no lo considera como un título de pleno dominio, encontrándose limitado por el título superior de la Corona". Aguilar Cavallo, Gonzalo (2005), El título indígena y su aplicabilidad en el Derecho Chileno. *Revista Ius et Praxis*, 11 (1), 269-295. Disponible en: [http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0718-00122005000100010](http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-00122005000100010) [consultado 14.10.2015].

136 La sentencia de la Corte Interamericana Comunidad Mayagna (Sumo), dispone: "151. El derecho consuetudinario de los pueblos indígenas debe ser tenido especialmente en cuenta, para los efectos de que se trata. Como producto de la costumbre, la posesión de la tierra debería bastar para que las comunidades indígenas que carezcan de un título real sobre la propiedad de la tierra obtengan el reconocimiento oficial de dicha propiedad y el consiguiente registro". Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni Vs. Nicaragua, Sentencia de 31 de agosto de 2001. (Fondo, Reparaciones y Costas). Disponible en: [http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec\\_79\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec_79_esp.pdf) [consultado 14.10.2015].

poseen en virtud de títulos escritos y catastrados emitidos por el Estado, sino que también las tierras que los indígenas actualmente ocupan aún sin tales títulos, y las denominadas “tierras antiguas” (tierras nunca tituladas, que se les usurparon y que hoy eventualmente ocupan terceros).<sup>137</sup> Asimismo, respecto a la propiedad, control y administración de los recursos naturales presentes en tales territorios, existe un reconocimiento expreso de tales derechos.<sup>138</sup> Utilizarlos constituye un “ejercicio legítimo de un derecho” de los pueblos originarios y de las personas que los componen, reconocido por el ordenamiento jurídico. Los conflictos con la Ley penal que impliquen actos de resistencia, de recuperación o de control territorial, bien pueden ser solucionados en favor de los indígenas acudiendo a esta causal de justificación.

Los jueces progresivamente podrían acudir al ejercicio legítimo de un derecho, como causal de exculpación, incluso ante querellas por el delito de usurpación de tierras, pues los conceptos de derecho civil clásico han sido modificados hace tiempo por el derecho internacional de los Derechos Humanos.

Para ejemplificar un claro caso de ejercicio legítimo de un derecho como causal de justificación veremos el uso de sustancias prohibidas por el derecho penal.

En el caso de dos mujeres de origen aymara imputadas por el delito de tráfico ilegal de estupefacientes, en específico, hoja de coca o arbusto de coca, vegetal tradicionalmente utilizado por los pueblos indígenas de origen andino, para diversos usos (ceremoniales, alimenticios, de salud, principalmente) desde la ancestralidad.<sup>139</sup>

---

137 “19. (...) el Comité manifiesta su preocupación ante las varias y concordantes informaciones recibidas en el sentido de que algunas de las reivindicaciones de los pueblos indígenas, principalmente del pueblo Mapuche, no han sido atendidas y ante la lentitud de la demarcación de las tierras indígenas, lo que ha provocado tensiones sociales. El Comité lamenta la información de que las “tierras antiguas” continúan el peligro debido a la expansión forestal y megaproyectos de infraestructura y energía. (Artículos 1 y 27)”. Comité de Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (2007), Recomendaciones a Chile respecto a las Tierras Ancestrales. ONU, CCPR/C/CHL/CO/5, 17 Abril 2007. Disponible en: <http://www.movilh.cl/documentacion/documentos/observacionespacto2007.pdf> [consultado 14.10.2015].

138 “Los derechos de propiedad de los pueblos indígenas y tribales se extienden a los recursos naturales que están presentes en sus territorios, recursos tradicionalmente usados y necesarios para la supervivencia, desarrollo y continuación de la forma de vida de los. Para el sistema interamericano de derechos humanos, los derechos sobre los recursos son una consecuencia necesaria del derecho a la propiedad territorial. Para la Corte Interamericana, “los integrantes de los pueblos indígenas y tribales tienen el derecho de ser titulares de los recursos naturales que han usado tradicionalmente dentro de su territorio por las mismas razones por las cuales tienen el derecho de ser titulares de la tierra que han usado y ocupado tradicionalmente durante siglos. Sin ellos, la supervivencia económica, social y cultural de dichos pueblos está en riesgo”. De allí la necesidad de proteger los derechos de los pueblos indígenas y tribales sobre los recursos naturales que han usado tradicionalmente; esto es, “el objetivo y el fin de las medidas requeridas en nombre de los miembros de los pueblos indígenas y tribales es garantizar que podrán continuar viviendo su modo de vida tradicional y que su identidad cultural, estructura social, sistema económico, costumbres, creencias y tradiciones distintivas serán respetadas, garantizadas y protegidas por los Estados”. Comisión Interamericana de Derechos Humanos, op. cit., p. 78.

139 Belmonte, Eliana; Ortega, Marietta; Arévalo, Patricia; Cassman, Vicki; Cartmell, Larry (2001), Presencia de la Hoja de Coca en el Ajuar Funerario de Tres Cementerios del Periodo Tiwanaku: Az-140, Az-6

## ASPECTOS CULTURALES DE LA DEFENSA DE IMPUTADOS INDÍGENAS

Las imputadas portaban más de 5 kilos de hoja de coca. Cabe señalar que, no obstante que esta cantidad, pueda considerarse por personas desconocedoras de la cultura andina como desproporcionada, es bastante común que los andinos la porten en esa magnitud, la cual traen directamente desde Bolivia para ceremonias e incluso para el año, pues en Chile no existen cultivos de la misma. En la frontera los controles policiales y aduaneros toleran esta costumbre pues es sabido que la hoja de coca es utilizada sin ningún fin delictivo, y por la imposibilidad técnica de producir cocaína en Chile.

Según Barrientos, *“desde el primer minuto afirmaron que las hojas de coca serían usadas para la celebración de la fiesta de la Virgen del Rosario que comienza el día 25 de diciembre en el pueblo de Cosca”*,<sup>140</sup> que es un pueblo cercano a Ollagüe, a 3.500 metros de altura y que permanece deshabitado durante el año, salvo en las fechas ceremoniales. El tribunal las absolvió señalando que *“en la conciencia de las acusadas su conducta no resultaba atentatoria a derecho, ya que es habitual que en su etnia sea corriente que en ese tipo de festividades se consuma y use las hojas de coca, lo que tiene gran importancia para el pueblo aymara tanto para su desarrollo cultural como para su idiosincrasia, máxime cuando aquello le es reconocido legalmente, mediante las normas señaladas. En consecuencia, las acusadas actuaron creyendo equivocadamente que se encontraban amparadas en la causal de justificación del artículo 10 N° 10 del Código Penal, por el ejercicio legítimo de un derecho, lo que obsta a la existencia de la conciencia de la ilicitud de su conducta, por lo que debe entenderse que su actuación en el hecho del juicio, con ser una acción típica y antijurídica, no es culpable, toda vez que falta el elemento de la conciencia de la ilicitud de su proceder; lo que en la especie, en relación a lo obrado por las acusadas, no se dio, por lo que al no existir la culpabilidad, componente aquella de ésta, no hay delito”*.<sup>141</sup>

Barrientos disiente de la *ratio decidendi* del fallo, que atribuye a las mujeres aymara imputadas un error de prohibición indirecto, es decir, erraron en la existencia de una causal de justificación que no existía, motivadas por factores culturales y sus costumbres. La causal de justificación que entendieron legitimaba su conducta es el *“ejercicio de un derecho”* del artículo 10° N° 10 del Código Penal chileno. Al errar por factores culturales en cuanto a la causal de justificación, no podría imponerse una pena o sanción criminal en virtud de la exculpación concurrente. Para Barrientos, en cambio, la conducta no constituiría ilícito alguno en virtud de la plena concurrencia de la causal de justificación, sin mediar error alguno, pues

y Plm-31. *Chungará (Arica)*, Vol. 33, N° 1, 125-135. Disponible en: [http://www.chungara.cl/Vols/2001/Vol33-1/Presencia\\_de\\_la\\_hoja\\_de\\_coca\\_en\\_el\\_ajuar\\_funerario\\_de\\_tres\\_cementerios\\_del\\_periodo.pdf](http://www.chungara.cl/Vols/2001/Vol33-1/Presencia_de_la_hoja_de_coca_en_el_ajuar_funerario_de_tres_cementerios_del_periodo.pdf). [consultado 14.10.2015]. García Díaz habla de una “milenaria popularidad”. García Díaz, Fernando (2002), El consumo de la hoja de coca en los pueblos precolombinos, Elementos para una política criminal alternativa. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología. Reflexiones*. Vol. 4, N° 3, 1-14. Disponible en: [http://criminet.ugr.es/recpc/recpc\\_04-r3.pdf](http://criminet.ugr.es/recpc/recpc_04-r3.pdf) [consultado 14.10.2015].

140 Barrientos, Ignacio (2008), Licitud del porte y uso de la hoja de coca. *Política Criminal*, N° 5, 1-30.

141 *Ibid.*

en el contexto cultural en que se produjeron los hechos – el uso de los pueblos andinos de la coca – es perfectamente legítimo usar hoja de coca por motivos ceremoniales o religiosos. Es la protección de la diversidad cultural, cuyo ejercicio se encuentra elevado a la categoría de derecho individual y colectivo, la que habilita al libre ejercicio de la práctica del porte de hoja de coca para uso ceremonial, ello sin perjuicio del ejercicio de los cultos, como se les reconoce a cualquier ciudadano.

Los pueblos andinos, o de matriz cultura andina, son, en Chile, quechuas, aymaras, likan antai (atacameños), collas, y diaguitas, que son los pueblos reconocidos expresamente por el art. 1º de la Ley Indígena, N° 19.253. El uso ritual de la hoja de coca está presente en una variedad de rituales andinos, como el “pago a la tierra” (ceremonia usual de reciprocidad a la tierra, a quien se agradece por bendiciones y productos), el “rutuchi” (ceremonia del corte de pelo de nacidos recientemente), wilancha (ofrenda de animales vivos que son sacrificados en fechas sagradas, principalmente el Mes de la Pachamama, que se celebra los primeros días de agosto), y otras. Este uso implica ingerirla, compartirla ritualmente mediante el intercambio de chuspas, y arrojarla sobre mesas rituales.<sup>142</sup> Asimismo, el “yatiri”, chamán o sacerdote andino, tiene la capacidad de usarla como “mediadora” con los espíritus y por ende, de comunicarse con ellos a través de la hoja, mediante su lectura, incluso para conocer el futuro.<sup>143</sup>

La conducta se encuentra legitimada por la libertad de culto, garantizada por tratados internacionales,<sup>144</sup> por la Constitución Política chilena (artículo 19º, N° 6) y por la ley de culto.<sup>145</sup> Dicho sea de paso, el uso cultural y medicinal de la hoja de

---

142 Entrevista personal de Ariel León con Eliseo Huanca Yucra, Presidente de la Asociación aymara quechua Jach'a Marka de la Región Metropolitana. 01-10-2015. Esta organización celebra sus ceremonias en el Pukara de Chena, entre las comunas de San Bernardo y Calera de Tango, con yatiri que traen desde Arica Parinacota, en las cuales se usa ordinariamente hoja de coca.

143 Ibid.

144 Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de Naciones Unidas. Artículo 18:

*“1. Toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión; este derecho incluye la libertad de tener o de adoptar la religión o las creencias de su elección, así como la libertad de manifestar su religión o sus creencias, individual o colectivamente, tanto en público como en privado, mediante el culto, la celebración de los ritos, las prácticas y la enseñanza.*

*2. Nadie será objeto de medidas coercitivas que puedan menoscabar su libertad de tener o de adoptar la religión o las creencias de su elección.*

*3. La libertad de manifestar la propia religión o las propias creencias estará sujeta únicamente a las limitaciones prescritas por la ley que sean necesarias para proteger la seguridad, el orden, la salud o la moral públicos, o los derechos y libertades fundamentales de los demás.*

*4. Los Estados Partes en el presente Pacto se comprometen a respetar la libertad de los padres y, en su caso, de los tutores legales, para garantizar que los hijos reciban la educación religiosa y moral que esté de acuerdo con sus propias convicciones”.*

145 Asimismo cabe citar la Ley N° 19.638, que Establece Normas sobre la Constitución Jurídica de las Iglesias y Organizaciones Religiosas: “Artículo 6º. La libertad religiosa y de culto, con la correspondiente autonomía e inmunidad de coacción, significa para toda persona, a lo menos, las facultades de:

a) Profesar la creencia religiosa que libremente elija o no profesar ninguna; manifestarla libremente o abstenerse de hacerlo; o cambiar o abandonar la que profesaba;

b) Practicar en público o en privado, individual o colectivamente, actos de oración o de culto; conmemorar

## ASPECTOS CULTURALES DE LA DEFENSA DE IMPUTADOS INDÍGENAS

coca fue legitimado por Naciones Unidas en enero de 2013, quedando la hoja de coca sólo en la categoría de “sustancia controlada”.<sup>146</sup>

Esta casual de justificación también se extiende el porte de la hoja de coca, desde su lugar de origen hasta el de destino (lugar donde ella se celebrará). Dado que la intención del porte es la destinación ceremonial de la carga, ésta también se encuentra cubierta por el ejercicio de un derecho. Esto, desde el bien jurídico “salud pública”, pues no necesariamente cubre delitos concomitantes como los aduaneros u otros, que deben ser analizados desde la especificidad del bien jurídico respectivo.

También el uso medicinal de la coca por los pueblos andinos está amparado por la referida causal de justificación. Las medicinas originarias se encuentran absolutamente reconocidas legalmente. Así es como la Ley N° 20.584 que Regula los Derechos y Deberes que tienen las Personas en Relación con Acciones Vinculadas a su Atención en Salud, dispone en su artículo 7° que:

*“En aquellos territorios con alta concentración de población indígena, los prestadores institucionales públicos deberán asegurar el derecho de las personas pertenecientes a los pueblos originarios a recibir una atención de salud con pertinencia cultural, lo cual se expresará en la aplicación de un modelo de salud intercultural validado ante las comunidades indígenas, el cual deberá contener, a lo menos, el reconocimiento, protección y fortalecimiento de los conocimientos y las prácticas de los sistemas de sanación de los pueblos originarios; la existencia de facilitadores interculturales y señalización en idioma español y del pueblo originario que corresponda al territorio, y el derecho a recibir asistencia religiosa propia de su cultura”.*

Respecto al uso alimentario, la hoja de coca ha sido utilizada como base de infusiones (se suele señalar que ayuda ante dolencias estomacales o el mal de altura, por ejemplo), y también para producir harina, como base para fabricar dulces y pan (*th’anta* en lengua aymara), por lo que la hoja de coca parece más bien un importante insumo de múltiples funciones, todas legítimas en el contexto del mundo andino.

Esta argumentación también se aplicó en el caso de Ángel Velásquez Zambrana acusado por tráfico de drogas, al ser detenido por transportar 16 kilos 850 gramos de hoja de coca, 12 paquetes de yerba mate y una bolsa de porotos de soya, en el Complejo Fronterizo Chungará, el 11 de junio del 2014, mientras manejaba un

---

*sus festividades; celebrar sus ritos; observar su día de descanso semanal; recibir a su muerte una sepultura digna, sin discriminación por razones religiosas; no ser obligada a practicar actos de culto o a recibir asistencia religiosa contraria a sus convicciones personales y no ser perturbada en el ejercicio de estos derechos; (...)*

146 La fiesta de la coca colma las calles de Bolivia tras su despenalización. Martes 15 de enero de 2013. 08:12. Disponible en: <http://es.reuters.com/article/entertainmentNews/idESMAE90E00G20130115> [consultado 14.10.2015].

camión proveniente de Bolivia. El transportista fue absuelto por unanimidad en el Tribunal Oral en lo Penal de Arica, después de ocho meses de investigación en su contra, por la falta de antijuridicidad de su conducta (Considerando 15<sup>o</sup>).<sup>147</sup> En el considerando 16<sup>o</sup> la sentencia asegura que “*nos encontramos con un acusado que no actúa con un “dolo” de traficar, pues se encuentra amparado en un error de prohibición. Su conducta es típica, no cabe duda, calza con la norma del artículo 3 de la Ley 20.000, sin embargo lo gobierna la ignorancia de la antijuridicidad de la norma. El acusado realiza la acción típica de la ley 20.000, pero no sabía que ello era antijurídico*”.<sup>148</sup>

Nuestra jurisprudencia ante el consumo de hoja de coca sigue insistiendo en el error de prohibición indirecto culturalmente condicionado como causal de exculpación, más que en el ejercicio de un derecho como causal de justificación.

En varios fallos relativos a conflictos penales derivados de reclamaciones de tierras por comunidades indígenas en el Sur de Chile, los tribunales han acogido una exención de responsabilidad basándose en la causal de justificación del ejercicio legítimo de un derecho.<sup>149</sup> Esto ha ocurrido respecto de terrenos ocupados ilegalmente y que constituyen territorios ancestrales de las comunidades indígenas. Este es el caso de la sentencia de Tribuna Oral en lo Penal de Villarrica de 11 de junio de 2004.<sup>150</sup>

### 4.2.3.2. Legítima defensa

Como causal de justificación, la legítima defensa requiere de la necesidad de la autodefensa, además de la verosimilitud de la amenaza y la proporcionalidad de la reacción.

La adecuación (Geeignigkeit) de la acción de defensa supone escoger el medio menos dañino de los disponibles para reaccionar. Sin embargo, en circunstancias de pluralidad de visiones culturales, la apreciación del medio menos dañino puede ser disímil.<sup>151</sup>

Por otra parte, la legítima defensa exige la protección de un bien jurídico dentro del sistema jurídico-penal estatal. De esa manera, debe justificarse la existencia de un bien jurídico que sea verosimilmente amenazado para que proceda la defensa.

La legítima defensa comprende un conflicto de bienes que tienen diferentes niveles en la dignidad de protección, y donde uno de ellos, en el caso particular, debe ser afectado para preservar otro. La percepción del valor de los diferentes

---

147 Disponible en: [http://www.dpp.cl/sala\\_prensa/noticias\\_detalle/6017/defensoria-de-arica-logro-absolucion-de-aymara-acusado-por-trafico-de-hoja-de-coca](http://www.dpp.cl/sala_prensa/noticias_detalle/6017/defensoria-de-arica-logro-absolucion-de-aymara-acusado-por-trafico-de-hoja-de-coca) [Consultado 09.10.2015]

148 Ibid.

149 Castro, Milka; Vergara, Juan, op. cit., p. 78.

150 RIT N° 41-2004.

151 Valerius, Jan (2011), op. cit., p. 144.

## ASPECTOS CULTURALES DE LA DEFENSA DE IMPUTADOS INDÍGENAS

bienes en conflicto, así como la importancia relativa de cada uno de ellos ante las circunstancias del caso particular puede variar.

Un acusado puede usar la legítima defensa argumentando, como defensa cultural, que actuó basándose en una creencia de buena fe y culturalmente fundada que estaba en peligro su vida u otro bien jurídico y que, en consecuencia, actuó como una persona razonable que hubiese estado bajo circunstancias y con creencias similares.

En el caso de Patrick Hooty Croy, un nativo norteamericano fue acusado por el homicidio del policía en el condado de Siskiyou, en San Francisco. En julio de 1978, en la localidad de Yreka, el joven Patrick Croy junto a otros parientes visitó en una tienda local de cerveza, donde tuvieron un altercado. Un carro policial pasaba coincidentemente por esa calle y fueron dirigidos por los que estaban en el local para perseguir a los nativos que acababan de salir de allí. La persecución terminó en un prolongado intercambio de disparos entre nativo americanos y policías, resultado del cuál murió un policía y varios nativos fueron heridos.

En la corte de distrito, Croy fue condenado por el homicidio de un policía y el intento de homicidio de otros dos, siendo sentenciado a muerte. En la Corte de apelaciones se ordenó un nuevo juicio en 1985.

El argumento de la defensa se fundó en el contexto de opresión racial de la comunidad de Patrick Croy en el distrito Siskiyou, construyendo una base para la legítima defensa. Las históricas relaciones de conflicto en el distrito y en California habrían influido en las relaciones que se actualizaron en el evento donde resultó muerto un policía. En una de las audiencias, el juez Richard Gilbert, expresó:

*“...el potencial de sesgos residuales contra el acusado en el contexto de nociones tradicionales preconcebidos (considerando al pueblo indígena) hace surgir un el riesgo de que aparecerá un prejuicio durante la presentación de la evidencia no relacionada con los hechos”<sup>152</sup>*

### 4.2.4. Causales de exculpación

#### 4.2.4.1. Inexigibilidad de otro comportamiento.

La inexigibilidad es una causa de exclusión de la culpabilidad por ausencia de la reprochabilidad. El sujeto que reúne las características que fundamentan positivamente el hecho, es decir, cuya culpabilidad está justificada, puede quedar exento de responsabilidad cuando se llegue a la conclusión de que debido a las circunstancias concurrentes no cabía exigirle que actuara de forma distinta a como lo hizo. Dichas circunstancias concomitantes no permitirían una motivación normal

<sup>152</sup> Ferry, Denise (1992), *Capitalizing on Race and Culture: The Croy Acquittal and its Application to Future Minority Cases*. In: Defense Case Outline to Accompany the Video “Reason to Fear, The Cultural Defense of Hooty Croy”.

de la acción, de manera que impedirían o neutralizarían la eficacia normativa del precepto legal.<sup>153</sup> En el ámbito anglosajón, la doctrina indica que el sujeto activo debe tener una *“fair opportunity or chance to adjust his behaviour to the law”*<sup>154</sup>, refiriéndose a las exigencias normativas que pueden y deben requerirse de la persona que se encuentra en una situación determinada. Se trata de causa de exclusión de la culpabilidad, debido a una disminución del poder actuar de otro modo y de disminución del injusto de la acción.

La forma en que la cual las personas están embebidos en sus culturas nos exige no subestimar la forma en que los llamados imperativos culturales pueden orientar el comportamiento dentro y fuera del grupo. Los hechos de la socialización cultural pueden comprometer la capacidad básica de las personas para entenderse a sí mismos, así como la toma de decisiones por las que justamente sean imputables, y por lo tanto desmentir que alguien tenía una oportunidad justa para cumplir con la ley penal estatal.

De acuerdo a De Maglie, la visión de la inexigibilidad como una causal general de exculpación puede desarrollarse en las ofensas culturales por su carácter específico, concentrado en ciertos delitos o hechos punibles, y debido a que no corresponde a motivaciones netamente psicológicas que fuerzan a los sujetos, sino que se refiere a determinantes culturales y derivadas de la pertenencia y enculturación de un sujeto en un colectivo.<sup>155</sup> La pericia cultural correspondiente acotaría los términos de la inexigibilidad de otro comportamiento.

Para José Hurtado Pozo, el error culturalmente condicionado no es sino una forma de inexigibilidad de otra conducta por condicionamiento cultural determinante.<sup>156</sup> La exigibilidad depende siempre del grado de esfuerzo que el sujeto debe realizar para materializar esa comprensión efectiva». Si el esfuerzo que el agente debe realizar es tal que no resulta razonable exigirle que lo haga, se presenta la inexigibilidad jurídica y, por tanto, queda excluida la reprochabilidad, ya que el error de comprensión es un error de prohibición invencible.

#### 4.2.4.2. Fuerza irresistible o miedo insuperable

De acuerdo al numeral 9 del artículo 10 del Código Penal chileno, está exento de responsabilidad penal *“el que obra violentado por una fuerza irresistible o impulsado por un miedo insuperable”*. El fundamento de esta causal de exculpación consiste en que el hechor se encuentre motivado por fuerzas psicológicas graves

---

153 Del Maglie, Cristina, op. cit., p. 248.

154 Hart, Herbert (1968), *Punishment and Responsibility. Essays in the Philosophy of Law*. Oxford: Clarendon Press. p. 161.

155 De Maglie, Cristina, op. cit., p. 251.

156 Hurtado Pozo, José (2003), Art. 15 del Código penal peruano: ¿Incapacidad de culpabilidad por razones culturales o error de comprensión culturalmente condicionado? *Anuario de Derecho Penal* 2003, 357-380.

## ASPECTOS CULTURALES DE LA DEFENSA DE IMPUTADOS INDÍGENAS

y determinantes de su actuar, de tal magnitud que no pueda exigírsele otra conducta que la desplegada. En caso de que el miedo sea tan fuerte que elimine la consciencia estaríamos ante una causal de exención de responsabilidad que elimina el dolo y no la culpabilidad.

La fuerza exigida por la doctrina puede ser perfectamente de naturaleza moral. Ella también puede afectar las capacidades de autodeterminación de una persona, tal que se requiera un esfuerzo sobrehumano para evitarla. Lo que importa es que el individuo no pueda resistirse a ella, que sea de tal fuerza que no pueda derrotarla mediante el uso normal de su voluntad. Claramente, una cosa es que la razón se nuble y otra es perderla, y con la fuerza irresistible nos estamos refiriendo a la primera hipótesis.

En la dogmática penal, la fuerza requiere de la motivación de un ataque o amenaza de ataque presente y antijurídico (*Gegenwärtigkeit* y *Rechtswidrigkeit*). Esto requiere de circunstancias que se plantean como independientes culturalmente.<sup>157</sup> Si una situación es experimentada por varios sujetos con perspectivas culturales diferentes, la diferenciación cultural podría permitir que una acción similar que realizarán los diversos sujetos, así como una acción realizada en común en dicha situación, fuera juzgada y valorada penalmente de manera diferente, si es que la situación de fuerza irresistible o miedo insuperable fuese determinada por las visiones culturales en juego.

Sin embargo, la necesidad de una acción en un caso particular puede ser considerada desde la perspectiva de una representación cultural, en el sentido que dicha representación cultural puede determinar en qué medida la situación perjudica o amenaza un bien jurídico. En cualquier caso, debe decidirse dicha situación en cada caso, considerando el punto de vista de un observador externo, para decidir en cada caso si una visión cultural puede hacer considerar necesaria cierta acción frente a un determinado estado de cosas o situación.<sup>158</sup>

El caso más conocido en Chile en este aspecto es el de la machi Juana Catrilaf<sup>159160</sup>, cuya sentencia es del 04 de julio de 1953 (dictada por la Juez Subrogante del Segundo Juzgado de Letras de Valdivia, doña María Mardones Montenegro, aprobada sentencia de la I. Corte de Apelaciones de Valdivia, con fecha 07 de diciembre del mismo año), en el cual una mujer mapuche Juana Catrilaf Calfiñanco, fue absuelta del delito de homicidio de la machi Antonia Millalef. La fuerza irresistible invocada está constituida de acuerdo a la sentencia por peligro de que Antonia Millalef, su abuela y famosa “bruja” del lugar, la ultimara o dañara irreparable-

157 Valerius, Brian (2011), *Kultur und Strafrecht, Die Berücksichtigung kultureller Wertvorstellungen in der deutschen Strafrechtsdogmatik*. Berlin: Duncker & Humblot. p. 141.

158 Valerius, Jan, op. cit., p. 143.

159 Fallo publicado en la Revista de Derecho y Jurisprudencia y Gaceta de los Tribunales, Año 1955, T. LII, 2ª parte, sec. 4ª Págs. 85 y ss.

160 En este caso Alejandro Lipschutz, elaboró el primer informe pericial para un caso de “homicidio por brujería”.

mente mediante magia y hechicería. El homicidio sucedió el ocurrido el día 14 de febrero de 1953 en la comunidad mapuche de Cachim Palituhe, cercana a Panguipulli. Catrilaf siguió a Millalef hasta un estero, “donde la confrontó y exigió que le entregara la piedra con la cual efectuaba sus maleficios, ante cuya negativa se inició una riña entre ambas, momentos en que la golpeó en la cabeza con una piedra, herida mortal de la cual brotó sangre”<sup>161</sup>. Catrilaf bebió un poco de sangre de dicha herida y luego apartó el cuerpo de Millalef.

La acusada declaró que antes de que muriera su bebe, tuvo una visión de un perro colorado. Aconsejada por una Meica, se propuso matar a la Machi.<sup>162</sup>

La doctrina de la sentencia reza: *“está exenta de responsabilidad penal, por haber actuado bajo el imperio de una fuerza psíquica irresistible, una india mapuche, procedente de una tribu carente totalmente de cultura, que da muerte a otra a quien ella y todos los demás del ambiente reputaban bruja dotada de poderosas artes maléficas y que, en la convicción de la reo, le había ya causado y le iba a causar en el futuro graves daños, que podrían significarle la pérdida de la vida”*. Así el considerando 20° de dicha sentencia señala *“Que por otra parte, y considerando la circunstancia invocada como causal de inculpabilidad, hay que estimar que la reo no obró dolosamente porque coaccionada por sus tradiciones, no estaba en condiciones de representarse la ilicitud de su acto”*.

Cabe señalar que a pesar de que la sentencia invoca en la *ratio decidendi* y en el *dictus*, un caso de fuerza irresistible, se refiere también expresamente a la ausencia de dolo (atipicidad por error de tipo), y al error de prohibición. El considerando 22° de la sentencia, basándose en la doctrina de Jimenez de Asúa y otros autores, señala que la conducta juzgada constituiría una *“defensa putativa”*, ante un supuesto ataque injusto, que en realidad no es más que *“un simulacro”*. El considerando citado señala de manera ubicua que hay una causal de inculpabilidad, pero más adelante, aduce que esta *“elimina el dolo”*.<sup>163</sup>

Pareciera que la solución del caso se asemeja justamente más a un error de prohibición que a una fuerza irresistible, lo que fue razonado o avizorado en los fundamentos de la sentencia, pero que no pasó a la decisión final del caso.

Respecto a esta causal de exculpación, hay críticas razonables. A nuestro juicio, considerar que el indígena debe ser exculpado en virtud de que obra impulsado por miedo o fuerza, no se ajusta a la realidad de su actuar. Nadie cumple ni satisface los valores de su cultura movido por fuerzas que anulen su voluntad, sino que su cumplimiento es normalmente pacífico y espontáneo en la medida que el proceso de socialización del individuo haya sido coherente con ellas. Puede haber miedo, vergüenza, presión social, pérdida de prestigio, y otras motivaciones pero el normal temor por las consecuencias de vulnerar una norma cultural no puede convertirse en *“insuperable”*. Esto, sin embargo, puede variar en el caso

---

161 Rossel Echagüe, Pablo (2008), Crimen y Castigo en la Sociedad Mapuche Contemporánea: Perspectiva Pericial. *Revista de Estudios Policiales*, N° 3, 85-99, p. 94.

162 Fallo publicado en la Revista de Derecho y Jurisprudencia y Gaceta de los Tribunales, Año 1955, T. LII, 2ª parte, sec. 4ª Págs. 85 y ss., p. 86.

163 *Ibid.*

## ASPECTOS CULTURALES DE LA DEFENSA DE IMPUTADOS INDÍGENAS

particular, en el cual ciertas autoridades o miembros en una comunidad respalden con amenazas directas graves, serias y verosímiles una directriz o tabú cultural, dirigidas a una persona en particular y no simplemente en general.

Así, en Europa se ha intentado utilizar esta causal de exculpación en los casos de ablación del clítoris, pero Nieves Sanz informa que *“ciertamente el miedo a la exclusión social es uno de los motivos principales que lleva a los progenitores a mutilar genitualmente a sus hijas, pues piensan que de no hacerlo éstas se convertirán en una especie de “parias” en su entorno social y cultural. Ahora bien, ¿ese miedo es insuperable? o ¿influyen también otras motivaciones?”*<sup>164</sup>, respondiendo que la doctrina ha rechazado esta solución debido a que *“aunque puedan sufrir en algunos casos ciertos temor ante futuras represalias si no llevan a cabo esta práctica sobre sus propias hijas, se trata de un temor que no les impediría ejercer un juicio racional sobre lo que realizan. Porque una vez actuarán convencidos, y otras muchas resignados, pero nunca bajo un estado de ánimo de tal intensidad que les nuble la razón”*<sup>165</sup>. Es por ello que la doctrina asevera que aquí la inculpa-bilidad debe fundarse en el error de prohibición<sup>166</sup>.

Sin perjuicio de ello, no deja de ser sugerente la idea de que la tesis del error de prohibición también abona la inspiración colonialista reflejada en parte la sentencia, manifestada en el aserto de que la *“india mapuche”* proviene de una tribu *“carente de cultura”* (en vez de una cultura distinta); y que la utilización del argumento de la fuerza irresistible constituyó un esfuerzo por reconocer implícitamente la validez psicológica o cultural de la cosmovisión mapuche, que fundamenta también gran parte de la sentencia, avalada por los peritajes antropológicos, lo que para Fueyo Laneri implicaría el reconocimiento de una suerte de un *“orden público mapuche”*.<sup>167</sup>

164 Sanz Mulas, Nieves (2008), Diversidad Cultural y Política Criminal. Estrategias para la lucha contra la mutilación genital femenina en Europa. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 11-1, 11-49, pp. 11-34.

165 *Ibid.* P. 11-35.

166 *“Otros autores han valorado la posibilidad de tratar el conflicto de valores entre la cultura de origen y lo dispuesto por el ordenamiento jurídico a través de la operatividad del miedo insuperable del art. 20.6º CP, como causa de inculpa-bilidad basada en la inexigibilidad de un comportamiento adecuado a la norma, aspecto, la exigibilidad, que es imprescindible en la formulación de reproche normativo en que consiste el juicio de culpabilidad. Si bien finalmente excluyen su aplicabilidad en el caso concreto de las mutilaciones genitales femeninas, pues la ponderación objetiva de los bienes en conflicto, si bien hecha desde la perspectiva del autor y atendiendo a sus circunstancias: edad, sexo, cultura... no permite admitir la exención de responsabilidad por la lesión de la integridad de la mujer para salvar el honor o el respeto a la cultura de procedencia. El instrumento legal más idóneo de los regulados en nuestro derecho penal parece ser el del error de prohibición, que puede estar basado en el desconocimiento del carácter lesivo del hecho cuando el acto mutilatorio se considera como un bien y no se reconoce su encaje dentro de los elementos de un tipo de lesiones o bien, conociendo su carácter lesivo se cree estar actuado en el ejercicio de un derecho, en este caso a la libertad de creencias, si bien en ambos casos su operatividad parece cada vez más limitada por la mayor información tanto sobre el carácter nocivo y gravemente perjudicial de tales hechos, como sobre el carácter delictivo de la mutilación genital expresamente descrita en un tipo penal autónomo, y que hacen más difícil alegar y probar el desconocimiento en términos eximentes de la responsabilidad penal”*. Torres Fernández, María Elena. (2008), La mutilación genital femenina: un delito culturalmente condicionado. *Cuadernos electrónicos de filosofía del derecho*, Nº 17, 1-21, pp. 16-17.

167 En este sentido, comprendemos la declaración de Fernando Fueyo, al señalar que esta sentencia reve-

Myrna Villegas indica que en la actualidad tiende a rechazarse el uso de la costumbre indígena como fuerza insuperable.<sup>168</sup> Así, en el caso del ajusticiamiento con resultado de muerte que hicieron unos jóvenes indígenas de la localidad de Rucatraro, con el homicida del padre biológico de uno de los acusados, quien se había sido castigado lo suficiente por la justicia penal chilena y se presentaba continuamente en la comunidad para molestar. Según Villegas, se alegó por la defensa que los hechos debían apreciarse en el marco de la cultura en la cual ocurrieron, en el sentido que se buscó neutralizar, aislar y eliminar un factor que perturbaba la vida comunitaria, de tal manera que el acusado cuyo padre fue ultimado estaba irresistiblemente impulsado a eliminar al hechor.<sup>169</sup>

Sin embargo, la sentencia condenó a los acusados por falta de prueba fehaciente de la existencia costumbre de la comunidad en el sentido de aplicar pena de muerte a un homicida si la justicia chilena no actuaba rigurosamente con un homicida.

### 4.2.5. Inimputabilidad

La inimputabilidad es la ausencia de culpabilidad por enfermedad o inmadurez psicológica que impide comprender el injusto. Aquí no hay razones culturales, sino que biológicas o patológicas<sup>170</sup>. El tratamiento penal de los indígenas histórico que brindaron los sistemas penales latinoamericanos hasta bien entrado el siglo XX fue el de la inimputabilidad o semi-inimputabilidad por los delitos en que incurrieron los indígenas, imponiéndose una fórmula que excluye la capacidad psicológica general de culpabilidad para ellos. Esta solución ha ido siendo desplazada por las otras soluciones dogmático-penales ya estudiadas.

La inimputabilidad de los sujetos activos pertenecientes a culturas minoritarias o a pueblos indígenas conlleva una subvaloración del sujeto y su identidad. Declarar inimputable al indígena es una idea defendida por quienes ven en la cultura originaria, una brecha insuperable, si se quiere hasta material, para someterse a comprender las normas penales occidentales.

Para ellos, existiría *“una clasificación de los indígenas, en selváticos o en estado de salvajismo, a los cuales no podría aplicarse el derecho penal dominante por su total ignorancia del ordenamiento jurídico y; en indios incorporados o asimilados a*

---

la existencia de un “orden público” mapuche. Fueyo Laneri, Fernando (1976), *Interpretación y Juez*. Santiago: Editorial Jurídica.

168 Villegas Díaz, Myrna (2012), Entre la exculpación y la justificación, apuntes para la legislación comparada latinoamericana sobre pluralismo jurídico y derecho penal. *Revista de Derecho*, Vol. 25, N° 2, 177-205, p. 197.

169 Ibid.

170 *“El concepto tradicional de “inimputable” dentro de la dogmática penal, señala a un individuo carente de capacidad o aptitud para comprender la ilicitud de un acto, o de comprenderlo, para poder determinarse de acuerdo con esa comprensión. La inimputabilidad del sujeto está dada por la disminución de sus capacidades intelecto-valorativas o volitivas ya sea por inmadurez mental o alteración psicomática al momento de la ejecución del hecho”*. Núñez Acuña, Ana Vanessa; Villalta Bonilla, Diana (2004), *El tratamiento del imputado indígena en el sistema represivo costarricense*. Trabajo final de investigación para optar por el grado de maestría profesional en criminología. San José, Costa Rica. P. 53.

## ASPECTOS CULTURALES DE LA DEFENSA DE IMPUTADOS INDÍGENAS

la civilización, quienes comprenderían la ilicitud de determinadas actuaciones que podrían serle reprochables”<sup>171</sup>. Esta suerte de baremo civilizatorio, tiene consagración legislativa en varios países, como en Colombia y Perú.

Es así que el artículo 33° del Código Penal de Colombia dispone: “*Es inimputable quien en el momento de ejecutar la conducta típica y antijurídica no tuviere la capacidad de comprender su ilicitud o de determinarse de acuerdo con esa comprensión, por inmadurez psicológica, trastorno mental, diversidad sociocultural o estados similares*”.

Históricamente en Colombia ha habido un gran debate sobre el tema, pues tradicionalmente, el indígena, junto con ser declarado inimputable, era sometido a normas de seguridad<sup>172</sup>, en virtud de criterios preventivos. La actual norma ha sido ampliamente debatida. Sotomayor, señala que la doctrina colombiana acepta la inimputabilidad con “resignación”.<sup>173</sup> Aduce que incluso uno de los redactores del Código penal señaló expresamente que los indígenas “carecen de psiquismo maduro”, y que en definitiva son tratados injustamente como “culturas menores”.<sup>174</sup>

La Corte Constitucional Colombiana ha determinado así el concepto de inimputabilidad por diversidad socio-cultural, exigiendo los siguientes requisitos:

“(i) Que la persona, en el momento de ejecutar la conducta típica y antijurídica no haya tenido capacidad para comprender su ilicitud o determinarse de acuerdo con esa comprensión, por diversidad sociocultural; (ii) que la persona haga parte de una cultura, que posea un medio cultural propio a donde ese individuo pueda ser reintegrado; y (iii) que esa cultura posea autoridades, reconocidas por el Estado con las cuales se pueda coordinar dicho reintegro”.<sup>175</sup>

También el artículo 15° del Código Penal peruano, ya visto, se señala como ejemplo de inimputabilidad por diversidad socio-cultural, en virtud de su redacción ambigua. Si bien las anotaciones marginales del Código penal peruano remiten el artículo a la teoría del error de comprensión culturalmente motivado, para Hurtado Pozo, mediante una interpretación sistemática del texto, remiten más bien a una declaración de inimputabilidad por incapacidad de comprender el injusto penal, más que a un error de comprensión<sup>176</sup>.

