



UNIVERSITAT DE  
BARCELONA

# Estudio etnográfico de las prácticas del sistema penal chileno en una causa indígena

Entre la neutralidad y la multiculturalidad

Gabriel Sergio Salinas San Martín

**ADVERTIMENT.** La consulta d'aquesta tesi queda condicionada a l'acceptació de les següents condicions d'ús: La difusió d'aquesta tesi per mitjà del servei TDX ([www.tdx.cat](http://www.tdx.cat)) i a través del Dipòsit Digital de la UB ([diposit.ub.edu](http://diposit.ub.edu)) ha estat autoritzada pels titulars dels drets de propietat intel·lectual únicament per a usos privats emmarcats en activitats d'investigació i docència. No s'autoritza la seva reproducció amb finalitats de lucre ni la seva difusió i posada a disposició des d'un lloc aliè al servei TDX ni al Dipòsit Digital de la UB. No s'autoritza la presentació del seu contingut en una finestra o marc aliè a TDX o al Dipòsit Digital de la UB (framing). Aquesta reserva de drets afecta tant al resum de presentació de la tesi com als seus continguts. En la utilització o cita de parts de la tesi és obligat indicar el nom de la persona autora.

**ADVERTENCIA.** La consulta de esta tesis queda condicionada a la aceptación de las siguientes condiciones de uso: La difusión de esta tesis por medio del servicio TDR ([www.tdx.cat](http://www.tdx.cat)) y a través del Repositorio Digital de la UB ([diposit.ub.edu](http://diposit.ub.edu)) ha sido autorizada por los titulares de los derechos de propiedad intelectual únicamente para usos privados enmarcados en actividades de investigación y docencia. No se autoriza su reproducción con finalidades de lucro ni su difusión y puesta a disposición desde un sitio ajeno al servicio TDR o al Repositorio Digital de la UB. No se autoriza la presentación de su contenido en una ventana o marco ajeno a TDR o al Repositorio Digital de la UB (framing). Esta reserva de derechos afecta tanto al resumen de presentación de la tesis como a sus contenidos. En la utilización o cita de partes de la tesis es obligado indicar el nombre de la persona autora.

**WARNING.** On having consulted this thesis you're accepting the following use conditions: Spreading this thesis by the TDX ([www.tdx.cat](http://www.tdx.cat)) service and by the UB Digital Repository ([diposit.ub.edu](http://diposit.ub.edu)) has been authorized by the titular of the intellectual property rights only for private uses placed in investigation and teaching activities. Reproduction with lucrative aims is not authorized nor its spreading and availability from a site foreign to the TDX service or to the UB Digital Repository. Introducing its content in a window or frame foreign to the TDX service or to the UB Digital Repository is not authorized (framing). Those rights affect to the presentation summary of the thesis as well as to its contents. In the using or citation of parts of the thesis it's obliged to indicate the name of the author.



# UNIVERSITAT DE BARCELONA

**Facultat de Geografia i Història**

**Departament d'Antropologia Cultural i d'Història d'Amèrica i Àfrica**

**Doctorat Societat i Cultura: Història, Antropologia, Arts, Patrimoni i Gestió  
Cultural**

**Tesis Doctoral**

## **ESTUDIO ETNOGRÁFICO DE LAS PRÁCTICAS DEL SISTEMA PENAL CHILENO EN UNA CAUSA INDÍGENA**

**Entre la neutralidad y la multiculturalidad**

**Doctorando: Gabriel Sergio Salinas San Martín**

**Directora: María Mercedes Fernández Martorell**

**Barcelona, Septiembre 2016**

*Volando y soñando*

*¿Quién te dijo a ti  
Que te hicieras carabinero,  
Juan Antillanca?  
Tú que naciste a la orilla del mar  
Y que jugaste en las playas sin dueño,  
Que naciste sabiendo  
Que la vida no necesita ley  
Porque allí nunca ocurre nada;  
A más de una ola y otra ola,  
Un transitar de espuma,  
Dos fantasmas de viento  
Y una gaviota borracha de cielos.....  
Alguien dijo:  
Antillanca se hizo carabinero  
Para ganarse el pan pescando presos a sus hermanos.  
¿Qué gusto tiene ese pan Antillanca?  
(Pedro Alonso Retamal, Mapu Ñuke Ediciones, 1987.)*

Esta tesis fue realizada con el apoyo de CONICYT.

Programa Becas Chile para estudios de Doctorado en el extranjero de la Comisión Nacional de Investigación Científica y tecnológica (CONICYT), Gobierno de Chile.

## **DEDICATORIA:**

*A mis padres Gabriel y María quienes me enseñaron a caminar durante los primeros años de mi vida, a mi mujer Ximena Abarca quien soporta mis penas y alegrías, a ti Luciana que vienes cantando y bailando a alegrarnos la vida, a mis hermanos y sobrinos, a la Universidad de Chile y Los de Abajo.. Más que una pasión es un sentimiento.....*

## **AGRADECIMIENTOS**

*Quiero detenerme un momento a dar las gracias a todos aquellos que son parte de este trabajo de tesis. En primer lugar a mi querida y distinguida directora de tesis la Dra. María Mercedes Fernández Martorell, quien con sus consejos y correcciones es responsable de todo lo bueno que puedan leer en las próximas páginas. En segundo lugar quiero agradecer al profesor Manuel Delgado quien siempre estuvo apoyando y solucionando más de algún problema suscitado en la consecución del Master y Doctorado, al mismo tiempo hago extensivos mis agradecimientos a todos los profesores del departamento de Antropología de la Universidad de Barcelona. También aprovecho de agradecer a la comunidad y centro ceremonial Mapuche lRelmu Rayen ChodLafkenos, quienes desinteresadamente me abrieron sus puertas para poder escudriñar, caminar, mirar y hablar y son parte central en los resultados de este trabajo investigativo. Por último, quiero agradecer a mi alma mater la Universidad de Chile en donde nació mi eterno amor por la antropología y sus cosas.....*

# ÍNDICE

CONTENIDO	PÁG.
<b>1. CAPÍTULO I: INTRODUCCIÓN.....</b>	<b>15</b>
1.1 PROBLEMÁTICA E HIPÓTESIS DE TRABAJO.....	20
1.2 ÁMBITO, MÉTODOS Y TÉCNICAS DE INVESTIGACIÓN.....	25
1.3 CONSIDERACIONES EN EL TRATO DE LA INFORMACIÓN.....	40
1.4 LA ORGANIZACIÓN DEL TEXTO.....	42
1.5 MOTIVACIÓN DEL ESTUDIO.....	44
<b>2. CAPÍTULO II: COMUNIDADES INDÍGENAS Y PROCEDIMIENTOS JUDICIALES: EL ESTADO DE LA CUESTIÓN.....</b>	<b>48</b>
2.1 CULTURA Y DERECHO.....	48
2.2 ENFOQUE ANTROPOLÓGICO DEL DERECHO.....	52
2.3 EL NUEVO CONTEXTO JURÍDICO-PENAL LATINOAMERICANO PARA JUZGAR CAUSAS INDÍGENAS.....	57
2.4 RECONOCIMIENTO CONSTITUCIONAL DE DERECHOS DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS Y SU IMPLICANCIA EN EL DERECHO PENAL EN LATINOAMÉRICA.....	66
2.5 LA LEGISLACIÓN PENAL CHILENA CON RELACIÓN A SUS PUEBLOS INDÍGENAS.....	75
2.6 EL DERECHO PROPIO MAPUCHE.....	78
2.7 EL AZ MAPU COMO SISTEMA SANCIONATORIO DEL PUEBLO MAPUCHE.....	83
<b>3. CAPÍTULO III: DEFINICIONES TEÓRICAS PARA EL ESTUDIO DE LOS PROCESOS JUDICIALES EN CAUSAS INDÍGENAS.....</b>	<b>87</b>
3.1 UN ACERCAMIENTO HERMENÉUTICO AL MUNDO JURÍDICO.....	89
3.2 LA CONSTRUCCIÓN SIMBÓLICA DEL PROCESO JURÍDICO.....	95
3.3 REFLEXIONES TEÓRICAS EN LA JUDICIALIZACIÓN DE UN CASO MAPUCHE.....	101

3.3.1	Las culturas en el interior del Estado-nación.....	101
3.3.2	La socialización como parte integrativa estética del proceso jurídico chileno.....	108
3.3.3	Construcción de identidad: la convivencia de dos pueblos que coexisten en un mismo Estado-nación .....	115
3.3.4	La convivencia cultural dentro de la ciudad .....	123
3.3.5	El desprestigio y la duda sobre la autenticidad de la relación entre cultura e identidad en el caso mapuche.....	128
3.3.6	Las dinámicas del poder como causa fundante del conflicto mapuche.....	136
3.3.7	Producción y reproducción histórica del poder, del saber y de la resistencia .....	142
3.3.8	La neutralización e institucionalización de las prácticas penales del pueblo mapuche .....	152
3.3.9	Desigualdades y exclusión del pueblo mapuche .....	160
3.3.10	Los tribunales de justicia penal como sistema de exclusión del pueblo mapuche .....	169
3.3.11	Los mapuches en situación de vulnerabilidad penal y construcción de identidad .....	176
<b>4.</b>	<b>CAPITULO IV: ESCENARIOS; DESDE LA COMUNIDAD LRELMU RAYEN CHODLAFKENOS, HASTA LOS TRIBUNALES DE VIÑA DEL MAR. ....</b>	<b>183</b>
4.1	DÓNDE ETNOGRAFIAR.....	183
4.2	TRABAJO DE CAMPO EN CONTEXTOS INDÍGENAS: COMUNIDAD Y CENTRO CEREMONIAL MAPUCHE LRELMU RAYEN CHODLAFKENOS. ....	184

4.2.1	Zona de rucas .....	188
4.2.2	Zona de cultivos. ....	190
4.2.3	Centro ceremonial.....	192
4.2.4	Espacio de la feria costumbrista.....	195
4.2.5	Espacio para llevar a cabo reuniones y asambleas. ....	197
4.3	TRABAJO DE CAMPO EN CONTEXTOS PENALES: TRIBUNALES DE GARANTÍA Y JUICIO ORAL EN LO PENAL DE VIÑA DEL MAR .....	199
4.3.1	Espacios jurídicos .....	201
4.3.2	La sala de audiencia.....	204
4.3.3	Altar de los jueces. ....	206
4.3.4	Espacio medio; los intervinientes. ....	209
4.3.5	Espacio bajo: el público.....	212
4.3.6	La sala de espera .....	214
4.3.7	La entrada .....	217
<b>5.</b>	<b>CAPITULO V: EL AZ MAPU COMO SISTEMA SANCIONATORIO EN LA COMUNIDAD MAPUCHE IRELMU RAYEN CHODLAFKENOS.....</b>	<b>221</b>
5.1	LA PRÁCTICA DEL AZ MAPU COMO SISTEMA SANCIONATORIO.....	226
5.1.1	Accionar preventivo.....	226
5.1.2	La Infracción en el Az Mapu. ....	230
5.1.3	Solución del conflicto. ....	233
5.1.4	Procedimiento y Sanciones.....	235
5.2	CONSTRUYENDO LA CREDIBILIDAD DE LAS VERSIONES. EL ACUSADO Y LA VÍCTIMA .....	241
5.2.1	El acusado.....	241
5.2.2	La victima .....	248



5.3	EL POSICIONAMIENTO DE LA CAUSA INDÍGENA EN EL MARCO JURÍDICO CHILENO .....	254
5.4	LA NEUTRALIDAD ÉTNICA COMO MÁXIMA INTERPRETATIVA DESDE LA JUSTICIA PENAL CHILENA.....	260
<b>6.</b>	<b>CAPITULO VI: JUICIOS DE VALOR O EL VALOR DE LOS JUICIOS. ....</b>	<b>267</b>
6.1	LOS JUECES. ....	268
6.1.1	<b>Variable relacionada con la Objetividad: .....</b>	<b>270</b>
6.1.2	<b>Variable relacionada con la Legitimidad: .....</b>	<b>274</b>
6.1.3	<b>Variable relacionada con la Legalidad e Institucionalidad: .....</b>	<b>277</b>
6.1.4	<b>Variable relacionada con la conformación del Estado – Nación. ....</b>	<b>280</b>
6.2	EL FISCAL .....	282
6.2.1	<b>Variable relacionada con la supremacía del Estado de Derecho.....</b>	<b>283</b>
6.2.2	<b>Variable relacionada con la imposición de la violencia. ....</b>	<b>286</b>
6.2.3	<b>Variable relacionada con la criminalización de la protesta social.....</b>	<b>289</b>
6.2.4	<b>Variable étnica relacionada con la persecución criminal.....</b>	<b>292</b>
6.3	EL DEFENSOR. ....	295
6.3.1	<b>Variable relacionada con el respeto a su cultura .....</b>	<b>296</b>
6.3.2	<b>Variable relacionada con el reconocimiento a sistemas internos de justicia indígena. ....</b>	<b>300</b>
6.3.3	<b>Variable relacionada con el error de prohibición.....</b>	<b>305</b>
6.3.4	<b>Variable relacionada con la etnoterritorialidad.....</b>	<b>308</b>
6.4	LOS OTROS .....	311
6.4.1	<b>El discurso de la señora que hace la limpieza.....</b>	<b>312</b>
6.4.2	<b>El discurso del guardia de seguridad .....</b>	<b>315</b>

6.4.3	El discurso de otro imputado .....	318
6.4.4	El discurso del personal administrativo.....	321
<b>7.</b>	<b>CAPÍTULO VII: CONCLUSIONES .....</b>	<b>325</b>
7.1	EN RELACIÓN CON EL SISTEMA DE JUSTICIA INDÍGENA: .....	325
7.2	EN RELACIÓN CON EL SISTEMA DE JUSTICIA CHILENO: .....	329
<b>8.</b>	<b>BIBLIOGRAFÍA.....</b>	<b>335</b>
8.1	BIBLIOGRAFÍA CITADA .....	335
8.2	BIBLIOGRAFÍA CONSULTADA.....	345
<b>9.</b>	<b>ANEXOS.....</b>	<b>357</b>
9.1	CUADRO ENTREVISTADOS ENTRE MARZO 2013 / NOVIEMBRE 2014.....	357
9.2	CUADRO SECUENCIA TRABAJO DE CAMPO Y VISITAS A LA COMUNIDAD Y TRIBUNALES DE JUSTICIA ENTRE MARZO 2013 / DICIEMBRE 2014 .....	359
9.3	SET FOTOGRÁFICO ACTIVIDADES VARIAS COMUNIDAD MAPUCHE LRELMU RAYEN CHODLAFKENOS .....	360
9.4	TRANSCRIPCIÓN JUICIO ORAL EN LO PENAL. ....	372
9.5	INDEPENDENCIA CULTURAL.....	407

## CUADROS

MATERIA	PÁG.
Cuadro n.º 2.1: Países latinoamericanos y años de la reforma procesal penal.....	58
Cuadro N° 5.1: Elementos de identificación cultural según convenio N° 169.....	255

## FIGURAS

MATERIA	PÁG.
Figura N° 1. 1: ubicación ciudad de Viña del Mar en el contexto Nacional y regional.....	184
Figura N° 1. 2: Principales localidades de procedencia de la comunidad y centro ceremonial Mapuche.....	185
Figura N° 1. 3: Emplazamiento comunidad y centro ceremonial Mapuche. ....	186
Figura N° 1. 4: Croquis emplazamiento de Rucas. ....	188
Figura N° 1. 5: Croquis zona de cultivo. ....	191
Figura N° 1. 6: Croquis de espacios familiares en torno al círculo ceremonial. ....	193
Figura N° 1. 7: Croquis de espacio de venta de productos típicos y feria costumbrista. ....	195
Figura N° 1. 8: Croquis lugar de asamblea y reuniones. ....	197
Figura N° 1. 9: Estructura del AzMapu.....	223
Figura N° 1. 10: Los elementos y etapas del Ejercicio del Derecho Mapuche, en un estado cíclico.....	225
Figura N° 1. 11: Registro asamblea sancionadora del delito juzgado en la comunidad IRelmu Rayen ChodLafkenos .....	237

## FOTOGRAFÍAS

MATERIA	PÁG.
Fotografía N° 4.1.1: Ruca comunidad Relmu Rayen ChodLafken.....	189
Fotografía N° 4.1.2: Cultivo de arvejas e invernadero de platas medicinales.....	191
Fotografía N° 4.1.3: Altar mapuche y circulo ceremonial.....	193
Fotografía N° 4.1.4: Comida típica y locales de venta feria costumbrista .....	196
Fotografía N° 4.1.5: Asambleas y reuniones en la comunidad .....	198
Fotografía N° 4.1.6: Comunidad Mapuche afuera de los tribunales de justicia. ....	203
Fotografía N° 4.1.7: Tribunales de Garantía de Viña del Mar. ....	204
Fotografía N° 4.1.8: Estrado de los jueces.....	207
Fotografía N° 4.1.9: Los jueces en sus pulpitos deliberando sobre la causa indígena investigada. ....	207
Fotografía N° 4.1.10: Lugar del acusado y la víctima. ....	210
Fotografía N° 4.1.11: Lugar del público general. ....	213
Fotografía N° 4.1.12: Sala de espera tribunal de garantía Viña del Mar.....	215
Fotografía N° 4.1.13: Entrada al tribunal. ....	218
Fotografía N° 4.1.1: Cosmovisión Mapuche.....	222

## **RESUMEN**

La presente investigación tiene por objeto el estudio a fondo de un juicio penal en el que participan dos comuneros Mapuches de la comunidad IRelmu Rayen ChodLafkenos en la ciudad de Viña del Mar (V región, Chile). La problemática tiene la particularidad de confrontar dos sistemas sancionatorios que se oponen tanto en sus medios como en sus resultados.

Por un lado, se analizan las prácticas sancionatorias del Az Mapu como única forma jurídica legítima dentro de la comunidad para juzgar y dictar sanción ante el delito cometido. Por otro lado, se examinan las prácticas y trayectorias que toma dicho delito cuando es denunciado ante el Tribunal de Garantía de Viña del Mar y se somete al marco jurídico penal de la Justicia chilena.

La contraposición del pluralismo jurídico, en tanto coexistencia en un mismo tiempo y espacio jurídico de sistemas jurídicos normativos diferenciados, pone en jaque a la concepción de Estado-nación, lo cual desemboca inevitablemente en el diseño de mecanismos, por parte del Estado, de poder de violencia, asimilación y subordinación.

## **SUMMARY**

This research aims to study in depth of a criminal trial, where two Mapuche Rayen IRelmu ChodLafkenos the community involved in Viña del Mar, V region, Chile. The problem is unique in punitive systems face two opponents in their media and in their results.

On the one hand, the punitive practices of Az Mapu, as the only legitimate legal form within the community to try and to decide to sanction the crime are analyzed. Furthermore, we analyze the practices and paths that will take the same offense when the court denounced Guarantee Vina del Mar, and is subject to the legal framework of the Chilean Criminal Justice.

The contrast of legal pluralism in ethyl coexistence in the same time and in the same legal space, differentiated normative legal systems, threatens the concept of nation - state, which inevitably leads to the design by the state mechanisms power violence, assimilation and subordination.

# **CAPÍTULO I**

## **INTRODUCCIÓN**

---

## 1. CAPÍTULO I: INTRODUCCIÓN

El derecho penal, como acto constitutivo del mantenimiento del equilibrio social, se convierte en la práctica prevaleciente en las sociedades *modernas* como un hecho provisto de pulcritud jurídica libre de cualquier supuesto que contamine su proceder. En este sentido, la dicotomía delito/castigo responde al restablecimiento del equilibrio del contrato social. Sin embargo, esta situación se encuentra íntimamente supeditada a lo que entendamos por cultura legal (Nelken, 2004, pág. 16), que, en su más amplio espectro, nos remite a todos los patrones de comportamiento social y a todas aquellas actitudes jurídica o legalmente orientadas. En este sentido, la cultura legal, según la entiende Nelken, contiene desde la forma en que se solucionan o se apropian de los conflictos en una sociedad determinada hasta los acontecimientos triviales y las prácticas penales normalizadas que se establecen en el interior de la Corte de Justicia.

En Chile la cultura legal es concebida de forma unidimensional y unilateral. Solo existe cultura legal en el interior de los recintos penales, llámense tribunales de justicia, recintos carcelarios, sistema policial, etc. Todo lo que queda fuera de lo institucional simplemente no existe. Por tanto, la apropiación de la conflictividad que se da en la comunidad queda desprovista de análisis jurídico, ya que no es parte de la cultura legal afirmada por Nelken. Se suponía que con la instauración de la reforma procesal penal y la responsabilidad del Estado, para mantener el equilibrio social por medio de diversas instituciones públicas especializadas, se había dado un paso importante para ampliar el concepto e integrar otras visiones desde lo penal. Sin embargo, la nueva institucionalidad creada no constituyó un paso hacia adelante sobre la unilateralidad con que fue concebido el derecho penal, sino que, al contrario, aparecieron junto a ella un sinnúmero de nuevos personajes. Así, jueces, policías, defensores, fiscales, peritos, víctimas, gendarmes, profesionales de la reinserción social, entre otros, hacen el papel que la legislación les impone, creando una estricta división de lo penal que se perpetúa solo desde lo institucional. La nueva estructura penal crea dinámicas espaciales e interacciones sociales que aparecen, y construyen en sí mismas una entelequia difícil de



descifrar en el plano cultural, especialmente cuando le sumamos el componente indígena.

Si bien la institucionalidad se permitió describir perfectamente el papel de cada integrante de la nueva institucionalidad penal, cuando tuvo que pensar en el papel que debía hacer el imputado, lo neutralizó y lo transfiguró a una categoría infrahumana denominándolo *delincuente*, un ser oscuro que es objeto de sanción jurídica. Por lo demás, estas personas conviven en una sociedad que dice tener resuelta la temática Estado–nación, por lo mismo no amerita singularizaciones de ningún tipo sobre la base de uno de los pilares de la reforma procesal penal; la igualdad ante la Ley. ¿Pero qué sucede cuando este *delincuente* pertenece a una comunidad indígena? ¿Ser indígena constituye por sí mismo el reconocimiento de una lógica penal y jurídica distinta para el Estado chileno? ¿O quizá el hecho de esconder u obviar esta realidad potencia la conformación del Estado–nación sobre la quimera de una raza única fundada en una historicidad que nos enorgullece y nos vincula? El estudio de las prácticas del sistema penal de una causa mapuche, desde la construcción que lo escenifica, nos enfrenta necesariamente a estas preguntas, facilita reconocer a los imputados no solo como sujetos jurídicos, sino también como sujetos culturales.

Aunque podríamos pensar en muchas singularidades desde el plano cultural, esta tesis tratará de cómo las prácticas desde la cultura penal han abordado la temática multicultural inserta en el proceso de reforma penal que Chile, mi país, está llevando a cabo. Así, nos preocuparemos de las instituciones que participan, de los discursos que se entrelazan o compiten, de la neutralización del discurso multicultural, de la invisibilización de las diferencias, de la homogenización de la ciudadanía y, finalmente, del poder del Estado por la configuración de una nación homogénea. Esto nos permitirá hacer comprensible las interacciones y las luchas de poderes que se recrean durante la construcción de la justicia y de su organización dentro de la lógica penal; esto es, entender la sobrevivencia de la marginalidad, de los excluidos, de los desechables étnicamente no solo en el papel en que se inscribe mediante estadísticas criminales, sino

también en el empequeñecimiento de sus derechos y en la visibilidad nula de sus posibilidades de inclusión desde su propia cultura.

De este modo, los reglamentos que proliferaron en todo orden de cosas, moldeados para empoderarse de las subjetividades que rodeaban el quehacer de la nueva reforma penal, dieron otro sentido a las instituciones públicas que se forjaron para el cumplimiento del castigo penal. Los tribunales de justicia no son más que representaciones del poder del Estado sobre su propia concepción sobre el bien y el mal, como lo analiza Foucault en su obra de 1979:

Me parece que no hay que partir de la forma tribunal para preguntarse luego cómo y bajo qué condición puede existir un tribunal popular, sino más bien partir de la justicia popular, de actos de justicia popular, y preguntarse qué lugar puede ocupar aquí un tribunal. Hay que preguntarse si estos actos de justicia popular pueden ordenarse o no a la forma de un tribunal. Ahora bien, mi hipótesis es que el tribunal no es algo así como la expresión natural de la justicia popular, sino que más bien tiene por función histórica recuperarla, dominarla, yugularla, inscribiéndola en el interior de instituciones características del aparato del Estado. (Págs. 335-336)

El reglamento reviste importancia cuando su empleo es propio de las tecnologías del castigo y de una microfísica del poder. El principio del reglamento es la transformación del individuo, especialmente de aquel que el mismo Foucault (1979) denomina como *anormal* y del que se apoderan una serie de ramas especializadas del conocimiento para examinarlo, estudiarlo y controlarlo en medio de una arquitectura opresiva que buscará también la transformación y la economía del cuerpo.

La construcción de esta tesis se enfocará en la denominación y articulación de las prácticas penales que se encuentran más allá del delito. De este modo, nuestro trabajo aquí supone un esfuerzo por contemplar el tratamiento jurídico de una persona mapuche, especialmente en la invisibilización de su cultura con el fin de mantener los discursos hegemónicos de la élite política, económica y cultural en torno a la conformación de nuestro Estado-nación prístino y unicultural. Es dar la lucha por la construcción de una:

Nueva historia social que centra su atención y preocupación no solo en el delito, sino también en la importancia que reviste el origen social de la figura del *delincuente* y el proceso que han seguido las instituciones punitivas, el aparato de justicia, la propia legislación penal y, en general, las acciones y discursos diseñados y emprendidos por las élites para preservar sus intereses, imponer sus valores y controlar especialmente a los quebrantadores de la legislación oficial (Trujillo, 1999, pág. 11).

En el siguiente estudio nos enfrentamos a la discusión por el distanciamiento entre el conocimiento jurídico normativo y la cotidianidad de la práctica penal, enfrentados en un caso en el que la víctima y el victimario pertenecen a una comunidad mapuche. Esta situación implica considerar, en un primer momento, la imposibilidad de aprehender la *realidad* objetiva (institucionalidad), esto es, como algo externo a la práctica humana. Este planteamiento no afecta únicamente a las ciencias sociales en su tarea de producción de conocimiento, sino que supone una nueva forma de entender la relación de las personas con el mundo institucional.

En este sentido, se sostiene que la pretendida rigurosidad de los procedimientos penales, el establecimiento de normas y leyes que lo sostienen por medio de una reforma penal, así como la imparcialidad atribuida a todos los niveles de su estructura forman parte de la estrategia elaborada por la comunidad institucional del mundo penal con la finalidad de neutralizar lo multicultural y ponerlo al servicio del pretendido control social que se define y concluye en las lógicas de poder y dominación. El estudio de la práctica penal desde lo multicultural pone en un lugar principal la exposición de las representaciones —*el decir*— y de las prácticas —*el hacer*—, situación que cuestiona la distancia entre la persona castigada y las instituciones encargadas de hacerlo. Además, sirve para conocer y comprender la transformación de su propia institucionalidad en el ejercicio del poder, en las tensiones y conflictos, y en los acuerdos y equilibrios que se crean en torno a los diferentes grupos étnicos que coexisten en Chile.

La etnografía que a continuación se presenta supone un profundo cuestionamiento a las objetivaciones, valores e identidades que sustentan la institucionalidad penal en Chile en relación con lo multicultural y, por consecuencia, la representación del poder y su ejercicio. En este sentido, las prácticas en el ejercicio de lo penal no escapan a cualquier otra práctica dentro de la institucionalidad del Estado, donde ambivalencias, contradicciones, supuestos, estereotipos, discriminación y sin sentidos se entremezclan con el discurso oficial.

## 1.1 Problemática e hipótesis de trabajo

No sorprende a nadie el hecho de que el tema indígena supone una molestia en el ámbito penal. Produce una incomodidad que va más allá de lo puramente estético; no son solo sus trajes tradicionales o su lengua nativa, ni sus canticos o plegarias; no son sus ropajes o costumbres, sino que la molestia profunda del deambular de los mapuches por las salas de justicia produce una incomodidad de fondo: es el cuestionamiento a todo el sistema jurídico, a sus normas y valores, pero, sobre todo, es la incomodidad de saber y sentir que el tema Estado-nación no se encuentra resuelto. En este camino, proponemos tres aspectos centrales para la presente investigación.

El primer punto tiene relación con lo amplio de la temática; es decir, en diferentes regímenes políticos se encuentra presente la preocupación por encontrar mecanismos que incorporan el derecho indígena como una preocupación central de la institucionalidad penal. Si bien en cada uno de ellos se ha reflexionado de diferentes formas, con diferentes sentidos y hasta con diferentes niveles de ideologismo en su accionar, en casi todos los regímenes políticos (excepto en el chileno) existe una preocupación creciente en torno al tema. Cada uno de ellos representa un esfuerzo del Estado por implantar sistemas penales que integren el derecho indígena y que rompan con los estereotipos inquisitivos impuesto por la oligarquía latinoamericana desde los albores de nuestras incipientes repúblicas. Estos esfuerzos, con distintos niveles de éxito, han servido no solo para acercar la justicia a los pueblos originarios, sino también han intentado quebrar los traumas más profundos en la conciencia colectiva sobre el abuso y el horror que significaron los regímenes dictatoriales en prácticamente todo el continente latinoamericano.

El segundo aspecto tiene relación con las diferenciaciones estructurales de los distintos sistemas institucionales que se ocupan y preocupan de la temática penal en relación con el tema indígena, estructurándose de forma local, nacional, federal, preventiva, integrativa, , etc. Todas ellas mantienen incólume el sentido último de poner en funcionamiento la idea de aplicar justicia verdadera, ecuánime, objetiva e imparcial

en todos los rincones de la nación. Sin embargo, Chile, ante esta realidad latinoamericana, aparece nuevamente como una excepción a las diferenciaciones que establecen los sistemas penales en el resto del continente. En Chile no existen tales diferencias culturales; nos encontramos ante un Estado unicultural en lo formal, pero multicultural en su esencia.

El tercer y último de los aspectos que proponemos está relacionado con la superación de múltiples problemas enraizados durante siglos en nuestro poder judicial. Asumida como práctica cotidiana al impartir justicia, la no discriminación ante la ley asoma como un valor inquebrantable y positivo, que niega la posibilidad de ver la conformación de una sociedad multicultural; ante ello, escoge la neutralidad para el ejercicio de la justicia.

El presente estudio tiene como finalidad última intentar consolidar de un enfoque crítico o alternativo que intente rebatir la primacía que ha tenido el modelo hegemónico de justicia penal, el cual, forzado por el paradigma de sobrevivencia estructural del Estado-nación, ha cometido errores garrafales en su intento holístico, histórico y sociocultural. Este paradigma, que ha neutralizado todo esfuerzo por mantener y respetar el derecho indígena, no tiene una larga tradición en Chile, si bien existen estudios que tienden a enfatizar el arraigo y la subyugación a un modelo penal globalizante y un contenido subyacente tras el origen de las tradiciones elementales que configuran la cultura de los pueblos en América (Zavala, 1992, pág. 17). Desde esta perspectiva, la posición paradigmática de la supremacía penal supone que existe un cúmulo de organizaciones culturales que ha sobrevivido de forma *clandestina* hasta hoy. Entre estas podemos mencionar al AZ Mapu, si bien no podemos desconocer que siempre por debajo de las lógicas penales dominantes mestizo-europeas que predominan en las cortes penales de toda Latinoamérica ha sido la visión que ha destacado. Esta situación de sobrevivencia en la sombra nos proporcionará aquel elemento arquetípico que esta tesis intentara defender: la existencia del Az Mapu como sistema judicial mapuche y su resistencia desde el sistema penal chileno.

A partir de este campo de reflexión, es posible esbozar la primera de las dos hipótesis centrales que sustentan la presente investigación. La primera hipótesis intenta dar una respuesta a la densa incógnita sobre la existencia de un sistema de justicia indígena, como el Az Mapu, y las adaptaciones de este al nuevo sistema organizativo dentro de los territorios y comunidades indígenas de la etnia mapuche. Esto indicaría la existencia de un proceso de cambios dentro del ordenamiento social y la adaptación a la nueva territorialidad en que se desenvuelven las comunidades mapuches, despejando la asepsia que han intentado esgrimir los tribunales de justicia para justificar la no existencia de este sistema jurídico.

La segunda hipótesis central del estudio se relaciona con el problema que le causa el establecimiento de una justicia paralela a la configuración del Estado-nación, especialmente mirado desde la justicia chilena. Actualmente, esta problemática aparece como uno de los elementos en constante debate desde el análisis jurídico. En tal discusión, prima un desprecio del mundo penal ante el reconocimiento de otro sistema jurídico existente; sus argumentos van desde la neutralidad hasta la multiculturalidad para explicar sus decisiones en el juicio de cualquier causa indígena.

Son estas dos situaciones hipotéticas las que provocan algunas de las preguntas en torno a las que girará la investigación. ¿Cómo las prácticas penales se han apropiado y han resignificado el accionar del imputado y de la víctima cuando estos pertenecen a la cultura mapuche? ¿Qué aspectos han sido integrados en el sentido común de las prácticas penales cuando el litigio se produce entre personas pertenecientes a otra cultura? ¿De qué forma las prácticas penales reproducidas en un juicio respetan las interpretaciones y valoraciones que los mapuches dan a las instituciones penales de su propia cultura y a las chilenas?

Estas cuestiones no nacen de la nada, pues llevo más de veinte años ligado al ámbito penal como funcionario público de instituciones punitivas, como consejero de justicia, como encargado de sistemas de *rehabilitación* penal. Sin duda, toda esta experiencia está volcada en las siguientes páginas; sin embargo, en cada juicio que asistí,

con cada mapuche que me crucé, me fui convenciendo que ellos no son miembros de nuestro sistema. El sentimiento de no pertenencia ni pertinencia, de ser de fuera, de no entender, me mostraron el camino investigativo por donde quería transitar. Hay que impugnar el olvido para construir el futuro, solo de esa forma nos podremos mirar nuevamente a la cara (Chelech, 2004, pág. 51).

La investigación está enfocada en el análisis de cómo las prácticas penales que se reproducen en un juicio oral en lo Penal se han apropiado de los diferentes intervinientes y le dan un significado distinto cuando se trata de aplicar justicia a personas que pertenecen a la cultura mapuche. Y más aún cuando los propios mapuches ya han resultado el litigio y han aplicado sanción desde la justicia indígena en su comunidad.

En términos prácticos, se examina aquí, por un lado, el proceso jurídico indígena y la existencia del Az Mapu en la comunidad mapuche IRelmu Rayen ChodLafkenos; por otro lado, cómo es vista desde el sistema penal oficial esta causa llevada a los tribunales chilenos.



## **Objetivos específicos**

Los objetivos son:

- Caracterizar la comunidad mapuche lRelmu Rayen ChodLafkenos, establecida en la comuna de Viña del Mar, así como el funcionamiento de la justicia mapuche en la comunidad.
- Identificar las prácticas penales en un juicio oral en lo Penal cuando el delito juzgado ha sido cometido dentro de una comunidad mapuche.
- Caracterizar las paradojas, problemas y contradicciones que presentan los tribunales de Garantía y Oral en lo Penal, con relación a sus prácticas penales, cuando el delito juzgado lo cometen personas pertenecientes a la cultura mapuche.
- Analizar las interpretaciones y valoraciones que hacen los jueces cuando se trata de personas que pertenecen a una comunidad indígena.
- Analizar las interpretaciones y valoraciones que hace el imputado y la víctima cuando se trata de delitos cometidos entre indígenas dentro de una comunidad indígena.
- Identificar el quiebre entre el ritual formal de los procedimientos institucionales oficiales y la expresión cotidiana expresada por las personas pertenecientes a la comunidad mapuche.

## 1.2 **Ámbito, métodos y técnicas de investigación**

El ámbito geográfico de la investigación se circunscribe a la ciudad de Viña del Mar, ubicada en el centro costero de Chile, perteneciente a la V región. Uno de los primeros retos a los que me tuve que enfrentar fue la elección de las unidades de observación, situación compleja si pensamos que, en dicha región, la población indígena no representa más que el 5 % de la población en general. Todo hacía pensar que debería redirigir mis pretensiones hacia la IX región, históricamente en conflicto con la comunidad mapuche y donde el 36 % pertenecen a esta etnia. Sin embargo, mi aprensión respecto a trabajar un contexto sobreactuado, en el que los problemas se mediatizan a diario por la televisión, me sugirió que debía centrarme en la ciudad de Viña del Mar, ciudad-balneario de clase media santiaguina, donde lo indígena constituye una anécdota dentro del escenario penal —cuestión central para los objetivos de esta investigación.

Todos los caminos, pues, me condujeron hacia la comunidad Relmu Rayen ChodLafken y al Tribunal de Garantía y Oral en lo Penal de la ciudad de Viña del Mar. Aquí podría apreciar en su total desnudez el juego que pretende legitimar una forma de socialización y sociabilidad, y objetivizar las representaciones simbólicas reflejadas en el dominio de los saberes (formales e informales) de los conductos posibles de tal institución. Esta tiene como pretensión (inocencia, mejor dicho) traspasar estos mundos simbólicos para convertirse en modeladores de conductas que lleven el estandarte de los requerimientos formales de la institución que los contextualiza.

Por lo mismo, la comunidad Relmu Rayen ChodLafken y el Tribal de Garantía me permitirían adentrarme en los enfoques que generan, provocan y tensionan esta dialéctica entre los marcos formales enraizados en la jurisdicción de los procedimientos y aquellos que funcionan en la más absoluta indeterminación, negociación y oposición. Es este nuestro juego de acción, esos espacios ambiguos intrínsecos, sinsentidos extremos, paradojas y tensiones que desencajan; son los lugares que exigen ser explorados y abordados desde la presente etnografía.

Es un gran desafío y no podría ser distinto, ¿pero cómo hacerlo? ¿Cómo abordar esta tensión oculta y secreta que se esconde en recónditos espacios de la justicia penal? ¿Cómo acceder a los contenidos íntimos de la cultura penal? Por lo mismo, la metodología que pretendo aplicar es el cuestionamiento de las formas que dan cuerpo al discurso (formal/informal, legal/cotidiano) y de la experiencia cotidiana con el fin de comprender relaciones, paradojas y conflictos en su construcción.

Para adentrarme en estos dos lugares, que considero claves en el caminar etnográfico para la presente investigación, me apoyaré en la etnografía posmoderna, que no solo nos resulta útil para nuestros propósitos de entrar y vivir desde dentro estos dos escenarios, sino también realizar un *libre juego*, insinuado por algunas descripciones del posmodernismo, así como el *juego* posmoderno, si es que existe, en la escritura antropológica. La ironía involucra no una mezcla, sino una deliberada yuxtaposición de contextos, pastiche quizá, pero no desorden» (Strathern, 1991, pág. 220).

En este mismo sentido, seguiremos al maestro Clifford Geertz y a sus principales discípulos, entre los que está James Clifford, específicamente desde la antropología interpretativa «quien acuñó el término de *antropología posmoderna* fue Stephen A. Tyler en 1983. Sin embargo, excepto él y Taussig M. T. la mayor parte de antropólogos que se identifican explícitamente con el ideario posmoderno han sido discípulos de Clifford Geertz» (Fernández, 2013, pág. 22).

Parece que todo en etnografía (aparentemente) es muy difícil de delimitar y señalar; una vez más, nos enfrentamos a este dilema. Es muy difícil encontrar una definición que explique claramente lo que es una etnografía y cómo se plantean las técnicas de investigación para abordar el trabajo de campo. De hecho, Wolcott (1988), en un intento por definirla, prefiere empezar aclarando lo que no es etnografía. «La etnografía no es una técnica de campo. No solo por el hecho de utilizar la observación al participante y las entrevistas (o triangularlas) es un estudio etnográfico, aunque sí sería el material para construir una etnografía. La etnografía no es pasar mucho tiempo en el campo. Permanecer mucho tiempo haciendo un trabajo etnográfico no asegura que el

producto final sea etnográfico. Esto es indispensable, pero no suficiente. La etnografía no es simplemente una buena descripción. Aunque se proporcione una exquisita descripción, se puede fallar en la tarea esencial de intentar dar sentido a lo que se ha observado» (pág. 199). Para Wolcott, en la etnografía los datos y su interpretación se desarrollan conjuntamente, uno informando al otro. «La etnografía no se genera creando y manteniendo una relación con los sujetos. Prestar la atención debida a la toma de confianza, el respeto a las confidencias, el estar al tanto de las creencias de las personas y comportarse de tal modo que los futuros investigadores puedan profundizar en la investigación, no conduce necesariamente o asegura una etnografía de éxito.» (pág. 221)

Ahora que ya sabemos lo que *no* es una etnografía, precisemos lo que nos dicen diversos autores sobre lo que *sí* es una etnografía —en el sentido de que lo que no es y lo que sí es resulta complementario, y que finalmente cada uno de nosotros tendrá, tomará y se posicionará de la perspectiva que más le interese—. Dentro de este contexto la etnografía es, primero y ante todo, una propuesta descriptiva en la que el investigador intenta ser fiel en la descripción e interpretación de la naturaleza del discurso social de un conjunto de personas. Esto lo complementa muy bien Geertz (1989), quien recoge perfectamente el significado de descripción densa, la cual, en términos muy sintéticos, consiste en que lo que se describe incluye tanto el significado como el comportamiento (Axepe, 2002).

La etnografía presentada seguirá tres procesos simultáneos que se elaboraran durante el trabajo de campo. La descripción, comprensión e interpretación de la realidad social parece ser la finalidad más general y compartida por la etnografía. «El esfuerzo por comprender y explicar debe orientar y motivar el proceso etnográfico, situándolo así en el campo de las ciencias sociales, marcando delimitaciones, siempre tentativas, frente a otras prácticas que pueden suponerse parecidas, como la literatura, el periodismo, la crónica, el juicio, el chisme» (Rockwell, 1987, pág. 125).

Las prácticas penales en Chile han pasado inadvertidas para las miradas de la etnografía; su abordaje especial y peculiar las ha lanzado fuera de sus temas predilectos. Cargado de confusión, traición e ideologismo, se ha mantenido al margen de sus saberes, relegando los estudios sobre la temática indígena y su relación con la ley chilena a espacios secundarios en el orden académico dedicado a la antropología. Sin embargo, en los últimos años van apareciendo paulatinamente estudios (no es el caso de Chile) preocupados por esta problemática. No son pocas las voces, tanto académicas como de grupos de interés, que han cuestionado la irrupción de tal perspectiva teórico-metodológica en este tipo de estudios. Desde aquí parte nuestro primer cuestionamiento: qué o quién nos entrega la autoridad etnográfica en la construcción de su interpretación; desde dónde elaboramos el caminar silente, cansino, profundo y complejo en la cotidianidad de su devenir.

Así pues, la primera pregunta que nos servirá para tal propósito es qué posición debe asumir el etnógrafo en el trabajo de campo: estudiante, investigador, tesista, funcionario, empleado público, etc. ¿Debe convertirse el analista etnográfico del presente estudio en un compungido funcionario institucionalizado para adentrarnos en los ritmos vertiginosos del caminar diario en el interior de un tribunal de justicia? Son afirmaciones extremas, sin duda alguna, pero nadie nos asegura que un etnógrafo militante (en el sentido institucional) nos dé una mejor imagen que un etnógrafo que no lo sea. Aunque para hablar de esta dinámica no es necesario militar institucionalmente, sí lo es reformular nuestra posición social y cambiar el acento en la manera de narrar los sucesos. Lo anterior necesariamente implica que debemos dejar de lado la ética de la imparcialidad valórica y asumir la relación con el *otro*, con todos los elementos simbólicos que pesan sobre nosotros y sobre los *otros*, como una forma adecuada, diáfana y profunda de su entendimiento; esto necesariamente nos trasladará a otro lugar cuando pongamos el énfasis en las interpretaciones de lo acaecido.

En los últimos años, ha sido James Clifford uno de los autores que más ha logrado sistematizar la llamada hermenéutica como reflexividad (antropología posmoderna, representada por las obras de Marcus y Cushman, Clifford y Fischer, entre otros). En términos muy sintéticos, esta posición teórico–metodológica pretende pasar de los megos relatos generalizadores de la realidad social a la fragmentación en su construcción. Siguiendo a Clifford Gertz (1989), el campo se transforma en un texto, respetando las voces, tanto la del etnógrafo como la de los hablantes originales. El ideal de esta propuesta consiste, básicamente, en que el analista etnográfico, conforme se va interiorizando en la cultura del grupo estudiado, va paulatinamente:

Subrayando las rupturas del trabajo de campo, la posición dividida y el imperfecto control del etnógrafo (...); la escritura etnográfica no puede escapar enteramente al uso reduccionista de dicotomías y esencias, puede por lo menos esforzarse autoconscientemente para no retratar “otros” abstractos y a históricos. Ahora es más crucial que nunca que los diferentes pueblos formen imágenes complejas y concretas de los demás, y de las relaciones de conocimiento y poder que los conecta. Pero ningún método científico o instancia ética soberanos pueden garantizar la verdad de tales imágenes (...); para no retratar se busca representar la textura textualizada del otro y también la del sujeto que interpreta (Clifford, 2003, pág. 161).

Sin duda, esta situación nos pone frente a un asunto crucial en la interpretación de esos *otros*, la cual se podría transformar rápidamente en una construcción del *nos–otros*, pues debemos estar siempre atentos a estas consideraciones en el momento de establecer los puntos de inflexión en el trabajo de campo. Esto es debido a que el control del etnógrafo no va más allá de las imperfecciones sobre el trabajo de campo, las cuales desarrolla paso a paso y que entran dentro del devenir interpretativo del cúmulo experiencial que se presenta en el trabajo de campo.

Lo anterior se hace más complejo aún, ya que no solo es el etnógrafo quien escribe sobre esta experiencia, sino que también participan en esa escritura quienes se *prestan* para ser representados etnográficamente. El discurso que estos últimos producen, respecto a sus experiencias, a las de su institución y a la relación establecida con el sistema penal, está marcado por la misma lógica del informe del analista etnográfico.

De esta manera, la textualización genera sentido a través de un movimiento circular que primero aísla y luego contextualiza una cosa o un suceso de la realidad que lo engloba. Se genera un modo familiar de autoridad que afirma representar mundos discretos, significativos. La etnografía es la interpretación de las culturas (Clifford, 2003, pág. 156).

Es decir, la autoridad etnográfica constituye una interpretación profunda pero contextualizadora de la realidad, donde se pretende retratar pequeñas escenas de la cotidianidad, aunque cargadas de una significación que le da sentido a la construcción interpretativa. Esto último permite agregar las experiencias al modelo explicativo e interpretativo, pero sin olvidar que su autoridad nace básicamente en este juego. Dicho esto, ¿cuál de las dos visiones tiene más valor? Sin duda, los lectores cercanos a la antropología o los que profesamos cierta religiosidad disciplinaria nos sentiremos inclinados por la versión del etnógrafo. No obstante, esto es parte de la autoridad etnográfica que aludimos más desde los saberes que desde la riqueza del relato. Como en este caso puntual —el estudio al interior del sistema penal—, la autoridad del etnógrafo parece haber entrado en la fase del descrédito, será mejor que nos quedemos con ambas versiones.

Pasemos a un segundo punto, importantísimo en nuestro caminar y que seguramente nos ofrecerá el mayor de los retos en el desarrollo del trabajo de campo. La comprensión etnográfica nos plantea dos desafíos, nunca precisos y menos claros: las quiebras o desentrañamientos que se producen dentro del caminar etnográfico, y los posibles procesos de solución. Para ello, seguiremos a Michael Agar (2003), quien nos expone una interesante propuesta para abordar ambos puntos.

Desde la etnografía no es difícil observar que la construcción de los relatos de reflexividad se hace desde el etnocentrismo propio de los saberes científicos, que ordenan y jerarquizan este proceso en la cotidianidad de las experiencias. Por lo tanto, generar un diálogo franco, directo y transparente con los *otros* nos conduce a la búsqueda incesante de ese diálogo con y entre ellos, con el fin de permitirnos buscar la saturación del discurso establecido.

Como etnógrafos, en el trabajo de campo siempre nos encontramos y sentimos que debemos hacer comprensibles, en los diálogos establecidos con el *otro*, la resolución de esas pequeñas divergencias que se van produciendo a medida que descubrimos normas, valores, estereotipos, miedos y secretos de personas construidas y resignificadas en el propio diálogo.

Agar, apoyándose en los argumentos discursivo-comprensivos de Gadamer, denomina *quiebra* a este proceso diferenciador que se establece en el trabajo de campo. Refiriéndose al contacto con escenarios que forman parte de diferentes mundos:

En el encuentro entre tradiciones diferentes que aparecen. Las expectativas no resultan satisfechas, algo no tiene coherencia; los propios *supuestos de coherencia perfecta* —para usar la frase de Gadamer— son violados. Por conveniencia, llamaremos *quiebra* a las diferencias que percibe el etnógrafo. El término es de Heidegger, pero la idea general aparece ilustrada en toda una variedad de discusiones antropológicas. Sperber (1974), por ejemplo, escribe que las acciones señaladas por su interés simbólico son precisamente las que se apartan sensiblemente de lo que el etnógrafo espera (Agar, 2003, pág. 121).

De esta situación se desprende que constantemente el etnógrafo representa un papel importantísimo en la construcción de la reflexividad etnográfica, la cual modela, construye, informa y escribe siempre desde la relación e influencia que ejerce en el grupo estudiado.



Una etnografía es, antes que nada, una función del etnógrafo, quien lleva a su trabajo la tradición en la que participa, incluyendo el entrenamiento recibido en su socialización profesional. (...) El etnógrafo, la audiencia prevista y el grupo representan tradiciones que limitan —pero que no determinan— los reportes etnográficos que pueden surgir. En otras palabras de la vieja oposición, la etnografía no es ni *subjetiva* ni *objetiva*. Es interpretativa, mediando entre dos mundos a través de un tercero (Agar, 2003, pág. 122).

La puesta en el escenario de los diferentes actores es la que generará las diferentes *quiebras*, choques o disrupciones entre los mundos del otro y los mundos del etnógrafo. Cuando nos encontramos en medio de la quiebra, tenemos que encontrar una salida; ese proceso comprensivo emergente es el que finalmente nos facilitará la reflexividad contextual de las personas.

¿Cómo paso de una posición de quiebra a una comprensibilidad del escenario? Agar nos describe el *proceso de resolución* como un examen reflexivo de las acciones y conductas como actos, ya sea de las acciones que son observadas o relativamente compartidas en la cotidianidad misma, como una experiencia singular, única e irrepetible con los informantes.

Una quiebra es una falta de concordancia entre el encuentro de uno con una tradición y las expectativas contenidas en los esquemas mediante los cuales uno organiza la propia experiencia. Uno modifica entonces los esquemas, o construye otros nuevos, e intenta otra vez. Basado en ese nuevo intento se realizan nuevas modificaciones adicionales y el proceso continúa reiterativamente hasta que la quiebra no sea un problema (Agar, 2003, pág. 124).

A partir de la solución de la quiebra y mediante el proceso de comprensibilidad que la hace legible y le da la coherencia para que el etnógrafo la haga parte de su propio mundo simbólico, nos encontramos en posición de elaborar un esquema. Este nos permitirá una comprensión aceptable de la hermenéutica que se ocupa de la significación del grupo estudiado.

El tercer punto que quiero remarcar en el caminar etnográfico se relaciona con la explicación e interpretación etnográfica. La explicación interpretativa es un proceso, un trabajo que debería dar cuenta de esa riqueza de datos, de ese esfuerzo teórico-metodológico desplazado durante el trabajo de campo. Para ello, quiero apoyarme en las palabras de Clifford Geertz, quien no solo interpreta la explicación como una forma de perseguir símbolos y significaciones en la pragmática elemental, sino que manifiesta la intención cierta de ir hacia la explicación interpretativa y minuciosa que singulariza esa experiencia.

La explicación interpretativa —y es una forma de explicación y no solo glosografía exaltada— encarrila su atención sobre lo que las instituciones, las acciones, las imágenes, las expresiones, los sucesos, las costumbres y todos los objetos habituales de interés científico-social significan para aquellos cuyas instituciones, acciones, costumbres, etc., son. Como resultado, la explicación interpretativa se expresa no en leyes como la de Boyle, en fuerza como la de Volta o en mecanismo como el de Darwin, sino en construcciones como las de Burkhardt, Weber o Freud; aperturas sistemáticas del mundo conceptual en que los condotiero, los calvinistas o los paranoides viven (Geertz, 2003, pág. 179).

Podemos considerar a Geertz uno de los que toman una posición radical en este sentido al argumentar que la cultura no se localiza en las mentes humanas, sino en los constructos simbólicos; mediante estos, los individuos que participan de una sociedad comunican su visión y su posición en el mundo. El autor centra su interés en la forma en que los símbolos modelan la manera en que los actores sociales observan, piensan, sienten y subjetivizan su posición en el mundo. Las construcciones simbólicas operan como verdaderas herramientas que permiten el tránsito por el mundo. De esta manera, lo que el actor percibe es su producto, que se establece y estructura en la actuación social. Desde luego que esta posición nos plantea un gran reto, pues dar sentido a estos mundos obliga necesariamente a posicionarse en el lugar desde el que dicha actuación es construida y percibida (Geertz, 1989, pág. 58).

Ahora bien, Sperber (1991) presta atención a la interpretación y la descripción, y aporta un ejemplo de la validez de ambos en sus utilizaciones como métodos etnográficos. El autor destaca la necesidad de utilizar el análisis descriptivo de los comentarios que servirían de apoyo a la relevancia empírica de la interpretación. Él distingue el objeto de su representación y sostiene que la descripción científica es más que una representación adecuada de la interpretación, porque es absolutamente imposible corroborar o verificar. Así, la interpretación solo toma valor epistemológico y no puede servir como una fuente valiosa de los *objetivos* hechos. Además, en este proceso de aprendizaje dialéctico con la realidad, el autor define las funciones de la etnografía como *simplemente* entender la vida, la experiencia de la comunidad social o de las personas, y luego tratar de encontrar la manera más adecuada de cómo transmitir esta comprensión intermedia o cómo hacer que sea inteligible para nosotros.