171 *Ibíd.*

172 Para una visión panorámica de la doctrina colombiana al respecto durante la primera mitad del siglo XX, véase Gómez Gómez, Óscar Humberto (1999), *Los Indígenas frente al derecho penal*. Bucaramanga. Colombia: Editorial Ltda. P. 27-55.

173 Sotomayor Acosta, Juan Oberto (1996), *La responsabilidad penal del indígena en Colombia: entre un mundo real y un mundo posible*. *Jueces para la democracia*, N° 26, 89-96, p. 91.

174 *Ibíd.*

175 Corte Constitucional de Colombia, Sentencia en C-370/2002.

176 “*En nuestra opinión, a pesar de la intención de los redactores del artículo 15, expuesta en la exposición de motivos del proyecto, esta disposición, debido al contexto normativo en el que debe ser interpretada, se afilia más a las propuestas de considerar las diferencias culturales como causas de inimputabilidad que a la iniciativa de Zaffaroni para estatuir una circunstancia de inculpabilidad. Esto quiere decir que los proyectistas peruanos no supieron plasmar en el texto legal los criterios propuestos por Zaffaroni. En esta perspectiva, se comprende que se continúe afirmando lo que se estima que el legislador quiso prever, cuando en realidad estableció una forma de incapacidad de culpabilidad por razones culturales. Aun*

Para Hurtado Pozo, la inimputabilidad del indígena tiene un carácter “artificial”<sup>177</sup>, y no deja de ser cierto que se requiere de extender demasiado el principio de realidad para declarar exento de responsabilidad penal a un indígena asimilándolo a las personas que carecen de razón. De hecho, las innumerables críticas a esta solución dicen relación con la minusvaloración del indígena<sup>178</sup>.

Para Zaffaroni “*el indígena puede ser inimputable por las mismas causas que puede serlo el que no es indígena, pero nos negamos rotundamente a considerarlo inimputable por el hecho de pertenecer a otra cultura*”<sup>179</sup>.

#### 4.2.6. Balance de las posibilidades de la defensa cultural

Desde la perspectiva del reconocimiento de los sistemas jurídicos indígenas, las soluciones normativas de las defensas culturales son más apropiadas. Estas consisten en las soluciones de las causales de justificación por el reconocimiento del efecto normativo del derecho consuetudinario indígena, es decir, el cumplimiento de un deber, y, sobre todo, el legítimo ejercicio de los derechos indígenas.

Dichas causales suponen que el fenómeno normativo de los sistemas indígenas no es radicalmente distinto, sino equivalente normativa y funcionalmente con el proceso de seguimiento de reglas en el derecho penal estatal. En la equivalencia normativa, supone que el derecho consuetudinario indígena refleja valores sociales y bienes jurídicos dignos de protección estatal, de la misma manera que los valores y bienes jurídicos protegidos directamente por el derecho penal estatal. En cuanto a la equivalencia funcional, la experiencia normativa de los indígenas antes que estar marcada por temor a las sanciones de las reglas consuetudinarias opera gracias a la aceptación y cumplimiento espontáneo de ellas, de la misma manera

---

*cuando nos disguste o no satisfaga el resultado de la interpretación, hay que admitir que éste es más conforme a la sistemática y al contenido del Código Penal peruano. De lege ferenda, se puede considerar como preferible la propuesta de Zaffaroni; pero esto no basta para reconocer cuál de los posibles sentidos del texto del artículo 15 debe ser considerado como el más conforme a lo estatuido en el conjunto de las normas del Código peruano. Por más impreciso que sea el lenguaje, éste fija un marco que no puede ignorarse sin desnaturalizar el texto que se interpreta”. Hurtado Pozo, José (2006), Derecho penal y diferencias culturales: el caso peruano. Anuario de Derecho Penal 2006, 211-243, p. 71.*

177 Hurtado Pozo, José (s/f), *Derecho Penal, Multiculturalismo y Pueblos Nativos*, p. 12. Disponible en: [http://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/articulos/a\\_20140608\\_03.pdf](http://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/articulos/a_20140608_03.pdf) [consultado 15.15.2015]

178 En contra, el peruano Meini: “*Que históricamente se haya menospreciado a las culturas indígenas y que históricamente se les haya equiparado a sujetos psicológicamente incapaces, como si el tener una cosmovisión distinta fuera un defecto, no justifica, en la actualidad, seguir suscribiendo el mismo discurso. En otras palabras, si calificar de inimputable a un extraneus cultural es considerarlo un sujeto inferior o tratarlo despectivamente, tendría que decirse lo mismo con respecto a quienes padecen una anomalía psíquica, una grave alteración de la conciencia o sufren alteraciones en la percepción y a los menores de edad. Y esto, por absurdo, nadie lo sostiene. Dejando en claro entonces que el indígena no padece tara o defecto alguno, pero aceptando que existen casos en los que por su costumbre no puede comprender o comportarse según tal comprensión, se impone llamar a las cosas por su nombre si que ello presuponga recurrir al término «inimputable» para disfrazar un trato vejatorio*”. Meini, Iván (2007), Inimputabilidad penal por diversidad cultural sobre el artículo 15 del Código Penal. *Derecho PUC*, Nº 60, 17-50, p. 37.

179 Incluso llega a concebirla como “absurda”, valorando la teoría del error de comprensión del injusto penal, como una salida razonable a las teorías que apoyan la inimputabilidad. Zaffaroni, Alagia & Slokar, Op. Cit., p. 738.

## ASPECTOS CULTURALES DE LA DEFENSA DE IMPUTADOS INDÍGENAS

que el derecho estatal, de manera que las capacidades cognitivas y psicológicas de los sujetos que participan en las prácticas legales indígenas son las mismas que aquellas de los sujetos imperados normalmente por el derecho estatal.

Sin embargo, las circunstancias de los casos concretos pueden permitir y favorecer el uso de las otras variantes de las defensas culturales. En primer lugar, todos los casos en los cuales las normas culturales actúen sobre las operaciones cognitivas de los sujetos respecto del reconocimiento y comprensión del derecho penal estatal vigente. Esto requiere la invencibilidad del error, considerando las posibilidades cognitivas de la persona concreta (baremo cultural) y la disponibilidad de información sobre la ley penal estatal adecuada a las circunstancias de dicha persona. A primera vista, este tipo de defensas culturales dependen mucho de las condiciones sociales de los sujetos a que se aplicarían, pues es difícil que se puedan usar en contextos donde los indígenas viven en contextos urbanos, con una amplia disponibilidad de información, acceso y capacidad de comprensión de ella, mientras que son más plausibles en contextos de ruralidad, aislamiento, dificultades cognitivas o carencias de información derivadas de la privación de recursos sociales como la educación.

En segundo lugar, las defensas culturales que se refieren a percepciones fundamentalmente subjetivas y vinculadas a la personalidad o estados emocionales de los sujetos, pueden ser transversales a las condiciones sociales de ellos. La legítima defensa, la inexigibilidad de otra conducta y, especialmente, la fuerza o miedo insuperable operan en las percepciones subjetivas de los individuos. La cultura, tal y como influye en las operaciones cognitivas de los sujetos, también moldea sus reacciones emocionales y percepciones sensibles. De allí que puedan esgrimirse bajo la forma - y con los límites respectivos - de legítima defensa, inexigibilidad de otra conducta o fuerza o miedo insuperable, en situaciones sociales donde no es clara la privación de recursos cognitivos para el reconocimiento del derecho penal estatal.

Sin embargo, las exigencias de prueba de la defensa cultural son mayores en el caso de esta última vía, debido a que se refieren más a la situación particular de un sujeto antes que a situaciones generales de grupos o categorías de sujetos. Ello supone aportar pruebas centradas en el mismo sujeto y el influjo que produce la cultura sobre él en específico, y no sólo aquellas que se refieran al grupo en general a que pertenece o a situaciones estándar en que se pueda encontrar.

En cualquier caso, nuestro sistema jurídico excluye cualquier posibilidad de una inimputabilidad de los indígenas basada en su diversidad socio-cultural.

TABLA 1:  
TIPOS DE SOLUCIONES DOGMÁTICO-PENALES PARA LAS DEFENSAS CULTURALES

Defensa Cultural/ Dogmático-penal	Categoría del ámbito del sujeto	Bases	Elemento del Delito
Error de prohibición	Cognitiva	Falta o defecto de conocimiento reflexivo invencible sobre norma o su alcance, causal de justificación o bases de causal de justificación	Tipo
Error culturalmente condicionado	Cognitiva	Conocimiento sin comprensión, debido a:  Socialización exótica o diferenciada  Baremo cultural: nivel de conciencia disidente	Tipo
Cumplimiento de un deber	Normativa	Deber legal: conflicto de deberes	Antijuricidad (Causal de Justificación)
Ejercicio de un derecho	Normativa	Derecho jurídico surgido de ley, costumbre o derecho constitucional o internacional.  Ejercicio no arbitrario y proporcional	Antijuricidad (Causal de Justificación)
Legítima Defensa	Psicológica	Percepción de amenaza verosímil  Necesidad de defensa frente a amenaza  Defensa proporcional	Antijuricidad (Causal de Justificación)
Inexigibilidad de otro comportamiento	Psicológica	Falta de oportunidad para ajustar comportamiento a derecho  Presión de circunstancias  Influencia de cultura en percepción de circunstancias	Exculpación
Fuerza Irresistible o Miedo insuperable	Psicológica	Percepción de amenaza  Fuerza psicológica que impida otro comportamiento  Influencia de cultura en percepción subjetiva de temor frente a circunstancias	Exculpación
Inimputabilidad	Cognitiva/ Psicológica	Falta de madurez para comprender y decidir actuar autónomamente	Imputabilidad

Fuente: Elaboración propia

#### 4.2.7. Circunstancias modificatorias de responsabilidad penal de los indígenas

Algunos autores consideran que el uso más inocuo y menos riesgoso de las defensas culturales corresponde a su uso en la etapa de sentencia penal como

## ASPECTOS CULTURALES DE LA DEFENSA DE IMPUTADOS INDÍGENAS

circunstancias modificatorias de la responsabilidad penal.<sup>180</sup> Según esta postura, para garantizar la imparcialidad a las víctimas y para reducir al mínimo resoluciones contradictorias en las que diferentes acusados que cometen el mismo delito son castigados de manera diferente, las cuestiones culturales en los delitos culturalmente motivados se deben tomar en cuenta sólo en la fase de sentencia del proceso penal. Entonces el juez debe considerar las defensas culturales sobre todo para mitigar la sentencia penal.

Esta visión sostiene que el uso de las circunstancias culturales como circunstancia atenuante en la determinación de la pena del acusado, en lugar de la determinación de su culpabilidad, aseguraría que el acusado sería condenado por el crimen que realmente cometió y no una versión diluida de la infracción. Ello mantendría la valoración de la culpabilidad, sin dejar de considerar las circunstancias culturales de la parte acusada. Sin embargo, esta visión no se hace cargo de la pluralidad de visiones valóricas en una sociedad multicultural.

### 4.2.7.1. Atenuantes

La costumbre indígena, de acuerdo al art. 54° citado, puede servir de antecedente para las atenuantes del art. 11° del Código Penal. Esto quiere decir, que la costumbre indígena puede resultar útil para explicar los condicionamientos y dificultades que los individuos enfrentan a la hora de actuar conforme a las exigencias del derecho, derivadas de su pertenencia a una cultura que tiene ciertos usos y costumbres diferentes.<sup>181</sup>

Sin perjuicio de lo anterior, también cabe la aplicación de eximentes imperfectas, las que tendrán valor de atenuante de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 11° N° 1 del Código Penal.<sup>182</sup>

En el régimen de atenuantes a nivel comparado, hay poco desarrollo normativo respecto al derecho consuetudinario indígena. Así, el Código Penal de Bolivia dispone en su artículo Art. 40°: “*ATENUANTES GENERALES. Podrá también atenuarse la pena: (...) 4. Cuando el agente sea un indígena carente de instrucción y se pueda comprobar su ignorancia de la ley*”.

A su vez, el Código Penal de México, si bien no aborda atenuantes específicas de manera expresa, dispone normas para fijar la pena en su artículo 52°, entre las que encontramos la siguiente: “*El juez fijará las penas y medidas de seguri-*

180 Sikora, Damian (2001), Differing Cultures, Differing Culpabilities: A Sensible Alternative: Using Cultural Circumstances as a Mitigating Factor in Sentencing. *Ohio state Law Journal*, Vol. 62, N° 5, 1695-1728, pp. 1701 ss.

181 Concha, Ángela (2012), *Rol de la Costumbre Indígena en el Derecho Penal Chileno*. Memoria para Optar al Grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales. Valdivia: Universidad Austral de Chile. p. 31.

182 Art. 11. “*Son circunstancias atenuantes: 1a. Las expresadas en el artículo anterior, cuando no concurren todos los requisitos necesarios para eximir de responsabilidad en sus respectivos casos*”.

*dad que estime justas y procedentes dentro de los límites señalados para cada delito, con base en la gravedad del ilícito y el grado de culpabilidad del agente, teniendo en cuenta: (...) V - La edad, la educación, la ilustración, las costumbres, las condiciones sociales y económicas del sujeto, así como los motivos que lo impulsaron o determinaron a delinquir. Cuando el procesado perteneciere a un grupo étnico indígena, se tomarán en cuenta, además, sus usos y costumbres”* (destacado nuestro)

Un caso relativo a las circunstancias modificatorias de responsabilidad es el de la Sentencia de la Corte Suprema de Justicia dictada el 11 de enero de 2012.<sup>183</sup> Los hechos datan de julio del año 2002: un grupo de mapuche de la comunidad de Caiñicú realizó un “malón” (desalojo violento) contra otros miembros de la comunidad, en el cual se produjo la muerte de dos personas y lesiones a otras. La Corte de Apelaciones de Concepción condenó a los imputados por los delitos de homicidio y lesiones, pero se recurrió de casación en el fondo contra la sentencia, por la infracción de diversos artículos del Convenio 169 de la OIT.

La Corte Suprema acogió el recurso y rebajó las penas en virtud de que dio por acreditado que la práctica del “malón” es parte de la costumbre indígena como forma de resolución de conflictos, en base a un peritaje “*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 5° 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*” (considerando 3°).<sup>184</sup>

La sentencia rechazó aplicar la causal de justificación de la legítima defensa, puesto que al momento de comisión de delito no se presentó una agresión ilegítima por parte de los ofendidos que tuvieron que ser repelida o impedida.<sup>185</sup>

La sentencia abunda en señalar que el ilícito “*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*

---

183 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.

184 Copia de la sentencia. Disponible en: [http://www.observatorio.cl/sites/default/files/biblioteca/sentencia\\_malon\\_comunidad\\_cainicu\\_alto\\_bio\\_bio\\_-\\_atenuante\\_169.pdf](http://www.observatorio.cl/sites/default/files/biblioteca/sentencia_malon_comunidad_cainicu_alto_bio_bio_-_atenuante_169.pdf)

185 Ibid.

## ASPECTOS CULTURALES DE LA DEFENSA DE IMPUTADOS INDÍGENAS

*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” (considerando 4º)<sup>186</sup>.*

En la sentencia vemos que juegan dos fundamentos para aminorar la sanción penal: a) Eximente imperfecta, es decir, eximente que no cumple con todos los requisitos legales para excluir la sanción (Artículo 11º N° 1 del Código Penal);<sup>187</sup> b) Costumbre como base para una atenuante (artículo 54º de la Ley N° 19.253).

La verdadera tensión que se manifiesta en esta sentencia, se encuentra en el considerando cuarto. Cuando los juzgadores señalan que la conducta es no es justificable, a pesar de estar avalada por el Ad Mapu (sistema normativo mapuche), lo que hacen es excluir la causal de justificación “*ejercicio de un derecho*”. Esta causal de justificación implicaría validar la autotutela, la justicia por propia mano, que el derecho nacional considera “*vías de hecho*”. Existe un reproche del ordenamiento jurídico en su totalidad respecto de la autotutela. Civilmente, recuperar la posesión por medios violentos hace perder el tiempo de posesión anterior para adquirir por prescripción, y quien se instale en ella por medio de la violencia, la tendrá por inútil. Este rechazo a la autotutela y el monopolio constitucional de la resolución de conflictos, tiene explicación, en definitiva, en el monopolio estatal de la jurisdicción y de la fuerza.

Es decir, en la sentencia mencionada no hay necesariamente un rechazo al “derecho mapuche” (*Ad Mapu*), sino al sistema de resolución de conflictos mapuche. Por decirlo de otra manera, no se rechaza una costumbre de derecho criminal indígena, sino a validar algo que podríamos denominar *derecho procesal orgánico indígena*. La razón es que la jurisdicción pertenece al Estado en exclusiva, y los indígenas, de acuerdo a la legislación interna no detentan soberanía, y por ende no pueden detentar poder jurisdiccional alguno. Para lograr un pleno reconocimiento del *Ad Mapu* y de los sistemas normativos indígenas, es necesaria una reforma a la actual Constitución.

Otro caso es el de la sentencia dictada por el 4º Tribunal Oral en lo Penal de Santiago, con fecha 12 de junio de 2006, que condenó a tres personas del pueblo aymara, por los delitos de tráfico ilícito de estupefacientes. Los imputados fueron sorprendidos transportando alrededor de 60 kilos de cocaína, en la región metropolitana, por funcionarios policiales, quienes se valieron de informantes y agentes encubiertos para capturar a los sospechosos.

A dos de los imputados se les aplicó la atenuante de irreprochable conducta anterior, reduciendo aún más la pena al aplicar la facultad que concede en artículo

<sup>186</sup> *Ibid.*

<sup>187</sup> Art. 11. “*Son circunstancias atenuantes:*

*1a. Las expresadas en el artículo anterior, cuando no concurren todos los requisitos necesarios para eximir de responsabilidad en sus respectivos casos”.*

68 bis del Código Penal, que habilita al juez a considerar la atenuante como “muy calificada”, y rebajar aún más la condena. Esta irreprochable conducta anterior se dio por asentada por el hábito de los inculpados de obedecer las normas de su cultura. Aunque, la sentencia se basa en elementos ligados a la pobreza estructural que afecta a los indígenas que viven alejados de las ciudades; es decir, entran a jugar elementos económicos que inciden en la identidad indígena, territorios y pueblos, que provocan la vulnerabilidad de los indígenas ante el fenómeno delictual del comercio ilícito de cocaína. En este sentido, se consideró que haber mantenido una irreprochable conducta en un ambiente de marginalidad y pobreza hacía que la atenuante general de “irreprochable conducta” fuera “muy calificada”; es decir, haber resistido tanto tiempo a los factores criminógenos ambientales, hacía a los imputados merecedores de menor pena. En contextos extremos de pobreza y marginalidad, donde los sujetos no conocen otro patrón de conducta que el delictual, se podría alegar el error de prohibición exculpante, y en este sentido las pericias antropológicas aparecen como el elemento relevante para determinarlo, lo que no ocurre en el caso en estudio. En todo caso, y desde el punto de vista de la acción delictual (ya no desde el punto de vista de la conducta de vida de los imputados previa al delito) si el fundamento es la precariedad y aislamiento los indígenas que los hace “más vulnerables para ser utilizados” por los comercializadores de droga como “burreros”, pareciera ser que aquí jugaría una suerte de estado de necesidad exculpante por factores económicos, es decir, se trataría de sujetos absolutamente conscientes de que violaban la ley, pero impulsados por la pobreza y vulnerabilidad como determinante de su conducta.

#### 4.2.7.2. Agravantes

Tal como dispone el artículo 54° de la Ley Indígena, en materia penal, la costumbre también puede alegarse como antecedente para una eximente o atenuante de responsabilidad penal. Esto excluyó la posibilidad de que pudieran hacerse valer como antecedentes para una agravante.

La inclusión de la costumbre indígena como antecedente para constituir agravantes en materia criminal, entre indígenas, fue abordado en la discusión de la Ley Indígena N° 19.253 a solicitud del senador Thayer. Sin embargo, fue rechazado por la unanimidad de la H. Comisión Especial de Pueblos Indígenas, en su segundo informe, en virtud de que vulneraba la garantía del artículo 19° N° 3 de la Constitución.<sup>188</sup>

188 “ARTICULO 52. Indicación N° 144. Del H. Senador señor Thayer, para intercalar en su inciso primero la expresión “agravante” a continuación de la palabra “eximente”, separada por una coma, con el objeto de que en materia penal se considere la costumbre cuando ella pueda servir como antecedente para la aplicación de una circunstancia agravante de la responsabilidad penal. Vuestra Comisión acordó rechazarla en atención a que no guarda relación con la garantía constitucional establecida en el artículo 19 N° 3 de la Constitución Política por la unanimidad de los miembros presentes de la Comisión HH. Senadores señores Diez, Navarrete, Páez y Sinclair”. En: Historia de la Ley 19.253. Disponible en: <<http://www.leychile.cl/Navegar/scripts/obtienearchivo?id=recursoslegales/10221.3/3850/1/HL19253.pdf>>

## ASPECTOS CULTURALES DE LA DEFENSA DE IMPUTADOS INDÍGENAS

Cabe señalar que la norma constitucional señalada, reconoce como garantía, “a todas las personas” (incluso a indígenas, podría leerse), “la igual protección de la ley en el ejercicio de sus derechos”; aunque la que hace sentido al caso concreto es la garantía contenida en el mismo numeral, relativa a que “*Ninguna ley podrá establecer penas sin que la conducta que se sanciona esté expresamente descrita en ella*”, lo que implica la proscripción casi absoluta de la costumbre en materia penal, pues sin perjuicio de que una agravante no es una pena en estricto sentido, el hecho de que la haga más pesada, implica una vulneración de la garantía expresada.

En las agravantes generales indicada en la ley penal (art. 12° del código Penal chileno), no podría considerarse como antecedente de ellas el factor cultural en el comportamiento del ofensor, toda vez que la costumbre tan sólo tiene valor de acuerdo a la Ley Indígena cuando es “antecedente” para una eximente o atenuante, pero jamás para una agravante. De allí, que debe encuadrarse a la costumbre indígena dentro del catálogo de circunstancias atenuantes del art. 11° del Código Penal.<sup>189</sup>

Sin embargo, puede surgir la cuestión de si podemos usar la costumbre indígena para determinar ciertos conceptos que están involucrados en las bases de las circunstancias agravantes. En este sentido, podemos considerar que la costumbre indígena puede servir para interpretar ciertos conceptos de la ley penal.

En cuanto a las agravantes de abuso de confianza (art. 12° N° 7) y del prevalimiento carácter público del ofensor (art. 12° N° 8), la costumbre indígena nos puede servir para justificar los lazos de confianza – basados en la pertenencia y en la costumbre indígena - o la categoría pública de una persona – basada en el carácter de autoridad indígena. Si bien la primera posibilidad no se puede excluir, puesto que la noción de confianza es subjetiva y puede estar influenciada por factores culturales como la co-pertenencia a un pueblo indígena del ofensor y la víctima, la segunda hipótesis es muy difícil de sostener, en cuanto la jurisprudencia penal nacional y comparada siempre ha interpretado dicha agravante como un factor objetivo determinado por el mal uso que hace un funcionario público estatal de su función para delinquir, de manera que se excluyen otras formas de poder o autoridad.<sup>190</sup>

Lo anterior también involucra las agravantes de ejecución de un delito con desprecio de la autoridad pública (Art. 12°, N° 13).

Sin embargo, se abre una pregunta respecto a la agravante del art. 12° N° 18, que se refiere a ejecutar el hecho con ofensa o desprecio del respeto que por la dignidad, autoridad, edad o sexo mereciere el ofendido, o en su morada, cuando él no

189 Concha, Ángela, op. cit., p. 30.

190 Politoff, Sergio; Matus, Jean-Pierre; Ramírez, María Cecilia (2004), *Lecciones de Derecho Penal Chileno, Parte General*. Santiago: Editorial Jurídica, p. 516-518.

haya provocado el suceso. Podemos considerar que el concepto de dignidad que usa este concepto no se agota en las funciones estatales como sucede con los conceptos de autoridad pública o carácter público. Esta se trata de una agravante subjetiva, donde la dignidad significa: “*la posición de superioridad moral que se reconoce a una persona respecto de otra en atención a las cualidades relevantes que públicamente se le atribuyen*”.<sup>191</sup>

Al tratarse la dignidad de una superioridad moral, ésta también involucrará la construcción de autoridad y dignidad que haga el derecho consuetudinario indígena, de manera que éste puede cobrar importancia al interpretar el concepto que implica esta circunstancia agravante.

Finalmente, las agravantes de reincidencia, de los numerales 15 y 16 del art. 12º, referidas delitos anteriores de igual o mayor pena o de la misma especie), cometidos por un ofensor, deberían ser excluidas de cualquier influjo del derecho consuetudinario, debido a que en Chile no se reconoce el derecho penal indígena frente al derecho penal estatal – tal y como lo desarrollamos más arriba en atención a la interpretación que hizo el TC de los artículos 8º, 9º y 10º del Convenio N° 169. De esa manera, las sanciones y ofensas del derecho consuetudinario indígena no pueden ser consideradas penas ni delitos para los conceptos que manejan aquellas agravantes, así como tampoco un juzgamiento o procedimiento indígena ante una autoridad indígena en Chile violaría el principio penal *ne bis in ídem*.

## 5. Tensiones entre los derechos humanos individuales y el derecho consuetudinario indígena

El derecho de los pueblos indígenas a sus propios sistemas legales es, en sí mismo, un derecho humano fundamental. Este derecho tiene un rol en el aseguramiento del respeto para los individuos indígenas de sus derechos humanos, incluyendo sus derechos respecto al patrimonio cultural, derechos sobre las tierras, territorios y recursos naturales, entre otros.<sup>192</sup> Pese a estas relaciones de reciprocidad positiva entre derechos humanos y derecho consuetudinario indígena, el reconocimiento de derechos colectivos de grupo, como el derecho al derecho propio de los pueblos indígena, puede hacer y ha hecho surgir múltiples tensiones entre dichos derechos colectivos y los derechos humanos individuales.

La discriminación de género es una de las características más notorias del derecho consuetudinario de muchos grupos étnicos. La mujer se encuentra, en la mayor parte de las sociedades del mundo, con una sociedad dominada por los varones, donde los hombres controlan las instituciones que se han creado a su alrededor. En muchos grupos, la riqueza de un hombre todavía es medida por el

---

191 Cury, Enrique (1085), *Derecho Penal. Parte General*. Tomo II. Santiago: Editorial Jurídica, p. 176.

192 Tobin, Brendan, op. cit., p. 180.

## ASPECTOS CULTURALES DE LA DEFENSA DE IMPUTADOS INDÍGENAS

número de esposas e hijos que tiene. En muchos grupos étnicos, las mujeres son consideradas como propiedad y no pueden tener propiedades.<sup>193</sup>

El Comité de Derechos del Niño indicado el concepto de prácticas nocivas basadas en la tradición, la cultura, la religión o la superstición, las cuales permanecen contando con aprobación y que por ello son aún comunes en contextos tradicionales.<sup>194</sup> Esto se puede encontrar con claridad en las Observaciones Generales N°s 3 (2003), 4 (2003), 7 (2005), 8 (2006), 9 (2006), 11 (2009), 12 (2009), y en particular en la N° 13 (2011) sobre el derecho de los niños a la libertad contra todas las formas de violencia (CRC/C/GC/13).

En el párrafo 29° de la Observación General N° 13, se especifican ciertas prácticas nocivas:

“Prácticas perjudiciales. Se trata, entre otras, de:

- a) Los castigos corporales y otras formas de castigos crueles o degradantes;
- b) La mutilación genital femenina;
- c) Las amputaciones, ataduras, arañazos, quemaduras y marcas;
- d) Los ritos iniciáticos violentos y degradantes; la alimentación forzada de las niñas; el engorde; las pruebas de virginidad (inspección de los genitales de las niñas);
- e) El matrimonio forzado y el matrimonio precoz;
- f) Los delitos de “honor”; los actos de represalia (cuando grupos en conflicto se desquitan contra niños del bando opuesto); las muertes y los actos de violencia relacionados con la dote;
- g) Las acusaciones de “brujería” y prácticas nocivas afines como el “exorcismo”;
- h) La uvulectomía y la extracción de dientes”

Homicidios motivados por el honor, mutilaciones genitales femeninas, matrimonios forzados, son formas de acción que pueden estar amparados por normas culturales consuetudinarias. A ello se pueden agregar acciones que se escapan a las consideraciones de género, como castigos violentos, tratos inhumanos y degradantes, juicios por ordalías, acusaciones de brujería. Todos estos fenómenos se van a encuadrar en el concepto de delitos u ofensas culturales.

La Declaración de Derechos de los Pueblos Indígenas de la ONU procura resolver los conflictos entre presiones grupales y derechos individuales, insistiendo en que los derechos indígenas están firmemente anclados dentro del sistema más

<sup>193</sup> Kiyé, Mikano (2015), Conflict Between Customary Law and Human Rights in Cameroon: The Role of the Courts in Fostering an Equitably Gendered Society. *African Study Monographs*, 36 (2): 75–100, p. 84.

<sup>194</sup> International NGO Council on violence against Children (2012), Violating Children’s Rights: Harmful Practices based tradition, cultura, religion or superstition. INCO.

amplio de los derechos humanos y, como tales, quedan sujetos a las mismas restricciones que el resto de los derechos humanos. Del preámbulo del párrafo 1° de la Declaración se vincula con los propósitos y principios de la Carta de las Naciones Unidas, mientras que el artículo 1° enlaza al texto con la Carta de las Naciones Unidas, la Declaración de la ONU sobre los Derechos Humanos y el derecho internacional de los derechos humanos. Artículo 46° señala que en el ejercicio de los derechos contenidos en la Declaración, se deben respetar los derechos humanos y las libertades fundamentales de todos. El ejercicio de los derechos enunciados en la Declaración estará solamente sujeta a las limitaciones establecidas por la ley, y en conformidad con las obligaciones internacionales de derechos humanos.<sup>195</sup>

El artículo 34° de la Declaración de Derechos de los Pueblos Indígenas prescribe que el reconocimiento de los sistemas jurídicos indígenas debe estar en armonía con los estándares internacionales de los derechos humanos. Esto establecería la supra ordenación de los derechos humanos por sobre el derecho consuetudinario indígena.<sup>196</sup> Existe la presunción de que la medida en que las normas nacionales de derechos humanos están consagradas en las constituciones nacionales, se presenta como un orden superior de las aspiraciones humanas. De esa manera, dentro de cada sistema jurídico, los derechos humanos proporcionan un conjunto más alto de las normas por el cual las diversas tradiciones culturales pueden ser juzgadas. Por esta razón, las normas estatales de derechos humanos tienen prioridad sobre las prácticas tradicionales o culturales, al menos en teoría. El principio de la supremacía constitucional asegura que en la interpretación jurídica, las garantías de derechos humanos tienen prioridad sobre cualquier otra ley o prácticas.<sup>197</sup>

Sin embargo, los derechos indígenas, como el mismo derecho al derecho consuetudinario, son también derechos humanos y, por ello, en el mismo estatus que los demás derechos del sistema global de protección a los derechos humanos del cual forma parte.

Xanthaki considera que el Comité de Derechos Humanos ha asentado las bases para resolver las controversias entre derechos individuales y derechos de grupo, como los que pueden surgir a propósito de los delitos culturalmente orientados. El comité ha establecido criterios de resolución en sus pronunciamientos en los

---

195 Xanthaki, Alexandra (2011), *The UN Declaration on the Rights of Indigenous Peoples and Collective Rights: What's the Future for Indigenous Women?* In: Allen, S.; Xanthaki, Alexandra (Eds.), *Reflections on the UN Declaration on the Rights of Indigenous Peoples*. Oxford: Hart.

196 Ibid. p. 281.

197 Ibhawoh, Bonny (2012), *Human Rights in the African State*. In: Cushman, Thomas (ed.), *Handbook of Human Rights*. London: Routledge, p. 721.

## ASPECTOS CULTURALES DE LA DEFENSA DE IMPUTADOS INDÍGENAS

casos *Lovelace*,<sup>198</sup> *Kitok*,<sup>199</sup> y *Länsman*,<sup>200</sup> los cuales exigen la existencia de una justificación razonable y objetiva para la prevalencia de un derecho sobre el otro; la coherencia con los instrumentos de derechos humanos; la necesidad de la restricción; y la proporcionalidad<sup>201</sup>.

El Comité de Derechos Humanos de la ONU estableció un escrutinio basado en un test de proporcionalidad, necesidad, equidad y balance de derechos en el caso *Lovelace v. Canadá*. En todos estos casos, el Comité de Derechos Humanos ha buscado la evidencia de una justificación razonable y efectiva para la prioridad de un derecho sobre otro en un juicio de ponderación, así como la consistencia con los instrumentos internacionales de derechos humanos, la necesidad de las restricciones impuestas y su proporcionalidad. La simple imposición de un derecho sobre otro sin un juicio de ponderación marcado por los criterios mencionados no es consistente con la naturaleza de los principios que sustentan el derecho internacional de los derechos humanos.<sup>202</sup>

De esa manera, la solución ofrecida por el Comité de DD.HH. es la ponderación de los derechos comprometidos. Esta solución es aquella que ha implementado la Corte Constitucional de Colombia para resolver las contradicciones entre los derechos humanos de los individuos y las reglas consuetudinarias del derecho indígena.

La Corte colombiana explicó que el “núcleo duro” de los derechos humanos constituyen un límite absoluto a la autonomía indígena, que trasciende cualquier ámbito autonómico de las comunidades indígenas y debe imponerse ante cualquier tipo de decisión que adopten, aunque la evaluación sobre su trasgresión, en cada caso, deba tomar en consideración los aspectos culturales relevantes. Los derechos fundamentales son “mínimos de convivencia” que deben ponderarse en cada caso.

La sentencia T-514/2009, de 30 de julio de 2009, de la Corte Constitucional de Colombia determinó la siguiente forma de resolver los conflictos de interpretación:

*“Los límites a la autonomía solo pueden ser aquellos que se refieran a lo verdaderamente intolerable desde el punto de vista de los derechos humanos, a partir de un consenso intercultural lo más amplio posible: el derecho a la vida, la prohibición de tortura, la prohibición de esclavitud y el principio de legalidad, especialmente, en materia penal”* (Párrafo 5.2).

*“Los límites están dados, en primer lugar, por un “núcleo duro de derechos humanos”, junto con el principio de legalidad como garantía del debido proceso y,*

198 Communication No. 24/1977; en UN Doc. A/36/40 (1981).

199 Communication No. 195/1985; en UN Doc. A/43/40 (1988).

200 Communication No. 511/1992; en UN Doc. A/50/40 (1995).

201 Xanthaki, Alexandra (2011), op. cit.

202 Xanthaki, Alexandra (2011), op. cit., p. 430.

*en segundo lugar, por los derechos fundamentales mínimos de convivencia, cuyo núcleo esencial debe mantenerse a salvo de actuaciones arbitrarias” (Párrafo 5.4). Dicho núcleo duro está constituido por los derechos a la vida, la prohibición de la esclavitud y prohibición de la tortura.*

*“El “núcleo duro” es un límite absoluto que trasciende cualquier ámbito autonómico de las comunidades indígenas. Cualquier decisión que desconozca el derecho a la vida, lesione la integridad de una persona o transgreda las prohibiciones de tortura y servidumbre está constitucionalmente prohibida, aunque la evaluación de una eventual vulneración, especialmente en cuanto a la integridad personal y el debido proceso debe realizarse a la luz de la cultura específica en que se presenten los hechos” (Párrafo 5.4).*

*“Los derechos fundamentales constituyen un límite que debe establecerse a través de un ejercicio de ponderación en cada caso concreto, en la medida en que un conflicto entre la autonomía, la integridad o la diversidad cultural y un derecho fundamental determinado es un conflicto entre normas constitucionales de igual jerarquía” (Párrafo 5.4).*

*“En estos conflictos, sin embargo, los derechos de la comunidad gozan de un peso mayor, prima facie, en virtud al principio de “maximización de la autonomía”” (Párrafo 5.4).*

De acuerdo al principio de la maximización de la autonomía de las comunidades indígenas, sólo son admisibles las restricciones a la autonomía de las comunidades indígenas, cuando estas (i) sean necesarias para salvaguardar un interés de mayor jerarquía; y (ii) sean las menos gravosas, frente a cualquier medida alternativa, para la autonomía de las comunidades étnicas (Párrafo 4.1).<sup>203</sup>

En la sentencia C-463/2014, el Pleno de la Corte Constitucional estableció en el párrafo 13: *“El uso de la ponderación obedece, primero, a la ausencia de una jerarquía entre derechos fundamentales (los individuales y los de la comunidad); segundo, plantea la necesidad de analizar los límites entre unos y otros solo en el marco de las circunstancias de cada caso, lo que resulta particularmente útil en materia de diversidad, donde las diferencias entre cada pueblo y cultura pueden adquirir relevancia; por el contrario, tercero, permite establecer reglas jurisprudenciales de decisión (subreglas), que pueden servir de guía a los jueces constitucionales que aborden colisiones normativas semejantes”.*

En la década de los 90´, la Corte Constitucional de Colombia ya había determinado criterios sobre los límites a la jurisdicción indígena, estableciendo que dichos límites deben cumplir con el siguiente escrutinio estricto: i) la protección de un interés de mayor jerarquía a la diversidad étnica y cultural; ii) que se trata de la medida menos perjudicial para la autonomía de la comunidad, y iii) se prefiere un

---

203 En esto la Corte reitera los criterios de su sentencia de 8 de agosto de 1996, T-349/1996

## ASPECTOS CULTURALES DE LA DEFENSA DE IMPUTADOS INDÍGENAS

sistema de límites mínimos reducidos a lo que “*en verdad resulta intolerable por atentar contra los bienes más preciados del ser humano*”.<sup>204</sup>

En ese sentido, se impone no sólo la ponderación de las normas del derecho consuetudinario indígena con los otros derechos humanos, sino que también reglas de proporcionalidad en la afectación de la autonomía de la comunidad que resulte de la ponderación, determinados por el menor perjuicio posible para ella y por la necesidad de dicha afectación para proteger intereses de mayor jerarquía representados en los bienes más preciados del ser humano.

Ante la ausencia de una ley de coordinación entre los sistemas jurídicos estatal e indígenas en Colombia, los conflictos entre sistemas de justicia indígena y el sistema nacional, de acuerdo a la Corte Constitucional deben solucionarse bajo los siguientes parámetros: i) análisis y decisión, caso por caso, de acuerdo con las circunstancias específicas de cada conflicto; ii) el grado de autonomía de las comunidades es directamente proporcional al grado de conservación de sus usos y costumbres; iii) los derechos fundamentales son el mínimo común denominador de la convivencia entre particulares; iv) las normas imperativas priman sobre los usos y costumbres siempre y cuando protejan directamente un valor constitucional superior al superior principio de la diversidad étnica y cultural, y v) los usos y costumbres prevalecen sobre las normas dispositivas.<sup>205</sup>

Sin embargo, otros han propuestos otros criterios de resolución diferentes a la ponderación que construye la Corte Constitucional colombiana, en el sentido que las defensas culturales podrían aceptarse, más allá del marco de los derechos humanos, siempre y cuando no provoquen daños físicos irreparables.<sup>206</sup>

### 5.1. Derrotabilidad del derecho al derecho consuetudinario y derechos de la mujer: los acuerdos reparatorios en VIF

Una de las materias donde más se ha suscitado una discusión relativa a la colisión de derechos establecidos en el Convenio N° 169 de la OIT y otros derechos fundamentales en Chile han sido la aceptación de acuerdos reparatorios en casos de violencia intrafamiliar, invocando los artículos 8° y 9° del Convenio.<sup>207</sup> Al respecto, el INDH ha sostenido que “El reconocimiento de los derechos de los pueblos indígenas no puede dar lugar a relativizar la violación a los derechos humanos que

204 Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-139/1996.

205 Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-001/2012, reproduciendo los conceptos del fallo de la Corte Constitucional T-254/1994.

206 Dundes, Rentlen (2004), *The Cultural Defence*. Oxford: Oxford University Press. p.219

207 Para revisar algunos de los casos referidos, ver Defensoría Regional Araucanía (2010), Minuta Regional, el Convenio 169 de la OIT y la Defensa Penal de Indígenas. Temuco: DPP; Defensoría Penal Pública (2012), *Comentarios a fallos relevantes en materia de defensa penal de imputados de pueblos originarios. Algunos aspectos para la mejor aplicación del Modelo de Defensa Penal, Informe de Análisis Jurisprudencial N°1/2012*, Santiago: DPP; Defensoría Penal Pública (2013), *2° Informe de Jurisprudencia sobre Defensa Penal de Imputados Indígenas*. Santiago: DPP.

constituye la violencia contra las mujeres, sea cuales fueran los contextos culturales en que esta se produce.”<sup>208</sup>

En la materia, la Ley N° 20.066 de 2005, establece en su artículo 19° de una manera explícita la improcedencia de acuerdos reparatorios como forma de término de las causas por delitos de violencia intrafamiliar de la siguiente manera:

*“Improcedencia de acuerdos reparatorios. En los procesos por delitos constitutivos de violencia intrafamiliar no tendrá aplicación el artículo 241 del Código Procesal Penal”.*

En el caso ante el juzgado de letras y garantía de Collipulli, causa RIT N°1091-2011, el Defensor argumentó que la costumbre indígena de la etnia mapuche (sic), consiste en aceptar los consejos de los ancianos o padres, pudiendo jugar el juez dicho rol, debido a su autoridad legal, y que también implica el pedir disculpas y comprometerse a no reiterar los hechos. El tribunal aprobó un acuerdo reparatorio como salida alternativa que contenía las disculpas y la promesa de no reiteración de los hechos, así como la asistencia a una terapia, pese a la oposición del Ministerio Público.

En la sentencia de la Corte de Apelaciones de Temuco, de 4 de junio de 2012 confirmó la sentencia del tribunal de Collipulli indicando:

*“Que en este sentido, es un hecho público y notorio en esta Región, que las personas de la etnia mapuche, históricamente han resuelto sus conflictos, incluso algunos de mayor gravedad que los que motivan esta causa, mediante la negociación, por cuanto es propio de su cultura resolver de esta manera los conflictos, razón por la cual resulta plenamente aplicable el Convenio 169 ya referido por sobre la Ley 20.066.”*

El tribunal refuerza su interpretación añadiendo que la no confirmación del acuerdo reparatorio implicaría la desintegración de una familia *“que ha podido recomponerse mediante una solución que les parece justa, lo que estaría en contradicción con el Convenio 169, ... más aún cuando se contribuye a cumplir con el interés superior de fortalecer la familia de acuerdo a lo que establece la Constitución Política de la República”.*

En otro caso similar, en la causa RIT N° 461-2011 del Juez de Garantía de Lautaro, se acepta otro acuerdo reparatorio, siendo confirmado por sentencia de la Corte de Apelaciones de Temuco. Posteriormente se pronunció la Corte Suprema el 4 de enero de 2014, frente a un recurso de queja presentado por el Ministerio Público, Rol N° 10.635-11. La Corte Suprema desecha el recurso de queja, en cuanto a la aplicación del Convenio N° 169 por sobre la Ley N° 20.066 es una cuestión de interpretación legal, frente a lo cual no procede el recurso de queja.

---

208 INDH (2012), *Informe Anual 2012, Situación de los Derechos Humanos en Chile*. Santiago: INDH, p. 132.

## ASPECTOS CULTURALES DE LA DEFENSA DE IMPUTADOS INDÍGENAS

El voto disidente de los ministros Rodríguez y Ballesteros indicó el considerando 2 de su voto de minoría:

*“2° Que, en efecto, la Ley N° 20.066 en su artículo 19, prohíbe de modo expreso los acuerdos reparatorios y ello tiene su razón, precisamente en la inexistencia de igualdad entre quienes llegan a un proceso penal como víctimas de lesiones y victimarios a consecuencia de violencia intrafamiliar, estando demostrado que las conciliaciones o avenimientos de ningún tipo han servido a lo largo del tiempo para reparar este grave problema social.*

*Siendo una norma prohibitiva, simplemente no se pueden celebrar acuerdos de ningún tipo, en forma ni bajo condición alguna.*

*Por su parte, el artículo 9° del Convenio 169 de la OIT, dispone que deberán respetarse los métodos tradicionales de los pueblos indígenas “En la medida que ello sea compatible con el sistema jurídico nacional...” lo que evidentemente no ocurre en la especie, porque el sistema jurídico nacional, en este tipo de conflictos –exclusivamente– prohíbe la reparación entre las partes.”*

En dichos fallos, resulta en primer lugar cuestionable la falta de acreditación específica de la costumbre indígena. Sería necesario acreditar los hechos que se consideran como públicos notorios, puesto que se trata de conocimientos especializados sobre la cultura del pueblo mapuche que no están necesariamente disponibles para el conocimiento judicial como hechos públicos y notorios y que deben probarse adecuadamente mediante el recurso a especialistas imparciales.<sup>209</sup> Además, las costumbres mapuches no son necesariamente homogéneas y pueden variar geográficamente.<sup>210</sup>

En segundo lugar, la solución jurídica plantea un desacuerdo interpretativo donde el Ministerio Público sostenía la tesis la prioridad por especialidad de la Ley N° 20.066 que en su artículo 19° que prohíbe los acuerdos reparatorios en casos de violencia intrafamiliar, mientras que la Defensoría planteará la prioridad jerárquica del Convenio N° 169 de la OIT, la cual justificaría la procedencia de tales acuerdos.

La tesis de la especialidad de la Ley N° 20.066 no es sustentable frente al Convenio N° 169, toda vez que ambos tienen que ver con derechos fundamentales especiales atribuidos en consideración a las especiales condiciones de vulnerabilidad de sus sujetos activos, mujeres e indígenas, respectivamente. La condición especial del género no cede ante la condición especial de la pertenencia a un pueblo indígena, ni viceversa.

La tesis de la superior jerarquía del Convenio N° 169 como tratado internacional de derechos humanos frente a la Ley N° 20.066, chocaría con la idea de que la

209 UFRO (2012). Comentario: Violencia Intrafamiliar en contexto indígena. *Boletín de Derechos Humanos*, Año I, Número Especial, pp. 13-18.

210 *Ibid.*

prohibición contenida en ella de los acuerdos reparatorios en materia de violencia intrafamiliar es un contenido derivado de derechos fundamentales contenidos en otros tratados internacionales de derechos humanos, cuales son la CEDAW y la Convención de Belém do Pará. En definitiva, los contenidos normativos a favor de la costumbre indígena y aquellos en contra de los acuerdos reparatorios en materia de violencia intrafamiliar, se justifican en fuentes de idéntica jerarquía, en cuanto ambos son exigencias de derechos fundamentales, no permitiéndose hacer primar a uno afectando injustificadamente a otro.

Existe una tercera posibilidad, cual es la ponderación entre derechos fundamentales. El criterio del Instituto Nacional de Derechos Humanos, INDH, indicó que la posible colisión entre los derechos de las mujeres víctimas de violencia intrafamiliar y los derechos a la aplicación de normas consuetudinarias indígenas derivados del Convenio N° 169, debería resolverse mediante una ponderación caso a caso.

Para el INDH:

*“a) Existe una colisión de intereses entre: la aplicación de las normas del Convenio 169 de la OIT referentes a la aplicación de la costumbre indígena en los conflictos jurídicos en sede penal, por una parte, y la normativa que sanciona la violencia contra la mujer, por otra; b) esa colisión de intereses, debiera resolverse con una ponderación caso a caso, sin perjuicio que, en principio, debiera tener preeminencia la protección de la dignidad de las mujeres objeto de violencia por parte de personas de sexo masculino en el contexto familiar o de relaciones de pareja”.*<sup>211</sup>

La norma contenida en el art. 19° de la Ley N° 20.066, consiste en una realización de principios contenidos en tratados internacionales de derechos humanos que consagran derechos fundamentales de las mujeres.

La Convención sobre la Eliminación de Todas las formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW), en su artículo 1° define la “discriminación contra la mujer” señalando que significa:

*“Toda distinción, exclusión o restricción basada en el sexo que tenga por objeto o por resultado menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio por la mujer, independientemente de su estado civil, sobre la base de la igualdad del hombre y la mujer, de los derechos humanos y las libertades fundamentales en las esferas política, económica, social, cultural y civil o en cualquier otra esfera”.*

La violencia contra la mujer cabe dentro del concepto de discriminación de referido art. 1° de la CEDAW, como lo ha indicado el Comité de la CEDAW en su Observación General N° 19, en la cual se indica que la violencia contra la mujer menoscaba o anula el goce de sus derechos humanos y sus libertades fundamen-

---

211 INDH (2012), *Amicus Curiae del Instituto Nacional de Derechos Humanos*, ante la Causa Rol 388-2012 de la Corte de Apelaciones de Temuco. p. 18.

## ASPECTOS CULTURALES DE LA DEFENSA DE IMPUTADOS INDÍGENAS

tales en virtud del derecho internacional o de los diversos convenios de derechos humanos.

La Convención Interamericana para Prevenir, Erradicar y Sancionar la Violencia contra la Mujer (Convención de Belém do Pará), define en su artículo 1° la violencia contra la mujer como “cualquier acción o conducta basada en su género, que cause muerte, daño o sufrimiento físico, sexual o psicológico a la mujer, tanto en el ámbito público como en el privado”.

En su artículo 4°, la Convención de Belém do Pará, establece que toda mujer tiene derecho al reconocimiento, goce, ejercicio de todos los derechos humanos y a las libertades consagradas por los instrumentos regionales e internacionales sobre derechos humanos. Estos derechos comprenden, entre otros: el derecho a que se respete su vida; el derecho a que se respete su integridad física, psíquica y moral; y el derecho a la libertad y a la seguridad personal.

La Convención impone la obligación a los Estados de “actuar con la debida diligencia para prevenir, investigar y sancionar la violencia contra la mujer” (art. 7°, a).

Respecto a cuestiones en que pueden ser importantes la pertenencia y las costumbres indígenas, la Convención indica en su artículo 7° letra e) que los Estados parte tendrán que tomar todas las medidas apropiadas, incluyendo medidas de tipo legislativo, para modificar o abolir leyes y reglamentos vigentes, o para modificar las prácticas judiciales o consuetudinarias que respalden la persistencia o la tolerancia de la violencia contra la mujer. Por otra parte, también exige a los Estados, en su art. 9°, dar especial atención a la “situación de vulnerabilidad a la violencia que pueda sufrir la mujer en razón, entre otras, de su raza o de su condición étnica”.

En esta visión, la prohibición de los acuerdos reparatorios en materia de violencia intrafamiliar del art. 19° de la Ley N° 20.066, se deriva de los principios contenidos en los tratados internacionales recién citados, ya que “los acuerdos reparatorios se prohíben en estas materias porque se trata de un problema de vulneración de derechos humanos como el respeto a la dignidad humana, la integridad física y psíquica, la igualdad y la no discriminación.”<sup>212</sup>

El reconocimiento de la costumbre indígena que se deriva de los arts. 8° y 9° del Convenio N° 169, como la prohibición de los acuerdos reparatorios son contenidos normativos relativos a derechos fundamentales, que son parte del bloque de constitucionalidad o al menos tienen la misma jerarquía entre ellos como contenidos de tratados internacionales de derechos humanos, según la interpretación actualmente dominante del art 5° inciso 2° de la Constitución.

212 Marín, Ana (2014), *Compatibilidad entre el Convenio 169 de la OIT y la Ley de Violencia Intrafamiliar ¿Se Pueden Aprobar Acuerdos Reparatorios?, Análisis teórico-práctico a partir de una sentencia dictada en la región de la Araucanía*. Memoria para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad de Concepción. Concepción. P. 40.

En tanto ponderación, lo fundamental para determinar la solución respecto a los casos de Violencia Intrafamiliar de acuerdos supuestamente basados en la costumbre indígena, es la determinación de las condiciones de prioridad condicionada o circunstanciada de un derecho sobre otro en el caso particular, esto es, las condiciones de derrotabilidad de un derecho frente a otro.

La derrotabilidad implica una regla, a pesar que no contiene una excepción para el caso concreto, frente a la cual estamos sin embargo jurídicamente justificados para no seguirla.<sup>213</sup>

Analizaremos dos argumentos a favor de la derrotabilidad del Convenio 169 frente a la prohibición de acuerdos reparatorios:

- a) Desde un cierto punto de vista, la derrotabilidad de los principios de los arts. 8º y 9º del Convenio N° 169 podría basarse en un principio general, según el cual, por sobre los principios relacionados al reconocimiento del derecho propio y costumbre indígena, debería preferirse a los principios relacionados más estrechamente con el núcleo más duro de la dignidad humana por la existencia de una afectación de la integridad física y psíquica de las mujeres y del principio de igualdad y no discriminación.<sup>214</sup> Esta interpretación de la derrotabilidad del Convenio N° 169 estaría respaldada en la Comentario General N° 28 del Comité de Derechos Humanos (párrafo 32), en virtud de la cual los derechos colectivos de que disfrutaban los miembros de las minorías con arreglo al artículo 27º del Pacto de Derechos Civiles y Políticos respecto de su idioma, cultura y religión no autorizan a un Estado, a un grupo o una persona a vulnerar el derecho de la mujer al disfrute en igualdad de condiciones de todos los derechos amparados por el Pacto, incluido el que se refiere a la igual protección de la ley.
- b) A lo anterior, se agrega el argumento de que la mención en el art. 9º de la necesaria armonía de esos contenidos con las normas de otros tratados internacionales de derechos humanos, lo haría de antemano derrotable. Según Marín:

*“un adecuado análisis de las normativas que estarían en colisión nos muestra que una de ellas contiene en su texto una regla en virtud de la cual ella cede cuando colisiona con normas de otros tratados internacionales de derechos humanos. En efecto, como ya manifestamos anteriormente, el artículo 9 del Convenio 169 de la OIT contiene una regla que expresamente establece su derrotabilidad en los casos en que los métodos de los pueblos indígenas para la resolución de conflic-*

---

213 Atria, Fernando (2002), *On Law and Legal Reasoning*. Londres: Hart Publishing, p. 125.

214 INDH (2012), Amicus Curiae del Instituto Nacional de Derechos Humanos, ante la Causa Rol 388-2012 de la Corte de Apelaciones de Temuco. p. 21.

## ASPECTOS CULTURALES DE LA DEFENSA DE IMPUTADOS INDÍGENAS

*tos penales entren en colisión con otras disposiciones de tratados de derechos humanos internacionalmente reconocidos.*"<sup>215</sup>

El primer argumento (a), viene respaldado, hasta cierto punto, por la forma en que las reglas de eliminación de la violencia contra la mujer frente a las prácticas tradicionales perjudiciales y como los órganos de Naciones Unidas interpretan dichas reglas. Las llamadas "prácticas perjudiciales" son el resultado de la desigualdad entre los géneros y de normas sociales, culturales y religiosas y tradiciones discriminatorias que regulan la posición de la mujer en la familia, en la comunidad y en la sociedad y controlan la libertad de las mujeres, incluida su sexualidad.<sup>216</sup>

La CEDAW obliga a los estados a tomar medidas apropiadas para modificar las prácticas sociales y culturales que discriminen a las mujeres.

La Convención de Belem do Pará, sus Estados partes convienen en tomar todas las medidas apropiadas, incluyendo medidas de tipo legislativo, para modificar o abolir leyes y reglamentos vigentes o para abolir practicas jurídicas o consuetudinarias que respalden la persistencia o la tolerancia de la violencia contra la mujer.

El Manual de la ONU para la Legislación sobre la Violencia contra la Mujer recomienda que los conflictos entre las leyes tradicionales y formales deben resolverse de una manera que respete los derechos humanos y los principios de la igualdad de género. En general, esto se hace a través de una cláusula legal que especifique que el derecho consuetudinario no es válido en la medida en que viola los principios constitucionales y los derechos humanos.<sup>217</sup>

El Comité de la CEDAW, en su Recomendación General N° 19 establece que las actitudes tradicionales por las que las mujeres son consideradas como subordinadas o se le atribuyen funciones estereotipadas perpetúan la difusión de prácticas que entrañan violencia o coacción, como la violencia familiar y el abuso, el matrimonio forzado, las muertes por dotes, los ataques con ácido y la circuncisión femenina. Esos prejuicios y prácticas pueden justificar la violencia de género como una forma de protección o control sobre las mujeres. El efecto de este tipo de violencia contra la integridad física y mental de las mujeres es privarla del goce efectivo, el ejercicio y el conocimiento de los derechos humanos y las libertades fundamentales.

El Comité CEDAW ha expresado su preocupación por las prácticas que anteponen la cultura por sobre la eliminación de la discriminación. En sus observaciones finales de 1999 sobre el informe periódico de Nepal, el Comité expresó su preocupa-

<sup>215</sup> *Ibid.*, pp. 102-103.

<sup>216</sup> ONU (2011), *Suplemento del Manual de legislación sobre la violencia contra la mujer, "Prácticas perjudiciales" contra la mujer*. Departamento de Asuntos Económicos y Sociales División para el Adelanto de la Mujer integrada actualmente en ONU-Mujeres. Nueva York: ONU, p. 3.

<sup>217</sup> United Nations, *The UN Handbook for Legislation on Violence against Women*, p. 15.

ción por la resolución de la Corte Suprema de Nepal que dio prioridad a la preservación de la cultura y la tradición en la interpretación de las leyes discriminatorias.

El Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de la ONU, en su Observación General N° 14 de 2000, en su párrafo 35°, ha señalado que los Estados tienen la obligación jurídica específica de adoptar medidas eficaces y apropiadas para eliminar prácticas tradicionales perjudiciales que afectan a la salud de los niños, y en particular a las niñas, como el matrimonio temprano, la mutilación genital femenina, y la alimentación y el cuidado preferentes de los niños varones.<sup>218</sup>

A partir de esta jurisprudencia, se puede pensar en una prioridad de la prohibición de los acuerdos reparatorios, pero esta puede ser siempre contrabalanceada en un juicio de ponderación en el caso concreto, cuando no se demuestre que la práctica consuetudinaria es per se una práctica tradicional discriminatoria y perjudicial para las mujeres o niños.

El segundo argumento (b), nos parece descartable de plano, en cuanto la limitación que establece el art. 9° del Convenio N° 169 de la OIT, puesto que dicha regla, tal y como lo hacen el artículo 34° y 40° de la Declaración, no hace sino expresar la condición de los derechos indígenas de ser pertenecientes al sistema más amplio de los derechos humanos, con cuyos otros componentes debe armonizarse. Esto no origina una derrotabilidad general *prima facie* de los derechos indígenas, puesto que es una característica esencial que corresponde al carácter de los derechos fundamentales formulados como mandatos de optimización, y su derrotabilidad dependerá de la ponderación caso a caso que se realice en su colisión con otros derechos.

Nash ha planteado una interpretación culturalmente sensible de los derechos humanos, donde la ponderación entre el derecho a la diversidad cultural y al derecho consuetudinario propio de los indígenas, pueda armonizarse con los derechos de las mujeres, planteando el principio de universalidad de los derechos humanos, al interior de las comunidades indígenas.<sup>219</sup> Esto concuerda con lo planteado por algunas teóricas del feminismo, que sostienen que la primacía de la igualdad de género debe ser establecida promoviendo que las diferentes culturas encuentren las vías en que sus prácticas tradicionales discriminatorias sean corregidas dentro de sus culturas por normas propias de igualdad de género.<sup>220</sup>

---

218 Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Observación General N° 14 (2000), sobre el derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental, (artículo 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales), (22° período de sesiones, 2000), U.N. Doc. E/C.12/2000/4 (2000).

219 Nash, Claudio et al. (2014), *Erradicación de la Violencia Contra las Mujeres en las Américas: Violencia contra mujeres indígenas en el marco de las relaciones familiares: pautas para decidir la procedencia de acuerdos reparatorios*. Santiago: Centro de Derechos Humanos, p. 56.

220 Moller Okin, Susan (2005), *Multiculturalism and Feminism: No simply questions, no simply answers*. In: Avigail Eisenberg & Jeff Spinner-Halev (eds.), *Minorities Within Minorities: Equality, Rights and Diversity*.

## ASPECTOS CULTURALES DE LA DEFENSA DE IMPUTADOS INDÍGENAS

Claudio Nash plantea considera que se puede justificar un trato diferenciado para las mujeres indígenas que sufren violencia intrafamiliar en relación a las no-indígenas, cuando se persiga un fin legítimo – como la valoración de las costumbres indígenas –, y cuando dicho trato diferenciado sea razonable.

Para la razonabilidad de la diferenciación se requiere que ella sea necesaria, conducente y proporcional. Según Nash, *“La necesidad de este trato diferenciado puede ser justificada, ya que estamos ante un interés legítimo de considerar las particularidades culturales del contexto en que se desenvuelven las mujeres-indígenas, por lo que es necesario tomar en cuenta si una solución de la legislación común las pone o no en un estatus conflictivo respecto de su comunidad. Esta es una cuestión que debiera ser demostrada en cada caso concreto.”*<sup>221</sup> Luego, hay que justificar que la medida es conducente, es decir, *“que debe acreditarse que la solución en el ámbito interno de la comunidad permite proteger a la mujer de que una situación de este tipo no se repita, esto es, que la respuesta implica una sanción sería y que no envía un mensaje de impunidad.”*<sup>222</sup> Finalmente debe demostrarse la proporcionalidad, entendida como la menor afectación posible del derecho de las mujeres indígenas para lograr satisfacer el interés colectivo de la comunidad representado por el derecho consuetudinario y la sobrevivencia cultural de dicha normatividad.<sup>223</sup>

De este razonamiento, se desprende que la derrotabilidad del derecho consuetudinario no puede ser una derrotabilidad general y *prima facie*, sino que depende de las circunstancias concretas. Dicha derrotabilidad debe demostrarse en un juicio de ponderación estricto, donde la necesidad y proporcionalidad de la afectación del derecho en cuestión debe justificarse, en tanto que la decisión es conducente para la subsistencia del núcleo del derecho afectado por el derecho priorizado. Los derechos que están en colisión con el derecho consuetudinario son también derrotables si es que se puede justificar la conducencia, necesidad y proporcionalidad de su afectación. Esta es la doctrina que se desprende de la jurisprudencia internacional del caso *Lovelace* y de la jurisprudencia de la Corte Constitucional colombiana que revisamos más arriba.

La argumentación de la prioridad general de cierto derecho sobre otro se opone a un solución de estricta ponderación, donde lo determinante es que la solución tomada se justifique en la subsistencia del otro derecho, la afectación mínima proporcional de éste y la necesidad de dicha afectación para la persistencia del derecho que tiene prioridad. En el caso, la solución del acuerdo reparatorio aún puede ser razonable, siempre que no esconda una práctica tradicional discriminatoria, dejando subsistente del derecho de la mujer a ser protegida efectivamente por el dere-

---

Cambridge: Cambridge University Press.

221 *Ibid.*, p. 60

222 *Ibid.*

223 *Ibid.*

cho consuetudinario frente a la violencia intrafamiliar, y siempre que se justifique la necesidad de dicho acuerdo en conformidad a la costumbre indígena, así como se pruebe fehacientemente en juicio cada una de las bases de estas consideraciones.

Por otra parte, como concluye la investigación de Palma y Sandrini,<sup>224</sup> no se ha acreditado a través de pruebas fehacientes, que el acuerdo reparatorio se identifique con el mecanismo de resolución de conflictos propio del pueblo mapuche, ya que es muy distinta la dinámica que se da entre las partes del proceso VIF, y los oficiales, a saber, defensor, fiscalía y juez, frente a la intervención de un tercero imparcial como la que exige al costumbre del derecho consuetudinario mapuche *Ad Mapu* en los casos de violencia al interior de la comunidad y la familia.<sup>225</sup> Un mecanismo alternativo mapuche para la resolución de estos conflictos exigiría la intervención real y directa de la comunidad y sus autoridades en la solución del caso.

## 6. Ámbito especial del derecho penal juvenil

Primero, cabe señalar que la norma internacional máxima relacionada con los derechos del niño es la Convención de Derechos del Niño, aprobado en Naciones Unidas en 1989 y ratificado por Chile en 1990, la que se aplica a toda persona menor de 18 años.

En su artículo 30° - en relación a su art. 8° -, la Convención dispone de normas especiales sobre niños indígenas, entre ellas, que no se le negará “*el derecho que le corresponde, en común con los demás miembros de su grupo, a tener su propia vida cultural*”. Con estas reglas, se establece un puente entre los derechos del niño y los derechos indígenas, incluido el derecho al propio derecho consuetudinario.

El Artículo 5° del Convenio N° 169, por su parte, dispone que “*Al aplicar las disposiciones del presente Convenio: a) deberán reconocerse y protegerse los valores y prácticas sociales, culturales, religiosos y espirituales propios de dichos pueblos y deberá tomarse debidamente en consideración la índole de los problemas que se les plantean tanto colectiva como individualmente; b) deberá respetarse la integridad de los valores, prácticas e instituciones de esos pueblos (...)*”

Asimismo, están las reglas de los artículos 8°, 9° y 10° del Convenio.

De estas normas se extrae el denominado “principio protección de la integridad cultural” de los pueblos indígenas, lo que evidentemente impacta en los estándares de justicia juvenil aplicables a los pueblos indígenas, a fin de evitar la aliena-

---

224 Palma, Rosario; Sandrini, Renata (2014), Mujer mapuche y retos de la justicia intercultural: aplicación del derecho propio indígena en delitos de violencia intrafamiliar. *Anuario de Derechos Humanos*, N° 10, 151-161.

225 *Ibid.*, p. 160.

## ASPECTOS CULTURALES DE LA DEFENSA DE IMPUTADOS INDÍGENAS

ción y asimilación de los indígenas, es decir, que se trate al adolescente indígena como un sujeto no diferenciado del resto de la población, incurriéndose con ello en discriminación. Asimismo, la justicia juvenil debe impedir que su aplicación provoque la pérdida de los patrones culturales indígenas,<sup>226</sup> particularmente en vista de la vulnerabilidad que aqueja particularmente a los jóvenes y que amenaza la desaparición de los pueblos indígenas.<sup>227</sup>

De esta forma, los órganos de derechos humanos de Naciones Unidas han manifestado su parecer en cuanto a la aplicación de las normas internacionales, a efectos de establecer estándares especiales respecto de los niños indígenas. Así, los niños indígenas tienen los mismos derechos que los indígenas en general al enfrentar el sistema de justicia, pero también tienen derechos especiales en su condición de niños.

El Comité de Derechos del Niño ha establecido la Observación General N° 10), titulada “Los derechos del niño en la justicia de menores”, la que señala en específico que la justicia de menores debe basarse en el principio de no discriminación, y por ende debe atender especialmente las “*disparidades existentes de hecho, que pueden deberse a la falta de una política coherente y afectar a grupos vulnerables de niños, en particular los niños de la calle, los pertenecientes a minorías raciales, étnicas, religiosas o lingüísticas, los niños indígenas, las niñas, los niños con discapacidad y los niños que tienen constantes conflictos con la justicia (reincidentes)*”. Una recomendación similar la encontramos en un informe del Consejo Económico y Social<sup>228</sup>. Asimismo, el Comité de Derechos del Niño recomienda

226 “en los casos en que los sindicados son adolescentes indígenas, tanto durante el proceso como durante la fase de ejecución de la medida socioeducativa, incluyendo aquellos casos en que hay privación de libertad, es obligación del Estado prestar los servicios con pleno respeto de la identidad cultural y de la cosmovisión, así como prestar los servicios con pertinencia cultural y lingüística.”. Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos en Guatemala – OACNUDH (2008), *Guía práctica sobre principios aplicables a la administración de justicia penal juvenil y a la privación de libertad de adolescentes en conflicto con la ley penal*. Guatemala: UNICEF, p. 35.

227 Chile no se sustrae de esta realidad. De acuerdo a las Recomendaciones del Comité de Derechos del Niño a Chile, del año 2007: “El Comité lamenta que aún no se hayan incorporado en la Constitución disposiciones específicas que reconozcan a los pueblos indígenas y sus derechos. Expresa su preocupación por el alto grado de correlación entre la pobreza y el origen indígena y por la discriminación de hecho que siguen sufriendo los niños indígenas, en particular en la educación y la salud. El Comité celebra que se hayan adoptado medidas para establecer un programa de enseñanza bilingüe, pero observa que la cobertura y los recursos de éste son limitados y que siguen siendo altas las tasas de abandono. Al Comité le preocupa la información recibida de que jóvenes indígenas han sido víctimas de maltrato a manos de la policía. Por último, el Comité lamenta que no se haya presentado información detallada sobre los niños indígenas en el informe del Estado Parte.”. Comité de los Derechos del Niño (2007), *Examen de los Informes Presentados por los Estados Partes con arreglo al Artículo 44 de la Convención. Observaciones finales. CHILE. 44°* período de sesiones. Disponible en [http://www.unicef.cl/web/informes/informe\\_2007.pdf](http://www.unicef.cl/web/informes/informe_2007.pdf) [consultado 15.10.2015]

228 “16. El proceso de justicia y los servicios de apoyo a disposición de los niños víctimas y testigos de delitos y de sus familias deberán tener en cuenta la edad, los deseos, el nivel de comprensión, el sexo, la orientación sexual, las circunstancias étnicas, culturales, religiosas, lingüísticas y sociales, la casta, la situación socioeconómica y la condición de inmigrante o refugiado del niño, y también sus necesidades especiales, incluidas las relacionadas con su salud, sus aptitudes y su capacidad. Se deberá

que el sistema de justicia debe contar con capacitaciones permanentes para sus profesionales, entre otras cosas, también sobre “sobre las causas sociales y de otro tipo de la delincuencia juvenil, los aspectos psicológicos y de otra índole del desarrollo de los niños (prestando especial atención a las niñas y a los menores indígenas o pertenecientes a minorías)”,<sup>229</sup> a efectos de poder cubrir sus necesidades especiales ligadas a su cultura.

Paralelamente, el mismo Comité señaló en la Observación General N° 11 señala que los jóvenes indígenas padecen una “elevada tasa de encarcelamiento”<sup>230</sup>. Ante ello, los Estados deberán tomar medidas especiales para no aplicar respecto de ellos acciones judiciales criminales “cuando sea apropiado”, y que su privación de libertad sea siempre un “último recurso”.<sup>231</sup> Cabe señalar, la coherencia de esta recomendación con el numeral segundo del artículo 10° del Convenio 169 de la OIT.<sup>232</sup>

Asimismo llama a restablecer los sistemas tradicionales indígenas de justicia restaurativa juvenil, así como planes y programas preventivos, con recursos, en consulta con los tales pueblos.<sup>233</sup> Insiste en relevar el derecho de los niños indígenas a contar con un intérprete en juicio, el derecho a ser escuchados, y a contar con un letrado; así como a la información y capacitación a las fuerzas de orden para que apliquen los estándares de la Convención de Derechos del Niño.

---

*impartir a los profesionales capacitación y educación con respecto a esas diferencias*”. También: “41. Los profesionales deberán ser capacitados para que puedan proteger a los niños víctimas y testigos de delitos y atender de manera efectiva sus necesidades incluso en unidades y servicios especializados. 42. Esa capacitación deberá incluir: (...) g) Cuestiones lingüísticas, religiosas, sociales y de género con un enfoque multicultural y adecuado a la edad;”. Consejo Económico y Social (2005). *Directrices sobre la justicia en asuntos concernientes a los niños víctimas y testigos de delitos*. Naciones Unidas, 2005/20, párrafo 6. Disponible en: [http://www.un.org/es/events/childrenday/pdf/E2005\\_20.pdf](http://www.un.org/es/events/childrenday/pdf/E2005_20.pdf) [consultado 15.10.2015].

229 Comité de los Derechos del Niño, Observación General N° 10 (2007), párrafo 97.

230 Consejo de Derechos Humanos (2013). *Acceso a la justicia en la promoción y protección de los derechos de los pueblos indígenas. Estudio del Mecanismo de expertos sobre los derechos de los pueblos indígenas*. 24° período de sesiones. Julio de 2013, párrafo 67.

231 Comité de Derechos del Niño, Observación General N° 11, párrafo 74. También: “234. La Comisión observa además que el uso de medios alternativos de justicia puede facilitar la reconciliación entre la víctima y el infractor, así como también puede ayudar a la reintegración del niño en la comunidad. Asimismo, estos mecanismos pueden resultar particularmente eficaces para atender los casos de niños infractores en comunidades indígenas.” CIDH (2011), op. cit., p. 65.

232 “Deberá darse la preferencia a tipos de sanción distintos del encarcelamiento”.

233 Comité de Derechos del Niño, Observación General N° 11, párrafo 75. Por justicia restaurativa, se entiende aquellos que buscan promover la reconstitución del equilibrio y armonía social que se han roto en virtud del delito. “Los programas de justicia restaurativa se basan en la creencia de que las partes de un conflicto deben estar activamente involucradas para resolver y mitigar sus consecuencias negativas. También se basan, en algunas instancias, en la intención de regresar a la toma de decisiones local y a la construcción de la comunidad. Estas metodologías también se consideran un medio de motivar la expresión pacífica de los conflictos, promover la tolerancia y la inclusión, construir el respeto por la diversidad y promover prácticas comunitarias responsables”. Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito (2006). *Manual sobre programas de justicia restaurativa*. Nueva York: Naciones Unidas, p. 6.

## ASPECTOS CULTURALES DE LA DEFENSA DE IMPUTADOS INDÍGENAS

En cuanto a las sanciones, la CIDH ha señalado que sus objetivos exigen la implementación de programas de educación, cuya ejecución respecto a los jóvenes indígenas *“debe respetar sus usos, costumbres y prácticas culturales. Entre otras características, los programas deben ser respetuosos de la lengua de estos niños, para lo cual deben contar con personal especial o intérpretes competentes y suministrar material escrito adecuado”*<sup>234</sup>, acorde a lo dispuesto en el artículo 40º, Nº 2, de la Convención de Derechos del Niño.<sup>235</sup>

Estas consideraciones nos indican que, el espacio para el reconocimiento del derecho consuetudinario en el ámbito del derecho penal juvenil es mucho mayor que en el derecho penal aplicable a los adultos. El derecho penal juvenil exige que sea protegida la integridad cultural del pueblo indígena a que un adolescente pertenece y que se consideren dichas prácticas legales en las sanciones, incluyendo las salidas alternativas, como una realización de su derecho a la identidad – art. 8º y 30º de la Convención de Derechos del Niño -, prefiriendo esquemas de justicia restaurativa antes que las sanciones retributivas de la privación de libertad. Los métodos sancionatorios de los pueblos indígenas presentan rasgos más bien restaurativos, que pueden servir al cumplimiento de los objetivos resocializadores del derecho penal juvenil.

Por otro lado, tanto en la determinación del hecho punible, de la culpabilidad y sus posibles eximentes, en la sanción y sus posibles circunstancias atenuantes, como en el cumplimiento de la pena, el derecho penal juvenil exige un énfasis mayor en la debida consideración del derecho consuetudinario indígena aplicable a los adolescentes indígenas imputados.

### Conclusiones:

1. La costumbre indígena o derecho consuetudinario es parte de la identidad de los pueblos indígenas que lo han construido y desarrollado en el tiempo. Es un derecho en evolución y que, a partir del reconocimiento estatal de los pueblos indígenas ha integrado otros elementos en los sistemas jurídicos indígenas.
2. Los pueblos indígenas tienen derecho a construir, mantener y desarrollar sus propios sistemas jurídicos. Esto deben ser reconocido dentro del derecho estatal, de acuerdo a lo que establece el Convenio 169 de la OIT, en sus artículos 8º, 9º y 10º, interpretado a la luz de la Declaración de Derechos de los Pueblos Indígenas (art. 34º).
3. Pueden surgir conflictos entre las normas consuetudinarias y el derecho estatal, los cuáles pueden traducirse en la comisión de delitos para el derecho penal estatal, los cuales están culturalmente motivados. Estos delitos han sido

234 Ibid., p. 135.

235 Convención de Derechos del Niño: “vi) Que el niño contará con la asistencia gratuita de un intérprete si no comprende o no habla el idioma utilizado;...”

tratados en el derecho comparado a través del concepto de defensas culturales, que permiten excluir o disminuir el reproche de culpabilidad ante el derecho penal.

4. Las soluciones dogmático-penales con que se ha enfrentado el problema de la diversidad cultural ante derecho penal han sido múltiples. Las soluciones cognitivas, a saber, el error de prohibición y el error culturalmente motivado, conllevan implícitamente un prejuicio a favor de la superioridad cultural del derecho penal estatal.

Las soluciones psicológicas como la inexigibilidad de otra conducta o el miedo insuperable, no son útiles en todos los casos, sino sólo en una pequeña porción de los delitos culturalmente motivados, puesto que requieren una fuerte limitación o anulación fáctica de la autonomía de los ofensores. Sin embargo, los casos de obediencia a normas culturales no configuran en su mayoría dichas situaciones, sino más bien formas de actuación de cumplimiento espontáneo y consciente de las reglas culturales.

Las soluciones basadas en el carácter normativo del derecho consuetudinario como la legítima defensa, el cumplimiento de un deber y, especialmente, el ejercicio legítimo de un derecho, ofrecen mejores posibilidades para encuadrar comportamientos culturales orientados normativamente que entran en colisión con las normas del sistema penal estatal.

5. Los conflictos surgidos de los delitos culturalmente orientados son, en definitiva conflictos normativos, entre normas de sistemas distintos, a saber, el sistema jurídico-penal estatal, por una parte, y los sistemas de derecho consuetudinario indígenas, por la otra. En cuanto conflictos normativos, estos deberán resolverse por las formas de resolución de antinomias del sistema, incluyendo los juicios de ponderación por estar involucrados principios y derechos fundamentales – protegidos por el derecho a los sistemas jurídicos propios de los pueblos indígenas y por los bienes jurídicos protegidos por el derecho penal, respectivamente.
6. Las defensas culturales son, en definitiva, aceptables como formas en que se realiza la proporcionalidad en la resolución de los referidos conflictos normativos. En cuanto formas de ponderación, no pueden afectar el núcleo duro de los derechos fundamentales protegidos por el derecho penal estatal, pero tampoco sacrificar absolutamente el derecho de los pueblos indígenas a su integridad cultural y a vivir y resolver sus conflictos en base a sus propios sistemas jurídicos.
7. El surgimiento de un auténtico conflicto entre normas culturales y derecho penal, supone la acreditación adecuada en el juicio de la costumbre indígena. Esto requiere evitar defensas estratégicas que reivindiquen costumbres desaparecidas o contestadas, o bien que eleven a costumbre prácticas demasiado recientes, foráneas o inexistentes en tanto prácticas propias.
8. El artículo 54º de la Ley Indígena debe interpretarse de manera amplia y evolutiva, en conformidad con el Convenio N° 169 y la Declaración de Derechos de los Pueblos Indígenas de la ONU.
9. En los casos de ofensas culturales que signifiquen la vulneración de los derechos fundamentales de individuos indígenas o no indígenas, el pluralismo jurí-

## ASPECTOS CULTURALES DE LA DEFENSA DE IMPUTADOS INDÍGENAS

dico no puede imponer una solución que haga primar *prima facie* a las normas culturales del derecho consuetudinario indígena, pero tampoco permite que primen *prima facie* otros derechos. El pluralismo jurídico que es reconocido por la sociedad global a través de instrumentos jurídicos como el Convenio N° 169 y la Declaración de Derechos de los Pueblos Indígenas de la ONU, está limitado por los derechos humanos y fundamentales de los individuos. En caso de conflicto entre las normas culturales y los derechos humanos procede una ponderación que determine la prioridad condicionada o la derrotabilidad del derecho en cada caso particular.



## PARTE II.

---

### Sociedad y cultura pueblo mapuche\*

---

\* Este capítulo corresponde a un parte de la publicación N° 7 de los Documentos Oficiales de la Defensoría Penal Pública, "Modelo de Defensa Penal Indígena.", octubre de 2012. Centro de Documentación Defensoría Penal Pública.



## ASPECTOS CULTURALES DE LA DEFENSA DE IMPUTADOS INDÍGENAS

### 1. Contexto socio-político y jurídico de la región de la Araucanía

En lo que sigue se presentan antecedentes históricos que permiten contextualizar la acción de la defensa penal mapuche. Estas son nociones que son parte del perfil del defensor penal mapuche.