El punto central que nos invita a reflexionar es el problema de reconocer que la participación de los *otros* no es observada ni descrita, sino que logramos comprenderla solo intuitivamente para luego interpretarla. El autor propone una convergencia entre la etnografía interpretativa y la antropología descriptiva. Cuando se pregunta qué sentido tienen las interpretaciones en la etnografía, se introduce en un problema epistemológico complejo, puesto que es muy difícil que lo expresado solo manifieste una simple observación o interpretación de la realidad. «La descripción resultante es, en verdad, lo que el etnógrafo seleccionó de lo que entendió, de lo que sus informantes le dijeron, de lo que ellos entendieron» (Sperber, 1991, pág. 121) y así sucesivamente.

Pero justamente este es el mayor de los problemas, ya que la interpretación etnográfica se sitúa en diferentes marcos conceptuales: las descriptivas y las interpretativas.

Los etnógrafos mantienen una ficción de acuerdo con la cual todas las representaciones sintetizadas en sus interpretaciones son descripciones genuinas y verdaderas... incluso cuando las representaciones interpretadas sean expresiones nativas genuinas, de ello no se sigue que sean descripciones (Sperber, 1991, pág. 118).

Si seguimos esta afirmación, hablar de una explicación interpretativa nos obliga siempre a contemplar el significado que tiene para él y para los *otros*, en nuestro caso, la institución penal, las imágenes en la construcción social, las expresiones plasmadas en sus conductas.

No obstante, recobra suma importancia no idealizar o modelar un método explicativo, ya que el análisis etnográfico rara vez es claro. En los momentos iniciales del proceso real, se presenta la disyuntiva entre quedarse con la construcción abstracta demasiado precipitada, generalmente sin haber hecho todo el análisis explicativo posible, o, por el contrario, quedarse con el discurso puro y genuino, sin perjudicar con ello a la sintaxis que le dan al texto sus propias palabras. He aquí el juego etnográfico que debemos dilucidar. Pero ello, solo podemos hacerlo comprensible y explicable *estando ahí*, puesto que desde una sala de biblioteca resulta de difícil comprensión y, más aún, de casi imposible explicación.

Por último, nos enfrentaremos con los límites del conocimiento etnográfico en el trabajo de campo. Un tema difícil, que, por supuesto, no solucionaremos en este estudio, pero sí es deber precisar la discusión al respecto. Son conocidas las críticas<sup>1</sup> que se realizan a los límites del conocimiento etnográfico y a los innumerables esfuerzos que se han realizado para llegar a ciertos consensos, a pesar de dejar constancia de que ninguno ha sido satisfactorio al respecto.

---

<sup>1</sup> Sobre los límites de la etnografía como método se ha discutido ampliamente en las últimas décadas. Solo mencionemos el etnocentrismo, el androcentrismo y la reconstrucción atemporal del otro como algunas de sus principales críticas.

Es difícil hablar de los límites de la etnografía cuando no se tienen claro cuáles son; más aún, cuando estos límites dependen de la relación que se establece entre el trabajo de campo y cómo este se aborda. Respecto a sus límites y posibilidades, parece necesario preguntarse por ambas cuestiones, siempre relacionándolas con el contexto en el que se va a trabajar, pues, en gran medida, la reflexividad y el abordaje se verán condicionados necesariamente por las posibilidades que nos ofrezca el escenario. Si bien compartimos los postulados posmodernos de que en la etnografía *todo vale*, es necesario establecer un equilibrio, pues la reflexividad no requiere forzosamente que este postulado se lleve al extremo.

El posmodernismo y, en especial, sus elaboraciones más extremas afirman, en síntesis, que *todo vale*; que cualquier visión de la realidad es por igual digna de crédito; que no existe ningún procedimiento que garantice la verdad de lo que se afirma. Se han llevado hasta las últimas consecuencias las insinuaciones de Geertz, respecto a que la antropología es un género de ficción, y se ha hecho de la ciencia, que se manifiesta por escrito, partícipe de los límites que esa ficcionalización presupone (Reynoso, 1998, pág. 17).

Somos conscientes de que cada campo de estudio requiere diferentes límites, por lo que diferentes serán también las preguntas sobre su aplicación y trascendencia. Este estudio en particular requerirá de alcances específicos debido a su carácter dialogante, tanto con la institucionalidad como con la praxis. Sin embargo, esto no quita que su intención sea dar cuenta de los componentes que influyen, intermedian y paralizan los comportamientos de la dialéctica establecida.

El tema que consideraremos (no límites, sino ventajas) es la etnografía como medio de representación de las experiencias; nuestro trabajo intentará dar cuenta, en lo posible, de este proceso. Sin embargo, recaerá necesariamente en su preparación y montaje. Esperamos que las exigencias creativas y formales requeridas por la representación en cualquiera de sus formatos para dar cuenta de la información vivida en el trabajo de campo rebasen los límites de lo pensado. Solo de esa forma podremos

trabajar diariamente dichos límites mediante el establecimiento de nuevos recursos que alimenten de mejor forma el problema planteado.

¿Cuáles son los límites reales del trabajo etnográfico, ya sea desde dentro o desde fuera, o como participante o como observador? Puede ser una posibilidad quebrar una imagen creada a partir de un relato sobre la relación estudiada desde la proximidad; desfragmentarla y construir ilusorios límites que nada tienen que ver con la dimensión discursiva del hablante. Caracterizar la opción del etnógrafo y de su etnografía como rasgos identitarios de su propio discurso ideólogo-político comporta, inequívocamente, el riesgo de distanciar el relato del sujeto que lo experimentó y lo discursó. Esta es la cuestión sobre la que es necesario abrir un espacio reflexivo para indagar sobre lo que estamos trabajando.

Si nuestra historia etnográfica no presenta más que aquello que podría ser fruto de una conversación en la que un funcionario nos muestra el manual de prácticas del sistema penal y los componentes legales que lo sustentan, entonces el ejercicio ha sido en vano. De otro modo, si tratamos la dinámica penal como una historia en la que se mezclan trasfondos y elementos diacrónicos que le dan sentido a sus palabras, estamos en condiciones de establecer un límite en el que no solo logramos explicar las palabras coyunturales del hablante, sino que somos capaces de generar un discurso cultural con una fuerte contextualización histórica, rica en producción y en significación.

Así sentiremos que la tarea, en algo, está cumplida, a pesar de que una etnográfica nunca acabada por antonomasia: siempre es posible ir escribiendo sobre el texto.

En consecuencia, antes de ir a los mundos, debemos estar preparados para encontrar cualquier cosa. La etnografía nos brinda esta posibilidad, nos regala ese espacio justo, necesario, fluido, significativo e insignificante, y, por cierto, fascinante que se sumerge desde una perspectiva hermenéutico-interpretativa hacia la epistemología del otro, quien, en el devenir cotidiano, presenta sus palabras, su corazón y sus prácticas simplemente para conocerlo.

El análisis de la información de la investigación se realizó con la ayuda del establecimiento de micromodelos (m-m) en los que la heterogeneidad es la impresión dominante del conjunto (Velasco, 1997, pág. 29). Los micromodelos son representaciones formales que permiten establecer enlaces y funciones de un conjunto de variables e indicadores, otorgándoles una inteligibilidad y un rigor sobre la base de los resultados obtenidos.

Este m-m puede ser concebido, de manera simple, como una construcción formal que es elaborada a partir del conjunto de variables significativas, a las cuales este ordena y les da sentido al señalar y establecer funciones co-incidentes y enlaces relevantes para caracterizar el fenómeno. Estas son producto de una selección de entre la serie de variables aplicadas en la investigación y a partir de la totalidad de los datos recogidos, una vez que estos comprueban tener los rasgos relacionales necesarios para el análisis del fenómeno estudiado. De este modo, se considera al m-m como una configuración analítica de un conjunto de variables que posibilitan una caracterización lo más acabada posible del fenómeno que se estudia, ya que permite establecer, como decíamos, enlaces y funciones de conjuntos de variables e indicadores de estas, otorgándoles una inteligibilidad sobre la base de los resultados obtenidos (Recasens, 2000, pág. 58).

La organización de las variables en el micromodelo lo constituye un ordenamiento que va desde un sentido global del fenómeno hasta un detalle del mismo. Así, los factores o categorías que circunscriben un fenómeno bajo análisis son categorías que permiten reunir dentro de ellos los componentes que, según se estima, tienen una naturaleza similar o son posibles de agrupar por poseer un comportamiento que afecta más directamente al factor en que se les ubica que a otros agentes de acuerdo con el análisis que se realiza. (Recasens, 2000, pág. 82)

En este tipo de análisis se trata de ir pasando de los diferentes niveles, de lo general/específico y de lo significativo/contextual.

Las variables e indicadores, al ser incorporados al m–m pasan a ser “componentes” de este. Los componentes corresponden a cada una de las variables o indicadores, o a conjuntos de estos que, como resultado del procesamiento de la información, adquirieron relevancia explicativa con respecto al fenómeno estudiado. Estos componentes se ordenan dentro del factor que los incluye por su pertinencia con respecto a él, desde el centro hacia la periferia del m–m de acuerdo con el grado de mayor a menor incidencia en el fenómeno que se investiga. Los componentes de primer nivel forman configuraciones junto con los componentes de 2° o 3° nivel que, en un primer análisis de la información obtenida en la investigación (bibliográfica o de terreno), permite comprenderlos como correlacionados con su factor correspondiente (Recasens, 2000, pág. 73).

Resulta interesante la aplicación de este modelo en el ordenamiento de los datos, ya que nos ofrece la posibilidad de establecer una complementariedad en los diferentes niveles y procesos (tiempo/espacio, global/particular, singular/contextual) de la información etnográfica y, en consecuencia, entregar un ejercicio de comprensibilidad mayor al lector. Además, nos permitirá detectar las relaciones significativas establecidas con relación al proceso institucionalizador, sus prácticas, las tensiones y paradojas, y la construcción formal/informal en el devenir del caminar, mirar y hablar.



### 1.3 Consideraciones en el trato de la información

Resulta interesante contemplar como el estudio del interior de la institucionalidad penal nos enfrenta a una problemática de un fuerte contenido ético, moral, axiológico e ideológico. Al emprender este nuevo desafío en la formación académica y profesional, no fueron pocas las voces que se alzaron al momento de proponer el tema de investigación. En muchas ocasiones se cruzaron sentimientos, dudas y autocrítica respecto al motivo del presente estudio; no faltaron las discusiones sobre si el tema propuesto se encontraba dentro de los márgenes de la antropología (como si estos fuesen claros, nítidos y transparentes). Otros más rupturistas y, por qué no decirlo, con esa opaca, escasa y retrógrada moral de los que se creen dueños de una ética imperfecta pero superior, que trasunta los márgenes del anarquismo de colegio y que se posiciona en la academia, fueron capaces incluso de oler que por aquí rondaba el escandaloso síntoma de la traición. Agradezco el apoyo de muchos y el desprecio de otros tantos. Por tanto, nos proponemos aquí si habrá una mejor paradoja o, más bien, una mejor sintaxis que la de juntar una institución penal con la antropología. Poder/indiferencia, Estado/despojo, institución/academia. Vamos a ver qué resulta de la unión de lo penal —fundamental para el mantenimiento de la aglutinación, protección y control social— y la antropología —disciplina que se forja día a día en los laberintos despreciados por el poder, incluso de la academia, olvidada y despojada de todo brillo.

Una vez emprendido el camino, ese sentir inevitable por los contrastes, lo oscuro, los hilos del poder que se golpean cotidianamente con esas personas que no saben que son parte, me condujo a entrar, a preguntarme, a cuestionar, a querer saber qué hay detrás, en la trastienda, donde el ojo de lo público no ejerce ese carácter solidificante que retrae y engaña al espectador. Espero que el ratón no sea cazado y que el león muestre su cara más amable; si no es así, debo escribir algo sobre ética — mi concepción personal sobre ello— como antropólogo y ciudadano. Cuando hablo de ética, entiendo que la investigación social requiere de consideraciones específicas que mitiguen en algo las ambigüedades, la escasa reflexión en torno a parámetros éticos de discusión etnográfica,

elementos que dificultan la situación a investigadores, advenedizos o comunidades investigadas.

No estoy completamente seguro si la presente investigación contribuirá en algo a esta discusión, pero sí tengo muy claro lo que debe hacer un investigador que cruza instancias *legítimas de poder* con personas que son considerados *ciudadanos de segunda*; por lo mismo, no están y no son representadas en este juego de poder. No obstante, debe dejarse claro cuáles se constituirán en los límites que pretenden resguardar esta desnivelada y desaventajada situación.

Como primer punto, la relación entre funcionario e imputado se entenderá siempre dentro de los parámetros que participa en la Declaración Universal de los Derechos Humanos.

Un segundo punto que pretendemos salvaguardar se refiere a la utilización posterior de la información. Si bien esta se origina, organiza y practica dentro de una institución del Estado, no debe entenderse en ningún sentido que su utilización tenga el fin de potenciar elementos punitivos de control. La etnografía presentada no se dirige a aquellos que solidifican el accionar penal como una suerte de guerra fratricida entre los buenos y los malos, sino como un intercambio de conocimientos que refrendan el funcionamiento cotidiano dentro de la dinámica establecida.

Finalmente, esta tesis no se convertirá en un medio de control interno de la función penal. Por lo mismo, se conseguirán las autorizaciones pertinentes de cada instancia en la que participemos para la utilización y el buen uso de la información obtenida por medios legítimos, pero que involucran a personas que se encuentran en una posición desventajosa en términos de derechos ciudadanos debido a la discriminación sufrida durante tantos años.

#### **1.4 La organización del texto**

La presentación de la investigación estará dividida en seis capítulos que abordarán la temática de la relación entre la justicia indígena y la justicia chilena, desde lo general hasta lo específico. Dichos capítulos son: «Introducción»; «Estado de la cuestión y antecedentes de la investigación»; «Lineamientos teórico-metodológicos»; «Planteamiento de las unidades de análisis de la etnografía», y «Conclusiones».

En el primer capítulo, se desarrollan las hipótesis de trabajo y los lineamientos a través de objetivos sobre los que reposará la investigación. Además, se exponen el ámbito, los métodos y las técnicas de investigación, así como la posición ética respecto a la información obtenida en la etnografía. Lo anterior en su conjunto sirve como puerta de entrada a la posición que tendrá el investigador en su trabajo de campo, dilucidando la hipótesis que albergara, el lugar del trabajo de campo y las técnicas de recolección de información utilizadas.

En el segundo capítulo se desarrolla un detallado estado de la cuestión, identificando algunas de las problemáticas centrales en los estudios sobre el derecho indígena penal y su relación con la legislación jurídica oficial en Chile y el resto de Latinoamérica. Esto servirá para contextualizar el estudio en relación con la disparidad de judicatura existente en el continente y cómo Chile constituye un caso excepcional dentro de los diferentes modelos de integración jurídica que priman en otros países latinoamericanos, se prestará especial atención a lo que sucede en Perú, Colombia y Venezuela.

En tercer lugar, se problematizan algunos lineamientos teórico-metodológicos y conceptuales que permiten formular un enfoque propio y específico para el estudio. En términos generales, se intenta establecer una propuesta de análisis que supere o se diferencie de los esquemas estructurales funcionalistas mediante los que ha sido abordada la problemática propuesta en estudios anteriores. Por lo mismo, se propone un análisis bibliográfico sobre el poder, lo jurídico y la identidad del pueblo mapuche.

En cuarto lugar, se llevará a cabo la presentación del análisis del trabajo de campo. Este se establecerá en torno a tres cuestiones fundamentales: en la primera de ellas se caracterizarán los lugares físicos donde se realizará el trabajo de campo —la comunidad mapuche IRelmu Rayen ChodLafkenos y los tribunales de Garantía y Juicio Oral en lo Penal de Viña del Mar—. En segundo lugar, se presentará la información etnográfica en torno a las complejidades, contradicciones y dilemas de la relación establecida. Por último, se establecerá la descripción densa de la relación de todos los intervinientes en juego en el proceso penal.

Finalmente, presentaremos las conclusiones del estudio, centradas en los elementos de las experiencias relatadas en la etnografía y en sus posibilidades como elemento de análisis para la institucionalidad penal en Chile.

## 1.5 Motivación del estudio

El punto de partida de la investigación se encuentra en el contacto cotidiano y profundo con diferentes instituciones del sistema penal chileno, en el que se fueron conociendo diferentes realidades institucionales que dejaron enormes dudas sobre sus procesos a la hora de impartir justicia. De este modo, durante siete años de ejercicio profesional se analizaron los procesos del sistema penal en el que estaban involucradas personas de diferentes etnias a través de sentencias y programas de reinserción social en Gendarmería de Chile, institución encargada de la rehabilitación y reinserción social de personas condenadas. Esto dio como resultado un incipiente trabajo investigativo en torno al tema, relacionado con los sistemas de clasificación que se realizan en los recintos penitenciarios y el análisis de diferentes sentencias en las que los condenados pertenecían a las etnias mapuche, rapanui y aimara. Mientras se realizaban dichas labores, fue fácil darse cuenta de que el objetivo inicialmente propuesto era demasiado ambicioso o bien el material utilizado era limitado para tal fin. Efectivamente, para conocer el proceso por el cual la comunidad jurídica construye el delito en el que estuviese involucrada una persona de ascendencia indígena, el análisis de la sentencia resultaba insuficiente. Así, surgió mi interés por adentrarme en la práctica jurídica con el objetivo de acceder a las prácticas penales que tuviesen relación con problemáticas multiculturales; de aquí surgió la idea de realizar una etnografía jurídica como proyecto de tesis doctoral.

¿Pero por qué una etnografía jurídica? Sin duda la respuesta a esta pregunta debe responderse desde la experiencia como funcionario del Ministerio de Justicia y, sobre todo, como perito de la Defensoría Penal Pública. Mientras se participaba en diferentes juicios penales, fue posible percatarse de que el trato de los jueces era torpe, unívoco, prejuicioso, subjetivo y ansiosamente neutral cuando se trataba de personas de ascendencia indígena. Es decir, se intentaba poner en duda su condición étnica, se suspendían sus valores, se atropellaban sus derechos, se convertían, se aminoraban, se olvidaban. De ahí nacieron muchas dudas sobre el concepto de cultura legal y su aplicación a las causas indígenas; sobre el verdadero sentido de la privación de libertad;

sobre la aplicación de justicia; sobre la permeabilidad del sistema y la invisibilidad de lo étnico. También brotaron interrogantes sobre las relaciones de poder, identidad, prejuicios, cuadros axiológicos, etc. que continuó asentándose con la participación en cada juicio, en cada sentencia, en cada entrevista con algún imputado que tuviese ascendencia indígena. En estos primeros cuestionamientos, se intuye la influencia de las lecturas de autores como Tomás Ibáñez, Foucault y Gergen, entre otros; autores que reconozco, en parte, responsables de lo que a continuación van a leer.

Es dable reconocer también, en esta primera motivación a trabajar en el ámbito de la cultura penal, un cierto idealismo en mis planteamientos, probablemente debido a que en el trasfondo de los mismos se encontraba la ilusión de desenmascarar las «relaciones de poder» (Foucault M. , 1976, pág. 41) con la finalidad de *hacer un mundo mejor* sin espacio para la marginación, la sumisión, la discriminación y la injusticia. Hoy, cinco años después, es fácil darse cuenta de que el sistema solo empeora año a año. En este sentido, el conflicto mapuche nos sitúa en polos antagónicos, donde las condenas sobre los comuneros mapuches solo han permitido la demonización de sus demandas y una discriminación aún más aguda en el ámbito de las prácticas penales. No es el fin de esta tesis sacudir el sistema judicial ni convertirse en un grito de esperanza para los pueblos invisibilizados, desplazados y neutralizados.

El objetivo aparece más modesto: me contentaría con que el estudio incitara a la reflexión y al cuestionamiento de nuestras actuales prácticas jurídicas; que pudiese dar inicio a conversaciones en el ámbito académico sobre el ejercicio de la aplicación del concepto de justicia en los pueblos indígenas. En definitiva, que el presente trabajo cuestione las prácticas culturales ejercidas en un juicio penal en el que los intervinientes son indígenas sometidos a determinaciones de la justicia chilena. En tanto, características intelectuales, simbólicas y de saberes que considero revisten de poder a la Institución jurídica, atribuyendo a nuestros *narradores de historias* —magistrados— cualidades cuasidivinas. Al igual que el abogado defensor trata de generar la *duda razonable* entre los miembros del tribunal respecto a la culpabilidad de los imputados, en este caso intentaré sembrar la duda razonable sobre las cuestiones básicas y fundantes

del sistema penal chileno cuando intenta dictar justicia entre dos imputados que pertenecen a la etnia mapuche.

Para finalizar, de aquí en adelante pretendo presentar el sistema penal como un conjunto de prácticas culturales que no difieren de las prácticas desarrolladas por otros colectivos: es decir, presento la justicia como una construcción social, con controversias, incoherencias, parcialidades, subjetividades, etc. que quedan en evidencia cuando se intenta dictar justicia en un juicio donde los involucrados son mapuches. Esta etnografía pretende iniciar una discusión que está escondida, que no se ve en la televisión ni se escucha en las radios porque todos los días se neutraliza su identidad, se esconde, se olvida. Y, sin embargo, está ahí, existe.

## **CAPÍTULO II**

### **COMUNIDADES INDÍGENAS Y PROCEDIMIENTOS JUDICIALES: EL ESTADO DE LA CUESTIÓN**

---



## **2. CAPÍTULO II: COMUNIDADES INDÍGENAS Y PROCEDIMIENTOS JUDICIALES: EL ESTADO DE LA CUESTIÓN**

En este apartado se abordará el estado de la cuestión de la relación entre el derecho penal y los procedimientos jurídicos en los que se ven involucrados integrantes de comunidades indígenas, a partir de una revisión exhaustiva del enfoque antropológico del derecho penal y sus consecuencias en el juzgamiento de delitos donde participan indígenas. Por lo mismo, es menester del presente apartado dejar esbozadas las contribuciones de la antropología al derecho en general y, en especial, al derecho penal en esta temática.

### **2.1 Cultura y derecho**

Si asumimos que la norma jurídica constituye innegablemente una práctica social, estaremos de acuerdo en que no podemos separar la cultura y el derecho, pues la norma jurídica de este último no toma ningún grado de legitimidad si lo excluimos de los ambientes culturales donde toma sentido; a la vez, esto le otorga poder de punición en la población desde un punto de vista cultural. En consecuencia, la ley siempre será un acto cultural igual que el delito y todo el proceso penal que lo persigue, lo condena y lo encarcela. Por lo mismo, no podemos entender el derecho solo como un elemento contextualizador de conductas que nos indica los parámetros de lo legal o lo ilegal, pues también corresponde a la legitimación valórica de la sociedad. Además, al igual que la cultura, el derecho es siempre interpretativo, no taxativo, sino más bien generador de instancias dialogantes entre los intervinientes, un ir y venir. Es en esta relación interpretativa donde cobra sentido, donde vuelve y se resignifica como mecanismo punitivo del Estado.

El concepto que mejor aúna la relación entre cultura y derecho es el de *cultura jurídica*. Aparte de considerar una síntesis específica entre los dos campos de estudio, mantiene en la actualidad una luminosa producción intelectual, especialmente en el cuestionamiento de los procesos jurídicos aplicados en contextos de multiculturalidad.

Entendemos por *cultura jurídica* el conjunto de valores y de actitudes relacionadas con el derecho que prevalecen en una comunidad jurídica dada (Squella, 1988). Si bien la definición presentada deja de lado muchas otras acciones culturales relacionadas principalmente con lo simbólico, sirve para enmarcar un quehacer teórico en torno a la difícil relación entre cultura y derecho. Además de lo anterior, también el mundo de los valores puede ser muy distante y distinto entre personas involucradas en la maquinaria jurídica o penal, y aquellos que se relacionan a la distancia con lo jurídico, sin compartir ninguna militancia institucional y manteniendo únicamente una relación pasiva ante los sucesos jurídicos.

Por lo mismo, es necesario distinguir dos formas de participación dentro del esquema de la cultura jurídica, una interna y externa. Aun así, no concordamos en términos puros esta diferenciación, ya que dentro de la cultura siempre está presente la idea implícita o explícita de sanción y el derecho se representa como su fuente. En definitiva, esta diferenciación nos sirve para mostrar que existe un degrade en su participación, si bien todos participamos de la cultura.

Edmundo Fuenzalida (citado en Faivovich, 1996) las diferencia así:

Se entiende por cultura jurídica interna al conjunto más o menos coherente de ideas y creencias que acerca de su quehacer profesional sostienen abogados, jueces, profesores de derecho, notarios y otros funcionarios auxiliares de la administración de justicia que han recibido una educación jurídica formal. Tales ideas y creencias influyen en el desempeño de sus tareas en una variedad de formas que suelen desconcertar al lego, quien, al leer solamente las leyes y reglamentos, ingenuamente piensa que su caso tiene fácil y rápida solución (pág. 56).

La otra descrita por el mismo autor, corresponde a la cultura jurídica externa y señala que corresponde al «conjunto de ideas y creencias que acerca del sistema jurídico mantienen quienes (...) podrían ser afectados en sus derechos de propiedad, libertad y, en general, de toda la vasta gama de derechos que tienen, positiva o negativamente, por las resoluciones que ella produce» (pág. 63).

Pero dentro de esta diferenciación encontramos cómo identificar lo externo o lo interno; cómo señalar que, cuando se condena a un hermano, a un familiar, a un miembro de la comunidad mapuche, estamos hablando de una cultura jurídica externa si la resolución judicial en el caso mapuche afecta directamente a toda la comunidad. Justamente esta diferenciación nos sirve para anular la diferencia y reafirmar que las apreciaciones jurídicas, cuando provienen del discurso hegemónico del derecho, anulan las concepciones culturales.

Un mapuche, al ser miembro de la comunidad, jamás será un ente externo si el juzgado es otro mapuche. Así pues, la diferenciación debería hacerse sobre la participación que se tiene en el proceso como activo o pasivo del proceso, pero jamás como interno o externo.

No cabe duda de que, por donde busquemos, siempre encontraremos conceptualizaciones de la cultura jurídica donde prima lo jurídico y desaparece lo cultural. Esta situación se debe a tres motivos. El primero de ellos tiene relación con el que escribe: generalmente, el que escribe mantiene una estrecha relación con el mundo jurídico, desde la academia o como operador jurídico del sistema. En segundo lugar, prima lo jurídico, pues limitan su accionar a un mundo institucional. Lo jurídico solo existe si se desenvuelve dentro de lo institucional; ahí vive, se crea y cree, y recrea sus procedimientos y procesos. Por último, lo jurídico teme a la cultura, teme que la cultura no resignifique o no justifique su proceder; por eso, todos sus esfuerzos son para mirar hacia dentro y no hacia la cultura.

Es más, los propios actores jurídicos piensan que la cultura y el derecho solo existen dentro de lo institucional, y que la cultura jurídica se recrea en sus salones, donde el tribunal de justicia es su escenario principal. Respecto a esto, el profesor Valle señala lo siguiente:

Esta cultura de los operadores jurídicos tiene una doble composición. Está formada por estándares profesionales provenientes de la ciencia jurídica, de la dogmática en particular, de la jurisprudencia de los tribunales y del desempeño práctico de los abogados. Además, dicha cultura está integrada por unos principios, valoraciones o convicciones ideales o filosóficos, ya sea sobre los fines del derecho o de la justicia, que, no obstante, ser tradicionalmente reconocidos en la comunidad de juristas prácticos, no importan conocimientos profesionales propiamente, fundados en el saber científico, sino derivaciones de una ideología acerca del derecho (Valle, 2006, pág. 87).

Gracias a lo anterior, podemos darnos cuenta de que estamos ante un problema en el que, si bien existe una bibliografía de la que podemos echar mano, esta ha sido escrita entre cuatro paredes y, peor aún, siempre mirándose el ombligo desde el mundo institucional penal, donde lo jurídico sobrepasa a la cultura y esta debe atenerse a sus silogismos.

A pesar de que esta relación entre cultura y derecho puede dejarnos un sinsabor por el reduccionismo con que trata a la cultura, existe una relación que es profunda y sana, y que se ha comenzado a descubrir recientemente desde lo jurídico. Si bien no podemos ignorar el inmenso poder del derecho dentro de esta construcción, de a poco esta relación se va democratizando. En las próximas páginas podremos dar cuenta de esta irrupción liderada por la antropología, disciplina que ha hecho suyos estos temas.

## 2.2 Enfoque antropológico del derecho

A pesar de que parecen historias antagónicas y hasta irreconciliables, la antropología y el derecho mantienen históricamente una tradición común. Desde tiempos pretéritos, la antropología y el derecho se han visto atraídos por el funcionamiento del delito dentro de la sociedad. El interés por comprender y explicar desde la lógica de los propios sistemas jurídicos particulares; por intentar explicar y dar solución a los hechos de violencia; por proveer de explicaciones para la solución de disputas y conflictos en el interior de las comunidades o para la recuperación del equilibrio social, los juntaron inevitablemente en un mismo camino. Henry Maine es, en nuestra disciplina, una referencia insoslayable para pensar la ley desde el plano cultural. Antropólogo inglés, hombre estudioso de derecho, desde el pilar de su obra *El derecho antiguo* (1861) nos hablaba sobre las características de la historia temprana y de sus delitos y crímenes:

Los agravios se hallan copiosamente exagerados en la jurisprudencia primitiva. Hay que añadir que los pecados también eran de su incumbencia. Es casi innecesario hacer esta afirmación sobre los códigos teutónicos, porque estos códigos, en la forma en que han llegado a nosotros, fueron recopilados o vueltos a escribir por legisladores cristianos. Pero es igualmente verdad que cuerpos no cristianos del derecho arcaico implicaban consecuencias penales para cierto tipo de actos y cierta clase de omisiones que se consideraban violaciones de prescripciones y mandamientos divinos (Maine, 1893, pág. 101).

Otro autor muy importante para contextualizar la relación entre la antropología y el derecho es Lewis H. Morgan. También abogado de profesión, estudió a fondo la comprensión del parentesco y la organización política de los iroqueses en Norteamérica. En su texto *La sociedad primitiva* (1877) estudió la correspondencia entre la organización político-jurídica y las relaciones de parentesco en el interior de la comunidad indígena.

De este vínculo entre antropología y derecho podemos destacar la antigüedad de la empresa. Con este trabajo de investigación pretendemos aportar una nueva visión al espíritu que las unió, con la finalidad de valorizar la relevancia del estudio antropológico de la ley y sus instituciones, teniendo en cuenta la complejidad que supone la administración de justicia en una sociedad multicultural como la nuestra. El reconocimiento de la existencia de múltiples sistemas normativos y jurídicos supone una buena articulación de la democracia, de los derechos humanos y de la gobernalidad de nuestro país.

Si hablamos de relación entre antropología y derecho penal, no podemos dejar de lado un libro que se ha convertido en icono para los especialistas de esta área. Nos referimos a *Crimen y costumbre en la sociedad salvaje* de Malinowski (1986). Según nos señala: «no se trata de preguntarse cómo los actores obedecen las reglas, porque no lo hacen; se trata de preguntarse cómo las reglas son adaptadas a la vida» (pág. 26). Sin duda, toda una inversión del derecho que antepone el sentido de la vida sobre el de las reglas; una disciplina que va generando y ampliando los conceptos sobre lo legal y lo punitivo cuando se trata de comunidades indígenas, situación que nos servirá como planteamiento base más adelante.

De esta manera, las reglas de costumbres o leyes se distinguen de otros conjuntos de reglas de la costumbre, como las religiosas, artesanales, formas y maneras de interacción social, comercio, etc., donde:

Las reglas jurídicas destacan del resto por el hecho de que están consideradas como obligaciones de una persona y derechos de otra (...). Cuando nos preguntamos por qué ciertas reglas de conducta, por duras, molestas o desagradables que sean, son obedecidas; qué es lo que hace transcurrir tan fácilmente la vida privada, la cooperación económica y los sucesos públicos; en una palabra, en qué consisten la fuerza de la ley y el orden en la sociedad salvaje, la respuesta no es fácil y lo que la antropología ha podido decirnos dista de ser satisfactorio. Mientras se pudo sostener la teoría de que el "salvaje" es realmente salvaje, de que este sigue caprichosa y descuidadamente el poco derecho que tiene, el problema no existía.

Cuando esta cuestión adquirió verdadera actualidad, cuando se hizo patente que lo característico de la vida primitiva es más bien la hipertrofia que la carencia de reglas y leyes, la opinión científica vira en redondo; al salvaje se le convirtió, no solo en un modelo de ciudadano cumplidor de la ley, sino que se tomó como axioma que, al someterse a todas las reglas y limitaciones de su tribu, el salvaje no hace más que seguir la tendencia natural de sus propios impulsos; que de esta manera, por así decirlo, se desliza fácilmente por la línea de menor resistencia (Malinowski, 1986 , pág. 43).

Pero Malinowski no solo se limitó a indicar una definición de reglas legales como distintas de la mera costumbre de los indígenas, sino que también indicó la separación que hay entre la ley civil y la ley criminal en el derecho primitivo y tribal. El derecho civil, la ley obedecida, es el cuerpo de obligaciones forzosas consideradas como justas por unos y reconocidas como un deber por los otros, cuyo cumplimiento se asegura por un mecanismo específico de reciprocidad y publicidad inherentes a la estructura de la sociedad.

En la actualidad son numerosos los autores que han transitado y afianzado la relación entre antropología y derecho. Así, Bea Kalinsky (2003), en su texto *Antropología y Derecho penal. Un camino transitable con cautela*, incorpora el aparataje institucional judicial y sus prácticas dentro del análisis de la dialéctica jurídica penal. Además, señala cierto desprecio de lo institucional por los aportes disciplinarios desde la antropología:

El derecho sigue considerando que la antropología es una ciencia periférica al cuerpo general del conocimiento científico y, por ende, desprecia de la legitimidad de sus teorías. De maneras diferentes, invalida los métodos de producción de su conocimiento y no la considera con la suficiente autoridad (legitimidad, validación, formas de plantear sus objetos de estudio) como para ser tenida en cuenta a la hora de generar las pruebas judiciales. En particular, el estudio de caso es visto como una mera "anécdota" que puede "ejemplificar" o "ilustrar", en vez de ser considerada como una inmersión sistemática y metódica en el mundo de significados de las personas, ya sea en su vida cotidiana o en situaciones extremas (pág. 26).

Ahora bien, no es justo pensar que solo los antropólogos hacemos interpretaciones de esta conjunción entre derecho penal y jurisprudencia indígena, sino también los jueces, fiscales, defensores... hacen sus propias interpretaciones sobre el plano penal. Sin embargo, estas interpretaciones son lineales, situación que los alejaría de lo real y los acercaría a un plano abstracto y literario. Así lo confirman muchos estudiosos latinoamericanos del derecho penal, como Carrasco (2010) o Noel (2015). Esta situación queda más clara en la siguiente cita:

El derecho penal no está preparado para conocer de otra forma que no sea por medio de la aseveración de sus enunciados: es verdadero o falso, dice la verdad o miente, es culpable o inocente, tiene responsabilidad penal o no la tiene, evitando los márgenes de incertidumbre propios de todo conocimiento humano. Si bien la ley (penal) deja un margen de interpretación, esta tarea pasa a ser una rutina donde se dejan de lado todas las posibilidades hermenéuticas que podrían plantearse frente al juzgamiento de un hecho delictivo. Esta actividad hermenéutica es propia de algunas corrientes antropológicas, de forma tal que si hubiera una apertura de ambas disciplinas, podría dejarse en manos de antropólogos para luego ser evaluada y aplicada al momento de dar sentencia, por ejemplo (Kalinsky, 2003, pág. 37).

También nos plantea un punto significativo para nuestra tesis, que dice relación con el desdén o, directamente, con el desprecio con que se aborda, en los juicios, el punto de vista antropológico. En ellos, se descalifica la etnografía interpretativa o descriptiva por el principio de relatividad cultural que supone su accionar metodológico al adoptar el punto de vista del indígena, confundiéndolo muchas veces con nociones fundamentalistas o antojadizas que nos son propias ni forman parte de la jurisprudencia oficial. El derecho penal considera que el principio de relatividad cultural invalida cualquier aproximación *positivista* a los hechos y a la realidad, confundiendo un fundamentalismo de las diferencias culturales (relativismo cultural) con la propia esencialización que él mismo hace al considerar una realidad *objetiva*, independiente de las percepciones, valores, creencias y producciones sociales de las personas y que es



preexistente a los significados y acciones humanas (Kalinsky, 2003). Así, se deja el discurso penal como el objetivismo absoluto y universal, entregándole un estatus monopólico.

Como podemos apreciar, la antropología y el derecho son ciencias que se vinculan desde sus albores con la intención de producir lecturas complejas de la realidad penal, cada una desde sus propias visiones y convicciones, pero que se nutren y necesitan para su desarrollo. El aporte de la antropología ofrece la posibilidad de escudriñar la descripción densa de los actores sociales sirviéndose de sus lógicas propias para dar significado a las cosas del mundo y sus prácticas. Si lo entendemos así, el derecho penal contará con un aliado valioso en su deambular epistémico; de lo contrario, la venda de la justicia que recrea lo justo no servirá de nada al no poder ver la praxis en que se recrea incluso lo jurídico penal.

### **2.3 El nuevo contexto jurídico-penal latinoamericano para juzgar causas indígenas**

Con la clara intención de entender el marco jurídico en que funciona actualmente el sistema penal en Latinoamérica y que es diametralmente distinto al que operaba hace no más de quince años en todo nuestro continente, proponemos realizar una síntesis sobre los procesos reformativos a la justicia penal que se establecieron durante la primera década del siglo XXI por todos los países latinoamericanos, incluido Chile. Entender este proceso reformativo de la justicia penal resulta importante para comprender el marco institucional en el que se inserta jurídicamente el caso que nos ocupa. Además, es importante comprender la aparición de nuevos actores e instituciones que han discutido y analizado la temática multicultural dentro de su quehacer.

Las reformas procesales penales, se han instalado en Latinoamérica como procesos que han modificado el actual escenario jurídico penal desde fines del siglo XX y principios del siglo XXI. Esto ha significado entender el sistema penal desde una lógica totalmente distinta, constituyéndose en la principal reforma del ámbito penal acontecida a las jóvenes repúblicas de este lado del mundo. Como lo señala Langer (2007), el cambio fue paradigmático, profundo y extensivo:

Catorce países y un número sustancial de provincias y Estados latinoamericanos han introducido nuevos códigos procesales penales. Estos códigos son, posiblemente, la transformación más profunda que los procesos penales latinoamericanos han experimentado en sus casi dos siglos de existencia. Si bien estas reformas no han sido exactamente iguales en todas estas jurisdicciones, los reformadores han descrito a estas reformas en términos similares, como una movida de un sistema inquisitivo a uno acusatorio o adversarial (Pág. 35).

Es importante señalar que este cambio, en un primer momento, no contempló la revisión del tema indígena, debido, sobre todo, a la urgencia de introducir el mismo cambio y lo complejo que era, en su tarea, la incorporación de un tema no resuelto en la mayoría de los países latinoamericanos.

Si bien las reformas que se dieron en Latinoamérica no fueron necesariamente una invención institucional singular, debido a la inexperiencia en estas lides y al fuerte componente tradicionalista de romper con años del ejercicio de una justicia inquisitiva, tienen muchos atributos comunes, tales como la introducción o el fortalecimiento del ministerio fiscal, y la decisión de poner al fiscal en lugar del juez a cargo de la investigación preliminar. Otros cambios incluyen el aumento de derechos a los imputados frente a la policía e introducir el principio de discreción fiscal, la permisión de mecanismos de negociación y la resolución alternativa de conflictos, así como el incremento de la protección de la víctima en el proceso penal (Langer, 2007). Esta última cuestión sirvió para apoyar el proceso y quebrar, en cierta forma, los fuertes cuestionamientos iniciales de la clase terrateniente dominante en varios países de nuestro continente.

**Cuadro n.º 2.1: Países latinoamericanos y años de la reforma procesal penal**

• Argentina (sistema federal, 1992)	• Bolivia (2001)
• Chile (2000)	• Colombia (2005)
• Costa Rica (1998)	• Ecuador (2001)
• El Salvador (1999)	• Guatemala (1994)
• Honduras (2002)	• México (reforma constitucional, 2008)
• Nicaragua (2002)	• Panamá (2009)
• Paraguay (1999)	• Perú (2006)
• República Dominicana (2004)	• Venezuela (1999)

Fuente: <http://www.ceja.cl/>

El gran objetivo de las reformas procesales penales en Latinoamérica siempre fue terminar con los vicios que, durante siglos, significaron mantener una terrible distorsión del sistema, perjudicando especialmente a las clases empobrecidas y marginales. Esto fue debido al antiguo modelo de justicia penal secreta e inquisitiva, pues contaba con instituciones judiciales débiles, ineficientes y políticamente vulnerables. Pocos fueron capaces de lograr un equilibrio adecuado con el poder ejecutivo, garantizar el respeto

pleno de los derechos humanos y civiles básicos, así como promover un entorno conducente al desarrollo económico, sobre todo en lo referente a la inversión nacional e internacional; tampoco consiguieron proporcionar a los ciudadanos los elementos esenciales de seguridad. Contaban con códigos penales anticuados; tribunales con estructuras organizativas y presupuestarias insuficientes; jueces y funcionarios judiciales y policiales mal remunerados e inadecuadamente capacitados; procedimientos jurisdiccionales que demostraban niveles mínimos de transparencia, y condiciones penitenciarias deplorables (DeShazo, 2006). Esta institucionalidad fue de fácil quiebre en la mayoría de los países latinoamericanos cuando se instauraron las dictaduras que prácticamente hicieron desaparecer el Estado de derecho de nuestros países.

Pero no debemos pensar la reforma penal como un fenómeno puramente estético, ya que implica un profundo cambio del modelo, del espíritu y de la filosofía de la gestión penal que primaba desde los albores de las repúblicas latinoamericanas. En este nuevo escenario, los nuevos sujetos institucionales adquieren una nueva dimensión y funcionalidad. Los intervinientes actuales son investidos con articulados legales propios del Estado aparentemente democrático del derecho. Además, con la finalidad de salvaguardar las garantías mínimas para la persona imputada, todo lo anterior marcado a fuego luego de vivir traumáticos procesos dictatoriales prácticamente en todo el continente, lo cual ayudó y apoyó la tesis de constituir unos procesos penales que respetaran los derechos humanos.

Sin embargo, no todos los procesos reformativos de la justicia penal fueron iguales ni fundacionales, pues existió un degrade de mixturas que dificultó la comprensión de un sistema único y general. Si bien se pueden tomar estéticamente algunas obviedades para pretender asemejar la realidad penal latinoamericana, cuando vamos a lo específico aparecen las fisuras y diferencias; dentro de estas, la más elocuente e importante para nuestro estudio es la relacionada con la visión y el enfoque de lo indígena, cuestión que retomaremos en las próximas páginas. A continuación, se presentarán de forma muy sintética algunos ejemplos del proceso de la instauración de reformas procesal-penales en algunos países latinoamericanos.

El estado del proceso de reforma judicial en Perú no estuvo falto de problemas, pues el nivel de confianza del público en el sistema judicial peruano, así como en la imparcialidad y efectividad de los jueces es sumamente bajo. Esto se debe, en parte, al hecho de que la estructura de justicia rara vez llega a los niveles municipales, especialmente en las zonas alejadas de las ciudades principales. Otra razón fue que, durante el gobierno autoritario de Alberto Fujimori (1990-2002), el sistema judicial quedó subordinado a un régimen de influencias políticas y de corrupción (DeShazo, 2006). Nadie creía que esta situación se pudiese solucionar por un cambio en el sistema judicial, lo que se percibía como un gasto innecesario para el país.

A pesar de las mencionadas mejoras, el proceso de reforma judicial peruano no ha logrado traducirse en un aumento de la confianza de la población en el sistema ni ha podido superar el enorme rezago en la tramitación de causas pendientes (DeShazo, 2006). Esto es debido, entre otras cosas, a los altos niveles de corrupción y al poco afianzamiento de las instituciones en la población. Lo anterior repercute directamente en la poca inclusión de la población indígena en el nuevo proceso penal, ya que lo siguen viendo como lejano, distante y fuera de contexto al no tener los medios necesarios para la administración de la justicia en zonas alejadas de las ciudades.

Otro ejemplo de lo problemático que fue la instauración de este nuevo proceso penal es el caso de Colombia. Dos hechos fundamentales dieron forma al proceso de transformación judicial colombiano: las reformas constitucionales de los años 1991 y 2002. Las enmiendas constitucionales realizadas en 1991 establecieron las bases jurídicas e institucionales para solidificar el respeto por los derechos humanos y civiles en el país, además de lanzar el proceso de reforma judicial. Se constituyó una Corte Constitucional compuesta de nueve magistrados con el fin de tramitar causas, planteadas por particulares, por actos inconstitucionales llevados a cabo por el Gobierno o por funcionarios públicos. Las responsabilidades más importantes de dicha corte se asignaron a la Procuraduría General de la Nación y al defensor del Pueblo en lo relativo a la supervisión y al respeto de los derechos humanos (DeShazo, 2006). Sin embargo, al igual que en Perú, el proceso no ha tenido la repercusión que se estimó durante su

elaboración de ser transparente y cercana; es más, la población indígena no legitima su accionar dentro de sus comunidades.

El sistema judicial venezolano que existía antes de la reforma estaba marcado por la ineficiencia, la corrupción generalizada, un bajo nivel de recursos y una fuerte influencia de los dos partidos políticos principales del país. El descaecimiento de los partidos a mediados de la década de 1990 generó la adopción de varias medidas para mejorar la calidad y la eficiencia de la estructura de Justicia. En 1994 se procedió a la creación de la justicia de paz a efectos de proporcionar servicios judiciales a las comunidades que no contaban con buena atención en ese campo. En 1998 se sancionó el nuevo Código Orgánico Procesal Penal, el cual prevé un régimen acusatorio que incluye procesos orales, el principio de juicio en libertad, los acuerdos de admisión de culpa del imputado y las investigaciones penales dirigidas por los fiscales de distrito. La Constitución de 1999 abolió la Corte Suprema y el Consejo de la Judicatura, organismo encargado de la designación, capacitación y disciplina de los jueces hasta ese momento. Estos dos órganos fueron reemplazados por un Tribunal Supremo de Justicia que desempeña las funciones de ambos. En el mes de mayo de 2004, se aprobó la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia, que aumentó el número de magistrados a 32 y permitió su designación por mayoría simple de la Asamblea Nacional, cuerpo legislativo dominado por fuerzas leales al presidente (DeShazo, 2006). Muy parecido a lo sucedido en Colombia, el proceso venezolano solo se aplicó en las ciudades, cuestión que ha dejado a las comunidades indígenas fuera de su jurisdicción.

El afán reformatario también llegó a nuestro país, proponiéndose como objetivo principal: «Dotar al sistema de justicia de un modelo de enjuiciamiento criminal compatible con las exigencias del sistema político democrático, al tiempo de dar efectivo cumplimiento al conjunto de derechos y garantías que los tratados internacionales, la Constitución y las leyes reconocen a los intervinientes de un proceso penal» (Blanco, "La Reforma Procesal Penal en Chile; Reconstrucción histórico-política sobre su origen, debate legislativo e implementación", 2004, pág. 37). A continuación, analizaremos con mayor profundidad la reforma al proceso penal en Chile, ya que entender su diseño y asentamiento nos permitirá conocer cuál es el contexto de la *cultura jurídica* que opera en nuestro país y comprender la estructura de cada uno de los actores políticos que, más adelante, entrarán en juego cuando analicemos la causa mapuche en el Tribunal de Garantía de Viña del Mar.

#### **a) Diseño de la reforma procesal penal**

Uno de los aspectos que toda política pública debe consultar dice relación con la forma de aproximarse al problema que intenta resolverse, siendo de particular relevancia por tratarse de reformas que suponen cambios profundos de mentalidad, prácticas, organización, procesos de trabajo, normas y paradigmas. Uno de los problemas que pareciera repetirse al momento de diseñar políticas públicas tiene que ver con aproximaciones puramente tecnocráticas que carecen de visiones políticas más sistémicas que aborden los problemas sociales, económicos o institucionales de que se trate (Blanco, "La Reforma Procesal Penal en Chile; Reconstrucción histórico-política sobre su origen, debate legislativo e implementación", 2004). En este sentido, aparece como relevante en todo proceso de diseño y creación de política pública la capacidad de identificar los grandes temas envueltos en un proceso de cambio —en este caso, al sistema de Justicia—. Dicho en otras palabras, parece indispensable poseer una lectura acerca de la forma en la que el cambio del sistema de Justicia se vincula con un determinado proyecto país o con el modelo de desarrollo al que una sociedad aspira, de forma de identificar los grandes objetivos estratégicos envueltos en tal proceso de cambio (Blanco, 2004, pág. 15)

## **b) Identificación de objetivos estratégicos de la reforma procesal penal**

El punto de partida en el caso de la reforma al sistema procesal penal se vincula a la constatación de que es en el ámbito de la justicia criminal –más específicamente, en el sistema de persecución penal pública<sup>2</sup>— donde más se violan, de manera habitual, los derechos de las personas en el sistema democrático.

Esta constatación involucra desde el accionar de la policía hasta el cumplimiento de condenas en el sistema carcelario. En consecuencia, el esfuerzo más relevante asociado al proceso de reforma estriba en construir un modelo de persecución y enjuiciamiento criminal que respete los derechos y garantías del imputado, y, en general, los de todos los intervinientes; esta condición es necesaria, a su vez, para dotar de legitimidad las acciones estatales que se desarrollan en este segmento público (Blanco, 2004, pág. 7). Con el fin de aproximarse a niveles de legitimidad relevantes y tornar compatible el sistema procesal penal con las demandas estructurales y de principio que provienen de la Constitución Política y de los Tratados Internacionales de Derechos Humanos, es necesario construir un proceso penal respetuoso de principios que le son connaturales y básicos.

---

<sup>2</sup> Para más información sobre este tema, ver María Angélica Figueroa: “El Proceso Penal chileno y los Derechos Humanos”, en *Cuaderno de Análisis Jurídico*, Escuela de Derecho Universidad Diego Portales, Santiago, Diciembre 1994. Además, CEJIL y Escuela de Derecho Universidad Diego Portales: *Tortura, Derechos Humanos y Justicia Criminal en Chile*, Santiago, 2002.



### **c) Justicia transparente: publicidad de audiencias, inmediación**

Relacionado con el punto anterior, aparece otro objetivo estratégico, vinculado también con el principio de transparencia, que debe satisfacer a todo el sistema de Justicia, en especial, al del ámbito criminal. Una de las críticas que permanentemente se realizaron al sistema inquisitivo decía relación con el denominado secreto de sumario, esto es, con la falta de acceso por las partes al contenido de la investigación que se encontraba desarrollando el juez. Esta estructura reservada de los antecedentes de materia de la investigación impedía un adecuado control sobre el accionar del sistema de persecución, imposibilitaba el adecuado ejercicio del derecho a defensa o del derecho que todo interviniente tiene a acceder, oportunamente, a los antecedentes que fundan una investigación (Blanco, 2004, pág. 17). Es este un punto importante que aparecerá de nuevo al analizar la causa indígena y cómo son quebrados estos objetivos cuando se trata de una causa indígena.

### **d) Principales actores del nuevo sistema de procedimiento penal**

**Fiscales:** su función es la de instruir la investigación, solicitar la aplicación de medidas cautelares –prisión preventiva u otra-, proteger a las víctimas y sustentar la acción penal. Al fiscal nacional le corresponde fijar los criterios de actuación del ministerio público, dictar las instrucciones generales para el adecuado cumplimiento de las tareas de dirección de la investigación —tanto para el ejercicio de la acción penal como para la protección de las víctimas y testigos (Blanco, 2004, pág. 23).

**Defensor público:** es la entidad estatal encargada de proveer un abogado defensor a todas las personas que así lo requieran y no contraten defensa particular. Funciona bajo la supervigilancia del presidente de la república, a través del Ministerio de Justicia. La labor de esta institución es dar defensa legal y profesional al imputado, informarle de sus derechos y de los procedimientos legales en que se verá involucrado, y solicitar al tribunal medidas de protección en su favor (Blanco, 2004, pág. 31).

**Jueces de garantía:** son quienes deben cautelar los derechos de los imputados y demás intervinientes en el procedimiento (víctimas, testigos, sociedad). El juez de garantía tiene, además, las siguientes funciones: dirigir la audiencia de preparación, formalizar acuerdos, resolver en audiencias las autorizaciones, diligencias y demás peticiones que presente el fiscal y el defensor (Blanco, 2004, pág. 33).

**Tribunal Oral en lo Penal:** está compuesto por tres jueces letrados, quienes deben juzgar en forma colegiada respecto a los casos que ante ellos presenten los fiscales y defensores en audiencia. Una característica esencial del proceso consiste en la separación de las funciones de investigación y juzgamiento, lo que, según se ha explicado anteriormente, recaía sobre el juez del crimen en el sistema tradicional. Esas funciones quedan entregadas a dos órganos distintos, a saber, la investigación a cargo de la fiscalía y sus servicios de apoyo, y el juzgamiento corresponde al Tribunal del Juicio Oral. Por lo tanto, los jueces del tribunal, apartados de la función de investigación, debieran quedar en mejores condiciones de informarse, discernir y evaluar con imparcialidad para dictar la sentencia (Blanco, 2004, pág. 41).

## 2.4 Reconocimiento constitucional de derechos de los pueblos indígenas y su implicancia en el derecho penal en Latinoamérica

En el presente apartado se expondrá la situación de reconocimiento constitucional de los pueblos indígenas en Latinoamérica. Se hará hincapié en la singular situación en que se encuentra Chile respecto a esta materia, ya que, a pesar de mantener compromisos específicos con organismos internacionales como la Organización Internacional del Trabajo (OIT), no existe ningún reconocimiento constitucional de la prevalencia de un Estado multicultural o trato especial hacia la población indígena del país. Myrna Villegas explica y analiza esta situación, situándola entre la exculpación y la justificación de lo que sucede:

La mayoría de los países latinoamericanos con presencia indígena, a excepción de Chile, contemplan el reconocimiento constitucional a la diversidad cultural, muchos de ellos de manera específica a pueblos originarios. Asimismo, han ratificado el Convenio 169 y contemplan reconocimiento penal expreso a los derechos de los indígenas. Esto porque se trata de un *reconocimiento* a la diversidad en una Constitución hecha por la cultura dominante, una Constitución que expresa normativamente el *Ser* de una comunidad política de origen occidental (Villegas, 2012, pág. 193).

En este sentido, el reconocimiento constitucional no es solamente un atributo simbólico para las comunidades indígenas, sino que, al asumir un compromiso constitucional, quedan en evidencia, en caso de haberlos, los ordenamientos jurídicos diferenciales dentro de un mismo país. Esto se traduce en un reconocimiento implícito y explícito del derecho consuetudinario, que posibilita la discusión de la noción pragmática del delito imputado, lo que significaría no realizar una relación horizontal e inequívoca entre delito y sanción. Además, abriría la puerta a la existencia de una jurisdicción indígena especial, la cual quedaría a cargo de las propias comunidades indígenas y sería ejercida en su propio territorio.

Siguiendo esta línea, el derecho penal oficial en el área latinoamericana se inclina por dejar fuera de su aplicación al indígena, debido a una suerte de exculpación, como se explica en la siguiente cita:

Exculpación en aquellos casos en los que comete un hecho punible en la legislación penal del Estado, pero obedeciendo a su cultura, ya sea considerándole como inimputable (ej. Colombia) o que ha actuado bajo un error de prohibición (ej. Perú). En los aspectos adjetivos, encontramos sistemas en los que existe un único orden jurídico a nivel nacional, que contempla, con mayor o menor énfasis, un reconocimiento penal a los derechos de pueblos indígenas; así como a sistemas mixtos en los que existe un orden jurídico nacional, y sistemas jurídicos diferenciados para indígenas que viven en comunidades (Villegas, 2012, pág. 197).

A continuación, presentaremos algunos ejemplos de legislaciones penales de diferentes países latinoamericanos en relación con la aplicación de la legislación penal en las comunidades indígenas.

Sin duda, México es uno de los países latinoamericanos más avanzados en el reconocimiento constitucional de sus pueblos indígenas.

La Constitución Federal mexicana reconoció por primera vez a los pueblos indígenas en 1992, para luego ir ampliando este reconocimiento mediante reformas. En cuanto a la legislación penal sustantiva, el reconocimiento se plasma según el instrumento de que se trate, pudiendo distinguirse el Código Penal Federal, las leyes federales y los códigos penales estatales (Villegas, 2012, pág. 202).

Lo anterior entrega una diferenciación enorme de acuerdo con las características indígenas de cada territorio.

Específicamente, la Constitución mexicana reconoce a sus pueblos indígenas en el artículo segundo, que expresamente señala:

La Nación Mexicana es única e indivisible. La Nación tiene una composición pluricultural sustentada originalmente en sus pueblos indígenas, que son aquellos que descienden de poblaciones que habitaban en el territorio actual del país al iniciarse la colonización y que conservan sus propias instituciones sociales, económicas, culturales y políticas, o parte de ellas. La conciencia de su identidad indígena deberá ser criterio fundamental para determinar a quiénes se aplican las disposiciones sobre pueblos indígenas. Son comunidades integrantes de un pueblo indígena aquellas que formen una unidad social, económica y cultural asentada en un territorio, y que reconocen autoridades propias de acuerdo con sus usos y costumbres. El derecho de los pueblos indígenas a la libre determinación se ejercerá en un marco constitucional de autonomía que asegure la unidad nacional. El reconocimiento de los pueblos y comunidades indígenas se hará en las constituciones y leyes de las entidades federativas, las que deberán tomar en cuenta, además de los principios generales establecidos en los párrafos anteriores de este artículo, criterios etnolingüísticos y de asentamiento físico (Américas, 1988).

Así es como la Constitución mexicana reconoce constitucionalmente normas específicas en relación con la determinación de penas por parte de los jueces.

El Código Penal Federal contiene normas comunes para todos los habitantes del territorio mexicano sin que se contenga norma especial de reconocimiento penal a la diversidad cultural mediante alguna cláusula de exclusión de la antijuridicidad y/o culpabilidad (art. 1 con relación al art. 15). La inimputabilidad y el error de prohibición están establecidos con carácter general. Sin embargo, existen normas específicas que obligan a considerar para la determinación de penas y/o medidas de seguridad, entre otros, la calidad de indígena del sujeto, los usos y costumbres de los pueblos o comunidades a que pertenezcan (arts. 51 y 52 del CPF). Así también se contempla norma especial respecto de la tenencia de cierto tipo de narcóticos (peyote u hongos alucinógenos) cuando pueda presumirse que serán utilizados en ceremonias de conformidad con usos y costumbres indígenas, caso en el cual el Ministerio Público no puede iniciar persecución penal (Villegas, 2012, pág. 189).

En este sentido, las diferencias en las sanciones aceptan implícitamente el reconocimiento cultural de cada grupo indígena, debido a que la taxonomía de delitos no se juzga de forma genérica, sino que implica un razonamiento cultural que mediatiza la sanción.

Otro ejemplo importante para analizar con el fin de comparar los sistemas constitucionales latinoamericanos es el caso de Colombia. La Constitución en Colombia, al igual que en México, reconoce oficialmente la diversidad étnica y cultural de su población, yendo más allá, pues al mismo tiempo realiza un reconocimiento oficial a la jurisdicción del derecho indígena, específicamente por medio del artículo 246 de su constitución política, que señala:

Las autoridades de los pueblos indígenas podrán ejercer funciones jurisdiccionales dentro de su ámbito territorial, de conformidad con sus propias normas y procedimientos, siempre que no sean contrarios a la Constitución y leyes de la República. La ley establecerá las formas de coordinación de esta jurisdicción especial con el sistema judicial nacional (Américas, 1988, pág. 7).

El abanico de reconocimiento legal es amplio y llega al hasta la invocación de la inimputabilidad por la diversidad cultural.

La más importante es aquella que establece como causal de inimputabilidad la no comprensión de la ilicitud de la conducta o de determinarse de acuerdo con esa comprensión, por diversidad sociocultural (art. 33 CP); es decir, la irresponsabilidad penal del indígena se establece vía causal de exculpación. Esta norma que data del CP de 1936 consideró, en un primer momento, al indígena inimputable en virtud de determinadas condiciones psicosociales desde que pertenecía a una comunidad, y que le impedía comprender la ilicitud de la conducta, luego mutó a la imposibilidad de comprender esta ilicitud por diversidad sociocultural (Villegas, 2012, pág. 195).

Lo anterior supone un paso más allá del caso mexicano, pues esgrime directamente las causas de la imposibilidad de comprender la cultura como causa directa para eximir de culpabilidad.

En cuanto al derecho penal adjetivo, por mandato constitucional, podemos distinguir dos jurisdicciones paralelas:

La Constitución política y la legislación nacional, que se aplican a los indígenas en cuanto son considerados *ciudadanos* colombianos, y la legislación indígena nacional, que ha sido asumida por aquellos pueblos indígenas andinos y comunidades indígenas que, a consecuencia del proceso de aculturación, han perdido sus costumbres ancestrales en forma total o parcial, sus sistemas de control y de autoridades, y que se encuentran en proceso de recuperación de sus sistemas normativos propios. De otro lado, están los sistemas jurídicos indígenas, sistemas propios que tienen jurisdicción legal por reconocimiento constitucional, y que cuentan con autoridades propias, sistemas de control y órganos decisorios (Villegas, 2012, pág. 204).

Esta separación permite a los jueces actuar con total libertad y, además, respetar los sistemas penales propios internos en cada una de las comunidades indígenas.

Ecuador también presenta, en su Constitución, un reconocimiento explícito a sus pueblos indígenas mediante el primer artículo de dicho texto, que señala:

Artículo 1.- El Ecuador es un Estado social de derecho, soberano, unitario, independiente, democrático, pluricultural y multiétnico. Su Gobierno es republicano, presidencial, electivo, representativo, responsable, alternativo, participativo y de administración descentralizada. La soberanía radica en el pueblo, cuya voluntad es la base de la autoridad, que ejerce a través de los órganos del poder público y de los medios democráticos previstos en esta Constitución. El Estado respeta y estimula el desarrollo de todas las lenguas de los ecuatorianos. El castellano es el idioma oficial. El quichua, el shuar y los demás idiomas ancestrales son de uso oficial para los pueblos indígenas, en los términos que fija la ley. La

bandera, el escudo y el himno establecidos por la ley son los símbolos de la patria (Américas, 1988, pág. 10).

Además, Ecuador cuenta con un sinnúmero de articulados específicos en los que reconoce oficialmente la diversidad cultural de su pueblo.

En primer lugar, el principio de *ne bis in idem* considerando los casos resueltos por la justicia indígena (art. 76. 7 letra i). La justicia indígena se consagra sobre la base de derechos territoriales y personales, atendiendo en especial a la participación de la mujer indígena (Art. 171 C.E) (Villegas, 2012, pág. 202).

Si bien Ecuador, comparativamente, no cuenta con un sistema jurídico penal tan avanzado como el colombiano en el ámbito indígena, sí presenta un respeto por la jurisprudencia territorial con sus comunidades. Aunque quizás sea de forma más informal, los tribunales conocen y respetan la singularidad de cada una de las comunidades.

La jurisdicción indígena está reconocida territorialmente para sus comunidades, cuyas autoridades conocen y juzgan los conflictos penales que en ellas se produzcan, conforme a su derecho propio o consuetudinario.

Los problemas que se originan vienen determinados, en primer lugar, por la imposibilidad de extender la competencia fuera de sus territorios. Por ejemplo, si se comete un delito entre indígenas, pero fuera del territorio de su comunidad, se juzga por la ley nacional. Lo mismo si un mestizo comete delito en territorio indígena. Esto constituye en la actualidad el gran debate legislativo, alzándose voces para que, en casos como el último, se someta a la voluntad del propio sujeto activo la posibilidad de ser juzgado por la comunidad indígena donde delinque o por la justicia ordinaria, pues en algunos casos la pena de la justicia comunitaria, aun consistiendo en castigo físico, parece ser menos gravosa que la de la ley oficial. Otro problema es que, aunque no existe prohibición constitucional, los delitos que pueden conocer las comunidades indígenas son menores (Villegas, 2012, pág. 199).



Esta articulación en Ecuador no presenta una estructura normativa como en México y Colombia, pero las comunidades indígenas ostentan, en el plano jurídico, una profunda sintonía con el sistema penal oficial.

En Perú, el reconocimiento de los pueblos indígenas también tiene un carácter constitucional. En su artículo 2, número 19, entre los derechos fundamentales de las personas, se reconoce el derecho:

A su identidad étnica y cultural. El Estado reconoce y protege la pluralidad étnica y cultural de la Nación. (...) Todo peruano tiene derecho a usar su propio idioma ante cualquier autoridad mediante un intérprete. Los extranjeros tienen este mismo derecho cuando son citados por cualquier autoridad (Américas, 1988, pág. 17).

Así también en su artículo 149 reconoce la jurisdicción indígena. Además, el código penal peruano reconoce en su artículo 15 el error de comprensión culturalmente condicionado, en los siguientes términos:

El que por su cultura o costumbres comete un hecho punible sin poder comprender el carácter delictuoso de su acto o determinarse de acuerdo con esa comprensión será eximido de responsabilidad. Cuando por igual razón esa posibilidad se halla disminuida, se atenuará la pena (Américas, 1988, pág. 22).

Pese a que el mismo código penal declara que se trata de un error de comprensión culturalmente condicionado, la redacción de esta norma ha dado lugar a interpretaciones (Villegas, 2012, pág. 204).

Hurtado Pozo (1987) sostiene que se trataría de una forma de error de prohibición, igual al contemplado en el artículo 14 del mismo código penal, pues consiste en una *incapacidad* de comprender el carácter delictuoso del acto o de autodeterminarse, según esta apreciación, por razones de cultura o de costumbre. También se protege, mediante figuras agravadas, delitos que se cometan contra el medioambiente en el interior de tierras de comunidades nativas o campesinas o pueblos indígenas.

Bolivia representa el país de Latinoamérica con mayor cantidad de población indígena, por lo que desde 1994 existe un reconocimiento constitucional a los pueblos indígenas. Es más, dentro de su Constitución se define como un país con una sociedad pluricultural y multiétnica y reconoce todos sus derechos colectivos. En su entramado constitucional —específicamente el artículo 171—, señala:

Se reconocen, respetan y protegen en el marco de la ley, los derechos sociales, económicos y culturales de los pueblos indígenas que habitan en el territorio nacional, especialmente los relativos a sus tierras comunitarias de origen garantizando del uso y aprovechamiento sostenible de los recursos naturales; a su identidad, valores, lenguas y costumbres e instituciones. El Estado reconoce la personalidad jurídica de las comunidades indígenas y campesinas, y de las asociaciones y sindicatos campesinos. Las autoridades naturales de las comunidades indígenas y campesinas podrán ejercer funciones de administración y aplicación de normas propias como solución alternativa de conflictos, en conformidad a sus costumbres y procedimientos, siempre que no sean contrarias a esta Constitución y las leyes (Américas, 1988, pág. 36).

También en materia procesal penal cuentan con una legislación que reconoce sus pueblos indígenas:

Por medio del principio de *ne bis in idem* para los actos conocidos y sancionados por la justicia comunitaria, siempre que no contravengan la Constitución y las leyes (arts. 28 y 53 inciso 5° Código de Procedimiento Penal), y se contemplan reglas especiales para el juzgamiento de indígenas conforme a la legislación oficial: derecho a traductor o a que el juicio se sustancie en la lengua del lugar donde se celebra el juicio (arts. 11, 113, 115 CPP), necesidad de contar con un perito especializado en asuntos indígenas (art. 391 CPP) (Villegas, 2012, pág. 196).

En el caso del código penal, se establecen lineamientos específicos en relación con la solución de conflictos indígenas. «En caso de duda acerca de la competencia, esta se resolverá a favor del sistema que mejor resuelva el conflicto, respete el pluralismo cultural y conserve o restablezca la paz social» (Américas, 1988, pág. 12), salvo cuando

se trate de «hechos contra la vida, la integridad física o la libertad sexual cuya impunidad importe una grave lesión a la dignidad humana» (Pág. 37), en cuyo caso rige la justicia oficial. «Se establecen ciertos límites a las sanciones indígenas en tanto que ellas no pueden ser inhumanas, crueles o degradantes, sin que puedan considerarse como tales aquellas que forman parte de un rito de reincorporación del individuo a su comunidad (art.12) y se prohíbe la doble punición de hechos juzgados por la justicia comunitaria» (Villegas, 2012, pág. 184).

## 2.5 La legislación penal chilena con relación a sus pueblos indígenas

Chile asoma como una excepción dentro del contexto latinoamericano en relación con el reconocimiento constitucional de sus pueblos indígenas. Es más, solo en el año 2009 fue aprobado el convenio 169 de la OIT tras más de diecisiete años de discusión en el Congreso Nacional. Sin embargo, este paso tampoco constituye un reconocimiento explícito al derecho indígena, debido a que cada juez puede interpretar el convenio y su aplicación según el caso y el delito juzgado. Mientras tanto, se desarrolla un enjambre de entramados jurídicos para justificar sentencias o declaraciones, que van desde un simple reconocimiento a las costumbres y a la cultura indígena, o la aplicación del error de prohibición como eximente o atenuante más usado en el dictamen de sentencias. Aún así, esto conforma una situación mínima y periférica si la comparamos con el resto de países latinoamericanos en los que existe un entramado constitucional de reconocimiento de la diversidad y respeto a sus tradiciones y costumbres.

Esta situación se agrava bastante al no haber un reconocimiento de los pueblos indígenas que habitan dentro del territorio chileno, situación que puede desmenuzarse cuando nos referimos a los esfuerzos institucionales que entregan o reconocen la existencia de etnias dentro del país. «La Ley n.º 19.253 de 1993, que establece Normas sobre protección, fomento y desarrollo de los indígenas y crea la Corporación Nacional de Desarrollo indígena, llamada Ley Indígena, reconoce la existencia de "etnias" (mas no de pueblos originarios)». (Villegas, 2012, pág. 181) «El Convenio 169 de la OIT comenzó a regir recién en 2009, aprobado tras 17 largos años de discusión en el Congreso, lo que motivó la presentación de un proyecto de reforma constitucional en 2010 que ha contado con el rechazo de la mayoría de los indígenas y organizaciones que les apoyan, así también de la doctrina. Como ha señalado el Instituto Nacional de Derechos Humanos en su informe de 2011, los esfuerzos que el Estado ha hecho en materia de políticas públicas» (Villegas, 2012, pág. 182):

Han cedido ante el desconocimiento institucional del carácter multicultural del Estado, que se erige como uno de los factores que entorpece el pleno ejercicio y goce de los derechos individuales y colectivos de que son titulares, contribuyendo a perpetuar la invisibilización de los pueblos y la mantención de relaciones con el Estado caracterizadas por el conflicto (Villegas, 2012, pág. 187).

Esta invisibilización es uno de los puntos que fermenta el actual clima de violencia que se está dando en el sur de Chile, donde la recuperación de tierras por parte de comuneros mapuches es catalogada por el Estado como acciones terroristas, militarizando la zona del conflicto.

El no reconocimiento constitucional de los pueblos indígenas en Chile ha obligado a los jueces a la búsqueda de múltiples salidas en el plano penal, con la intención de establecer una mínima diferenciación de estas causas, aunque muchos de ellos optan por obviar la condición indígena y juzgar desde la neutralidad jurídica.

La ausencia de reconocimiento constitucional ha obligado a articular una interpretación de la Constitución que permita apoyar la búsqueda de soluciones en materia penal. En tal sentido, las disposiciones del Convenio 169 OIT deben ser interpretadas a la luz del art. 5 de la Constitución, norma que otorga un estatus especial a los tratados internacionales sobre derechos humanos y que permite afirmar que, en la medida en que estos se constituyen como un límite a la soberanía y se incorporan al derecho interno, quedan derogadas todas las normas jurídicas que sean incompatibles con aquel, tal y como lo ha reconocido la propia Corte Suprema. Se forma así un bloque constitucional de derechos que limita el actuar de los poderes públicos y a la vez obliga a su promoción (Villegas, 2012, pág. 181).

Sumado a lo anterior, el derecho internacional ejerce una fuerte resignificación de las normas expresadas en el código penal chileno. Puesto que anteponen o están sobre los derechos fundamentales de los pueblos indígenas, esta situación empuja a los jueces a mantener un estricto apego a la normativa oficial interna con la intención de no verse enfrentados a esta contradicción entre la aplicación el derecho interno y externo.

En este sentido, la ley que prima en el ordenamiento jurídico penal es siempre la ley constitucional de Chile. Si bien deja abierta una ventana, esta se cierra inmediatamente cuando se contrapone al ordenamiento jurídico interno. El artículo 54 de la ley 19.253 es claro al respecto:

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 penal. 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 (LeyChile, 2014).

Sin embargo, si bien existe un claro reconocimiento a la costumbre indígena, este no es más que puramente estético, puesto que, en la práctica, los jueces abordan esta condición solo como un antecedente para la aplicación de un eximente o un atenuante a la hora de dictar sentencia.

A ello se suma la ausencia de valor jurídico para los sistemas sancionatorios que puedan pervivir en algunos de nuestros pueblos originarios y comunidades indígenas, como, por ejemplo, en algunos pueblos aymaras que mantienen sistemas de resolución de conflictos, especialmente de índole familiar (incluida VIF), los que son conocidos y juzgados por las autoridades elegidas para impartir justicia, o por *los padrinos* o dirigentes, pero sus resoluciones no son vinculantes ni para el Estado ni para las partes mismas (Villegas, 2012, pág. 186).

El reconocimiento jurídico de los pueblos indígenas en Chile constituye una deuda difícil de pagar. Esto se aprecia sucesivamente en aquellos casos en los que están involucrados ciudadanos indígenas, donde sistemáticamente se criminaliza, estigmatiza y excluye legalmente de todo atisbo de integración.

## 2.6 El derecho propio mapuche

Si bien el pueblo mapuche en Chile ha sido una fuente de inspiración bibliográfica para numerosos antropólogos y otras disciplinas de las ciencias sociales, el sistema de Justicia no es un elemento que cuente con fuentes de información y análisis bibliográfico amplio, profundo y específico. En gran medida, se puede deber a que se asume de antemano como un estudio que no requiere mucha atención, pues se parte de la hipótesis de la existencia de un sistema de justicia rudimentario y de que este es una parte menor dentro del ordenamiento socio-político en el que se examina la presencia de otras organizaciones e instituciones con mayor atención. Sin embargo, existen tres esfuerzos sistemáticos para recomponer el sistema de Justicia mapuche a fondo y analizar su verdadera influencia dentro de su comunidad.

El primero de ellos es el elaborado por Tomás Guevara (1904), titulado *Costumbres judiciales; enseñanza de los araucanos*. En su texto, afirma que, para entender el sistema jurídico mapuche, se hace imprescindible conocer la administración de la familia y la tenencia de la propiedad. En relación con la administración familiar, señala que la comunidad araucana (mapuches) se componía por familias independientes, las cuales, en grupo, conformaban la tribu o un conjunto social unido por el parentesco y con un ancestro común. Con relación al territorio, este quedaba dividido por la topografía del terreno en cuatro regiones bien separadas; en cada una de ellas residía una población diversa en muchas de sus costumbres. Luego señala que, una vez establecidas las costumbres con relación al ordenamiento familiar y territorial, es muy fácil comprender sus costumbres judiciales. En este sentido, manifiesta que se dieron situaciones distintas según la época, especialmente, durante la colonización española. Al hilo de esta afirmación, señala: «En la época coexistente a la conquista, no hubo justicia propiamente dicha entre estos indios. Solo existió el derecho de venganza, reglamentado por costumbres que tuvieron fuerza de ley i formaron en globo un verdadero código tradicional o admapu» (Guevara, 1904, pág. 24).

Con relación a esta minimización de la justicia indígena, a principios del siglo XX existía una corriente que gozaba de caricaturizar las costumbres indígenas como primitivas e incivilizadas<sup>3</sup>. Después del siglo XVI, se facilitó la tarea de describir el sistema sancionatorio del pueblo mapuche, debido a los registros realizados por numerosos cronistas de la época.

En relación con los delitos y la gravedad de estos en la comunidad, esto no debe comprenderse desde una óptica occidental, ya que, en muchos casos, la gravedad del delito es opuesta a lo conocido en nuestra cultura, siendo mucho más grave los delitos comunitarios que los individuales.

Se comprende que, en una comunidad agrícola y ganadera, se considerase el robo, particularmente el de animales, como un crimen abominable, que se perseguía i castigaba con furor. Pero, cuando se ejecutaba fuera de la tribu, no tenía los caracteres de acción culpable; al contrario, se reputaba empresa lícita i lucrativa. Cuando el robo se ejercía contra los españoles, la opinión pública lo aceptaba como hecho digno de celebrarse. Tal era el sentir unánime de los pueblos incivilizados en este punto de derecho i moral (Guevara, 1904, pág. 48).

Los delitos de sangre se consideraban menores, especialmente debido a que la vida constituía una propiedad privada y no colectiva, como en casi todas las sociedades embrionarias:

---

<sup>3</sup> La idea abstracta de justicia no puede tener cabida en el horizonte moral restringido del hombre inculto. No concibe lo que es crimen ni distingue la diferencia entre lo que es discusión de intereses y delito, entre lo civil y lo criminal. La lengua solo designa genéricamente con la palabra; harían lo que es falta o malo. Todo lo confunde con el perjuicio. El daño debe repararse exactamente como se ha producido, porque la idea del talión se halla arraigada en los espíritus. Como el gusto de la propiedad se ha desarrollado, conviene en transgredir y conmutar la venganza en una indemnización. Esta mezcla de venganza y de composición o convenio, constituyen la justicia de las asociaciones primitivas (Letourneau, Charles-Jean-Marie, *L'évolution juridique dans les diverses races humaines*. Tome XVII, 1981, Pág. 101)



En Arauco no se protegía al débil i se miraba la vida humana con entera indiferencia. Aun sin considerar a los araucanos desde este punto de vista de psicología étnica, puede afirmarse que su mismo carácter los predisponía al menosprecio por la vida i a la insensibilidad moral. En efecto, apáticos, taciturnos, desconfiados, guerreros e indiferentes a las ocupaciones tranquilas, tenían que ser crueles. Sin embargo, tampoco se hallaban desposeídos en absoluto de algunos sentimientos humanitarios, como la hospitalidad i a veces la gratitud. Es que en ocasiones coexisten en grupos incultos la benevolencia i la crueldad: entonces nía vida mental es fragmentaria i los actos casi no depender sino de la impresión del momento (...). El infanticidio i el aborto provocado tampoco pasaban por actos criminosos; cada cual tenía libertad de hacer de sus hijos lo que estimaba conveniente (Guevara, 1904, pág. 37).

En términos de estructura jurídica, Guevara lo describe como una estructura de extrema sencillez, sin una articulación mínima y la direccionalidad arbitraria en la aplicación de justicia de los caciques.

El procedimiento o la administración de la justicia fue entre los araucanos de una sencillez extraordinaria. Desde fines del siglo XVI no había jueces determinados: el jefe de la familia desempeñaba el oficio de juez natural de los suyos i el cacique de la tribu interponía su influencia para ayudar a la comunidad a vengarse o a resarcirse del daño. Su autoridad judicial se hallaba, pues, en Estado embrionario (Guevara, 1904, pág. 59).

Podríamos señalar que el hecho de considerar el sistema sancionatorio mapuche como embrionario y casi inexistente es una idea compartida en el interior del mundo del derecho más ortodoxo y que dura hasta nuestros días. Tal situación podría explicar, en parte, la falta de interés por entender y analizar la verdadera envergadura de esta institución y sus consecuencias dentro de las comunidades mapuches actuales, tema del que este trabajo investigativo se hace cargo.

En la actualidad, el jurista Enrique Cury, en su texto *Derecho penal* (2005), profundiza sobre el escaso conocimiento del sistema sancionatorio mapuche. El capítulo sobre «La evolución histórica del derecho chileno» hace referencia a las costumbres penales de los *aborígenes* y describe el sistema sancionatorio de los mapuches en la siguiente forma:

Al parecer, en principio, operaba un sistema de composición —reparación pecuniaria—, que se extendía incluso a infracciones como el homicidio y el adulterio, pero no a la injuria, a causa de que presumiblemente no se la consideraba delito. A falta de composición procede la venganza, ejecutada individual o colectivamente. (...) La responsabilidad es objetiva, es decir, se reclama de quien causa un resultado lesivo, con prescindencia de si actuó en forma voluntaria, imprudente o casual, y, consecuentemente, no se conoce el castigo de la tentativa. Posiblemente, por esto mismo, la reacción punitiva no grava únicamente al autor del hecho sino a toda la familia, en especial cuando los efectos de la infracción se extienden a los del ofendido (Cury, 2005, pág. 152)<sup>4</sup>.

Podríamos considerarlo una buena descripción general del sistema sancionatorio mapuche, pues incorpora el principio de reciprocidad, una responsabilidad colectiva frente al daño causado, un sistema apropiado de compensaciones para el agredido u ofendido. Sin embargo, sabemos que también existían medios preventivos y mediaciones antes de llegar a la violencia, cuestión que quedará en evidencia más adelante.

---

<sup>4</sup> «El pueblo mapuche mantiene, en parte, un orden jurídico claramente estatuido en el marco de su cultura. Sus leyes son transmitidas de generación en generación, siendo cumplidas como orden sagrada. Este carácter religioso se concibe como la voluntad de los antepasados, distinguiéndose claramente un conjunto de leyes penales. (...) El delito predominante es el homicidio, asociado a las consecuencias de la usurpación histórica y actuales problemas de límites de tierras asignadas, expresiones de prejuicio y conflicto con el Huinca. El abuso del alcohol, el código penal mapuche y el choque cultural son los factores centrales que etiologizan la mayor parte de los delitos, especialmente en reuniones socio-rituales, competencias deportivas entre reducciones y fiestas patrias» (D. Cooper, 2005:35).

Cury señala que, en este tipo de sociedades sin Estado, lo sagrado cumple un papel crucial en el control social. Puesto que el espíritu de la venganza funciona como un inhibidor de la conducta desviada, lo sagrado sería una especie de equivalente del derecho penal en nuestra institucionalidad. Por lo mismo, como no hay límite para la venganza individual o colectiva, obligatoriamente debe existir un mecanismo de conciliación anterior, puesto que, de lo contrario, se podría caer en una espiral de violencia sin límites. Cury lo presenta de la siguiente forma:

Si la venganza es un proceso infinito, no se le puede pedir que contenga la violencia, cuando ella es, para ser exactos, la que trata de contener. (...) No es la ausencia del principio de justicia abstracta lo que se revela importante, sino el hecho de que la acción llamada *legal* esté siempre en manos de las propias víctimas y sus allegados. En tanto que no exista un organismo soberano e independiente capaz de reemplazar a la parte lesionada y reservar la venganza, subsiste el peligro de una escalada interminable. (...) Si no existe ningún remedio decisivo contra la violencia de las sociedades primitivas, ninguna cura infalible cuando se turba su equilibrio, cabe suponer que, en oposición a las medidas curativas, asumirán un papel de primer plano las medidas preventivas. Aquí es donde reaparece la definición de sacrificio, propuesta anteriormente, que lo convierte en un instrumento de prevención en la lucha contra la violencia

Por lo tanto, debe haber, necesariamente, un sistema de mediación que permita la reconciliación y la rearticulación de las confianzas quebradas; esto pasa por liderazgos y una institucionalidad fuerte que, en el próximo punto, describiremos con atención.

## 2.7 El Az Mapu como sistema sancionatorio del pueblo mapuche

Dentro de la cosmología mapuche, el Az Mapu es un concepto central que hace referencia al orden natural que deben tener las cosas en el mundo y que regula todos los hábitats del pueblo mapuche. Según este conocimiento, el ordenamiento del mundo, el Estado de equilibrio y la armonía del cosmos corresponden a la misma ley de la naturaleza; esto es, un orden que nace desde lo natural de las cosas, un orden lógico, autorregulado que desemboca en el concepto del Az Mapu. En este sentido, para entenderlo, debe partirse desde la propia cosmovisión mapuche, circular, holística y que gira en torno al Mapu o *tierra*.

En ella se mezclan lo espiritual, lo social, lo económico, lo jurídico, y se asientan en la Nag Mapu. Aquí es donde nace el Az Mapu, una especie de sistema meta jurídico que regula todos los aspectos de la vida de mapuche. Un código universal que establece normas de conducta necesarias para mantener el equilibrio del cosmos, que son tanto individuales como colectivas y pueden tener un carácter imperativo (qué hacer y cómo debe hacerse) como prohibitivo (qué no hacer). La infracción a estas pautas normativas implica una ruptura de dicho equilibrio y su autor puede restablecerlo mediante la reparación del error, en aplicación del principio de reciprocidad (Villegas, 2014, pág. 215).

Esta ley natural, consagrada desde los orígenes del pueblo mapuche, regula el conjunto de los comportamientos y normativiza la vida de los mapuches. Como componente del universo y las entidades que se ubican en el Nag Mapu o el espacio terrenal donde conviven, esta relación les concede todos los principios para mantener la armonía y el equilibrio con la naturaleza. También es la ley que les permite ordenar la armonía cuando esta es corrompida por alguna conducta impropia y altera dicho orden natural.

El origen del poder de juzgar es divino, proviene del Günechen (Dios) quien la ha entregado primeramente al pueblo, a la comunidad, a los Ailla Rewe y a los otros pueblos, lo que podría dar una noción, como advierte Sánchez Curihuentro, de una especie de jurisdicción internacional. El AillaRewe está formado pornguillatúes, cada uno de los cuales contiene a su vez cuatro Lof, cada uno con su lonko. De esta forma, un AillaRewe estaría formado por lonkos, que antiguamente se reunían y transmitían oralmente el Az Mapu, designando a tales efectos un Hueipife, que es una especie de relator de la ley acordada entre los lonkos de ese AillaRewe. Hoy en día, la ley mapuche se transmite a través de la familia y los más ancianos (Villegas, 2014, pág. 2017).

El Az Mapu es la principal relación y armonía existentes entre los distintos mundos espirituales y terrenales; es una síntesis de intersección entre las conductas terrenales y la espiritualidad de la naturaleza. La interacción de estos dos elementos en el tiempo y espacio, en conjunción con el mundo terrestre y sus cuatro puntos cardinales —norte, sur, este y oeste—, caracterizan los principales elementos naturales: agua, fuego, viento, sol y tierra. La relación del mundo celestial —Wenu Mapu—, el mundo terrenal presente —Naq Mapu—, el mundo subterráneo —Mince Mapu—, el punto global terrestre, —Wall Mapu— y el punto céntrico están en equilibrio con dichos elementos naturales y se sostienen bajo la lógica del compromiso de toda la comunidad, que respeta el orden lógico y natural que la ley impone.

Por lo tanto, cumplir con el Az Mapu no es cualquier cosa para el pueblo mapuche; no constituye solo un ordenamiento que norma lo que se puede o no hacer dentro de la comunidad, sino que implica sentirse en armonía con la naturaleza y, en definitiva, consigo mismo. Va más allá de un conjunto de leyes o normas sujetas a su respeto y cumplimiento, pues constituye un elemento fundador de su cosmovisión y espiritualidad, que se manifiesta de forma distinta en cada comunidad.

Si bien, cada uno de ellos puede tener su propia interpretación y práctica del Az Mapu, es posible identificar ciertos principios rectores: el Yam y el Gen. Yam significa *respeto* a todo lo que nos rodea (...) y ha sido interpretado como *derecho* (a ser respetado): derechos de la tierra a ser respetada (YamMapu), derechos del agua (Yamko), derechos del fuego (YamKütخال), del aire (YamKürüf), de los animales (YamKullin), de las montañas (YamMawiza), de las aves (YamUrrüm), de las serpientes (YamFilu), etc. El Gen son las entidades superiores dueñas de todas las cosas (Gen Mapu, Gen Ko, Gen Kürüf, etc.), incluso de nosotros mismos (Gen Che), cuyo significado puede compararse a las obligaciones / sanciones para la transgresión al Yam. Obligaciones de respetar los derechos antes señalados y sanciones desde la ética y la moral para todo tipo de transgresión a los Gen. Por ejemplo, Gen Mapu son entidades espirituales dueñas de la tierra, y que sancionan cualquier tipo de transgresión a ella (Villegas, 2014, pág. 220).

Desde este punto de vista, el Az Mapu constituye un sistema que va más allá de lo sancionatorio y del control social según la concepción tradicional que Occidente tiene de la justicia. Es un sistema de equilibrio cósmico donde el orden natural es concomitante con el orden social. Por lo mismo:

Resulta fácil comprender que no pueden establecerse grandes diferencias entre el ámbito público y el privado, entre infracciones civiles y penales. Todas –en mayor o menor medida– rompen el equilibrio, haciéndose imperioso su restablecimiento porque de lo contrario puede llegar a desarmar la sociedad interna y la comunidad (Villegas, 2014, pág. 231).

Por lo tanto, el respeto del Az Mapu es transversal, se protege al sistema completo, ya que es parte de un *organismo* mayor. En consecuencia, su desobediencia supone necesariamente el quiebre de toda su cultura.

## **CAPÍTULO III**

### **DEFINICIONES TEÓRICAS PARA EL ESTUDIO DE LOS PROCESOS JUDICIALES EN CAUSAS INDÍGENAS**

---

### **3. CAPÍTULO III: DEFINICIONES TEÓRICAS PARA EL ESTUDIO DE LOS PROCESOS JUDICIALES EN CAUSAS INDÍGENAS**

Es evidente que la tarea de dotar de elementos teóricos a la investigación es un proceso que comienza a desarrollarse en las primeras páginas del estudio, donde ya se poseen algunos referentes teóricos y conceptuales. Aún siendo estos referentes de índole difusa y asistemática, se profundizarán en ellos mediante las enseñanzas que logremos extraer de todo el trabajo de revisión bibliográfica. Con este fin hemos recurrido a diversas fuentes bibliográficas; gracias a ellas, podremos situarnos en la perspectiva desde la que enfocamos el problema, con la cierta intención de responder, en alguna medida, a la complejidad de los objetivos propuestos.

En la actualidad, la mayor parte de las teorías de las que disponemos, referentes a la problemática planteada entre las prácticas penales y la justicia indígena, tienden a ser totalizadoras; es decir, pretenden explicar el fenómeno a partir de una sola proposición central, reduciéndolo a un análisis único. Es justamente por esta situación por la que recobra mayor valor el estudio propuesto, ya que, a través de la etnografía que nos traslada a la acera contraria, podemos mirar desde una posición emica y profunda las prácticas penales cuando se trata de una causa indígena. En consecuencia, seremos capaces de explicar las recreaciones conceptuales desde los propios actores sociales que actúan en las prácticas penales desde su condición de indígena.

De esta manera, en la realización de cualquier investigación de esta naturaleza y particularmente en este campo poco estudiado por la antropología en Chile, debemos ser capaces de unir diferentes niveles de análisis, ya que el problema se plantea en la esfera cultural, institucional y simbólica. Lo anterior nos muestra la necesidad de incluir en nuestro estudio un amplio marco teórico, el que incluye diversos marcos conceptuales que planteamos como complementarias.



Pareciera que solo de esta forma alcanzaríamos una descripción y explicación relativamente integrada y crecientemente comprensiva acerca de la complejidad que reviste el problema abordado; más aún cuando pretendemos integrar un amplio marco conceptual, con características que, pareciendo distintas, poseen la particularidad de no ser contradictorias. Esto es, pretenden mantener una coherencia en los diferentes niveles de análisis de las prácticas que se desean abordar, pues su caracterización se funda en la desfragmentación de la realidad social junto a la realidad cultural que lo contextualiza.

*Toda ciencia encierra un componente hermenéutico...  
Mal hermeneuta el que crea que puede o debe quedarse  
con la última palabra.*

Hans-Georg Gadamer (1984)

### **3.1 Un acercamiento hermenéutico al mundo jurídico**

Desde que en 1950 el sociólogo norteamericano Harold Garfinkel acuñara el concepto de *etnometodología* y lo empleara en sus primeros estudios sobre deliberación de un jurado, el autor se interesó particularmente en lo siguiente:

Procedimientos de razonamiento —a los que llamó *métodos*— a través de los cuales fueron tomadas decisiones colectivas y se cumplieron veredictos. Tales *métodos* no estaban basados en un conocimiento especializado o en tipos particulares de pensamiento lógico o legal; más bien, fueron expresados sobre la base del conocimiento de sentido común diario (Firth, *Etnometodología*, 2010, pág. 603).

Este conocimiento, que se instala sobre el componente lógico o legal, es justamente lo que pretendemos rescatar. Es un tipo de conocimiento que se escapa de la realidad mediatizada por lo institucional, que se posiciona sobre la norma instituida y legalizada ayudándose de los marcos jurídicos del Estado. Por lo mismo, la posición hermenéutica que nos presenta la etnometodología en su plano más llano nos permite, por cierto, ir más allá: posicionarlos y revalorar lo cotidiano en un plano donde la formalidad y la oficialidad representan un pilar para la conservación del estatus jurídico, que no deja entrar la cotidianidad de la vida. Por lo tanto, esta distinción entre conocimiento lógico y conocimiento del sentido común nos retrotrae a una idea totalmente viable dentro de nuestro estudio: el discurso diario tiende a enmendar y adecuar ideas de la entelequia del razonamiento especializado, cuestión fundamental para explicar las problemáticas que plantea el presente texto.

Así, el aporte de la etnometodología para nuestro estudio nos propone e impone significancias propias en las prácticas sociales, cuestión que esta fuera del conocimiento científico imperante en la temática. Sin embargo, permitirá dar un paso hacia el entendimiento de la formalización de tal conocimiento, pues, en la actualidad, los que están en la base y son sus creadores no lo entienden ni comparten.

Esta desobediencia de no buscar imperativos que justifiquen el orden social entrega a la etnometodología una importante carga de subjetividad propia del sentido común, integrando al ámbito científico un mundo más que desconocido y poco valorado hasta entonces como propio de las disciplinas sociales. Así es como la discusión epistemológica de lo científico nos coloca en un espacio poco estudiado, que carece de soporte específico, que muchas veces fue hasta despreciado por la ciencia. No obstante, si la antropología tiene algún valor es justamente acudir a su rescate. Desde Malinowski (1922), que nos sitúa en el pacífico profundo, hasta Geertz (1989), que nos mostró la importancia de lo simbólico en Indonesia, han sabido llegar más allá del conocimiento formal, dándole y agregando valor a lo que, hasta entonces, nadie veía. Esta misma indiferencia por lo cotidiano la encontramos en la etnometodología que, más que la búsqueda de correctivos «científicos o explicaciones evaluativas del orden social, los estudios en etnometodología fueron conducidos con “indiferencia etnometodológica”» (Garfinkel, 1970, pág. 341). Esto se logró suspendiendo (poniendo entre paréntesis) las aspiraciones evaluativas y correctivas, centrándose, más bien, en cómo los mismos miembros de la sociedad cumplen a cabalidad el orden social, dando por verdaderas las prácticas (*métodos*) del sentido común.

Para los etnometodologistas, el orden social, en cierto modo y la racionalidad son los métodos propios de la gente (no de los fenómenos científicos y socialmente cumplidos que *trabajan* de manera incesante) para cumplir a cabalidad y exhibir tales fenómenos. Las personas son, como Turner (1974: 83) lo expresa, miembros de las «prácticas de producción» (Firth, Etnometodología, 2010, pág. 606).

Los postulados de la etnometodología son coherentes y particularmente precisos para nuestras hipótesis y objetivos, ya que no le atribuyen al orden social una posición externa y objetiva, sino todo lo contrario. De este modo, argumenta sus planteamientos de forma inversa, lo que atribuye un entendimiento del orden social configurado desde el sentido común y no de entelequia de saberes institucionalizados. La etnometodología sostiene que es el estudio de cómo las *prácticas* o los *métodos* son usados por los miembros al actuar, de manera contingente, en circunstancias particulares y concretas, con el fin de crear y sustentar el orden social. Esto permite una revaloración fundamental y un entendimiento detallado de la naturaleza de ese orden. Tal *orden* es creado y conocido, no sobre la base de una matriz externa u *objetiva*, sino de manera endógena — desde el interior de actividades temporalmente ordenadas—. La etnometodología, como Garfinkel (1967 Pág. 603) lo propuso, está:

Interesada por la cuestión de cómo, sobre el curso temporal de sus compromisos reales, y “conociendo” la sociedad solamente desde adentro, los miembros producen actividades prácticas estables, es decir, las estructuras sociales de las actividades diarias

La etnometodología le entrega sentido a lo trivial. Aunque le parezca insignificante a los saberes científicos, el dominio del saber se sale, se escapa del mundo institucional para aterrizar en lo mundano, realzando aquellos pequeños intersticios que deja ver el sentido común y aprovechándose de ellos para explicar las prácticas y la construcción de significado de los participantes de un espacio común. El programa de la etnometodología plantea que ninguna actividad o evento —no importa lo trivial que parezca o lo insignificante que sea— puede eximirse de estudio.

En un considerable y heterogéneo marco de trabajo desarrollado a lo largo de treinta años, las descripciones etnometodologistas de las prácticas de producción incluyen la forma en que los médicos recopilan los archivos; la forma en que se cumplen el género y la etnia; la forma en que un juez aplica justicia (Moerman, 1968); los métodos mediante los cuales los estudiosos de la conversación categorizan a las

personas (Sacks 1972); cómo aprender el sonido de jazz en el piano (Sudnow 1978); la forma en que los científicos construyen sus hallazgos y objetos científicos (Garfinkel et al. 1981) (Firth, Etnometodología, 2010, pág. 610).

La etnometodología se nutre de una idea fundamental del interaccionismo simbólico; esto es, de la importancia de los actores en la construcción de la vida cotidiana, prestando especial atención al proceso de construcción que lleva a cabo el sujeto desde la cotidianidad. En este sentido, Garfinkel propone considerar los hechos sociales como realizaciones prácticas o, lo que es lo mismo, como el producto de la actividad humana. En definitiva, este autor afirma que «las personas en nuestra vida cotidiana desarrollamos una “metodología profana” cuyo análisis ha de constituir la verdadera tarea del/la investigador/a» (Garfinkel, 1967). Coherente con este planteamiento, la etnometodología propone el empleo de la observación participativa como método adecuado para alcanzar la comprensión de la realidad social (Cubells, 2002, pág. 37).

En este sentido, Coulon define la etnometodología como: «La búsqueda empírica de los métodos empleados por los individuos para dar sentido y, al mismo tiempo, realizar sus acciones de todos los días: comunicarse, tomar decisiones, razonar» (Coulon, 1988, pág. 49).

De esta manera, como apuntó Pasathas: «La etnometodología se presenta como una práctica social reflexiva que intenta explicar los métodos de todas las prácticas sociales, incluidas las suyas propias» (Coulon, 1988, pág. 52). Estos planteamientos son recogidos en la perspectiva teórico-metodológica que conforma la *mirada particular* de este trabajo, junto con otros conceptos extraídos de la etnometodología, a saber: la indexicalidad, la noción de miembro y la reflexividad (Cubells, 2002).

La indexicalidad hace referencia a la idea de que la realidad social es construida a través del lenguaje en el seno de la vida cotidiana. En este sentido, para la etnometodología el sentido de las palabras no se encuentra en ellas mismas, sino que proviene del contexto en el que estas han sido emitidas. De aquí la importancia que en

esta tesis se le confiere al lenguaje, atendiendo a su contexto de producción y a los efectos que se le derivan (Cubells, 2002). Porque desde este contexto de las prácticas podremos explicar el desarrollo de las mismas, así lo jurídico aparecerá desde todos sus planos y no solo se mostrará su cara institucional.

La reflexividad implica reconocer que el investigador o la investigadora es parte del mundo social que estudia, pues que no es posible distanciarse del objeto de estudio ni eludir sus efectos sobre los fenómenos estudiados. En este sentido, describir una situación es construirla, de tal forma que la comprensión de una situación se equipara a la expresión de la misma. Como expone Pilar Albertín en la obra de Cubells (2012, pág. 41):

La reflexividad implica la presencia de un sujeto investigador que actúa como agente activo, no solo a través de prácticas concretas, sino haciendo observable el carácter relacional de su práctica de reconocimiento y las contingencias contextuales, y el contexto de producción de los hechos.

Por lo mismo, la producción en los hechos judiciales se enmarcará desde el lado no oficial y el investigador debe ponerse en ese lado y ser capaz de capturar esos hechos.

Lo expuesto hasta este momento implica una ruptura epistemológica al contraponer el subjetivismo al objetivismo presente en la producción de conocimiento tradicional. Desde el subjetivismo, la objetividad es una falacia. El objeto de estudio no se considera una entidad aislada con existencia independiente de quien lo estudia. Para los etnometodólogos, los procedimientos que utilizan los miembros de una determinada comunidad para comprenderse y comprender su mundo social son los mismos que deben utilizar los investigadores sociales para alcanzar el conocimiento de este mundo (Coulon, 1988). Esta propuesta metodológica es la que seguiremos durante el trabajo de campo con el fin de poder ingresar y comprender el mundo penal mapuche y lo jurídico institucional chileno.

Sin embargo, la etnometodología ha ido mucho más allá de estos postulados y ha propuesto toda una orientación metodológica que ha diseñado procedimientos reales mediante los cuales es posible construir ese orden de lo social; una constelación de procedimientos, condiciones y recursos a través de los que la realidad es aprehendida, entendida, organizada y llevada a la vida cotidiana. De aquí que la etnometodología sostenga que, en las ciencias sociales, todo es interpretación y que «nada habla por sí mismo»; que todo investigador cualitativo se enfrenta a un montón de impresiones, documentos y notas de campo que lo desafían a buscar el sentido o los sentidos que puedan tener. Este «buscarle el sentido» constituye un auténtico «arte de interpretación» (Cubells, 2002, pág. 42). Tal interpretación está presente en todo trabajo de campo, más aun cuando los investigados están protegidos por lo institucional.

El corazón de la etnometodología está en la interpretación de las poliédricas y polifacéticas caras que puede tener una realidad humana, ya sea individual, familiar, social o, en general, de cualquier grupo humano. Ya Aristóteles había dicho que el ser no se da nunca a nadie en su totalidad, sino solo según ciertos aspectos y categorías ¿Cuál o cuáles de esos aspectos o caras, que tiene una realidad concreta, deberé ver o percibir, y cuál o cuáles de las categorías de que dispone mi mente como investigador deberé aplicar? Aquí está la esencia de la investigación, en esta interpretación, (Martínez, 2011) tendremos que hacer esfuerzos para poder llegar y develar estas caras: esa es la tarea que nos propusimos y ahí es donde iremos.

### 3.2 La construcción simbólica del proceso jurídico

Las ideas básicas del proceso hermenéutico o interpretativo se convertirán en la base conceptual de la construcción simbólica del proceso jurídico, tanto en el ámbito mapuche como en el institucional chileno. El aporte desde este punto de vista consiste, básicamente, en comprender los procesos de asignación de símbolos con significado en el lenguaje hablado o escrito, y en el comportamiento en la interacción social, cuestión que permitirá entender los intrincados procesos jurídicos, sus técnicas y sus singularidades lingüísticas. Para esto, un referente teórico interesante lo constituye el interaccionismo simbólico, paradigma que fue estructurado por Herbert Blumer (1981). Sin embargo, es menester dejar en claro que esta orientación constructivista no es necesariamente *antirrealista*; es decir, uno puede sostener razonablemente que los conceptos e ideas son inventados por el ser humano, y, no obstante, mantener que estas invenciones corresponden a algo en el mundo real. Quizá la mejor síntesis de este proceso dialéctico, que se da entre el mundo exterior y nuestra realidad interna, la expresó Piaget al describir los dos procesos básicos de asimilación (de lo externo en sí mismo) y de acomodación (de uno mismo a lo externo). Este es un proceso *«hermenéutico-dialéctico*, en el sentido de que es interpretativo al mismo tiempo que impulsa y estimula la comparación y el contraste entre diferentes construcciones hipotéticas de la realidad en un esfuerzo por lograr la mejor síntesis de la misma» (Martínez, 2011, pág. 11). Queda claro, entonces, que la interpretación de la interpretación interno-externa y de acomodación del sujeto se convertirá en un punto central para el etnógrafo, quien, durante el trabajo de campo, deberá ir recorriendo la maraña de significados y entregándoles sentidos mediante interpretaciones que no siempre serán las correctas —esto es algo que ya debemos tener asumido.



Blumer define el interaccionismo simbólico como:

La peculiar y distintiva forma de interacción que ocurre entre los seres humanos. Este postulado reafirma la idea de que tanto el individuo constituye la sociedad como la sociedad al individuo. El pensamiento y el yo son productos del entorno social, y la conducta humana es el producto de símbolos sociales comunicados entre los individuos. Es solo a través de este proceso de comunicación simbólico que los humanos llegan a definirse a sí mismo y los demás (Blumer, 1981, pág. 17).

Necesariamente, en este juego dialéctico de interpretaciones, nos vamos definiendo nosotros y al mismo tiempo vamos definiendo el mundo que nos rodea; por eso parece interesante poder mostrar cómo un mapuche es capaz de generar definiciones del campo jurídico propio, como institucional y contextual, razón que nos entregará poder argumentativo para poder validar nuestras aprensiones al modelo imperante.

Así, Blumer establece los requerimientos de los métodos de investigación del interaccionismo simbólico en su publicación *El interaccionismo simbólico: perspectiva y método*, en la que manifiesta que el interaccionismo simbólico se apoya en tres premisas básicas que constituyen su enfoque metodológico:

- 1) Los seres humanos actúan en relación con los objetos del mundo físico y de otros seres de su ambiente sobre la base de los significados que estos tienen para ellos.
- 2) Estos significados se derivan o brotan de la interacción social (comunicación, entendida en sentido amplio) que se da en medio de los individuos. La comunicación es simbólica, ya que nos comunicamos por medio del lenguaje y otros símbolos; es más, al comunicarnos creamos o producimos símbolos significativos.

- 3) Estos significados se establecen y modifican por medio de un proceso interpretativo: «el actor selecciona, modera, suspende, reagrupa y transforma los significados a la luz de la situación en que se encuentra y la dirección de su acción (...), los significados son usados y revisados como instrumentos para la guía y formación de la acción». (Blumer, 1981, pág. 27)

De estos tres presupuestos básicos, se desarrollan las formas definitivas metodológicas del interaccionismo simbólico como perspectiva, ya sea en relación con el actor social y con la interacción, como en lo relacionado con la organización social. En este sentido, el interaccionismo simbólico plantea como técnica principal de su bagaje la observación participante y el enfoque predilecto, debido a su caudal investigativo — los estudios de caso—. Ambas situaciones son coherentes con el estudio propuesto y esperamos que su desarrollo en la presente tesis constituya un pequeño aporte a este tipo de estudios.

Otro punto importante que se ha de destacar para los objetivos del estudio es la objeción a aquellas metodologías en que «los participantes (...) en una organización social son meros medios del juego y expresión de las fuerzas o mecanismos del sistema mismo» (Blumer, 1981, pág. 48), como sucedía en la orientación psicológica conductista. Por el contrario, el interaccionismo simbólico requiere que el investigador entre activamente en el mundo de las personas que está estudiando para «ver la situación como es vista por el actor, observando lo que el actor tiene en cuenta y observando cómo él interpreta lo que está teniendo en cuenta» (Blumer, 1981, pág. 49). Esta cuestión es imprescindible y se ha de tener en cuenta en el desarrollo del trabajo de campo, donde intentaremos mostrar la interpretación del actor jurídico en lo cotidiano, sin mediatizaciones formales o fuerzas institucionales que condicionen su actuar dentro del tribunal de justicia.

En el campo de lo penal, el interaccionismo simbólico ha ejercido una importante influencia en todas sus áreas, pues sirvió, probablemente más que cualquier otro enfoque, para problematizar la definición que se realizaba del delito. Después de la aparición del interaccionismo simbólico, ya no bastaba solo con estudiar el delito y sus circunstancias, sino que fue necesario profundizar sobre los procesos de definición; es decir, investigar sobre las razones que llevan a que determinadas conductas sean consideradas por lo penal como delito, pero también al mecanismo por el cual esas personas son consideradas criminales. Resulta claro que, desde esta perspectiva con la que se aborda el tema penal, el interaccionismo simbólico abrió las puertas al estudio crítico y profundo sobre el control social y los diferentes mecanismos con los que la sociedad enfrenta el problema.

El interaccionismo pone de manifiesto que el delito no es una predisposición natural del ser humano, sino que es un ente cultural. Sobre esta base, en este sentido Blumer (1981) exacerbó sus observaciones, hasta el punto de afirmar que el delito no es otra cosa que un desarrollo hacia la definición y que el control social es creador de criminalidad a través de procesos de selección y estigmatización. En esta evolución, el individuo va cambiando la imagen de sí mismo que originalmente tuvo con relación a la imagen que de él tienen los demás, hasta que se instala en su nuevo estatus desviado, con lo que culmina su carrera criminal, en un círculo vicioso que se retroalimenta, constituyendo lo que se llamó una *profecía* que se cumple a sí misma.