#### 1.1. Desarrollo histórico-cultural de la relación chileno-indígena

La relación entre el Estado chileno y los mapuches, ha estado mediada simbólica y territorialmente por ciclos históricos, es lo que se denomina la matriz territorial de la relación entre el pueblo mapuche y la nación chilena, caracterizada por el descontrol de los derechos territoriales donde los mapuche son desconocidos. Cronológicamente, se identifican los siguientes ciclos históricos:

- a) Siglos XVII al XIX, el país mapuche (Wallmapu);
- b) Siglo XIX, la ocupación militar por los Estados de Chile y Argentina;
- c) Finales siglo XIX y comienzos del siglo XX, constitución de la propiedad rural;
- d) Mediados siglo XX, período reduccional clásico;
- e) 1962 – 1973, reforma agraria, el “Cautinazo”;
- f) 1973 – 1990, contrarreforma agraria e instalación de modelo neoliberal;
- g) 1990 en adelante, transición chilena y etnoterritorialidad.

##### 1.1.1. El wallmapu<sup>1</sup>

La relación de la nación mapuche con la Corona Española a partir de fines del siglo XVI se caracteriza por la existencia de acuerdos constructivos y relaciones políticas y comerciales. La batalla de Curalaba y la Rebelión de 1598-1601 pone término al período de la guerra ofensiva y da paso a la denominada “guerra defensiva” que, hasta 1625, tiene como protagonista al jesuita Luis de Valdivia; la tesis apoyada desde España era simple: “hay que parar la guerra ofensiva, establecer una frontera, limitar la entrada de los militares y sólo dejar a los clérigos y frailes entrar a la tierra a predicar el evangelio.”<sup>2</sup> El país mapuche se sitúa su frontera con la Corona en el Bío Bío, los españoles pierden todas las ciudades al sur y prevalece la autonomía mapuche en un territorio que se extendía desde La Araucanía hasta Las Pampas y Nor-Patagonia, desde el Pacífico al Atlántico.<sup>3</sup>

1 Wall Mapu: territorio ancestral de los mapuches.

2 Bengoa, J. Conquista y barbarie. Ediciones Sur. Santiago. 1992. p.102.

3 Toledo, V. Pueblo Mapuche. Derechos colectivos y territorio: Desafíos para la sustentabilidad democrática. LOM Ediciones. Santiago. 2006.

Durante la guerra defensiva los españoles construyen el estereotipo del indígena en oposición a lo que antes Alonso de Ercilla destacaba de los naturales del Reyno de Chile. En el siglo XVI se define a los mapuches como flojos, degenerados, bárbaros y borrachos. Terminada la guerra defensiva en 1625, vuelve el conflicto abierto donde se instala, en definitiva, el tema del indio bárbaro y será la barbarie la que dominará la relación del pueblo mapuche con la Corona y las nacientes nuevas repúblicas por los siguientes doscientos años.

En lo político, se desarrollaron diversas formas territoriales de poder y alianzas, los butalmapu<sup>4</sup> y la compleja red de entidades socio-espaciales.<sup>5</sup> De esta época datan los parlamentos<sup>6</sup> suscritos con la Corona y la naciente República de Chile que sustentan las actuales reclamaciones territoriales.

### 1.1.1.1. Ocupación militar por las nuevas repúblicas

Durante la primera mitad del siglo XIX, el Estado de Chile mantuvo intacta la frontera al sur del Biobío. Pero en la segunda mitad del mil ochocientos hace ocupación militar del territorio mapuche. En tres decenios “el Wallmapu fue invadido, fraccionado e incorporado militarmente a la soberanía de los estados chileno y argentino en un proceso de expansión republicana, desatado por profundos procesos ideológicos, geopolíticos y económicos.”<sup>7</sup>

En 1859 la idea del crecimiento exportador triguero sumado al imaginario liberal de progreso, hace que las elites gobernantes vean en las tierras del sur la oportunidad de expansión de la economía nacional con la anexión de nuevos territorios a la República. El patriota araucano al que O’Higgins otorgó la condición de ciudadano chileno (marzo de 1819) desaparece y se reemplaza por un mapuche es estigmatizado como salvaje, bárbaro; imagen que prevalece hasta entrado el siglo XXI. La intelectualidad de la época, encabezada por Barros Arana, entrega una imagen deplorable acerca de los mapuches: se trata de salvajes de principio a fin, carentes de sentimientos, fuente de incultura y brutalidades, cuyas tierras incultas deben ser cultivadas y civilizadas. Éste fue el fundamento sobre el cual

---

4 Butalmapu o fütalmapu (del mapudungun: “gran territorio”), grandes confederaciones con que se organizaba el pueblo mapuche en caso de guerra.

5 Toledo, V. Ob. Cit.

6 “Los parlamentos” son actos-documentos jurídicos que, durante el período colonial y la primera fase del período independiente, fueron firmados, principalmente (pero no exclusivamente) en los actuales territorios de las Repúblicas de Argentina y Chile entre las autoridades coloniales (en nombre del rey) o autoridades republicanas (en nombre de sus respectivos gobiernos) y autoridades indígenas. La mayoría de los parlamentos fueron ratificados, directamente, por el Rey de España o por el Consejo de Indias en su nombre; los parlamentos del período independiente fueron ratificados por el Gobierno y/o el Parlamento [...] A un parlamento “asistían los caciques acompañados de varios miles de ‘conas’ o guerreros, y el gobernador con un brillante séquito de funcionarios, letrados, frailes y tropas de línea y de milicias [...] A fin de impresionar a los naturales y de dar solemnidad al acto, que en el fondo era una especie de conferencia internacional, se rodeaba al parlamento de la mayor teatralidad”(Ibarra, 2003:3).

7 Toledo, V. Ob. Cit. p.26.

## ASPECTOS CULTURALES DE LA DEFENSA DE IMPUTADOS INDÍGENAS

se implementó la política de inmigración europea y la ocupación del territorio: “en nombre de la civilización se cometió uno de los actos menos civilizados que han ocurrido en este poco civilizado territorio.”<sup>8</sup>

Las consecuencias de la ocupación militar, Toledo las sintetiza señalando:

“Para los mapuches, la invasión republicana implicó la pérdida de soberanía, el colapso de sus estructuras de poder, cuantiosas pérdidas de vidas, la usurpación de grandes posesiones, el saqueo de sus riquezas, y la incorporación de los sobrevivientes esquilados y sus descendientes al orden republicano, en estatus de indígenas. Fue el inicio de una época de pobreza, discriminación, nacionalización forzosa, reproducción y reelaboración de la cultura. Los mapuches fueron ciudadanos incorporados a la fuerza a un orden republicano etnocrático, sin derecho a su lengua, a su religión, a su cultura; sin derecho a decidir por sí mismos su destino; y sin derecho a participar en igualdad de condiciones, como colectivo, en la definición de la voluntad general de la República.”<sup>9</sup>

### 1.1.1.2. Constitución de la propiedad rural

Tras la “pacificación de la Araucanía” se instaló un modelo económico territorial que favoreció a la propiedad rural y la formación del sistema urbano en el sur de Chile, con Temuco como ciudad de enclave. Los territorios se articulan bajo el modelo primario exportador que prevalecerá por largo tiempo en Chile. La consolidación del nuevo espacio territorial se logró a través del proceso de radicación, reducción y entrega de Títulos de Merced llevado adelante por el Estado chileno desde 1884 hasta 1929. Según Bengoa este proceso “significó la liquidación de los espacios territoriales jurisdiccionales de los mapuches y la “reducción” de las propiedades a las tierras de labranza alrededor de las casas que con anterioridad habían tenido”,<sup>10</sup> provocando una crisis sin precedentes en la sociedad mapuche: numerosas disputas internas, usurpaciones por parte de particulares, conflictos que ya no podían resolverse del modo tradicional pasaron a ser resueltos por las autoridades chilenas.

De acuerdo a las cifras del Comité Interamericano de Desarrollo Agrícola (3.078 títulos de merced para 77.751 indígenas) y el Censo de Población de 1907 (101.118 araucanos), se concluye que durante la constitución del este nuevo territorio al sur del Biobío muchos mapuches quedaron sin tierras y, los que las recibieron se hicieron propietarios de una ínfima porción respecto a la de los colonos europeos; “mientras que se distribuía en promedio 6,1 hás. a cada mapuche, se entregaba a cada colono lotes de quinientas hectáreas.”<sup>11</sup>

8 Bengoa, J. Ob. Cit. p.128.

9 Toledo, V. Ob. Cit. p.28.

10 Bengoa, J. Historia de un conflicto. El Estado y los Mapuches en el siglo XX. Planeta/Ariel. Santiago. 1999, p.53.

11 Jeannot, B. “El problema mapuche en Chile” en Cuadernos de la Realidad Nacional, CEREN, Universidad Católica de Chile. N° 14, octubre de 1972. p.8.

Lo acontecido en este casi medio siglo de intervencionismo en la sociedad mapuche, Bengoa lo resume en:

*“Fue una verdadera intervención explosiva la que hizo el Estado chileno en la sociedad mapuche. No sólo les quitó las tierras, sino que los agrupó en forma arbitraria y, así, los obligó a convivir de un modo por completo artificial. Es por ello que se rompió profundamente la sociedad mapuche. El Estado chileno actuó de manera tal que partió en pedazos las solidaridades y propugnó la división al interior de las familias mapuches.”<sup>12</sup>*

### 1.1.1.3. Período reduccional “clásico”

Desde 1929 en adelante la relación del Estado chileno con el pueblo mapuche está caracterizado por la crisis del modelo primario exportador que conduce a la articulación interna entre microrregiones del llamado modelo de desarrollo hacia adentro; se conforma un sistema de hacienda-reducción; surgen las presiones para liquidar la propiedad comunitaria de los indígenas, los primeros conflictos con los latifundistas y usurpaciones de tierras mapuche entregadas con Títulos de Merced. La dictación, en 1927, de una ley que permite la división de los Títulos de Merced, permitió que entre 1931 y 1948, un total de 832 comunidades indígenas fueran divididas y fraccionadas en 12.737 hijuelas, lo que a su vez, favoreció la venta de tierras y usurpaciones. Mediante esta práctica, comenzada la década de 1970, habían desaparecido 168 comunidades, sus tierras habían sido usurpadas y sus antiguos propietarios tuvieron que emigrar.

Sin duda, las situaciones que identifican esta etapa son las presiones de la sociedad chilena para que la propiedad mapuche sea dividida, lo cual por cierto se logra, y la conformación de un incipiente pensamiento indigenista en Chile que – ante la total ausencia de personeros del gobierno de Aguirre Cerda interesados en el tema - se vio impulsado por la participación de un joven dirigente mapuche de Temuco, Venancio Coñoepan, en la Primera Conferencia Indigenista Interamericana realizada en Pátzcuaro (México). De regreso a Chile, Coñoepan con la idea de crear una República Indígena, formó la Corporación Araucana, organización política mapuche que en la segunda mitad del siglo XX contará con varios representantes en la Cámara de Diputados.

### 1.1.1.4. La reforma agraria y el “cautinazo”

El período iniciado en 1962 representa la entrada en escena de un movimiento social mapuche centrado en las reclamaciones de tierras indígenas perdidas y usurpadas a partir de la ocupación de la frontera al sur del Biobío. Los gobierno

---

12 Bengoa, J. Ob. Cit. 1999. p.54.

## ASPECTOS CULTURALES DE LA DEFENSA DE IMPUTADOS INDÍGENAS

de Alessandri, Frei y Allende llevarán adelante una reforma de la propiedad rural que permitió restituir parte del espacio territorial ancestral. La década 1962-1973, a través de una reforma agraria como política estatal, marca la ruptura del cerco reduccional al que fueron confinados los indígenas del sur y la instalación de una profunda crisis política nacional.

Durante el gobierno de Jorge Alessandri, bajo la impronta de la Alianza para el Progreso, se promulga la primera ley de reforma agraria transformando la Caja de Colonización Agrícola en la Corporación para la Reforma Agraria (CORA). Si bien no hubo avances significativos, se hizo lo suficiente para visibilizar las demandas indígenas y asumir la reforma como una necesidad nacional. Posteriormente, en 1965, durante el gobierno de Frei Montalva, se inicia la expropiación de tierras y la liquidación del latifundio conforme a la ley de reforma agraria. La acción estatal recayó en la CORA y el Instituto de Desarrollo Agropecuario (INDAP), llegando a establecer relaciones regulares con el campesinado del sur del Chile, tanto indígenas como no indígenas. En el período se realizaron 160 expropiaciones en las provincias de Arauco, Malleco y Cautín, de las cuales sólo 36 favorecieron a campesinos mapuches.

En 1971 el pueblo mapuche inicia un masivo proceso de recuperación de tierras ancestrales conocido como “Cautinazo”, que lleva a la incorporación de las demandas territoriales indígenas en la política agraria del gobierno de la Unidad Popular. El gobierno de Allende introdujo algunas modificaciones a las leyes de reforma agraria, acelerando el proceso expropiatorio e incorporando masivamente a las comunidades mapuche proveyendo de tierras, asistencia técnica y crediticia.

Con el Cautinazo, el gobierno de Salvador Allende impulsó una política de restitución de las tierras usurpadas, que consideró: a) Convenio CORA- DASIN (Dirección de Asuntos Indígenas) para aplicar la ley 16.640, b) Juicios de Restitución y c) Restitución por la vía administrativa o extra-judicial. Con esta política, la restitución territorial debía ser rápida y la CORA asignaría tierras a los indígenas organizados en cooperativas campesinas. De 586 expropiaciones realizadas entre 1971 y 1973, la cuarta parte de ellas (152 predios) se entregaron a comunidades mapuche, la mayoría ubicadas en las provincias de Malleco y Cautín. En estas expropiaciones el 18% quedó en posesión de campesinos indígenas. Para Jacques Chonchol – Ministro de Agricultura de la época- “la evaluación del proceso de reforma, al año 1973, arroja déficit desde la perspectiva de los intereses y derechos mapuches. Muchas tierras fuertemente reclamadas no pudieron ser expropiadas, pues no eran aplicables las causales establecidas en la ley de Reforma Agraria.”<sup>13</sup> En el período de reforma agraria el estereotipo del “araucano revolucionario” que construyó el movimiento obrero en décadas anteriores se representó con nuevas imágenes de los indígenas del sur.

13 Toledo, 2006b:36.

Antes de los setenta la izquierda chilena consideraba a las comunidades mapuche como organizaciones campesinas y durante la Unidad Popular se les calificó como minorías étnicas y una subcultura campesina chilena que debía integrarse a la sociedad nacional; aquellos grupos que se resistieron a esta integración fueron tildados de indios pequeño burgueses. “Por su parte, el campesinado chileno regional, de origen muy distinto al de la zona central, percibió a los mapuches y sus reclamaciones como una competencia a sus propias pretensiones de acceso a las tierras, por lo cual mostró una alta dosis de racismo, incluso más tajante que los latifundistas.”<sup>14</sup>

Para Bengoa, el final de esta historia es conocido: “los militares confunden a los mapuches, que luchaban por recuperar sus pequeños retazos de tierra, con feroces bolcheviques rusos que pretenden atacar el poder y revertir la sociedad civilizada. La civilización occidental contra la barbarie moderna (...) vuelve a enfrentarse. La represión contra los mapuches no tiene parangón y es del todo desproporcionada.”<sup>15</sup> En suma, el “Cautinazo”:

*“... es el punto de inflexión en la historia de la relación de los mapuches con el Estado y la sociedad chilena y su constitución como sujeto político [...] reafirmó la centralidad de la memoria mapuche como política y agencia. Si bien el proceso de recuperación de las tierras ancestrales quedó trunco en septiembre de 1973, el quiebre simbólico del arrenduccionamiento mapuche pasó a ser irreversible. La historia de cada comunidad y del movimiento mapuche tiene un antes y un después de ese momento emblemático. Sólo con ese dato en mente, ese marco de la memoria colectiva, es posible comprender el temprano resurgir de la movilización mapuche bajo dictadura, que ya en 1978 emerge con un claro discurso de derechos como pueblo y recuperación de todas las tierras.”<sup>16</sup>*

### 1.1.1.5. Contrarreforma agraria y modelo neoliberal

Con el golpe de estado de 1973 se instala un modelo de economía neoliberal con un modelo territorial con procesos de regionalización y descentralización en función de una economía abierta. Se produce un proceso de contrarreforma agraria que profundiza la división de las comunidades indígenas, se promulgan cuerpos legales y normativos que modifican la propiedad de los recursos de aguas, subsuelo y riberas y otorga incentivos económicos estatales a la transformación productiva forestal que será clave en la relación Estado-pueblo mapuche a finales del siglo XX.

---

14 Hernández citada en Toledo, 2006b:37.

15 Bengoa, J. Ob. Cit.p.131.

16 Toledo, V. Ob. Cit. p.38.

## ASPECTOS CULTURALES DE LA DEFENSA DE IMPUTADOS INDÍGENAS

A septiembre de 1973 había una mayoría de mapuches que, habiendo sido favorecidos con la reforma agraria, se encontraban en una situación de transitoriedad, porque las tierras expropiadas “no fueron tituladas a nombre de los beneficiarios de la reforma agraria ya que no se les concedió legalmente la tierra a los Mapuches que la trabajaron, sino que se mantuvo en propiedad de la CORA.”<sup>17</sup> Se inicia una regularización de títulos de propiedad que aplica una restitución de predios a propietarios anteriores, es lo que se conoce como contra-reforma agraria, caracterizada por la represión, persecución y pérdida de derechos territoriales.<sup>18</sup> La visión de la Comisión de Trabajo Autónoma Mapuche (COTAM) es la que sigue: “en términos territoriales, la revancha golpista significó que gran parte de los predios recuperados por las comunidades mapuches fueran devueltos a sus antiguos propietarios, en especial, los de las Comunas de Lautaro, Ercilla, Collipulli, Lumaco, Lonquimay, Carahue y Nueva Imperial.”<sup>19</sup>

Del total de tierras expropiadas entre 1964 y 1973, un tercio fueron asignadas a campesinos, otro tercio rematadas por la CORA, el 28,5% devueltas a sus anteriores dueños y un 6% entregadas a instituciones como la Corporación Nacional Forestal (CONAF). La mayor parte de las tierras que pasaron a manos de la CORA y la CONAF durante la reforma agraria habían sido asignadas a campesinos mapuches. Parte importante de los predios la CORA los traspasó a la CONAF y ésta, a su vez, por la vía del remate los vendió a empresas forestales; las que en menos de tres décadas han transformado a Chile “en uno de los principales exportadores de productos forestales y celulosa en el mercado internacional”,<sup>20</sup> al tiempo que han cambiado el paisaje, la economía, las estructuras y dinámicas espaciales y sociales de la región mapuche.<sup>21</sup> Para autores como Aylwin “esta situación explica, en parte importante, (...) los conflictos que actualmente tienen las comunidades mapuche con las empresas forestales presentes en su territorio ancestral.”<sup>22</sup>

Durante la dictadura militar, se promulgó el Decreto Ley N° 2.568 sobre División de las Comunidades Indígenas. En respuesta, líderes indígenas conforman la organización política mapuche Ad Mapu,<sup>23</sup> que reivindica la autonomía territorial y política del pueblo mapuche y asume “la defensa de los derechos y reivindicacio-

17 Federación Internacional de los Derechos Humanos. Pueblo Mapuche: Entre el olvido y la exclusión. Informe Misión Internacional de Investigación. Chile. N° 358/3. Marzo de 2003. p.10.

18 Comisión de Trabajo Autónoma Mapuche (2003): Wajontunmapu: Territorio y tierras mapuches. Documento de discusión preliminar”. Documento de trabajo Comisión de Verdad Histórica y Nuevo Trato. Temuco, marzo de 2003.

19 Comisión de Trabajo Autónoma Mapuche. Ob. Cit. p.23.

20 Toledo, V. “El enclave forestal chileno en territorio mapuche” en Revista Asuntos Indígenas, IWGIA Copenhague, 4/2006:44-50. p.46.

21 Toledo, V. “Las tierras que consideran como suyas. Reclamaciones mapuches en la transición democrática chilena” en Revista Asuntos Indígenas, IWGIA Copenhague, 4/2004:38-50. p.46.

22 Aylwin, J. Tierra y territorio mapuche: Una análisis desde una perspectiva histórico jurídica. Documento de trabajo Comisión Verdad Histórica y Nuevo Trato. Santiago. 2002. p. 9.

23 Aukiñ Wallmapu Ngulam. El pueblo Mapuche y sus derechos fundamentales. Kolping. Temuco. 1997.

nes mapuche en aspectos económicos, educacionales, culturales y políticos, oponiéndose activamente a la división de las comunidades y al Decreto Ley 2.568.”<sup>24</sup>

Un análisis histórico realizado por Pinto y Salazar destaca que:

*“La división no respetó espacios que siempre se consideraron comunes y que eran fundamentalmente para la reproducción material y cultural del pueblo mapuche, tales como áreas destinadas a bosques, pastizales y ceremonias religiosas. El aumento de la población, unido a lo reducido de su territorio, contribuyó a (vaciar) las comunidades de su gente y cultura.”<sup>25</sup>*

En los dos decenios de aplicación de este decreto ley fueron divididas alrededor de 2 mil comunidades mapuche, dando origen a unas 72.000 hijuelas individuales. “La división de las tierras comunales dio origen al minifundio, lo cual incidió en el empobrecimiento de la población mapuche rural y aceleró su migración a los centros urbanos.”<sup>26</sup>

### 1.1.1.6. Transición democrática y la etnoterritorialidad

En la última década del siglo XX y primera del siglo XXI, se produce un escenario de transición democrática. El gobierno democrático no modifica las bases del modelo económico ni la estructura territorial y centra su esfuerzo en afianzar un proceso modernizador. Emerge un nuevo discurso etnoterritorial de derechos colectivos del pueblo mapuche que sustenta la protesta social mapuche.

El Estado chileno desarrolla una serie de estrategias y formulaciones en la construcción de una política indígena. El 1 de diciembre de 1989, en Nueva Imperial representantes de organizaciones indígenas suscriben un acta de compromiso con Patricio Aylwin Azócar, en la cual el candidato a la presidencia de la república se compromete “a hacer suya la demanda de los Pueblos Indígenas de Chile expresada en el Programa de la Concertación, especialmente en lo referido a (...) el reconocimiento constitucional de los pueblos indígenas y sus derechos económicos, sociales y culturales fundamentales”. Inmediatamente se creó la Comisión Especial de Pueblos Indígenas (CEPI) que sienta las bases para la promulgación, en 1993, de la Ley N° 19.253 que establece normas especiales de los procedimientos judiciales que involucran a indígenas y crea la Corporación Nacional de Desarrollo Indígena (CONADI). En este acto los mapuches vieron “la posibilidad

---

24 Saavedra, A. Los Mapuche en la sociedad chilena actual. LOM Ediciones. Santiago. 2002. p. 74.

25 Citados en Camacho, F. “Historia reciente del pueblo Mapuche (1970-2003): Presencia y protagonismo en la vida política de Chile” en Pensamiento Crítico. Revista Electrónica de Historia. N° 4. Noviembre 2004. En: [http://www.pensamientocritico.cl/attachments/097\\_f-camacho-num-4.pdf](http://www.pensamientocritico.cl/attachments/097_f-camacho-num-4.pdf)

26 Federación Internacional de los Derechos Humanos, Ob. Cit. p.11.

## ASPECTOS CULTURALES DE LA DEFENSA DE IMPUTADOS INDÍGENAS

de recuperar su dignidad, derechos y propiedades pérdidas durante toda la etapa anterior.”<sup>27</sup> El gobierno de Patricio Aylwin promulga la actual Ley Indígena:

*“... principales puntos fueron: reconocimiento de los indígenas como los descendientes de las agrupaciones humanas que existen hoy en Chile, la obligación del Estado en “respetar, proteger y promover” el desarrollo de los indígenas, proteger las tierras indígenas y limitar su adjudicación por personas no indígenas, la creación de un Fondo de Tierras y Aguas para la compra y regularización de tierras y aguas para las comunidades, constitución de un Fondo de Desarrollo Indígena para mejorar la situación socioeconómica de los indígenas, reconocer las lenguas y crear un sistema de educación intercultural bilingüe, establecimiento de un sistema judicial apropiado para las comunidades indígenas y, por último, la creación de la Corporación Nacional de Desarrollo Indígena, (CONADI).”<sup>28</sup>*

La decisión del Congreso Nacional de instalar la Dirección nacional de la CONADI en Temuco, por ser la “capital indígena de Chile”, tiene un efecto debilitador, Bengoa indica que:

“Es posiblemente el peor lugar desde donde dirigir una política indígena con perspectiva de cambio de las relaciones entre el Estado y esa sociedad. Le ocurrió al primer director de la CONADI (...), quien siendo una autoridad nacional de acuerdo a su rango, era tratado como un jefe de servicio menor por las autoridades regionales y locales.”<sup>29</sup>

Lo que ocurre, dice Bengoa, es que los estereotipos raciales están muy desarrollados en el sur. Los resultados de un estudio realizado en la época sobre el racismo local destaca que: “dicen que son flojos, borrachos y alzados. Que viven de mala manera (...) Que no les interesa el progreso. Que son hediondos...”<sup>30</sup> A finales del siglo XX los niveles de estigmatización del pueblo mapuche han aumentado y se les sigue discriminando.<sup>31</sup>

En la década del noventa resurge un movimiento social mapuche asociado a reivindicaciones históricas sobre la restitución territorial, se ocasionan conflictos generados por el uso indiscriminado de los recursos naturales por parte de empresas nacionales y transnacionales: construcción de centrales hidroeléctricas, carreteras, vertederos y ductos de combustibles, reemplazo de bosque nativo por especies exóticas destinadas a la explotación forestal.

27 Camacho, F. Ob. Cit.

28 Ídem.

29 Bengoa, J. 1999. Ob. Cit. p.207.

30 Ídem, p.208.

31 Ver Sección El conflicto mapuche en la prensa nacional y regional.

En el gobierno de Eduardo Frei Ruiz-Tagle, la protesta social mapuche desarrollada por organizaciones y comunidades mapuche comienzan a ser calificadas como terroristas.

“Por ejemplo, en 1994, tras sus acciones de recuperación, 144 Mapuches fueron condenados por asociación ilícita y usurpación de tierras. El conflicto se agudiza y también la respuesta de los gobiernos, así en 1992 se aplica primero la ley penal común, en 1997 durante el gobierno de Frei Ruiz-Tagle se aplica la ley de seguridad interior del Estado y desde el 2002 en adelante, bajo los gobiernos de Ricardo Lagos y Michelle Bachelet se aplica la ley antiterrorista.

Progresivamente se generaliza un discurso en el que las comunidades en conflicto son las que alteran la tranquilidad y la paz social en Chile.”<sup>32</sup>

En el discurso diferencian dos sectores: uno formado por “violentistas”, “rupturistas” –hoy en día terroristas- y otro constituido por aquellos que aceptan las reglas del juego, estando dispuestos a conversar y trabajar juntos. Con los mapuche que aceptan las reglas del juego se dialoga; a los violentistas se les reprime o amenaza con el uso de la fuerza.”<sup>33</sup> La complejidad del problema aumenta con el rechazo internacional a esta situación.

En cuanto política pública, la relación del Estado chileno con el pueblo mapuche, asume diversos énfasis y prioridades: en el gobierno de Aylwin se expresa en el Acuerdo de Nueva Imperial (1989), la creación de la Comisión Especial de Pueblos Indígenas (1990), la realización del Congreso Nacional de Pueblos Indígenas y la promulgación de la Ley Indígena N° 19.253 (1993); en el gobierno de Frei Ruiz-Tagle se instala la CONADI, entra en aplicación la Ley Indígena, fundamentalmente con la implementación de los Fondos de Tierras y Aguas Indígenas (Decreto Supremo N° 395 de 17 de mayo de 1994) y de Desarrollo Indígena (Decreto Supremo N° 396 de 17 de mayo de 1994), la creación de Áreas de Desarrollo Indígena, la realización de los Diálogos Comunales y la firma presidencial al Pacto por el Respeto Ciudadano<sup>34</sup>; durante el gobierno de Lagos se materializan parte de los acuerdos de su predecesor con la suscripción de un convenio con el Banco Interamericano de Desarrollo (BID) para la ejecución del Programa de Desarrollo Integral de las Comunidades Indígenas – Programa Orígenes-, la Constitución de

---

32 Federación Internacional de los Derechos Humanos. Op Cit. p.12.

33 Saavedra, A. Ob. Cit. p.169.

34 El Pacto por el Respeto Ciudadano, producto de los Diálogos Comunales, fue suscrito en agosto de 1999 y contemplaba: a) el envío al Congreso de los proyectos de Reforma Constitucional y de ratificación del Convenio N° 169 de la OIT, b) implementación de una política indígena acorde a los nuevos tiempos, c) reprogramación y condonación de deudas de los indígenas contraídas con INDAP, d) solución en un plazo no superior a 2 años del listado de predios aprobado por el Consejo de la Conadi, e) concurso de riego para el desarrollo productivo por 1.700 millones de pesos, f) creación de dos nuevas Áreas de Desarrollo, en Llieu Llieu en la VIII Región y Colchane en la I Región, g) subsidio especial para matrimonios jóvenes indígenas por 3.200 millones de pesos, h) programa habitacional especial para comunidades por 600 viviendas e i) aumento de las becas indígenas de 13.800 a 18.000 en el año 2000 (Gobierno de Chile, 2004).

## ASPECTOS CULTURALES DE LA DEFENSA DE IMPUTADOS INDÍGENAS

un Grupo de Trabajo sobre Pueblos Indígenas (2001) cuya labor dio paso a la "Carta a los Pueblos Indígenas de Chile" que anunciaba la ejecución de 16 medidas, una de las cuales fue la creación, en enero de 2002, de la Comisión de Verdad Histórica y Nuevo Trato (CVHNT),<sup>35</sup> cuyas conclusiones fueron la base para la Política de Nuevo Trato (2004). El informe final de la CVHNT de octubre de 2003, tiene entre sus principales recomendaciones: a) reconocimiento constitucional de los pueblos indígenas, b) consagración constitucional de derechos colectivos políticos, territoriales y culturales, c) creación de un Consejo de Pueblos Indígenas, d) reconocimiento histórico de que los pueblos aonikenk y selk'nam fueron objeto de genocidio, e) adopción de medidas para salvaguardar la sobrevivencia de los pueblos kaweskar y yagan, f) ratificación del Convenio 169 de la OIT y g) reconocimiento y valoración de la diversidad cultural y derechos de los pueblos indígenas ante la sociedad chilena.

A partir de estas recomendaciones, el gobierno de Lagos elabora la Política Indígena de Nuevo Trato que:

"Es el resultado del proceso de construcción de confianzas entre el Estado, la sociedad y los pueblos indígenas de Chile. Un proceso que se inaugura con el Acuerdo de Nueva Imperial, se institucionaliza con la Ley Indígena y que en la Comisión de Verdad y Nuevo Trato recibe un nuevo impulso a su desarrollo."<sup>36</sup>

En el contexto de la implementación de las medidas contenidas en la nueva política indígena, el Estado chileno apoyaba la instalación del Foro Permanente de Pueblos Indígenas de las Naciones Unidas y el Gobierno promovía la aprobación de la Declaración sobre Derechos de los Pueblos Indígenas de Naciones Unidas. Al mismo tiempo, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de la ONU se mostraba "profundamente preocupado por la aplicación de leyes especiales, como la ley de seguridad del Estado (Nº 12.927) y la ley antiterrorista (Nº 18.314), en el contexto de las actuales tensiones por las tierras ancestrales en las zonas mapuche"<sup>37</sup> y el Relator Especial de la Comisión de Derechos Humanos de la ONU sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas, denunciaba que:

"Unos dirigentes de la comunidad mapuche han sido condenados a largas penas de prisión por supuestos actos terroristas cometidos en el marco de un conflicto

35 Esta Comisión, presidida por el ex Presidente de la República Patricio Aylwin, tenía por finalidad "asesorar al Presidente de la República, en el conocimiento de la visión de nuestros pueblos indígenas sobre los hechos históricos de nuestro país y (...) efectuar recomendaciones para una nueva política de estado, que permita avanzar hacia el nuevo trato de la sociedad chilena y su reencuentro con los pueblos originarios" (Decreto Supremo N1 19, de 18 de enero de 2001).

36 Gobierno de Chile. Política de nuevo trato con los pueblos indígenas. Derechos indígenas, desarrollo con identidad y diversidad cultural. Gobierno de Chile. Santiago. 2004. p. 34.

37 Federación Internacional de los Derechos Humanos. La otra transición chilena: Derechos del pueblo mapuche, política penal y protesta social en un estado democrático. Informe Misión Internacional de Investigación. Chile. Nº 445/3. Abril de 2006. p.26.

social por los derechos de tenencia de la tierra, lo que permite albergar serias dudas sobre las garantías procesales en el país.”<sup>38</sup>

El 6 de enero de 2006 en Nueva Imperial, la candidata a la presidencia de la República Michelle Bachelet, suscribe un acta de compromiso con representantes de los Pueblos Indígenas para que durante su mandato presidencial se avance en: a) el respeto a los pueblos indígenas en las decisiones que les atañen y escuchar sus propuestas y b) el establecimiento de mecanismos apropiados para una plena y efectiva participación indígena en los asuntos públicos, legislativos y administrativos. Así en 2007 se inició la segunda fase del Programa Orígenes y Bachelet anunció los “Nuevos Ejes de la Política Indígena”: a) participación política y social, b) reconocimiento de los derechos indígenas, c) política indígena urbana, d) mujeres indígenas y e) educación y cultura, al año siguiente (2008) da a conocer la política gubernamental en materia indígena “Re-conocer: Pacto Social por la Multiculturalidad” y, tras 18 años de tramitación legislativa, el Estado de Chile ratifica el Convenio N° 169 de la OIT; ambos hechos que reciben un reconocimiento especial por parte del Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas, James Anaya, tras visita de trabajo a Chile realizada en abril de 2009.

En informe del Relator Especial Anaya, ilustra claramente la forma en que durante el último gobierno de Concertación evolucionó la relación del Estado chileno con los pueblos indígenas, en particular el Mapuche; se reconocen los avances en la situación socioeconómica de los pueblos indígenas al tiempo que “aún persisten en Chile severas brechas de desigualdad en el goce de los derechos económicos y de la salud y educación de los pueblos indígenas;”<sup>39</sup> se evidencian los riesgos ambientales sobre territorios indígenas a partir de la construcción e instalación de centrales hidroeléctricas, plantas químicas de tratamiento de aguas servidas y plantas de celulosa. En cuanto a la situación del pueblo mapuche, el Relator Especial constata que “líderes tradicionales y otros dirigentes y comuneros mapuches han sido condenados y siguen siendo procesados bajo diversos regímenes penales por actos que de alguna manera se relacionan con la protesta social mapuche en torno a reivindicaciones de tierras”<sup>40</sup> y recursos naturales y, continúa más adelante, sosteniendo que resulta preocupante en materia de política penal, la aplicación de la ley antiterrorista,<sup>41</sup> bajo la cual a julio de 2010 están

---

38 Comisión de Derechos Humanos de la ONU. Las cuestiones indígenas. Los derechos humanos y las cuestiones indígenas. Informe del Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas, Rodolfo Stavenhagen. Consejo Económico y Social Naciones Unidas. 26 de enero de 2004. p.15.

39 Comisión de Derechos Humanos de la ONU. La situación de los pueblos indígenas en Chile: Seguimiento a las recomendaciones hechas por el Relator Especial anterior. Informe del Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas, James Anaya. Consejo Económico y Social Naciones Unidas. 5 de octubre de 2009. p.5.

40 Ídem. p.15.

41 Al respecto, cabe señalar que al momento de estar en su etapa final el presente estudio, 23 presos

## ASPECTOS CULTURALES DE LA DEFENSA DE IMPUTADOS INDÍGENAS

siendo procesados 36 mapuche. Concluye, finalmente, señalando que la falta de un mecanismo para reivindicar los derechos a las tierras ancestrales o a reparar a los indígenas por las tierras que hayan sido tomadas sin su consentimiento, los abusos y violencia ejercida por parte de la policía contra miembros del pueblo mapuche y la forma en que se ha aplicado la política penal hacia los indígenas, genera su estigmatización y “puede haber contribuido a generar un ambiente crítico de desconfianza de los indígenas hacia las autoridades estatales, que ha afectado de manera negativa a la convivencia y legitimidad democráticas, contribuyendo al descontento general sobre las iniciativas del Gobierno de Chile en materia indígena.”<sup>42</sup>

## 2. El conflicto mapuche

### 2.1. Desde la cuestión mapuche al conflicto mapuche

La “cuestión mapuche” como tema de análisis y discusión en las Ciencias Sociales tiene larga data. Baste recordar que su origen más reciente se remonta al período de la expansión territorial del Estado nacional chileno a mediados del siglo XIX, la que se materializó mediante la ocupación militar, instalación de colonos nacionales y europeos al interior de La Frontera y un conjunto de leyes que, por la vía legislativa y judicial, legalizaron la anexión de territorios indígenas al Estado.

Sin embargo, la transformación del “problema mapuche” en “conflicto mapuche” se remonta a los primeros años de la década de 1990 con las movilizaciones que ocurren en el marco del Quinto Centenario. Según Guzmán, “sistemáticamente se ha impuesto la tesis que plantea una deuda social e histórica con los pueblos originarios debido a las sistemáticas violaciones de los derechos que el Estado habría cometido en contra de los pueblos indígenas y en particular con el Mapuche.”<sup>43</sup>

Si en la década del sesenta la cuestión mapuche giró en torno a procesos de reforma y revolución, en los setenta es parte de los procesos de represión-resistencia de y a la dictadura militar, “desde poco antes de los noventa la cuestión mapuche se sitúa en el contexto de un proceso de transición negociada a la democracia.”<sup>44</sup>

---

mapuche imputados por Ley Antiterrorista iniciaron huelga de hambre en cárceles de Concepción y Temuco. Señala un medio de prensa que “según un informe de la Comisión Ética contra la Tortura, hasta el pasado 23 de junio ,de 2010- había en Chile un total de 106 indígenas encarcelados, condenados o procesados en relación con el llamado conflicto mapuche, cifra que supone casi el doble de hace un año. [http://www.latercera.com/contenido/680\\_275816\\_9.shtml](http://www.latercera.com/contenido/680_275816_9.shtml)

42 Comisión de Derechos Humanos de la ONU. 2009. Ob. Cit. p.19.

43 Guzmán, Eugenio (2000): La cuestión mapuche: Un tema prioritario. Serie Informe Político N° 66, Libertad y Desarrollo. Mayo 2000. p.2.

44 Saavedra, A. Ob. Cit. p.112.

A propósito de la transición política iniciada en 1990, Tokichen plantea que “la democracia, en teoría, abría la posibilidad de hacer patente las necesidades y demandas indígenas ante las autoridades chilenas ahora electas y que éstas no les reprimirían o utilizarían la violencia en su contra.”<sup>45</sup> No obstante, en ese nuevo escenario político las demandas históricas del pueblo mapuche reaparecen. En la década de los noventa surge el Aukiñ Wallmapu Ngulam (Consejo de Todas las Tierras), organización que junto con iniciar el proceso de recuperación de tierras ancestrales declara su disconformidad con la ley indígena promulgada en 1993. Esta organización, en su movilización social y política realiza acciones simbólicas de recuperaciones de tierras, plantea el derecho a la autodeterminación, a la tierra y al territorio, el reconocimiento constitucional y la creación de un parlamento mapuche,<sup>46</sup> logrando en la primera mitad de la década instalar en la opinión y agenda públicas el denominado “conflicto mapuche”.

Un informe de Human Rights Watch consigna que “desde 1992, las comunidades y los grupos políticos mapuche han intentado atraer la atención nacional e internacional a su causa y presionar para que les devuelvan las tierras que (...) les han arrebatado ilegalmente las empresas forestales y los dueños de fundos de la zona,”<sup>47</sup> para lo cual han recurrido a diversas formas de protesta, tanto pacíficas como de fuerza. A mediados de la década, en la provincia de Arauco se da inicio a una serie de declaraciones de conflicto por parte de comunidades mapuche en contra de empresas forestales y “propietarios particulares; los dirigentes de estas comunidades en 1996 deciden conformar la Coordinadora Territorial Lafkenche, “como una forma de apoyar lo que estaba sucediendo.”<sup>48</sup>

En 1997 la Asociación Ñankucheu, comuna de Lumaco, invita a diversas autoridades de los gobiernos local y regional a reuniones para discutir en torno a los problemas que afectan a las comunidades mapuche; ante la ausencia de los representantes gubernamentales, el 13 de octubre de aquel año las comunidades de Pichilonkoyan y Pililmapu iniciaron un proceso de recuperación de tierras ancestrales, procediendo el 1 de diciembre a la quema de tres camiones de la forestal Bosques Arauco, expresión de “una definición política (...) donde en una

---

45 Tokichen, V. “Pueblo mapuche: Desde la asimilación forzada a la exclusión” en Institut de Drets Humans de Catalunya. El Pueblo Mapuche, Institut de Drets Humans de Catalunya. Serie Conflictos Olvidados. Barcelona. 2007. P.121.

46 Toledo, V. “Prima ratio. Movilización mapuche y política penal. Los marcos de la política indígena en Chile 1990-2007” en OSAL (Buenos Aires, CLACSO). Año VIII, N° 22, septiembre 2001. p.253-293; Tricot, T. “Lumako: Punto de inflexión en el desarrollo del nuevo movimiento mapuche” en Historia Actual Online. N° 19, primavera 2009. P.77-96.

47 Brett, S. Indebido Proceso: Los Juicios Antiterroristas, los Tribunales Militares y los Mapuche en el Sur de Chile, Human Rights Watch / Observatorio de los Derechos de los Pueblos Indígenas, octubre 2004, Vol. 16, N° 5(B). p.17.

48 Coordinadora de Comunidades en Conflicto Arauco Malleco. “I parte. Historia de la CAM” en Weftun, Año 1, N° 1, noviembre 2001.

## ASPECTOS CULTURALES DE LA DEFENSA DE IMPUTADOS INDÍGENAS

fecha determinada se acordó pasar a la ofensiva y no hacer más reclamaciones de tipo asistencialista.”<sup>49</sup>

Con los sucesos de Lumaco se inicia una seguidilla de acciones de recuperación de tierras ancestrales en las regiones del Biobío, La Araucanía y Los Lagos, acompañadas por nuevas formas de acción sociopolítica de las organizaciones mapuche: control territorial, autodefensa, enfrentamiento con empresas forestales, entrada en escena de una nueva generación de dirigentes indígenas; trasladando así las anteriores demandas económicas y culturales hacia la demanda política que se articula, además, con las de identidad y cultura. Hacia finales de la década en las organizaciones mapuche se ha instalado un discurso vertebrado por las demandas de autonomía y autodeterminación.

En 1998, la Coordinadora Territorial Lafkenche convoca una serie de reuniones a organizaciones mapuche, surgiendo de ellas la “Coordinadora Mapuche de Comunidades en Conflicto Arauco-Malleco (la que asume) el compromiso de que se iban a apoyar a todas las comunidades en conflicto, además de ser incorporada a la CAM, si la comunidad y su lonko lo querían.”<sup>50</sup>

Como respuesta a la movilización mapuche, desde el gobierno se promueve la creación de organizaciones indígenas paralelas, instalándose así en 1998 la Unión de Comunidades Autónomas de Lumako y en 1999 se desarrollan los llamados Diálogos Comunales, los que se desarrollaron al margen de las comunidades en conflicto. En opinión de Tricot con estos diálogos “desde la perspectiva del poder, el Estado, respondió a la situación originada en Lumako, asumiendo la visibilización de la problemática mapuche, aunque no así todo su repertorio de demandas.”<sup>51</sup> El informe anual 2008 del Grupo Internacional de Trabajo sobre Asuntos Indígenas (IWGIA) sostiene que para el gobierno chileno “la protesta indígena es un asunto de seguridad y un obstáculo a las inversiones, ante lo cual despliega una política de disciplina social, con despliegue policial en zonas de conflicto, neutralización de movilizaciones y criminalización.”<sup>52</sup>

La muerte de jóvenes mapuche en acciones de recuperación de territorios ancestrales,<sup>53</sup> lejos de solucionar los conflictos de la zona, tiende a agudizarlos, y tiene como resultado el fortalecimiento de la unidad entre las distintas comunidades que conforman el pueblo mapuche, cohesionándose frente a lo que definen una agresión de parte de las fuerzas policiales del Estado chileno. Esta situación ge-

49 Reiman en Tricot, T. Ob. Cit. p.86.

50 Klein, F. “Los movimientos de resistencia indígena. El caso mapuche” en *Gazeta de Antropología*. N° 24, 2008.

51 Tricot, T. Ob. Cit. p.90.

52 Wessendorf, Kathrin (Comp. y Ed.). *El mundo indígena 2008*. IWGIA. Copenhague. 2008. p. 234.

53 Desde que se iniciara esta etapa en las movilizaciones indígenas en La Araucanía han muerto: Edmundo Alex Lemun Saavedra (12 noviembre 2002), Zenón Alfonso Díaz Necul (10 mayo 2005), Matías Valentín Catrileo Quezada (3 enero 2008) y Jaime Facundo Mendoza Collio (12 agosto 2009).

nera una tensión permanente con el Estado y desconfianza de las comunidades indígenas para con los agentes del sistema y con la administración de justicia. Este contexto, el movimiento indígena con sus planteamientos reivindicativos concita solidaridad, en algunos sectores políticos y sociales, tanto a nivel nacional como internacional.

En consecuencia, el conflicto en la zona de la Araucanía puede entenderse como una disputa territorial con significación que trasciende ese ámbito. En este marco, las declaraciones del obispo de Temuco, Camilo Vial son ilustrativas:

“Lo primero que tenemos que hacer como pueblo chileno es tratar de conocer a las personas con que estamos tratando, estamos tratando con un pueblo que tiene su dignidad, que tiene su historia, su cultura propia y que la mayoría de los chilenos es desconocida, no hemos sabido vivir dos pueblos en un mismo territorio haciendo vida juntos”.

Más aún, expresó que “la tarea es buscar en conjunto como suplir un pecado social de mucho tiempo, para que nosotros, de cara al bicentenario, podamos tomar conciencia de lo que es nuestra patria y juntos estas dos cultura construir el Chile del futuro.”<sup>54</sup>

Con todo, la forma de abordar la situación de la cultura mapuche es compleja, y se ve dificultada por el desconocimiento, los prejuicios y la discriminación. Los prejuicios alcanzan a amplios sectores de la sociedad<sup>55</sup> y en su transmisión no se puede soslayar el papel que desempeña la prensa, que al comunicar los hechos manifiestos del conflicto, ha evidenciado una tendencia a sobredimensionar las acciones, con los cuales crean opinión pública, que condena a priori a los indígenas implicados en movilizaciones. En efecto, una de las dificultades que enfrentan los defensores públicos es desarrollar su trabajo en medio de un ambiente comunicacional desfavorable, el cual puede incluso, llegar a afectar a los propios jueces como administradores de justicia, quienes son impelidos a aplicar la ley de seguridad interior del Estado y la ley antiterrorista, lo que agrava la situación. Si los prejuicios alcanzan a los tribunales, las garantías del debido proceso se ven comprometidas y con ello la modernización de la justicia que se ha impulsado en el país.

---

54 Declaración pública del Obispo de Temuco, Manuel Camilo Vial, formulada el 14 de agosto de 2009, con motivo de la muerte del comunero mapuche Jaime Facundo Mendoza. En <http://www.laopinon.cl/admin/render/noticia/21081>

55 Merino (2001) en estudio realizado en la Región de la Araucanía revela que el 80% de los habitantes de Temuco maneja un discurso prejuiciado y estereotipado respecto de los mapuche; Merino, Quilaqueo y Saiz (2008) al indagar sobre la discriminación percibida por mapuches residentes de Santiago y de Temuco revelan que las más recurrentes son la discriminación en educación, discriminación laboral y discriminación en las oficinas y servicios públicos, todas manifestadas en forma verbal y materializadas a través de comportamientos de observar, ignorar, evitar y segregar.

## ASPECTOS CULTURALES DE LA DEFENSA DE IMPUTADOS INDÍGENAS

### 2.2. El conflicto mapuche en la prensa nacional y regional

Un estudio realizado sobre la cobertura noticiosa brindada a la cuestión mapuche en el primer trimestre de 2002, en los canales de televisión abierta de mayor cobertura nacional, concluye que “todas las notas relativas a este tema eran de importancia, ya que en su totalidad las ubicaron en el primer bloque informativo del noticiero ... (y) se detecta la ambigüedad de las declaraciones de los personeros del Ejecutivo y las autoridades regionales, quienes pasaron de la intención de poner “mano dura” en el conflicto a la idea de bajar el perfil al asunto; finalmente, ante el recrudecimiento de la violencia, se condenaron los actos vandálicos.”<sup>56</sup>

Un análisis<sup>57</sup> realizado de las apariciones en prensa sobre el conflicto mapuche, correspondiente al período noviembre-diciembre de 2002 revela que en los discursos judicial, político y policial en La Araucanía los mapuche son representados negativamente cuando cumplen roles activos (terroristas, activistas políticos), aparecen en los medios cuando se trata de conflictos, siendo las fuentes más recurrentes las policiales y políticas (autoridades) reforzando así el rol activo negativo. Según Del Valle, se trata de la “paradoja de la intolerancia”, por lo que no resulta ajeno que se legitime toda acción de control y represión orientada a impedir la actuación indígena; “por ejemplo, se critica la violencia de las comunidades indígenas y no se escatiman esfuerzos por apoyar respuestas de violencia tanto física como simbólica desde las autoridades y el Estado.”<sup>58</sup>

Para la Federación Internacional de los Derechos Humanos (FIDH) “en la prensa chilena el manejo de la información concerniente a los Mapuches es muy particular: se habla de los indígenas únicamente en caso de conflictos y de manifestaciones violentas. La lucha Mapuche aparece en la prensa como una lucha por la autonomía, comparándola a la de los vascos de ETA o a la del sub-comandante Marcos en Chiapas.”<sup>59</sup> Esta misión internacional consigna que, según la Comisión de Trabajo Autónoma Mapuche (COTAM), la perspectiva que se estaría integrando en la opinión pública sobre las causas de las acciones emprendidas por grupos mapuche estaría directamente asociada a la pobreza, exclusión y expropiación territorial.

Un estudio sobre la forma en que se representan los mapuche en la prensa chilena, que tiene como unidad de análisis el diario El Mercurio, constata que en él los mapuche son representados a través de conceptos como: mapuches, violentistas,

56 Gaete, Magdalena. “El tratamiento en televisión de la cuestión mapuche” en Guzmán, Eugenio (Ed.). La Cuestión Mapuche: Aportes para el Debate. Libertad y Desarrollo, Santiago. 2003. p.197-198.

57 Del Valle, C. “Interculturalidad e intraculturalidad en el discurso de la prensa: cobertura y tratamiento del discurso de las fuentes en el ‘conflicto indígena mapuche’, desde el discurso político” en Redes. Com. Revista de Estudios para el Desarrollo Social de la Comunicación, N° 2, Instituto Europeo de Comunicación y Desarrollo. Sevilla. p. 83-111. 2005.

58 Ídem. p.95.

59 Federación Internacional de los Derechos Humanos. Pueblo Mapuche: Entre el olvido y la exclusión. Informe Misión Internacional de Investigación. Chile. N° 358/3. Marzo de 2003. p.14.

agresores, asonada mapuche, exaltados indígenas, espiral de furia indígena, turba indígena a rostro cubierto, maldición indígena, eterna e incurable, fiereza india, pueblo enigmático con fama de fiero y testarudo, indígenas alzados, el grito de la tierra, asaltantes, mapuches prófugos, terroristas, un incendio social, para concluir que:

“La prensa, en este caso, continúa siendo un instrumento de influencia en el tema indígena; desde comienzos de la República para presionar la invasión al territorio mapuche y la asimilación de su población, y actualmente, para insistir que éstos no merecen un trato preferente sino por el contrario. Un discurso que se mantiene inalterable desde 1861, cuando El Mercurio de Valparaíso y El Ferrocarril de Santiago estaban en plena campaña destinada a desprestigiar a los mapuche y crear una sensación de inestabilidad en el país.”<sup>60</sup>

En la edición electrónica del Periódico Azkintuwe, del 10 de julio de 2010, el abogado de causas mapuche Jaime Madariaga declara:

“Creo que existe una tendencia de desinformación a través de los medios de comunicación (...) simplemente creo que una de las cosas más peligrosas que puede existir en una sociedad es la presión a condenas sin que importe que se condenen culpables o inocentes y ése es el peligro de la presión que se hace a través de los medios de comunicación. Hay que hacer entender a la sociedad, a los medios de comunicación que no cada vez que el ministerio acusa a alguien, esa persona es culpable (...) Creo que hay una serie de factores. Uno, efectivamente el Ministerio Público tiene cierta presión para encontrar culpables, de alguna manera, los medios de comunicación dicen que es necesario encontrar culpables pero, ¿qué pasa con los violadores de niños?, ¿qué pasa con abusos sexuales?, ¿qué pasa con los delitos de homicidio?, entonces en qué momento la sociedad decide que las bombas son más graves que los otros casos. Yo creo que ahí hay un tema de uso político”<sup>61</sup>.

### 3. Caracterización socioeconómica y cultural de la población indígena

#### 3.1. La población mapuche de la araucanía

Las cifras del Censo del año 2002 muestran que en la Región de la Araucanía concentra la mayor cantidad de indígenas en Chile, 203.950 personas, cifra que representa el 29,6 % de la población indígena total del país y el 23,5 % de la población total regional. Las encuestas CASEN del período 1996 – 2006 indican que la población mapuche en la región se mantiene relativamente estable. Se

---

60 Amolef, A. “La alteridad en el discurso mediático: Mapuches y la prensa chilena II” en Boletín IFP Mundo Indígena. Junio 2004. Año 1. N° 7. p.22.

61 <http://www.azkintuwe.org/julio103.htm>

## ASPECTOS CULTURALES DE LA DEFENSA DE IMPUTADOS INDÍGENAS

evidencian porcentajes similares de hombres y mujeres indígenas que en el nivel nacional (50,4% y 49,6%, respectivamente): 102.946 hombres y 101.004 mujeres.

La distribución según zona de residencia urbana o rural, muestra que la mayor proporción de población indígena rural, se encuentra, principalmente, en la Novena Región (51,4%). Asimismo, se destaca una importante presencia de los varones en el medio rural. En términos relativos, la cifra de indígenas urbanos respecto del total de la población regional urbana es menor que la que se presenta en las zonas rurales. En la Región de La Araucanía el 10,1% de la población urbana declara pertenencia a alguno de los pueblos originarios. Considerando la edad, la población indígena regional se concentra en el tramo 15 a 59 años (58,7%). Esta región presenta la mayor proporción de personas indígenas mayores de 60 años (12,5%).

### 3.1.1 Migración y localización

La Araucanía presenta saldos migratorios negativos en la población indígena; migran más mujeres que hombres (758 y 668, respectivamente). Este fenómeno fue acentuado en el período 1996-2000, cuando la población mapuche regional disminuyó en un 6,7%.

Al observar las dinámicas migratorias del pueblo mapuche, se constata que mientras en el período 1996-2000 hay una fuerte emigración desde el sector rural, en especial de personas menores de treinta años (en busca de mejores perspectivas económicas y de calidad de vida en zonas urbanas dentro y fuera de La Araucanía), en el período 2000-2003 se produce un movimiento migratorio inverso, esto es, hay un retorno de personas mapuche hacia la Novena Región, de las casi 35 mil mapuches que arriban a la región un tercio son mayores de 60 años que migran hacia el sector rural y otro tercio son jóvenes menores de 30 años que migran hacia el sector urbano.

Según Cerda este fenómeno tendría su explicación en los efectos negativos provocados por la crisis asiática de 1998, “a raíz de los cuales personas que buscaban oportunidades fuera de sus lugares de origen tendieron a volver a ellos al encontrar pocas posibilidades en el resto del país.”<sup>62</sup> Habida cuenta de estos fenómenos, hacia finales de 2006 se constata un envejecimiento de la población mapuche en La Araucanía, acentuada en las áreas urbanas.

Conocer la localización de los mapuches permite una mejor comprensión de sus características socioculturales. “No es lo mismo vivir en grandes ciudades, lejos de sus territorios ancestrales, que hacerlo en las reducciones.”<sup>63</sup> Algunas estimaciones indican que dos tercios de la población mapuche actual residen en áreas urbanas y que cerca del 30% se mantiene viviendo en localidades y sectores

62 Ídem. p.52.

63 Saavedra, A. Ob. Cit. p.30.

rurales donde fueron radicados desde finales del siglo XIX y hasta las primeras décadas del XX y que corresponden a territorios ancestrales. Poco más de la mitad de los mapuches actualmente reside fuera de lo que fueron sus asentamientos tradicionales, concentrándose en las zonas urbanas de Santiago, Concepción y Valparaíso. Hoy en día, hay población mapuche en todas las regiones del país con una predominancia de residencia urbana, seis de cada diez mapuche ha dejado de vivir en el campo.

Según Saavedra “puede considerarse que la mayoría de la actual población mapuche es emigrante o descendiente directa de emigrantes de las localidades en que fueron asentados hace unos cien años.”<sup>64</sup> Este investigador, a la luz de las cifras censales disponibles y estimaciones propias y de Bengoa<sup>65</sup> establece la siguiente localización territorial para los mapuches contemporáneos:

### Población mapuche en comunidades:

- Población mapuche en áreas rurales cercanas a las comunidades; se presume que estas dos primeras categorías son los más tradicionales. En las comunas de Saavedra, Galvarino y Nueva Imperial representan más del 50% de la población comunal y en Curarrehue, Freire, Teodoro Schmidt, Ercilla, Lonquimay, Melipeuco, Perquenco, Lumaco, Toltén y Lautaro representan cerca del 30%.
- Población mapuche en ciudades cercanas a localidades tradicionales; en el caso de La Araucanía esta población corresponde a personas mapuche que viven en las ciudad de Temuco y Angol que son trabajadoras de casa particular, asalariados pobres, empleados del comercio y los servicios, trabajadores por cuenta propia en pequeñas actividades comerciales y de servicios, estudiantes, profesionales y técnicos.
- Población mapuche urbana en regiones no mapuche; se trata de mapuche que se concentran en la Región Metropolitana que son emigrantes e hijos y nietos de emigrantes de las reducciones que, si bien mantienen algunas relaciones con sus comunidades de origen se caracterizan por un mestizaje creciente y que tras procesos de recomposición identitaria<sup>66</sup> han generado las bases para un movimiento mapuche urbano.
- Población mapuche rural en regiones no mapuche; son los más dispersos sobre los que menos se conoce, en las regiones extremas del norte y sur del país se trata principalmente de hombres solos.

---

64 Saavedra, A. Ob. Cit. p.31.

65 Bengoa, J. “Los mapuches, comunidades y localidades en Chile”. Propositiones 13. Ediciones Sur. Santiago. 1997.

66 Aravena, A. “Identidad indígena en los medios urbanos. Procesos de recomposición de la identidad étnica mapuche en la ciudad de Santiago” en Boccara, Guillaume & Galindo, Sylvia (Editores). Lógica mestiza en América. Instituto de Estudios Indígenas. Universidad de La Frontera. Temuco. 1999.

## ASPECTOS CULTURALES DE LA DEFENSA DE IMPUTADOS INDÍGENAS

### 3.1.2. Educación

En general, los niveles educacionales de los mapuche de La Araucanía son inferiores a los de la población general e incluso inferiores a los de los mapuche de otras regiones del país. Considerando los años de estudios, “los mapuches de la IX Región tienen cerca de 3,5 años menos de escolaridad promedio comparados con el resto del país, 2 años menos que los otros habitantes de la IX Región y un 1 año menos que los mapuches en otras regiones de Chile.”<sup>67</sup> Según grupos de edad, los mapuche entre 16 y 29 años de edad presentan 9,7 años de estudio, en tanto que los mayores de 50 años tan solo tienen 4,4 años de escolaridad. En cuanto a la calidad de la educación, y a partir del análisis de las pruebas SIMCE de los años 2002 y 2005, Cerda<sup>68</sup> concluye que la educación que reciben estudiantes mapuches de la Novena Región es 20% inferior al resto del país. La Novena Región es la que presenta las tasas de analfabetismo más elevadas a nivel nacional; de cada 100 indígenas cerca de 13 son analfabetos, siendo mayor este indicador para las mujeres con una diferencia de 6,0 puntos porcentuales a favor de los varones; doblando la tasa regional y triplicando la tasa nacional.

EDAD (AÑOS)	ÁREA URBANA (%)	ÁREA RURAL (%)
10-14	3,8	6,1
15-29	1,1	3,1
30-44	2,9	9
45-59	7,4	20,9
60-74	20,1	40,3
75 y más	31,6	55,6

La tabla anterior muestra las cifras de analfabetismo según grupo de edad y área de residencia. Se aprecia que la tasa de analfabetismo es mayor en todos los grupos de edad de zonas rurales, al tiempo que mientras se avanza en el ciclo de vida mayor es el analfabetismo y mayor la brecha entre mapuche urbano y mapuche rural.

### 3.1.3. Jefatura de hogar

Respecto a la estructura familiar predomina aquella que se compone por un jefe de hogar indígena y cónyuge/conviviente indígena, con un 38,5% de este tipo de hogar. La condición de actividad del jefe (a) de hogar es relevante como diferenciador de la participación económica en la unidad familiar. Existe una elevada proporción de jefes de hogar indígena que no forma parte de la Población Económicamente Activa.

67 Ídem. p.59.

68 Ob. Cit.

### 3.1.4. Pobreza

El pueblo mapuche es uno de los segmentos más pobres de la población chilena. Según la CASEN, el 32 por ciento de la población indígena de Chile vive en condiciones de pobreza, en comparación con el 20 por ciento de la población no indígena. Las condiciones socioeconómicas en La Araucanía se encuentran entre las peores del país. En el caso particular de esta región, entre 1996 y 2003 la tasa de pobreza disminuye aceleradamente en la población no mapuche, en tanto que los mapuche presentan una tasa que se mantiene relativamente constante alrededor del 25%, bajando la barrera del 20% recién en el año 2006. La explicación de este fenómeno radicaría en que para los mapuche que han dejado de ser indígenas les resulta aún más difícil superar la línea de la pobreza y otro sector, el migrante rural, tiene dificultades para insertarse laboralmente en la ciudad lo que lo conduce al desempleo y la pobreza no indígena. Evolución muy distinta se da entre los mapuche rurales, quienes en los años 1996 y 2000 presentaban tasas de pobreza del orden del 40%, disminuyendo rápidamente a 31% en 2003 y a 24% en el año 2006.

### 3.1.5. Participación laboral e inserción socioeconómica

Según sostiene Saavedra “no existe una “economía mapuche”; aun cuando usemos ese término para referirnos a las actividades económicas de los mapuche. Una economía separada y distintiva de los mapuches, no ha existido nunca desde su reducción a fines del siglo XIX.”<sup>69</sup>

La medición del empleo de trabajadores mapuche entre los años 1996 y 2006 evidencia los efectos que la crisis económica de 1998 tuvo sobre la participación laboral. Así, antes de la crisis el empleo mapuche era ligeramente superior al 50%, en el año 2000 bajó a 39%; con la recuperación económica, el 2003 sube a 41% y en 2006 alcanza el 46%. A partir de la información censal, el 39,9% de los mapuches mayores de 15 años y económicamente activos están ocupados como campesinos y asalariados agrícolas. “Un 73,3% de la población mapuche económicamente activa se ha proletariado y trabaja como asalariados y como empleados.”<sup>70</sup>

En cuanto a las mujeres mapuches, dos tercios están ocupados como asalariados y el tercio restante se emplea como obreras fabriles y como trabajadoras por cuenta propia en talleres y pequeño comercio. El 26% de las mujeres mapuche trabaja como empleada de casa particular. Además, hay una cifra cercana a las 30 mil mujeres no contabilizadas en las cifras oficiales de empleo, que trabaja en la agricultura familiar campesina.

---

69 Saavedra, A. Ob. Cit. p.36.

70 Ídem. p.38.

## ASPECTOS CULTURALES DE LA DEFENSA DE IMPUTADOS INDÍGENAS

Según rama de actividad, los mapuches urbanos se emplean intensivamente en el sector construcción y en servicios comunales, sociales y personales.

En cuanto a condiciones laborales, los mapuches presentan los mayores niveles de precarización en el empleo. La CASEN deja en evidencia que entre los años 1996-2003 el 36% de los mapuche asalariados trabajaba sin contrato de trabajo, y si bien mejoran en el año 2006 (26% sin contrato) siguen siendo las cifras más elevadas en relación a los promedios regional y nacional.

En relación con los ingresos laborales según nivel educacional, en La Araucanía los mapuches con bajos niveles de educación no presentan mayores diferencias de ingresos con los no mapuches en similar condición. Sin embargo, al avanzar en años de estudio aparece una brecha de importancia según la cual hay una diferencia de hasta un 40% de menor ingreso laboral en los trabajadores de origen mapuche. Según Cerda<sup>71</sup> esta brecha tendría directa relación con variables como educación y tipo de contrato laboral.

Directamente relacionado con los bajos ingresos y ausencia de contratos laborales, la CASEN 2006 revela que el 58,7% de los mapuche de la Novena Región no cotiza o no está afiliado al sistema de fondo de pensiones, lo que hace estimar que al momento de pensionarse solo 6 de cada 10 podrán acceder a la pensión básica solidaria. En este mismo sentido, el acceso al sistema previsional de salud de libre elección es una realidad que excluye a los mapuche, pues el 70,6% es usuario del Grupo A del Fondo Nacional de Salud (FONASA) y sólo tienen acceso a los establecimientos del sistema público de salud.

En síntesis, la situación socioeconómica de los mapuches se ve reflejada en el debilitamiento de las actividades productivas no mercantiles que se establecen tanto dentro de una comunidad indígena como entre comunidades. Las actividades de mediería, mingaco y vuelta de mano, gradualmente han sido reemplazadas por aquellas de tipo mercantil, como el arrendamiento de la tierra, el que actualmente es también motivo principal de conflictos en la Región.

### 3.1.6 Desarrollo humano

La Novena Región es la que presenta la más baja puntuación en el Índice de Desarrollo Humano, definido por el Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD);<sup>72</sup> aplicado este instrumento internacional sólo a población ma-

71 Ob. Cit.

72 El índice de desarrollo humano (IDH) es un instrumento elaborado por el Programa de Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD) que, mediante un conjunto de variables en las dimensiones de salud, educación e ingresos, establece metas de logro mínimas y máximas que, en un rango de cero a uno, indica cuál es el nivel promedio de desarrollo humano de los miembros de una comunidad y qué tan cerca o lejos están de la meta ideal. Según dimensión las variables medidas son: a) salud: tasa de años de vida potencial perdidos AVPP; b) educación: porcentaje alfabetismo población de 25 años y más, media de años de escolaridad, tasa combinada de matriculación; c) ingresos: per cápita por hogar en dólares.

puche revela que la situación de este pueblo originario es aún más desventajosa que la población no indígena en La Araucanía<sup>73</sup> (PNUD – UFRO, 2003). Incluso comparado con mapuches de otras regiones, las residentes en la Novena Región tienen el IDH más bajo: 0,582 frente a un 0,708 en Metropolitana, 0,682 en Biobío y 0,615 en Los Lagos.

Las dimensiones ingreso y educación son las que evidencian las mayores brechas. Los mapuche de La Araucanía son un 13% más pobres, reciben un 60% menos ingresos per cápita, 12% menos de alfabetismo de adultos, 3,3 años menos de escolaridad promedio, que la población no mapuche.

Este mismo índice revela que las mujeres mapuches de La Araucanía tienen la peor puntuación de todos. El mayor rezago se evidencia en la medición del logro educativo, según el cual las mujeres mapuches de la Novena Región “alcanzan sólo un 72% de alfabetismo y sólo 4,3 años de escolaridad promedio.”<sup>74</sup>

### 3.2. Identidad mapuche: identidades sociales

Cuando se proporciona defensa penal indígena se deberá tener en consideración variadas expresiones de la identidad mapuche. Las tierras y la territorialidad son, por definición, esenciales en la definición de la identidad y cultura de los mapuche actuales.

Para aproximarse al entendimiento de la identidad mapuche, la clásica definición de grupo étnico aportada por Barth resulta un punto de partida interesante; para este autor un grupo étnico sería:

“Una comunidad que: 1) en gran medida se auto-perpetúa biológicamente, 2) comparte valores culturales fundamentales realizados con unidad manifiesta en formas culturales, 3) integra un campo de comunicación e interacción, 4) cuenta con unos miembros que se identifican a sí mismos y son identificados por otros y que constituyen una categoría distinguible de otras categorías del mismo orden.”<sup>75</sup>

Un supuesto que está a la base de esta conceptualización es la preexistencia y persistencia de límites (territoriales) que aseguran las características anteriores.

Estos elementos conducen la mirada sobre las variadas identidades sociales que caracterizan al mapuche de inicios del siglo XXI. Según Saavedra:

“Los mapuche de hoy, además de su identidad étnica, tienen otras identidades compartidas y comunes con otros colectivos de nuestras sociedades ... (están-

---

73 Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo/Universidad de La Frontera. El índice de desarrollo humano en la población mapuche de la Región de La Araucanía (Una aproximación e la equidad interétnica e intraétnica). Temas de Desarrollo Humano Sustentable. N° 8/2003. PNUD. Santiago. 2003.

74 Ídem, p.33.

75 Barth, Fredrik (Comp.). Los grupos étnicos y sus fronteras. La organización social de las diferencias culturales. Fondo de Cultura Económica. México. 1976. p. 11.

## ASPECTOS CULTURALES DE LA DEFENSA DE IMPUTADOS INDÍGENAS

do la identidad étnica mapuche) dada principalmente por: a) El origen histórico común en el grupo étnico y la cultura mapuche; b) Una historia común compartida como grupos étnicos, primero/ y como indígenas mapuche, después; c) La conciencia de pertenencia a un colectivo social definido como mapuche; d) La persistencia de elementos culturales, considerados mapuche, históricamente redefinidos; e) El reconocimiento social como mapuche.<sup>76</sup> ”.

Lo visible, lo objetivable, de la(s) identidad(es) social(es) mapuche los define como ciudadanos chilenos indígenas, descendientes directos de una cultura y etnia mapuche, trabajadores asalariados y empleados o campesinos y trabajadores por cuenta propia en actividades productivas y de servicios y que viven en situación de pobreza. Por lo tanto, sería una posición equívoca considerar la existencia de una identidad mapuche única, la identidad étnica; no es posible pensar en un reduccionismo identitario. Lo anterior da cuenta de la existencia de múltiples expresiones de la identidad mapuche, no cabe reducir la comprensión del ser mapuche a una única categoría de análisis, pues hay mapuche urbano y mapuche rural, asalariado y los que trabajan por cuenta propia, aquellos que profesan el pentecostalismo y los que profesan el catolicismo, y así sucesivamente. Por lo tanto, la defensa penal indígena deberá tener en consideración las variadas expresiones de la identidad mapuche.

Para Saavedra: “El hecho de que la población mapuche tenga varias identidades sociales no anula ni resta importancia a sus características actuales como sujeto social (...) los mapuche son un pueblo indígena. Adquirieron esta subjetividad histórica en su proceso de resistencia a la reducción y a su integración forzada como dominados en la sociedad chilena”.<sup>77</sup>

En fin, la identidad mapuche es un sistema dinámico de múltiples identidades sociales, en el cual lo étnico es principal y frente a lo cual las demás identidades sociales mapuche ocupan una posición secundaria.

Desde el reconocimiento del pueblo mapuche en cuanto tal, rasgos distintivos de la identidad étnica mapuche serían:

- Descendencia de los antiguos habitantes de los territorios tradicionales (comunidades o áreas de reducción); es lo que Saavedra denomina filiación de descendencia; Una historia compartida a través de una memoria colectiva y la construcción de relatos históricos; Una lengua propia, el mapudungun;
- Observancia de formas de vida, tradiciones e instituciones distintivas de la cultura mapuche: exogamia, mingako, mediería, vuelta de mano, choike, autoridades tradicionales (longko, werken, machi), pentukun, lakutun, entre otros ; cosmogonía y/o religiosidad distintiva; representaciones, ritualidad e instituciones religiosas propias de la sociedad mapuche contemporánea: ngenechen,

<sup>76</sup> Saavedra, A. Ob. Cit. p.43-44.

<sup>77</sup> Ídem. p.46.

pillan, wekufe, epeu, nguillatún, machitun, wetricantu, machi, comunidad ritual, pentecostalismo, entre otros;<sup>78</sup> Auto-identificación; La posesión de un territorio determinado.

Para autores como Saavedra<sup>79</sup> el movimiento social mapuche actual estaría en un proceso de emergencia o recuperación de esos rasgos principales de la identidad étnica mapuche, recordando, reproduciendo y redefiniendo elementos de la cultura mapuche.

Para los efectos del presente estudio y modelo de gestión, cuando se haga referencia a la “cosmovisión” Mapuche, debe entenderse que la referencia está hecha también a la “identidad” Mapuche tal como se ha descrito en este apartado, de forma de integrar los elementos que se ha indicado anteriormente.

## 4. Cosmovisión indígena, principios y valores de la cultura mapuche que inciden en la defensa penal

### 4.1. Ritualidad y protocolo indígena

La espiritualidad de la cultura mapuche se expresa en los ritos y ceremonias ancestrales que se conservan y practican hasta nuestros días. La religiosidad es parte del ser mapuche y no está reservada al ejercicio privado de los sujetos, sino que es parte constitutiva de la vida cotidiana de una comunidad. Como otras culturas indo americanas, los ritos y rogativas están destinadas a convocar a los espíritus de la naturaleza que interactúan en forma permanente en la vida del mapuche. Estos ritos le otorgan sentido e identidad en el seno de su comunidad.

La centralidad de los elementos de la cosmovisión y la espiritualidad mapuche, no pueden estar ausentes en relación con los defendidos.

“Nosotros hacemos ngenmagun, antes de salir en la mañana, muchas veces eso en los tribunales se ve como atropellando, que se ha visto agresivo, porque nosotros aparecemos con nuestra vestimentas, cuando algunas veces nos paramos afuera y realizamos un ngenmagun, pero eso es mirado como raro”. (Werken)

“El abogado defensor debe conocer la cosmovisión mapuche, debe entender nuestra cultura” (Imputado).

Para la preparación de la defensa adecuada es necesario interiorizarse de los ritos y prácticas religiosas de las comunidades a las cuales pertenecen los defendidos, la cual puede proveer de información valiosa, que se traduce en argumentos

---

78 Foerster, Rolf. Introducción a la religiosidad mapuche. Editorial Universitaria. Santiago. 1993.

79 Ob. Cit.

## ASPECTOS CULTURALES DE LA DEFENSA DE IMPUTADOS INDÍGENAS

para la invocación de costumbre o para comprender el sentido de la acción de los sujetos. Entre los ritos esenciales figuran:

### 4.1.1. Koyang

Para los mapuches históricos el Koyang corresponde a una ceremonia destinada a interactuar internamente y con los otros, contiene el honor, la palabra y la diplomacia mapuche. Las decisiones que de ahí resultan afectan a toda la sociedad mapuche o a parte de ella.

En el contacto con los representantes de la Corona española el Koyang se institucionalizó y pasó a ser conocido como Parlamento (wingkakoyang). En el relato de los cronistas se evidencia la función del koyang tanto en la administración de justicia como en la toma de decisiones (para la guerra y para la paz). Gerónimo de Vivar lo describe como:

“Ciertas veces del año se ajuntan en una parte que ellos tienen señalado para aquel efecto que se llama regua, que es tanto como decir “parte donde se ayuntan” y sitio señalado como en nuestra España tienen donde hacen cabildo. Este ayuntamiento es para averiguar pleitos y muertes, y allí se casan y beben largo. Es como cuando van a cortes, porque van todos los grandes señores. Todo aquello que allí se acuerda y hace es guardado y tenido y no quebrantado. Estando allí todos juntos estos principales, pide cada uno su justicia.”<sup>80</sup>

Si bien el koyang se remonta a la época precolombina, anterior a la ocupación Inca incluso, sus aspectos rituales y simbólicos se mantienen hasta la actualidad. Los mecanismos sobre los que se sustenta el koyang como el honor, la palabra, la distinción, la valentía, el respeto y la cortesía, son los que intervienen en la diplomacia mapuche.

“Estos mecanismos operan inconscientemente hasta el día de hoy en cada una de las ceremonias y actos cotidianos que la sociedad mapuche recrea. Dichos mecanismos impermeables en el tiempo, como hemos visto, operan como redes subterráneas las cuales se transforman en los soportes culturales que le da continuidad a una cultura milenaria”.<sup>81</sup>

¿Qué aporta este ceremonial en la defensa penal? La ritualidad del koyang consta, básicamente, de dos momentos: una etapa previa de preparación al momento de parlamentar, en el cual intervienen los representantes de las partes involucradas (werken y emisarios no mapuche/wingka); el segundo momento es el del koyang propiamente tal, al cual arriban las partes interesadas y en función de los acercamientos previos dialogan, acuerdan y toman una decisión para la resolución del tema o asunto que los convoca.

80 Citado en Contreras, C. Koyang: Parlamento y protocolo en la diplomacia mapuche-castellana. Siglos XVI – XIX. Centro de Investigación y Documentación Chile – Latinoamérica. Berlín. 2007. p. 38.

81 Ídem. P.117.

Informantes entrevistados para este estudio indican que requieren que como parte del proceso de defensa haya una reunión preparatoria previa al juicio, en la cual estén presentes todos los involucrados: imputado, testigos, peritos, defensor y facilitador intercultural. En consecuencia, lo que están reclamando los informantes mapuche es que se respete la ritualidad del koyang y en la preparación de la defensa que se salvaguarden los principios del honor, la palabra, la distinción, la valentía, el respeto y la cortesía.

### 4.1.2. Pentukun

Para la cultura mapuche el protocolo de saludo o Pentukun<sup>82</sup> entre dos personas que se encuentran es sustantivo, permite demostrar el respeto mutuo, relevar la dignidad de la persona y establecer un piso básico de confianza. En este sentido el Lonko Víctor Marilao señala:

“El abogado también debe conocer y respetar el pentukun, nuestro protocolo al saludar” (lonko)

En efecto, el pentukun es un tipo de discurso que establece lazos y relaciones individuales y grupales a través del tiempo. Caniguan, lo define como “el saludo que se efectúa entre dos o más personas que se encuentran, las que efectúan una serie de preguntas para informarse acerca de los sucesos individuales, familiares y comunitarios de los interlocutores. Pen-tuku-n (Encontrarse/ver- tocar- INF ‘encontrarse y tocarse’). Por lo que se puede entender el pentukun como un acto de encuentro, que implica no sólo un saludo de palabras, sino también contacto físico (darse las manos y un abrazo).”<sup>83</sup>

Se distinguen un pentukun formal y uno informal. Éste último es un acto simple y cotidiano entre dos o más personas; el siguiente ejemplo es ofrecido por Caniguan:

-A: mari, mari, lamngen	(Buenos días, hermano)
-B: mari mari, lamngen	(Buenos días, hermana)
-A: chumleiyimi, lamngen?	(¿Cómo estás, hermana?)
-B: kúmelkalen, eyimi kay?	(Yo estoy bien, ¿y tú?)
-A: Kúmelakalen kafey	(Estoy bien también)
-A: Pewkallal, lamngen	(Nos vemos, hermano)
-B: Pewkallal, lamngen	(Nos vemos, hermana)

Si bien, entre los mapuche tradicionales este saludo protocolar es siempre en la lengua materna, el mapudungun, su práctica en la actualidad también se puede realizar en español.

82 Ver acápite de cosmovisión mapuche.

83 Caniguan, J. “Apuntes sobre el pentukun mapuche. Mari mari lamngen” en Periódico Azkintuwe. Edición Aniversario. Febrero-marzo 2005. p.15.

## ASPECTOS CULTURALES DE LA DEFENSA DE IMPUTADOS INDÍGENAS

En el caso del contacto del equipo de la defensoría con sus defendidos, o bien, con la comunidad, el respeto y apego a esta tradición puede facilitar la participación de los testigos e imputados en la recopilación de antecedentes y en el proceso judicial. Resulta relevante, en consecuencia, la presentación personal del abogado o el facilitador mediante este protocolo.

En consecuencia, en el proceso de defensa esta práctica adquiere importancia en la medida que hay un reconocimiento por parte de diversos actores respecto de la significación del pentukun, rito que facilita al defensor establecer relaciones de confianza con su defendido/a (imputado mapuche) y en la relación con los miembros de la comunidad de pertenencia de aquél.