Blumer (1981) sitúa en el centro de sus ideas la suposición de que el proceso de socialización de los niños es el fruto obtenido de su experiencia en grupos de vida. Si bien reconoce la importancia de la naturaleza de cada niño, también afirma que esta no determina su comportamiento futuro. Lo esencial del proceso de socialización son los conjuntos de símbolos y de sobreentendidos que están a su alrededor. Estos símbolos, comunes en un medio determinado, conforman el medioambiente social simbólico en que creen los individuos y en el cual su individualidad, sus pensamientos y sus emociones interaccionan con los de su entorno cercano. En él, cada sujeto es visto como un activo constructor de su propia conducta y no como el resultante de fuerzas

instintivas o de meros condicionamientos externos. Estas son cuestiones que no podemos ignorar, pero que en el campo de lo penal no son determinantes para cometer un delito.

Sin desconocer la importancia de la estructura, Blumer (1981) pone el acento en la naturaleza humana; es decir, la estructura con sus roles sociales, rangos y organizaciones resulta que no es determinante para la conducta, sino que la gente es activa y decisiva en la formulación de sus conductas. Por lo tanto, supone la existencia de la constitución de una identidad por la que el hombre actúa hacia sí mismo y hacia los demás. El hombre es un constructor de su mundo, recibe influencias del medio, lo determina, pero también es determinado por él. Si existe un campo temático donde se puede apreciar nítidamente los aportes del interaccionismo simbólico, es en la comprensión de las conductas desviadas; lo que se da en llamar *la teoría de la rotulación*, que, sin duda, corresponde al esfuerzo más significativo contra el legado de las nociones positivistas y absolutista del delito. Si bien estas teorías no explican a fondo el problema presentado en el presente estudio, son de las pocas que profundizan en el tema desde la lógica del actor, saliéndose de lo institucional.

El punto de partida de la teoría se fundamenta en que, igual que como toda actividad social se caracteriza por ser una relación significativa entre actantes sociales, la desviación puede ser caracterizada como el producto de dichas relaciones sociales significativa. Por lo tanto, la desviación no caracteriza ni puede etiquetar a una persona de acuerdo con sus propiedades, predisposiciones o características, sino como interpretación de un sentido socialmente determinado que es, al mismo tiempo, el resultado de dichas interacciones. De ahí que la rotulación problematice dimensiones que, en otras teorías, eran sencillamente consideradas y aceptadas como existentes. Por consiguiente, en ellas, la desviación era comprendida como un fenómeno estructurado —por tanto, prefabricado— y no como el resultado de actividades de constitución de quienes definen y configuran la desviación desde afuera ni de los que la aceptan como definida y existente desde dentro. Como mencioné anteriormente, quizás no representa a cabalidad lo presentado como problema de investigación, pero sí es un esfuerzo de

comprensión del delito desde la dinámica del actor que actúa como víctima o victimario en el escenario jurídico.

Uno de los mejores exponentes de esta corriente teórica, H. Becker, expone (citado en Pegoraro, (2012, pág. 26) de forma clara:

La etiquetación social define al individuo; las personas que están involucradas en actividades que son observadas y definidas como conductas desviadas se encuentran frente al problema de que sus actitudes, respecto de lo que ellos mismos hacen, no son compartidas por los demás miembros de la sociedad. El delincuente tiene la sensación de que para él es correcto delinquir, pero nadie más comparte dicha postura. Regularmente constituirán una cultura que se agrupará alrededor de los problemas que resulten de la diferencia entre su definición de aquello que hacen y la definición de los otros miembros de la sociedad acerca de su actividad. Ellos configuran sus propias perspectivas de su relación consigo mismos y de sus conductas desviadas, así como en sus relaciones con los otros miembros de la sociedad. Debido a que dichas culturas se desenvuelven dentro de la cultura de una sociedad más grande y a diferencia de ella, son llamadas a menudo subculturas.

Si bien no estoy muy de acuerdo con el concepto de subcultura, por la atomización lineal que hace de la cultura, comprendo el sentido que le quiere dar el autor y es lo que rescatamos para el propósito del presente estudio.

### 3.3 Reflexiones teóricas en la judicialización de un caso mapuche

#### 3.3.1 Las culturas en el interior del Estado-nación

Para entender la relación entre cultura y Estado–nación, comenzaremos por lo básico, aunque por ser básico no quiere decir que no presente complejidad inmanente en su discusión. La cultura se nos presenta siempre como un concepto controversial y heterogéneo pero infinitamente necesaria en cualquier estudio antropológico. Si nos acercamos a la definición fundacional del concepto, tendremos que remitirnos a E. B. Tylor (citado en la obra de Giménez, 2007, pág. 124), quien señaló que «la cultura, en un sentido etnográfico amplio, es aquel complejo que incluye el conocimiento, las creencias, el arte, la moral, el derecho, las costumbres y cualesquiera otros hábitos y capacidades adquiridos por el hombre en cuanto miembro de la sociedad». Esta definición holística y evolucionista se mantuvo en el centro del debate antropológico durante fines del siglo XIX y gran parte del XX, imbuida por el clima vigente de la época; es discusión interesante y que debería volver a redituarse a la luz del desquiciado curso que ha tomado la cultura occidental en los últimos años.

Continuando con lo mismo, las incursiones posteriores del antropólogo Franz Boas, en los años veinte y treinta, obligaron a que esta visión evolucionista fuera replanteada e invitó a pensar la cultura desde la perspectiva del particularismo histórico, lo que propició que se dejase de lado la pretensión de objetividad absoluta impuesta a partir del racionalismo clásico. A partir de este momento, se podría establecer la madurez del concepto de *cultura*, tomando tres posiciones distintas:

La fase concreta, la fase abstracta y la fase simbólica, caracterizadas respectivamente por otros tantos conceptos claves: costumbres, modelos y significados (...) en la fase concreta se extrae, de la definición de Tylor, un elemento perturbador: las costumbres. La cultura tiende a definirse como el conjunto de las costumbres, es decir, de las formas o modos de vida (Way of Life) que caracterizan e identifican a un pueblo (Giménez, 2007, pág. 237).

Entre los años treinta y cincuenta, se instaura la fase abstracta en la formulación del concepto de *cultura*. La atención de los antropólogos se desplaza de las costumbres a los modelos de comportamiento y el concepto de cultura se restringe circunscribiéndose a los sistemas de valores y a los modelos normativos que regulan los comportamientos de las personas pertenecientes a un mismo grupo social. Cuando todos pensaban que ya se había agotado, finalmente, el largo debate sobre el concepto de cultura en los años cincuenta, resurge con fuerza a principios de los setenta con la aparición del influyente libro de Clifford Geertz (1973) *The Interpretation of Cultures*. Desde esta perspectiva «la cultura es vista como un texto, un texto escrito por los nativos, que el antropólogo se esfuerza por interpretar, por más de que no pueda prescindir de la interpretación de los nativos» (Giménez, 2007, pág. 238). Entonces, la cultura y nuestro acercamiento a ella como investigadores siempre han desafiado las normas básicas de convivencia entre dos fuerzas. Por un lado, los que deben ser interpretados y los que interpretan este juego de poderes o, más bien, esta asimetría de poderes, siempre han permitido que lo oficial se haga cargo de conceptualizar a los *otros*. Por lo tanto, las conceptualizaciones de cultura, como en la mayoría de los casos, se encuentra sistematizada y oficializada desde lo institucional, situación que hace que este estudio se sume al esfuerzo integrador de las ciencias y sus instituciones por construir marcos intelectuales desde una cultura sobre otra. Así pues, no me queda más que asumir que esta realidad también es parte constitutiva de la presente tesis y, como esta tesis se enmarca dentro de lo institucional, no podré escapar de ello.

Quizás un consuelo es volver al modelo simbólico que se ha presentado en el acápite anterior, ya que se ha intentado reinterpretar y reconstruir en diferentes lugares el concepto de cultura. Un buen ejemplo de ello podría ser la posición de Herskovits (1973), quien, sin pretender caer en el relativismo cultural extremo<sup>5</sup>, manifiesta que la cultura es el rasgo distintivo del ser humano, pues reúne el ambiente natural en que se encuentra, el pasado histórico y las relaciones que se han de asumir. Desde esta posición, se podría señalar que la cultura da sentido y, algunas veces, realidad al ser humano, concluyendo que es la parte del ambiente hecho por el hombre. «Los juicios están basados en la experiencia y la experiencia es interpretada por cada persona en términos de su propia inculturación» (Herskovits, 1973, pág. 227). En otras palabras, cuando las personas definen y crean analogías acerca del bien-mal, esta construcción está completamente determinada por sus experiencias culturales. Lo anterior incluiría todo los procesos en que se ve inmerso y obliga a integrarse a la propia sociedad, desde la niñez hasta las presiones culturales que lo obligan a pertenecer a los puntos de vista mayoritarios de la sociedad. En consecuencia, las acciones de moralidad que, por antonomasia, han dominado a la cultura occidental entre el bien-mal, normal-anormal son relativas a la cultura. Se puede concluir que los individuos nos comportamos de acuerdo con los patrones culturales, que nuestra determinada sociedad ha desarrollado y transmitido a través de largos procesos históricos.

---

<sup>5</sup> Si buscamos, a modo general, entre las fortalezas del relativismo cultural, es que nos permite retener juicios morales acerca de las prácticas sociales de otra cultura. De hecho, los proponentes del relativismo moral dirían que hacer un juicio acerca de otra cultura sería etnocéntrico. Sin embargo, esta fortaleza es también una importante debilidad. El relativismo cultural nos excusa de juzgar las prácticas morales de otra cultura. Pese a ello, todos nos sentimos obligados a condenar acciones como la detención y desaparecimiento de personas bajo la dictadura militar o las limpiezas étnicas. El relativismo cultural, como sistema ético, sin embargo, no brinda ningún fundamento para hacerlo.



Desde este análisis simbólico de la cultura, podemos encontrar un sinnúmero de formas mediante las que ha sido abordada la cultura en los últimos años (antropología estructural, concepción de mundo de la tradición marxista, percepciones de valoración de acción, etc.). Sin embargo, todos estos enfoques siguen manteniendo en común la naturaleza semiótica de la cultura y por eso no son excluyentes, sino complementarios entre sí.

Un camino posible y atingente a nuestro estudio es el que nos enseña Eunice Durham (citado en la obra de Giménez, 2007, pág. 239):

Desde una perspectiva dinámica, como un proceso que interrelaciona los diferentes aspectos arriba señalados, que en realidad corresponden a diferentes momentos analíticamente separables de un mismo proceso de significación. La cultura podría definirse, entonces, como el proceso de continua producción, actualización y transformación de modelos simbólicos (en su doble acepción de representación y de orientación para la acción) a través de la práctica individual y colectiva, en contextos históricamente específicos y socialmente estructurados. De este modo hemos hecho aterrizar nuestra definición abstracta y categorial de la cultura (como dimensión simbólica de la sociedad contrapuesta a la naturaleza y a la “no cultura”), al nivel de lo que William Sewell denomina “mundos concretos y bien delimitados” de saberes, valores, creencias y prácticas, por los que una cultura particular se contrapone a otras”.

No podemos parecer pesimistas, ya que no siempre se contraponen, sino que también se dan los casos en los que se integran. Es cierto que no son muchos, pero sí hay, por ejemplo, en el norte de Chile, convivencia y respeto a lo multicultural, lo que es parte de la vida cotidiana.

En este sentido, la cultura adquiere una dimensión importante en la determinación de lo sociocultural en la personalidad; toda cultura ejerce una fuerte presión en los individuos. Cada cultura tiende a crear personalidades básicas. Aunque la acción de los individuos, en cualquier situación, es personal, en su mayor parte refleja determinadas influencias del contexto social.

Aquí nos adentraremos en un análisis de la cultura, que es importante para abordar el problema planteado, esto es, los esquemas interiorizados en las interacciones de percepción, de valoración y de acción señalados por Bourdieu. Si miramos a la sociedad como una vasta y compleja red de interacciones entre los sujetos que se valen de la comunicación para vehicular los significados que quieren poner en forma y que resignifica en la interacción cotidiana. Este concepto de sociedad supone la existencia de unas estructuras sociales objetivas (instituciones y sus redes) que ponen en circulación el aparato simbólico pertinente para el mantenimiento del estatus quo del grupo (Bourdier, 1988). Para tal efecto, se hace imprescindible la circulación de representaciones (axiológicas, normas, conductas, creencias, etc.) que objetiven los sentidos de vida con la finalidad de legitimar la manera de actuar e interactuar, ya sea entre la persona y su espacio, o entre la persona y la cultura.

Desde luego, si definimos que existen lugares de interacción entre el individuo y un espacio (en este sentido, entenderemos *espacio penal*), así como entre la persona y otras personas, ¿podemos subjetivar estas relaciones? Una respuesta posible a ello es la posición o el rol que les podemos atribuir a las representaciones sociales<sup>6</sup>. Es decir,

---

<sup>6</sup>Según Tomás Ibáñez (1988), la pobre aceptación de la teoría se debía a la profunda influencia de la corriente conductista que reconocía el comportamiento manifiesto como único objeto de estudio y subestimaba otras explicaciones apoyadas en elaboraciones subjetivas. Sin embargo, las nuevas conceptualizaciones y avances de la psicología social le dan nuevos aires a esta perspectiva. Un hito en el camino que conduce a investigaciones actuales sobre cognición social y representaciones sociales lo marcó el psicólogo Fritz Heider, quien dio explicación al enorme y complejo sistema de conocimientos psicológicos de sentido común que utilizan las personas en su vida diaria. Heider afirma que la realidad llega a nosotros y es a través de su interpretación que somos capaces de descifrarla. Por consiguiente, los significados que le atribuimos son los que van a constituir la como única e individual, y es esa la que tiene determinados efectos sobre nosotros. Teniendo en cuenta esta consideración, cobraría enorme valor la afirmación que apuntara el sociólogo W. I. Thomas cuando decía que « las situaciones son efectivamente reales si se las percibe como tales» (Thomas y Thomas, 1928, citado por Ibáñez, 1988, pág. 136). En este devenir histórico de la Teoría de las Representaciones Sociales, es de gran relevancia la influencia del sociólogo francés Emile Durkheim, quien, desde la sociología, propuso el concepto de representación colectiva referido a «la forma en que el grupo piensa en relación con los objetos que lo afectan» (Durkheim, citado por Perera, M., 2005, p. 26). Así pues, las considera hechos sociales de carácter simbólico, producto de la asociación de las mentes de los individuos.

podemos atribuirles un papel crucial en la comunicación social y en la conformación de las identidades personales y sociales, pero sin olvidar el papel que juegan en la configuración de los grupos y en las relaciones intergrupales. Entonces, la identidad de un colectivo puede ser solo un acento que lo singulariza; es decir, que el grupo no puede definirse si no es por su diferencia con otros grupos. En este sentido, las representaciones sociales producirían las significaciones que la gente requiere para comprender los mundos de su vida con la finalidad de actuar y orientarse en su medio social; así contribuyen a la legitimación y a la función del orden social (Ibáñez, 1988). La interpretación de dicho orden social siempre estará dispuesta para el oído atento de algún antropólogo que quiera escuchar estas orientaciones de sentido, aunque siempre quiera compararlas con las que él y la institucionalidad a la cual pertenece persiguen.

Los actores sociales de estas representaciones son personas que se reúnen de acuerdo con múltiples funciones y toman del medio social solo aquellos elementos que son importantes para su lectura, interiorizando siempre de forma particular y singular las normas propuestas. Esto sucede porque las personas precisan atribuir sentido, orientación y valor a casi todas las acciones que realizan, más aún cuando concientizan esta realidad, y el mismo medio cultural donde se encuentran inmersos los obliga a observar e interpretar una situación en particular. Esto los lleva inevitablemente a tener que elegir entre las alternativas que se les ofrece, subjetivando la decisión al medio cultural que siempre los contextualiza. Claramente, este paso y traspaso desde una cultura que contextualiza a otra que ha sido aminorada por años de dominación crea patrones de resistencia en todos los campos culturales; así, no extraña que el Az Mapu se haya adaptado a estas nuevas fuerzas culturales que lo contextualiza. Por lo mismo, no podemos pretender encontrar un sistema indígena puro y prístino a la usanza del siglo XVII, sino una adaptación de este sistema jurídico.

Desde esta posición, podemos pensar la cultura siempre en relación cambiante y dinámica, y en permanente construcción con las personas, con la naturaleza y con la propia sociedad. En consecuencia, la cultura es modo de ser pero también de hacer; es conocimiento histórico adquirido y modo de comportamiento singular, siempre en compleja interacción. Aquí, normas, valores, conductas, tradiciones, deseos, espíritus actúan como fuerzas en el proceso *enculturativo*, convirtiéndose en evoluciones que pueden adquirir o soportar nuevos elementos, favoreciendo así la transformación de la sociedad. Por lo mismo, nunca debemos olvidar que la cultura es, primero que todo, una forma singular de descifrar y construir el movimiento concreto de una vida cotidianamente cambiante.

Como elemento aglutinador en el interjuego de las experiencias vividas, junto a las representaciones y las acciones, que son las que producirán finalmente el sentido. Cuando este proceso se establece de forma efectiva en la vida cotidiana (o sea, cuando se instituye), empieza gradualmente a eliminar incertidumbre y contingencia, lo cual favorece a las instituciones en el proceso de reconocimiento que hacen las personas. Es interesante hacer notar que, en la institución estudiada, esta objetivación se realiza de una forma axiológica, moral y ética, lo que le atribuye significaciones totalizadoras en su actuar institucional.

Entonces, de manera sintética (no a modo de realizar objetivaciones o jerarquizaciones sin fundamentos), podríamos decir que las representaciones sociales que construyen los sujetos corresponden al ámbito de la cultura, la sociedad y las personas. Como antropólogo y etnógrafo, mis preocupaciones, sin duda, van por este mundo. Con estas pretensiones me enfrento al mundo de la vida que pretendemos abordar; este mundo en el que se funden experiencias, fracasos, aciertos, certezas, aventuras y desventuras de personas a quienes nosotros llamamos *delincuentes* o *indígenas* o, lo que es peor, *indígenas delincuentes*.

### 3.3.2 La socialización como parte integrativa estética del proceso jurídico chileno

¿Cómo se estructuran estas relaciones entre personas, o entre persona–institucionalidad, ambos procesos fundamentales para la explicación del problema planteado? Para ello, utilizaremos el concepto de socialización (a pesar de que, en un primer momento, me detuve en el concepto de inculturación, George Simmel me convenció de lo contrario), y las resignificaciones que tienen en la construcción simbólica de la realidad por parte de los miembros de una sociedad.

La reproducción cultural requiere, necesariamente, que cada cultura se vea en la obligación de mantener un proceso constante de socialización con la finalidad de socializar a las personas que participan en ella. Esto les hace, por un lado, asimilar la cultura y, por otro, les entrega los elementos necesarios para asumir los distintos roles que, en los diferentes procesos de la vida, la sociedad les va a ir exigiendo. De esta forma, se transmiten, valores, normas, conductas, tradiciones, esperanzas y dilemas. Así, no hay persona que pueda decir que su cuerpo no haya sido, de una u otra forma, marcado por su cultura.

Sin embargo, que no se malentienda lo anterior. No estamos señalando con ello que somos meros títeres de la cultura que nos envuelve, atrapa y alienta a seguir pasos sospechosos en su devenir; sino que no existe persona que no haya sido marcada o señalada de alguna forma por la cultura que lo contextualiza (cultura objetiva). Lo anterior queda más claro si nos aproximamos a George Simmel, un autor fundamental que trata este punto. Simmel señala que la persona siempre puede sorprenderse; pese al torbellino de información que nos entrega la cultura, siempre conservamos algo de libertad, sobre todo, en los amplios círculos sociales y, mayoritariamente, en los círculos que nos imponen su manto de perversidad y violencia institucionalizada a través de la tan antigua y mediocre excusa del bien común y la seguridad social. Por esa razón no debemos ni podemos olvidar estos espacios de libertad. Tampoco debemos perder de vista que el determinismo y el esencialismo a ultranza nos llevarán inevitablemente a olvidar a las personas y homogeneizar lo que jamás ha pedido tal reducción.

En palabras de Simmel (1939, pág. 174):

El error se funda en un hecho mal interpretado, sin duda, pero muy importante. El reconocimiento de que el hombre está determinado en todo su ser y en todas sus manifestaciones por la circunstancia de vivir en acción recíproca con otros hombres ha de traer, desde luego, una nueva manera de considerar el problema en las llamadas *ciencias del espíritu* (en el sentido más amplio de la palabra), los contenidos de la cultura, las formas de la ciencia, las normas de la moralidad (...) hoy creemos comprender los fenómenos históricos por las acciones recíprocas y conjuntas de los individuos, por la suma y sublimación de incontables contribuciones individuales, por la encarnación de las energías sociales en entidades que están más allá del individuo y que se desarrollan por encima de él.

Y es justamente esta comprensión de la cultura la mayor dificultad en nuestro estudio, ya que la cultura entendida por otra cultura que se configura en el poder por un Estado-nación difícilmente puede comprender este proceso sin pasar sobre la otra.

Estos espacios de libertad no son arquetípicos de sociedades preindustrializadas, sino que son espacios totalmente posibles en las urbes contemporáneas, cunas del cosmopolitismo y del capitalismo, puesto que es justamente aquí donde el individuo puede entrar en contacto con personas integrantes de grupos con intereses diversos y amplios. Entonces, cuanto mayor es el número de grupos o espacios sociales a los que las personas pertenecen, menor es la posibilidad de que en otros grupos se dé la misma combinación. Es decir, mientras sea mayor la pertenencia a distintos grupos en estos espacios de libertad, a pesar de que en una primera lectura parezca opuesto y hasta incoherente, mayor será la especificidad individual, ya que es muy poco probable que se repitan nuevamente esas singularidades en otros grupos dentro de la sociedad.

Sin embargo, Simmel, además de considerar este juego de la interacción objetiva y subjetiva, estableció una relación de interacción muy importante para nuestro estudio: la subordinación que se da dentro de la institucionalidad penal y que va construyendo poco a poco estas definiciones entre lo objetivable y lo subjetivable en la socialización de las

personas. En este sentido, las relaciones de subordinación tienen un papel importantísimo en su tarea de esclarecer la espontaneidad y la eficiencia de las personas que interpretan y juegan con esta doble posición, pero que, en la mayoría de las ocasiones, están en el papel de subordinación ante la autoridad. Un ejemplo de ello puede ser justamente la tarea que nos ocupa en este estudio. Un juez de la República en Chile supone un grado de autoridad mucho mayor que cualquier persona dentro de la sociedad; por lo mismo, se le reconoce una autoridad por parte del ciudadano, pero siempre sujeta a esta relación de autoridad. Incluso la dialéctica entre autoridad y libertad no tiene contrapeso en la realidad, y la autoridad parece aplastarlo solamente con la fuerza que le da la posibilidad de poder hacerlo.

Pero no culpemos de ello a las estructuras de dominación, ya que el dominio, en gran medida, lo otorgan los subordinados.

Por lo general, a nadie le interesa que su influencia sobre otro determine a ese otro, sino que esta influencia, esta determinación del otro revierta sobre el determinante. Por eso, existe ya una acción recíproca en aquel afán de dominio que se da por satisfecho cuando el hacer o el padecer del otro, su Estado positivo o negativo, aparecen al sujeto como producto de su propia voluntad. Este ejercicio, por decirlo así, solipsista de un poder dominador, cuyo sentido se reduce para el superior a la conciencia de su actuación, no es sino una forma rudimentaria sociológica, que no produce más socialización que la que existe entre un artista y su estatua, la cual reobra también sobre el artista en la conciencia de su poder creador (Simmel, 1939, pág. 161).

De esta forma, el dominador tiene una confianza en su accionar que sobrepasa el valor de la persona subjetiva (sin institucionalidad), siempre viable, alcanzable, despreciable, abatible y más sujeta a la crítica social.

Pero, cuidado, no pensemos que por ello la dominación es total. Aunque el poder supraindividual se revista de una reputación, grado, dignidad o divinidad —poder que jamás podría emanar desde lo individual—, es más bien aparente y lo que nosotros queremos pensar para tranquilizar o engañar al espíritu.

Pero, en realidad, esa ausencia de toda espontaneidad en la relación de subordinación, es más rara de lo que parece deducirse de los giros populares que hablan abundantemente de «coacción» de «no tener opción» de «necesidad absoluta». Aún en las relaciones de sumisión más opresoras y crueles subsiste siempre una cantidad considerable de libertad personal. Lo que sucede es que no nos damos cuenta de ella; porque afirmarla en tales casos costaría sacrificios que no estamos dispuestos a realizar generalmente. La acción absoluta que ejerce sobre nosotros el más cruel tirano está siempre, en realidad condicionada; está condicionada por nuestra voluntad de eludir las penas u otras consecuencias de nuestra insumisión (Simmel, 1939, pág. 174).

Claramente esta situación está latente en el caso investigado; no había razones para no convertirse en tirano, sino todo lo contrario, un botín que la codicia de todo un país no pudo rechazar.

Además, es evidente que, en este punto de intercambio entre la situación personal y la autoridad, entra en juego la legitimidad de la institucionalidad que representa, apoya y resignifica la autoridad. Sin embargo, este doble juego puede resultar peligroso para los que desempeñan la subordinación sin conciencia del subordinado, ya que se ha visto en numerosos casos que es el propio creyente, seguidor y potenciador de la autoridad el que puede generar el cambio. La espontaneidad de los procesos sociales que han cambiado los papeles son recurrentes a lo largo de la historia, pero es parte del juego, pues, a pesar de pretender disminuir, aplacar, apagar y hasta extinguir esta espontaneidad, siempre quedan sus resabios, que, al igual que el fuego, basta solo una chispa para que se transforme en una hoguera y arrase con todo.



Dos de los tipos básicos de la interacción social considerados por Simmel, muy importantes para nuestra investigación, son la sociabilidad y el intercambio. Las personas presentan una inclinación ineludible y excluyente hacia la sociabilidad; siempre se tiende a interactuar con otros, indefectiblemente de sus singularidades culturales. Por lo mismo, no es de extrañar que uno de los intervinientes en el Penal, representado como la *víctima*, sea quien legitime la justicia penal chilena como medio para buscar justicia. Pero, claro está, esta interacción tiene sus obligaciones y motivaciones.

Ahora bien, aquella unidad o socialización puede tener diversos grados, según la clase e intimidad que tenga la acción recíproca; desde la unión efímera para dar un paseo, hasta la familia; desde las relaciones «a plazo», hasta la pertenencia a un Estado; desde la convivencia fugitiva en un hotel, hasta la unión estrecha que significaban los gremios medievales, ahora bien, yo llamo contenido o materia de sociabilidad a cuanto exista en los individuos (portadores concretos e inmediatos de toda realidad histórica), capaz de originar la acción sobre otros o la recepción de sus influencias; llámese instinto, interés, fin, inclinación, estado o movimiento psíquico (...) la socialización solo se presenta cuando la coexistencia aislada de los individuos adopta formas determinadas de cooperación y colaboración que caen bajo el concepto general de la acción recíproca (Simmel, 1939, pág. 176).

Sin embargo, esta socialización, cuando se hace desde el poder que subyuga al otro, poco le puede importar establecer relaciones de cooperación y colaboración desde una posición de dominador.

Es en este instante cuando los intereses individuales se dejan de lado —al menos, en parte de lo posible— para que podamos transmitir. Simmel define la sociabilidad como la forma lúdica de la asociación. «El único fin de la sociabilidad es la asociación misma» (Simmel, 1939, pág. 191). El concepto de sociabilidad presenta el carácter relacional de los individuos como fundamento principal, pero siempre haciendo hincapié en la dimensión asociativa más que en la individualización.

Y va más allá de la mera relación entre dos personas. Junto al 'yo' se concibe un 'tú', pero también un 'tú' colectivo, el grupo, y un 'yo' colectivo, el nosotros. Detengámonos unas líneas más a explorar con mayor detalle el concepto de sociabilidad. La sociabilidad es una característica de los seres humanos, que se ubica en la esfera natural, es decir, responde a la condición del hombre como ser biológico. En segundo lugar, la sociabilidad es el medio que hace posible la vida en sociedad, al mismo tiempo que la sociedad hace posible la sociabilidad entre sus individuos. Esto último permite distinguir entre sociabilidad y socialización. Simmel se centró fundamentalmente en el primer proceso, y no abordó de forma tan rigurosa la socialización, comprendida como el proceso mediante el cual el individuo incorpora los hábitos propios de su cultura. Es importante destacar que la sociabilidad es el proceso que permite o posibilita al individuo relacionarse y, por tanto, comunicarse con sus semejantes (Rizo, 2006, pág. 268).

Pero cuando existe voluntad de comunicarse, solo así se logra una socialización horizontal, cuestión difícil de pensar entre la cultura chilena y mapuche.

Podríamos concluir, pues, que la sociabilidad es el fundamento mediante el cual los hombres crean vínculos y se relacionan entre sí. Estas interacciones, sus subterfugios, las relaciones cotidianas y sin valor aparente son las interacciones que les permiten, por un lado, definir el mundo y sus culturas, y, además, definirse a ellos mismos y la interacción que reproducirán respecto a los *otros*. Esto permite orientarnos hacia un concepto de cultura totalmente dinámico, pues nos brinda la posibilidad de establecer un juego entre los sentidos sociales y los procesos de interacción y construcción, un juego que permite adentrarnos con mayor libertad en la etnográfica propuesta.

En este sentido, Simmel vincula la cultura con el individuo en su siempre difícil acercamiento a ella. En ello, es posible reconocer la experiencia subjetiva de los sujetos que individualiza la historia sociocolectiva, siendo su expresión y su producto; sin embargo, también objetiva aquello que lo envuelve y contextualiza. Es en esta relación donde los procesos de socialización y sociabilidad mediatizan, en la cotidianidad este juego de significados. Muchos se encargan de establecerlos como lineales con el fin de favorecer esquemas explicativos de los saberes situados en la academia, pero la etnografía, día a día, nos muestra que este proceso corresponde a una interacción sobre la subjetividad de la relación, donde el individuo puede re-construir y crear su propia vida, según sean sus experiencias en la cotidianidad. Así, en la apropiación de las relaciones y estructuras sociales, en su interiorización y en su reconfiguración e interpretación en el plano de la subjetividad, toman forma y fuerza los mundos, esos mundos que no se objetivan en claustros aleatorios o confabulatorios, sino que pertenecen a una instancia mucho más simple llamada *vida*.

### 3.3.3 Construcción de identidad: la convivencia de dos pueblos que coexisten en un mismo Estado–nación

En los últimos años, se han debatido los conceptos de multiculturalismo e interculturalidad, y, de manera tácita, se ha acordado que el nivel de interculturalidad se alcanza después de superar la brecha integracionista del multiculturalismo.

Mientras el primero aludiría a una integración de culturas subordinadas en una cultura hegemónica o mayoritaria, que, en cierto sentido, las toleraría o apoyaría como una estrategia para precisamente mantener su control, el segundo representaría los esfuerzos para lograr la integración horizontal o mutuamente respetuosa entre culturas diversas, sin atender a asuntos de mayorías y minorías (Borrero, 2009, pág. 56).

Es así que la interculturalidad se vería como una suerte de paso adelante del multiculturalismo. Lo anterior, se ve reforzado que en nuestros tiempos ya no resulta políticamente correcto andar posando de multiculturalista, y cuando se remarca esta condición es porque se está vinculado intensamente a la supremacía de valores y principios de la cultura dominante.

Sin embargo, si trasladamos esta discusión hacia nuestro problema de estudio —y desde la defensa integracionista de la cultura al terreno de la convivencia y, específicamente, la convivencia en el plano institucional—, el asunto se complica demasiado. Aparecen nuevos actores y la integralidad que se ve en apariencia se derrumba ante el esbozo de cultura construida bajo un mismo Estado–nación, debido, principalmente, a que el supuesto que se encuentra debajo del mundo normativo no supone el respeto por la construcción de su propia identidad. Para entender cómo desenredar esta madeja cultural, acudiremos a la magistral obra de la profesora Mercedes Fernández Martorell, quien, en *Antropología de la convivencia* (1997), nos presenta una lúcida alternativa para recrear el vivir compartido.

Si bien nos abocamos a objetos de estudio distintos en nuestras investigaciones, puesto que sería dificultoso encontrar similitudes culturales entre los judíos y el pueblo mapuche, ambos comparten una dificultosa comprensión desde lo institucional, incluso desde la institucionalidad que comparte la misma antropología, cuestión paradójica, por decir lo menos. Sin embargo, ambos protagonistas comparten el hecho de estar suspendidos y escondidos en una sociedad en que no son protagonistas y, es más, no solo aparecen como inexistentes, sino que para muchos son seres despreciables y con enormes dificultades para transmitir su identidad.

El texto retrotrae mágicamente a diferentes lugares y en diferentes épocas en las que el choque con lo distinto siempre ha sido un paso difícil y complejo. Sin embargo, entender al otro siempre ha sido una tarea reflectante desde el propio sistema de vida; es como mirarnos al espejo, preguntarnos quién está detrás y ver casi siempre la imagen del mismo que se interroga.

Resulta obvio, en consecuencia, afirmar que el pensamiento antropológico se ha elaborado desde el propio sistema de vida y para sí. Sus puntos de mira, las preguntas que se ha formulado sobre el otro, todo su discurso, se ha dirigido a los actores de la propia sociedad. Además, la palabra antropológica ha versado sobre proyectos del propio sistema. Proyectos sobre cómo aprehender e idear relaciones con otros de la misma especie (pág. 17).

Desde esta perspectiva, el texto permite anticiparnos a este problema. Como enfrentaremos nuestro objeto de estudio, como reflejo de un sujeto cohabitante de la cultura oficial o mediante las acciones de creación de identidad desde donde se está ensanchando las posibilidades de *producir* sujetos sociales diferentes. Otros sujetos, unos que ahora desconfían de la cultura oficial. Desconfianza que fue generada en la modernidad y muchas de las organizaciones que la conforman se asignaron la misión de *totalizar* proyectos de integración social.

Más notable aún que lo anterior es la preponderancia de la antropología que siempre se mira el ombligo, pensando al diferente desde su propia cultura, cuestión que siempre nos cierne sobre los límites del caminar etnográfico.

Ahora se hace explícito y se reconoce que la palabra antropológica, desde siempre, ha generado discursos que tenían mucho de ficción. Y tal ficción consiste en que los especialistas han creído hablar sobre el otro exótico, pero en verdad lo que han hecho es hablar sobre y para las sociedades que han producido pensamiento antropológico (Fernández Martorell, 1997, pág. 27).

Así, por ejemplo, en un juicio en el que se enfrente a dos culturas, los jueces toman la ficción del ser mapuche, siempre y cuando esta ficción encaje en nuestra propia cultura oficial —de lo contrario, esta configuración ficticia jamás formara parte de la verdad constitutiva del juicio si aparece como un hecho cultural único y separado de la cultura oficial—. Esto ya había sido apreciado por James Clifford en su estudio etnográfico de un juicio realizado en EE. UU. con participación de los indígenas de Mashpee: «El sistema de contrarios está pensado no para producir un dictamen que satisfaga a todos o que pueda ser renegociado al año siguiente si la situación cambia. Determina ganadores y perdedores, una decisión sobre la verdad permanente del caso» (Clifford, 1988, pág. 391). La verdad entonces aparece no solo para el jurista como un hecho que se acomoda a nuestra verdad como institución dominante, sino también para la propia antropología que intenta descifrar estos discursos no muy lejanos de la ficción del jurista, en la que lo exótico no pierde esa carga de ficción, cuestión de la que debemos cuidarnos para no seguir alimentando y nutriendo la irrealidad y circularidad de los juicios jurídicos.

Esta suerte de utilitarismo con la que se trata al *otro* exótico, con fines de producción de verdad institucionalidad, en el caso analizado presenta enormes problemas para la antropología y, siendo más específicos, para nuestro estudio. Esto se debe a que, si discursivamente siempre analizamos al *otro* desde una ficción exótica de su cultura, la antropología no hace más que constituir parte de ese engranaje de

certificación cultural, que luego será utilizado en los juicios de los indígenas para construir identidades ficticias de acuerdo con las necesidades institucionales de la cultura oficial. Así pues, resulta atendible que en esta tesis intentemos volver a las antropologías de la antropología, regresando a la matriz cultural del otro mediante artefactos simples y concretos.

Resulta obvio, en consecuencia, afirmar que el pensamiento antropológico se ha elaborado desde el propio sistema de vida y para sí. Sus puntos de mira, las preguntas que se ha formulado sobre el otro, todo su discurso, se ha dirigido a los actores de la propia sociedad. Además, la palabra antropológica ha versado sobre proyectos del propio sistema. Proyectos sobre cómo aprehender e idear relaciones con otros de la misma especie (Fernández Martorell, 1997, pág. 34).

Y es justamente a los puntos de miras de ese otro donde queremos volver, pero no pensando en la utilidad de esas *perspectivas* para la construcción de una verdad institucional. Esta tesis no quiere ponerse al servicio de lo jurídico. Si estos párrafos u otros escritos en este documento fuesen utilizados para la construcción de la verdad jurídica, habremos fracasado en nuestra empresa. Precisamente para no fracasar, se hace imperioso volver a *sus puntos de miras*; solo de esta forma podremos tomar ventaja de lo atrayente que resulta caer dentro de la verdad institucional.

Aquí llegamos a un punto crucial en nuestra investigación, que dice relación con la convivencia en una sociedad que, por razones históricas, fortuitas o forzosas deben convivir en su seno entre diferentes culturas. En el caso chileno–mapuche esta relación se da dentro de un contexto histórico. La expedición española rumbo a Chile se inicia en 1536 desde Cuzco, con las primeras expediciones de Diego de Almagro. Dadas las inclemencias climáticas y la resistencia de los mapuches, le correspondió a Pedro de Valdivia (1540) la empresa de la conquista, tras la que fundó ciudades que fueron su centro de operaciones. Los núcleos de población que ubicó al norte de Santiago le sirvieron como punto intermedio de comunicación con el Perú; las del sur del Bío Bío, para apoderarse de aquellas tierras en su afán de anexar a su gobernación la totalidad del territorio sur. Sin embargo, esta situación no aconteció como los conquistadores lo

tenían previsto, sino que dio origen a la guerra de Arauco, que durante más de trescientos años enfrentó a mapuches y españoles por el control del sur de Chile. Los intercambios de productos y el mestizaje fueron parte esencial en la convivencia fronteriza, que cimentó la integración cultural luego que sobrevino la paz entre los dos pueblos. Con el advenimiento del Estado-nación chileno, durante muchos años se construyó una aparente paz mediante una política reduccionista y policiaca, cuestión que, en los últimos años, ha despertado una serie de disputas en el sur del país por demandas de territorio y respecto del Estado chileno al desarrollo de la cultura mapuche.

Lo anterior nos muestra que la convivencia entre dos culturas en el caso mapuche históricamente ha sido a punta de lanza y fuego. La supuesta integración a un Estado-nación único no fue más que un espejismo ayudado por la verdad institucional que describíamos antes. Cuestión que, en el caso mapuche, una buena parte de su población lo hizo sin mayores resquemores durante muchos años; formaron parte de la *civitas* asumiendo su rol y estatus en ella.

Bajo ese método tienen cabida para sobrevivir representantes de cualquier cultura. Tan solo deben asumir las leyes, pautas y normas de comportamiento que propician que las categorías de estatus de tal sistema de convivencia se reproduzcan. Como veremos, es ahí, en esas texturas, donde se convierte en realidad estable la posibilidad de que convivan culturas diferentes. Texturas, por otra parte, eternamente inestables, cambiantes (Fernández Martorell, 1997, pág. 41).

El Estado-nación chileno logró enmascarar a los mapuches y entregarles un estatus mínimo; es más, los invitó a las ciudades, y de esta manera hoy más del 90 % de su población vive en las grandes urbes y en capitales regionales, tras haber abandonado sus tradiciones, sus tierras y su cultura.



Esto no es menos importante en el afán de hacerlos parte de un Estado–nación impropio, ya que, dentro de la cultura mapuche, en la dimensión hombre-naturaleza, los contenidos educativos se desarrollan en función de que la persona escuche, entienda e interprete los mensajes de la naturaleza a partir de significados compartidos por los miembros de la comunidad. En la cultura mapuche la fuente de conocimiento es la experiencia, la participación real y concreta en actividades sociales y culturales, relación que va desapareciendo con la finalidad de asumir nuevos roles y estatus propios de la *civitas*.

Obviamente, en este nuevo contexto, el pueblo mapuche debe establecer nuevas relaciones que le permitan sobrevivir en tales sociedades. Sin embargo, con los mapuches esta relación no sucede de forma horizontal y como necesita la convivencia para establecer una ciudadanía que pueda compartir una territorialidad determinada.

En el interior de un sistema de vida que se representa en *civitas* pueden recrearse, pervivir culturas diferentes, siempre y cuando tengamos presente que todos sus actores están obligados a compartir igual método para sobrevivir. Todos los protagonistas adscritos a tales sistemas de vida están inmersos en idéntico juego de estrategias (Fernández Martorell, 1997, pág. 64).

Ya que para los mapuches la *obligatoriedad* de convivencia pasa por una desigualdad de métodos de estrategias, que, en el plano judicial, se agudiza, pues la obligatoriedad se presenta directamente como represión desigual y brutal hacia su cultura.

En este nuevo contexto, la identidad territorial constituye una categoría que da cuenta de los espacios habitados por el pueblo mapuche o una parte de este, que, según sus características, se encuentra delimitado por hitos geográficos reconocidos socialmente por una o más agrupaciones de una misma etnia. Estos territorios son valorizados por los indígenas al asignarle un contenido político, social, cultural y religioso. Sin duda, lo anterior da cuenta de una división fundamentada en límites geográficos naturales, siendo las características comunes y particulares las que

justificaba la pertenencia a cada sector. Sin embargo, el concepto de identidad territorial ha comenzado a ser re-sistematizado y refundado por el pueblo mapuche actual dentro del contexto del rescate de la identidad originaria, que giraba en torno a los fütalmapu —estructura social y política que predominaba antiguamente—, para pasar a un concepto de territorialidad mucho más amplio y también menos preciso. Esto se debe a que actualmente la mayoría de las comunidades mapuches se han insertado dentro de las ciudades. ¿Qué hacemos si el concepto de territorialidad ya nos resuelve por sí solo la limitada noción de convivencia? Una solución posible es la elaborada por la profesora Fernández Martorell, quien señala que, en estos casos en los que la territorialidad no existe, quedan otras alternativas.

Una de ellas, o la más viable para nuestro estudio, tiene relación con el planteamiento de los activos que comparte o recrea una cultura:

Se ha planteado que la elaboración de la lógica interna de las culturas se asienta en la construcción de género y edad; y también que tales actividades permiten, a sus protagonistas, identificarse entre sí. Es de esta forma como se elaboran las identidades colectivas (Fernández Martorell, 1997, pág. 81).

Por lo tanto, estos dos conceptos han logrado fraguar una conceptualización común en el caso de la cultura mapuche y chilena, no sin antes haber pasado por siglos de desavenencias y conflictos. No obstante, al final han logrado llegar a lugares comunes en la construcción del género y la edad: «En cualquier caso, para que se relacionen culturas diferentes se requiere previamente que las culturas, las identidades colectivas, se hayan generado y recreado» (Fernández Martorell, 1997, pág. 90). Esta recreación, como ya hemos señalado, ha estado llena de dificultades: «Está claro que los sistemas de relaciones que han propiciado la construcción de los estados y las *civitas* se han elaborado en un marco de conflictividad que implica la convivencia de lógicas distintas» (Fernández Martorell, 1997, pág. 96). Dificultades que, por cierto, se han profundizado y agudizado durante la última década, lo que ha desencadenado un verdadero estado de sitio para el desarrollo cultural del pueblo mapuche.

Sin embargo, la convivencia diaria realizó un trabajo silencioso que dio paso al acuerdo tácito en el que se juntan ambas culturas en ciudades donde la territorialidad cultural no existe y los medios de exclusión se instauran desde la lógica capitalista. Aquí relucen el género y la edad como constructores de una identidad compartida, respetada, asimilada, que desconoce las formas tradicionales de su interpretación para conformar un puente de encuentro entre la cultura chilena y la mapuche. Este hecho, al perderse en sus diferencias, las acercó en la convivencia.

### 3.3.4 La convivencia cultural dentro de la ciudad

Somos mapuche de hormigón  
Debajo del asfalto duerme nuestra madre  
Explotada por un cabrón.  
Nacimos en la mierdópolis por culpa del buitre cantor  
Nacimos en panaderías para que nos coma la maldición  
Somos hijos de lavanderas, panaderos, feriantes y ambulantes  
Somos de los que quedamos en pocas partes  
El mercado de la mano de obra  
Obra nuestras vidas  
Y nos cobra  
Madre, vieja mapuche, exiliada de la historia  
Hija de mi pueblo amable  
Desde el sur llegaste a parirnos  
Un circuito eléctrico rajó tu vientre  
Y así nacimos gritándoles a los miserables  
Marri chi weu!!!!

Del poemario homónimo del joven poeta mapuche  
David Aníñir Guilitraro.

Hablar de convivencia cultural sin duda nos acerca a la antropología urbana, parte de la antropología siempre discutida y en constante evolución. En términos historicistas, la irrupción de la antropología urbana viene a saldar una deuda con un importante cúmulo de investigaciones que se fueron haciendo cargo de las problemáticas consecuentes a la irrupción de las urbes. Esta situación dictaba o se escapaba del arquetipo tradicional de la antropología de los estudios étnicos o rurales clásicos de principios del siglo XX. Sin embargo, acabado el siglo XX:

La antropología parece una disciplina dispuesta a abarcarlo todo. Desde hace varias décadas, trascendió del estudio de pueblos campesinos no europeos o no occidentales, en los que se especializó al comenzar su historia como disciplina, a investigaciones sobre las metrópolis. Se fue ocupando de todo tipo de sociedades: complejas, tradicionales y modernas; de ciudades y redes transnacionales. Autores posmodernos muestran incluso que el estilo antropológico de conocer tiene algo peculiar que revelarnos sobre las formas de multiculturalidad que proliferan en la globalización (Canclini, 2004, pág. 21).

Pero ahora no solo es posible estudiar la convivencia cultural viajando miles de kilómetros, pues la tenemos frente a nosotros: está ahí, aunque muchas veces no la veamos porque no la encontramos digna de nuestros estudios y nos esforcemos vanamente por encontrar y descubrir culturas vírgenes cuando ya no existen, los propios antropólogos hemos cooperado en su despojo.

Resulta un trabajo arduo definir o poner límites a la antropología urbana, ya que justamente la multiplicidad étnica de las ciudades latinoamericanas es la mejor justificación para la inclusión de su análisis en el presente trabajo. Sin embargo, es del todo justo incluir aquí a la profesora Fernández Martorell, quien se ha dedicado al estudio sistemático de la convivencia de diferentes grupos al interior de las ciudades durante años. En este sentido, define la cultura urbana como aquel lugar de intersticio en el que se encuentran dos sistemas de vida diferente, pero que tienen la obligación de convivir por diferentes razones, sean estas territoriales, políticas, económicas, laborales, etc. En consecuencia, la diferencia es utilizada para reafirmar la existencia propia dentro de una comunidad en un espacio determinado:

Se entiende que las sociedades con pensamiento antropológico hemos hecho “uso” de la diferencia sociocultural para recrear lo que denominamos “nuestra realidad”. Ello es aceptable si convenimos que la actividad antropológica se instala en sistemas de vida que tiene un proyecto implícito (elaborado con peor o mejor fortuna): el de hacer posible que convivan culturas diferentes en una misma sociedad (Fernández Martorell, 1997, pág. 42).

Como manifiesta nuestra querida profesora Fernández Martorell, muchas veces no somos bien mirados por el círculo más tradicional de la antropología, pero, sin duda, su acierto es justamente haber visto este nuevo campo de estudio, complejo y cercano; tan cercano que a muchos les costó años poder verlo.

Sin duda, la lucidez de plantear al otro como un sujeto que construye la realidad con relación al otro es una idea que se reproduce ciertamente en nuestro estudio. Entender la otredad es el esfuerzo común en una sociedad que quiere convivir. Sin embargo, esta noción básica de la convivencia con su metodología a cuestas y sus artilugios históricos, que provocan devenires y desencuentros, se vuelve incierta y difícil cuando se trata de diferencias étnicas que se agudizan cuando, día a día, se quiebra el pacto inicial de la convivencia:

Está claro que los sistemas de relaciones que han propiciado la construcción de los Estados y las *civitas* se han elaborado en un marco de conflictividad que implica la convivencia de lógicas distintas.

A través de los siglos se han ideado estrategias para manejar los problemas de convivencia entre diferentes culturas (...) para interpretar la diversidad cultural, no es necesario optar entre.

- a) Entender que las culturas existen separadas e independientes entre sí.
- b) Entender que las culturas son dependientes entre sí por la continua e inevitable comunicación constatada históricamente.

Sabemos que al establecerse relaciones y asociaciones entre diversas culturas se han multiplicado las propuestas para convivir. A veces estas relaciones se han concretado en acuerdos económicos, matrimoniales o religiosos (Fernández Martorell, 1997, pág. 68).

Consecuentemente, la diferenciación étnica o cultural implica un desafío mayor, a pesar de que también debemos exponer que la diferenciación que subyace en lo pragmático se relaciona con la edad y el género; es decir, «se ha planteado que la lógica interna de las culturas se asienta en la construcción de género y edad; y también que tales actividades permiten a sus protagonistas, identificarse entre sí. Es de esta forma como se elaboran las identidades colectivas» (Fernández Martorell, 1997, pág. 83). Esta identidad colectiva sirve como método para nuestros propósitos, ya que, si hay consenso en la ciudadanía actual, en general independiente de sus fracturas culturales, es el respeto por la edad y el género un principio cultural horizontal.

Esto nos aproxima a un punto álgido en la discusión bibliográfica que tiene que ver con la relación entre el juego inevitable de la convivencia colectiva de grupos culturalmente diversos y la construcción de su identidad. Decimos que es un tema crucial para el presente trabajo investigativo porque el constante juego entre convivencia e identidad es, finalmente, el punto de equilibrio que esperan encontrar, pero que se hace dificultoso y tortuoso en vista de los afanes hegemónicos de la cultura que cumple el papel de *oficial*.

Entonces, los otros son iguales o diferentes; básicamente, esa igualdad y diferencia es lo que la profesora Mercedes Fernández Martorell (2008) señala como la semejanza del mundo, esa entelequia siempre compleja en la que nos parecemos. Junto a ello, podemos precisar los arquetipos que construimos diariamente a todos aquellos que van llenando las ciudades. Dichos prototipos «utilizan trayectos singulares en cada una de ellas a la hora de elaborar su semejanza» (Fernández Martorell, 1996, pág. 178). Es decir, las diferencias entre culturas pueden ser analizadas a través de la evidencia de que sus protagonistas utilizan trayectos singulares, en cada una de ellas, al elaborar su semejanza. En otras palabras, se elaboran leyes, pautas de comportamiento particulares para lograr construir y recrear cada sistema de vida compartida, y estos suponen siempre una cultura (Fernández Martorell, 1996). Sin embargo, dicha elaboración siempre la realiza el triunfador, lo que constituye el meollo del problema, pues el triunfador lo

realiza desde la silla del poder, cuestión que no hace más que oprimir al *otro* diferente, en gran medida por el temor de perder sus privilegios.

En todas las sociedades existen mecanismos de cohesión social. Sin embargo, solo aquellas que propugnan la cohesión con respeto a la diversidad son las que pueden sacar cuentas alegres en su proceso. La escuela puede ser un buen ejemplo que inste al diálogo entre culturas, además de servir como base para construir el entendimiento y, finalmente, la convivencia. «Mientras sigamos construyéndonos como humanos, por procesos simbólicos, y mientras nuestras relaciones se asienten en métodos que implican tales procesos, solo manejándolos podremos “reconstruir” lo que denominamos *realidad*» (Fernández Martorell, 1997, pág. 51). Sin duda, una realidad que cohesionase ayudaría a establecer silogismos prociudadanía, cuestión que, en nuestro caso, está lejos de hacerse realidad.



### 3.3.5 El desprestigio y la duda sobre la autenticidad de la relación entre cultura e identidad en el caso mapuche

En los casos referidos a conflictos con las comunidades mapuches en Chile, un elemento que se hace recurrente y central en la negación de la relación entre cultura e identidad, se basa en teorías esencialistas. Entre ellas, la cultura es definida por un catálogo estandarizado de rasgos externos y diferenciales a los de la cultura oficial.

Los supuestos epistemológicos que subyacen estas definiciones naturalizan ciertos estereotipos rígidos del concepto *diversidad*. A partir de estos se toman decisiones en las que los grupos minoritarios (en este caso, mapuches) tienen escasa o nula capacidad de negociar una reapropiación del concepto en ámbitos jurídicos o de poder dentro del Estado.

Dentro de esta racionalidad burocrática o de prácticas sociales orientadas por las que hemos de atenernos al expediente a como dé lugar, en un sistema de dominación legal y política, Giddens (1997) propone la idea de *verdad formularia* que, por su incuestionabilidad y la eficacia práctica con la que trabaja su discurso, se vuelve refuerzo y soporte de los intereses hegemónicos del poder oficial. En este sentido, comienzan a desplegarse una serie de recursos para deslegitimar o neutralizar la presencia de comunidades indígenas, proponiendo muchas veces evidencias *científicas* incluso desde la propia antropología, planteando activamente la invisibilización y la «producción de su ausencia» (Santos, "Refundación del estado en América Latina, Perspectivas desde una epistemología del Sur", 2010, pág. 61). En palabras del autor, «lo que no existe es, de hecho, activamente producido como no-existente, o sea, como una alternativa no creíble a lo que existe» (Pág. 103). Lo que genera esta inexistencia no son esas prácticas o esos hechos, sino que *otros* se constituyen como obstáculos a los relatos que cuentan; así, las supremacías que priman son siempre las mismas: las del capitalismo, las científicas, las leguleyas, las racionales y hasta las de antropólogos militantes que son reacios a ver las diferencias.