El establecimiento y desarrollo de estas relaciones de confianza resultan fundamentales en el proceso de defensa, dado que la experiencia que han tenido los dirigentes y el pueblo mapuche en general, frente a la justicia, ha generado un alto grado de desconfianza frente a la institucionalidad. Manifiestan que son perseguidos por la justicia y que no creen que los tribunales chilenos tengan un sentido de imparcialidad hacia las causas en donde participan mapuches. De aquí que la confianza se establece con las personas, no con las instituciones. Para un imputado mapuche no es suficiente que un abogado se presente como el defensor que pone el Estado. Es necesario conocerlo y saber que será bien defendido.

En este contexto establecer lazos de confianza con el defendido y con su comunidad es una labor que lleva algún tiempo y maduración de las relaciones. Es por ello que se valora mucho el trabajo realizado por la Defensoría Penal Mapuche. Todos los entrevistados coinciden en que el defensor ha logrado acercarse a la realidad del pueblo mapuche y conocer de su situación. Confían en él y en su actuar como profesional.

Algunos de los entrevistados nos relatan sus experiencias:

- “A mí se me han presentado abogados y yo les digo no po, por qué tiene que defenderme usted, si usted no me conoce a mí, usted no conoce mi situación como yo vivo, usted no sabe la lucha que yo estoy dando” (Werken).
- “Nosotros pedimos ser defendidos por la Defensoría Mapuche, ya que los conocemos y llevan tiempo defendiendo a los hermanos de Temucuicui” (imputado).
- “Que es lo que entiende en definitiva una comunidad, que aquí a un rechazo al modo que nosotros hayamos existido, el hecho que existamos les molesta al poder judicial, o en este caso traspasa las paredes del poder judicial y entra más profundamente en un contexto de Estado” (Werken).

A este reconocimiento contribuye substancialmente el respeto por los rituales de la cultura mapuche, y a ese propósito puede contribuir el conocimiento del Manual de protocolo para no Mapuche, elaborado por el Departamento de Cultura y Biblioteca de la Municipalidad de Padre Las Casas (Región de La Araucanía), en el cual se destaca que “para los Mapuche el saludo es muy importante ya que

es una puerta de entrada a una buena conversación. El saludo va más allá de un “hola, cómo está usted” sino que incluye, además, el interés por la familia, la comunidad, el territorio o sector en el cual se vive<sup>84</sup> e indica, además, que a las autoridades mapuche se les debe saludar siempre en mapudungun:

Mary: mary wenu.	(hola migo).
Lonko: Mary Mary peñi.	(hola hermano).
Machi: Mary Mary Papay.	(Hola Señora).
Mari: Mari Lamngen.	(Hola) se utiliza sólo cuando hay dos personas de diferente sexo.

### 4.1.3. Uso de la lengua propia

La conservación de las culturas originarias de América en el tiempo depende, en gran medida, de la mantención de su lengua como vehículo principal de comunicación entre las personas. El pueblo mapuche ha logrado transmitir el mapudungun como parte de su tradición oral entre generaciones, en base a un esfuerzo de los más ancianos hacia los niños y jóvenes. La escolarización en castellano no ha favorecido este proceso. Al considerar que el mapudungun es una lengua oral, es necesario favorecer su uso para hacer de ésta, una lengua viva.

Aunque no hay acuerdo entre los entrevistados por la Universidad Central en su estudio base de este documento respecto que sea indispensable el uso de la lengua, ésta es un elemento significativo para realizar una buena comunicación entre el defensor y defendido, así como con la comunidad en la que se inserta. Varios de los entrevistados reconocieron que la dificultad que representa la traducción en los juicios es un factor determinante en el desarrollo y resultados del proceso penal. En este sentido la intervención del facilitador intercultural como intérprete es fundamental.

“Yo creo que si no estuviera Horacio la gente estaría perdida, porque el mapudungun se necesita, hay gente que ni siquiera sabe hablar el wingka, nada, nada y así como los embaucan”. (Werken)

“Cuando se trata de hermanos y hermanas que hablan mapudungun, deben ser defendidos usando el mapudungun porque se expresan realmente como sienten; pueden hablar en español, pero no es lo mismo, la mejor forma es expresándose en mapudungun. Si el abogado no sabe mapudungun debe tener alguien que le ayude, un intérprete, un traductor”. (Imputado)

---

84 Municipalidad Padre Las Casas. Manual de protocolo para no mapuche. Municipalidad Padre Las Casas, Departamento de Cultura y Biblioteca. 2009. p.5.

## ASPECTOS CULTURALES DE LA DEFENSA DE IMPUTADOS INDÍGENAS

### 4.2. Historia y relaciones culturales de la organización social, distribución del poder

#### 4.2.1. Las autoridades tradicionales

La organización social mapuche conserva sus formas jerárquicas tradicionales. Cada uno de los representantes de la comunidad tiene un rol adscrito, el cual debe ser respetado; durante el proceso penal no puede obviarse esta jerarquía. Es importante saber quién es la persona que el defensor tiene como interlocutor y qué representa para su comunidad. Especialmente, si el imputado es una autoridad tradicional, esta condición debe ser reconocida y valorada por el equipo de la defensoría.

En este sentido los entrevistados manifiestan:

“A un logko no se puede tratar como cualquier mapuche, a mí se puede tratar como cualquiera porque soy un werken, pero al logko se le tiene que tratar de otra manera si está acusado de algo. No es lo mismo, tiene que ser otro respeto, otro sistema, el logko es como hablar con un presidente, no es hablar con cualquier persona, el werken se le da la vocería, pero él tiene que tener la sabiduría”. (Werken)

“Falta la parte principal que conozcan el problema como defender a un mapuche; conocer al logko, conocer su condición defenderlo como autoridad no como un imputado”. (Logko)

Las autoridades tradicionales representan para el pueblo mapuche la fuente de sabiduría y cohesión social y espiritual. Algunas de estas autoridades son:

##### 4.2.1.1. Longko

En la cultura mapuche el rol tradicional del logko es el de una autoridad que piensa, que sabe, que dirige y que es persuasivo mediante el uso de su sabiduría y tolerancia y que además aconseja; el logko es una autoridad tradicional a la que se accede por la posesión de aptitudes y talentos sobresalientes relacionados con el conocimiento de la cultura tradicional y de los mecanismos para la convivencia; la comunidad indígena reconoce explícitamente la autoridad que ostenta el logko.

“Se accede a logko usualmente por continuidad de la línea familiar paterna, y el logko en ejercicio elige por sus atributos al mayor o a otro de sus hijos e inicia con él un proceso de preparación e integración paulatina al cargo (...) Cuando el logko no tuvo descendencia masculina o ninguno de sus hijos mostró interés en formarse o simplemente no poseen los atributos personales esperables para ejer-

cer el cargo, la comunidad elige de entre sus miembros al que a juicio colectivo sea la persona más idónea para ejercer el rol.”<sup>85</sup>

El logko es quien resuelve las diferencias en la comunidad (lof) a través de buenos consejos y palabras justas.

### 4.2.1.2. Machi

La Machi es una persona que ha sido destinada a servir a sus iguales, es la persona elegida por las fuerzas cósmicas para ayudar a mitigar el desequilibrio físico y espiritual de las personas, será quien guíe las ceremonias y ritos espirituales, conoce el poder de las plantas medicinales.

Son estas las/os mediadoras/es entre la comunidad y el wenu mapu, mediación a través de la cual la comunidad y sus integrantes obtienen salud, bienestar, tranquilidad y abundancia. En materia de salud la intervención del/la machi se enmarca en lo que se conoce como medicina tradicional, la que a diferencia del modelo biomédico occidental, integra “los síntomas en sistemas de creencias y conocimientos, prácticas y recursos compartidos – tanto empíricos como mágicos – , que generan corpus etno-científicos de transmisión oral vinculados holísticamente a sus respectivos sistemas socioculturales;”<sup>86</sup> mediante esta intervención se logra la restauración del equilibrio multidimensional trastocado por la enfermedad.<sup>87</sup>

De los variados aspectos que intervienen en el proceso de sanación, la fe y confianza del paciente en la/el machi es fundamental. Cualquier atisbo de cuestionamiento a la efectividad de la intervención terapéutica lleva a la búsqueda de un/a machi que no esté expuesta a esta situación. Uno de los cuestionamientos más recurrentes a la efectividad de la intervención curanderil es la proximidad de la machi con el domicilio del paciente.

La tradición oral mapuche es el principal recurso para comunicar/se. Cuando en una comunidad hay alguna persona enferma, rápidamente la noticia se expande entre las familias de esa comunidad y entre las comunidades cercanas, lo cual llegará a oídos de la machi incluso antes de que el enfermo la consulte. La machi diagnostica mediante la observación de la orina o de alguna prenda del enfermo, sin que sea necesario estar frente a éste; diagnostica señalando cuáles son los síntomas del paciente e indicando el tratamiento a seguir. Cuando la machi sabe que una persona está enferma y ha llegado a sus oídos qué es lo que siente (los síntomas), el enfermo pierde confianza en su efectividad pues ya conocía los síntomas de boca de otras personas y no a través de la orina o prendas del en-

---

85 Barrientos, M. “El Logko: Autoridad Tradicional Mapuche”. 2009.

86 Grebe, M. E. “Relevancia sociocultural y médica de la terapéutica y profilaxis simbólica en las culturas tradicionales de Chile” en Lolas et al. (Ed.). Ciencias Sociales y Medicina. Perspectivas Latinoamericanas. Ed. Universitaria. Santiago. 1992. p. 155-164.

87 Marcos, S. “Curación y cosmología. El reto de las medicinas populares” en Ifda Dossier N° 71, may/june 1989. p.3-18.

## ASPECTOS CULTURALES DE LA DEFENSA DE IMPUTADOS INDÍGENAS

fermo. Este solo hecho hace que en la gran mayoría de las situaciones en que se requiere la intervención de machi, se recurra a una que resida lejos de los límites de la comunidad.

### 4.2.1.3. Werken

Es consejero y mensajero personal del logko, cuenta con toda su confianza y es el responsable de mantener la comunicación y las alianzas estratégicas, antiguamente con otros lof, rewe y ayllarewe, en la actualidad con otras comunidades y organizaciones político territorial mapuche.

### 4.2.1.4. Az mapu

Corresponde a las leyes sagradas de la tierra y comprende el conjunto de reglas sociales y valóricas que rigen al pueblo mapuche en lo moral, religioso, espiritual y jurídico. El az Mapu determina la identidad y regula la interacción con la naturaleza, con los espíritus de los antepasados, la organización social y política y establece los derechos sobre la tierra y los recursos. Determina el poder hacer y el no hacer. Equivale a lo que se conoce como derecho consuetudinario.

## 4.2.2. Organización social y estructura familiar mapuche

El núcleo fundamental de la organización social mapuche es, históricamente, la familia. La familia mapuche tradicional (amplia, extensa y compleja) históricamente se caracterizó en el período pre-reduccional por ser el centro de la sociedad y prácticamente la única institución social permanente en torno de la cual se desarrollaban las actividades domésticas y productivas.<sup>88</sup> A consecuencia del período reduccional (1883-1929) surge el modelo de familia nuclear en la sociedad mapuche.

En la actualidad, consecuentemente, conviven rasgos pre y post reduccionales, algunos de los cuales se mantienen transformados o encubiertos.<sup>89</sup> De los rasgos pre-reduccionales la familia extensa alcanza en la actualidad a la cuarta parte de los hogares mapuche y se asume como estrategia de apoyo socioeconómico; en tanto que de cada 10 hogares mapuche 6 son de tipo nuclear.

La base de autoridad radica en el logko. Históricamente y en la actualidad para toda resolución que afecta a la comunidad se consulta con los jefes de familia y la decisión es tomada en forma colectiva.

88 Bengoa, J. Historia del pueblo mapuche (Siglo XIX y XX). Sur Ediciones. Santiago. 1987.

89 Bello, A. "La familia mapuche durante la radicación" en Rodó, Andrea y Valdés, Ximena (Eds.). Aproximaciones a la familia. Propositiones N° 26. Sur Ediciones. Santiago. 1997. p.194-205.

La cohesión social-comunitaria se funda en estrechos lazos de parentesco y en relaciones de solidaridad y cooperación, los que se manifiestan a través del mingako, la vuelta de mano o la mediería.

La estructura familiar y social mapuche sigue un orden patriarcal, en el cual la familia mapuche mantiene prácticas ancestrales como la patrilinealidad (descendencia por la vía paterna), la patrilocalidad (residencia familiar en la comunidad de origen del varón) y la exogamia (búsqueda de esposa fuera de la comunidad o localidad de residencia).

### **4.2.3. Relaciones de familia que inciden en el ámbito de la justicia penal. Distribución de roles y funciones**

#### **4.2.3.1. División sexual del trabajo**

En la familia mapuche, la identidad del hombre se construye en referencia al ejercicio de roles productivos, “se le valora la fortaleza, se espera que tome la iniciativa en la relación amorosa”<sup>90</sup> y realice un ejercicio marginal de funciones parentales. Por su lado, la mujer está vinculada directamente al plano relacional, “donde los valores destacados son los de reciprocidad, intimidad y acceso al mundo afectivo. Se espera que ella esté más al servicio de otros que de sí misma”.<sup>91</sup>

La organización social resultante de la división sexual del trabajo y el consiguiente ejercicio de roles masculinos y femeninos,<sup>92</sup> tiende a conformarse como una estructura asimétrica de poder, en la cual las mujeres se encuentran en una posición de subordinación respecto de los hombres. En esta estructura patriarcal, la familia mapuche mantiene prácticas ancestrales como la patrilinealidad, la patrilocalidad y la exogamia.

#### **4.2.3.2. Construcción cultural de la masculinidad**

El proceso de construcción de la identidad masculina es un complejo entramado de factores tan diversos como creencias y valores culturales sobre la mujer, el hombre, los niños y la familia; la concepción acerca del poder y la obediencia; las actitudes hacia el uso de la fuerza para la resolución de conflictos; los conceptos de roles familiares, derechos y responsabilidades.

En una cultura que consagra la primacía masculina, la esencia del ser masculino es por tanto la búsqueda y mantenimiento de un lugar de dominio, tanto al interior de la familia, como en su entorno inmediato. El estereotipo masculino tradicional

---

90 Bello. A. Ob. Cit.

91 Ídem.

92 Respecto de la relación entre la división sexual del trabajo consultar: Organización Panamericana de la Salud (2008): La economía invisible y las desigualdades de género. La importancia de medir y valorar el trabajo no remunerado. Washington, D.C.

## ASPECTOS CULTURALES DE LA DEFENSA DE IMPUTADOS INDÍGENAS

se basa en la creencia que la masculinidad se funda en la fuerza física y en la capacidad para obtener logros en relación con el entorno. El empleo de la violencia no corresponde a una condición biológica del varón, sino al ejercicio de un rol asociado a la dominación, la competencia y el control del hombre sobre la mujer y su entorno; es lo que desde los estudios de masculinidades se denomina masculinidad hegemónica.<sup>93</sup>

Aspectos relevantes sobre el estereotipo tradicional masculino son la necesidad de obtener logros físicos, vida emocional escasamente desarrollada, expectativas porque la mujer conozca y respete la autoridad del varón y postergación a un plano secundario la relación con los hijos e hijas.

Un estudio realizado en la región de la Araucanía<sup>94</sup> revela una alta presencia de estereotipos masculinos tradicionales en mujeres, sea que hayan vivido episodios de violencia intrafamiliar o no hay una alta adscripción a creencias como que “una buena esposa obedece a su esposo aunque ella no opine lo mismo” o “el hombre debe demostrar a su esposa/pareja que él es el jefe”.

### 4.2.3.3. Violencia intrafamiliar

En cualquier intento por comprender la violencia en tanto hecho social y cultural subyace el tema del poder.

El poder, la autoridad y el liderazgo al interior de la familia se sustentan en la desigualdad de fuerzas y posiciones: padre-madre-hijos, hombre-mujer, adultos-niños/as. No es casual, entonces, que la violencia al interior de la familia afecte principalmente a quienes se encuentran en una posición de subordinación y dependencia; en este caso, la mujer y los/as niños/as.

La violencia en todas sus formas y manifestaciones, en particular la violencia intrafamiliar, está legitimada por la presencia de creencias fuertemente internalizadas en la cultura; creencias que influyen sobre las actitudes, percepciones y comportamientos de las propias personas que viven la situación de violencia y de aquellas que conforman el contexto social.

El mito como construcción simbólica, sobre la situación de violencia intrafamiliar contribuye a que ésta se produzca, justifique y mantenga. Todas las personas involucradas, directa o indirectamente, los tienen incorporados – o parte de ellos – y se juzgan a sí mismas a través de ellos. Mediante éstos se pretende reducir a

93 Sobre estudios de masculinidad y masculinidad hegemónica consultar: Connell, Robert (1995): “La organización social de la masculinidad” en: Valdés, Teresa y José Olavarría (edc.). *Masculinidad/es: poder y crisis*, Cap. 2, ISIS-FLACSO: Ediciones de las Mujeres N° 24, pp. 31-48; Bonino, Luis (2002): *Masculinidad hegemónica e identidad masculina* en: *Dossiers Feministes. Masculinitats: mites, de/construccions i mascarades*. Seminari d’Investigació Feminista. Universitat Jaume I.

94 Urzúa, R., Ferrer, M., Larraín, S. y Gutiérrez, C. (2002): *Detección y análisis de la prevalencia de la violencia intrafamiliar*. Centro de Análisis de Políticas Públicas. Universidad de Chile.

una explicación individual el fenómeno de la violencia. Mitos y creencias sobre la violencia intrafamiliar recurrentes en contexto mapuche son los siguientes:<sup>95</sup>

- Los casos de violencia intrafamiliar son hechos aislados,
- La violencia es producto de alguna enfermedad mental del cónyuge,
- La violencia ocurre en los sectores sociales más carenciados (los más pobres),
- El consumo de alcohol es causa directa de la violencia,
- Denunciar la violencia afecta a la unidad familiar,
- Las víctimas de maltrato/violencia lo provocan,
- La violencia al interior de la familia es un problema privado, no hay que intervenir.

#### 4.2.3.4. Las prácticas sexuales en la cultura mapuche

La socialización de roles sexuales se realiza en diferentes espacios sociales, siendo el principal la familia. Sin embargo en contextos tradicionales, particularmente rurales y/o indígenas, donde hablar de sexualidad es tabú, el aprendizaje es desplazado hacia instituciones como la escuela, la iglesia o los pares; durante la adolescencia asume una fuerte influencia el grupo de pares, lo que lleva en ocasiones a que los jóvenes tengan desconocimiento y/o creencias erradas en la materia,<sup>96</sup> conocimientos y creencias que persisten en la vida adulta de no mediar acciones correctivas de las informaciones erradas. Además, en estos contextos socioculturales.

En el caso mapuche, lo anterior no es diferente pues las cuestiones referidas a sexualidad y prácticas sexuales se mantienen como temas tabú de los cuales no se habla al interior de la familia y están regulados por las normas de la exogamia. Lo cual explica por qué es frecuente encontrar matrimonios que durante todos los años de su convivencia familiar jamás ése ha sido un tema de conversación entre los cónyuges y de éstos con su progenie.

La excepción de esta regla la marca el momento de la menarquía, pues ella es la ocasión en que la madre instruye a la niña acerca de lo que implica la menstruación en sus vidas y de los cuidados que hay que tener a partir de ese hito. Éste es también el momento en que la madre aconseja que el hombre con el cual casarse debe ser un buen hombre, un varón con poder, pues ella recibirá en su interior (su vientre) la energía del varón y el espíritu de su fuerza, manteniendo así viva la cultura, reproduciéndola biológica y socialmente.

---

95 Corporación de Servicios y Asesoría Técnica y de Desarrollo de Mujeres Mapuche (2008): Estudio comparado sobre violencia intrafamiliar en seis comunas de la provincia de Cautín. Servicio de Salud Araucanía Sur. Programa de Salud con Población Mapuche. Temuco.

96 Rojo, C. Conocimiento, actitudes y comportamiento sexual de jóvenes rurales – VII Región. Corporación de Salud y Políticas Sociales (CORSAPS). Santiago. 1992.

## ASPECTOS CULTURALES DE LA DEFENSA DE IMPUTADOS INDÍGENAS

Desde lo normativo, en el mundo mapuche si bien la menarquía señala un cambio en el ciclo de vida de la niña hacia la mujer, quedando en condiciones de embarazarse, para que se produzca el acceso sexual deben darse dos condiciones esenciales: a) debe tratarse de una relación consentida, tanto por la joven como por la familia de ésta y b) el varón que sea su pareja sexual debe ser capaz de procurarse a sí mismo y a otros alimento y abrigo. De no cumplirse con estas condiciones, se estaría ante una transgresión de la norma.

### 4.2.3.5. Abuso sexual e incesto

Desde el campo de las ciencias sociales, el incesto tiene fuertes bases sociológicas y antropológicas que se centran en las pautas normativas que regulan y rigen el comportamiento sexual, en particular, en las restricciones sociales de la relación entre parientes.<sup>97</sup>

Superada la discusión acerca del origen del incesto en torno a causas naturales, o culturales, o ambas; está claro que la noción del incesto como delito es un producto cultural, pues existe suficiente evidencia científica<sup>98</sup> que da cuenta de prácticas incestuosas con diversas variaciones en todas las culturas del mundo y en todos los tiempos (históricos y prehistóricos): dinastías egipcia, inca y hawaiana, algunos pueblos surasiáticos (matrimonio taiwanés), africanos y polinesios, pueblos amerindios precolombinos y post coloniales. El relativismo cultural que pesa sobre el fenómeno social-cultural del incesto se proyecta en: “algunas legislaciones modernas tales como las de Luxemburgo, Japón, Portugal y Turquía que contemplan penalización para el incesto. En otros países, como Bélgica, España, Francia y Holanda, sólo se penaliza si sucede entre ascendientes y descendientes menores no casados (...) En Italia, la legislación lo reprime siempre y cuando haya escándalo público”.<sup>99</sup>

Sobre las relaciones incestuosas pesan tabúes y prohibiciones que establecen que las personas consideradas, aunque no tengan parentesco genético, sino sólo sociocultural, no pueden mantener relaciones sexuales entre sí ni contraer matrimonio. Según Frazer,<sup>100</sup> el propósito de esta prohibición es evitar la ocurrencia del suceso que se teme. La regla de la cultura por excelencia es la del incesto; su prohibición traspasa el carácter particular para ser de carácter universal;<sup>101</sup>

97 Bravo, M. Incesto y violación. Características, implicaciones y líneas terapéuticas del abuso sexual en Chile. Universidad Academia de Humanismo Cristiano. Santiago. 1994.

98 Sobre la dimensión cultural de la violencia sexual el Documento de Trabajo N°21 del Servicio Nacional de la Mujer. Oxman, V. (Ed.). “La violencia sexual en Chile”, presenta la síntesis de un conjunto de estudios realizados en la materia. 1993.

99 Oxman, V. (Ed.). La violencia sexual en Chile. Servicio Nacional de la Mujer. Documento de trabajo N° 21. Santiago. 1993.

100 Frazer, J. La rama dorada. Fondo de Cultura Económica. México. 1991.

101 Lévy-Strauss, C. Las estructuras elementales del parentesco. Ed. Paidós. México. 1985.

en todas las poblaciones del mundo está presente el tabú del incesto, aunque la práctica incestuosa no sería tabú, sino que el tabú sería hablar de ella.

En tanto hecho social y cultural, las relaciones sexuales entre consanguíneos están legitimadas por la existencia de creencias fuertemente internalizadas en la cultura; estas creencias influyen sobre las actitudes, las percepciones y los comportamientos de las propias personas que viven tales relaciones sexuales y de aquellas que conforman el contexto familiar.

Los mitos sobre las relaciones sexuales entre consanguíneos contribuyen a que ésta se produzca, se justifique y se mantenga.<sup>102</sup> Como se menciona más arriba, los mitos buscan reducir a una explicación individual un fenómeno que debe ser comprendido integralmente en su impacto sobre el orden social.

En el caso mapuche, las relaciones sexuales entre personas consanguíneas están prohibidas; de ahí la importancia de la práctica de la exogamia, la cual establece que es el varón quien debe buscar su pareja sexual fuera de su comunidad de origen; con lo cual no sólo mantiene el tabú del incesto sino que también genera y/o fortalece alianzas económicas, sociales y políticas con otras comunidades.

No obstante la prohibición, a partir de los hallazgos pesquisados en la realización de peritajes antropológicos<sup>103</sup> en comunidades mapuche mitos recurrentes sobre las relaciones sexuales entre consanguíneos en la cultura mapuche son los siguientes:

- Los niños frecuentemente mienten cuando alegan haber sido abusados o víctimas de incesto.
- El incesto es más común entre familias de bajos ingresos.
- Las mujeres abusan sexualmente de los niños tan a menudo como los hombres.
- La madre usualmente no tiene conciencia de la relación incestuosa.
- La madre que conoce el abuso es cómplice del abuso de los/as menores.
- Un adulto usualmente abusa sólo de una persona en la familia.
- La mayor parte de los perpetradores del incesto fueron abusados cuando niños.
- Relaciones incestuosas padre-hijo son de mínima ocurrencia.
- Hay predisposiciones culturales y regionales hacia el incesto.

En lo que respecta a las prohibiciones sexuales (violación, incesto, violación incestuosa), cuando estas ocurren y de ello resulta un embarazo, lo esperable es que el hombre mapuche asuma su paternidad en términos económicos, haciéndose responsable de la manutención del hijo o hija resultante de esa relación sexual.

---

102 Ver Bravo 1994.

103 Peritajes antropológicos realizados en causas RUD CAR-00179-03; PUC 10045-04; IMP-00772-04; CAR 00151-05.

## ASPECTOS CULTURALES DE LA DEFENSA DE IMPUTADOS INDÍGENAS

Los dos puntos anteriores, revelan que en el caso de delitos sexuales, hay razones fundadas para entender que la mujer Mapuche puede dar su consentimiento para una relación sexual antes de los 14 años, y que dicha práctica está justificada en la propia cultura Mapuche. Desconocer esta práctica y sus propios criterios de corrección moral, no sería coherente con el reconocimiento institucional del sistema jurídico chileno de la validez de recurrir a la costumbre indígena para determinar la corrección de un determinado comportamiento.

### Bibliografía

1. Amolef, A. "La alteridad en el discurso mediático: Mapuches y la prensa chilena II" en Boletín IFP Mundo Indígena. Junio 2004. Año 1. N° 7. p.22.
2. Araujo Grijalva, Susana. "Reto rural, un proyecto con pertinencia cultural". en ALLI KAUSAY. Folleto temático de la COSUDE en el Ecuador N°8, noviembre 2006, pp. 3 - 5 esp. p.3. *Disponible en [www.cooperacion-suiza.admin.ch/.../resource\\_es\\_100259.pdf](http://www.cooperacion-suiza.admin.ch/.../resource_es_100259.pdf) (fecha consulta: 9 junio 2010).*
3. Aravena, A. "Identidad indígena en los medios urbanos. Procesos de recomposición de la identidad étnica mapuche en la ciudad de Santiago" en Boccara, Guillaume & Galindo, Sylvia (Editores). *Lógica mestiza en América*. Instituto de Estudios Indígenas. Universidad de La Frontera. Temuco. 1999.
4. Arroyo Zapatero, Luis. "Terrorismo y Sistema Penal", en *Reforma, Política y Derecho*, Actas del Curso celebrado en la Universidad Internacional Menéndez Pelayo, Ministerio de. Justicia, Secretaría General Técnica, Madrid, 1985, p.155.
5. Asociación Iberoamericana de Ministerios Públicos, la Asociación Interamericana de Defensorías Públicas, la Federación Iberoamericana de Ombudsman y la Unión Iberoamericana de Colegios y Agrupaciones de Abogados "Carta de Derechos de las Personas ante la Justicia en el Espacio Judicial Iberoamericano" (Cancún 2002), apartados 23 a 34 relativos a "Una justicia que protege a los más débiles".
6. Aukiñ Wallmapu Ngulam. *El pueblo Mapuche y sus derechos fundamentales*. Kolping. Temuco. 1997.
7. Aylwin, José. *Tierra y territorio mapuche: Una análisis desde una perspectiva histórico jurídica*. Documento de trabajo Comisión Verdad Histórica y Nuevo Trato. Santiago. 2002. p.9.
8. Aylwin, J. y Yáñez, N. (Editores). *El gobierno de Lagos, los pueblos indígenas y el "nuevo trato": Las paradojas de la democracia chilena*. LOM Ediciones. Santiago. 2007. p.16-17.
9. Aylwin, J. *las implicancias de la ratificación del Convenio 169 de la OIT en Chile*. Documento de Trabajo N°10, Observatorio ciudadano, septiembre de 2009.

10. AZKINTUWE, Periódico País mapuche: [www.azkintuwe.org/julio103.htm](http://www.azkintuwe.org/julio103.htm)
11. Barrientos, M. "El Logko: Autoridad Tradicional Mapuche". 2009.
12. Barth, Fredrik (Comp.). Los grupos étnicos y sus fronteras. La organización social de las diferencias culturales. Fondo de Cultura Económica. México. 1976. p.11.
13. Bello, A. "La familia mapuche durante la radicación" en Rodó, Andrea y Valdés, Ximena (Eds.). Aproximaciones a la familia. Propositiones N° 26. Sur Ediciones. Santiago. 1997. pp.194-205.
14. Bengoa, José. Historia del pueblo mapuche (Siglo XIX y XX). Sur Ediciones. Santiago. 1987.
15. Bengoa, José. Breve historia de la legislación indígena en Chile. Comisión Especial de Pueblos Indígenas. Santiago. 1990. p.46
16. Bengoa, José. Conquista y barbarie. Ediciones Sur. Santiago. 1992. p.102
17. Bengoa, J. "Los mapuches, comunidades y localidades en Chile". Propositiones 13. Ediciones Sur. Santiago. 1997. Bengoa, José. Historia de un conflicto. El Estado y los Mapuches en el siglo XX. Planeta/Ariel. Santiago. 1999. p.53 Bengoa, José. "Minorías: Existencia y Reconocimiento". Documento. Año 2000. E/CN.4/Sub.2/AC.5/2000/WP.2.3.
18. Bonino, Luis (2002): Masculinidad hegemónica e identidad masculina" en: Dossiers Feministes. Masculinitats: mites, de/construccions i mascarades. Seminari d'Investigació Feminista. Universitat Jaume I.
19. Bravo, M. Incesto y violación. Características, implicaciones y líneas terapéuticas del abuso sexual en Chile. Universidad Academia de Humanismo Cristiano. Santiago. 1994.
20. Brett, S. Indebido Proceso: Los Juicios Antiterroristas, los Tribunales Militares y los Mapuche en el Sur de Chile, Human Rights Watch / Observatorio de los Derechos de los Pueblos Indígenas, octubre 2004, Vol. 16, N° 5(B). p.17.
21. Calfio, Margarita- Velasco, Luisa. Mujeres indígenas en América Latina: Brechas de género o de étnia? En Seminario Internacional Pueblo Indígenas y afrodescendientes de América Latina y El caribe: Relevancia y pertinencia de la información sociodemográfica para políticas y programas. CEPAL, Santiago de Chile, 27 al 29 de abril de 2005, p.3.
22. Camacho, F. "Historia reciente del pueblo Mapuche (1970-2003): Presencia y protagonismo en la vida política de Chile" en Pensamiento Crítico. Revista Electrónica de Historia. N° 4. Noviembre 2004. En: [http://www.pensamientocritico.cl/attachments/097\\_f-camacho-num-4.pdf](http://www.pensamientocritico.cl/attachments/097_f-camacho-num-4.pdf)
23. Caniguan, J. "Apuntes sobre el pentukun mapuche. Mari mari lamgen" en Periódico Azkintuwe. Edición Aniversario. Febrero-marzo 2005. p.15.

## ASPECTOS CULTURALES DE LA DEFENSA DE IMPUTADOS INDÍGENAS

24. Centro de Derechos Humanos. Informe Anual sobre Derechos Humanos en Chile 2003. Hechos de 2002, Facultad de Derecho Universidad Diego Portales, Santiago. p.298.
25. Centro de Derechos Humanos. Informe Anual sobre Derechos Humanos en Chile 2007. Hechos de 2006, Facultad de Derecho Universidad Diego Portales, Santiago. 2007. p.398.
26. Cerda, Rodrigo (2009): "Situación socioeconómica reciente de los Mapuches en la Región de La Araucanía" en Estudios Públicos, N° 113 (verano), p. 27-107
27. CONADI, La Política de Tierras de la Corporación Nacional de Desarrollo Indígena.
28. Comisión de Trabajo Autónoma Mapuche (2003): Wajontunmapu: Territorio y tierras mapuches. Documento de discusión preliminar". Documento de trabajo Comisión de Verdad Histórica y Nuevo Trato. Temuco. Marzo 2003.
29. Comisión de Verdad Histórica y Nuevo Trato. Propuesta de informe de la Comisión de Verdad Histórica y Nuevo Trato (CVNTH). Fuente: [http://biblioteca.serindigena.org/libros\\_digitales/cvhynt/index.html](http://biblioteca.serindigena.org/libros_digitales/cvhynt/index.html). Fecha visita: 30-10-2008.
30. Comité De Derechos Humanos De Naciones Unidas, Observación General N° 23, Derechos de las minorías (Art. 27): 08/04/94. CCPR Observación general 23. (General Comments), párr 6.1 y 3.2 respectivamente.
31. Connell, Robert (1995): "La organización social de la masculinidad" en: Valdés, Teresa y José Olavarría (edc.). Masculinidad/es: poder y crisis, Cap. 2, ISIS-FLACSO:Ediciones de las Mujeres N° 24, pp. 31-48;
32. Contreras, C. Koyang: Parlamento y protocolo en la diplomacia mapuche-castellana. Siglos XVI – XIX. Centro de Investigación y Documentación Chile – Latinoamérica. Berlín. 2007. p.38.
33. Coordinadora de Comunidades en Conflicto Arauco Malleco. I parte. Historia de la CAM" en Weftun, Año 1, N° 1, noviembre 2001.
34. Corporación Chilena de la Madera. Memoria anual 2003. CORMA. 2003. p.46.
35. Corporación HUMANAS, VI Encuesta Nacional "Percepción de las mujeres sobre su situación y condiciones de vida en Chile, año 2009", Julio- Agosto 2009. Disponible en <http://www.observatoriogeneroyliderazgo.cl> (fecha consulta: visita 10 julio 2010).
36. Corporación de Servicios y Asesoría Técnica y de Desarrollo de Mujeres Mapuche (2008): Estudio comparado sobre violencia intrafamiliar en seis comunas de la provincia de Cautín. Servicio de Salud Araucanía Sur. Programa de Salud con Población Mapuche. Temuco.
37. Defensoría Penal Pública. "Defensa de Mujeres en el nuevo sistema procesal penal". N°4, diciembre 2005.

38. Del Barrio Reyna, Alvaro - León Reyes, José Julio. Terrorismo, ley antiterrorista y derechos humanos. Programa de Derechos Humanos, AHC, Santiago de Chile. 1990
39. Del Valle, C. "Interculturalidad e intraculturalidad en el discurso de la prensa: cobertura y tratamiento del discurso de las fuentes en el 'conflicto indígena mapuche', desde el discurso político" en Redes.Com. Revista de Estudios para el Desarrollo Social de la Comunicación, N° 2, Instituto Europeo de Comunicación y Desarrollo. Sevilla. p. 83-111. 2005.
40. Federación Internacional de los Derechos Humanos. Pueblo Mapuche: Entre el olvido y la exclusión. Informe Misión Internacional de Investigación. Chile. N° 358/3. Marzo de 2003.
41. Federación Internacional de los Derechos Humanos. La otra transición chilena: Derechos del pueblo mapuche, política penal y protesta social en un estado democrático. Informe Misión Internacional de Investigación. Chile. N° 445/3. Abril de 2006. p.26.
42. Foerster, Rolf. Introducción a la religiosidad mapuche. Editorial Universitaria. Santiago. 1993. Frazer, J. La rama dorada. Fondo de Cultura Económica. México. 1991.
43. Gaete, Magdalena. "El tratamiento en televisión de la cuestión mapuche" en Guzmán, Eugenio (Ed.). La Cuestión Mapuche: Aportes para el Debate. Libertad y Desarrollo, Santiago. 2003. p.197-198.
44. Gobierno de Chile. Pacto por el Respeto Ciudadano, producto de los Diálogos Comunales, fue suscrito en agosto de 1999.
45. Gómez, Magdalena. Derechos Indígenas. Lectura comentada del Convenio 169 de la OIT. Instituto Nacional Indigenista, México, 1991, p.45.
46. Grebe, M. E. "Relevancia sociocultural y médica de la terapéutica y profilaxis simbólica en las culturas tradicionales de Chile" en Lolos et al. (Ed.). Ciencias Sociales y Medicina. Perspectivas Latinoamericanas. Ed. Universitaria. Santiago. 1992. p. 155-164.
47. Guzmán, Eugenio (2000): La cuestión mapuche: Un tema prioritario. Serie Informe Político N° 66, Libertad y Desarrollo. Mayo 2000. p.2.
48. Gutiérrez Sahamod, L. La política del Estado frente al terrorismo: La legislación Antiterrorista y sus modificaciones. Cuad. N° 14 del CED (Centro de Estudios del Desarrollo), Santiago, Chile, Octubre de 1991.
49. Jeannot, B. "El problema mapuche en Chile" en Cuadernos de la Realidad Nacional, CEREN, Universidad Católica de Chile. N° 14, octubre de 1972. p.8.
50. Klein, F. "Los movimientos de resistencia indígena. El caso mapuche" en Gazeta de Antropología. N° 24, 2008.

## ASPECTOS CULTURALES DE LA DEFENSA DE IMPUTADOS INDÍGENAS

51. Kottak, Conrad Phillip Antropología. Una exploración de la diversidad humana con temas de la cultura hispana. Madrid: McGraw-Hill, 1996
52. Kreimer, Osvaldo Informe relator especial de OEA sobre “Formas tradicionales de propiedad y supervivencia cultural. Derecho a tierras y territorios” OEA/Ser.K/XVI, GT/DADIN/doc.110/02, 16 diciembre 2002. Fuente: <http://www.oas.org/consejo/sp/CAJP/docs/cp10649s04.doc>. (Fecha visita: 26-10-2008)
53. Lagarde, Marcela. “Los cautiverios de las mujeres: madresposas, monjas, putas, presas y locas”. UNAM, 2003, p. 97.
54. Lévy-Strauss, C. Las estructuras elementales del parentesco. Ed. Paidós. México. 1985.
55. Lillo, R. “El Convenio 169 de la OIT y la Defensa Penal de Indígenas”. Minuta Regional N°1/2010/abril. Defensoría Penal Pública.
56. Marcos, S. “Curación y cosmología. El reto de las medicinas populares” en Ifda Dossier N° 71, may/june 1989. P.3-18.
57. Martínez Cardós. “El terrorismo: aproximación al concepto”, en Actualidad Penal, 1998, núm.1, margs. 479-487, esp. marg. 486. En España LAMARCA, C. 1985, pp.48, 206 y ss., 456; 1989, pp. 960 y ss.; 1993 a, pp. 536-537.
58. Mentzen, Angela. Estrategias de desarrollo culturalmente adecuadas para mujeres indígenas (Primer borrador), Unidad de Pueblos Indígenas, BID, Washginton D.C, Noviembre del 2001
59. Merino M.E., Quilaqueo D. y Saiz J. “Representación social mapuche e imaginario social no mapuche de la Discriminación Percibida”, Revista Ateneo 2007
60. Montalbán Huertas. “Malos tratos, violencia doméstica y violencia de género desde el punto de vista jurídico”. II Congreso sobre Violencia Doméstica y de Género : Granada, 23 y 24 de febrero de 2006, 2006, pp. 91-110, esp. pp.107- 108.
61. Montt Santiago, y Matta, Manuel. Una visión panorámica al Convenio 169 y su implementación en Chile, borrador preparado para el Centro de Estudios Públicos (CEP).
62. Municipalidad Padre Las Casas. Manual de protocolo para no mapuche. Municipalidad Padre Las Casas, Departamento de Cultura y Biblioteca. 2009. p.5.
63. Oehmichen Cristina, La relación etnia-género en la migración femenina rural-urbana: mazahuas en la ciudad de México, Instituto de Investigaciones Antropológicas, Universidad Nacional Autónoma de México. IZTAPALAPA 45, enero-junio de 1999, pp. 107-132.
64. Oxman, Verónica. (Ed.). La violencia sexual en Chile. Servicio Nacional de la Mujer. Documento de trabajo N° 21. Santiago. 1993.