Desde estos saberes oficiales, todo sujeto siempre se encontraría en una dialéctica constante con su cultura y su apropiación dependería de los complejos procesos de asimilación y convivencia cultural a través de los que se acerque cotidianamente a su grupo de pertenencia.

¿Cómo encaja en ello la diferencia y cómo se llevan a cabo las prácticas de distinción? No cabe duda de la dificultad de reconocer la divergencia como proceso de diferenciación social y cultural, pues ya son muchos los episodios que nos muestran este conflicto y cómo dicho reconocimiento ha confundido, exaltado y desconcertado a ilustres teóricos de la historia occidental; cabe aquí solo un ejemplo:

Francisco Fernández de Córdoba, enviado desde Cuba por el adelantado Diego Velásquez, caminando de exploración por la tierra firme del continente americano, preguntó a unos indios cómo se llamaba un pueblo grande que aparecía allí cerca, los cuales respondieron *téctetam*, que significa «no entiendo». Y pensaron los españoles que ese era el nombre del pueblo. Corrompiendo el vocablo, lo llamaron Yucatán. Y así le quedó el nombre (Bestard, 1987, pág. 143).

Este relato sobre lo complejo que ha resultado, desde tiempos inmemoriales, establecer los grados de entendimiento, comunicación y comprensión necesarios para entender las especificidades y diferencias culturales nos muestra que, cuando parecen más evidentes y prístinas, no lo son tanto a los ojos de quien interpreta tales contrastes. Como antropólogos, mantenemos un constante desafío de un trabajo dificultoso, pero enormemente necesario, de descifrar el enigma que nos plantean cada una de las culturas en las que vamos a investigar.

Pero estas dificultades de establecer construcciones de diferencia en el pasado se han profundizado y extendido en el presente. Para esto tomaremos algunos de los postulados planteados por la profesora Mary Nash, quien se ha dedicado durante años a seguir esta tensión. Para la edificación social de la representación cultural es esencial entender, desde un contexto integrativo, de qué manera esta tensión se establece como fundamental en la comprensión de la construcción de la identidad.

En este contexto, resulta de particular interés analizar la forma en que la representación cultural delimita identidades colectivas a través de imágenes, ritos y múltiples dispositivos simbólicos que no solo enuncian diferencias, sino que también las confirman en la medida en que inducen prácticas sociales. En recientes palabras de S. Hall, la cuestión del significado se halla en todas las instancias del «circuito cultural», esto es: en la construcción de la identidad y de la diferencia, en la producción y en el consumo, así como también y, de forma significativa, en la regulación de la conducta social (Nash, 2003, pág. 12).

Es decir, la representación cultural siempre se encarga de delimitar identidades colectivas por medio de diferentes dispositivos simbólicos que remarcan y confirman su significado.

De este modo, se establece un doble juego entre los procesos de homogenización y los que reconocen la diversidad, y cómo finalmente van estableciendo representaciones hegemónicas que logran definir la cultura. Pero nuevamente debemos mencionar que no se trata de elementos inmutables, sino todo lo contrario; son elementos dinamizadores dentro de la cultura que alteran, difieren y singularizan este proceso.

No se trata de elementos estáticos ni inmutables, sino de sistemas de representaciones que cambian y se reelaboran en el ámbito de imágenes, modelos, creencias y valores en cada contexto y tiempo. Así, las representaciones culturales e imágenes de la alteridad representan un elemento clave en la dinámica de configuración de la sociedad multicultural actual de la diversidad. Atribuyen significados compartidos a las cosas, los procesos y a las personas, e influyen de forma singular en el desarrollo de prácticas sociales. Frente a visiones específicas de la articulación identitaria, la cultura se puede concebir como un conjunto de creencias y de modelos conceptuales de la sociedad que moldea las prácticas cotidianas; mientras la construcción de identidades colectivas se entiende como una dinámica procesal y relacional en constante proceso de construcción, readaptación, negación o confrontación, sostenida, además, por bases que pueden ser plurales y contestadas (Nash, 2003, pág. 14).

En consecuencia, lo estático, atribuido a los procesos culturales, se pierde dentro de la racionalidad científica, ya que la cultura supera cualquier intento de objetivación de la realidad, cuestión que debe pegar muy fuerte a los esencialistas o puristas dentro de las ciencias sociales.

Por lo mismo, el establecimiento de la diferencia se hace fundamental en esta tensión. Sin embargo, esta noción, anclada en el arquetipo europeo occidental, debe ser repensada.

El pensamiento postcolonial y los estudios culturales han dejado claro que las nociones universales tienen que repensarse. La noción de una identidad fija tiene que revisarse en el mundo actual y queda, por tanto, pendiente del establecimiento de los múltiples significados que la categoría de persona puede alcanzar en contextos distintos y en diversas relaciones.

»De hecho, se ha ido debatiendo la construcción sociocultural de las nociones de hombre/mujer, de las identidades de género, de identidades culturales o sociales como categorías que traspasan el tiempo, los lugares, y los contextos. La categoría de hombre/mujer no es lo mismo en el contexto, espacio y estrategias urbanas industriales o postindustriales. En el mundo urbano, por ejemplo, coexisten relaciones de poder y de subalternidad, de adecuación o de conflicto en los espacios de contacto de la diversidad. No hay necesariamente una visión única de la experiencia de ser habitante urbano ya que confluyen muchos elementos en su constitución y del mismo modo en la configuración de identidades que surgen de esta experiencia (Nash, 2003, pág. 17).

No obstante, este proceso de repensar el modelo arquetípico homogeneizador de la construcción de la diversidad cultural e identitaria debe ser planteado en el presente, no ya desde las metanarraciones de las sociedades industrializadas que ubicaron al obrero como forjador de la identidad colectiva y que englobaban las diferencias sociales y minimizaban las desigualdades. Más bien, hemos de hacerlo desde una posición de identidades múltiples y distintas en los diferentes escenarios sociales. Esta cuestión

asoma como una idea potente muy importante para nuestro estudio; esto es, la de repensar la diferencia en escenarios institucionales:

En este sentido, la redefinición de los espacios sociales de contacto desde otras pautas culturales postindustriales resulta clave en la construcción de identidades urbanas y en los procesos de inclusión. Cabe contrastar el resultado de los procesos identitarios de los grupos subalternos de la ciudad industrial con los procesos identitario múltiples y plurales en los espacios sociales urbanos de la ciudad postindustrial (Nash, 2003, pág. 18).

El cambio paradigmático presentado viene muy bien a los postulados del presente estudio, ya que la pretensión de objetivar la realidad *jurídica* desde esa misma posición pierde toda perspectiva si lo llevamos al campo de lo cultural.

Cabe señalar que, en el presente, se ha profundizado y extendido esta complejidad en la construcción de la diferencia y el lugar que ocupan las personas en la sociedad está constituido por múltiples categorizaciones sociales que influyen decididamente en sus trayectorias. Si agregamos a ello las implicancias del esfuerzo institucionalizador del Estado, que, mediante su discurso, va imponiendo formas de vida diferenciadas y a la vez excluyentes, tenemos un conjunto de categorías que finalmente tomamos, con mayor o menor grado de autonomía, para la construcción social de la diferencia y en la cultura identitaria.

Por lo mismo, el lugar de nacimiento, ser hombre o mujer, mestizo, caucásico, negro, obrero, campesino o empresario, delincuente, anarquista y hasta mapuche no significa que tenga categorías de comportamientos irreversibles, incontrolables o excluyentes, sino que, más bien, uno actúa desde esos lugares, pues las culturas dividen en esos sentidos las acciones emprendidas en el mundo. Es decir, la cultura organiza nuestra experiencia, definiéndonos, enrolándonos y adscribiéndonos a tales categorías. De esta forma, género, raza, color, posición social, formación educacional, etc., se van constituyendo como elementos claves en la conformación cultural de un grupo, moldeando y contextualizando las conductas, ayudados de la convivencia con las otras

personas y con las instituciones, cuadros orientadores que evitan, restringen y aminoran la contingencia propia de la construcción social.

Lo que se suele señalar y denominar como *roles* durante los procesos de socialización y sociabilidad, constituyen la predeterminación en las prácticas de los sujetos sociales —algo que la sociedad espera y empuja—. Dichos papeles están ligados a las normas —cómo debe ser el sujeto— y a los estereotipos —cómo se suele comportar la gente—. Los roles son esos patrones de comportamiento relacionados con lo que se suele hacer y con lo que idealmente se debería hacer. Lo anterior no está falto de las determinaciones establecen que las categorías sociales. Al contrario, la sociedad, a través de las instituciones ya partir de esas interiorizaciones de normas, valores y conductas, percibe a sus miembros según las categorías sociales y no como individuos, mientras los ayuda a que también se perciban de esta forma.

Por lo mismo, los significados que los individuos atribuyen a esas acciones no son nunca estáticos, sino dinámicos y cambiantes. Los significados son múltiples, y siempre están siendo renegociados y regenerados por la comunicación y la acción. En este sentido, la comunicación desempeña un papel fundamental e independiente donde ellos se perciban (igualdad / desigualdad). La profesora María Jesús Buxó nos permite adentrarnos aún más en este punto. La comunicación se convertiría en un elemento importantísimo en la construcción de las categorías sociales que definen a los sujetos. Únicamente a partir del lenguaje es posible elaborar categorías de significado en una cultura que busca la disciplina de sus concurrentes. Es decir, este sistema de símbolos cargados de significados se encuentra implícito en la construcción cultural, en lo que la autora llama como «código de conceptualización de las relaciones humanas» (Buxó, 1988, pág. 41). Dicho código puede ser extrapolado perfectamente en el mundo jurídico, pues el armatoste de leyes que se construye como esencial para entender la realidad en lo penal pasa a constituir la propia realidad para los juristas.

Así pues, si la cultura, a partir de los procesos de socialización, va marcando y disciplinando las conductas de sus miembros en este proceso dialéctico de identificación y generalización, ¿cómo es posible que se establezcan rasgos identitarios comunes pero diferenciadores en el seno social? Para proponer una posible respuesta, nos acercamos a las líneas de pensamiento de Judith Butler, quien se ha convertido en referente ineludible a la hora de discutir cómo se ha producido y cómo se producen los sujetos generalizados. La autora, con su teoría de la performatividad genérica, hace referencia a que la construcción de la subjetividad de las personas se va configurando y formando a partir de la reproducción de las normas. Dicha subjetividad, al reflejarse como discurso ante la sociedad, va junto a ello, pues materializa de forma performativa la posición que los individuos ocupan en el grupo o en la comunidad, y atraviesa las normas de género, edad, clase, etc., las cuales no son más que formas que se van reforzando y transcribiendo en la misma repetición (Butler, 2001, pág. 27).

En el planteamiento de Judith Butler es necesario considerar las discusiones relacionadas con el feminismo como centro, pero no en términos generalistas, sino en los debates que se relacionan con el antiesencialismo y la multiculturalidad, cuestión fundamental para nuestro estudio. No es menos cierto que, en los inicios de la década pasada, se trató de vincular con algún grado de éxito el discurso antiesencialista y el multiculturalismo, impulsados por los distintos grupos que discutían esta doble reivindicación. Sin embargo, con el tiempo y en honor de las posturas fundamentalistas de muchas de sus discusiones, estas posiciones terminaron por exhibir una paulatina bifurcación de acuerdo con el énfasis que se le otorgó a uno u otro aspecto de la cuestión. Por lo mismo, lo que nos interesa es la producción de multiculturalidad como fundamento sustancial del modelo esencialista con que se trata la temática indígena hoy en Chile y, en especial, los debates en torno de la multiculturalidad en el marco de la globalización —concentrados, sobre todo, en la tensa relación de lo universal / particular, y, en términos políticos, de lo global/local—. En vista de las complejas diferencias en el interior de la sociedad contemporánea, dichas discusiones se aglutinaron en la redefinición del concepto de ciudadanía —explícitamente, en las

problemáticas relacionadas con la fragmentación de las identidades y las posibilidades de los movimientos políticos para hacerles frente.

En consecuencia, es posible afirmar que, en la dinámica sociocultural, el concepto de interacción adquiere carácter de movimiento y apunta a que las relaciones entre las estructuras y los sujetos no están dadas de una vez y para siempre. Por ello, es fundamental situarse en las tensiones y contradicciones de la vida social, ya que esta no es una línea recta, con un principio y un final preestablecido, sino, más bien al contrario, es un largo camino lleno de curvas e intersticios donde es posible encontrar esas diferencias que las instituciones tratan de minimizar, englobar, *fetichizar*, dominar y establecer como ciertas, pero que cada día, con más fuerza, saltan a la luz para quebrar y renacer como *problemas*.

Por eso, el tema mapuche se trata de esta forma desde los saberes y desde el poder; se minimiza, se invisibiliza, se esconde y, sobre todo, se desprecia. Una comunidad en la que el baile tradicional mapuche no se baila como en los libros de Ercilla vendrá a significar que su descripción es incorrecta; por lo tanto, no representa lo puramente tradicional, se invalida el accionar y se quiebra la relación entre identidad y cultura: se convierten en un indicador ahistórico. Así se define la cultura y la identidad en términos de *pureza* y *raza*, apelando a nociones de mestizaje para invalidar culturas e identidades étnicas actuales.



### 3.3.6 Las dinámicas del poder como causa fundante del conflicto mapuche

*Poder* es un concepto que permite comprender, de manera general, las condicionantes subjetivas, económicas y políticas de ciertos fenómenos sociales caracterizados por una situación precaria, tanto en lo material como en lo simbólico, que incide en su desarrollo personal y disminuye su acceso a las oportunidades presente en la sociedad de manera justa.

Así es como los mecanismos de poder presentes en la sociedad moderna ayudan a modelar ciertas conductas, dejando a las personas en un lugar social ideal para reproducir la explotación de su capital social. La condición de vulnerabilidad y exclusión es consecuencia de ciertas condicionantes subjetivas en las personas, así como producto de un contexto imperante que potencia el desarrollo de situaciones de estrés y problemas psicosociales; esto cristaliza en una situación de pobreza sufrida por muchas personas. En este sentido, el contexto es la dimensión política y económica del poder. Ambas inciden en la aparición de desajustes estructurales que permiten tallar las conductas de las personas con relación a ciertas posiciones políticas y económicas funcionales para la aceptación de la acumulación de riquezas en un sector pequeño de la sociedad que vive bajo el dogma de la economía de mercado.

Entendemos, gracias a Foucault, que el poder no es una cosa ni un atributo, sino que es algo que se tiene y se ejerce. Las relaciones entre las personas están supeditadas al poder; también identificamos el poder pastoral, el poder del Gobierno, el poder económico, político, etc.

En el transcurso de los siglos, se han ido modernizando ciertas prácticas de poder, así como también algunos instrumentos de sometimiento y control desde el aparato estatal. Con esto, se integran nuevas tecnologías y se articulan una diversidad de cambios respecto del poder judicial que asegura la legitimización de su accionar sobre las masas.

Es importante reconocer el poder en las relaciones sociales y gubernamentales que nos permitan profundizar en la reflexión sobre las personas, saber cómo se realizan los esfuerzos por modificar esta condición e insertar a las personas a puestos de trabajo, domiciliarlas y sumergirlas en una condición de pobreza fuera de la visibilidad del espacio público. Para ello, debemos preguntarnos entonces qué entenderemos por las dinámicas que esconde el poder.

Michael Foucault tratará principalmente el tema de las dinámicas del poder rompiendo con las concepciones clásicas de este término, entendido de manera concreta y limitada desde el aparato judicial. El poder no puede ser localizado solo en una institución o en el Estado; por lo tanto, la *toma de poder* planteada por el marxismo o no sería posible o es poco probable que el poder deje de corromper, incluso en manos de idealismos marxistas. Es importante resaltar que el poder no es considerado como un objeto que el individuo cede al soberano (concepción contractual jurídico-política). Más bien, es una relación de fuerzas, una situación estratégica en una sociedad en un momento determinado. El poder, al ser resultado, a su vez, de relaciones de poder, está en todas partes; las personas están atravesadas por estas relaciones, por lo que este no puede ser considerado independientemente de ellas.

Para Foucault, el poder reprime, pero también produce: produce efectos de verdad, produce saber (en el sentido de conocimiento), modifica conductas, cambia las verdades sobre las certezas de las personas. Es por esto por lo que el poder no puede ser localizado en una institución o en el Estado, sino que está determinado por el juego de saberes que respaldan la dominación de unos individuos sobre otros en el interior de estas estructuras.

La formación de saber requiere que se tomen en consideración, además de las prácticas discursivas, las prácticas no discursivas; también, que se preste atención al funcionamiento entrelazado de las prácticas discursivas y no discursivas. En efecto, el saber y el poder se refuerzan mutuamente. Además de esta razón interna, la interrogación filosófica por el poder tiene otras motivaciones teóricas y políticas.

Los fenómenos políticos de la modernidad (el Estado centralizado, la burocracia, los campos de concentración, las políticas de salud, etc. (Castro, 2008, pág. 101).

Esta situación queda extremadamente clara en nuestro objeto de estudio, en el que la institución penal pretende crear certezas y obliga a los ciudadanos no solo a compartirlas, sino también a respetarlas y valorarlas como propias.

Muchos de los prejuicios atribuidos a las personas de grupos étnicos son contruidos y promovidos por las personas que habitan a su lado. En efecto, estos últimos reconocen que su estar y parecerse más a un chileno medio les permite ejercer cierta cuota de poder, producto de su condición material y cultural. La vivienda, la educación, un sueldo fijo, la previsión social, la salud, el acceso a la cultura, la acumulación de bienes materiales, todo esto reviste de poder a los individuos que viven en sociedades que han desarrollado una cultura basada en el consumismo y en la valoración de lo material. De manera *natural*, existen esfuerzos constantes por alcanzar mayor acumulación de dinero y bienes materiales, aumentar su estatus y consolidar su condición de poder sobre otros. Foucault habla sobre poder, entendiendo que quien lo posee tiene la posibilidad de aniquilar las cosas, acceder a otras y modificar las conductas de los demás.

En primer lugar, es necesario tener presente, como dijimos siguiendo a Foucault, que el poder no es una sustancia o una cualidad, sino algo que se posee o se tiene; es, más bien, una forma de relación (Castro, 2008, pág. 105). Las personas que pertenecen a alguna etnia en nuestro país carecen de un lugar de poder en esta sociedad; carecen de bienes materiales; carecen, además, de poder para satisfacer las condiciones mínimas a las que cualquier ciudadano debería poder acceder —salud, pensión, vivienda, educación, familia—. Además, no logran establecer relaciones de intercambio simbólico con la cultura oficial, pues esta limita su participación en asuntos sociales y políticos. Cada sujeto, en una comunidad indígena, es consecuencia de las relaciones de poder que se ejercen en lo cotidiano. Desde las condicionantes personales que determinan al sujeto, este sí podrá acceder al sistema de relaciones de poder (por ejemplo, una persona que

quisiera participar del sistema universitario y se trasladara desde su comunidad indígena para hacerlo). Es importante reconocer que, para un niño que proviene de una comunidad indígena, quedará desprotegido ante las relaciones con otros niños que provengan de una población chilena. Es ahí donde comienza a experimentar como el poder que ejercen algunos a temprana edad (con mayor o menos conciencia) coarta la libertad y bienestar de otros.

Desde la estructura, en nuestro país, lo político y lo económico establecen ciertas pautas de relación y convivencia bajo el alero del modelo de mercado y las relaciones políticas presentes en el Estado. Esto produce pautas de comportamiento y raciocinio amparadas en la formulación del conocimiento que les permita justificar el porqué de los cambios en el funcionamiento general y, así, incidir en nuestras conductas, intimidad e ideas. Estas fuerzas presentes en la sociedad se articulan y potencian el cambio, la economía, la eclesiástica, la fuerza política, las fuerzas de represión e incluso la familia. Someten a la cultura y comienzan un camino de adaptación y funcionamiento dentro de los márgenes impuestos. Uno de los ejemplos que grafica de manera clara el poder en la estructura económica y política en nuestro país es el golpe militar de 1973. En este escenario, se desplegaron una seria de estrategias, instrumentos y procedimientos que pretendían cambiar una estructura socio-política y económica que imperaba hasta ese momento.

Las prácticas totalizadoras de un golpe de Estado pretenden intimidar a las personas y someterlas al miedo, y, de este modo, cambiar y modificar sus conductas en un corto, mediano y largo plazo. Finalmente, se instala un nuevo paradigma económico que trae como consecuencia un desajuste en la económica familiar, el cual afecta a miles de personas y dificulta el acceso a bienes materiales y servicios. Aquellos que no pudieron con este desajuste, con esta nueva verdad, fueron empujados hacia los límites del campo de inclusión, comenzando un proceso que termina por expulsar a quienes, por condicionantes subjetivos, no logran sortear los embates de los fuertes cambios económicos presentes en esta nueva sociedad. Así es como los grupos étnicos fueron los

más perjudicados por este nuevo modelo y ellos, a su vez, fueron castigados a la exclusión más severa al no responder con las conductas y formas de vida introducidas.

Los fenómenos políticos de la modernidad (el Estado centralizado, la burocracia, los campos de concentración, las políticas de salud, etc.) nos ponen ante el problema de la relación entre el proceso de la racionalización de la Modernidad y las formas de ejercicio del poder (Castro, 2008, pág. 131).

Generalmente, el poder está relacionado con análisis represivos y con sus alcances coercitivos en distintos momentos de la historia del hombre. La represión es una dimensión del poder que, durante años, ha sido útil en el cambio de ciertos paradigmas sociales y económicos. Sin embargo, otro elemento del poder es la capacidad de crear y producir nuevos elementos teóricos que permitan avanzar en la comprensión y solución de ciertos problemas sociales.

Hoy, distintas corrientes analizan y problematizan, desde las áreas conservadoras hasta las más liberales, la condición de ser indígena en Chile. Por esto es por lo que no podemos relacionar el poder únicamente con los actos más visibles de violencia, fuerza y convocatoria. El poder se utiliza para producir conocimiento, para dar cuenta de ciertas realidades que permitan establecer los mejores mecanismos de afrontamiento. Aunque apenas hemos comenzado, distintas instituciones del país hacen una apuesta política con la que abordan esta realidad, además de ejecutar y diversificar la discusión y los énfasis sobre la intervención con este sujeto. En cambio, el Estado de Chile continúa por una apuesta asistencialista que mejora mínimamente ciertas condiciones materiales y de inclusión racial. Aquí existe una postura política que solo reconoce al sujeto desde sus necesidades materiales reales y no por un acompañamiento hacia la inclusión de un sujeto con derechos y con respeto hacia su cultura.

En síntesis, la dinámica de poder es algo presente en todo tipo de cosas; es una posibilidad para reprimir, someter, abusar, pero también para crear, cambiar y desarrollar nuestra propia existencia. El poder de las ideas, de las palabras cobra una importancia fundamental a la hora de repensar las comunidades mapuches de nuestro

país. Este replanteamiento ha de hacerse no solo desde la necesidad de una sociedad normalizadora, que pretende someter a los integrantes de una comunidad indígena a una vida en los márgenes impuestos, aceptados y sin muchas otras opciones, sino que desde la perspectiva que desea situarlos en un lugar social de respeto y dignidad desde la producción de conocimiento que pretendemos enriquecer desde esta tesis.

Cada palabra, cada idea, cada afirmación es un ejercicio de poder legítimo y buscamos que ese conocimiento pueda otorgarles el poder arrebatado por el solo hecho de decidir abandonar el Estado-nación único e inequívoco al cual fuimos obligados a pertenecer.

Así, podemos concluir que las relaciones de poder que les impone el Estado chileno a los mapuches son del todo unívocas, institucionales y violentas. Por lo mismo, se podría señalar que esta fórmula en su aplicación se convierte en una causa fundante del conflicto, situación que durante el último año se ha radicalizado, puesto que unos (los poderosos) no están dispuestos a renunciar a su poder y los otros están dispuestos a todo para recuperarlo.

### 3.3.7 Producción y reproducción histórica del poder, del saber y de la resistencia

Así como afirmamos que las construcciones sociales y culturales no son estáticas y comparten esta dialéctica constante entre lo individual y social —más aún en lo político, entre lo global y lo local—, también debemos tener presente los elementos sustanciales que influyen en las prácticas sociales y en la productividad de sus subjetividades. Es de esta forma como entendemos el devenir de la institucionalidad penal estudiada.

Para lo anterior, nos enfocaremos como orientadores bibliográficos centrales en tres autores que han convertido el problema de lo político (sujeto y poder) en temas relevantes dentro de su bagaje intelectual, especialmente, en sus últimas obras. Ellos son Michel Foucault<sup>7</sup>, Gilles Deleuze y Pierre Clastres. Comenzaremos con el ejercicio del poder, para luego adentrarnos en el saber de su puesta en práctica y la norma como disciplina de los cuerpos y las sociedades disciplinadas. Terminaremos con la lúcida intervención de Pierre Clastres sobre el poder, según la cual el Estado aparece como el origen de la dominación y la desigualdad.

---

<sup>7</sup>Antes de comenzar, debo aclarar que Foucault reconoce que el tema del poder nunca ha sido central en sus estudios, pero que, ocupándose del sujeto, ha tocado por supuesto el tema: «Mi propósito no ha sido analizar el fenómeno del poder, ni tampoco elaborar los fundamentos de tal análisis; por el contrario, mi objetivo ha sido elaborar una historia de los diferentes modos por los cuales los seres humanos son constituidos como sujetos. Mi trabajo ha lidiado con tres formas de objetivaciones, las cuales transforman a los seres humanos en sujetos. El primero, el modo de investigación que trata de darse a sí mismo el estatus de ciencia, por ejemplo, la objetivación del sujeto hablante en la gramática general, la filología y la lingüística; incluso en este primer modo de objetivación del sujeto productivo que trabaja en el análisis de la riqueza y la economía; o, un tercer ejemplo, la objetivación del hecho puro de estar vivo en historia natural o biología. En la segunda parte de mi trabajo he estudiado los modos de objetivación a los que yo llamaría *prácticas divisorias*. El sujeto está dividido tanto en su interior como dividido de los otros. Este proceso lo objetiva. Los ejemplos son el loco y el cuerdo; el enfermo y el sano; los criminales y los buenos chicos. Finalmente, he pretendido estudiar —es mi trabajo actual— los modos en que los seres humanos se transforman a sí mismos en sujetos. Por ejemplo, he elegido el dominio de la sexualidad: como los hombres han aprendido a reconocerse a sí mismos como sujetos de la *sexualidad*. Por lo tanto, no es el poder sino el sujeto el tema general de mi investigación» (Foucault M. , 1988, pág. 16).

Como ejercicio de poder, Foucault nos devuelve a un antiguo problema que, sin duda, mantiene un fuerte componente político, ético, social y filosófico. Este no es intentar liberar al individuo del Estado ni de sus instituciones, sino liberarnos nosotros del Estado y del tipo de individualización que este implica:

El poder se incardina en los cuerpos, en las prácticas, en los gestos de los seres humanos, pero también en los pensamientos, en las representaciones y en las racionalizaciones, y hasta en el propio reconocimiento de nosotros mismos. Por esto, cuestionar las formas capitalistas de vida implica conocer las formas insidiosas mediante las cuales operan poderes y saberes específicos, pero a la vez asumir en nuestra propia existencia la renuncia a un reconocimiento, a una identidad que nos ha sido asignada. La lucha contra el poder implica la elaboración de una ética alternativa de la existencia (Foucault M. , 1999, pág. 52).

Esta situación sin duda nos plantea una nueva propuesta de investigación, cuyo eje central correspondería al modo en que se establecen estas prácticas de poder en los ámbitos que legitiman su práctica: «cuando pienso en la mecánica del poder, pienso en su forma capilar de existir, en el proceso por medio del cual el poder se mete en la misma piel de los individuos, invadiendo sus gestos, sus actitudes, sus discursos, sus experiencias, su vida cotidiana» (Foucault M. , 1999, pág. 37). Pero este tipo de poder, que se imbrica en las personas de forma sutil, en nuestro caso es mucho más brutal, directo y violento, pues no existen axiomas envolventes como los descritos por Foucault, sino simplemente se violenta por la fuerza a asumir su práctica.

Desde esta particular visión del ejercicio del poder, Foucault nos plantea dos cuestiones interesantes y rescatables como marco contextualizador de nuestro trabajo investigativo. La primera de ellas se relaciona en la visión que tiene de las estrategias políticas en que se articulan las mayorías de las sociedades en la actualidad y que crecen como modelo imperfecto superior sobre los otros. Sobre la democracia el autor plantea:



No creo en absoluto que nuestra sociedad sea democrática. Si se entiende por democracia el ejercicio efectivo del poder por parte de una población que no está ni dividida ni ordenada jerárquicamente en clases, está perfectamente claro que estamos muy alejados de la democracia. También está claro que vivimos bajo un régimen de dictadura de clase, de poder de clase que se impone mediante la violencia, incluso cuando los instrumentos de esta violencia son institucionales y constitucionales. Y esto ocurre en un grado que impide que exista una verdadera democracia (Foucault M. , 1999, pág. 49).

La violencia a la que se refiere Foucault resultaría muy atendible en el caso estudiado: un pueblo históricamente subyugado por medio de una violencia institucionalizada por medio de la carta magna, incluso utilizando desde reconocimientos tácitos a legislaciones internacionales como lo es el convenio n.º 169, reconocido por el Estado chileno, pero ninguneado por los poderes del Estado.

Es fácil comprender en nuestro caso que el ejercicio o práctica del poder se articula bajo la premisa del disciplinamiento de los cuerpos por el aparato político, en especial, por el aparato institucional del Estado. Ya que la tarea de los *de afuera* tendría la finalidad de establecer, señalar y desenmascarar la cotidianidad de ese ejercicio de poder, en el sentido de traslucir las intenciones que esconden esos poderes:

Al menos en la sociedad europea, es habitual considerar que el poder está localizado en manos del Gobierno y que se ejerce gracias a un determinado número de instituciones específicas: la administración, la policía, el ejército y el aparato del Estado. Sabemos que todas estas instituciones están hechas para elaborar y transmitir un determinado número de decisiones, en nombre de la nación o del Estado, para hacer que se apliquen y castigar a aquellos que no la obedezcan. Pero creo que el poder político se ejerce también por mediación de un determinado número de instituciones que aparentemente no tienen nada que ver con él, que aparecen como independientes cuando en realidad no lo son. Esto se podría aplicar a la familia, a la universidad y, en términos generales, al conjunto del sistema escolar que, en apariencia, está hecho para distribuir el saber y, en realidad, para mantener en el poder a una determinada clase social. Las instituciones de saber, de

previsión y de asistencia, tales como la medicina, ayudan también a mantener el orden político (Foucault M. , 1999, pág. 73).

Por lo mismo, cuesta tanto abstraerse y legitimar los derechos de nuestros pueblos originarios, puesto que, a estas alturas, el poder que hace tres siglos se realizaba a punta de escopeta, hoy se aplica de forma institucional.

El segundo de los aspectos que revisaremos y que resultará interesante para nuestro estudio es la reflexión que realiza Foucault sobre la imbricación entre efectos del poder y efectos del saber. En este sentido, su mayor contribución no consiste en señalar que la posesión de un saber por parte de un grupo determinado es equivalente a detentar un poder —esta situación es fácilmente comprobable revisando solo algunos episodios de nuestra historia—. Más bien, su valor consiste en determinar la equivalencia entre poder/saber. Esta simple inversión de los papeles configurara un nuevo escenario desde donde se piensa el poder y, lo más importante, desde donde se empieza a ver su institucionalización y objetivación en lugares que teníamos como sagrados. Según Deleuze, interpretando a Foucault:

El poder, considerado abstractamente, no *ve* ni *habla* (...), se ejerce a partir de innumerables puntos (...), viene de abajo. Pero precisamente porque ni habla ni ve, hace ver y hablar (...) Entre el poder y el saber existen diferencias de naturaleza; existe heterogeneidad; pero también presuposición recíproca y capturas mutuas. Por último, existe primacía de uno sobre otro (Deleuze, 1987, pág. 137).

Cuestión que queda en evidencia en el problema estudiado, aunque en este caso es unidireccional.

El poder se nos manifiesta también como ciencia y lo que resalta Foucault son los saberes sometidos, que son una tradición de lucha, los saberes de los descalificados — los locos, los presos, las mujeres, los antropólogos—. Ese saber que nadie quiere, que se repudia como de segunda mano y que por ningún motivo va a ser integrado a los claustros institucionales (llámense como sea) es un saber libre; es el único que, por desprecio, no está al alcance de la utilización de la represión. Que buen punto, Si

consideramos la presente tesis, ¿esta se convertirá en un saber ignorado por la institucionalidad? Ya que configura estrategias alejadas de la tradición del conocimiento penal o, por el contrario, por su novedoso planteamiento, ¿se convertirá en modelo para el establecimiento de nuevas prácticas de dominación? Por lo mismo, el Az Mapu mirado desde la justicia penal chilena se desprecia como ejercicio de justicia comunitaria dentro de la territorialidad mapuche, no aceptándose su jurisprudencia y sus medidas condenatorias. Si las reconociese, tendría que integrarlas en la institucionalidad, una quimera inalcanzable, puesto que esta no permitirá jamás su hegemonía, lo que alimenta al poder y la supremacía que ella establece como oficial.

El hecho es que Foucault hace aflorar un ámbito de investigaciones que, efectivamente, había permanecido inexplorado antes de que él lo estudiara: el de las relaciones de poder en cuyo interior se ejercen todas las formas de práctica social. Según Foucault, el poder se produce. Ahora bien, ¿cómo se produce? De la lectura de Foucault se desprende que el poder es el ejercicio del poder. Es decir, multiplicidad de dispositivos, organismos, artificios, funciones, tácticas, mecanismos. Ello implica, siguiendo a Deleuze (citado en Cora, 2004, pág. 68): «el abandono de los cuatro postulados fundamentales que rigen la filosofía política tradicional». Dichos fundamentos serían:

- 1) Que el poder sea *atributo* de una clase que lo habría conquistado y no el efecto de innumerables puntos de fuga, conflictos, luchas, cambios; una resultante, en suma, de las diversas posturas estratégicas que asumen las diferentes clases y que se asumen dentro de una misma clase.
- 2) El de la *localización*: que el poder esté localizado en un aparato institucional subordinado a la estructura económica.
- 3) El del *modo de acción*: el poder como negativo, como represión, ocultamiento, etc.
- 4) El de la *legalidad*: el poder como complejo de leyes, cuando la ley «es siempre una composición de arbitrariedades a las que diferencia formalizándolas (...); la ley no es más que el resultado de una guerra vencida». (Cora, 2004, pág. 4)

Sin embargo, estas categorizaciones tienen sus especificidades. El poder se plasma por medio, casi siempre, de la judicatura y esta, en la norma, por lo que finalmente tiende a —o tiene al menos la falsa ilusión de— establecer el poder de la disciplina social. En *Vigilar y castigar*, Foucault (1976) plantea magistralmente este proceso:

El poder disciplinario, en efecto, es un poder que, en lugar de sacar y de retirar, tiene como función principal la de «enderezar conductas», o, sin duda, de hacer esto para retirar mejor y sacar más. No encadena las fuerzas para reducirlas; lo hace de manera que a la vez pueda multiplicarlas y usarlas. En lugar de plegar uniformemente y en masa todo lo que le está sometido, separa, analiza, diferencia, lleva sus procedimientos de descomposición hasta las singularidades necesarias y suficientes (...). La disciplina fabrica individuos; es la técnica específica de un poder que se da los individuos a la vez como objetos y como instrumentos de su ejercicio (pág. 39).

Foucault comienza así su descripción de cómo permear el disciplinamiento de los cuerpos por parte de la institucionalidad. Estas prácticas comienzan a imbricar al sujeto:

El ejercicio de la disciplina supone un dispositivo que coacciona por el juego de la mirada; un aparato en el que las técnicas que permiten ver inducen efectos de poder y donde, de rechazo, los medios de coerción hacen claramente visibles aquellos sobre quienes se aplica (Foucault M. , 1976, pág. 42).

Con ellos surge la idea de sociedad disciplinada, la cual ejerce un magnífico influjo en la objetivación de la norma y, por consiguiente, de la institucionalidad.

La institucionalidad por medio del ejercicio de la vigilancia jerarquizada produce la instrumentalización suficiente para lograr la docilidad de los cuerpos, con lo que las prácticas de poder se rehabitualizan, sirviéndose de ella.

El poder disciplinado, gracias a ella, se convierte en un sistema «integrado» vinculado del interior a la economía y a los fines del dispositivo en que se ejerce. Se organiza también como un poder múltiple, automático y anónimo; porque, si es cierto que la vigilancia reposa sobre individuos, su funcionamiento es el de un

sistema de relaciones de arriba abajo, pero también, hasta cierto punto, de abajo arriba y lateralmente (Foucault M. , 1976, pág. 47).

Pues bien, lo anterior está en total sintonía con la integralidad del sistema de poder que podemos presenciar en nuestro objeto de estudio, en el que se aplasta cualquier atisbo de reivindicación por medio de la violencia.

Podríamos mencionar que la idea importante que cruza el discurso de la *sociedad disciplinada* se basa en que las diferentes disciplinas van generando sociedad; es decir, crean un discurso común que es propio de la institucionalidad, lo que hace posible su comunicación y, finalmente, la dialéctica del poder entre ellas. El punto central en este modelo es la creación de la norma como eje desde el que se articula la producción del ejercicio de la disciplina. Y esta actúa como un verdadero traductor institucional, que lo hace legible, lo recrea y, en definitiva, lo articula en su producción.

Las normas (sociales o jurídicas) suponen la objetivación institucionalizada de la disciplina; son el mecanismo para institucionalizar, homogeneizar y establecer un control de lo social.

La penalidad perfecta que atraviesa todos los puntos y que controla todos los instantes de las instituciones disciplinarias compara, diferencia, jerarquiza, homogeneiza, excluye. En una palabra, normaliza. Se opone, por lo tanto, término por término, a una penalidad judicial, que tiene por función esencial la de referirse, no a un conjunto de fenómenos observables, sino a un corpus de leyes y de textos que hay que conservar en la memoria (Foucault M. , 1976, pág. 48).

Normaliza lo anormal, por lo que pasa a ser totalmente corriente el atropello a otra cultura; la violencia se ejerce por medio de la legitimidad de las instituciones y estas logran, a cabalidad, su objetivo en el caso mapuche.

Sin embargo, no debemos confundir *norma* y *disciplina*.

Las disciplinas apuntan a los cuerpos con una función de adiestramiento; la norma es una medida, una manera de producir la medida común. En una dimensión, el

poder es llamado disciplinario, pero la disciplina es solo un aspecto de él. Lo que sin duda preocupó a Foucault fue comprender cómo la acción de las normas en la vida de los hombres determina el tipo de sociedad a la que ellos pertenecen como sujetos (Cora, 2004, pág. 7).

Es decir, se debe poner el acento en la producción de sociedad, dependiendo del entendimiento de ambos conceptos, y cómo ellos van generando y retribuyendo en su constante construcción. Lo anterior nos lleva a preguntarnos desde cuándo la institucionalidad fue la que construyó estos mecanismos de control y dominación. Para ello, recurriremos a Pierre Clastres. El autor nos plantea un argumento muy interesante para retrotraernos al origen de nuestro problema, el de la imposibilidad de pensar lo apolítico sin lo político, el control social inmediato sin la mediación; en otras palabras, la sociedad sin el poder (Clastres, "La sociedad contra el Estado", 2010). Coincidimos totalmente en esta cuestión, pues no es posible concebir el establecimiento de una sociedad, por más primitiva que esta sea, sin el poder que su misma organización le entrega. Lo anterior queda más claro al leer los siguientes postulados del autor:

- 1) No podemos repartir las sociedades en dos grupos: sociedades con poder y sociedades sin poder. Estimamos, por el contrario (en total acuerdo con los datos de la etnografía), que el poder político es universal, inmanente a lo social (sin importar si este está determinado por los «lazos de sangre» o por las clases sociales), pero que se ejerce, principalmente, de dos formas: poder coercitivo o poder no coercitivo.
- 2) El poder político como coerción (o como relación de mando-obediencia) no es el modelo del auténtico poder, sino simplemente un caso particular, una realización concreta del poder político en determinadas culturas, como la occidental (aunque, desde luego, no es la única). Por lo tanto, no existe ninguna razón científica que justifique privilegiar esta modalidad del poder para convertirla en el punto de referencia y el principio explicativo de otras modalidades diferentes.
- 3) Incluso en las sociedades en las que el poder político está ausente (por ejemplo, donde no existen jefes), incluso en ese caso, lo político está presente, incluso allí se plantean la cuestión del poder, pero no en el sentido engañoso que incitaría a

querer poner de manifiesto una ausencia imposible, sino, por el contrario, en el sentido de que, quizá misteriosamente, algo existe en la ausencia. Si el poder político no es una necesidad inherente a la naturaleza humana, es decir, para el hombre como ser natural (y en este caso Nietzsche se equivoca), en contrapartida sí que es una necesidad inherente a la vida social. Es posible pensar lo político sin la violencia, pero no se puede pensar lo social sin lo político; en otras palabras, no hay sociedades sin poder. Por ese motivo, en cierto modo, podríamos retomar por nuestra cuenta la fórmula de B. de Jouvenel: «La autoridad se nos muestra como creadora de los vínculos sociales», y simultáneamente suscribir por completo la crítica que le hace Lapierre. Porque si, tal como pensamos, lo político se sitúa en el corazón mismo de lo social, no es ciertamente en el sentido en el que lo enfoca el señor de Jouvenel, para quien el campo de lo político se reduce en apariencia al «ascendiente personal» de los individuos más carismáticos. No se podría ser más ingenuamente (¿pero se trata en realidad de ingenuidad?) etnocentrista.(Pág. 32)

Sin duda, palabras que compartimos totalmente y que complementan los párrafos anteriores sobre Foucault. En este mismo sentido, Clastres no confunde el poder con su ejercicio o administración, sino que lo identifica como la capacidad real de los humanos para hacer cosas, para producir realidad. Según Clastres, el poder es especialmente visible cuando se hace autónomo de la sociedad, cuando se independiza de esta; en esa situación, surge lo que él llama *Estado*. Pero esto no quiere decir que el poder solo exista cuando se institucionaliza. Más bien se refiere a que antes de que eso ocurra el poder está diluido como capacidad o fuerza constructiva en lo social. Y esta es la noción compatible con la que Foucault desarrolló en su arqueología del poder. Para ambos, el poder penetra todo lo social y todas las relaciones humanas, que son siempre de poder (Criado-Boado, 2013). Y sin duda esta dilución es la más peligrosa de todas porque ciéguese hasta al más refractario.

A partir de Clastres emergen dos conceptos especialmente relevantes: resistencia (que se puede entender como la fuerza que una sociedad efectúa, cuando es víctima de un poder separado de ella para evitar la ampliación de esa separación) y disolución de la

sociedad primitiva, necesarias para que la caja de herramientas de Clastres permita cimentar una sociología *prehistórica* (la de los pueblos sin historia, en el sentido que emana de esta cita suya: «la historia de los pueblos que tienen una historia es, se afirma, la historia de la lucha de clases. La historia de los pueblos sin historia, lo diremos al menos con igual grado de verdad, es la historia de su lucha contra el Estado» (Clastres, "La sociedad contra el Estado", 2010, pág. 35). La construcción de esa sociología prehistórica es, en gran medida, una tarea arqueológica (Criado-Boado, 2013); lucha que durante la última década se ha hecho patente en nuestro país. Ya no basta con las migajas para calmar al pueblo mapuche; sus demandas ya no podrán ser acalladas con el timbal de unas cuantas monedas, porque se saben con historia y esta está llena de batallas mucho más grandes y desafiantes que una lucha de clases.

Si bien Foucault ha acabado de aclarar algunos puntos que en Clastres no resultan plenamente concluyentes ni convincentes, la obra de este último hace un gran aporte sobre la relación del jefe con la tribu. Tal como la describe Clastres, sería una relación de poder basada en el prestigio y el reconocimiento, pero sin ser jerárquica —no se da en la estructura rígida y unidireccional del dominio—. Esta situación nos aporta mucho sentido cuando analizamos nuestro trabajo de campo en la comunidad mapuche, donde no existe una estructura rígida y unidireccional, sino una relación de poder de prestigio de la machi ante la comunidad.

Podríamos seguir con el tema, pero creo que ya cruzamos los conceptos que necesitamos para el presente trabajo. Como conclusión quiero remarcar la idea de que el discurso sobre el poder siempre surge de un ámbito en el que se interrelacionan estructuras de poder o sus consecuentes idiosincráticos; es producto de todo un bagaje cultural previo, modelado por las instituciones donde participan los miembros de una sociedad. Como resultado de esa tensión poder-individuo, surge el discurso dialéctico, que forma la estructura sociocultural del grupo. Sin duda, cada discurso emitido es una construcción intencionada dirigida en particular a un determinado ámbito institucional y social.



### 3.3.8 La neutralización e institucionalización de las prácticas penales del pueblo mapuche

Ahora nos abocaremos a una temática que nos emplaza a mantener una discusión amplia de acuerdo con nuestro problema de investigación, ya que trabajamos bajo la premisa de que los tribunales de justicia se manejan en términos dialécticos muy bien como construcción institucional fundante del Estado-nación, pero muy mal con relación al otorgamiento de justicia multicultural. Ahora explicaremos algunos de los elementos teóricos en que podríamos fundar esta hipótesis; una respuesta plausible y categórica a ello solo la obtendremos a la luz del trabajo de campo.

Para fundamentar esta tesis, aprovecharemos dos instancias fundamentales: la construcción funcional de las instituciones como legitimadoras del poder constituyente, (la institución como respuesta) y la institución como elaboradora de sentido en la dinámica de construcción social. Para cimentar nuestra hipótesis, nos centraremos en tres autores. Para el primer tema, seguiremos a Foucault y Lefebvre. En el segundo tema tomaremos a Erving Goffman, atinente a esta idea, sobre todo, si pensamos que el interés fundamental del estudio se relaciona con el hecho de estar ahí, en lo microscópico de la realidad social, en esos momentos que no detentan importancia ni significación alguna (aparentemente), pero que encierran con total nitidez y transparencia contradicciones, dilemas y tensiones en la relación estudiada.

Para la primera cuestión, partiremos con una pregunta: ¿Qué hace que una sociedad se mantenga aglutinada como tal? Una posible razón es ese conjunto de prácticas, que se repiten regular y continuamente, que están sancionadas, que son mantenidas por las normas sociales y que tienen una importancia fundamental en la estructura social. Así, un colegio, una universidad, un centro de salud, una prisión, un tribunal de justicia van a incluir la construcción de los diferentes papeles que quiere reproducir (estudiante, profesor, custodio, juez, abogado, etc.). Desde esa perspectiva, la conceptualización que establezcamos como institución se encuentra íntimamente ligada a las de organización y estructura social. Sin embargo, la institución tiene y mantiene sus

singularidades, puesto que desempeña el papel de catalizador y regulador de la manera de actuar de las personas en la sociedad.

En este sentido, el análisis que hace Foucault de las personas y su relación con las instituciones nos muestra que la articulación del espacio es la condición necesaria para lo que él llama «los cuerpos dóciles»: «Se trata de organizar lo múltiple, de procurarse un instrumento para recorrerlo y dominarlo; se trata de imponerle un “orden”» (Foucault M. , 1976, pág. 39). Debemos, pues, entender este requisito como fundamental en nuestro análisis, ya que solo modelando el cuerpo de un individuo por medio de un orden institucional, podemos objetivar y subjetivar la permanencia de la institución —en este caso, los tribunales de justicia.

Si bien Foucault centró su análisis en los espacios de encierro institucional, los principios que rigen este espacio no son exclusivos de su dinámica y pueden ser extrapolables a otros contextos, pues representan la lógica de lo que Lefebvre ha denominado «el espacio abstracto de la modernidad».

He llegado a los problemas del espacio por múltiples caminos. Este fenómeno es aplicable a otras nociones, como la «diferencia», a la que se le puede llegar de muchas formas (...). Este análisis del espacio no es simple. Reducir el espacio producido por el modo de producción capitalista al control policial sería inexacto; la organización económica comporta dispositivos complejos, flujos y redes entrecruzadas (Lefebvre, 1976, pág. 19).

¡Qué frase más llena de contenido! Lo abstracto se llena de espacio, pero no solo como el arquetípico control por medio de la fuerza, sino que también un espacio es compartido por toda la red de engranajes que conforman finalmente la realidad.

Así, los espacios —en este caso, de instituciones penales— se estructuran bajo una lógica hegemónica de dominios de saberes. En ella desempeñan un papel perverso sobre su dominio, semblanza y producción, y se erigen como verdaderas torres de marfil con sus propios escudos y banderas. Sería muy importante —como objetivo para el presente trabajo— que estos espacios modernos<sup>8</sup> pudiesen ser representados y producidos como espacios legibles por los usuarios, la comunidad, la sociedad y, aunque suene pretencioso, por la propia cultura. Más aún, si nuestro análisis está centrado en instituciones judiciales que durante años niegan su condición de convertirse en un espacio legible. Todo ello desembocaría en una intención última —si se quiere, un ideal—, tan dudosa como inalcanzable o peligrosa, pero, sin duda, un fin al que no podemos renunciar: hacer que el poder sea transparente.

Pero el espacio no es solo esa área arquetípica de cuatro paredes donde se sumerge ilusoriamente el mundo institucional, sino que también participan de lo público y lo no público. Esto nos quedará más claro en palabras del profesor Manuel Delgado (1999):

---

<sup>8</sup>«Si quisiéramos hacer una analogía entre institución y espacio moderno desde la arquitectura y el urbanismo podríamos tomar la obra de Le Corbusier en la nos señala que “la arquitectura y el urbanismo deben ser una forma de organizar el espacio para eliminar la confusión, la espontaneidad, el caos y el desorden. Cada espacio debía estar diseñado para una función específica: las calles, para el tránsito de bienes y personas; las viviendas, para el descanso y la vida en familia; las fábricas y oficinas, para el trabajo. Cada espacio debe responder a un programa, a un plan racional basado en necesidades científicamente definibles que ordene inequívocamente el espacio vital. Así, como ocurre con las instituciones, la grilla es el modelo a partir del cual cualquier espacio social, ya estemos hablando del hogar, de la oficina o de la calle, puede ser ordenado; donde todo el mundo está en su sitio, perfectamente visible”. Tanto en el caso de las instituciones de encierro que analizó Foucault como en los proyectos de Le Corbusier nos topamos con un espacio geométrico, homogéneo y delimitado funcionalmente. Un espacio compuesto, gracias a la arquitectura y al urbanismo, para vigilar, controlar y organizar la vida de las sociedades modernas» (Doménech, 2004, pág. 37).

El espacio público es, pues, un territorio desterritorializado que se pasa el tiempo reterritorializándose y volviéndose a desterritorializar, que se caracteriza por la sucesión y el amontonamiento de componentes inestables (...). El espacio público es desterritorializado también porque en su seno todo lo que concurre y ocurre es heterogéneo: un espacio esponjoso en el que apenas nada merece el privilegio de quedarse (pág. 41).

Aunque algunos presumen la arrogancia de asumirlo como propio, por lo mismo pretenden quedarse y poner sus propias normas.

Sin embargo, esta situación idílica para el establecimiento estatal, y su correspondiente instauración institucional como respuesta, choca inevitablemente con la imposibilidad para limitar las expectativas. Esto lo podemos atribuir a la consecuencia natural del individualismo que agrieta nuestras sociedades, el cual, por definición, atenta contra los acuerdos. No obstante, más allá de esta discusión y de oponer interés social a interés individual, es necesario —de nuevo— situarse ante la tensión que ello produce. Por lo cual, solo es en esa situación ambivalente cuando provoca inestabilidad y desorientación en la medida en que se cuestiona constantemente un grupo de verdades, siempre discutidas, permitiendo un Estado latente de orden y desorden.

Nadie lo ha pedido, pero es así, esta situación ha hecho necesario el incremento de la actividad interventora del Estado, y, por ende, de sus instituciones punitivas, ampliando con ello sus políticas normativas. Se convierte así el Estado en el agente principal de desarrollo y regulación de los intereses sociales. Tiene —en teoría— como principio y fin la transmisión del mensaje de obediencia a las leyes. Así pues, la finalidad de su intervención se convierte en un hecho político que nos *protege, cubre y resguarda* de los grupos sociales asistémicos y entrópicos. Hacer justicia es su objetivo; la institucionalidad penal, su medio; nuestra paz, su responsabilidad, por lo que establece un pacto unívoco, sin aviso previo, pero respetable por la coacción y la represión.

Sin embargo, el propio Estado (y sus instituciones), al ser parte constituyente de esa red material y simbólica, tiende también a tener efectos de deslegitimación, ya que son altos los costos que debe pagar por la objetivación de su construcción. Debido a que ningún Estado puede asegurar que el espacio entre lo que promete una norma y lo que efectivamente se cumple esté totalmente garantizado, existe siempre un espacio de deslegitimación de las instituciones. Lo anterior significa un gran desafío para cualquier institución; la distancia que exista en una institución entre lo predicado y lo practicado se constituirá según el nivel de incertidumbre, resonancia y resignificación que obtenga finalmente de su comunidad.

Si asumimos como cierto que este *contrato social* es quebrado reiteradamente por la tensión existente e innegable entre el Estado y los individuos, ¿cómo podemos abordar esta tensión? Goffman (1979) nos entrega una respuesta a esta disyuntiva, ya que, mediante sus estudios microsociales, pretende comprender la vida cotidiana de las instituciones, consideradas como sistemas cerrados, y superar los enfoques clásicos que él agrupa en cuatro grandes rótulos: el técnico, el político, el estructural y el cultural. Este enfoque, que él llama *dramático*, nos permite establecer la ecuación de los cuatro elementos mencionados anteriormente; por lo tanto, logra captar, adentrarse y explorar las intersecciones de la vida cotidiana en todos ellos.

Goffman comienza sus estudios sobre las instituciones desde abajo, desde sus cimientos y sus concreciones típicamente reconocidas en el juego de la vida—aunque casi siempre desdeñadas por la academia pulcra y bendita, retórica e inalcanzable, celestial y pura soberbia e institucional—. Este amplio conocimiento del orden institucional, así como sus intentos teóricos por desentrañar y hacerlas accesibles como realidades sociales, y moverse dentro de ellas sin resquemores, culpas ni miedos, le permiten ampliar ostensiblemente sus límites. Además, lo más importante: le permiten un acercamiento que abre y cierra la visión global y detallada de las interacciones cotidianas que se dan en los espacios institucionales.

El mundo de actividades que se genera mediante la interacción directa y se organiza mediante normas de coexistencia —esfera que contiene las bodas, las comidas en familia, las reuniones presididas por alguien, las marchas forzadas, los encuentros relacionados servicios, las colas, las multitudes y las parejas— es algo de lo que nunca se ha tratado lo bastante como tema de estudio por derecho propio. De hecho, a menudo se ha utilizado como algo accesorio. Cuando quiera se ha necesitado una ilustración concreta de cómo van las cosas en un establecimiento social, en un segmento de estructura social o, incluso, en una sociedad, se han incluido viñetas de interacción para dar una demostración concreta y, de paso, para rendir algo de pleitesía al hecho de que hay gente ahí fuera que hace cosas. Así se han utilizado las prácticas de la interacción para ilustrar otras cosas, pero a ellas mismas se las trata como si no hiciera falta o no mereciera la pena definir las. Sin embargo, el mejor uso que se puede hacer de estos acontecimientos es explicar su propio carácter genérico (Goffman, 1979, pág. 57).

Así, Goffman plantea paulatinamente tomar los actos cotidianos de la vida como verdaderas escenificaciones de una trama general.

El antimodelo que desarrolla se encuentra descifrando constantemente las relaciones que se van construyendo entre las relaciones sociales y la vida pública. Pero Goffman no se limita a entregarnos solo un cuadro descriptivo de la relación establecida, sino que también lo hace de las interpretaciones que puedan darnos luces sobre las condiciones de generalización de la descripción y la interpretación. Además, debe tenerse presente que las conclusiones analíticas establecidas en la dialéctica interpretativa sobrepasan el timorato análisis tiempo-espacial del aquí/ahora, pues se conjugan en la diacronía de la misma restructuración y reinterpretación de las descripciones e interpretaciones que van más allá de su propia cultura. Si esquematizamos sus enunciados en este sentido, podemos describirlos como siguen:

- El modelo dramático permite comprender tanto el nivel macro (institucional) como el micro (el de las percepciones, impresiones y actuaciones de los individuos) y, por lo tanto, el de las interacciones generadas y generadoras de la vida social (Cárdenas, 1999, pág. 127).

- El poder interpretativo de este modelo tiene como límites el de los mundos culturales análogos al de las sociedades anglosajonas. Para conservar su poder heurístico en otras sociedades como las orientales, el modelo deberá ser alimentado con estudios de casos que permitan el ajuste de las categorías de análisis que conforman su estructura. Por ejemplo, la categoría de «máscara» (fachada que forma parte de la escenificación social) deberá comprender espacios y criterios culturales diversos a los que comprende en el modelo original (Cárdenas, 1999, pág. 127).
- Goffman lleva su reflexión sobre la interpretación dramática hasta sus últimas consecuencias. Lejos de contentarse con un bosquejo de las «reglas del arte» dramáticas que nos explican el nivel de la vida institucional y de las interacciones de la vida común en estos espacios sociales, retoma los elementos esenciales de su análisis para acercarse al problema del individuo. Es decir, lleva a la práctica el principio dialéctico que establece la relación y el enriquecimiento entre cada una de las fases de la investigación y, aplicando el conocimiento sobre los dos primeros niveles, logra explicar elementos de las actuaciones individuales inicialmente no definidos. Con este último procedimiento, Goffman está en posibilidades de volver a examinar el cuadro en su conjunto y de constatar el carácter eminentemente dialéctico de la relación entre los individuos, sus quehaceres y actuaciones cotidianas, y las instituciones en que participan (Cárdenas, 1999, pág. 128).

Así pues, la dialéctica que se establece entre las personas y las instituciones es considerada como un espacio lleno de normas y de prácticas que debemos ir trasluciendo según penetramos o nos acercamos a la cotidianidad de las relaciones y a la construcción de sus significaciones.

Las relaciones que todo grupo de actores tiene normalmente entre sí y con clases específicas de objetos parecen estar universalmente sometidas a normas de tipo restrictivo y permisivo. Cuando unas personas mantienen relaciones reguladas con otras pasan a emplear rutinas o prácticas sociales; esto es, adaptaciones

estructuradas a las normas —de las cuales forman parte las conformidades, las elusiones, las desviaciones secretas, las infracciones excusables, las violaciones flagrantes, etc.—. Estas pautas de comportamiento, estas rutinas conexas a las normas, constituyen sumadas lo que cabría calificar de *orden social* (Goffman, 1979, pág. 131).

Goffman nos entrega una forma lúdica, franca, transparente, honesta de mirar la realidad social y de interpretar los corpus teóricos. Sin duda, un acercamiento válido y tormentoso; vivaz y periférico; mordaz y sarcástico, pero inevitablemente vivo y contagioso.



### 3.3.9 Desigualdades y exclusión del pueblo mapuche

¿Pero qué hace que el pueblo mapuche se sienta al margen de los espacios institucionales, que no sienta como propio un territorio común, una bandera y un Estado que, por medio de sus instituciones, les recuerda a diario que estamos en un país llamado Chile? Pierre Bourdier, desde la sociología —como un lugar político para comprender la dinámica social—, ha demostrado que no es posible excluir las condicionantes subjetivas de las condicionantes contextuales para la comprensión de los fenómenos sociales y humanos. Actualmente existe una estructura económico-política que produce condicionantes que complican la relación de las personas en su dimensión subjetiva y contextual, reorientando los sentidos de la integración y participación social desde la idea del mercado neoliberal. Por esto, cualquier explicación desde los diversos enfoques conceptuales que oponga estos dos polos de análisis y reflexión inevitablemente tendrá que asumir que la realidad social es imposible de ser fragmentada. Esto empobrecerá los marcos comprensivos para un adecuado conocimiento sobre cualquier problema consignado en el ámbito social. Por lo mismo, el agravamiento del conflicto mapuche no tiene que ver únicamente con diferenciaciones culturales, sino también con la precarización de sus condiciones vitales por medio de mecanismos históricos de desigualdades y exclusión de las instituciones que supuestamente se crean para integrarlos.

Las ciencias sociales, en su recorrido investigativo y problematizador sobre los hechos sociales, han tratado de buscar respuestas que escapen al reduccionismo positivista que obstaculiza la comprensión de las vivencias particulares de quienes se desarrollan en diferentes dinámicas sociales.

La identificación que el positivismo hace de lo subjetivo con lo particular, si bien pone de manifiesto el fracaso histórico del idealismo absoluto, constituye para las ciencias sociales una espada de Damocles. Cuando el objeto de estudio es la relación entre seres humanos y sociedad, la universalidad de lo subjetivo, no se puede soslayar (Max-Neef Manfred, 2010, pág. 37).

Esta es una cuestión que no pretendemos en el presente estudio, ni menos que nos califiquen de reduccionistas o relativistas.

La importancia de investigar una realidad social nos tensiona, como investigadores, a conocer dichas subjetividades para realizar una lectura coherente con la apuesta política del investigador social. De esta manera, proponemos un marco de análisis reflexivo que integre estas dos dimensiones en la comprensión de la situación de desigualdad y exclusión que viven las personas que pertenecen a la etnia mapuche.

Para poder acercarnos a nuestro propósito, hemos investigado ciertas propuestas teóricas de algunos autores en torno a los conceptos de desigualdad y exclusión social. Estos conceptos proponen dos análisis que representan un marco conceptual que nos ayudará a comprender la desintegración social en que se mueven actualmente las comunidades indígenas en nuestro país.

La primera corriente entiende la desigualdad y la exclusión como un debilitamiento, y, en algunas ocasiones, como una pérdida de los procesos aseguradores de inclusión social (participación económica, cultural y política, acceso a protección social, etc.) como resultado de las transformaciones estructurales de las últimas décadas, además de las consecuencias del modelo económico que impacta en la subjetividad y en la relación entre las personas<sup>9</sup>.

---

<sup>9</sup> Esta línea de planteamientos teóricos surge especialmente de la reflexión sociológica y filosófica de teóricos franceses (Robert Castel, Pierre Rosanvallon) que señalan un énfasis de carácter más estructural, asociando desigualdad con trayectorias de exclusión social.

La otra corriente nos entrega una definición sobre *desigualdad* como atributo o característica de las personas, que se expresa en una particularidad del sujeto, asociada a la indefensión que presenta al enfrentar las dificultades del medio. Tal desabrigo condiciona sus estrategias para afrontar los procesos de transformación, las dificultades estructurales y las contingencias a las que se exponen a lo largo de su vida en sociedad, y que amenazan el bienestar de las personas al situarlos en un lugar de riesgo.

El hecho de entender la problemática de los individuos que comparten sus vidas en el interior de una comunidad indígena supone estar dispuesto a dar un giro en la comprensión más reduccionista sobre el problema —generalmente, las condicionantes personales/subjetivas son las que se ponen en juego a la hora de evaluar situaciones de exclusión—. Por lo tanto, proponemos iniciar el debate de la siguiente manera: vivir dentro de una comunidad indígena no solamente es la expresión de la condición más extrema de la exclusión o un atributo negativo en ciertas personas; es, más bien, el resultado de complejos procesos históricos producto de ciertas condicionantes sociales que, conjugados con los factores de carácter subjetivos, vinculados a la esfera personal y la historia de vida de estas personas, produce el abandono y la expulsión de la esfera cultural dominante.

En este sentido, existen dos procesos que se llevaron a cabo. Por un lado, el proceso político-institucional que busca la consolidación de las instituciones políticas democráticas; por otro, un proceso económico, que busca instalar el modelo de economía de mercado marcado por la idea neoliberal. Sin embargo, la idea de democracia comienza a perder su sentido al corroborar que los grupos sociales indígenas empobrecidos en periodos de dictadura cristalizan su condición durante etapas de democracia, acomodándose a las nuevas reglas y condicionantes del contexto que privilegia solo a ciertos sectores de la esfera social, por lo que los pueblos indígenas quedan al margen de esta condición.

Es necesario *nuevamente* recordar la reflexión desde la sociología y la filosofía surgida en Europa a propósito de la crisis de los Estados del bienestar europeos y de los Estados desarrollistas en América Latina durante los años setenta. Sus características básicas fueron la recesión económica y un fuerte recorte en el gasto social para posicionar el mercado en asuntos de responsabilidad ineludible para los Estados (educación y salud por nombrar algunos). Además, las transformaciones en el mundo del trabajo permitieron identificar las contradicciones sociales y un nuevo concepto denominado como *nueva cuestión social*.

Los cambios experimentados en el interior de las sociedades cuestionan los procesos que generan cohesión social e identifican el problema de seguir siendo una sociedad de sujetos interdependientes. Dicho fenómeno produce algunas formulaciones de conocimiento teórico basado en investigaciones sociológicas y que permitió acuñar el concepto de *exclusión social*, además de endosar una comprensión más acabada sobre este tema vigente en la actualidad.

Surgido en los años sesenta en países de Europa, el concepto de exclusión social hacía notar la presencia de una franja significativa de desocupados y de personas no incorporadas a los sistemas de seguridad social, dando cuenta, paulatinamente, de fenómenos de desintegración que amenazan la cohesión social. En términos conceptuales, la exclusión ha sido concebida como un proceso gradual de quebrantamiento de los vínculos sociales y simbólicos, con significación económica, institucional e individual, que normalmente unen al individuo con la sociedad. La exclusión acarrea a la persona el riesgo de quedar privada del intercambio material y simbólico con la sociedad en su conjunto (Barros, 1996, pág. 59).

Cuestión gravísima si consideramos que la enorme violencia ejercitada contra el pueblo mapuche se basa en una sistemática destrucción simbólica de las bases de su cultura.

La exclusión muchas veces es entendida como una condición determinante y estática representada en aquellas personas que viven solo en condiciones materiales precarias (error común desde las premisas materiales que caracterizan a las sociedades con una economía de mercado). Sin embargo, esta concepción nos permite identificar tres esferas fundamentales a la hora de comprender la exclusión. Así, existe una dimensión económica que implica una incapacidad de acceder a los medios monetarios para participar en los intercambios productivos, mercaderías, bienes, etc. La siguiente dimensión, la política, identifica la desigualdad y la carencia de los derechos civiles también en la participación política (toma de decisiones) y en los accesos a políticas públicas o sociales. Para finalizar, la dimensión sociocultural, que constituye los impedimentos representados por las personas para acceder a la dinámica general de la sociedad en el intercambio de material simbólico y significativo, presente en la cultura. De estas condicionantes, los pueblos originarios en Chile asumen las tres como propias.

Al identificar dificultades en la dimensión económica es indispensable abordar la precarización del trabajo, un fenómeno que alimenta los procesos de desigualdad social desde el desempleo y la desafiliación. La desocupación y precarización de las condiciones laborales son correlatos de la modernización de los Estados; Son, sin duda, un rasgo característico de las formas de acumulación de desarrollo económico bajo la mano invisible de quienes lo manejan.

Una de las características de las personas que viven en comunidades indígenas es la forma de habitar el mundo, donde las estrategias de sobrevivencia son pensadas siempre desde el aquí y el ahora. Al entender la exclusión social como un proceso que genera estados de desafiliación entre las personas y la sociedad, se asume la existencia de una trayectoria que va desde la inclusión hacia la exclusión. En este sentido, la desigualdad social es una categoría de análisis que permite identificar aquellas condiciones que están presentes en la realidad de los sujetos y que sugieren un campo de riesgo respecto de la exclusión.

El autor Robert Castel reflexiona sobre el fenómeno de la exclusión, dándole un lugar diferenciado de lo que podría entenderse como marginalización. Con esta premisa debemos también reconocer que si bien ambas condiciones no son sinónimos (Castel, 1991). Es posible que, estando en un grado de exclusión en aumento, el siguiente paso sea traspasar la línea de la pobreza. «La marginalidad no es la exclusión, aunque hay marginados que pueden convertirse en excluidos, y hay excluidos y ex-excluidos en el interior de los grupos marginados» (Barros, 1996, pág. 63). Esto revierte el discurso estatal de que el pueblo mapuche lucha básicamente por su marginación económica; no se comprende que es mucho más que eso, es mucho más que dinero, pues lo que realmente está en juego es su propia cultura. Esto es lo que hasta hoy el Estado no ha querido escuchar.

Bustelo y Minujin en su obra *Todos entran: propuestas para sociedades incluyentes* (1988) afirman, sobre el concepto de exclusión, que no es absoluto sino relativo en un doble sentido. Por un lado, constituye la contrapartida de la inclusión que hace referencia a ser excluido de algo cuya posesión implica un sentido de inclusión. Con esos *algo* puede referirse a una serie de condiciones materiales y no materiales como el trabajo, una casa, la familia, la educación, el sentido de pertenencia territorial y comunitaria, el afecto (Minujin, "Quiénes son los pobres", 1988) Entendiéndolo de esta forma, la condición de exclusión e inclusión tiene puntos intermedios. Continuemos con esta idea; el autor nos permite comprender que, además de que el concepto es relativo porque varía en el tiempo y en el espacio, en las diversas sociedades, cada una con su respectiva carga cultural —añadiendo el avance tecnológico y económico—, una persona con baja escolaridad e incluso analfabeto supone un grado de exclusión, ya que se acortan las oportunidades en relación con otras personas con más años de escolaridad o educación superior. Toda esta comparación es situada en nuestro tiempo y espacio; esto es, en la modernidad. Seguramente en el pasado al comienzo del siglo XX el no tener algún grado de escolaridad no era un problema, ya que se valoraba es el oficio que es capaz de aprender.

Siguiendo con este análisis, Bustelo y Minujin nos entregan cuatro campos de desigualdad que marcan trayectorias hacia la exclusión social y que pueden identificarse en la mayoría de las sociedades con economías de mercado. Estos campos nos permiten analizar los distintos ámbitos que permiten el tránsito entre exclusión e inclusión:

- Campo económico: Se refiere a los ingresos económicos y es uno de los ámbitos de mayor desigualdad, presente en las personas que viven en comunidades indígenas.
- Campo social: Acceso a servicios sociales y relacionales.
- Campo social/institucional: Las relaciones con pares o con grupos de personas ubicadas en el entorno inmediato constituyen uno de los principales capitales relacionales de las personas que habitan las comunidades indígenas.
- Campo cultural: Mas allá de las razones que precipitan a una persona a vivir en situación de calle, es importante reconocer la relación discontinua con su entorno social más próximo (domiciliados) y con las mismas instituciones que aseguran ciertas prestaciones necesarias para nuestro bienestar. Esto se enmarca en una relación compleja entre ambas dimensiones culturales, la de las personas que habitan la sociedad en sus domicilios e integrados y aquellos que viven simbólicamente fuera de ella (en comunidades indígenas) (Bustelo, 1988, pág. 112).

Es importante mencionar que las personas que viven en una comunidad indígena, vistas desde la perspectiva de la cultura oficial, construyen diversos significados que permiten dotar de sentidos ciertas formas de estar en la sociedad. Por lo tanto, para analizar el campo cultural desde la exclusión social, y particularmente de las personas que viven y usan sus prácticas, debemos reconocer al menos tres ángulos que nos aproximen a dicha comprensión. El primero es cómo ve la sociedad a las personas que viven en una comunidad indígena; «con desconfianza, indiferencia, compasión, rechazo, temor, prejuicios» (Figuroa, 2012, pág. 54); cómo las comunidades se ven a sí mismas «se ven a sí mismo (esforzados, colectivos, singulares, potentes, empeñados en mantener su cultura, subsistiendo, autónomos “entre la tristeza y la felicidad”» (Pág. 57). Como

señala el mismo documento citado, las personas que viven dentro de una comunidad indígena intentan constantemente resguardar su integridad, ya que esta no se encuentra asegurada por aquellas características que dan respetabilidad en la sociedad chilena.

En este sentido, podemos identificar un trabajo permanente, un sometimiento a las órdenes sociales (valores de mercado y reglas morales); vivir en el espacio público y privado a la vez: aunque muchos de ellos anden limpios y decentes, no usan el terno ni la ropa de moda que todos validan con respeto.

De este modo, la lectura que cada sujeto haga sobre su propia condición es fundamental para comprender la forma en que establece una vinculación con la sociedad o con su entorno próximo y que sugiere una suerte de autoafirmación ya sea dentro, fuera o en los límites de la frontera de la inclusión/exclusión social (Barros, 1996, pág. 31).

Identificar la calidad del vínculo social que une a un sujeto con la sociedad nos permite entender los sentidos que la propia persona asigna a su fortaleza o desgano por mantener dicha vinculación. Por lo tanto, es importante no comprender dicho proceso solo en la dimensión formal de la relación persona-institución; más bien se trata de descubrir los sentidos que pone la persona en cada ámbito o campos en que opera.

En términos prácticos, la relación entre los comuneros mapuches y las diferentes institucionalidades del Estado siempre se encuentra en tensión y precarizadas. Así, la relación de horizontalidad y democracia en que se sustenta el discurso del Estado es completamente inexistente para las comunidades. La causa del no sentido de las instituciones tiene que ver con que no son reconocidas como propias; esto se debe simplemente a que nos son las suyas. Esta situación la aclara el profesor Ignasi Terradas (2016), quien, en su texto *Justicia vindicatoria* señala:



La justicia vindicatoria parece tolerante con las disposiciones personales; en pequeñas sociedades existe la convicción que la actitud que envenena la costumbre jurídica no rige. O aún: que la sociedad puede permitirse que las personas se muestren tal como son para no engañar a nadie respecto a su actitud frente a la moral (pág. 505).

Es este cruce que impide el establecimiento de equilibrios entre ambos pueblos. Uno se muestra sin esconder nada, mientras que el otro se hace partícipe de una moral superior que nutre su propia institucionalidad jurídica.

### 3.3.10 Los tribunales de justicia penal como sistema de exclusión del pueblo mapuche

En las siguientes páginas daremos un giro hacia el mundo penal acercándonos cada vez más hacia nuestro objeto de estudio. Para ello, sabiendo que es una temática nueva en Chile, nos adentraremos en términos históricos hacia la tradición de lo jurídico penal y cómo ello se va configurando como una institución de represión *moderna*. Luego, nos preocuparemos de cómo lo penal va generando una dinámica subcultural propia, en la que se esperan cosas precisas de su accionar —lo cual configura y determina, en gran medida, las prioridades que persigue como institución.

Las instituciones jurídico-penales, a pesar de sus continuas pruebas de ineficacia, en relación con la resolución del problema de la inclusión de las personas que cometen un delito, debe gran parte de su éxito a la función legitimadora de una vieja práctica que se convierte en la más usada por las sociedades occidentales. Los lugares miserables que rodea el ámbito penal *recogen* a miles de excluidos que esperan a ser condenados o a purgan sus penas.

Este modo de administración de la justicia explica cómo, a pesar de sus ilegalismos, lo penal subsiste, circunscribiendo la delincuencia en grupos socialmente estigmatizados y, sobre todo, encarnando en ellos todos los males de una sociedad que mira con mayor simpatía las políticas represivas y punitivas que la reinserción cierta de estas personas. Esto es conocido en el ámbito penal como *positivismo criminológico*, que parte como una figura legitimante del poder punitivo, el cual no le pone límites al poder del Estado; las piedras angulares de este sistema radican justamente en la prevención y defensa de lo social y, finalmente, del Estado (Nager, 2014). Nos podemos dar cuenta de la evolución de esta concepción original del castigo jurídico penal, lo que, por supuesto, trae consigo también un cambio en su objeto mismo. En sus comienzos, se aludía con él a un Estado de orden de la comunidad, gracias a la aplicación de ciertas medidas para obtenerlo y no a un cuerpo de disciplina social propiamente, como es concebido en la actualidad. Pese a ello, debo aclarar que desde sus inicios se han

incluido los temas de la seguridad y del bienestar general, los cuales se encontraban en sintonía con los poderes judiciales del Estado y su jurisprudencia.

Desde ese punto de vista, el derecho sería una especie de almacén ético-jurídico de la penalidad, un resultado que, visto aisladamente, no explicaría la verdadera razón del origen del castigo contemporáneo.

La idea de castigo y, por consiguiente, de encierro habrían nacido fuera del derecho, al alero de la extensión del modo de producción capitalista y, en concreto, derivado de las casas de corrección y trabajo construidas, desde el siglo XVI en adelante, en Holanda, Inglaterra y otros países para adiestrar a las masas de vagabundos expulsadas del campo con el fin de convertirlos en los trabajadores que las clases burguesas necesitaban.

La pena de privación de libertad, según E. B. Pasukanis (citado en Olmo, 2005, pág. 37), no es concebible sin entender el principio de retribución, equivalente propio del capitalismo; en él, todas las formas de riqueza se reducen a la forma más simple y abstracta del trabajo humano medido por el tiempo: en el modo de producción capitalista se puede establecer la equivalencia entre el daño producido por el delito con el pago de la pérdida de libertad durante cierto *quantum* de tiempo

Lo jurídico penal se configura como el sistema punitivo correspondiente a la modernidad, que no es otra cosa que el asentamiento y consolidación de una clase social dominante —en Europa, a partir del siglo XVII, la burguesía—. Se desarrolla además un modelo de sociedad mercantilista, donde todo tipo de intercambio social o comunicativo se hace en términos de mercancía. Esto es lo que sustenta, desde un punto de vista penal, aquello que se llama la *teoría retributiva de la pena*. El concepto mercantilista de la pena consiste en pagar un tiempo de condena en relación con el delito cometido o con el daño ocasionado a la sociedad. La cárcel es una institución que administra el tiempo y lo establece como valor de cambio siguiendo la lógica de la tecnología disciplinaria.

Este supuesto queda aún más claro cuando se piensa que, antes de la emergencia y la consolidación del Estado moderno, existían otros sistemas punitivos (como el caso mapuche) que no tenían a la cárcel como centro. La cárcel era una pena más junto con otras mucho más espectaculares: el escarmiento público, los castigos corporales, la ejecución o el destierro —como ocurre en el caso del Az Mapu mapuche—, etc.

El artículo VII de la declaración de los Derechos del Hombre de agosto de 1789, señala que: «Ningún hombre puede ser acusado, arrestado ni detenido, salvo en los casos determinados por la ley». Con esta declaración, los reformadores del siglo XVIII ponían (supuestamente) fin a la arbitrariedad y a la crueldad de los castigos de sangre del Antiguo Régimen. Pero junto con ello y preocupados por las consecuencias que los cambios ocurridos podían tener sobre la evolución política de la sociedad, consideraron dos importantes inconvenientes: los efectos carcelarios, específicamente el *contagio*, y las malas condiciones de vida en las prisiones. Sin embargo, esos inconvenientes fueron rápidamente remediados: el riesgo de contagio se debería resolver con el supuesto encierro en celdas individuales de los prisioneros, cuestión impensable en la actualidad en nuestro país; las críticas respecto de la insalubridad y las malas condiciones se debían enfrentar con el empuje modernizador que transformaba las prisiones y las instituciones encargadas del control —hecho que utópicamente ha tenido un avance acorde con la nula importancia que tiene el respeto de los derechos de los internos en el país—. La dureza de la vida que los prisioneros sufrían durante las detenciones y el encierro se integraron, además, en un objetivo cuasiterapéutico inspirado en la penitencia y la redención cristianas: sufrir para pagar las culpas. El trabajo cumple así una función expiatoria a la vez que sirve a los intereses humanistas de la necesidad del carácter público de las penas.

Lo penal se instaura como un aparato que busca la transformación del malo en hombre de bien, desde un proceso que se aplica en virtud de un derecho penal reformado por leyes igualitarias, y que persigue modelar una humanidad mejor que la bárbara y arbitraria del Antiguo Régimen. Sin embargo:

Desde los primeros tiempos de los sistemas de las prisiones, quedó en claro que ellos no producían aquel resultado, sino en verdad, su opuesto: cuanto más tiempo se pasaba en prisión menos se era reeducado y más delincuente se era. No solo productividad nula, sino productividad negativa. En consecuencia, el sistema de las prisiones debería haber desaparecido. Pero permaneció y continúa (Foucault M. , 1981, pág. 81).

El castigo jurídico y el encierro penal como modalidad de castigo responden a los objetivos que necesita el orden público frente a la amenaza social que representa la exclusión para los operadores del sistema judicial. La opinión judicial se fabrica sobre el origen socioeconómico de los detenidos que, a todas luces, pertenecen a los sectores más excluidos de la sociedad. Solo basta con mirar las estadísticas que nos entregan instituciones tan valoradas en temas de investigación criminal, donde nos señalan que la gran mayoría de las personas privadas de libertad son pobres o pertenecen a minorías étnicas.

Entonces, que el encierro penal se concentre en personas excluidas corresponde a una voluntad mayor. Según Foucault:

Las prisiones producen delincuentes y la delincuencia tiene una cierta utilidad económica-política en las sociedades que conocemos: La utilidad mencionada podemos revelarla fácilmente: 1) Cuanto más delincuentes existan, más crímenes existirán; cuantos más crímenes haya, más miedo tendrá la población y cuanto más miedo en la población, más aceptable y deseable se vuelve el sistema de control policial. La existencia de ese pequeño peligro interno permanente es una de las condiciones de aceptabilidad de ese sistema de control, lo que explica por qué los periódicos, en la radio, en la televisión, en todos los países del mundo sin ninguna excepción, se concede tanto espacio a la criminalidad como si se tratase de una novedad cada nuevo día (Foucault M. , 1981, pág. 84).

Así la criminalidad intimida y nos presenta al Estado como nuestro benefactor de seguridad. Esta noción tan extendida es la recreación más cierta de cómo el Estado y los medios de comunicación manejan la temática mapuche en Chile.

Existen situaciones que parecen normales en el sistema penal; por ejemplo, que aquellos ciudadanos de estratos sociales superiores que cometan los mismos delitos que los pertenecientes a sectores pobres o excluidos no sean tratados del mismo modo. Parece lógico que haya personas de clases sociales altas que cometan delitos correspondidos con el sector socioeconómico del que provienen: estafa, fraude al fisco, tráfico de influencias, por ejemplo. También parece normal que sus fechorías no sean *tan mal vistas*. Se cree natural que, en su breve paso por la cárcel, sean objeto de mejor trato por parte de los funcionarios; aunque también parece normal que no permanezcan en la cárcel.

Asimismo, parece normal que los integrantes de las comunidades mapuches sean discriminados y sometidos a normas jurídicas fuera de la legitimación de su propia cultura (Girard, 1986, pág. 25). Hasta aquí, nos encontramos con una institución jurídico-penal que ha evolucionado, en términos históricos, de forma parecida a otras instituciones del Estado y que se ha ido construyendo de forma paralela a su legitimación, constitución y poder. Sin embargo, dicha institución presenta tales singularidades que siempre se encuentra en el centro del debate público. Esto es debido a que la principal función que se le atribuye sea justamente el mantenimiento del *statu quo* de una sociedad que siempre se encuentra en constante movimiento; algo paradójico, por decir lo menos, el hecho de que se le entregue una misión que es de toda la sociedad a un grupo de personas que deben cumplir la función legitimadora de algo que siempre está cambiando y que no desea la objetivación en su construcción. Aparece así, ante nuestros ojos, el *control social*, viejo estandarte de lucha, necesaria plegaria de aglutinamiento social, contradictorio sistema legitimador de la violencia y la represión del pueblo mapuche durante siglos.

El mantenimiento de la institucionalización que le asigna y le reclama el Estado a la institucionalidad penal resulta paradójico y singular, ya que se estructura como entidad legitimadora del orden y del equilibrio social, pero, a la vez, se le pide que reinvente e incluya a estos personajes anónimos que se han desviado del orden establecido. Esta situación, sin duda, origina tensión e incertidumbre que hace aún más paradójica la relación con la sociedad. Encontrar ese amplio punto intermedio, complejo e inexacto entre castigar y respetar singularidades es el gran dilema, el gran reto; es profesionalismo, conocimiento, experticia y compromiso.

No obstante, este enorme desafío en las sociedades contemporáneas convierte a las instituciones ocupadas de lo penal en un punto clave para su desarrollo. Sociedades que miran como un imperativo la seguridad, pero que se articulan axiológicamente sobre la inclusión como modelo fundamental de la convivencia social; entregan a la institucionalidad penal el papel de equilibrar ambos elementos fundadores, una tarea titánica, engorrosa e incomprendida, pero absolutamente necesaria e irrenunciable para la institucionalidad. Así, la venganza, aunque sea institucional, se despliega sobre nosotros:

Ante la sangre derramada, la única venganza satisfactoria consiste en derramar a su vez la sangre del criminal. No existe una clara diferencia entre el acto castigado por la venganza y la propia venganza. La venganza se presenta como represalia, y toda represalia provoca nuevas represalias. El crimen que la venganza castiga, casi nunca se concibe a sí mismo como inicial; se presenta ya como venganza de un crimen más original. (...) Así pues, la venganza constituye un proceso infinito e interminable (Girard, 2005, pág. 22).

Sin duda, nos encontramos ante una situación compleja que cuestiona, día a día, la labor, prontitud y vigencia de las respuestas del Estado a este fenómeno.

En la actualidad, nos vemos enfrentados a estos nuevos desafíos; la ciudadanía no solo pide acciones, sino que exige a las instituciones penales que sean capaces de afrontar esta situación en la que se está jugando mucho, y que, si no actúa pronto, podrá poner en jaque la estabilidad del propio Estado–nación.

Llegados a este punto, con el Estado debilitado a causa de la vorágine globalizadora que sacude el mundo; sobrepasado y, en muchos casos, incluso capturado por el crimen organizado global; incapaz de evitar e incluso acusado fundadamente de azuzar el horror de la guerra entre los pueblos; rendido y progresivamente desarmado en su lucha contra la delincuencia; presionado por el desarrollo espectacular del sector privado de la seguridad; el pretendido monopolio estatal de la violencia se muestra ante los ciudadanos con todas sus carencias más lacerantes y, con ello, se abren las puertas a la restitución forzada a la sociedad del recurso a la violencia como forma de relación entre los ciudadanos (Curbet Hereu, 2006, pág. 182).

Qué difícil tarea tenemos por delante; qué complejo escenario nos espera; qué ilusorias soluciones tenemos entre manos. Sin embargo, un problema que cruza la esfera social no puede ser tarea de *algunos*, que, con uniformes y armas en pos de la seguridad ciudadana, se conviertan en los generadores de la *homeostasis social*.

Pero no se engañen, mi seguridad, tu seguridad, nuestra seguridad, el equilibrio entre castigo y reinserir no es solo tarea de los aparatos jurídicos y punitivos del Estado, es responsabilidad de todos, pues todos participamos, todos jugamos y, por lo mismo, todos cooperamos. En ese sentido, esta tesis se quiere convertir en un pequeño aporte, quiere ayudar a generar espacios de corresponsabilidad social entre mundos tan distintos pero cercanos; tan paradójicos pero imprescindibles; tan etnográficamente molestos pero antropológicamente necesarios.



### 3.3.11 Los mapuches en situación de vulnerabilidad penal y construcción de identidad

Si bien hablar de construcción de identidad dentro de la institucionalidad jurídico - penal puede causar algunos resquemores —sobre todo, dentro del propio mundo institucional—, es un ejercicio imprescindible para nuestros propósitos, ya que muchos de los principios que orientan el trabajo de las diferentes instituciones que se ocupan de lo penal en mi país están determinados por normas formales previstas en instrumentos legales de distinta índole. Sin embargo, también es cierto que existe un mundo de procedimientos, ritos, señales, códigos, etc. que no se encuentran definidos en reglamentos formales y se desarrollan y forjan día a día en el accionar cotidiano de la interacción entre la *autoridad* y el *imputado*, y que dan cuerpo a una subcultura<sup>10</sup> y una identidad propia, amplia y singular. Estas normas subculturales se convierten en obligatorias con el tiempo, en la medida que el desenvolvimiento en el interior de las diferentes instituciones involucradas las asume y hace suyas en el devenir cotidiano del propio ejercicio. Así mismo, las expectativas de las personas se van convirtiendo paulatinamente en depositario del poder discrecional entregado a los funcionarios para enfrentar estas aventuras de la cotidianidad, que no se rigen por el código oficial, que las leyes no contemplan en su jurisdicción ya que es imposible que la cotidianidad pueda ser objetivada como a algunos juristas les gustaría hacerlo.

---

<sup>10</sup> «No estoy muy seguro de que el concepto más exacto para poder abordar este punto sea el de *subcultura*; no quiero categorizar con él ni tomarlo como referente conceptual único e inequívoco. No quiero que se entienda como instrumento único y excluyente, clasificatorio o divisorio al interior de la cultura, sino como elemento de movimiento y de contraste de situaciones y mundillos singulares y propios. El concepto de subcultura aparece en la literatura de las ciencias sociales, recién después de la Segunda Guerra Mundial. Una de las primeras definiciones la realizó Milton Gordon en 1947, quien definía subcultura como: “Una subdivisión de la cultura nacional que resulta de la combinación de factores o situaciones sociales tales como la clase social, la procedencia étnica, la residencia regional, rural o urbana de los miembros, la afiliación religiosa y todo ello formado, gracias a su combinación, una unidad funcional que repercute integralmente en el individuo miembro”. Es notorio que esta definición presenta una particularidad que la hace particularmente operativa, a saber, que subraya la relación orgánica que existe entre la subcultura y el contexto más amplio del complejo cultural al que pertenece» (Wolfgang Marvin, 1971, página 37).

Entonces, cuando se intenta hacer comprensible la subcultura jurídico-penal debemos tener presente que nos referimos a ese mundo simbólico que se crea y recrea en dicho campo específico, donde los papeles pueden ser representados en escenarios diferenciados, pero que guardan los patrones básicos de la representación general que les otorga la pertenencia a una organización singular.

Por ese motivo nos interesa situar el análisis de estas organizaciones e instituciones en el nivel concreto de sus acciones, de su práctica, distanciándonos así de la formalidad legal, jurídica —el deber ser de las organizaciones— para analizar lo que realmente hacen, lo que realmente producen.

»Consideramos que es en estos extremos donde se hace perceptible su carácter de «puntos terminales del poder político», desde las cuales es posible observar plenamente el ejercicio de este poder político, sus actores, sus concreciones, sus tendencias, sus cambios o transformaciones, otorgando tanto a los condicionantes estructurales como a los actores un papel destacado en este análisis (Zino, 2001, pág. 8).

Pero, cuando hablamos de la construcción social no sólo nos referimos a la adquisición de un sistema propio de valores, normas y conductas exclusivas y excluyentes que se encuentran aisladas y en un vacío social —es impensable no vincular siempre su accionar dentro de la estructura social global, lo que le mantiene y fortalece por medio de refuerzos institucionales y sociales— sino que también incluimos en este análisis todas las prácticas necesarias para su internalización. Es preciso señalar que la relación que interesa subrayar es la que subjetiviza dicha construcción, en el entendido que existe otro tipo de vinculación que siempre la objetiva y que se ve reflejada en nuestras conductas.

De este modo, se establece el principio base del orden ritual, que sirve para salvar la propia cara y equilibrar, salvaguardar y legitimar la relación en la interacción. Por lo tanto, este orden no debe ser puesto en duda, ya que se estaría contrariando el orden social, fundado en actos simbólicos que muestran la posición y estatus de la

persona y lo que representa para los otros. Se ha de tener precaución y no desobedecer, puesto que estarían quebrando lo más sagrado en una interacción: el encuentro socialmente ritualizado en que se funda la interacción y se salva mi cara, pero también la vuestra.

Terminamos viendo que, en el terreno del orden público, lo fundamental no es la obediencia ni la desobediencia, sino las ocasiones que originan la tarea correctora de diversos tipos, especialmente, el suministro de interpretaciones correctoras calculadas para demostrar que un posible infractor en realidad tenía una relación correcta con las reglas, o que si parecía no tenerla hace un momento, pude contarse con que en adelante tenga esa relación correcta (Goffman, 1979, pág. 107).

Sin embargo, se debe tener presente que las acciones correctoras no son siempre unívocas; es decir, no siempre se encuentran en sintonía cultural. Ese es justamente el problema que planteamos en este trabajo de investigación, pues las acciones correctoras no se condicen con los castigos provenientes de sus propias instituciones en el interior de las comunidades mapuches.

Pero, son las personas imputadas las llamadas a aclarar las dudas sobre lo institucional y su construcción o, por el contrario, son los que están para ser etiquetados y así servir como móvil para el funcionamiento institucional.

Debería, pues, advertirse que el manejo del estigma es un rasgo general de la sociedad, un proceso que se produce donde quiera que existan normas de identidad. Los mismos rasgos están implícitos sea que se trate de una diferencia muy grande, del tipo tradicionalmente definido como astigmático, o de una insignificante, de la cual la persona avergonzada se avergüenza de estarlo. Se puede sospechar, por consiguiente, que el rol del normal y el rol del estigmatizado son partes del mismo complejo, recortes de una misma tela estándar (Goffman, 1986, pág. 17).

Sin duda podría ser, pero si definimos al pluralismo jurídico como fenómeno de coexistencia entre sistemas normativos diferenciados, que operan en un mismo espacio geopolítico, cabría entender la interlegalidad como el fenómeno de *trasvasije normativo* derivado del contacto cultural –transculturación, aculturación, sincretismo cultural, etc.

En este sentido, cabe mencionar que la construcción que se va elaborando en la cotidianidad de las experiencias en el interior de un proceso penal va generando interacciones e interlocuciones propias del proceso natural del devenir social, en el que se construyen experiencias que se superponen, regeneran y resignifican con el paso del tiempo no cronológico, sino el tiempo de las experiencias de la subjetividad de las personas. Este enfoque subjetivista de la acción social, mantiene algunos elementos claves, entre ellos:

- Tiene en cuenta el comportamiento de los otros y su presencia y existencia: lo cual implica la dependencia (estática) entre los individuos (Zino, 2001, pág. 12).
- Tiene un valor significativo y simbólico para los demás: existe un mecanismo de interpretación simbólica de la acción de los otros, y un proceso de elaboración de una respuesta efectiva.(Pág.139)
- Se modifica en función de la acción de los otros y de sí misma: el comportamiento del agente (su estrategia comportamental) depende del Estado de los demás y de sí mismo.(Pág. 13)

Este esquema nos permite realizar el juego entre las tres categorías principales que propusimos para la elaboración de este marco teórico: cultura, instituciones y construcción jurídico-penal. El juego permanente de estos elementos se va superponiendo y construyendo constantemente, haciendo dinámica y contextual la comprensión del problema planteado.

A través de sus acciones, los individuos participan en un proceso de institucionalización que modifica los presupuestos exteriores de la estructura social, las instituciones y la cultura. Desde esta concepción, el esquema que hemos presentado se puede interpretar como una dialéctica entre las categorías establecidas —estructura social, instituciones y cultura— y las resistencias y las reformulaciones aparecidas durante la interacción de los individuos, que acaban modificando y sustituyendo las categorías iniciales (pág. 18).

Sin embargo, el pueblo mapuche relega al plano de la ilegalidad; este derecho propio que pervive dentro de la conciencia mapuche. Por lo mismo, la coexistencia es siempre violenta.

Puedo estar de acuerdo con que alguno se presente de forma estereotipada en una institución jurídico-penal, pero, sin duda, su presencia corresponde a elementos culturales propios y singulares que se significan y construyen desde categorías propias del accionar cotidiano. Creo que la única forma correcta de elaborar este tipo de información es concibiéndolos como elementos que afectan y orientan la construcción de la subcultura, pero que toman su especificidad simbólica de acuerdo con el contexto donde se ubiquen. Por lo mismo, no podemos ni debemos afirmar la existencia de una cultura jurídico-penal aplicable a todos los modelos, sino que, por el contrario, cada institución jurídico-penal toma su construcción desde la cultura que lo singulariza.

Lo que sí podemos afirmar es la existencia de elementos arquetípicos propios de la institucionalidad jurídico-penal, la subcultura judicial, el lenguaje singular y, sobre todo, los contenidos de esos lenguajes, propios y tácitos, que se interpretan en el accionar judicial —estos se manifiestan por medio de formas rituales, entregándole sentido al accionar cotidiano y mundano de la relación entre la autoridad y los imputados en el interior de un tribunal de justicia—.

La sociedad establece los medios para categorizar a las personas y el complemento de atributos que se perciben como corrientes y naturales en los miembros de cada una de esas categorías. El medio social establece las categorías de personas que en él se pueden encontrar. El intercambio social rutinario en medios preestablecidos nos permite tratar con *otros* previstos sin necesidad de dedicarles una atención o reflexión especial. Por consiguiente, es probable que al encontrarnos frente a un extraño las primeras apariencias nos permitan prever en que categoría se halla y cuáles son sus atributos, es decir, su *identidad social* —para utilizar un término más adecuado que el de *estatus social*—, ya que en él se incluyen atributos personales como la *honestidad*, y atributos estructurales como la *ocupación*. Apoyándonos en estas anticipaciones, las transformamos en expectativas normativas, en demandas rigurosamente presentadas (Goffman, 1979, pág. 135).

Lo intentaremos, aunque es una tarea difícil, sobre todo cuando, desde el etnocentrismo, seamos seducidos por la idea de establecer categorías con las que hemos convivido durante los albores de nuestro estado nación.

Por lo mismo, intentaremos, durante el trabajo de campo, recurrir lo menos posible a nociones *etnocentristas* en su descripción sobre *las fuerzas que instituyen el orden* en sociedades sin Estado.

De esta manera, termino este largo periplo por las páginas de innumerables textos, en los que la claridad de muchos autores ha significado la iluminación de muchas nociones relacionadas con el problema presentado. Todos estos conceptos por si solos únicamente explican una mirada, pero, en su conjunto, nos brindan la posibilidad de adentrarnos al trabajo de campo con una buena base teórico - conceptual.

**CAPÍTULO IV: ESCENARIOS: DESDE LA COMUNIDAD LRELMU  
RAYEN CHODLAFKENOS HASTA LOS TRIBUNALES DE VIÑA DEL  
MAR**

---

#### **4. CAPITULO IV: ESCENARIOS; DESDE LA COMUNIDAD LRELMU RAYEN CHODLAFKENOS, HASTA LOS TRIBUNALES DE VIÑA DEL MAR.**

##### **4.1 Dónde Etnografiar.**

Dónde mirar, caminar y hablar. Tal vez este podría ser una definición fenomenológica de lo que significa para un antropólogo hacer trabajo de campo, referente al modo de acercamiento que el investigador tiene a su objeto de estudio. Lo anterior supone un fuerte compromiso, tanto con el espacio de trabajo como con las personas que lo forman.

Este compromiso se pone en juego, en menor o mayor medida, con consecuencias más o menos directas en el desarrollo del trabajo etnográfico que se pretende investigar, y en muchos casos tiene consecuencias directas en la información obtenida. De este modo, etnografiar en contextos indígenas y jurídicos, como supone el objetivo del presente trabajo, puede significar un juego permanente entre el “hacer-indígena” y el “hacer-penal”, donde administrar la mirada, la palabra, la posición del cuerpo, el escribir y fotografiar entre estos “haceres” —indígena y penal— aparece como el principal desafío tanto teórico como metodológico de la presente investigación.

Ambos escenarios presentan su propia entelequia, presentan sus propios desafíos, como antropólogo y persona, me dirijo a explorarlos, que me permitan conocerlos, que pueda en algo desenmarañar sus redes de artefactos que forman su cotidianeidad, lo que para ellos resulta diario, necesario, inútil o práctico, para mí se convertirá en un mundo de ideas, de relaciones y comparaciones, ahí el éxito de este trabajo.

Pero, ¿cómo trabajar en esos contextos difíciles de desentrañar? ¿Cómo construirse en tanto investigador en ese hacer dialéctico? ¿Cuáles son los significados cruzados de las miradas etnográficas? Estas son algunas de las preguntas que guiaran mi caminar etnográfico, espero contestar de buena forma cada una de ellas, sin que la mirada como investigador supere la mirada de la persona.



#### 4.2 Trabajo de campo en contextos Indígenas: Comunidad y centro ceremonial Mapuche IRelmu Rayen ChodLafkenos.

La Provincia de Valparaíso se ubica en el centro-oeste de la V Región de Valparaíso, tiene una superficie de 2.780 km<sup>2</sup> y posee una población de 876.022 habitantes. Su capital provincial es la Ciudad de Valparaíso. Es la Provincia más poblada de la Región y con mayor número de Comunas. Dentro de esta provincia se encuentra la comuna de Viña del mar, conocida nacionalmente e internacionalmente por sus playas y zonas turísticas ligadas a la recreación y el esparcimiento.

**Figura N° 1. 1:** ubicación ciudad de Viña del Mar en el contexto Nacional y regional.



Fuente: archivo tesis.

Viña del Mar no destaca por ser una comuna con altas cifras de población “indígena”. La región de Valparaíso concentra sólo a 18.838 personas que han señalado pertenecer a una de las etnias originarias, correspondientes a un 2,7% de la población indígena total de nuestro país (CENSO 2002). En el caso de la Ciudad de Viña del Mar sólo se contabilizan 3.356 personas de población indígena, es decir, esto alcanza a un 0,48% del total nacional.

A pesar de no contar con un alto número de integrantes de la etnia Mapuche en la región, en la ciudad viñamarina se han instalado hace más de tres décadas comunidades mapuches principalmente en dos puntos de la ciudad. La primera comunidad que podemos destacar es la Agrupación Mapuche-Huilliche, que creó el conjunto habitacional “NewenRuka” en Reñaca Alto y forestal alto, y en segundo lugar la comunidad y el Centro Ceremonial Mapuche “Relmu Rayen ChodLafken”.

La comunidad “Relmu Rayen ChodLafken”, nace aproximadamente hace diez años, después de un largo peregrinar por varios otros sitios de la ciudad. Y en su mayoría está conformada por integrantes de la Agrupación Mapuche - Huilliche proveniente del sector de Miraflores Alto. Últimamente, se han unido a la comunidad comuneros provenientes de los sectores de Recreo Alto, Quilpué y Villa Alemana.

**Figura N° 1. 2: Principales localidades de procedencia de la comunidad y centro ceremonial Mapuche.**



Fuente: archivo tesis.

Actualmente viven en la comunidad unas diez familias de forma permanente, sin embargo el centro ceremonial es ocupado por aproximadamente 60 otros clanes de la V región.

El emplazamiento de la comunidad ocupa 8 hectáreas de terreno dentro del parque Jardín Botánico proporcionados por el municipio de Viña del Mar. Hace diez años el municipio decidió donar dicho terreno para la realización propia de sus actividades culturales, al poco andar el proyecto conto con diferentes fondos públicos, que les permitió dotar el terreno de caminos e infraestructura para estos propósitos, además se fue poblando poco a poco de comuneros que vieron en el sitio la oportunidad de establecerse en un terreno para vivir en comunidad. En la actualidad más de diez familias extendidas han seguido los pasos de la familia Antillanca, que fue la primera que se estableció en la comunidad, para vivir las costumbres y prácticas propias de su cultura.

Figura N° 1. 3: Emplazamiento comunidad y centro ceremonial Mapuche.



Fuente: Google Earth.

En la comunidad y el centro ceremonial no sólo se efectúan ceremonias propias, como el ngillatun, también se disfruta del deporte como el palin; se saborea la cocina Mapuche, y hay talleres de orfebrería y mapudungun, entre otras cosas. Es decir, la comunidad y el centro no sólo tienen un fin de prácticas de culturales tradicionales, sino que lo que buscan es una vuelta a sus tradiciones más íntimas, en donde refuerzan y difunden su cultura.

#### Infraestructura:

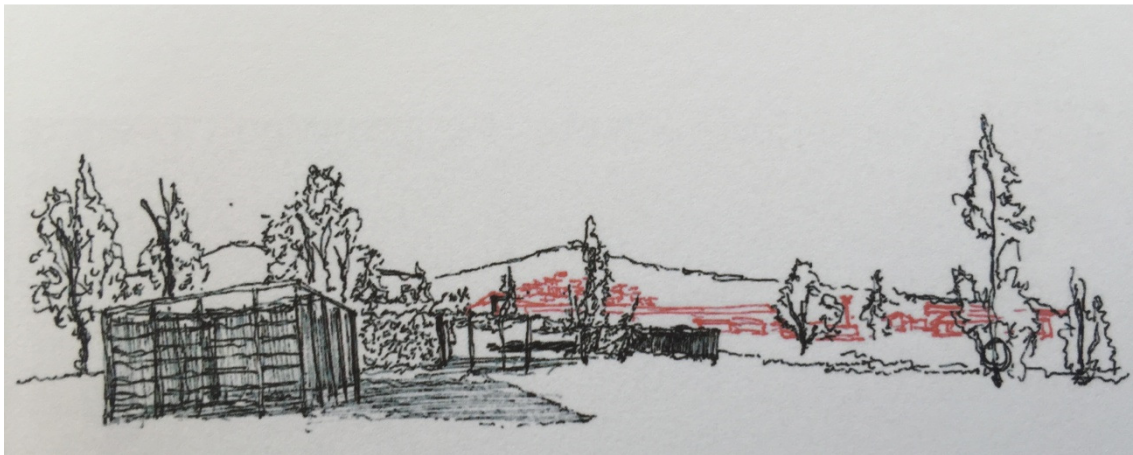
En términos de infraestructura la comunidad poco a poco ha implementado una serie de mejorar al terreno entregado. En primer lugar, lo doto de caminos transitables por vehículos, ya que sólo contaba con pequeñas huellas que conducían hacia sus rucas. Esto les permite desplazarse de forma mucho más expedita hacia el centro urbano de la ciudad.

Dentro de la comunidad es posible apreciar tres zonas totalmente distintas, que se distinguen por su funcionalidad y el tipo de contacto que quieren tener con el Winca (Chileno).

#### 4.2.1 Zona de rucas

La zona más íntima y de menos acceso para el Winca es la zona donde se emplazan sus Rucas (viviendas). Es la zona más alejada del camino de ingreso, y es donde la comunidad realiza sus labores diarias. Sus rucas ya no se construyen con las técnicas y la arquitectura tradicional que nos habla de que su construcción está basada en dos sólidos maderos de árboles nativos, la techumbre y paredes presentan una especie de tejido de fibras vegetales de gran resistencia a la humedad. En su centro hay un fogón o Kutralwe formado por piedras. Su acceso principal está siempre orientado hacia el nacimiento del sol. Las rucas de la comunidad son una mezcla de materialidades diversas intentando conservar los tejidos tradicionales. Sin embargo, lo que se respeta sin diferencias es la distribución interna, especialmente la ubicación del fogón, y la orientación hacia el sol naciente.

Figura N° 1. 4: Croquis emplazamiento de Rucas.



Fuente: Archivo tesis.

Fotografía N° 4.2.1: Ruca comunidad Relmu Rayen ChodLafken.



Fuente: Archivo tesis.

#### 4.2.2 Zona de cultivos.

La Ñukemapu (Madre tierra en mapudungún), para el pueblo mapuche, “es la Tierra en un sentido más profundo”; es decir, no se refiere al suelo, la tierra geológica o al planeta Tierra, sino que abarca un concepto más amplio. A diferencia de la Pachamama, la Ñukemapu “no es considerada una deidad”; más bien, es considerada como la representación del “mundo mapuche” en la cosmografía y la interacción del pueblo mapuche en él, dentro de las creencias religiosas mapuches.

El amor a la madre tierra es un valor mapuche que se manifiesta a través de la ritualidad ancestral, es por ello que los ancianos enseñan que hay que pedir permiso al Gen o espíritu dueño del lugar donde se extraerá algún elemento de la naturaleza ya que todo lo que existe cumple una función, nada está por estar y la gente es parte de un todo armónico cósmico y universal porque para el mapuche lo superior y lo inferior no existe. (Grande, 2011)

Para la sabiduría mapuche la naturaleza es la más justa examinadora, es la ley, el *azmapu* que regula la coexistencia entre las diversas cosas que habitan la madre tierra por ello se debe respetar, proteger y cuidar que el equilibrio se mantenga. En la naturaleza están presente *los gen* que son espíritus protectores del entorno es así como existen diversidad de *gen mapu* algunos de ellos son: *gen ko*, *gen mawida*, *gen kuruf*, *gen lawen*. La misión de ellos es proteger la vida de la flora y fauna y adoptan cualquier forma ya sea de animal, ave o cualquier elemento de la naturaleza. Quien cuida de la madre tierra se está cuidando a sí mismo, porque todo lo que existe está íntimamente comunicado a través de las fuerzas.

La relación que mantiene la comunidad con la tierra es primordial para la conservación y las prácticas asociadas a su cosmovisión, por lo mismo durante más de treinta años buscaron un lugar para poder emplazar su comunidad. *El azmapu* se quiere, se protege y se alimenta, es el centro de todas las actividades desarrolladas por la comunidad. Por lo mismo dentro de la comunidad existe un amplio espacio destinado

para ello, en donde cultivan sus productos y mantienen el ciclo productivo de la tierra con la finalidad de vivir de ello.