65. Oyarzún Kemy. Programa Domeyko (Dir. Iniciativa transversal Bernardo Amigo), Facultad de Filosofía y Humanidades- Fac. de Derecho, Universidad de Chile, enero 2010.
66. Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo/Universidad de La Frontera. El índice de desarrollo humano en la población mapuche de la Región de La Araucanía (Una aproximación e la equidad interétnica e intraétnica). Temas de Desarrollo Humano Sustentable. N° 8/2003. PNUD. Santiago. 2003.
67. Ramos, Isabel. “El ser y el hacer – reflexiones en torno al papel de la cultura en los proyectos de desarrollo”, en ALLI KAUSAY. Folleto temático de la COSUDE en el Ecuador N°8, noviembre 2006, pp. 1 -3, esp. p.1 *Disponible en [www.cooperacion-suiza.admin.ch/.../resource\\_es\\_100259.pdf](http://www.cooperacion-suiza.admin.ch/.../resource_es_100259.pdf) (fecha consulta: 9 junio 2010).*
68. Rojo, C. Conocimiento, actitudes y comportamiento sexual de jóvenes rurales – VII Región. Corporación de Salud y Políticas Sociales (CORSAPS). Santiago. 1992.
69. Saavedra, A. Los Mapuche en la sociedad chilena actual. LOM Ediciones. Santiago. 2002. p.74.
70. Senado de la república, Chile. Informe de la Comisión Mixta recaído en el proyecto de ley de violencia intrafamiliar de 4 septiembre 2005. Boletín N° 2.318-18, p.28.
71. Serrano Piedecabras, JR. Emergencia y Crisis del Estado Social. Análisis de la excepcionalidad penal y motivos de su perpetuación. Ed. PPU, Barcelona, 1988.
72. Stavenhagen, Rodolfo. Comisión de Derechos Humanos de la ONU. Las cuestiones indígenas. Los derechos humanos y las cuestiones indígenas. Informe del Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas,. Consejo Económico y Social Naciones Unidas. 26 de enero de 2004. p.15
73. Stavenhagen, Rodolfo. Informe del Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas. Presentado de conformidad con la resolución 2001/57 de la Comisión. Misión a Chile. Ver [http://www.unhchr.ch/Huridocda/Huridoca.nsf/0/f4f5bfb1fcea0ddc1256e5b003b1644/\\$FILE/G0317094.pdf](http://www.unhchr.ch/Huridocda/Huridoca.nsf/0/f4f5bfb1fcea0ddc1256e5b003b1644/$FILE/G0317094.pdf), [consultado el 9 de junio de 2010]. Study of the Problem of Discrimination against Indigenous Populations (E/CN.4/ Sub.2/1986/7).
74. Tokichen, V. “Pueblo mapuche: Desde la asimilación forzada a la exclusión” en Institut de Drets Humans de Catalunya. El Pueblo Mapuche, Institut de Drets Humans de Catalunya. Serie Conflictos Olvidados. Barcelona. 2007. p.121

## ASPECTOS CULTURALES DE LA DEFENSA DE IMPUTADOS INDÍGENAS

75. Toledo, V. Pueblo Mapuche. Derechos colectivos y territorio: Desafíos para la sustentabilidad democrática. LOM Ediciones. Santiago. 2006.
76. Toledo, V. "El enclave forestal chileno en territorio mapuche" en Revista Asuntos Indígenas, IWGIA Copenhagen, 4/2006:44-50. p.46.
77. Toledo, V. "Las tierras que consideran como suyas. Reclamaciones mapuches en la transición democrática chilena" en Revista Asuntos Indígenas, IWGIA Copenhagen, 4/2004:38-50. p.46.
78. Toledo, V. "Prima ratio. Movilización mapuche y política penal. Los marcos de la política indígena en Chile 1990-2007" en OSAL (Buenos Aires, CLACSO). Año VIII, N° 22, septiembre 2001. p.253-293; Tricot, T. "Lumako: Punto de inflexión en el desarrollo del nuevo movimiento mapuche" en Historia Actual Online. N° 19, primavera 2009. p.77-96.
79. Tomei Manuela, Swepston, Lee. Pueblos indígenas y tribales: Guía para la aplicación del Convenio núm.
80. Tragolaf Ancalaf, Ana "Estudio comparado sobre violencia intrafamiliar en seis comunas de la provincia de cautín", corporación de servicios y asesoría técnica y de desarrollo de mujeres mapuche "aukiñko zomo". Coord. Ana Tragolaf Ancalaf, Ministerio de Salud, Temuco, abril de 2008.
81. Urzúa, R., Ferrer, M., Larraín, S. y Gutiérrez, C. (2002): Detección y análisis de la prevalencia de la violencia intrafamiliar. Centro de Análisis de Políticas Públicas. Universidad de Chile.
82. Valenzuela, Mylene, Reforma a la Justicia. Una visión de los Derechos Indígenas en Bolivia, Chile, Guatemala y México. Ministerio de Justicia de Chile. Edición Jörg Stoppel y Mylene Valenzuela. Año 2002.
83. Vizcarra, M. et al. Violencia conyugal en la ciudad de Temuco, Un estudio de prevalencia y factores asociados. Revista Médica de Chile. Vol. 129, N° 12. Santiago. Diciembre 2001;
84. Wessendorf, Kathrin (Comp. y Ed.). El mundo indígena 2008. IWGIA. Copenhagen. 2008. p.234.
85. Yrigoyen Fajardo, Raquel. Pautas de coordinación entre el derecho indígena y el derecho estatal. Editorial Fundación Myrna Mack, 1999.



## PARTE III

---

Sociedad y cultura pueblos indígenas del Norte\*

---

\* Capítulo preparado por Francisca Fernández Dorguett, Antropóloga social de la UAHC, Diplomada en Estudios Regionales, mención en América Latina del Instituto de Estudios avanzados IDEA, Magíster en Psicología Social de la Universidad Autónoma de Barcelona, Doctora en Estudios Americanos, mención Pensamiento y Cultural del Instituto de Estudios avanzados IDEA.



## ASPECTOS CULTURALES DE LA DEFENSA DE IMPUTADOS INDÍGENAS

### Presentación

Este informe surge por la necesidad de caracterizar a los pueblos indígenas del norte grande de Chile, para configurar un modelo de defensa penal pública pertinente a su realidad cultural. Para ello debemos debatir en torno a las características identitarias de los aymara, quechua y likanantay, para posteriormente analizar la relación histórica entre el Estado y estos pueblos en lo que se ha llamado la chilenización. Luego, se revisarán los principales ejes que constituyen lo andino, como la territorialidad, organización social y política, las actividades económicas, parentesco y género, festividades y ritualidades, que nos permitan repensar la defensoría desde la realidad de los propios pueblos indígenas.

Los pueblos aymara y quechua se encuentran presente actualmente en cuatros Estados nacionales, Argentina, Bolivia, Chile y Perú. En Bolivia los aymaras son la población indígena mayoritaria del altiplano, en cambio en el sur de Perú aymaras y quechuas comparten la primacía territorial, y con una menor presencia, se ubican en el norte de Argentina y Chile.

Actualmente más de 2 millones de personas son hablantes de la lengua aymara y 4,5 millones quechua (Albó, 2002). Es importante señalar que la gran mayoría de los comuneros indígenas de estas poblaciones que hablan castellano poseen una versión del habla fuertemente aymarizado o quechuizado, lo que dificulta la comprensión de otros sujetos monolingües del castellano.

Lo que ha caracterizado históricamente al pueblo aymara y quechua es su ubicación en zonas de altura, apodado altiplano, y el desarrollo fundamentalmente de dos actividades económicas, la agricultura de subsistencia para el autoconsumo y la ganadería de camélidos (llamas y alpacas).

Ambos pueblos han ocupado una geografía múltiple, asegurando cada grupo su acceso regular a varios ambientes naturales mediante un patrón de poblamiento más bien disperso, con la ocupación de diversos pisos ecológicos, por lo que podemos decir que estos pueblos han basado su ordenamiento espacial en la complementariedad ecológica, lo que determina su condición de trashumantes como patrón de movilidad (Murra 1988), tanto por razones económicas como festivas (desarrollo de fiestas patronales y carnaval en diversos momentos del año).

Con la colonización y posterior creación de los Estados naciones esta movilidad estará situada en un movimiento permanente entre campo y ciudad, convirtiéndose la mayoría de las comunidades indígenas en campesinos, y luego, con la modernización y globalización, en trabajadores temporales, pero manteniéndose la circulación entre diversos espacios geográficos.

Por ello no es de extrañar que sobre todo entre los jóvenes sea habitual residir un tiempo en la ciudad y otro en el campo, para compensar y complementar los recursos económicos familiares. Se regresa a las comunidades de origen en tiempos de siembra y luego en la cosecha.

El pueblo atacameño o likanantay, se ubica específicamente al norte de Chile, en la segunda región de Antofagasta, compartiendo similares características del mundo aymara y quechua. Por lo tanto hablaremos de pueblos andinos para referirnos a las características comunes compartidas entre una y otra población, y del mismo modo se dará cuenta de las especificidades de cada espacio sociocultural.

Con la colonización y posterior creación de los Estados naciones esta movilidad estará situada en un movimiento permanente entre campo y ciudad, convirtiéndose la mayoría de las comunidades indígenas en campesinos, y luego, con la modernización y globalización, en trabajadores temporales, pero manteniéndose la circulación entre diversos espacios geográficos.

Por ello no es de extrañar que sobre todo entre los jóvenes sea habitual residir un tiempo en la ciudad y otro en el campo, para compensar y complementar los recursos económicos familiares. Se regresa a las comunidades de origen en tiempos de siembra y luego en la cosecha.

El pueblo atacameño o likanantay, se ubica específicamente al norte de Chile, en la segunda región de Antofagasta, compartiendo similares características del mundo aymara y quechua. Por lo tanto hablaremos de pueblos andinos para referirnos a las características comunes compartidas entre una y otra población, y del mismo modo se dará cuenta de las especificidades de cada espacio sociocultural.

## 1. Identidad y etnicidad

### 1.1. Quiénes son los indígenas

Una de las discusiones centrales en torno a la realidad actual de los pueblos indígenas es su configuración identitaria, quiénes son, qué los define como tales, cuáles son los elementos socioculturales que los determinan como sujetos, instalándose dos conceptos centrales que abordan tales inquietudes, etnicidad e identidad.

Existen diversas conceptualizaciones de etnicidad, haciendo referencia a colectividades con característica particulares que poseen una cultura compartida, minorías dentro de un Estado nación o en contextos urbanos, a unidades sub-nacionales ubicadas en espacios regionales y/o departamentales, a grupos mayoritarios pero que sobre todo se han asociado a pueblos indígenas, a la creación de diversos movimientos etnonacionalistas y a grupos étnicos de sociedades plurales. En los siguientes apartados revisaremos las principales definiciones respecto al tema.

Tradicionalmente el concepto de etnia se ha visto asociado a una tribu, un conglomerado social de pequeño tamaño, que posee elementos comunes: una lengua, un territorio, costumbres, valores, un nombre, una misma descendencia y conciencia de los actores de pertenecer a un mismo grupo (Amselle, 1985).

## ASPECTOS CULTURALES DE LA DEFENSA DE IMPUTADOS INDÍGENAS

Desde otras lecturas más contemporáneas, lo étnico refleja un conjunto de relaciones, correspondiendo a una categoría de adscripción e identificación utilizado por los sujetos sociales para organizar la interacción, mediante un proceso de autoconstrucción de los rasgos que los van a diferenciar de otros. Los grupos étnicos están insertos en un proceso dinámico de significación que constriñe al sujeto en todas sus actividades sobre la base de la conciencia de la diferencia, y al mismo tiempo de continuidad, conservación de límites que delimitan fronteras étnicas sobre la base de un conjunto de rasgos, pautas culturales (Barth, 1976).

Para Fernando Cámara (1986) la etnicidad da cuenta de la personalidad de un grupo sociocultural, la configuración del individuo como miembro de una etnia, mediante la concientización respecto de lo que se es, y qué son y cómo son los demás. Es el fundamento de la identidad de una colectividad, que le permite al sujeto protegerse de los otros y responsabilizarse de sus propias acciones. Por lo que se sitúa en un proceso individual asociado a un momento histórico determinado, de diferencias culturales, que requiere necesariamente de la conciencia de otros grupos étnicos y sobre las acciones de su propio grupo, que permite fortalecer una conciencia nacional de pluralismo cultural.

Este proceso de etnificación es tanto una creación pre-colonial, que responde a un modo de reagrupación, como producto del dominio europeo y la posterior colonización. Corresponde a un mecanismo de territorialización que reagrupa poblados designándoles categorías comunes para su mejor control, instaurando nuevas territorialidades a través de su fraccionamiento. Se produce la transposición de etnónimos (términos) pre-coloniales a nuevos contextos, se transforman diversas unidades políticas o de topónimos pre-coloniales en etnias (Amselle, 1985).

Leticia Reina (2000), en el contexto actual de globalización, define lo étnico como un término en constante redefinición, una categoría dinámica y una estrategia de lucha política de los pueblos indígenas para combatir desde la diferencia cultural en búsqueda de su legitimación. La reivindicación étnica está estrechamente ligada hacia a la politización de los pueblos indígenas, a través de sus intermediarios étnicos, indígenas que han sido educados en el sistema formal y socializados en ámbitos urbanos, lo que les ha permitido cuestionar el orden simbólico de la dominación mediante la construcción de un proyecto propio de transformación social.

Desde esta perspectiva puede llegar a constituirse en un proceso de búsqueda de una nueva forma de integración, a partir del reconocimiento y la valoración de la diferencia, en que se propone una nueva forma de organización social desde un pluralismo cultural, acercándose a la formulación de una ciudadanía étnica (Reina, 2000).

“... sólo en la medida que las diferencias culturales son percibidas como importantes y que son hechas socialmente relevantes es que las relaciones sociales tienen un componente étnico (Gundermann, 1997: 13)”.

Es así que la etnicidad se refiere necesariamente tanto a un contraste entre nosotros y ellos y a interacciones de diversos discursos étnicos, requiriendo la toma de consciencia de esas diferencias y el contacto con otros grupos.

### **1.2. Aproximaciones sobre lo andino: ser aymara, quechua y likanantay**

Para la gran mayoría de los chilenos ser andino, específicamente aymara, quechua o likanantay, es sinónimo de indio, de extranjero, que sólo se encuentran en Perú y Bolivia, o simplemente un apelativo desconocido de algo que ya no existe.

Actualmente el aymara o quechua puede ser un ciudadano tanto de Perú, Bolivia, Argentina como de Chile. Históricamente se les ha relacionado con ser campesino, viviendo en el Altiplano, cuidando sus llamos y cultivando *quinoa*, pero hoy en día nos podemos percatar que no necesariamente se dedican al pastoreo o a la ganadería, hay comerciantes, maestros, profesionales, lo que implica un cambio de lo que significa ser andino, ya que no remite únicamente a un espacio rural.

Ser indígena todavía es para muchos una condición vergonzante, relacionado con lo salvaje, lo atrasado, lo foráneo, pero sobre todo estas apreciaciones reflejan el absoluto desconocimiento de la situación histórica y actual en que viven los pueblos indígenas de Chile.

#### **1.2.1 El Pueblo Aymara**

La población con mayor presencia en el norte de Chile es la aymara. Según el CENSO del 2012 un 7% de la población nacional se define como tal, quienes reconocen una territorialidad y prácticas culturales comunes.

Para Xaver Albó, estudioso del pueblo aymara en Bolivia, *“todos ellos reconocen como aglutinante una larga tradición cultural compartida y la conciencia real o ficticia de un común origen. El símbolo más universal de ello es quizás el idioma en que todos siguen expresándose. (Albó, 1988: 32)”*

Alrededor de dos millones de personas hablan aymara hoy. Pero en Chile esta realidad es distinta, la mayoría de los aymaras posee un manejo utilitario, con competencias lingüísticas mínimas de su lengua.

En el texto *¿Renace el aymara en Chile?* (1990), Juan Van Kessel define al aymara como un sujeto que se auto-identifica optando por varias alternativas según sus pretensiones.

Las formas básicas de autoidentificación se sitúan en diversos contextos:

1. La localidad, “soy de Cariquima, soy de Pisiga Choque”.
2. Con ser parte de un pueblo, el aymara, siendo una forma no tan tradicional de identificarse.
3. La connotación territorial, ser parte de un mundo más amplio, el ser andino.

## ASPECTOS CULTURALES DE LA DEFENSA DE IMPUTADOS INDÍGENAS

4. Con ser indígena. Este término se usa fundamentalmente en círculos urbanos, en organizaciones reivindicativas urbanas y entre cientistas sociales.

Se observa la adscripción a un modo de identificación según el contexto en que se sitúa el individuo, por lo que la autoidentificación varía en torno a la defensa de ciertos intereses.

Ante las autoridades chilenas, los dirigentes aymaras se presentan como chilenos conscientes y leales, aunque siguen siendo aymaras, pero en este contexto reivindican sus derechos como cualquier ciudadano.

Ante las ONGs se autodefinen en términos étnicos y como víctimas de la discriminación por parte del Estado chileno.

Actualmente vemos un discurso que entrecruza estas dos visiones, surgiendo con fuerza una autoidentificación como habitantes originarios de estas tierras, y por ende los dueños naturales de éstas y sus aguas.

Las acciones por parte de las distintas comunidades aymaras para ganar espacios de reconocimiento han sido muchas veces contradictorias, opuestas, teniendo como elemento común la mantención de la identidad por alteridad y diferenciación, en coexistencia con reivindicaciones de ciudadanía e integración.

### 1.2.2. El Pueblo Likanantay

Las comunidades indígenas llamadas atacameñas y auto-identificadas como likanantay, se ubican en una zona fronteriza con Argentina, y responden como categoría identitaria a diversos procesos de construcción socio-cultural. Actualmente un 3% población de Chile se reconoce likanantay (Censo, 2012).

Con la expansión territorial post Guerra del Pacífico el Estado anexa una gran superficie correspondiente a lo que hoy conocemos por norte grande, incorporando al likanantay como minoría étnica dentro de un proceso que podríamos llamar de integración (forzada) tardía. El Estado se hace presente de manera efectiva pero paulatina en la zona, y a su vez se genera una especialización económica a través de la explotación de recursos minerales, lo que aún persiste en la realidad atacameña (Zapata, 2004).

Entre los años 50 y 70, los trabajos antropológicos dan cuenta de que la mayoría de los habitantes de comunidades se identifican con sus lugares de origen y no poseían una adscripción étnica, nos encontramos ante identidades locales, “yo soy de Socaire”, “yo soy de Peine”, “Yo soy de San Pedro”, lo que además reflejaba una situación contradictoria y ambigua respecto a la categoría de indio en tanto representación de lo salvaje, lo atrasado, lo marginal, lo foráneo, lo extranjero (Ayala, 2007). Es en la década de los noventa que nos encontramos con un proceso creciente de reivindicación étnica de pertenencia a la cultura atacameña, con un territorio y una historia propia (Hernández y Thomas, 2006), que hoy se ha transformado en un sentido de pertenencia a lo likanantay.

Su situación fronteriza con Bolivia y Argentina han configurado un universo cultural con fuertes influencias de las culturas andinas de ambos países, pero a su vez se ha creado una identidad diferenciada, a través de advenimiento de una cultura propia.

La zona de Atacama, correspondiente a la cuenca del Loa y del Salar de Atacama, desde los inicios del siglo XX, fue un espacio donde se desarrolló una importante actividad científica, sobre todo a través de la presencia de diversos arqueólogos, lo que explica de cierta forma su influencia en la consolidación identitaria de las comunidades indígenas. El desarrollo de investigaciones y la difusión de sus resultados han potenciado la imagen de una identidad likanantay anclada en tradiciones ancestrales (Ayala, 2007).

Hacia mediados de siglo la población indígena mantendrá diversas costumbres andinas pero también se generará diversos procesos de transformación cultural debido a la inserción económica y social a nivel regional. Se mantendrá la lógica de negación de lo indígena desde el Estado y desde los propios habitantes, se mantendrán las adscripciones locales tanto en la década de los setenta como principios de los ochenta, y con la dictadura militar y el carácter fronterizo de la región atacameña, se impulsará por parte del Estado la permanencia de la población local como ejercicio de soberanía y seguridad nacional, Estado que continuará con la lógica histórica de asimilación, negación e integración a la comunidad nacional, en su condición de ciudadanos (Ayala, 2007; Zapata, 2004).

En la década de los noventa, en plena emergencia indígena, con la puesta en marcha de la Ley Indígena, se provoca un proceso de autoidentificación, que remite a diversos matices, por una parte un grupo de pobladores rechazan su auto-denominación como atacameños y por otro lado la formación de una élite e intelectualidad urbana y la consolidación de dirigentes zonales permitirá la configuración de una identidad atacameña.

Cabe especificar que en la primera versión de la Ley Indígena no se les reconoce como población de Chile, será gracias a una serie de movilizaciones de dirigentes, agrupaciones atacameñas, ONGs, intelectuales, que se logra posicionar al mundo atacameño como una etnia más por Ley, mediante la recopilación de una serie de materiales que daban cuenta de su presencia histórica en la zona, en que se ve representado un discurso de continuidad histórica (Ayala, 2007).

En la actualidad tanto aymaras como atacameños han colocado como eje de sus demandas su identidad como pueblo, destacando su trascendencia histórica y diversos elementos que los configuran como tales, aunque sigue siendo un discurso presente más bien en las esferas intelectuales y dirigenciales (Zapata, 2004).

### **1.2.3. El Pueblo Quechua**

Hacia el noreste de la región de Antofagasta, en la comuna de Ollagüe, en una zona de altura, se encuentran diversas comunidades que se adscriben a la cultu-

## ASPECTOS CULTURALES DE LA DEFENSA DE IMPUTADOS INDÍGENAS

ra quechua, las que corresponden a sociedades pastoriles, que a mediados del siglo XIX se insertaron a la actividad minera no metálica de altura y en los trabajos vinculados al ferrocarril Antofagasta – Oruro, en pleno siglo XX a la producción de llareta como combustible natural, y hoy a una actividad turística incipiente (Ayala, 2003).

Según el CENSO del 2012 la población quechua es de un 0.9%.

Es importante señalar que la lengua es el principal eje reivindicatorio y distintivo de su identidad como quechua y será en 1995 que la Ley Indígena los reconozca como una etnia, lo que incentiva la creación de diversas agrupaciones indígenas en el lugar.

Según diversos autores (Gunderman y González, 1993) la zona fue ocupada tempranamente desde un patrón disperso, fundamentalmente por grupos de pastores vinculados con habitantes de la cultura Lípez, del altiplano boliviano, correspondiendo a una zona de comunicación entre atacameños (likanantay) y otros poblados andinos siendo un espacio de tránsito de caravanas de llamas.

Actualmente, producto de un proceso fuerte y creciente de migración hacia la ciudad, personas descendientes de esta población habitan en Calama. Es así que también se ha ido reivindicando como quechuas algunas comunidades indígenas de la región de Tarapacá, como es el caso del poblado de Miñe Miñe.

### 1.3. Reflexiones: comunidad, comunalidad y ciudadanía

En el contexto andino históricamente ha existido una correspondencia en términos étnicos y de clase. La gran mayoría de los sujetos son asalariados manuales y/o pequeños productores, aunque hoy nos enfrentamos a un proceso creciente de diferenciación interna, y de redefinición étnica según el tipo de interacción social, por ejemplo un mestizo indígena puede ser considerado indio para un mestizo criollo, o blanco para un indígena (Gundermann, 1997).

La identidad étnica de los aymara, quechua y likanantay apela a su vez a una construcción desde la lógica de parentesco o descendencia inca, *tiwanaku*, actuando este sentido de pertenencia como una estrategia de glorificación del pasado pre- conquista, que posibilita al mismo tiempo una proyección futura como comunidades indígenas. Pero por otra parte también es la identidad de los vencidos, una memoria de la derrota, del sometimiento, luego estigmatizada y finalmente resignificada (Gundermann, 1997).

La etnicidad puede ser usada como una categoría descriptiva de situaciones asimétricas desde la lógica de las diferencias culturales producto de la Colonia, y al mismo tiempo hace referencia a formaciones políticas de equivalencia a unidades administrativas subordinadas al Estado (Abercrombie, 1991). Las comunidades andinas modernas adquirieron estrategias administrativas impuestas (reducciones, cofradías, juntas de vecinos), para reconstruir un sistema de redes que servía al mismo tiempo a sus fines reivindicatorios como a los de sus dominadores,

dentro de un contexto de mutua determinación, por lo que es fundamental analizar ambas instancias.

Desde esta perspectiva, por ejemplo, los sistemas de cargo (autoridades estacionales, rotativos) en las fiestas andinas resisten a la hegemonía a la vez que la reproducen, se preservan las formas de intervención colonial, como la idea de cofradía o de alferazgo, y a la vez se producen mecanismos de resistencia cultural. Esas mismas instancias reflejan la persistencia de la comunidad andina y sus autoridades tradicionales con otros nombres, por lo que podemos hablar de una articulación doble (Abercrombie, 1991).

Considerando la etnicidad no sólo desde su condición política, sino también como construcción comunitaria, se convierte la propia idea de comunidad en un pilar de las demandas, una forma histórica de vida para los andinos, presente aún en las ciudades como comunalidad, un modo de ser en el mundo.

La comunalidad ha sido utilizada como un concepto para nombrar y entender al colectivismo indígena, como componente estructural de los pueblos. Es la lógica con la que funciona la estructura social y la forma en que se define y articula la vida social (Maldonado, 2002). A través de la comunalidad los indígenas expresan su voluntad de ser parte de la comunidad, refuerzan su sentido de pertenencia a una identidad cultural, como parte real y simbólica. Se puede llegar a ser monolingüe en español, no usar la vestimenta tradicional, dejar de practicar rituales, abandonar la comunidad territorial de origen, pero se mantiene la pertenencia comunitaria.

Quienes han migrado y viven en otros lugares no pueden trabajar cotidianamente en la comunidad, pero si expresan su voluntad de ser parte de ella a través de enviar dinero para las fiestas, buscando personas que cubran sus servicios en su ausencia o regresando como autoridad comunitaria cuando son electos en cargos; la comunidad los sigue identificando como sus integrantes y del mismo modo los sujetos siguen cumpliendo las obligaciones requeridas en y para la comunidad (Maldonado, 2002).

El ideario de comunalidad no es exclusiva de los pueblos indígenas, se encuentra presente también en numerosas comunidades rurales no indígenas que se rigen por la reciprocidad y la participación en cargos, asamblea, trabajos colectivos, y en algunos casos bajo una territorialidad definida en términos comunales (Díaz, 2004). A pesar de lo anterior, sigue siendo el espacio indígena el ámbito privilegiado donde se da este tipo de relación societal.

Lo que define lo comunalitario desde lo andino es su forma de organización social desde sus prácticas culturales, como el trabajo colectivo, la reciprocidad, el sistema de cargos rotativos, la asamblea como espacio privilegiado para la toma de decisiones, los ritos andinos como expresión/refuerzo de la cosmovisión y el lazo entre comuneros, el ejercicio de autoridad desde la dualidad y complementariedad *chacha-warmi* (hombre- mujer), entre otros elementos.

## ASPECTOS CULTURALES DE LA DEFENSA DE IMPUTADOS INDÍGENAS

En los contextos urbanos podemos observar diversas formas en que sigue operando lo comunal, como por ejemplo el compadrazgo, las ceremonias de bautizo y de matrimonio, los partidos de fútbol, que establecen y refuerzan redes sociales que se extienden más allá de la comunidad territorial misma. Los andinos en la ciudad han recreado todo un universo simbólico de extensión de la organización social, y es así como podemos observar una nueva dinámica de reivindicación étnica como ciudadanía “otra”, que alude a una identidad indígena urbana.

## 2. Relación entre el Estado y los pueblos andinos

### 2.1. El proceso de chilenización post guerra del Pacífico

Con la anexión a Chile del territorio actual del norte grande, se produce una presión para cambiar la nacionalidad de los habitantes y a su vez una fuerte represión contra la población peruana a través de las Ligas Patrióticas. La población indígena es desvalorizada y excluida, ya que su identificación como población india se asocia además con ser extranjera.

Desde la óptica del Estado Chileno, los indígenas deben ser integrados a través de su castellanización, y desde la óptica de las propias comunidades la búsqueda de ciudadanía será a costa de la pérdida de etnicidad.

Una de las principales políticas del Estado Chileno en torno a los pueblos indígenas ha sido la asimilación de éstos como ciudadanos, imponiendo el castellano como lengua única y oficial, por lo que la integración del pueblo aymara, quechua y likanantay no ha respondido a necesidades propias de las comunidades, sino más bien a estrategias de desarrollo y modernización por parte del gobierno de turno.

En cuanto a cómo se ha ido generando la integración de los pueblos indígenas a la sociedad nacional chilena, en el período de la dictadura militar se produce una reorganización del territorio andino. Aparecen las Municipalidades fronterizas militares, las escuelas fronterizas de concentración, se instaura una dinámica comercial donde la ZOFRI (en la región de Tarapacá) se convierte en un ícono de consumo, lo que posibilita el desarrollo de una infraestructura de transportes y comunicaciones.

Con la implementación de una economía neoliberal, se produce la llegada de compañías mineras transnacionales, y a su vez, ingresan en el sector diversas ONGs, como una forma de paliar los efectos devastadores de la modernización en las comunidades indígenas. Este período se caracterizó por la alianza militar con las iglesias pentecostales, como un mecanismo que asegurara la integración de los pueblos andinos a la modernización del país.

Por ejemplo, una de las principales consecuencias de la chilenización en territorio aymara es el proceso de conversión, de cambio religioso, lo que nos estaría indicando un cambio ideológico en un sector del mundo andino.

Para Patricio Tudela (1993) la conversión de aymaras a religiones evangélicas responde a un cambio en la interacción social, en las orientaciones valóricas y en la visión de mundo, producto de años de conquista y de dominación, siendo un mecanismo de defensa para la sobrevivencia del mundo andino.

“El aymara y la comunidad necesitan mecanismos que aporten una orientación cognitiva, un conjunto articulado de objetivos sociales, un control efectivo de las conductas disfuncionales al sistema, etc. Esto es parte de los requisitos orgánicos, económicos y sociales y éticos que garantizan la mantención de la comunidad.” (Tudela, 1993: 18)

La comunidad aymara tradicional se desintegra, siendo algunas instituciones tradicionales ineficaces ante las nuevas condiciones de vida. Se genera una búsqueda de nuevas estrategias, destacando la respuesta religiosa a la crisis.

La chilenuzación del aymara trajo consigo un cambio de identidad tanto individual como social, creándose divisiones y conflictos entre los aymaras, lo que fue imposibilitando en ciertos ámbitos un reordenamiento de las relaciones sociales.

La búsqueda del establecimiento de un nuevo orden será uno de los pilares centrales para el surgimiento y la adscripción a nuevas religiones. Estas religiones se basan en el desarrollo de una fe y una salvación colectiva; sus doctrinas son fáciles y claras, anunciando la venida de un Mesías y de tiempos mejores mediante un cambio del estilo de vida de las personas. Se cree en la infabilidad de la Biblia, donde la conversión marca el término de una etapa y el comienzo de otra.

La comunidad aymara evangélica busca convertir a los parientes y amigos, dejando de ser importante el vínculo local y étnico. Pierden importancia los lazos parentales ante la hermandad espiritual. Las personas comenzarán a identificarse más con su iglesia que con su comunidad de residencia.

En este cambio ideológico se produce una fuerte crítica al pensamiento andino, imponiéndose una mirada modernizante, occidental, asociando lo aymara a lo primitivo, lo salvaje. Se enjuicia moralmente al dualismo, “Dios está en el cielo, nada más puede ser venerado”. Se desacraliza a la naturaleza como una forma de lucha contra la idolatría donde el hombre debe dominar a la naturaleza. Se reformula la práctica de la reciprocidad mediante el combate a ritos de sacrificio a la Pachamama, en cambio, se establece una reciprocidad entre el pastor y la comunidad.

A modo de conclusión podemos decir que en la construcción del Estado Nacional Chileno, la ciudadanía como categoría jurídico-política, no contempla la identidad indígena, sino que al contrario, es el principal mecanismo de asimilación de las comunidades.

Para los indígenas la igualdad fue netamente formal, una ciudadanía legal pero no una realidad ni una práctica, sólo se remitió a un ámbito jurídico, siendo un mecanismo por el cual las élites criollas chilenas afirmaron su poderío y su dominación.

## ASPECTOS CULTURALES DE LA DEFENSA DE IMPUTADOS INDÍGENAS

Nos encontramos ante una política de integración y asimilación a costa de la identidad cultural como pueblos indígenas, que seguirá reproduciendo de igual forma una diferenciación social entre indígenas y no indígenas, entre ciudadanos de segunda y primera clase.

Esta ciudadanía “... trata de un proceso de asimilación a una sociedad que sitúa su visión sobre el indígena como estigma y, por lo tanto, con relaciones marcadas por un espacio de significado donde priman las asimetrías (Gundermann, 1995: 117).”

Estas dinámicas determinarán diversos niveles de participación política. Revisaremos el caso aymara:

Primero, existe una clientela oficialista que responde a la voluntad del gobierno de turno, exigiendo una demanda de desarrollo.

Segundo, adquiere importancia la participación aymara en las Municipalidades nacionales conformándose un voto étnico como reflejo de proyectos locales.

Pero de todas formas esta participación se sitúa en un contexto de imposibilidad de ascenso económico, de poder y reconocimiento por parte del pueblo aymara.

Para la articulación de una participación real del aymara surgen diversas respuestas (Gundermann, 1995):

- La participación en Iglesias protestantes: como anteriormente se señala, este es un mecanismo fundamental para la nivelación a través de la presencia de feligreses iguales.
- La formación de grupos de jóvenes aymaras marginales: creación de espacios en el contexto urbano de solidaridad y de repudio ante la carencia de recursos.
- La formación de una intelectualidad y una dirigencia aymara con altos niveles educacionales: búsqueda de igualdad en la diferencia, partícipes de organizaciones urbanas reivindicativas.

En cuanto a esta última forma de participación desde la reivindicación, el discurso es entendido solamente por unos pocos, teniendo estos nuevos planteamientos un carácter notoriamente restrictivo, de acceso exclusivo para un grupo mínimo de aymaras.

### 3. Territorialidad andina

#### 3.1. La ocupación de los pisos ecológicos

Lo que ha caracterizado históricamente al mundo andino es la domesticación del frío y la altura. Poseen un conocimiento acabado de los recursos naturales, los climas, la flora y fauna de diversos ambientes, evidenciándose la experimentación de cultivos (como por ejemplo al maíz) y la domesticación de camélidos como

animales para el consumo de carne, lana y como medio de transporte, reflejando formas complejas de adaptación al medio natural.

A más de 4000 metros de altura han sabido aprovechar el frío mediante la exposición tanto de tubérculos como de carne al sol y al frío, lo que permite guardar estos alimentos sin pudrirse, convirtiéndose en reservas alimenticias (*chuñu* y charqui) fundamentales para períodos críticos.

El sujeto andino ha ocupado una geografía múltiple, asegurando cada grupo su acceso regular a varios ambientes naturales mediante un patrón de poblamiento más bien disperso (salpicado), con la ocupación de múltiples pisos ecológicos que diversificaba los posibles riesgos de cada ambiente andino, basando su ordenamiento espacial en la complementariedad ecológica.

Históricamente han sido trashumantes, ejecutando un movimiento oscilatorio de arriba hacia abajo y viceversa como patrón de movilidad, utilizando recursos en diversas zonas ecológicas.

La noción espacial andina refleja una noción integrada tanto por lo territorial como por lo temporal. Por ejemplo, el eje central de división espacial y social es la dualidad: arriba/abajo, macho/hembra (*chacha/warmi*), derecha/izquierda. “*Tanto la población como el territorio de cada grupo étnico aymara estaban divididos en dos mitades: alasaya y Manqhasaya, cada uno con su señor*” (Murra, 1988: 68).

Por otra parte, el concepto de *Pacha* incorpora tanto una visión espacial como temporal. Por lo general *Pacha* es asociado a tierra, pero también es un término que se identifica con la luz del día, con totalidad y abundancia, y a su vez con un tiempo de duración, con las tres edades de la cultura aymara: *taypi*, tiempo de las *wakas*; *puruma*, período de salvajismo, de las *chullpas*; y *pachakuti*, tiempo de cambio, turno, alternancia, inversión, reordenamiento del mundo (Bouysson-Cassagne; Harris, 1988).

Con la Conquista Española se produce la desmantelación de la estructura política andina y de sus autoridades mediante la desestructuración de la comunidad andina, proceso apodado por Juan Van Kessel “Holocausto al progreso”. Nos encontramos ante la imposición de un orden político regido por la Corona y ante la imposición del catolicismo como única instancia religiosa válida para la civilización de estas nuevas tierras, conllevando un exterminio de los cultos propios de los indígenas.

En este contexto, durante la Colonia, se produce la atomización de los *ayllus* (comunidades), proceso ligado al llamado “Síndrome del Subdesarrollo Andino de Tarapacá” (Van Kessel, 1992). Este síndrome se relaciona con la baja productividad de la economía indígena, debido a la usurpación por parte de la Corona de tierras y animales, con el deterioro y el agotamiento de los recursos naturales, la pérdida de la tecnología andina, imponiéndose métodos de explotación bajo la lógica occidental de productividad y maximización de las ganancias. Además se produce el derrumbe de las estructuras sociales tradicionales, fenómeno muy liga-

## ASPECTOS CULTURALES DE LA DEFENSA DE IMPUTADOS INDÍGENAS

do a la corriente migratoria hacia las ciudades y hacia la Precordillera, y a la incorporación de recursos en la economía criolla de exportación minera, convirtiendo al sujeto andino en un campesino desprovisto de las condiciones materiales para la mantención de una economía doméstica, teniendo que migrar hacia los nuevos focos de producción.

“La pérdida de los recursos en la economía criolla de exportación minera autóctona, precipitó el proceso de proletarización definitiva del indígena, en una economía criolla estrangulada por un creciente exceso poblacional” (Van Kessel, 1992: 205).

A través de la Conquista y de la estructuración del Estado criollo, el indígena se convierte en una clase rural constituida por campesinos y uno que otro productor independiente.

Con la incorporación de territorio andino a Chile después de la Guerra del Pacífico, para la explotación salitrera, los principales focos de mestización y dominación cultural son la implementación de la tecnología occidental y la imposición de la educación pública. Entre estas fuerzas de cambio, la escuela nacional es la institución responsable directamente de las alteraciones más profundas a las culturas indígenas de la zona.

A su incorporación, los aymaras, quechuas y atacameños simbolizaban lo foráneo, lo extranjero, la forma más desvalorada de lo peruano y lo boliviano, lo que permite justificar la “chilenización” acelerada por parte del Estado chileno.

### 3.2. La configuración del espacio andino como transfronterizo

Como anteriormente se especificaba, el patrón de asentamiento que han poseído y poseen hoy en día las comunidades andinas es de dispersión, configurando varias comunidades o estancias un *ayllu*, lo que delimita una unidad territorial. Varios *ayllus* conformaban una *marka*, un pueblo, en que uno de ellos era el central, donde se realizaban las ceremonias y los actos políticos más relevantes. Este sistema aun es vigente en Bolivia y parte del Perú, pero en Chile no, aunque sí opera de manera simbólica, mediante la realización de fiestas patronales en pueblos del altiplano que antiguamente pudieron haber sido una *marka*.

Un conjunto de *markas* originaban un *suyu*, una zona o región, las que finalmente daban cuenta del *Tawantinsuyu*, el modelo territorial y geopolítico de los incas, que daba y hoy da unicidad al mundo andino.

Con la creación de las repúblicas en nuestro continente y la consolidación de los Estados naciones en Los Andes, lo que fuese un conglomerado quedó dividido en varios países, siendo aymaras y quechuas parte de la población indígena de uno u otro país. Del mismo modo, ante el proceso de chilenización post guerra del Pacífico las fronteras del territorio chileno se rigidizan, imposibilitando la circulación libre de los indígenas entre Bolivia y Perú. Ante este nuevo escenario nos encontramos con la articulación de dos espacios de socialización en torno a un

conjunto de actividades económicas y diversos referentes culturales, lo cual será ejemplificado a través del caso aymara.

### **Espacio económico:**

La imposición de fronteras acarrea nuevas dinámicas del Mercado de bienes y servicios y de la fuerza de trabajo. Se produce una transformación en las relaciones económicas entre las unidades campesinas, estableciéndose un tipo de relación más bien mercantil. Se reemplaza el sistema campesino antiguo por ferias fronterizas periódicas para la compra y venta de diversos productos, apareciendo un estrato de comerciantes intermediarios a la par de una activación de circuitos comerciales. Se consolida un segmento aymara chileno diferenciado, los transportistas y pequeños empresarios. Por otra parte, la migración de braceros bolivianos a las zonas agrícolas chilenas desempeñando las tareas más pesadas representará un proceso de integración al mercado del trabajo marcado por relaciones sociales asimétricas entre indígenas.

Actualmente también podemos observar la migración de población Chipaya, pueblo indígena que se ubica en el departamento de Oruro, de Bolivia, hacia el norte de nuestro país, para desempeñar labores de trabajo doméstico, como trabajadores agrícolas temporales, o haciéndose cargo de rebaños de auquénidos que toman en mediaría o como pastores empleados de los aymaras que han migrado a las quebradas o costa. Los espacios vacíos dejados por los aymaras son cubiertos por los Chipayas, volviéndose mano de obra barata y funcional a sus intereses. Por el hecho de provenir de zonas con alta concentración de pobreza del altiplano boliviano, tienden a trabajar por sueldos bajos, con largas jornadas. Sin embargo hoy en día cada vez es más común ver familias chipayas que se instalan en diversos poblados de manera permanente o también migrando a ciudades como Arica y Alto Hospicio para trabajar en la construcción, en el comercio o en la industria (Muñoz, 2011).

### **Espacio cultural e ideológico:**

Al igual que el espacio económico, el espacio cultural está fuertemente marcado por relaciones asimétricas sobre la base de la conceptualización desvalorizada sobre los otros indígenas, los extranjeros, los llegados después o los del otro lado, incidiendo en la no integración. Es así que podemos observar una fuerte segregación de aymaras migrantes de Bolivia o Perú, así como también de otras culturas indígenas, como la quechua y chipaya.

A pesar de todo lo narrado, permanecen diversas redes de encuentro y socialización entre las diversas comunidades, que configuran un ideario de identidad compartida. Las comunidades andinas siguen operando de manera transfronteriza, por encima de las fronteras nacionales. Existen diversas instancias de integración entre los aymaras de las cuatro repúblicas, como por ejemplo la influencia de la intelectualidad indígena tanto peruana como boliviana en los contenidos discursivos de las organizaciones aymaras chilenas, a través de visitas de dirigentes, de

## ASPECTOS CULTURALES DE LA DEFENSA DE IMPUTADOS INDÍGENAS

la realización de encuentros y de la afiliación a organismos indígenas internacionales. Las actividades económicas descritas también pueden considerarse como un espacio transfronterizo, en torno a la realización de ferias periódicas en el que una y otra comunidad conviven e intercambian productos y servicio.

### 4. Economía y producción andina

#### 4.1. Actividades agrícolas

Históricamente las principales actividades productivas de los pueblos andinos ha sido el desarrollo de una economía de subsistencia, familiar, tanto agrícola como ganadera, en el marco de un proceso histórico de domesticación del frío en pleno altiplano y domesticación de camélidos (llamas y vicuñas fundamentalmente), lo que configuraría una población campesina y pastora.

Sin embargo esta situación cambia radicalmente con el proceso de colonización y se intensifica con la chilenuzación de la zona andina, pasando de una economía tradicional a un modelo mercantil, que incitó fuertemente la migración a otros pisos ecológicos, como la pre-cordillera, pampa y costa. Destaca a principio de siglo la incorporación a la explotación del nitrato del salitre como mineros, realizando labores de servicios en empresas extractivas, así como también en actividades de arrieraje, manteniendo actividades agrícolas pero insertas en nuevas lógicas de consumo, que configuran una economía agrícola diversificada por actividad y por área geográfica, pero sobre todo las tierras para forraje se orientaron casi exclusivamente para el consumo en las salitreras (Gundermann, 1984).

A pesar de las transformaciones acontecidas bajo un proceso de modernización que hoy se ha intensificado con la globalización, muchas de las técnicas tradicionales de cultivo se mantienen, las cuales no son exclusivas del mundo andino, sino también de otros pueblos indígenas, como la roza, tumba y quema, el cual corresponde a una modalidad de trabajo de la tierra en épocas del calendario agrícola en tierras bajas, podando y deshierbando (roza), cortando y desmontando (tumba) y, finalmente, (quema) incendiando los residuos para dar uso a las cenizas como sustrato para la siembra.

Actualmente las principales actividades agrícolas desarrolladas en la pre-cordillera son el cultivo de verduras, frutas y semillas, destacando la producción de papa y *quinoa* hacia el altiplano, uno de los productos característico de la zona alta de puna.

#### 4.2. Actividades ganaderas

Dentro de las actividades ganaderas una de las principales es el cuidado de camélidos, de llamas, alpacas y vicuñas, las dos primeras usadas para la venta y

consumo de carne, y la última para la utilización de su lana como materia primera de alto precio.

Por efecto de la altura y el clima constituye en uno de los ejes productivos del altiplano. Con la colonización de la zona se fue incorporando gradualmente la oveja, sobre todo en la pre-cordillera.

La labor de pastoreo la realizan las mujeres y niños en la gran mayoría de los casos, y el ganado de cada miembro familiar es parte de los bienes de la familia.

Actualmente los rebaños tienden a ser mixtos, combinando más de dos especies, y en el consumo de forraje la alimentación a base de elementos naturales aún se mantiene a partir de los bofedales de la zona andina, conviviendo con un patrón de trashumancia estacional del ganado en zonas relativamente restringidos y contiguos pero ecológicamente diferenciados (Gundermann, 1984).

## 5. Organización social y política del mundo andino

### 5.1. El ayllu como eje sociopolítico

En cuanto al sistema político de los pueblos indígenas del norte grande de Chile, el *ayllu* (en quechua) o *hatha* (en aymara) históricamente ha constituido y constituye en la actualidad la base organizativa del mundo andino. Es la organización social, jurídica, económica, cultural, territorial y política básica, correspondiendo un grupo de familias circunscritas a un territorio, unidas por lazos de parentesco, de reciprocidad y ayuda mutua, configurando un sujeto colectivo. Es un territorio compuesto por comunidades o estancias divididas en dos parcialidades.

Las autoridades originarias responden a cargos rotativos que poseen como requisito haber pasado otros cargos menores, por lo que estamos ante un modelo de rotación cíclica del poder (Untoja, 2001) y de servicio a la colectividad, lo que implica procesos crecientes de responsabilización (Choque, 2000).

Toda persona, para ser miembro de la comunidad, ser *runa* (en quechua) o *jaqui* (en aymara), debe casarse, para establecer su complemento como principio *chacha-warmi* (hombre-mujer), y todo sujeto debe ser alguna vez autoridad, comenzando por labores menores, como la veneración de los santos patronales, la limpieza de canales, para finalmente llegar a ser la autoridad máxima.

Es interesante destacar que en Chile la figura central de autoridad puede convivir u ocupar al mismo tiempo el cargo de presidente de la Junta de Vecinos, encargado del comité de aguas, ya que actualmente a nivel jurídico no existe reconocimiento como autoridad comunitaria, ocupando otros cargos para validarse como tal.

En algunos casos durante la Colonia se mantiene el *ayllu* y su control sobre la tierra, a cambio de que los comuneros debían realizar una serie de servicios a los encomenderos u otros agentes del Estado colonial, para luego ser transformados

## ASPECTOS CULTURALES DE LA DEFENSA DE IMPUTADOS INDÍGENAS

en reducciones, concentrándolos en pueblos como mecanismo de control social. El resultado de esta compleja historia es que desde lo andino el término *ayllu* o comunidad hace referencia a situaciones relativamente distintas, manteniendo al mismo tiempo elementos en común (Carter y Albó, 1988).

El nivel básico de un *ayllu* está conformado por 20 a 30 familias de una o varias estancias, que se reúnen en un espacio común. El conjunto de estos *ayllus* conforman dos divisiones territoriales, la mitad de arriba (*arak saya*) y la mitad de abajo (*manka saya*), ambos espacios se reúnen en la *marka*, el pueblo central, para diversas festividades y ritualidades, y a nivel político cada mitad posee sus propios representantes que a su vez confluyen en asambleas comunitarias, en que surgen las máximas autoridades.

Casi todos los *ayllus* mantienen tierras tanto en el área de puna como en los valles. Sin embargo la división del territorio andino en la República implicó la pérdida de vínculo con el valle, operando únicamente como trueque o para realizar trabajos temporales.

Finalmente el nombre de *ayllu* fue quedando sustituido por el de comunidad. Podemos decir que lo que hoy subsiste como lógica comunitaria es la importancia del rol en el acceso a las tierras, aglutinador de un conjunto de fuerza de trabajo y de relaciones sociales (decisiones compartidas, festividades).

En cuanto a la estructura espacial por lo general una comunidad cuenta con un área central para actividades públicas y ceremoniales, una o varias capillas y calvarios (zonas de colocación de cruces), diversos lugares de culto, una sede social para las asambleas, una escuela, locales para las fiestas, una cancha de fútbol, sedes servicios públicos.

La lógica de territorialización del *ayllu* es movable, cambiante, correspondiendo a zonas diversas y a su vez dispersas, por lo que muchas veces es difícil expresar con claridad donde comienza o finaliza un *ayllu*. La colonización ha sido el proceso que ha impuesto la idea de la propiedad comunal delimitada jurídicamente (Rengifo, 1996).

El *ayllu* no posee límites fijos, ya que en ciertas situaciones la comunidad es considerada como un *ayllu*, pero puedo decir en mi comunidad que también pertenezco al *ayllu* de mi línea paterna siendo usado como sinónimo de linaje, o como perteneciente al sector en que vivo o del *apu* (cerro tutelar) de referencia.

El *ayllu* puede definirse como una democracia directa limitada. Es democrática en cuanto la asamblea comunal es la máxima autoridad donde se aprueban las decisiones del *ayllu* y donde se eligen las máximas autoridades. Es limitada ya que únicamente participan personas casadas, los que poseen tierras, y los hombres fundamentalmente (Andolina, Radcliffe y Laurie, 2005).

Sólo después de haber cumplido cargos mayores como áferez o preste (a cargo de una festividad o actividad de servicio comunitario) un hombre puede ser elegido como autoridad. No debemos olvidar que este cargo implica muchos gastos

por lo que suele planificarse durante años su ocupación, debe proveer de comida, coca, alcohol, en fiestas y trabajos comunitarios. Es el intermediario entre las comunidades y las autoridades estatales.

Por ello el poder comunitario expresado en el sistema de cargos andino, es una forma de impedir la formación de una burocracia indígena y fuera del control comunitario. La representación no es optativa sino un deber comunitario, organizando las decisiones comunes (Zibechi, 2001).

Uno de los componentes centrales de la vida comunitaria son las festividades, en que se expresa una identidad compartida. Son los momentos de mayor presencia en el tiempo de comuneros. Las formas concretas de estas festividades dan cuenta de la estructura misma de la comunidad, desde el orden de quien se invita a beber, con quien se danza, la simbología de las danzas y los trajes, expresando las principales angustias y alegrías de la comunidad.

“Hace poco un aymara, al comentar las funciones que desempeña la comunidad, llegaba a la conclusión de que en realidad es como un miniestado. Tiene su territorio, sus ciudadanos, sus propias normas legales, su estratificación interna, su sistema de autoridades, su organización interna de recursos materiales y humanos, su relación corporativa con otras comunidades y con el mundo exterior (Carter y Albó, 1988:490)”.

Los *ayllus* supieron adaptarse sin desaparecer, su capacidad adaptativa a nuevas circunstancias ha sido su principal fortaleza. El *ayllu* es parte de la memoria colectiva aymara, se recrea en la urbe en los barrios, aunque en estos espacios no representa a cabalidad un sujeto colectivo (Chuquimia, 2007).

“El *ayllu*, símbolo de la conciencia étnica, se plantea como vía de descolonización tanto interna como externa, la recuperación de valores y costumbres de las autoridades y la población en general, son parte del proceso de reafirmación y consolidación de la identidad como pueblos. Hacia lo externo, el *ayllu* se constituye en la garantía de la defensa del territorio indígena (Choque, 2000:16)”.

La gran mayoría de las definiciones de *ayllu* lo concibe como una unidad social que agrupa familias y que vive en un determinado territorio, sin embargo es importante señalar que no sólo abarca a familiares consanguíneos sino también hace referencia a otras formas de parentela, como lo es el compadrazgo, siendo además extensivo el término pariente a elementos de la naturaleza, como chacras, cultivos. Es así que a las papas de sus chacras un *ayllu* las puede considerar como sus hijas o a la papa nueva como nuera (Rengifo, 1996), del mismo modo como cerros, en tanto *achachilas* (abuelos), *wamanis* (águilas) o *apus* (tutelar), son considerados como abuelos. Todos constituyen miembros del *ayllu*, todos son vivenciados como familiares, siendo parte de esta parentela los antiguos, llamados también gentiles. Todas estas entidades son parte de la red de cooperación, solidaridad y reciprocidad del *ayni* y del sistema de cargos, por lo que cuando una comunidad de personas está de turno los *apus* y *achachilas* también lo están,

## ASPECTOS CULTURALES DE LA DEFENSA DE IMPUTADOS INDÍGENAS

a través de su presencia en danzas y vestimentas de animales, plantas y flores, o siendo las mismas personas las que hacen danzar a una planta o animal.

El estatus de la economía del *ayllu* está dado por la relación entre los *ayllus*; en el proceso productivo operan como unidades de producción y como dispositivos de poder. Es la comunidad completa la que decide el tipo de producción, rigiendo las formas de organización del trabajo. La reciprocidad es la base del proceso productivo, conocido como *ayni*, trabajo mutuo entre familias al interior de un *ayllu*; como *minka* entre *ayllus*, preparando las tierras de cultivo, la siembra y la cosecha (Untoja, 2001).

Es importante señalar que todas las autoridades deben cumplir con el principio *chacha-warmi*, cumpliendo el cargo la pareja, el matrimonio (Chuquimia, 2007; Ticona y Albó, 1997). Del mismo modo ningún ser es considerado asexuado en el *ayllu*, todos son sexuados, hay lluvias, cerros, plantas, astros, agua macho y hembra, correspondiendo a una dualidad complementaria por lo que jamás hay separación e individuación de género, todo debe ser en pareja (Rengifo, 1996).

### 5.2. Los sistemas de autoridad indígenas

La institucionalidad andina se basa en un proceso creciente de responsabilidades, correspondiendo a una secuencia, un camino que debe seguir toda autoridad, el *thakhi*, velando por el bien comunitario, pero sobre todo es parte de la memoria andina, como también los valores comunitarios como el sistema de reciprocidad, el bien vivir, *suma qamaña*, características de luchas reivindicativas por la descolonización.

Para las propias comunidades andinas esta estructuración del ámbito político desde lo comunitario, lo rotativo, hace referencia a una visión histórica, una práctica prehispánica, que ya se encontraba en el *Tawantinsuyu*, incluso diversos autores plantean que provendría de los señoríos aymaras anteriores a la presencia incaica (Chuquimia, 2007; Ticona y Albó, 1997).

## 6. Relaciones de parentesco y género

### 6.1. Dinámicas familiares y de género en las culturas andinas

Históricamente la pareja de esposos en las comunidades indígenas de Los Andes es el embrión de la sociedad. La relación hombre-mujer constituye un principio organizativo del mundo. Es así que aymaras, quechuas y atacameños perciben a la naturaleza y a la cultura en términos de opuestos simbólicamente sexuados. Por ejemplo los cerros y la puna se consideran masculinos, en tanto que la tierra, las pampas y los valles son femeninos. También en el plano mitológico, el sol, los espíritus de ciertos cerros son machos, mientras que la luna, la *pachamama* (madre tierra) son hembras. La oposición sexual se hace extensiva al espacio andino,

dentro de cada *ayllu* (comunidad), la parcialidad de arriba es considerada masculina, y la parcialidad de abajo es vista como femenina (Montes, 1999).

El hombre y la mujer se establecen como una oposición complementaria, ambos cooperan entre sí y conforman la unidad social, económica, política y ritual básica de la organización andina. La oposición dual es por tanto un requisito para la reciprocidad complementaria en que se funda la unidad familiar.

Sin embargo hoy en la práctica es difícil hablar de una dualidad complementaria en la práctica, ya que en la cotidianidad este principio opera de otra forma. En el sistema de cargo tradicional de autoridad indígena participan únicamente los hombres, y las mujeres como sus acompañantes, tomando las decisiones los hombres y las mujeres asistiendo únicamente a la asamblea comunitaria (Fernández, 2013).

Las comunidades andinas reconstruyen la diferenciación sexual incorporando como elemento constante las desigualdades entre hombres y mujeres, resultando las mujeres tácitamente subordinadas. Sobre todo las mujeres "indígenas" son el último eslabón en la cadena de subordinaciones. Las relaciones patriarcales son la base de la configuración de la familia nuclear, en que se jerarquizan las relaciones que los sujetos y las familias establecen, dentro y fuera de la comunidad. Es así que todavía está vigente un sistema de propiedad de tierras en que el hombre es el principal propietario de las parcelas familiares, en cambio la mujer posee terrenos de menor importancia, lo mismo sucede entre hermanos, gozando de las mejores tierras el hijo varón primogénito (De La Cadena, 1991).

En el mundo andino las relaciones sociales se estructuran en torno a un sistema complejo de jerarquía, determinadas por las posiciones de género y etárea de los sujetos. Específicamente la niñez es el espacio de aprendizaje pero al mismo tiempo constituye un momento de transición hacia la vida comunitaria. En cuanto a la adolescencia se goza de un cierto nivel de autoridad sobre los niños, y a su vez de mayor autonomía por parte de las mujeres, aunque siempre subordinados a los adultos de la comunidad. En este tipo de comunidades al casarse una pareja de sujetos pasan a ser miembros activos de la comunidad, y no antes (Carrasco, 1999).

Con el matrimonio se adquiere la adultez social, siendo el hombre el representante del espacio familiar y comunitario, por lo que posee mayor prestigio y poder, a diferencia de la mujer que se encontrará en una relación de subordinación al esposo. La unidad familiar es representada por la pareja, pero en especial por el hombre, quien participa de la estructura de organización y participación comunitaria.

El matrimonio, por ende, da cuenta de un sistema de parentesco patrilocal, en que las mujeres residen en la comunidad del esposo, siendo parte de esa familia a partir del matrimonio, caracterizándose como el momento de mayor control hacia las mujeres en tanto control de la fecundidad y fertilidad, como mecanismo de reproducción comunitaria y manejo demográfico (Carrasco, 1999).

## ASPECTOS CULTURALES DE LA DEFENSA DE IMPUTADOS INDÍGENAS

El estatus de adulto se define culturalmente por el matrimonio, gozándose de un conjunto de derechos y deberes, que determinan su integridad como pareja a partir de dos ejes, el trabajo y la maternidad/paternidad. Las personas solteras en tanto, son identificadas como personas “a medias”, sin real incidencia en la toma de decisiones tanto a nivel familiar como comunitario (Isbell 1976).

Considerando la estructura familiar y de género actual en los contextos andinos, se puede entender el por qué la mayoría de las mujeres indígenas siguen los mandatos del esposo como un mecanismo de reproducción de prácticas culturales, de subordinación y obediencia.

## 7. Festividades y ritualidades

### 7.1. Calendario de fiestas y ciclos agrícolas

La religiosidad andina actual refleja un proceso histórico de influencias locales, incas, coloniales y republicanas, como mezcla, fusión, yuxtaposición u oposición de elementos andinos y cristianos.

Las ceremonias y ritualidades andinas del espacio rural más destacadas se vinculan con los ciclos del calendario agrícola y ganadero, cambios climáticos y astronómicos basados en la ciclicidad del sol (solsticios) y la luna (equinoccios). Las festividades marcan el cambio de temporada mediante el culto de divinidades específicas (Gavilán y Carrasco, 2009). Específicamente podemos delimitar dos espacios festivo-rituales, las que se relacionan con cultos de corte más indígena, como el *anata* (carnaval), el *inti raymi* (quechua) o *machaq mara* (aymara) correspondiente al solsticio de invierno que marca el año nuevo, el floreo de llamos, entre otras, y las que corresponden al culto católico de santos, santas y vírgenes que actúan como patronos y patronas de las localidades.

En espacio andino la configuración de prácticas étnicas está subsumida al espacio de la fiesta. Es aquí donde las prácticas sociales propiamente andinas se despliegan, sobre todo en período de *anata* (carnaval), a diferencia de las fiestas patronales, en que se ha posicionado con fuerza la iglesia católica, conviviendo con elementos andinos cosmogónicos.

La fiesta es el lugar de las tradiciones y lo comunitario, desde donde se resiste a la hegemonía y a su vez se la reproduce (Abercormbie, 1991). Las festividades han sido fundamentales para la vigencia de lo comunitario en los procesos de auto-reconocimiento, sobre todo en el sistema de cargos. Es en la figura del alférez donde se concentró el poder comunitario (Díaz, 2010), siendo un poder circunstancial, dura lo que se prolonga la fiesta.

La elección del alférez responde a un camino creciente de responsabilización, sin embargo su postulación es voluntaria, y no por obligación (como acontece con los sistemas de autoridad tradicional).

En las figuras del mayordomo y el alférez se mantuvo la estructura de autoridad originaria, ambos cargos rotativos y vinculados a la festividad. El mayordomo es quien está a cargo de un santo y/o de la iglesia, en cambio el alférez de la festividad del santo patrono. El cargo se ofrece, es voluntario, pero si nadie lo asume es la propia comunidad la que lo hace. Todos asumen los gastos de la festividad.

En términos políticos se pierde la organización bipartita, pero en términos religiosos persistirá a través de figuras como las pandillas en Carnavales, dos grupos que se encuentran en el juego del agua y la harina, o en la repartición de aguas y en los campos de cultivo.

“Cada una de las estancias tiene o tenía por lo general una iglesia católica, con un o una santo/a o virgen que protegía a las familias. Cada comunidad étnica cuenta con un patrono/a principal (Gavilán y Carrasco, 2009:108).”

Para Gavilán y Carrasco (2009), la mayoría de estas celebraciones tienden a concentrarse entre agosto y diciembre. En el espacio andino a fines de julio y principios de agosto se transita de una época fría y seca a otra tibia y húmeda, dándose comienzo a las actividades agrícolas, la siembra, y la entrega de ofrendas rituales para la Pacha Mama o Santa Tierra.

En la actualidad cada comunidad andina altiplánica y de pre-cordillera cuenta con un/a patrono/a que además, posee su pareja. Los santos y las santas se asocian a la figura dual de complementariedad *chacha* (hombre) – *warmi* (mujer), o de *mallku* (dirigente, cabecera) - *talla* (pareja).

“Los santos son como mujer y hombre, no pueden celebrarse solos, tienen que acompañarse. Ello significa que siempre deben salir en procesión acompañados con sus compañeros de “vivienda”, es decir, con quienes comparten el altar en la iglesia (Gavilán y Carrasco, 2009:109).”

Frente a lo expuesto cuesta esclarecer los límites entre lo andino y lo cristiano, ambas se cruzan, se reinterpretan; lo andino se cristianiza, lo cristiano se andiniza. No estamos ante una yuxtaposición simple de dos lógicas distintas y contrapuestas, sino más bien estamos ante un conjunto de elementos que se constituyen en una unidad, que según el caso, está más cerca de lo andino o de lo cristiano (Albó, 2000; Avelar, 2009).

### **7.2. La coca como hoja sagrada**

La hoja de coca es considerada por los pueblos andinos como el elemento base de todo contexto ritual, siendo objeto de adoración, además de ser usado como un remedio natural para paliar los efectos de la vida en zonas de altura debido a sus cualidades en la disminución de la sensación de frío y cansancio, por lo que su consumo se encuentra presente en el espacio tanto laboral como ritual y religioso.

## ASPECTOS CULTURALES DE LA DEFENSA DE IMPUTADOS INDÍGENAS

También es usada como una forma de pago, tributo a la Pachamama y ofrenda para las diversas divinidades tanto andinas como cristianas, por sus cualidades médicas y de predicción, siendo un componente primordial en el establecimiento de vínculos entre los sujetos y su entorno natural y espiritual (Santoni y Torres; s/f).

Pero además ha sido considerada durante siglos en una deidad, por todas las características señaladas anteriormente, y hoy un elemento de la dieta alimenticia, sobre todo de comuneros que habitan en zonas rurales.

La hoja de coca se produce en tierras bajas, y fundamentalmente en Bolivia, en la zona del Chapare, en las cercanías de la ciudad de Cochabamba, con lo que su adquisición responde necesariamente a vínculos comerciales transfronterizos.

### 7.3. El consumo de alcohol en un contexto festivo y ritual

Las borracheras andinas han reflejado en la historia colonial y postcolonial un momento de quiebre con el espacio cotidiano, dando cuenta de un modo particular y ritual de establecer interacciones sociales, siendo además una forma de establecer vínculos sociales. Hay un consumo ritual, colectivo, masivo y periódico, donde beber es principalmente una actividad social, un indicador de eventos extra-cotidianos, que hoy se traducen en bautizos, matrimonios, fiestas patronales, entre otros. El alcohol se convierte en un elemento indispensable en toda festividad y ritual. Es importante destacar que aquí nos estamos refiriendo a las borracheras colectivas como borracheras ceremoniales. Por ello se espera que todo tiempo festivo termine con una embriaguez colectiva que exprese la consolidación de las relaciones sociales de una comunidad unida (Castillo, 1999).

En diversas ceremonias de ofrenda a la *pachamama* el alcohol constituye un elemento central, utilizándose alcohol puro, llamado “cocoroco” o “puritu”, vino y cerveza, para realizar la llamada “challa” que consiste en rociar tanto la tierra, frutos, comida como diversos objetos, como una forma de agradecimiento y reciprocidad.

Es así que el período de la Colonia la embriaguez indígena fue asociada con una suerte de estado de salvajismo, ocio, herejía y prácticas demoníacas, y hoy un mecanismo de revitalización de una memoria histórica de resistencia.

## 8. Formas de resolución de conflictos

Entre las comunidades indígenas la justicia se ha ejercido tradicionalmente de manera comunitaria y pública, los problemas son presentados y debatidos por la comunidad en asamblea, donde prima el restablecimiento de la armonía, la reconciliación, más que la realización del castigo, mediante el mutuo acuerdo entre las partes, potenciando la lógica de la restitución, si alguien roba ganado lo debe devolver al afectado.

Si bien en Chile no existe un modelo jurídico indígena en este aspecto, las comunidades andinas tienden a resolver sus conflictos de la misma forma que antes de su modernización e incorporación al Estado chileno.

Quienes ejercen como autoridad para debatir respecto a las principales problemáticas tanto individuales como comunitarias son sobre todo los más adultos, quienes además han cumplido algún cargo público o religioso. Ellos constituyen el principal referente de buen comportamiento, siendo el ejemplo a seguir, por lo que sus decisiones no son cuestionables. Podemos decir que la autoridad es ejercida en términos etéreos y de responsabilización comunitaria creciente.

### 9. Repensando la defensa de los pueblos andinos

Al abordar la problemática indígena andina actual, uno de los elementos básicos para generar una comprensión respecto del comportamiento individual y social de los aymara, quechua y likanantay, es la cosmovisión andina. Al hablar de cosmovisión nos referimos a los elementos culturales que configuran la visión de mundo de un sujeto, y en este caso específico de los indígenas que habitan al extremo norte de nuestro país.

Cuando hablamos de lo andino nos referimos a diversos usos y niveles identitarios. Hablamos de pueblos indígenas que habitan en la cordillera de Los Andes, que comparten haber sido parte del *Tawantinsuyu*, que se ubican en zonas de altura, que poseen festividades, ritos y prácticas culturales similares, como el culto a la *pachamama*, la conjunción de un calendario agrícola en vinculación con los ciclos de la tierra y de los astros, entre diversos otros elementos.

También hoy es hablar de colectividades que migran hacia tierras más bajas, que habitan en poblados y ciudades, que han ido reelaborando sus patrones culturales en plena globalización, que regresan a sus comunidades de origen para las fiestas patronales y en carnavales, que arman equipos de fútbol en contextos urbanos, recordando sus lugares de origen. Por lo que no podemos referirnos al sujeto andino como una esencia permanente, dedicado al pastoreo, viviendo en el altiplano, actualmente remite a múltiples formas y vivencias de lo andino.

La forma de entender y organizar el espacio territorial sigue operando desde el uso múltiple de los pisos ecológicos. Es así que podemos encontrar familias con vivienda en el altiplano, en la quebrada y en la costa. A su vez lo transfronterizo opera tanto en el imaginario social como en las prácticas económicas y culturales, conviviendo con la rigidización de las fronteras nacionales.

La familia sigue siendo el motor de la organización social, manteniéndose un sistema de parentesco en que prima la voz de autoridad de los mayores y relaciones de género marcadas por la centralidad de la figura masculina, por lo que cuando nos encontramos con parejas de co-imputados, la mujer tiende a declarar en privado y señalar la imposibilidad de cuestionar las acciones de su cónyuge. Lo

## ASPECTOS CULTURALES DE LA DEFENSA DE IMPUTADOS INDÍGENAS

mismo acontece en el caso de niños y jóvenes imputados, quienes señalan la nula posibilidad de cuestionar el mandato de algún adulto. Desde esta perspectiva los casos de violencia intrafamiliar responden a una lógica particular de género.

Las actividades económicas llevadas a cabo son múltiples y se vinculan al comercio, la agricultura, el pastoreo, la minería y el turismo, pero también se integra una nueva fuente de ingreso, el tráfico de drogas, donde muchos indígenas son ocupados como “burreros”, para el traslado de mercancía desde las fronteras de Bolivia y Perú hacia ciudades de Chile. Es en esta acción donde ingresan aymaras y quechuas extranjeros para desempeñar tal tarea, quienes muchas veces son engañados, no saben lo que portan, ni tampoco entienden lo acordado y conversado, ya que, sobre todo en las fronteras con Chile, las comunidades indígenas hablan y socialización en sus lenguas tradicionales, teniendo un manejo instrumental del castellano.

En cuanto a ciertas prácticas de consumo, como por el ejemplo el exceso de alcohol, el beber remite a un mecanismo de socialización que opera fundamentalmente en festividades y ritualidades andinas y cristianas, correspondiendo a un acto público, lo que de cierta forma puede explicar las frecuentes infracciones a la ley de tránsito entorno el manejo en estado de ebriedad en plena celebración de algún hito comunitario. Por otra parte el uso de la coca como hoja sagrada es intensificado en ciertos momentos del año (carnavales, floreo de animales, mes de la *pachamama*), respondiendo únicamente a un contexto ritual y/o de socialización. Desgraciadamente aun opera en el imaginario su relación con la cocaína en tanto materia prima, desconociéndose todo el espectro religioso de su utilización entre comunidades e indígenas.

Este escrito responde a un esfuerzo para romper con la folclorización y la construcción de una serie de estereotipos de los indígenas, siendo un intento de acercamiento a sus prácticas culturales, cómo éstas influyen en el actuar de los sujetos y reflejan modos particulares de vinculación con el medio social, todo en constante transformación.

## Bibliografía

1. Abercrombie, T. (1991) “Articulación doble y etnogénesis” en Moreno, Segundo Y Frank Salomon. *Reproducción y transformación de las sociedades andinas*, siglos XVI-XX. Quito: Ediciones Abya Yala.
2. Albó, X. (2000) Preguntas a los historiadores desde los ritos andinos actuales, *ponencia Encuentro Cristianismo y Poder en el Perú Colonial*, fundación Kuraka, Cuzco, junio.
3. Amselle, J.L. (1985) “*Ethnies et espaces: pour une anthropologie topologique*” en Amselle, J.L. et M`Bokolo. *Ethnies, tribalisme et état en Afrique*. París : Ed. La Découverte.

4. Andolina, R., Radcliffe, S. y Laurie, N. (2005) "Gobernabilidad e identidad: indigeneidades transnacionales en Bolivia", en *Dávalos, P. (Ed.) Pueblos indígenas, estado y democracia*. Buenos Aires: Consejo Latinoamericano de Ciencias Sociales, pp. 133-170. Disponible en: <http://bibliotecavirtual.clacso.org.ar/ar/libros/davalos/davalos.html>.
5. Avelar, S. (200) "Cosmovisión y religiosidad andina: una dinámica histórica de encuentros, desencuentros y reencuentros". Revista *Espacio Amerindio*, Porto Alegre, volumen 3, número 1, pp. 84-99.
6. Ayala, P., S. Avendaño y Cardenas, U. (2003) "Vinculaciones entre una arqueología social y la comunidad indígena de Ollagüe (región de Antofagasta, Chile)" en Revista *Chungará* 35 no 2, pp. 275-285.
7. Ayala, Patricia (2007) "Relaciones entre atacameños, arqueólogos y Estado en Atacama (norte de Chile)", en *Estudios Atacameños: Arqueología y Antropología Surandinas* no 33, pp.133-157.
8. Barth, F. (1976) *Los grupos étnicos y sus fronteras. La organización social de las diferencias culturales*. México: FCE.
9. Bouysse Cassagne, T. y Harris, O. (1988) "*Pacha: en torno al pensamiento aymara*" en *Raíces de América: El Mundo Aymara*. Madrid: Ediciones Alianza/UNESCO.
10. Cámara, F. (1986) "Los conceptos de identidad y etnicidad" en *América Indígena*, vol XLVI, número 4.
11. Carrasco, Ana María (1999) "Constitución de género y ciclo vital entre los aymaras contemporáneos del norte de Chile", en revista *Chungará*, volumen 30, no 1, Chile.
12. Carter, W. y Albó, X. (1988) "La comunidad aymara: un mini-estado en conflicto", en *Raíces de América, El mundo aymara*. Madrid: Alianza Editorial.
13. Castillo, G. (1999) "Embriguez colectiva y sexualidad en Los Andes", en *Anthropológica* 17, Lima, pp.187-204.
14. Choque, M.E. (2000). "La reconstrucción del ayllu y los derechos de los pueblos indígenas", en García, F. *Las sociedades interculturales: un desafío para el siglo XXI*. Quito: Flacso.
15. De La cadena, Marisol (1991) "Las mujeres son más indias: etnicidad y género en una comunidad de Cusco", en *Estudios y Debates*, Perú.
16. Díaz, A. (2010) *De fiesta en fiesta, de alférez en alférez. Fiesta patronal y sistema de cargos religiosos en el norte de Chile. Perspectivas etnohistóricas y etnográficas en Tarapacá*. Tesis para optar al grado de Doctor en Antropología, Universidad de Católica Del Norte, Instituto de Investigaciones Arqueológicas y Museo R. P. Gustavo Le Paige S.J.

## ASPECTOS CULTURALES DE LA DEFENSA DE IMPUTADOS INDÍGENAS

17. Díaz, F. (2004) "Comunidad y comunalidad" en *Culturas populares e indígenas. Cultura indígena*. Oaxaca: DGCPI.
18. Fernández, Francisca (2013) *Entre la indianización y municipalización de lo indígena: Estado y comunidad aymara en Chile y Bolivia*. Tesis para optar al grado de Doctor en Estudios Americanos, Instituto IDEA, Universidad de Santiago de Chile.
19. Gavilán, V. y Carrasco, A. M. (2009) "Festividades andinas y religiosidad en el norte chileno", en *Chungará*, Revista de Antropología Chilena, Arica, volumen 41, número 1, pp. 101-112.
20. González, H. (2002) "Los aymaras de la región de Tarapacá y el período republicano temprano (1821-1879)", en *Documento de Trabajo N° 45. Comisión Verdad Histórica y Nuevo Trato*, Chile.
21. Guery Chuquimia, R. (2006) *Repensando la democracia desde el ayllu. De la condición democrática en crisis a la idea de comunidad en la política*. La Paz: Editorial Independiente.
22. Gundermann, H. (1997) "Etnicidad, identidad étnica y ciudadanía en los países andinos y el norte de Chile. Los términos de la discusión y algunas hipótesis de investigación" en *Estudios Atacameños* número 13, Universidad Católica del Norte, San Pedro de Atacama.
23. Gundermann, H. (1995) "Comunidad indígena y ciudadanía: la experiencia aymara en el norte de Chile" en *Allpanquis* 46, año XXVII, Instituto Pastoral Andina, Cusco.
24. Gunderman, Hans y Héctor González (1993) "Estudio de diagnóstico Comuna de Ollagüe", Estudio solicitado por la Ilustre Municipalidad de Ollagüe.
25. Gundermann, Hans (1984) "Ganadería aymara, ecología y forrajes: evaluación regional de una actividad productiva andina", en revista *Chungará* 12, Arica, pp. 99-124.
26. Hernández, Roberto y Carlos Thomas (2006) "Identidad y frontera en el mundo atacameño del norte de Chile: visiones críticas y reflexión", en autor AIBR, Revista de Antropología Iberoamericana, ed. Electrónica, vol. 1, num. 2.
27. Informe de la Comisión Verdad Histórica y Nuevo Trato (2003) *Informes finales de los grupos de trabajo*, Grupo de Trabajo Legislación e Institucionalidad, Volumen III, Tomo I.
28. Isbell, Jean (1976) "La otra mitad esencial: un estudio de complementariedad sexual en los Andes" en *Estudios Andinos* N. 5. Perú.
29. Maldonado, B. (2002) *Autonomía y comunalidad india. Enfoques y propuestas desde Oaxaca*. Oaxaca: Centro INAH.

30. Montes, Fernando (1999) *La máscara de piedra: simbolismo y personalidad aymaras en la historia*. Bolivia: Editorial Armonía.
31. Muñoz, C. (2011) “Los Uru-Chipayas en Chile”, en *Revista Ciencias Sociales* número 27, pp. 7-20, departamento de Ciencias Sociales, Universidad Arturo Prat.
32. Murra, J. (1988) “El aymara libre de ayer” en *Raíces de América: El Mundo Aymara*, editado por X. Albó. Madrid: Ediciones Alianza/UNESCO, pp. 51-72.
33. Reina, L. (Coord.) (2000) *Los retos de la etnicidad en los estados-nación del siglo XXI*. México: Ciesas/INI/Porrúa.
34. Rengifo, G. (1996) *El ayllu*, (manuscrito), Perú, Lima.
35. Ticona, E. y Albó, X. (1997) *La Lucha por el poder comunal, Jesús de Machaca: la marka rebelde*, Colección Historia y Documentos (CEDOIN). La Paz: Cuadernos de Investigación 47 (CIPCA).
36. Santoni, Mirta y Graciela Torres (sin fecha) *La coca. Masticando su historia*. Museo de Antropología de Salta. Disponible en: <http://www.antropologico.gov.ar/coca.pdf>.
37. Tudela, P. (2002) “El Estado y Sociedad Chilena ante los Aymaras de Tarapacá (1era. Región de Chile): Factores y consecuencias de su integración entre 1930- 1973”. *Documento de Trabajo N° 24. Comisión Verdad Histórica y Nuevo Trato*. Santiago de Chile.
38. Tudela, P. (1993) “Cambio religioso y revitalización de la comunidad entre los aymaras de Arica (1960-1990)” en *Nuträm*, número 33, año IX, Santiago de Chile.
39. Untoja, F. (2001) *Retorno al ayllu. Una mirada aymara a la globalización*. La Paz: Fondo Editorial de los Diputados.
40. Van Kessel, J. (1992) *Holocausto al progreso. Los aymaras de Tarapacá*. La Paz: Ediciones Hisbol.
41. Van Kessel, J. (1990) “¿Renace el aymara en Chile?” en *Nuträm*, año VI, número 3, Rehue, Santiago de Chile.
42. Zapata, Claudia (2004) “Atacameños y aymaras. El desafío de la “verdad histórica””, en *Estudios Atacameños* no 27, pp. 169-187.
43. Zibechi, Raúl (2007) *Dispersar el poder: los movimientos como poderes anties-tatales*. Santiago: Editorial Quimantú.