Figura N° 1. 5: Croquis zona de cultivo.



Fuente: Archivo tesis.

Fotografía N° 4.2.2: Cultivo de arvejas e invernadero de platas medicinales.



Fuente: Archivo tesis.



#### 4.2.3 Centro ceremonial

*“En la tierra no había nada, ni agua ni flores. En el aire vivía un Espíritu poderoso y otros Poderes secundarios. Algunos de estos se rebelaron y el Poderoso los convirtió en piedra y les puso el pie encima, lo que hizo que, al partirse formaran las montañas. Los espíritus que habían quedado vivos y mostraban arrepentimiento salían de las rocas convertidos en llamas y humos de volcán. Los más arrepentidos se elevaron hacia el cielo y se trocaron las estrellas. Su llanto de arrepentimientos es el origen de la lluvia. El espíritu Poderoso halló triste a la tierra y transformó en hombre a un espíritu hijo suyo, el cual al caer quedó sin sentido; La madre del joven se llenó de pena y para mirarle abrió en el cielo esa ventanilla por donde se asoma su cara pálida, que los hombres llaman luna. El espíritu Poderoso tomó una estrella y convirtiéndola en mujer le ordenó que fuera a acompañar a su hijo. Ella tenía que caminar por la tierra, que la lastimaba, pero ordenó que a su paso crecieran la hierba y las flores, las que al ser tocadas por ella se convertían en aves y mariposas las flores y la hierba en selvas. El espíritu Poderoso los miraba por una ventanilla del cielo que es el Sol”*  
(Juan Ñanculef)

La ritualidad mapuche es un lugar de suma importancia para los miembros de la nación, y para la adecuada conservación de los elementos tradicionales que lo componen, se requiere el manejo de la lengua al menos por parte del *Ngenpin* (encargado de dirigir las ceremonias). Esto porque el ritual además de su religiosidad juega un rol en la transmisión de valores, como bien dicen los antropólogos Foerster y Gundermann: “La institucionalidad de lo religioso, al estar centrada en el plano del rito, supone la existencia, por un lado, de una comunidad que lo realiza y, por el otro, de una tradición que constantemente se reactualiza”.

La comunidad Relmu Rayen ChodLafken le entrega al centro ceremonial un papel central dentro de la articulación espacial y social. La comunidad nace en torno al centro ceremonial y se ha desarrollado gracias él. Además, el centro ceremonial es el que aglutina a más de sesenta familias que participan activamente en los diferentes ritos que se desarrollan en él.

**Figura N° 1. 6: Croquis de espacios familiares en torno al círculo ceremonial.**



Fuente: Archivo tesis.

**Fotografía N° 4.2.3: Altar mapuche y círculo ceremonial.**





Fuente: Archivo tesis.

Se debe aclarar que para la comunidad Mapuche el centro como tal (centro geométrico) no existe, existía como lugar de encuentro religioso, pero desplazado y no coincidente con el centro geométrico. Debido que para el Mapuche las orientaciones tienen una vinculación mágica con la naturaleza, con su existencia; es decir, con su Cosmovisión. Entonces, se puede concluir que el centro para la comunidad coincidente con su centro ceremonial, de ahí se articula todos los otros espacios y actividades.

#### 4.2.4 Espacio de la feria costumbrista

Otro espacio muy importante dentro de la comunidad es el destinado para albergar las ferias costumbristas, estas corresponden a instancias en donde invitan al público en general, a participar en las diferentes actividades e iniciativas realizadas por las familias que componen la comunidad. Entre las actividades más destacadas se encuentran la venta de artesanía tradicional, muestras de artesanías en lana y madera, asimismo, los visitantes pueden recorrer una exposición de objetos del museo mapuches en tejidos y olletas, además, se realizan actividades en donde los mismo visitantes pueden participar en bailes tradicionales, elaboración de comida típica tradicional y propia del pueblo mapuche y compartir juegos típicos como el palín, todo amenizado con Música Mapuche.

Esta feria y otras actividades que se desarrollan dentro de la comunidad, se han convertido en un importante medio de ingresos económicos para su subsistencia, además de lograr promover el respeto hacia su cultura y promover el conocimiento sobre sus prácticas sociales. Sin embargo, es un constante punto en controversia entre las familias de la comunidad, ya que algunas apoyan estas iniciativas, mientras que otras las consideran un mal necesario, pero que daña considerablemente el sentido, los objetivos y los valores de la comunidad. Además, se debe considerar que esta contradicción es la causa que deriva en el *delito* cometido dentro de la comunidad.

Figura N° 1. 7: Croquis de espacio de venta de productos típicos y feria costumbrista.



Fuente: Archivo tesis.

Fotografía N° 4.2.4: Comida típica y locales de venta feria costumbrista



Fuente: Archivo tesis.



Fuente: Archivo tesis.

#### 4.2.5 Espacio para llevar a cabo reuniones y asambleas.

Dentro de la comunidad cobra relevancia el espacio destinado para la realización de reuniones y asambleas, estas tienen diferentes funcionalidades y se realizan por diferentes motivos. El asambleísmo es la forma de reunión central, es liderada por el lonko quien preside dicha instancia, sin embargo su autoridad no es única, sino que es apoyada por el grupo más anciano de la comunidad. De hecho las asambleas en la comunidad Mapuche tienen un sentido muy democrático, ya que si bien se encuentra liderada por una autoridad central, la participación es amplia y consultiva por parte de todos los integrantes.

En la comunidad Relmu Rayen ChodLafken existe una Lonko llamada Patricia Antillanca, Patricia es una mujer de fuerte carácter, pero de agradable personalidad. Es quien tiene la función de liderar el grupo y deliberar en caso de que se produzca un altercado entre los integrantes. Debido a lo anterior la *Lonko* Patricia fue la encargada de llevar a cabo el juicio en contra de Erwin Antillanca, acusado por Adolfo Rubillanca Llancafil por el delito de lesiones graves, juicio llevado a cabo al interior de la comunidad y en presencia de la Lonko y toda la comunidad.

Figura N° 1. 8: Croquis lugar de asamblea y reuniones.



Fuente: Archivo tesis.

Fotografía N° 4.2.5: Asambleas y reuniones en la comunidad



Fuente: Archivo tesis.

### **4.3 Trabajo de campo en contextos Penales: Tribunales de Garantía y Juicio Oral en lo Penal de Viña del Mar**

Si algún connacional se acercará por casualidad a este trabajo investigativo al revisar el título podría imaginar que esta tesis está relacionada con el “conflicto mapuche”, y creería en una primera instancia que su asunto principal está dirigido hacia causas de “terrorismo”, de conflictos de tierra, de delitos que involucren a autoridades tradicionales y su conflicto con el Estado de Derecho, las problemáticas sociales que esconde y los golpes del Estado Policial para contaminar y asumir su causa casi como un asunto mesiánico. Sin duda que esta relación no es antojadiza, y menos forzada, la relación entre Mapuche y justicia, se nos remite de inmediato a la parte más visible o más mediatizada de esta relación que si bien es bastante recurrente no corresponde a lo cotidiano. No queremos decir con esto que no existe, sólo que la violencia impregnada en el “territorio Mapuche” durante los últimos años, tiene ribetes políticos y de la conformación del Estado – Nación que se descubren como una amenaza cierta a su formación, ante ello el Estado con toda su maquinaria despierta y la enfrenta con sus mecanismos de violencia típicos para este tipo de situaciones.

Aquí nos ocupa otro tema, que pudiese ser comprendido por el conflicto, pero que es mucho más común y menos publicitado que la violencia vivida en el sur de nuestro país. El tema propuesto tiene que ver con la interacción diaria de personas de ascendencia Mapuche, en cualquier tribunal de nuestro país, esta vez no enfrentando delitos de “terrorismo” o que tienten a los fiscales a invocar la Ley de Seguridad Interior del Estado, sino delitos comunes o de “menor rango”, pero que se cometen dentro de comunidades Mapuches y entre Mapuches.

Es en este devenir en donde queremos observar el comportamiento de la maquinaria jurídica, específicamente los tribunales de garantía y juicio oral en lo penal de la ciudad de Viña del mar, podría ser cualquier tribunal de Chile, es cierto, pero fue en este en donde tuve la oportunidad de seguir un juicio en que se conjugaron estas tres dimensiones; una comunidad indígena, un juicio entre Mapuches y un delito común.



Tomando como punto de partida estos elementos, he querido dar una atención preferente al contexto penal en donde se desarrollará esta tesis, presentando una descripción densa (Geertz, 1989, pág. 32) que se preocupará de no sólo explicar el comportamiento humano, sino también su contexto, de tal forma que la conducta se vuelve significativa para alguien ajeno a ella. Tan ajena para una parte de los involucrados en el juicio que no reconocen su estructura institucional ni menos quieren ser partícipes de su entramado.

#### 4.3.1 Espacios jurídicos

En este apartado proponemos realizar un breve análisis del espacio jurídico etnografiado, con la finalidad de facilitar la comprensión y conocimiento del lugar en donde se desarrolló esta parte de la investigación, dejando sentado el conocimiento del contexto en el que se desarrolla la práctica penal analizada. Este objetivo permitirá conocer y situar al lector en este contexto particular, facilitando la comprensión de las prácticas que el investigador se encuentra observando, y que constituirán el centro del análisis de las próximas páginas.

En un primer momento pareció que este esfuerzo descriptivo no pasaría de constituir un esquema informativo, sin embargo al pasar por los diferentes espacios penales, llegamos a la conclusión que el espacio jurídico es parte importantísima del ritual institucional que se recrea. Este ritual institucional, sin duda recrea y reafirma espacios de poder en donde estas personas mapuches no tienen espacio dentro del espacio. Es decir, la institucionalidad dentro de su arquitectura espacial no considera de ninguna forma singularidades culturales propias de un país que no reconoce estas diferencias, es más el espacio penal como escenario omnipresente del ejercicio judicial representa un “no espacio” para los participantes ajenos, aquellos que reconocen el ritual aparecen como obligados a reconocer analogías con los espacios jurídicos indígenas, pero sin ningún esfuerzo más que la obligación para ser parte de ello.

Desde esta perspectiva teórica, pero también metodológica, que se comprime en el mundo etnográfico el espacio constituye el marco para el análisis de la vida y sus prácticas, en tanto que permite una mejor comprensión de las determinantes de dominación, sumisión, protección, agresión y poder, de todos los intervinientes que juegan un papel en aquel espacio.

Siguiendo a Breumnger y Schröder (2001) la revisión de la concepción del espacio que está en curso desde hace mucho cuestiona fundamentalmente dos axiomas, a saber la suposición de que el espacio es un esquema vacío con ayuda del cual nos representamos el estar junto y el estar separado de las cosas, y la suposición de que el espacio es un receptáculo vacío que se ha de llenar con cosas físicas incluso con nuestro propio cuerpo (Schröder Gerhart, 2001). Tal como me propongo demostrarlo, el cuerpo es justamente el punto de inflexión crucial que exige y hace posible una revisión. El habitar en el espacio no se puede pensar sin una pertenencia interior de los habitantes al lugar en el que permanecen.

Efectivamente, no existe un espacio neutral o un espacio vacío desde el punto de vista cultural. El significado de los espacios resulta del juego creado por la axiología y por tanto es pertinente que éstos sean interpretados atendiendo a este esquema. Además, la neutralidad de los espacios hace referencia al poder constructor de éstos en tanto que estructuran las relaciones entre los usuarios del mismo, es decir, los espacios participan de la construcción de una determinada forma de relación entre unos y otros; y por ende participan en la construcción de identidades. Apropiación identitaria que no es realizada en el espacio penal analizado por los mapuches involucrados, por lo mismo este espacio, no lo crean ni lo comparten.

Lo anterior implica necesariamente analizar la importancia y significación que tiene para cada uno de los intervinientes los espacios apropiados, especialmente para las personas de ascendencia cultural indígena, ya que la configuración espacial necesariamente construye diferentes posiciones espaciales, apropiaciones e identidades. Es por esto, que es importante el análisis del espacio jurídico antes de entrar a sus prácticas, ya que el ordenamiento institucional del espacio necesariamente repercutirá en la identificación con el espacio atribuido, y sus efectos en la construcción de las identidades en un contexto penal como el analizado.

Dentro de este esquema y la necesidad de describir los espacios penales que recrean apropiación o no de los intervinientes, se hace necesaria la descripción de tres espacios: la sala de audiencia, la sala de espera, y la calle de ingreso al tribunal.

Fotografía N° 4.3.1: Comunidad Mapuche afuera de los tribunales de justicia.



Fuente: <http://www.soychile.cl/>

#### 4.3.2 La sala de audiencia.

Con la intención de conocer cómo se crean los significados dentro del espacio de la sala de audiencia, interesa centrar nuestra atención en la relación que las personas establecen con el espacio, es decir, en la utilización social que los diferentes intervinientes en los juicios de Garantía u orales hacen de ellos.

Así, el uso de los espacios jurídicos y su disposición espacial, constituyen una práctica cultural constructora de contextos, y a la vez constructora de significados e identidades. En efecto, adentrarse en las salas de los Tribunales de Justicia, significa adentrarse en espacios cargados de diferentes significados, dependiendo en gran medida del interlocutor que los construya. Las sensaciones que provocan en cada uno de ellos nos permitirán comprender las diferentes lecturas que realizan cada uno de los actores y por consiguiente los valores que sustenta la práctica Penal.

Fotografía N° 4.3.2: Tribunales de Garantía de Viña del Mar.



Fuente: Archivo tesis.

El espacio en donde se desarrolla la práctica jurídica, sirve como telón de fondo de los lugares atribuidos a cada uno de sus integrantes, situación que se va nutriendo de solemnidad y tradición dependiendo del espacio ocupado en la sala de audiencia. En consecuencia, el efecto cuasi divino que se le atribuye a este espacio jurídico, no tiene nada que envidiarle al púlpito de la iglesia, colocando a los jueces por sobre los *Mortales*, dando la impresión que sus decisiones contienen un mensaje divino o de mentes superiores. El espacio muestra claramente las jerarquías establecidas y el papel que les confiere jugar el ordenamiento jurídico, por lo mismo no debe pensarse como un espacio común, sino todo lo contrario, el espacio está lleno de significados explícitos, ya que se pretende dar a conocer al cualquiera que interactúe en él, que la solemnidad de las decisiones y las discusiones, están sobre la arbitrariedad de las conversaciones cotidianas que se pueden dar en la calle. Así, podemos distinguir dentro de la sala de audiencia lugares particulares y con diferente significación para la institucionalidad.

#### 4.3.3 Altar de los jueces.

Si existe dentro del espacio penal un lugar investido de gran magnificencia es justamente este, el gran mesón de los jueces que encabeza el tribunal y que se encuentra en un espacio elevado en medio de la sala, corresponde al sitio de la judicatura por excelencia, es el espacio real, representa la culminación del proceso, la toma de decisiones, el restablecimiento del equilibrio. Mirar este espacio es adentrarse en los significados del poder, es observar la sinopsis de vidas que se han quebrado o reconstruido desde aquel lugar. La lectura de estos y la carga de significaciones que representa para el ciudadano de a pie, constituyen la mejor síntesis de cómo se imbrica el poder en los ciudadanos, como desde este lugar el poder del Estado toma forma y equilibra el desequilibrio social, constituye una experiencia simbólica (religiosa), en donde personas de carne y hueso, invocan los poderes de la justicia para sentenciar al culpable y liberar al oprimido. Sin duda el espacio del mesón de los jueces es la recopilación metafórica de la justicia, representa un espacio que se encuentra más allá del bien y el mal, nos invita al sometimiento y la obediencia.

Como no pensar en Foucault (1976) cuando observamos este espacio revestido de solemnidad y cargado de poder, mostrando sus técnicas para la distribución de los individuos dentro de él.

“Los emplazamientos funcionales van progresivamente a codificar en las instituciones disciplinarias un espacio que la arquitectura dejaba en general disponible y dispuesto para varios usos. Se fijan lugares determinados para responder a la necesidad de vigilar, de romper las comunicaciones peligrosas y de crear un espacio útil” (Foucault M. , 1976).

De configurar espacios en donde el dominio lo controle la estructura, sea la que contemple y ordene, la que distribuya y otorgue las cuotas de discrecionalidad que le corresponde a cada segmento. Su principal función es intentar dar un aire de libertad, pero controlado, en donde se pueda hablar, pero condicionado, donde se pueda mover pero obligado, en donde se pueda mirar pero con respeto.

Fotografía N° 4.3.3: Estrado de los jueces.



Fuente: Archivo tesis.

**Fotografía N° 4.3.4: Los jueces en sus pulpitos deliberando sobre la causa indígena investigada.**



Fuente: Archivo tesis.



En la disciplina los elementos son intercambiables, puesto que cada uno se define por el lugar que ocupa en una serie, y por la distancia que lo separa de los otros. La unidad en ella no es ni el territorio (unidad de dominación), ni el lugar (unidad de residencia), sino el rango: el lugar que se ocupa en una clasificación. La disciplina, arte del rango y técnica para la transformación de las combinaciones. Individualiza los cuerpos por una localización que no los implanta, pero los distribuye y los hace circular en un sistema de relaciones. (Foucault M. , 1976). Como señala Foucault, lo importante es el rango que se ocupa y los que ocupan este espacio son los de mayor rango dentro de la sala.

#### 4.3.4 Espacio medio; los intervinientes.

Bajando el altar y separados por unos cinco metros se encuentra el espacio de los diferentes intervinientes, entre ellos es posible distinguir dos grupos opuestos, en el lado derecho la víctima y el fiscal acusador, y en el lado izquierdo el imputado y su abogado defensor (cualquier similitud con la realidad política es mera coincidencia).

Ya a nivel de piso el espacio pierde solemnidad si lo comparamos con el anterior, las sillas y escritorio se distribuyen de forma aleatoria y su materialidad denota que ya bajamos al mundo terrenal. Esta posición, por debajo de los jueces denota su inferiorización en el proceso, y no sólo de las partes involucradas, sino también de los otros agentes jurídicos. Su posición frente al tribunal, simboliza que son ellos los que deben dar explicación a los jueces, y por consiguiente al Estado, quienes podrán remediar o equilibrar la moral mancillada. La posición del acusador y el acusado, simboliza el equilibrio en las decisiones, puesto que para los jueces ambos acuden en igualdad de condiciones. Esta distribución del espacio es un mensaje simbólico que ninguno de los dos corre con ventaja y serán escuchado de igual forma durante el proceso, reviviendo el supuesto equilibrio jurídico que permitirá la aplicación de justicia de forma objetiva, verdadera e imparcial.

Fotografía N° 4.3.5: Lugar del acusado y la víctima.



Fuente: Archivo tesis.

El enfrentamiento entre el fiscal y el defensor se exalta de cara al tribunal, ambos miran y se dirigen a los jueces, no intentan persuadir con sus argumentos al otro, sino que las argumentaciones van hacia los jueces. Lo anterior, denota que ambos se encuentran en un nivel inferior, en donde el juego no consiste en influencias a profanos que se encuentran en su mismo nivel, sino que la tarea consiste en convencer a esa entelequia superior que tendrá la tarea de decidir y juzgar el acto del acusado.

El enfrentamiento entre Fiscalía y defensoría no es únicamente visible en el uso del espacio, sino también juegan un papel simbólico principal en el restablecimiento de la democracia. La apropiación del espacio medio representa un Estado democrático en donde incluso los supuestos “delincuentes” tienen un lugar con igualdad de condiciones para poder realizar sus descargos. Esta dimensión espacial democrática choca de forma abrupta con la realidad de recursos con que cuentan el Ministerio Público y las Defensorías Públicas, realidades opuestas al revisar los datos de financiamiento de

ambas instituciones. Este equilibrio social y democrático no es más que una ilusión que remarca la idea que la justicia es ciega e imparcial, sin embargo los medios para probar los argumentos son totalmente desbalanceados en favor del Ministerio Público y su tarea acusatoria. Con ello el modelo punitivo se incrusta en la lógica del Estado como el oficial teniendo como consecuencia directa más presos en las cárceles y las cifras de seguridad ciudadana en alza.

#### 4.3.5 Espacio bajo: el público.

Separados por una mampara y rejilla de madera se encuentra el espacio en donde se ubica el público y los familiares de la víctima y el acusado. Corresponde a un lugar agreste, solitario, alejado de la divinidad del altar y la solemnidad de los intervinientes. Es un lugar segregado, por un lado la puerta de entrada a la sala del público, por otro una muralla de vidrio anti vandálico. El público pertenece a otro estadio, si bien miran a los jueces no los escuchan de forma directa, sino por medio de altavoces, participan del escenario pero no de la interacción, el reflejo de los vidrios no deja ver a los jueces si la sala está llena o vacía, sin duda no pasa de ser un dato anecdótico, sin importancia, sin ninguna implicancia para la puesta en escena de la institucionalidad.

La materialidad de las instalaciones indica claramente que estamos en un lugar diferente, dos hileras de bancos de madera denotan la humildad de las instalaciones destinadas al público en general. Gradas distribuidas en igual número para el lado derecho como el izquierdo con un pasillo al medio, que chocan con la muralla vidriada deja ver lo que acontece al otro lado con sus familiares y amigos. Da la impresión de encontrarse frente a una gran pantalla 3D. Aquí el público puede ser cualquier persona que tenga el tiempo y las ganas de asistir a estos juicios, no tienen que ostentar una colegiatura ni detentar algún cargo, no corresponden al símil de Jurado que se utiliza en España por ejemplo, no presentan ninguna formalidad ni requerimiento para su pertenencia, sólo la familiaridad o la curiosidad que les pueda causar tal espectáculo.

Fotografía N° 4.3.6: Lugar del público general.



Fuente: Archivo tesis.

Cuando comienza la audiencia este espacio es llenado por los familiares generalmente, quienes se sientan detrás de la víctima o el acusado según corresponda, y obviamente su estado de ánimo denota este antagonismo. Para evitar problemas las cámaras situadas en el costado del rectángulo supervigilan el comportamiento, y cuando los ánimos se descontrolan el espacio es compartido con la fuerza policial.

#### 4.3.6 La sala de espera

Saliendo del salón de justicia, nos encontramos inmediatamente con la sala de espera, donde el público aguarda la hora de la audiencia a la cual desea ingresar. Augé (1994) nos habla de “no lugares” como aquellos espacios que no existían en el pasado, pero que ahora aparecen como ubicación innegable en el devenir del hombre contemporáneo. Se caracterizan por su propia condición de enclaves anónimos para hombres anónimos, ajenos por un período de tiempo a su identidad, origen u ocupaciones (Augé Marc, 1994). Más aun en situaciones como las que en estas páginas nos interesan, esta suerte de limbos penales, se apuran en desnudar su presencia, pero al mismo tiempo son espacios donde parece detenerse el tiempo e invisibilizar la existencia. Toda presencia se pierde con el paso del anonimato en ese espacio, somos visibles ante los ojos de los otros, pero también invisibles ante los ojos de la institucionalidad.

La sala de espera está constituida por una multiplicidad de territorios públicos y abiertos, que conecta el mundo del ciudadano con el mundo del poder jurídico, constituye una ruta lineal que separa los anhelos de justicia o libertad con alguien que se encuentra tras esa puerta. Fue difícil la observación en un espacio tan íntimo y pequeño, en donde la institucionalidad penal se mira con recelo y la no militancia del observador de uno de los dos bandos lo convierte en un objeto sospechoso y riesgoso para la seguridad de los objetivos familiares.

Fotografía N° 4.3.7: Sala de espera tribunal de garantía Viña del Mar.



Fuente: Archivo tesis.

En este sentido, es posible plantear algunas cuestiones relativas a la configuración de estos entornos de significación que singularizan este espacio. El principio formulado por Foucault (1999) en su “heterotopología” nos brinda la posibilidad de analizar una tendencia de dos tipos que pueden explicar en su conjunto de una forma lucida y eficaz este espacio: crisis y desviación, cuestionamiento al orden cotidiano y apertura de una nueva condición por un lado y aparición al margen o paralela de una condición que se considera necesario aislar y controlar. No cabe duda que la sala de espera presenta esta doble condición, si bien puede estar más cercano al primer tipo, también tiene un fuerte componente del segundo. (Foucault M. , 1999)



Es decir, hay un uso especializado que la institución siente necesario y pertinente controlar, ya que si bien es un lugar “no público”, como generalmente sucede con los lugares institucionalizados de cualquier estamento del Estado, se debe mantener bajo control, ya que la significación debe generar a la “no persona” un lugar de seguridad pública revestido de significados de poder por parte del Estado.

#### 4.3.7 La entrada

La calle y las escalinatas se convierten en el umbral entre el espacio público, y el espacio penal institucionalizado. En contra de lo que daba por supuesto Foucault en *Vigilar y castigar* (1976), cuando pasando el umbral de lo penal hacia la calle se altera dicha noción, los dispositivos por medio de los cuáles los "poderes" ejercerían su despotismo, a un público dócil y manejable, aquí cortan las madejas del poder y se sienten controladores de la libertad. Situación aparente, qué duda cabe, los dispositivos de igual forma existen y están ahí, sólo que en este espacio su éxito se encuentra menos asegurado.

Se podría pensar en este espacio que lo conforma la calle, unas escalinatas y el pórtico de entrada al tribunal, como un espacio difuso, en el cual se estructuran prácticas, circuitos y conflictos que tiene como denominador convertirse en la prolongación pública del espacio institucionalizado. Si bien es un espacio difuso, existe claramente una pugna por adueñarse del espacio o por el mayor o menor control de sus circuitos. Este margen facilita a los anónimos amenizar el pensamiento generado de forma espontánea, proporciona un espacio de aparente libertad en donde se puede expresar que son libres. Este margen o paréntesis espacial no termina, siempre está ahí, siempre existe, entonces no termina sino se abandona, es decir este espacio carece de características de totalidad, no puede ser asumido desde esta perspectiva, debe siempre pensarse como un espacio infinito. La infinitud le brinda propiedades universales, se puede pasar, dejar huellas momentáneas, inscripciones diarias, sin embargo, todo lo anterior sin la mínima trascendencia, cuando cruzo el umbral no desaparezco, continuo en el mismo espacio pero con otra historia.

Cada inscripción de las personas que se mueven diariamente por este espacio, es reescrita por otros cuando estas personas cruzan el umbral hacia el espacio penal, por lo mismo el espacio nunca estará acabado, seduce su condición de inconcluso de una escritura al borde, efímera y marginal. Es un espacio en donde converge la víctima y el victimario, ambos escenifican movimiento distintos, intentan por última vez ponerse de

acuerdo, descifrar las estrategias, animarse, intimidar al contrincante, es la salida a la cancha, en donde se muestran las fichas extra institucionales, unas más atemorizantes que otras, dependiendo de la gravedad del delito.

Fotografía N° 4.3.8: Entrada al tribunal.



Fuente: Archivo tesis.

Pasamos mañanas enteras observando los movimientos, los circuitos, las rutas, inscripciones y discursos. Cada media hora cambiaban los actores, con ello cambiaban los colores, el plano estético y el discurso, sin embargo todos practicaban el mismo ritual, todos consagraban este espacio público como el punto de preparación para vivenciar una escena terrible, era el último aliento antes de entrar a la gran batalla, era el desahogo antes de cruzar el umbral de la institucionalidad penal.

Este espacio se asemejaba a un torbellino de imágenes y como dice Gerard Imbert (1995), se asimila a un gran escaparate, una panoplia de objetos para tirar después de usar, un carnaval de imágenes efímeras, difuso donde desfilan textos sin orden ni concierto. Es la conexión, la transición entre el espacio público y el espacio penal, se asume como la analogía entre la privación y la libertad, entre lo justo y lo injusto, entre la aceptación al sometimiento o la libertad que entrega la condición de prófugo.

**CAPÍTULO V: EL AZ MAPU COMO SISTEMA SANCIONATORIO EN  
LA COMUNIDAD MAPUCHE IRELMU RAYEN CHODLAFKENOS**

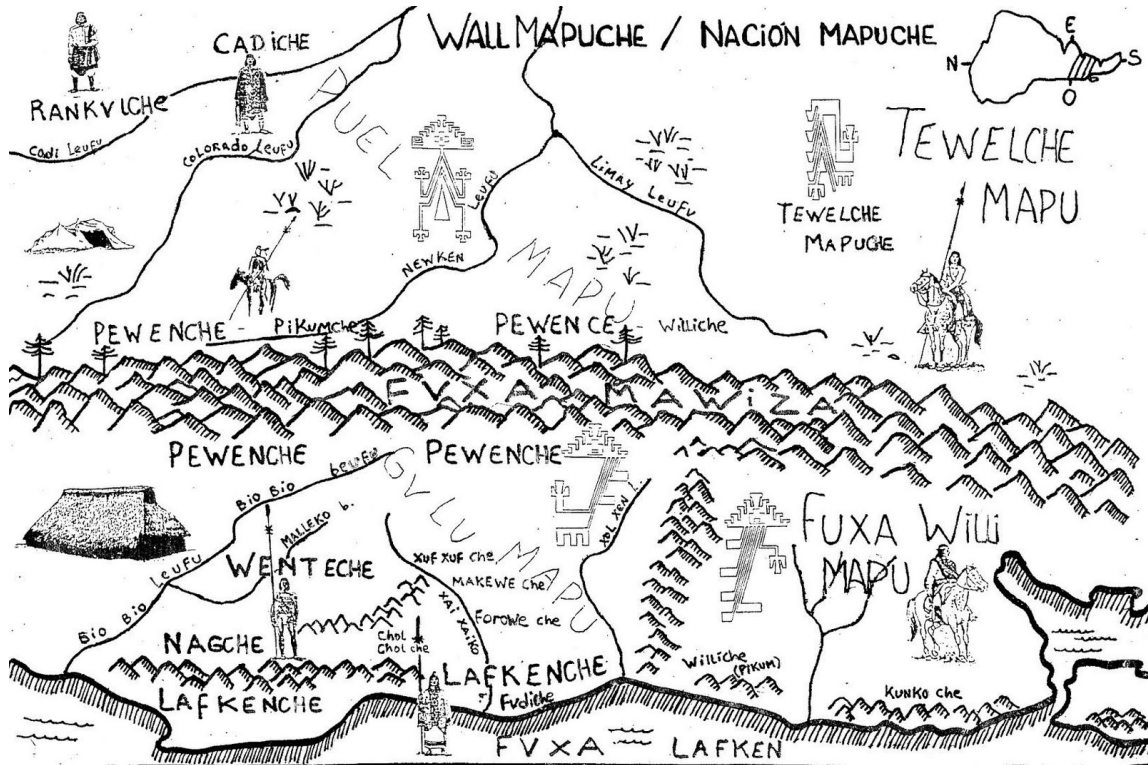
---

**5. CAPITULO V: EL AZ MAPU COMO SISTEMA SANCIONATORIO EN LA COMUNIDAD MAPUCHE IRELMU RAYEN CHODLAFKENOS.**

El Pueblo Mapuche, antes de la llegada de los españoles a sus tierras y de la creación del Estado Chileno, tenía una organización sociopolítica propia y una completa estructuración territorial; inserta en un todo universal, con divinidades y potestades que sancionaban moralmente las conductas que pudiesen tener connotaciones de delito. La jurisprudencia Mapuche mantenía una estructura sobre el cual se debía vivir en armonía con la naturaleza, animal, mineral, vegetal y humana. En la actualidad, si bien es posible discutir la mantención de la estructura original, y se reconoce que muchas de éstas prácticas han perdiendo regularidad, sin embargo los elementos centrales del Az Mapu o Sistema Jurídico mapuche aún permanecen al interior de las comunidades a lo largo de todo nuestro país.

En la configuración cósmica del Universo Mapuche se diferencian tres planos: el WenuMapu o Tierra de Arriba, el NagMapu o Tierra de aquí, en la que vive el hombre y la naturaleza y el MincheMapu o Tierra de abajo. Es en el NagMapu en donde nace la ley, esta ley está contenida en un código o compendio que desde el mundo mapuche se denomina AzMapu; en mapunzugu significa, Azkü!ealtai: ilmogen, taifimapuegu, esto es estar bien, en armonía con el ser interno y con todas las fuerzas que rodean al hombre en su entorno natural y cósmico.

Fotografía N° 4.3.9: Cosmovisión Mapuche

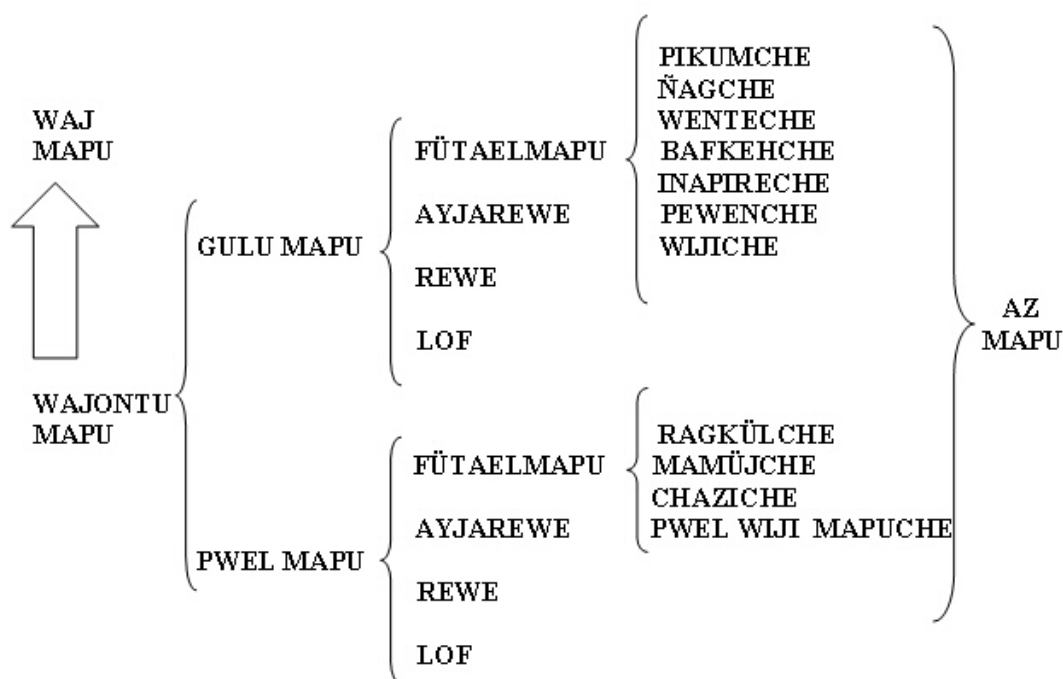


Fuente: Archivo tesis.

El Az Mapu expresa las normas de conducta, tanto individuales como colectivas, que debe observar el mapuche para mantener la armonía cósmica. Es la esencia del ser, la imagen y semejanza de la naturaleza mapuche; señala el poder hacer y no hacer y la manera en que se deben hacer las cosas, de tal forma que si no se hace lo que hay que hacer, se hace lo que no se debe hacer, es decir, si se hace algo en forma indebida se romperá el equilibrio cósmico en que vive el hombre y el Pueblo Mapuche. De esta misma forma, una vez que el equilibrio está roto, existen posibilidades de enmendar el error que llevó al rompimiento. Ello también está dicho en el AzMapu a través del principio de la reciprocidad, uno de los valores fundamentales de la cultura mapuche. De ahí que el hacer justicia en la cosmovisión mapuche equivale entonces a restablecer el equilibrio cósmico.

El Az Mapu o Sistema Jurídico del Pueblo Mapuche se refiere a todos los aspectos de la vida mapuche, desde el punto de vista del derecho occidental y haciendo una analogía con el Sistema Jurídico Chileno, el Az Mapu contendría la Constitución, Código Civil, Código Penal, Códigos Procesales, otros Códigos, todas las leyes, reglamentos, decretos y otras normas que componen el ordenamiento, con sus correspondientes reformas que van retroalimentando el sistema y adecuándolo al avance y desarrollo de los pueblos, entendiendo la cultura como un elemento dinámico en constante evolución.

Figura N° 1. 9: Estructura del AzMapu

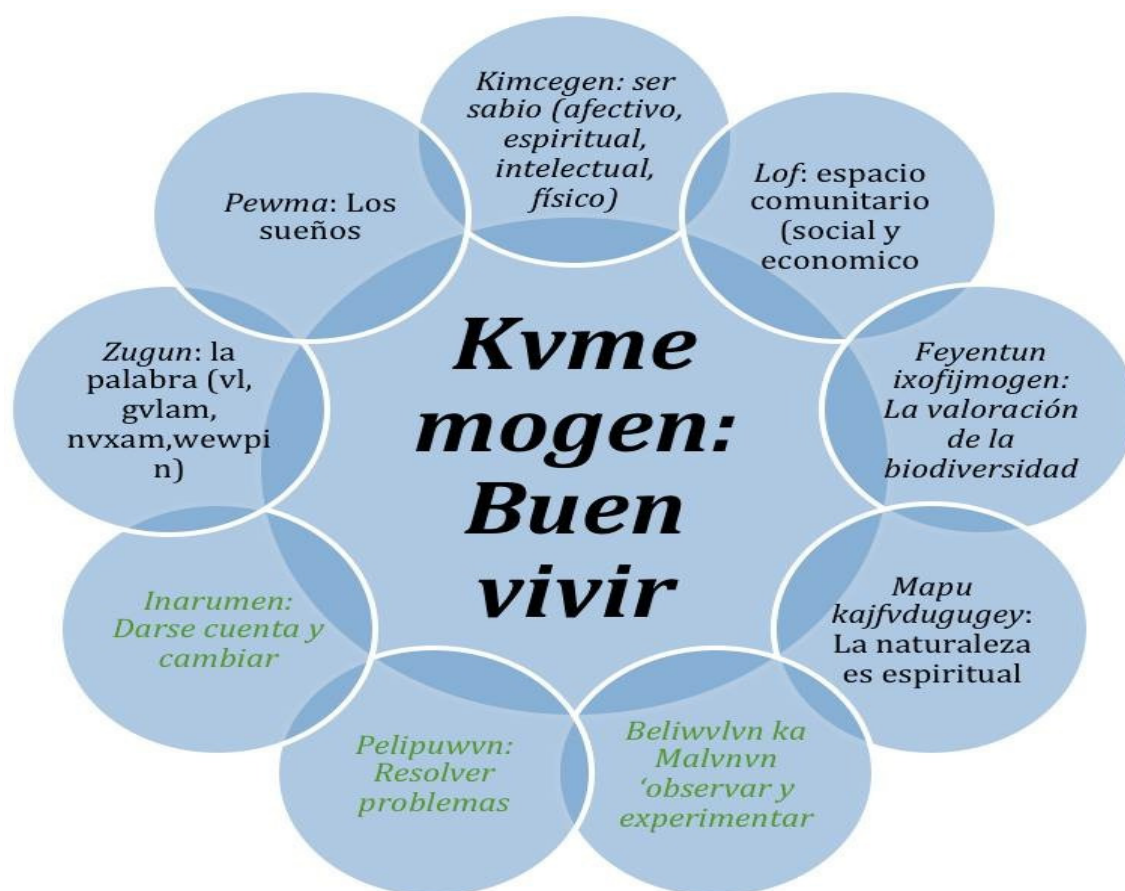


Fuente: Archivo tesis.



Para el Mapuche cada una de sus actuaciones, tanto en el mundo social como en su relación con la naturaleza y con el mundo de los espíritus, está regulada por el *Az Mapu*. Este concepto del derecho y la aplicación de justicia en un Código Universal, que encierra en sí mismo todos los aspectos de la vida mapuche, da cuenta de la orientación holística o sistémica del Pueblo Mapuche; siendo el reflejo de la forma en que este Pueblo se posiciona y se integra en el mundo que le rodea, como parte de un todo universal. La cosmovisión mapuche se funda en paradigmas distintos a los sustentados por el Estado de Chile y ello produce una incongruencia al momento de aplicar justicia en los casos concretos.

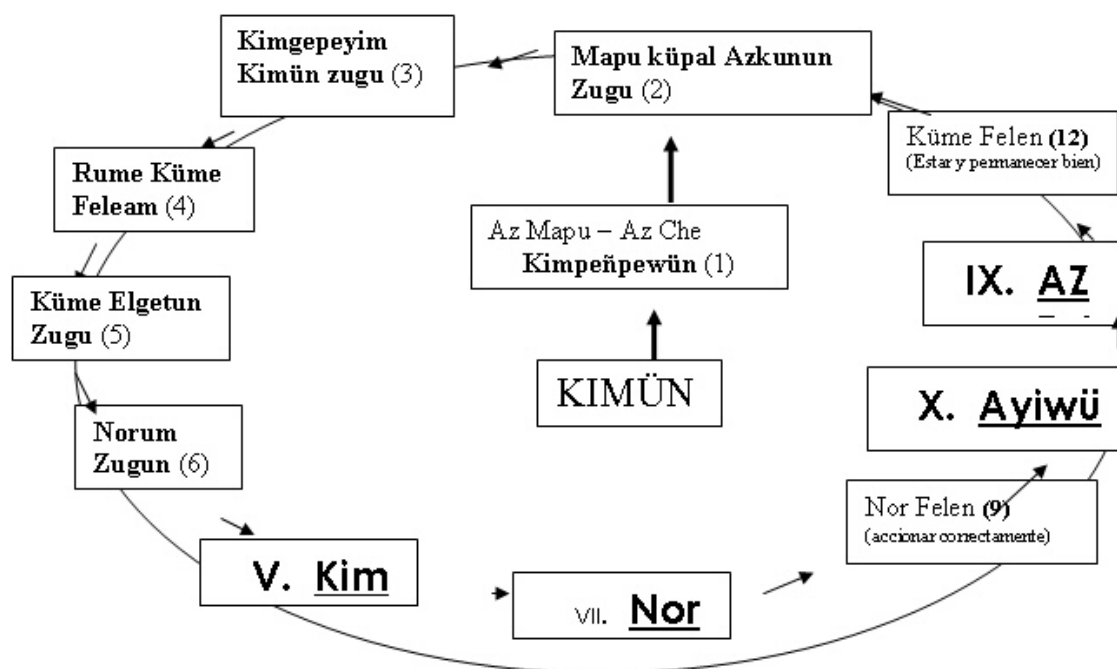
Figura N° 1. 10: Los elementos del buen vivir.



Fuente: Archivo tesis.

El Estado y la sociedad Chilena desconocen la diversidad del Pueblo Mapuche y en el terreno de la aplicación de justicia esta situación es y ha sido fuente de constantes conflictos. Conflictos, que de alguna forma el Pueblo mapuche ha enfrentado y enfrenta a través de su proceso de constante síntesis dialéctica entre dos mundos y dos culturas que parecen muchas veces funcionar en paralelo. De esta afirmación es de donde partimos para dar cuenta de las dinámicas establecidas dentro de la comunidad Mapuche lRelmu Rayen ChodLafkenos. Proponiendo la existencia y vigencia del AzMapu, y de sus trasformaciones y adaptaciones, y posteriormente adentrarnos en el proceso jurídico llevado a cabo en el juicio que nos convoca.

Figura N° 1. 10: Los elementos y etapas del Ejercicio del Derecho Mapuche, en un estado cíclico



Fuente: <http://www.serindigena.org/>

## 5.1 La práctica del Az Mapu como sistema sancionatorio.

Despejada la pregunta sobre la existencia del *Az Mapu* en la comunidad, a pesar de su conformación rudimentaria, en las próximas páginas nos adentraremos en conocer como funciona el sistema sancionatorio en el delito de lesiones graves interpuesto en contra del comunero Mapuche Erwin Antillanca Huichante.

### 5.1.1 Accionar preventivo

Antes de iniciar la descripción del proceso sancionatorio, debemos mencionar la existencia de un paso anterior, que dice relación con un mecanismo preventivo que apunta a solucionar los problemas de la comunidad, antes de que exploten y se conviertan en un conflicto mayor.

Es así como la primera instancia de resolución de conflicto tiene que ver con los mecanismos preventivos que establece la comunidad, ya que asume que los conflictos no son acciones intempestivas que se producen de un momento a otro y que explotan produciendo el conflicto, sino más bien son parte de un proceso que se va fraguando lentamente y que desemboca finalmente en la comisión del “delito”. Esta primera instancia es “conversar”, acto común y efectivo para bajar la conflictividad en la comunidad.

Ya a principios del siglo XX Tomas Guevara (1907) en su texto “costumbres judiciales, enseñanza de los Araucanos” nos da algunos indicios sobre las primeras mediaciones que se realizaban por los Caciques:

Oyen las demandas, deciden, condenan a una muerte inmediata u ordenan un malón. Los otros caciques se asocian de algunos consejeros, sus capitanes o lugartenientes, para resolver. A veces designan como delegado a uno de estos asesores. Recibían como pago de su intervención, ordinariamente del que demandaba, animales, especies o dinero; entraba ya éste como factor importante en todas las transacciones de los indios. Las resoluciones de los caciques distaban mucho de la equidad; dictaban las el interés u otros móviles personales. En las

diferencias de los habitantes de la tribu, concurrían las partes a la casa del cacique. Hablaba sucesivamente el de mandante i el demandado; podían valerse también de un defensor. Había entre los araucanos individuos que hacían este oficio, expeditos en la palabra i conocedores de los usos tradicionales, que se conservaban en la memoria de los viejos. Recibían una remuneración en dinero o animales (i). Tenían la libertad los litigantes de someterse a la decisión de árbitros de otras tribus. Hubo algunos de estos amigables componedores mui nombrados por su relativa rectitud i por su práctica. Hasta mujeres solían desempeñar este cargo”. (Guevara, 1904, pág. 10)

Si bien por las dimensiones territoriales de la comunidad Mapuche IRelmu Rayen ChodLafkenos y por el número de sus integrantes, no existen las figuras de mando descritas en el texto de Guevara, en la comunidad existe una Lonko quien asume la figura de mediadora entre las partes en conflicto. Esta figura de autoridad se convertirá en un personaje principal en la administración de justicia en este caso, pero antes de llegar a estas instancias, su primera intervención en este tipo de caso es la invitación a “conversar” entre los principales intervinientes.

Esta invitación a “conversar”, se convierte en el primer paso en todo proceso sancionatorio, y se daba durante las primeras escaramuzas del conflicto;

“Esto no debería haber llegado a esto, porque se podía haber llegado a una solución, porque estuvimos conversando, pero él no quiso entender por las buenas”  
(Acusado)

En este sentido la mediación de la Lonko cuenta con una gran legitimidad en la comunidad, ya que todos reconocen en esta figura la primera en intervenir y solucionar los conflictos dentro de la comunidad. Frente a la pregunta sobre quién tiene la potestad para solucionar o mediar en un problema entre los comuneros, las respuestas fueron:

“Aquí señor la autoridad se respeta, porque las autoridades no nacen de un día para otro, aquí la autoridad tiene una tradición que se debe respetar, nosotros siempre enseñamos a los más chicos que deben respetar a sus autoridades, aunque lo que decidan no les guste”. (Lonko)

“Mire cuando hay un problema se debe ir donde la Lonko Patricia Antillanca para primero conversar sobre el problema, no es llegar y agarrarse a combos por cualquier cosa, para eso hay una organización, para respetarla y que puedan solucionar los problemas que se dan dentro de la comunidad”. (Comunero 2)

“La gente cree que en la comunidad nadie manda, pero eso no es así aquí están bien clara las cosas, nuestra Lonko Patricia se respeta porque si no fuera así, la cosa no funcionaría cada uno haría lo que quiere, no cree usted”. (Comunero 3)

En el caso investigado esta primera instancia de invitar a “conversar” a los intervinientes funciono de buena forma, ambos involucrados manifestaron que fueron invitados a establecer un dialogo para superar las diferencias, en donde la Lonko Patricia Antillanca actuó como garante de una posible solución al conflicto. Además, esta intervención no se dio solamente durante una sola vez, sino que fueron al menos tres las oportunidades en donde tuvo que intervenir la Lonko para poder mediar en el conflicto que cada vez tomaba ribetes más violentos.

“Apenas comenzaron los problemas yo fui donde la Lonko Patricia Antillanca para poder conversar el problema, incluso no fui una vez sino como tres, pero nada se pudo hacer porque la otra parte no hacía caso, íbamos llegábamos a un acuerdo, pero el otro no respetaba nada, lo único que quiere es ganar plata con nuestra nación”. (Acusado)

“Yo trate de arreglar el problema, pero este peñi no quería anda, hay que adaptarse a los cambios, hay que ser moderno, pero no quería nada, cuando fuimos donde la Lonko Patricia Antillancayo explique lo que quería hacer y este me invito ahí mismo a pelear, ni siquiera respeta a la autoridad que tenía adelante”. (Victima)

Como se dijo al inicio el AzMapu como sistema sancionatorio y de justicia Mapuche se encuentra en un claro proceso de adaptación, en este caso es demostrativo aquella situación, en donde por un lado se acepta esta etapa de intermediación de la justicia ancestral, pero se deja abierta la puerta para poder acudir a la justicia Chilena como instancia ultima de resolución de conflictos. Esta situación es características de las comunidades Mapuches que se encuentran dentro de los conos urbanos, en donde los procesos aculturativos van resquebrajando lo cimientos de la propia cultura.

“Esta persona yo la reconozco como Mapuche pero él no quiere el bien para nuestra gente y para nuestra cultura, lo que él quiere es aprovecharse de nuestra cultura para ganar dinero, él no se siente un Mapuche como nosotros, porque el cuándo pudimos conversar, el me amenazó que me iba a llevar a la cárcel, si él fuera un Mapuche de verdad, sabe que las cosas entre los Mapuches no se arreglan de esa forma, porque las cárceles son para los Chilenos no para los Mapuches, por eso digo que él es un Mapuche, pero más es un Chileno”. (Acusado)

La conversación como estrategia para superar el problema que mantenían dentro de la comunidad, en esta instancia funciono de forma correcta, ambos implicados acudieron a la instancia, la reconocieron como legitima y respetaron la mediación de la Lonko Patricia Antillancaen. Sin embargo, la institucionalidad no fue lo suficientemente fuerte en imponer su postura en ambos involucrados, puesto que el imputado mantenía una fuerte convicción de no acudir a la justicia Chilena, ya que de hacerlo constituiría un desagravio a su propia cultura, en cambio la victima desde el inicio manifestó su voluntad de acudir a instancias judiciales Chilenas, entregándole valides a su jurisdicción y estructura institucional.

### 5.1.2 La Infracción en el Az Mapu.

Como mencionamos anteriormente no podemos afirmar la existencia del AzMapu en términos puros, sino la institucionalidad se ha transformado y adaptado a la nueva realidad indígena que predomina actualmente en nuestro País. El AzMapu como una entidad que imparte justicia de forma territorial, y que privilegiaba las transgresiones o delitos colectivos, más que la imposición de justicia a los delitos individuales, es una entidad retórica y poco clara en la actualidad. La adaptación de la institucionalidad a la nueva territorialidad del pueblo Mapuche de comunidades pequeñas, insertas en medio o las afueras de grandes ciudades en donde los comuneros tienen un contacto cotidiano en ellas, por cierto que ha generado un impacto en la institucionalidad tradicional. En este sentido, la mayor transformación en la aplicación de justicia en el Az Mapu en estos contextos, tiene relación con la atención de justicia, más en un ámbito individual que colectivo, debido a que el tipo de litigios se relaciona con desavenencias comunitarias, lesiones y delitos contra la propiedad.

"No es lo mismo cometer un delito que perjudique a una persona como un delito que perjudique a toda la comunidad, nosotros siempre tenemos presente eso, aquí todos saben que cuando se perjudica a toda la comunidad es mucho más grave, porque si daña a la comunidad o la pone en peligro, puede dañar a todos".  
(Acusado).

Esta separación entre bienes individuales y colectivos también se encuentra en la legislación Chilena, situación que ya estaba presente en la articulación jurídica básica en el *Az Mapu*. El no atribuir una importancia relevante a los bienes jurídicos colectivos tienen relación con el daño a la comunidad como por ejemplo, dañar el agua comunitaria, dañar la tierra o los cultivos, perjudicar de alguna forma el ganado o los medios de transporte colectivos, etc. Sin embargo este tipo de delitos, debido a las nuevas formas de vida, son escasos y poco frecuente. En cambio los delitos o faltas individuales tienen que ver con delitos contra la propiedad personal, delitos de violencia contra otro comunero, robos contra la propiedad personal, etc. son los delitos más frecuentes en los cuales interviene la Lonko para impartir justicia.

"Cuando hay un problema con otro comunero tenemos que ir donde el Lonko de nuestra comunidad para que estudie el caso y pueda dar una solución, nosotros siempre vamos a respetar la decisión del Lonko. Otra cosa es cuando el mal que se hace es a toda la comunidad ahí el mal es mucho mayor, pero esas cosas se dan más en el campo, en los lugares más tradicionales. (Comunero 4).

Si nos centramos en la naturaleza del delito analizado, existe una mixtura entre un delito individual y uno colectivo, ya que el delito de lesiones graves sucede debido a que un fundador de la comunidad defiende el derecho de respeto a la tierra y los productos que de ella obtiene. Mientras que el agredido, también miembro antiguo de la comunidad, defiende la evolución de su pueblo hacia la tolerancia del capitalismo y la inclusión en nuevas gestiones de negocios. Ese es el punto de inflexión central entre las dos posturas, una tradicionalista y defensor de los derechos y deberes ancestrales en los que se funda la cultura, y otra visión de, negociación, dinamismo e inclusión en la cultura Chilena. Ambas posturas, se van enfrentando durante mucho tiempo, con diferentes episodios de violencia, en donde interviene la Lonko de la comunidad en una primera etapa de mediación, sin resultados visibles, ya que de igual forma se produce el acto de violencia que deja a uno de los involucrados con lesiones graves, y acudiendo a la justicia Chilena.

"Yo siempre pensé que no me estaba defendiendo a mí sino a todos, porque este hombre no sólo me quería dañar a mí con que quería hacer, sin que iba a dañar a toda la comunidad, porque sus ideas eran terminar con las tradiciones Mapuches, y sin tradiciones, igual al final iba a morir nuestra cultura..." (Acusado).

Si bien, podemos establecer que los delitos individuales son los más recurrentes dentro de la jurisprudencia Mapuche, los delitos colectivos continúan siendo los más graves. Es así, como estos últimos han transmutado hacia otro nivel, ya no se dan los atentados contra los bienes materiales colectivos, sino que ahora el bien colectivo proteger es la "cultura". La cultura y sus tradiciones aparecen como el bien jurídico a proteger, es el simiente de sus valores, por lo mismo se debe proteger de todo aparataje cultural foráneo que intenta transformarla o simplemente eliminarla. Desde este



elemento fundante y piedra angular de la jurisprudencia del *Az Mapu* en la actualidad, la “traición” a la cultura aparece como el delito más grave, que amerita el castigo más grave como lo es el destierro de la propia cultura.

Sin duda, la traición se convierte en el delito colectivo por excelencia, ante el cual se debe reaccionar de forma vehemente y oportuna. Esta situación nos habla de una cultura en peligro, en donde el menoscabo de su centralidad se enarbola como el delito colectivo de mayor peligrosidad y el que contempla las mayores penas. Esta situación, da cuenta del cumulo de conflictos que ha evidenciado durante las últimas décadas la cultura Mapuche, que se siente atacada y menoscabada por la cultura Chilena, los últimos episodios de violencia y la estigmatización de etnia “terrorista” han contribuido a elevar este sentimiento de protección cultural, en donde la traición se convierte en un delito colectivo deplorable.

“La traición no se perdona en nuestra cultura, es mejor que robe hasta que mate, pero jamás se debe traicionar la raza Mapuche, nosotros no podemos traicionarnos entre nosotros, ni menos vender nuestra cultura, como quería el otro peñi, que con lo que iba quería hacer nos estaba vendiendo a los Chilenos..” (Acusado).

### 5.1.3 Solución del conflicto.

Si todos los mecanismos anteriormente fallan, como en el caso analizado, se produce el “delito”, ante lo cual los sistemas sancionatorios deben actuar. La intervención de un tercero con autoridad para dirimir ya no puede ser soslayado, es inevitable que se haga presente investido con la autoridad que le brinda su investidura, poderío que le entrega la propia comunidad, para dictaminar justicia en el delito cometido. En las familias extensas que conforman una comunidad la encargada de mediar en los conflictos jurídicos es el Lonko, esta cuenta con las atribuciones para impartir justicia y aplicar las sanciones de acuerdo a la gravedad de la falta.

“La Lonko de nuestra comunidad es la que tiene el poder para condenar las faltas, es como un juez de la justicia Chilena, sería algo parecido porque es la que finalmente escucha a los que están involucrados y la que va a decidir quién tiene la culpa entre los que presentan el problema”. (Comunero1)

Si bien no son muchas las ocasiones en que interviene otra persona para intermediar en el conflicto, cuando este sucede casi siempre es la figura del Lonko es la que asume esta responsabilidad, sólo en las comunidades donde no existe esta figura aparece un tercero a quien la comunidad le reconoce autoridad, y las veces que lo hace no tiene la misma legitimidad y autoridad que la figura del Lonko.

“Si hay un problema que pasa a mayores y no tiene una solución conversando, se va donde el Lonko, porque tiene la autoridad para poder decidir cuál de las dos personas tiene razón, si no hay Lonko se busca a una persona sabia para que decida, pero no es lo mismo que un Lonko”. (Comunero 6)

La figura que asume la reunión para dirimir un delito es muy parecida a lo establecido en un tribunal, sin embargo son los mismo intervinientes quienes relatan lo sucedido a la Lonko en una reunión general. Esta instancia reúne a toda la comunidad en el centro ceremonial o en un lugar sagrado, lo cual le entrega connotaciones simbólicas divinas al acto. En este lugar se reúne a todas las personas de la comunidad, y el Lonko realiza un resumen de los hechos por los cuales convoco la reunión, luego de eso ambas

partes pronuncian su perspectiva del hecho he intentan culpar al otro del problema generado. La asamblea escucha con respecto a cada una de las partes, una vez terminada la exposición, el Lonko tiene la autoridad de poder dejar hacer preguntas al resto de los comuneros. Luego de eso se toma un tiempo para decidir si la acusación presenta méritos suficientes y la condena que deberán acatar.

"En una pelea entre peñis, uno le pego al otro con un palo en la cabeza, luego que se supo esto en la comunidad, la Lonko cito a una reunión general, estaba toda la comunidad en la reunión, la familia del weñi que le pego el palo y la otra también, para que la Lonko dijera si era culpable o no". (Comunero 7).

#### 5.1.4 Procedimiento y Sanciones.

No es posible establecer con total convicción que en la comunidad existe un procedimiento establecido y rigurosos que se estableciese como común en todos los casos, sino que plantea singularidades dependiendo de la gravedad del delito, y en cierto sentido, de los procesos aculturativos vivenciados por cada una de las comunidades donde se realiza el “juicio”. El procedimiento típico en estos casos, nos recuerda el tradicional TxaftunLonkon, proceso en que se enfrentaba a los acusados frente a sus testigos, (haciendo una analogía con el procedimiento Chileno podríamos decir que se asemeja a un comparendo) en donde el Gen y los Yam funcionan como una suerte de amonestación espiritual de los intervinientes, en donde se invoca estos espíritus para producir una suerte de trance que llevará a los inculcados a confesar sus delitos y solicitar una sanción para dar muestras de su arrepentimiento.

Durante el “proceso investigativo” parafraseando nuestro proceso penal, se puede acudir a diversas personas que cuentan con los poderes para conocer el pasado y el futuro. Dependiendo de la comunidad podría llamarse a una Machi, sorteadora o vidente, quienes poseen los poderes para poder descubrir la verdad, y así poder comparar las versiones de los inculcados con la versión de la clarividente. Estos especialistas de ver lo acontecido cuentan siempre con una gran devoción dentro de la comunidad, y lo que ellos establezcan resultará finalmente lo “verdadero” para la comunidad. Por lo mismo, es muy importante que la versión de los médium sea parecida a la versión entregada por los inculcados, ya que de lo contrario se estaría en presencia de un delito agravado en donde no se ha dicho la verdad sobre lo sucedido.

“Cuando uno llega a la asamblea es mejor no mentir, porque la Machi igual sabe todo lo que paso, y si uno miente ella lo va a saber igual y ahí es peor porque la condena puede ser más fuerte, porque se está tratando de engañar a la autoridad”.  
(Comunero 6).

Esta idea protocolar en el *Az Mapu* se cumple con mucha rigurosidad, ya que todos los que participan en la comunidad conocen muy bien el procedimiento en caso de ser llamados a la asamblea para resolver algún litigio. Por consiguiente nadie se atrevería a no someterse al procedimiento, ya que si alguien no estuviese dispuesto a acatar las reglas estaría expuesto al destierro de la comunidad, situación que los despojaría de su cultura.

Las sanciones pueden ser de diferentes índoles, casi la mayoría tiende a sustituir el daño causado, una afrenta simbólica para el culpable o el destierro parcial o total de la comunidad.

“A uno lo pueden castigar de muchas formas, pueden pedirle que devuelva lo que robo, o que lo que paso se cuente a otras comunidades para que quede en vergüenza, o lo más terrible es que lo destierren de su comunidad”. (Comunero 5).

La asamblea es una acción oficial y con procedimientos sancionatorios claros y precisos, lo que acuden a ella le otorgan un poder total de obediencia y sometimiento a sus dictámenes. De este acto solmene y como forma de protocolizar la instancia y dejar registro de ello en la actualidad se confecciona un documento oficial de la asamblea, el cual tiene la intención de dejar registro de procedimiento y la resolución sancionatoria del delito juzgado.

A continuación se muestra el registro de los intervinientes y la sanción impuesta para el delito juzgado por la asamblea de la comunidad IRelmu Rayen ChodLafkenos en el delito juzgado:

Figura N° 1. 11: Registro asamblea sancionadora del delito juzgado en la comunidad  
I Relmu Rayen ChodLafkenos

19

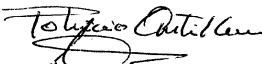

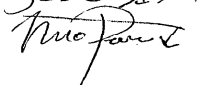
17 DE DICIEMBRE SABADO de 2011

Siendo Las 14<sup>30</sup> horas en  
Unión del mar se da comienzo  
a la reunión de ASAMBLEA EXTRA ORDINARIA

Por echos de riña entre dos peñx el día  
Domingo Mdsia, Como es de costumbre SOLUCIONAR  
estos problemas en LA COMUNIDAD Mapuche  
el directorio y la comunidad presente despues  
de un largo Alegato se toma en acuerdo y  
se deja en acta que el peñx Adolfo Rubillano  
sera expulsado de la comunidad definitivamente  
por la razon de venir asen 3 años difundiendo  
el temor a la comunidad con sus demandas  
no dejando trabajar Tranquilo a la comunidad  
y nos andado dejando mal en todas LAS  
Instituciones de Gobiernos.

y se espulsa al peñx Erwin Gabriel Antillanca  
por esta Riña al Interior del centro Carremonix  
Mapuche por dos meses por ser el Welquen de  
la comunidad y monitor de Mapudungon no puede  
estar mucho tiempo afuera de la comunidad.  
Por lo tanto el directorio y comunidad asistente  
esta ASAMBLEA ponen termino a este Incidente  
firmando el directorio presente

Patricia Antillanca	11.426.021-5
Gabriel Antillanca	12.746.934-2
Florentina Loncomilla	12.139.537-1
Jose Antillanca	11.919.695-5
Marcela Perez	17.793.466-6

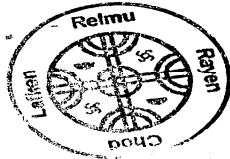
Tolyano Antillanca  
  
  
 Jose Antillanca  


y firmando en esta ASAMBLEA  
la comunidad asistente esta ASAMBLEA

Asistencia

Patricia Antillanca	11.426.021-5	
ELIZABETH SALCEDO C	9.458.646-1	
DANILO QUIROZ A	10.469.637-0	
JUAN CARLOS GALLEGOS S.	828.9112-9	
Doris Pizarro J.	16.331.743-5	
Wenceslao Coilla M.	8.928.248-5	
Isai Coilla N	16.602.687-4	
Wilma Reyes Buenafina	7.032.999-9	
Mauricio Jurema L.	6824.698-9	
Paul Zilva Vergara	3013030-8	
Florencia Lavacolla A.	12.139.537-1	
MARISA Nilián	2.476.466-1	
Flora Senecy	6.454.448-9	
Jaimé Torrejai	9.245.250-6	
Jose Jaime Noza Bravo	5599851-5	
Doris Muñoz González	8.648.502-3	
Janet Vera Fuentes	10.896.133-3	Janet Vera F.
Francisca Diaz Lemui	16.231.594-3	Francisca Diaz
Jose Edo. Valdey Alvarado	7.462.035-3	
Gabriel Antillanca	12.746.934-2	
MARIO ARCOS PARRA	16.633.819-0	
Antonio Wilson	6.296.322-0	
KARINA LUNA RIVEROS	14.563.877-1	

Se da termino a esta reunion siendo las 18 horas en el centro ceremonial Mapuche Relmu Rayen Chod Lafken



ORGANIZACIÓN DE APRENDIZAJES MAPUCHOS  
C.R.E.D. 2010

A pesar de existir sanciones muy gravosas a las que puede recurrir la asamblea estas se dan de forma muy poco frecuente, ya que finalmente lo que busca el sistema sancionatorio es que el inculpado reconozca su error, lo pueda enmendar y se reinserte de buena forma a la comunidad. Además, es muy importante para el ejercicio del *Az Mapu* que el proceso tenga un contexto ejemplificador para el resto de la comunidad, especialmente para los niños y los más jóvenes, con ello se logra transmitir y legitimar el sistema jurídico indígena, además de evitar que otros repitan las mismas acciones sancionadas.

En el sistema del *Az Mapu* la sanción más gravosa es el destierro, lo que constituye el alejamiento parcial o total e la propia cultura, privándolo del sentido de vida que mueve finalmente a todos los integrantes de esta cultura. Lo llamativo es que no se considera como pena posible la privación de libertad, es decir la condena en ningún caso debe ser la privación de libertad del inculpado, ya que se considera que no cumple ninguna función ni como sanción, ni tampoco como ejemplo y desincentivo para el resto de los integrantes de la comunidad.

“Lo más terrible que pueda pasar es que te expulsen de la comunidad, eso es lo más malo, es como que te echen de tu casa, uno no sabe qué hacer con su vida, si siempre ha vivido de su cultura que hace un hombre sin cultura, no existe, sin cultura no existe nada, eso es lo peor”. (Acusado).

"¿Para qué sirve la cárcel? ¿Para qué?... Y algunos dicen, no, es para que llegue a la cárcel y de ahí se va a reinsertar y cuando esa persona sale, sale peor, yo digo ¿quién invento la cárcel? digamos ¡privarnos de libertad! [...] para los mapuche la cárcel no existe, a lo mejor que pague con trabajo, que pague con esfuerzo, no privarlo de la libertad, que la gente lo vea que va cambiando, que la misma gente lo vaya evaluando, eso es mejor que saturar la cárcel de gente que no está haciendo nada y ni siquiera el trabajo dentro [...] Entonces yo, para mí la justicia o sea la verdadera justicia debería de hacerse así, o sea donde participe la comunidad en tomar decisiones donde diga este es el culpable de tal asunto ¿cuál va a ser el castigo? el castigo va a ser reparar los daños, en el caso de la vida va a ser difícil



reparar los daños, pero suplir eso con trabajo que la persona esté ahí visible no estar dentro de la pared porque no servirá de nada, sirve mucho más afuera que adentro". (Lonko)

## 5.2 Construyendo la credibilidad de las versiones. El acusado y la víctima

### 5.2.1 El acusado

Con la intención de explicar cómo la dialéctica social y cultural construye la figura del acusado, nos avocaremos en las próximas páginas a analizar su construcción en el plano cultural y legal.

Para comenzar dicho objetivo comenzaremos relacionando, interpretando y definiendo algunas conceptualizaciones básicas con respecto a la cultura. En este sentido, Si asumimos que la cultura es el rasgo distintivo del ser humano, que reúne el ambiente natural en que se encuentra, el pasado histórico y las relaciones que se han de asumir dentro de ella, se podría señalar que la cultura da sentido y da realidad a las conductas del ser humano. En otras palabras, cuando las personas definen y crean analogías acerca del bien/mal, esta construcción está completamente determinada por sus experiencias culturales. Así por ejemplo, para Erwin es impensado acudir a la justicia Chilena para dirimir la situación de conflictos, ya que asume a la justicia Chilena como despojada de credibilidad y legitimidad para ver delitos cometidos al interior de una comunidad indígena, no así Adolfo Rullanca la víctima, quien socializado en contextos urbanos y asimilado culturalmente a sus instituciones, considera viable acudir a la justicia Chilena si el problema esgrimido no se resuelve de acuerdo a la restitución de la justicia que espera.

Lo anterior incluiría todo los procesos en que se ve inmerso y obliga a integrarse a la propia sociedad, desde la niñez a las presiones culturales que obligan a pertenecer o militar implícitamente o explícitamente a los puntos de vista mayoritarios de la cultura oficial. Entonces, las acciones normativas que por antonomasia han dominado a la cultura occidental entre el bien/mal, lo normal/anormal, lo aceptado/rehusado es relativo a la cultura. Según esto, quién estaría en lo correcto Erwin o Adolfo, quien debería primar en la construcción de su identidad, que es lo condenable en esta situación, son muchas las preguntas que asoman de esta controversia y obviamente sus respuestas siempre van a depender del lado en que se esté.

Lo que si podemos concluir es que nos comportamos de acuerdo con los patrones culturales que la sociedad ha desarrollado y transmitido a través de largos procesos de construcción de identidad que tiene sus causas en la historicidad que la constituye y construye.

Siguiendo, estas premisas la cultura puede aparecer como el proceso de continua producción, actualización y transformación de modelos simbólicos (en su doble acepción de representación y de orientación para la acción) a través de la práctica individual y colectiva, en contextos históricamente específicos y socialmente estructurados. De este modo y aterrizando esta categoría conceptual al nivel de lo que William Sewell denomina “mundos concretos y bien delimitados” de saberes, valores, creencias y prácticas. En este sentido, la cultura adquiere una dimensión importante en la determinación de lo socio-cultural en la personalidad, en donde toda cultura ejerce una fuerte presión en todos los individuos. Cada cultura tiende a crear personalidades básicas, aunque la acción de los individuos en cualquier situación es personal, sin embargo en su mayor parte refleja determinadas influencias del contexto social.

Cuando Erwin manifiesta que el delito de homicidio frustrado del cual se encuentra en calidad de imputado, se debe entender sólo desde su vinculación cultural y que se encuentra asociado a manifestaciones propias del mantenimiento del equilibrio cultural, no hace más que denotar la construcción social y cultural del delito imputado, en donde lo simbólico en términos de delito no lo determina el acto en sí, sino que es la expresión de la legitimación del equilibrio que se debe mantener en todo entorno cultural, bajo la premisa de sus apropiaciones legítimas de justicia. En otras palabras, es posible deducir del discurso del imputado que la acción violenta desencadenada dentro de la comunidad Nguillatue Relmu Rayen ChodLafken, se articula bajo premisas culturales propias al pueblo mapuche, en donde una de las partes intenta imponer una visión occidental a una comunidad que desde su propia cosmovisión se presenta como sagrada, situación que deriva en la acción imputada, delito que es reconocido por el sistema jurídico de la propia comunidad y sus autoridades y que es sancionado en su momento.

Desde luego, si definimos que existen espacios de interacción propios del mundo cultural en donde un grupo de personas comparten instancias de aprendizaje anclados en el tradicionalismo, donde las normas axiológicas se anclan en la mantención de conductas ofensivas para la articulación y mantenimiento de las bases culturales del pueblo mapuche, entonces; ¿es posible subjetivar estas relaciones?. Una respuesta posible a ello es el camino jurídico cuando no se dan ciertas condicionantes contempladas en la legislación vigente, pero también es posible ver otras salida, en donde la posición o el rol que les podemos atribuir a las representaciones sociales que se tiene de un delito que responde a lógicas que tienen que ver con la violencia. Es decir podemos atribuirles un papel crucial en la comunicación y relación social y en la conformación de las identidades personales y sociales, pero también, no podemos olvidar el papel que juegan en la configuración de los grupos y en las relaciones intergrupales, lleguen o no a configurar grupos culturales complejos que debemos reconocer como participantes de la interculturalidad que nos define como nación, no reconocer dicha situación sería desconocer lo que somos, nuestra historia y más que eso el respeto a las etnias minoritarias de nuestro país.

Aquí aparece con fuerza la segunda premisa a tener en cuenta, cuando hablamos de homicidio frustrado al interior de la comunidad mapuche, no hablamos de un delito que se cometa con una finalidad material normalizada, sino que prima en ello los elementos subjetivos y simbólicos de la cultura mencionada, es decir el homicidio frustrado en este contexto se produce por un proceso estructural al interior de su propia cultura, tiene fines de establecer supremacías al interior de la jerarquización de la cultura, el papel, el equilibrio, la defensa de sus tradiciones, el respeto a la cosmovisión, son posiciones con connotaciones culturales claras, por lo mismo la asimilación a una de estas categorías tiene que ver con dos elementos principales, la defensa de las tradiciones y la traición a ellas, ambas condicionantes demostrables que se encuentran en el origen del delito imputado.

Es aquí en donde aparecen situaciones definatorias en el caso analizado, ambas situaciones se conjugan para verse enfrentado en una violenta disputa que va *in crescendo*, de acuerdo a lo antagónico que se va haciendo el discurso de ambos protagonistas con el pasar del tiempo, ninguno de los dos se apropian de una verdad que los distancia, que les atribuye signos de defensor y ofensor de su cultura, de sus tradiciones de su cosmovisión y la estructura que lo soporta.

### Construyendo el discurso del acusado

En el caso judicial analizado si juntamos el contexto cultural en donde se recrea el delito imputado, y la construcción de identidad que lo subyace, podemos establecer que actúa bajo tres premisas que guían claramente su comportamiento:

- Tiene en cuenta el comportamiento de los otros y su presencia y existencia; lo cual implica la dependencia (estática y dinámica) entre los participantes basadas en la participación activa de la cultura mapuche.
- Tiene un valor significativo y simbólico para los demás: existe un mecanismo de interpretación simbólica en donde las relaciones sociales se establecen bajo la premisa de las normas axiológicas que constituyen la cultura mapuche.
- Se modifica en función de la acción de los otros y de sí misma: el comportamiento de Erwin (su estrategia comportamental) depende del compromiso que expresa con la cultura mapuche, situación que lo mueve en la defensa.

Este esquema nos permite realizar el juego entre las tres categorías que son imprescindibles para comprender el comportamiento en el delito Imputado; cultura mapuche, cosmovisión e identidad. En donde el juego permanente de estos elementos se van superponiendo y construyendo constantemente, haciéndose dinámica y contextual la comprensión del delito Imputado, en donde Erwin por medio de sus acciones, participa en un proceso de asimilación cultural modificando los presupuestos exteriores de la

estructura social oficial, las instituciones jurídicas o punitivas y la cultura oficial que lo soporta.

En este sentido, cabe recordar la historia de vida de Erwin, que nace en el seno de una comunidad mapuche curiñanko en el sur de Chile, en donde vive hasta los diecisiete años, durante su infancia el joven comparte con su grupo familiar todas las implicancias culturales de vivir en una comunidad mapuche, se socializa con sus ritos, su cosmovisión, la axiología, y su lenguaje, manifestando en su discurso; “yo no soy como los mapuches de ciudad, yo me críe en una comunidad, conozco el valor y el respeto a la tierra y a mi cultura”, por lo mismo cuando se traslada junto a su familia a vivir al sector de Miraflores en Viña del Mar, intentan revivir sus costumbres y cultura, creando un centro cultural, que luego se traslada al sector del jardín botánico hace aproximadamente diez años, y es tan fuerte su cercanía con su cultura y con la tierra, que junto a otros familiares se va a vivir a la comunidad y centro ceremonial.

Este hecho muestra la compenetración cultural que mantiene el imputado con sus raíces, en sus palabras; “para los mapuches de verdad la tierra es lo más importante, es el centro de la cosmovisión mapuche, sin tierra no somos nada”. Desde esta concepción el esquema que hemos presentado se puede interpretar como una dialéctica entre las categorías establecidas – cultura, cosmovisión e identidad- y las resistencias y las reformulaciones aparecidas durante la interacción con la institucionalidad, que acaban modificando y sustituyendo las categorías iniciales.

Entonces, aterricemos esta dialéctica diaria dos personas que protagonizan una pelea causada por diferencias en la cosmovisión de una cultura que es distinta a la de nosotros, tienen la convicción que este accionar que es condenado al interior de su propia cultura, no puede quedar impune, por lo mismo utilizan los medios de resolución de conflictos que le permite su propia cultura, en este sentido el día 17 de diciembre a las 14:30 horas se da inicio a una asamblea extraordinaria, en donde se expone el caso de la riña protagonizada por los dos integrantes de la comunidad, encabezadas por su autoridad máxima, quien luego de ver y analizar los datos presentados, procede a dictar

una resolución al respecto, es decir termina con una solución a la controversia expuesta, en donde ambos integrantes reciben un castigo, poniendo termino a dicho incidente. Este contexto sirve como base para explicar el desencadenamiento de hechos posteriores. La disputa que no es nueva y que tiene antecedentes desde un mediano plazo, se desborda y genera una pelea, en donde las normas culturales establecidas ancestralmente permiten dirimir el altercado dentro de la comunidad.

En segundo lugar podemos identificar claramente la existencia de elementos arquetípicos propios de la configuración que estructura su cultura, esta configuración dice relación con su cosmovisión, que tiene un sentido amplio y que delimita todo el accionar del aparataje cultural. Erwin comparte con sus *peñis* los mismos conceptos, las mismas categorías acerca de la justicia, que si bien pueden ser erróneas jurídicamente desde la cultura oficial son totalmente reales y ciertas dentro de la comunidad. Este punto resulta crucial, ya que esta participación se debe ir *ritualizando* en la medida que el joven normalice las conductas de la comunidad, es decir si se debe defender su cultura y por ello comete una falta, será su propia cultura la que impondrá el castigo, como sucedió claramente en la situación analizada.

Así, se establece el principio fundante del orden ritual, que sirve para salvar la propia cara y equilibrar, salvaguardar y legitimar la relación en la interacción. Por lo tanto este orden no debe ser puesto en duda, ya que se estaría contrariando el orden cultural, fundado en actos simbólicos que muestran la posición y conducta esperable de la persona y lo que representa para los otros dentro de su propia cultura. Y de ello no se puede escapar, es imposible que les exijamos a personas que comparten otra cultura, que se sometan a lineamientos desde la cultura oficial, puesto que estarían quebrando el orden legitimado, elementos que adquieren connotaciones de “obligación” en una interacción de este tipo.

Evidentemente la contextualización del delito debe siempre pensarse desde el contexto de la comunidad mapuche, si tenemos presente que mantiene una historia de vida, en donde su socialización primaria y secundaria se estableció en una comunidad

mapuche en el sur de Chile, en donde su cultura es vivida desde todos los planos estructurales que conforman una cultura, es lógico que la forma de sometimiento jurídico a la cultura oficial sea resistida, por lo mismo se intenta restablecer el orden por medio de sus propias normas de resolución de conflictos.

En segundo lugar, se debe tener presente que en este caso el proceso de justicia indígena funciona a cabalidad, ya que se dieron todas las etapas descritas en el *Az Mapu*. En este sentido Erwin asume que no se está defendiendo él, sino que está defendiendo a su comunidad de una persona que se ha “blanqueado” que no ha nacido en una comunidad y que no sabe cuáles son los valores, normas y conductas que sostiene la cosmovisión del pueblo mapuche, por lo mismo el *Az Mapu* obliga a hacer lo correcto, debe hacer ver a la otra persona que está pensando de forma errada y ello podría llegar a ser muy grave para el resto de los integrantes de la comunidad. Por lo mismo no se debe configurar el delito como una situación aislada, sino todo lo contrario entre personas que comparten y construyen nociones simbólicas desde la cultura mapuche que los acerca entre ellos y los diferencia de nuestra cultura oficial.



### 5.2.2 La víctima

Desde el Derecho Penal el papel de la víctima sale traslucido, se supone que no tiene nada que esconder pues sobre él descansa la valoración positiva del acto punible, acto que debe ser equilibrado y mancillado por medio de la condena penal, así lo describe la propia sentencia adjudicativa; “El día 11 de diciembre de 2011, cerca de las 13:00 horas, en circunstancias que la víctima Adolfo Rubillanca Llancafil, se encontraba al interior del centro ceremonial mapuche, ubicado en el Jardín Botánico de esta ciudad, instantes en que fue interceptado por el imputado Erwin Gabriel Antillanca Huichante, quien tras sostener una discusión con la víctima y aprovechando que ésta se encontraba sentado, procedió a sacar desde sus vestimentas un machete de 50 cms de hoja (aprox), con el que le propinó un golpe dirigido hacia su cabeza, logrando la víctima colocar sus manos a modo de defensa, provocándole un corte penetrante en su mano izquierda, resultando con una fractura expuesta operada dedo 2, metacarpiana izquierda de carácter grave (según SLM) .” sobre este reduccionismo propio del sistema, se manifiesta que Adolfo fue el afectado, fue el herido, es la víctima del delito propiciado por Erwin.

Sin embargo en el contexto comunitario la víctima tiene otro sentido, otro nivel y otra posición, no está sobre el acusado, ni tampoco existen organismos especializados para entregarle justicia. La víctima individual asoma sólo como parte del problema que se presenta delante del Lonko para ser resultado, el sólo hecho de presentarse como víctima no constituye una elevación valórica distinta del acusado, ni tampoco presenta atisbos penosos que hagan de él merecedor de la compasión colectiva de la comunidad.

“Aquí si pasa algo malo tiene que arreglarse conversando, porque si uno pega por algo pego, pero si a uno le pegan también por algo le pegaron, nadie es más culpable o víctima que el otro, los dos son culpables, los dos son víctimas, porque los dos están involucrados en el problema, no es más uno que el otro, sino que para la asamblea son los dos iguales” (Lonko)

“Los peñi creo yo que entienden mal la justicia de nuestro pueblo, y creo que es por culpa de la lo que ven con la justicia que se hace en Chile, porque cuando les pasa algo creen que son pobrecitos, que la comunidad tiene que cuidarlos y protegerlos, y eso no es así, nadie tiene más culpa que otro, porque las cosas pasan para las dos partes iguales, si a uno le pegan el otro también tiene que haber pegado, sino que a uno le pegaron más que al otro no más, eso es todo, pero eso no significa que tenga que tener más tribuna en la justicia, aquí la asamblea funciona igual para las dos partes” (Acusado)

“Yo encuentro que aquí me trataron como si yo hubiera dañado al otro, y no es así yo fue el herido, a mí fue a quien pegaron, por eso yo no encuentro que haya hecho justicia, porque a mí me trataron igual que el que me pego y eso no es justo para mí” (Victima)

Esta configuración de la víctima de forma horizontal con el victimario, es común cuando se trata de delitos individuales, no así cuando lo juzgado es un delito colectivo, por su gravedad requiere necesariamente otro trato y otras sanciones. Sin embargo, como lo juzgado fue un delito individual enmarcado como una pelea con lesiones entre dos comuneros, en donde no hubo la participación de otros integrantes de la comunidad, no tiene la significación que reviste un delito colectivo. Por lo mismo, la responsabilización del acto recae en ambos comuneros, no se presenta de forma jerárquica o asimétrica, sino ambos son participes en la asamblea de forma horizontal.

“Mire aquí cuando les conviene, cuando son los que cometen el delito son indígenas y dicen que no hay que salir a creer en otras leyes de la justicia Chilena, pero cuando son los que reciben el delito, y si no les gusta la decisión de lo que dijo la Lonko Patricia, al tiro van a hablar a la justicia Chilena, entonces son Mapuches cuando les conviene, y Chilenos cuando les conviene allá”. (Acusado)

“Yo nunca habría ido a la justicia Chilena si se hubiera hecho bien la asamblea, porque aquí fue injusto, porque ellos son todos familiares, y como son todos familiares, no le hicieron nada al que me pego, siendo que yo tenía todas las pruebas que decían que él me había pegado con un machete, pero a la Lonko no le importó y no hizo nada por ayudarme, por eso yo tuve que denunciarlo porque aquí amigo no hicieron nada para ayudarme” (Victima)

Entonces, en el caso analizado nos encontraríamos frente a dos víctimas, una que cree fielmente que los problemas comunitarios necesariamente deben resolverse con sus sistemas sancionatorios y de creer que lo las acciones de Adolfo constituían una grave amenaza para la comunidad en general, y otra que dependiendo del delito y la sanción se encuentra abierta a acudir a la justicia Chilena y que siente que se cometió un agravio contra su persona y que debe ser sancionado.

Lo anterior lo podríamos explicar debido a la fuerte socialización de Erwin Antillanca en la cultura Mapuche, ya que hasta los diecisiete años Erwin vive en el sur de Chile en medio de una comunidad indígena que recibía muy poca influencia de los Chilenos y sus instituciones.

“Yo soy de la costa de Valdivia, de Curiñanco, y llegue a esta región por razones de trabajo a los 18 años. Siempre viví en una comunidad Mapuche, pero como dije, por razones laborales me vine a esta región con mi familia y formamos acá una comunidad mapuche, y he tratado de difundir nuestra cultura en esta ciudad. El alcalde nos entregó un sitio en el Parque Botánico, como centro ceremonial, donde yo soy un Huelquén, hago tortillas, soy Lonco de la Chueca y tengo conocimientos de la medicina ancestral, también soy dirigente en su comunidad”. (Acusado)

En cambio, Adolfo Rubillanca, no se socializo dentro de una comunidad indígena y siempre ha vivido en la zona, primero en Viña del Mar, para después emigrar hacia el interior de la región. Lo anterior ha significado que Adolfo ha mantenido una cercanía a la cultura Chilena y a su sistema Penal, por lo mismo está mucho más permeado a acudir a él caso de conflictos.

“Sabe ellos creen que son más Mapuches que nosotros, siempre nos dicen eso porque ellos creen que porque nacieron en el sur, en una comunidad, se creen con más derechos que nosotros, pero yo soy Rubillanca Llancafil, igual de Mapuche que todos ellos, así que ellos no me pueden venir a decir nada a mí, porque yo soy igual de Mapuche que ellos”. (Victima)

Si tomamos como natural que víctimas piensen y sientan que tienen derecho a recibir los beneficios y la complacencia de la comunidad, nos acercamos al modelo penal chileno. En palabras de Mauricio Duce la víctima Penal se analiza desde una óptica distinta; En efecto, si se observan los nuevos códigos procesales penales en América Latina se podrá apreciar que todos ellos recogen un conjunto amplio de derechos y contienen diversas normas que regulan la intervención o participación de la víctima en el proceso penal. [...]A mí me parece que las razones que explican el cambio de rol del ofendido en el proceso penal y su irrupción en el sistema son fuertes. Ellas no sólo se asocian a una idea expresada tradicionalmente por Maier de servir de control a la persecución penal pública (razón nada de mala en todo caso que como veré un poco más adelante en este texto el hoy reniega). Hay tres órdenes de justificaciones adicionales que es necesario tener presentes. Por una parte, están las que se podrían denominar como razones de “derecho”, otras de orden “pragmático” y, finalmente, unas asociadas a ideas de “pacificación social de conflictos”. Por lo tanto, es evidente que la idea restaurativa del delito individual, está presente en el discurso de Adolfo que de Erwin, quien solicita recomponer con un castigo ejemplificador para la comunidad, el delito cometido por Erwin.

“Él quería que me echaran de la comunidad, eso esperaba él para quedarse tranquilo, quieran que me echaran para siempre de la comunidad y de mi tierra, porque él cree que es grave lo que paso, y no po lo que paso sólo es una pelea por diferencias, eso no es grave para nosotros, todos pueden pelear, pero por eso a uno no lo van a echar para siempre de la comunidad, ahí se nota que él no es mapuche, tiene los puros apellidos de Mapuches, pero no conoce nuestra cultura como nosotros”. (Acusado)

“Yo esperaba que lo castigaran porque lo que le cometió fue un delito, eso fue un delito muy grave, pero aquí no hicieron nada, porque él es parte de su familia, aquí la Lonko actuó mal, ella tendría que haberlo expulsado de la comunidad, como dice que ella es justa, entonces tendría que haberlo echado para siempre de la comunidad”. (Victima)

Desde la mirada de la *Lonko Patricia Antillanca*, ninguno de los dos involucrados juega un papel de víctima o victimario, sino que su mirada corresponde a que el hecho punible dejo con mayores consecuencias físicas más a uno que el otro, ella nos relata su versión de los hechos;

“Todos los sábados y domingos juegan Palín, y el día de los hechos estaba organizando el juego, organizando los palos, cuando Erwin volvió a la feria, recogió otro palín, y apareció Adolfo Rubillanca por el camino hacia él. Hace tres años este hombre venía molestando a la comunidad con denuncias. Ambos se acercaron a conversar, y él le dijo: “¿Por qué tanto hostigamiento con la comunidad?, y aquél le contestó que él no era nadie en la comunidad, y no servía para nada. Él también insultó a Rubillanca, y el otro le dio una patada en los testículos que él esquivó, y a continuación lo empujó y el otro le pegó un combo en la cara a él. Fue entonces que él agarró un palo con el que le pegó a Rubillanca en la mano, cuando se vio con sangre en la mano se fue. No pasaron más de 7 minutos en la riña. El hombre se fue con otra persona en un auto”. (Lonko)

Su versión reafirma su posición, fue una riña en donde dos personas se agreden de diferentes formas y con diferentes elementos, no hay ni víctima ni victimario, en ningún caso, ya que siempre para configurar un delito deben haber dos partes, aquí hay una parte que claramente perdió en la reyerta y quedo con evidencias físicas de esto, pero como se dieron las cosas podrían haber sido ambos. En consecuencia no existe ni víctima, ni victimario, sólo consecuencias distintas. Distinto es el caso en un delito colectivo, en donde se persigue y castiga con todo el rigor que le entrega la asamblea ya que en ese caso se pone en riesgo la sobrevivencia de la comunidad en general.

### 5.3 El posicionamiento de la causa indígena en el Marco Jurídico Chileno

Desde el inicio de la reforma Procesal Penal en Chile se da un espacio para el posicionamiento de la causa indígena, en particular de la defensa jurídica de sus intereses ante los tribunales de justicia y en el proceso penal, sin embargo hasta el día de hoy no existe en nuestro país una definición legal ni institucional de lo que es una “*causa indígena*”.

Como mencionamos anteriormente, en el derecho penal chileno existe una escasa preocupación por la causa indígena. El enfoque intercultural prácticamente no existe, a pesar de ser garantes del “Convenio N° 169 sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes de la organización internacional del trabajo” desde el año 2008. Jorge Dandler (2011) señala que el convenio N° 169 de la OIT, hasta el momento es el único instrumento jurídico internacional con carácter vinculante que protege y regula los derechos de los pueblos indígenas en diferentes áreas de su interés. Fue adoptado por la Conferencia Internacional del Trabajo en junio de 1969. En América latina, ha sido ratificado por Argentina, Bolivia, Colombia, Costa Rica, Honduras Paraguay, Perú, Brasil, entre otros. Sin embargo debieron pasar muchos años para que fuera ratificado por Chile, sólo el 15 de septiembre de 2008 (7 años) y entró en vigencia el 15 de Septiembre de 2009 (6años), con el cual se logró poner fin a dos décadas de compromisos incumplido del Estado chileno con los pueblos indígenas.

El Convenio N° 169 no es una Declaración de los máximos derechos indígenas, sino una norma que se considera esencial y mínima a la cual han llegado los países a un consenso a nivel internacional. Incorpora muchas demandas y reclamos indígenas y los convierte en derechos internacionales reconocidos. Los conceptos básicos del Convenio son el respeto y la participación. Respeto a la Cultura, la Religión, la organización social y económica y a la identidad propia. La premisa básica es que los pueblos indígenas son permanentes o perdurables. Para lograr una mayor comprensión de lo que trata este convenio que se convierte en la única herramienta jurídica en Chile, aprobada y aceptada

por la legislación en nuestro país, presentaremos a continuación un resumen general de sus principales artículos según la OIT.

1) Identificación de los pueblos indígenas y tribales.

El Convenio no define quiénes son los pueblos indígenas y tribales, sino que adopta un enfoque práctico proporcionando solamente criterios para describir los pueblos que pretende proteger. Un criterio fundamental para la identificación de los pueblos indígenas y tribales es la auto identificación, además de los criterios que se indican a continuación.

Cuadro N° 3.1: Elementos de identificación cultural según convenio N° 169

Los elementos de los pueblos tribales incluyen:	Los elementos de los pueblos indígenas incluyen:
Estilos tradicionales de vida.	Estilos tradicionales de vida.
Cultura y modo de vida diferentes a los de los otros segmentos de la población nacional, p.ej. la forma de subsistencia, el idioma, las costumbres, etc.	Cultura y modo de vida diferentes a los de los otros segmentos de la población nacional, p.ej. la forma de subsistencia, el idioma, las costumbres, etc.
Organización social y costumbres y leyes tradicionales propias.	Organización social e instituciones políticas propias.
	Vivir en continuidad histórica en un área determinada, o antes de que otros “invadieron” o vinieron al área.

Fuente: Archivo tesis.

2) No discriminación

Al reconocer que los pueblos indígenas y tribales son proclives a sufrir discriminación en muchas áreas, el primer principio general y fundamental del Convenio núm. 169 es la no discriminación. El artículo N° 3 del Convenio establece que los pueblos indígenas tienen el derecho de gozar plenamente de los derechos humanos y libertades fundamentales, sin obstáculos ni discriminación. Por su parte, el artículo 4 también garantiza el goce sin discriminación de los derechos generales de ciudadanía. Otro principio del Convenio atañe a la aplicación de todas sus disposiciones a las mujeres y los hombres de esos pueblos sin discriminación (artículo 3). El artículo 20



establece que se deberá evitar la discriminación entre los trabajadores pertenecientes a los pueblos indígenas.

### 3) Medidas especiales

Como respuesta a la situación vulnerable de los pueblos indígenas y tribales, el artículo 4 del Convenio establece la necesidad de adoptar medidas especiales para salvaguardar las personas, las instituciones, los bienes, el trabajo, las culturas y el medioambiente de estos pueblos. Asimismo, establece que tales medidas especiales no deberán ser contrarias a los deseos expresados libremente por los pueblos indígenas.

### 4) Reconocimiento de la cultura y otras características específicas de los pueblos indígenas y tribales

Las culturas e identidades indígenas y tribales forman una parte íntegra de sus vidas. Sus modos de vida, sus costumbres y tradiciones, sus instituciones, leyes consuetudinarias, modos de uso de la tierra y formas de organización social en general son diferentes a las de la población dominante. El Convenio reconoce estas diferencias y busca garantizar que sean respetadas y tenidas en cuenta a la hora de tomar medidas que seguramente tendrán un impacto sobre ellos.

### 5) Consulta y participación

El espíritu de la consulta y la participación constituyen la piedra angular del Convenio núm. 169 sobre la cual se basan todas sus disposiciones. El Convenio exige que los pueblos indígenas y tribales sean consultados en relación con los temas que los afectan. También exige que estos pueblos puedan participar de manera informada, previa y libre en los procesos de desarrollo y de formulación de políticas que los afectan. *Los principios de consulta y participación en el Convenio núm. 169 no se relacionan únicamente con proyectos de desarrollo específicos, sino con cuestiones más amplias de gobernanza, y la participación de los pueblos indígenas y tribales en la vida pública.*

En su artículo N° 6, el Convenio establece un lineamiento sobre cómo se debe consultar a los pueblos indígenas y tribales:

- La consulta a los pueblos indígenas debe realizarse a través de procedimientos apropiados, de buena fe, y a través de sus instituciones representativas;
- Los pueblos involucrados deben tener la oportunidad de participar libremente en todos los niveles en la formulación, implementación y evaluación de medidas y programas que les conciernen directamente;
- Otro componente importante del concepto de consulta es el de representatividad. Si no se desarrolla un proceso de consulta apropiado con las instituciones u organizaciones indígenas y tribales que son verdaderamente representativas de esos pueblos, entonces las consultas no cumplirían con los requisitos del Convenio.

El Convenio también especifica circunstancias individuales en las que la consulta a los pueblos indígenas y tribales es obligatoria.

La consulta debe hacerse de buena fe, con el objetivo de llegar a un acuerdo. Las partes involucradas deben buscar establecer un diálogo que les permita encontrar soluciones adecuadas en un ambiente de respeto mutuo y participación plena. La consulta efectiva es aquella en la que los interesados tienen la oportunidad de influir la decisión adoptada. Esto significa una consulta real y oportuna. Por ejemplo, una simple reunión informativa no constituye una consulta real; tampoco lo es una reunión celebrada en un idioma que los pueblos indígenas presentes no comprenden.

Los desafíos de implementar un proceso adecuado de consulta para los pueblos indígenas han sido objeto de muchas observaciones de la Comisión de Expertos de la OIT, como así también otros procedimientos de supervisión de la OIT, compilados ahora por la organización en una Recopilación. La consulta apropiada es fundamental para poder alcanzar un diálogo constructivo y para la resolución efectiva de los diferentes

desafíos asociados con la implementación de los derechos de los pueblos indígenas y tribales.

Como lo mencionamos anteriormente Chile hace siete años que reconoce cada uno de los principios expuestos, sin embargo existen enormes diferencias torno al enfoque intercultural que debiera primar en nuestro país, en relación a la normativa internacional sobre pueblos originarios al cual está suscrito a través del convenio expuesto. Si bien en los últimos años, luego de aprobada su aplicación en territorio Chileno, el sistema penal ha mostrado algunos avances al respecto, esto no ha sido suficiente. El pueblo mapuche se siente criminalizado y estigmatizado por los procedimientos penales aplicados por la justicia Chilena, especialmente por la aplicación de la Ley de Seguridad del Estado y la aplicación de las leyes anti - terroristas.

En este sentido, existe un profundo sentimiento de descontento y desconfianza en la justicia Chilena, una muestra de ello es la siguiente descripción sobre la relación que mantienen con la justicia Chilena. En la declaración de principio presentada en su página web llamada *mapuexpress* señalan su posición con respecto a la justicia; “La presencia del racismo colonial en tribunales de justicia chilenos son públicamente conocidas y documentadas, y en la actualidad se expresan abiertamente tanto en la criminalización de la protesta social, como en el tratamiento de diversas causas judiciales que involucran a personas mapuche. Se trata de un racismo que se expresa desde la aplicación de leyes de excepción que no son aplicadas a otros “ciudadanos chilenos”, en la ausencia de un debido proceso en causas que se enmarcan en la protesta social, hasta en la cotidianeidad de las salas de tribunales donde la corporalidad y la gestualidad se muestran decidoras de condenas previas a las sentencias.

El tono fuerte y prepotente, la interrupción, el trato hostil, las miradas, como también la desestimación a priori de cualquier argumentación que permita comprender y evaluar las causas desde una perspectiva mapuche o intercultural” [...]. De la misma forma en que lo son el afecto o la solidaridad, la violencia también es parte de la vida comunitaria mapuche. Las determinantes son diversas, sin embargo un elemento

estructural es el trauma colonial e histórico que produjo la subordinación mapuche al Estado, vinculado al racismo, el despojo, el desmembramiento familiar, el empobrecimiento, la marginalidad, la introyección de sentimientos de inferioridad en diversas generaciones mapuche producto de la discriminación cotidiana y que decantan en el consumo de alcohol y otras drogas como formas para evadir los sentimientos de angustia y descompresión social, etc. El abordaje de esta realidad es un desafío pendiente para los y las mapuche, que nos interpela a desarrollar un proceso de descolonización desde la cotidianeidad de nuestras prácticas, pero que se torna complejo debido a que en no pocas ocasiones la intervención y tratamiento que realizan instituciones estatales en su propósito de “ejercer justicia” y “protección”, deviene en la reproducción de la violencia en el ámbito cotidiano debido a la ignorancia con que a veces operan sus especialistas.

Los elementos planteados en esta cita, sin duda no son ajenos a lo que sienten los miembros de la comunidad Mapuche IRelmu Rayen ChodLafkenos, ya que el sentimiento generalizado es de despojo, racismo y violencia ante su pueblo, justicia que no escucha, que no entiende, y que condena bajo el prisma de un estado – nación único y singular y opresor.

#### 5.4 La neutralidad étnica como máxima interpretativa desde la justicia Penal Chilena.

*“Las prácticas judiciales -la manera en que, entre los hombres, se arbitran los daños y las responsabilidades, el modo en que, en la historia de occidente, se concibió y definió la manera en que podían ser juzgados los hombres en función de los errores que habían cometido, la manera en que se impone a determinados individuos la reparación de algunas de sus acciones y el castigo de otras, todas esas reglas o, si se quiere, todas esas prácticas regulares modificadas sin cesar a lo largo de la historia- creo que son algunas de las formas empleadas por nuestra sociedad para definir tipos de subjetividad, formas de saber y, en consecuencia, relaciones entre el hombre y la verdad que merecen ser estudiadas”. (M. Foucault, 1978: 17)*

El reconocimiento de un Chile multicultural desde todo ámbito social e institucional hoy en día es una falacia. En nuestro país no existe tal principio ni se aplica en las sentencias el reconocimiento de un País multicultural, es más salvo contadas ocasiones y atisbos de respeto hacia el reconocimiento de etnias originarias, los procedimientos y prácticas jurídicas son exactamente las mismas aplicadas a cualquier otro Chileno no importando el delito ni su contexto.

Si tomamos el pluralismo penal como un fenómeno de coexistencia de dos marcos jurídicos que coexisten y operan en un mismo tiempo y espacio geopolítico, podríamos entender que durante el proceso *aculturativo* del contacto entre las dos culturas, se estableció un trasvase jurídico de una a la otra. Este contacto del Estado Winca (hombre Chileno), a partir del siglo XVI y XVII, debería haber permeado en algo el sistema inquisidor de las leyes Españolas que dominaban y controlaban el reino de Chile. Sin embargo este proceso no siguió este camino, ni siquiera en los reductos más adversarios o en las comunidades Mapuches mejor asentadas en términos territoriales.

Las consecuencias “*destructivas*” se fueron agudizando año tras años sobre la autonomía jurídica ejercida por el *Az Mapu* en las diferentes comunidades Mapuches de nuestro País. Sin duda que el proceso de quiebre jurídico y menosprecio de su institucionalidad se estableció desde los albores coloniales, poniendo en tela de juicio cualquier lógica jurídica comparada con la jurisprudencia oficial. Al respecto, Tomás Guevara (1922), se refiere a este proceso de ‘infiltración’ normativa –para el siglo XVIII- como sigue:

*Correspondía el tipo de la justicia araucana al de las sociedades cuya civilización no ha salido aún de los grados medio o superior de la barbarie. Según los antecedentes históricos, en esta raza, como en casi todas las americanas, no existió la justicia pública, con el mecanismo de tribunales, jueces y fallos que constituyen un sistema, parte del conjunto de poderes que regulan y dirigen la vida social. Era en una forma rudimentaria que no alcanzó a salir del estrecho radio de la defensa y utilidad de una aglomeración consanguínea.*

*Esta función judicial limitada e inconsciente se manifestaba en concordancia con la mentalidad estacionaria del indígena, cerrada a todas las distinciones que son el fruto de la experiencia y de la lógica evolucionada. Así, los araucanos carecían de la noción clara del delito; sólo concebían el daño que se causaba a una o varias personas, sin alcance coercitivo alguno. Cuando reprimían algún atentado, no lo hacían para corregir sino para vengarse del ofensor u obligarlo a pagar el perjuicio; no pesaba sobre los delincuentes ningún estigma denigrante.*

*No distinguían tampoco lo civil de lo criminal: todos los litigios que surgían entre ellos quedaban encerrados en el marco de las lesiones que los individuos recibían en sus personas o en sus bienes. Esta amalgama de los dos conceptos y la falta de industria de división en el trabajo, extensión en el comercio, reducido al trueque de especies, no daban lugar a la función de contratar, que genera los litigios civiles. Tampoco existían otros actos de jurisdicción voluntaria que originan divergencias frecuentes de intereses: los testamentos, que sólo otorgaban los padres de familia en sus lechos de enfermos antes de morir; las donaciones hechas por los mismos y limitadas a vestuario, adornos y animales; los préstamos, que no podían efectuarse en agrupaciones comunistas, en las cuales la propiedad del suelo y de las cosas era de todos.*

*En conformidad a este sencillo criterio de considerar los atentados contra la propiedad y las personas como daño únicamente, la reparación incumbía a las víctimas y sus consanguíneos. La represalia se tomaba, ya por las vías de hecho, ya por las indemnizaciones que señalaban las tarifas tradicionales. (Guevara, 1904, págs. 28-29)*

La barbarie no podía establecer cánones de justicia propios pues se encontraban en otro estadio de desarrollo que les impedía desarrollar sistemas normativos que tuviesen la mínima lógica argumentativa del derecho tradicional, lógica que se fue profundizando a medida que se iban sometiendo las comunidades Mapuches a lo largo de todo el país.

Si bien, aún existen fuertes evidencias del mantenimiento de un marco normativo propio, obviamente muy distinto a los practicados durante la colonia, el impacto del sistema jurídico tradicional es tergiversado y puesto en duda dentro de las propias comunidades, presentándose casos como el analizado en esta tesis, en donde son los propios comuneros que disconformes con la aplicación de justicia interna, se acercan a las policías y tribunales a acusar la comisión de diferentes delitos al interior de la comunidad.

Como podemos entender este punto de equilibrio jurídico duró muy poco tiempo, pues para que se estableciera o sus funciones se mantuviesen en el tiempo, necesariamente se hace imprescindible un equilibrio de fuerzas entre los involucrados, cuestión que definitivamente sucumbió y se agotó en el siglo XIX con la instauración de un estado - nación única y con un componente cultural singular. Este evento es el punto de inflexión que significó el fin del pacto colonial entre las fuerzas Realistas y los asentamientos Mapuches, reemplazándolo por un sistema de justicia único, hegemónico y unicultural.

“El Estado no respeta nuestras leyes, el estado es un Estado hecho para los Chilenos, no para los Mapuches, y ellos vienen y nos imponen sus formas de vivir, y no entienden que sus formas de vivir no son las nuestras, nosotros tenemos otras formas de vivir distintas, muy diferentes a las que tienen ellos, por eso también tenemos leyes distintas y formas de resolver los problemas distintos, pero ellos no entienden jamás entenderán” (Lonko)

Si bien, no vamos a discutir el carácter multiétnico de nuestro país, esto no significa que esta afirmación se haya traspasado o haya permeado a su institucionalidad política – jurídica. Esto debido a que durante todo el siglo XX y principio de este, su conformación multiétnica ha sido ocultada e intentada ser asimilada por todas las vías posibles al Estado Chileno. Desde su conformación el Estado nunca se ha reconocido como un país multicultural, lo que ha generado una falta de reconocimiento hacia las diferentes comunidades indígenas que coexisten en nuestro país, destruyendo su institucionalidad e imponiéndoles las lógicas jurídicas de la cultura dominante. Además, durante todo este proceso las comunidades indígenas fueron objeto de la expropiación de sus territorios, debido al afán expansionista y de la generación de un Estado – Nación único y geopolíticamente imperativo en todo el territorio Nacional, todo lo anterior realizado por medio del amparo y la fuerza de la institucionalidad jurídica Chilena.



En el siglo XXI, recién asoma tíbiamente una política multicultural, en gran medida emplazada desde las mismas colectividades indígenas de nuestro país. Aparecen esfuerzos como la propuesta del Consejo Nacional de Pueblos Indígenas, en el año 1990, mediante el Decreto Supremo N° 30, la Comisión Especial de Pueblos Indígenas que tenía por objeto presentar una propuesta legislativa y coordinar las políticas del Estado en materia indígena. Sin embargo, durante los primeros gobiernos de la concertación retomada la democracia, los gobiernos concertacionistas tuvieron políticas contradictorias, por un lado creaban institucionalidad que promovían el respeto hacia las comunidades indígenas, pero por el otro realizaban una serie de actividades institucionales que iban totalmente en sentido contrario, algunas de ellas fue .

- A través del Instituto de Desarrollo Agropecuario, se continuó con los trámites de disolución comunidades indígenas, pese a los anuncios de las autoridades gubernamentales en sentido opuesto.
- Muchas organizaciones indígenas del país, fueron –y son- objeto de una gran represión policial, principalmente en sus manifestaciones a raíz del 12 de octubre de 1992.
- El inicio de los proyectos de construcción de grandes represas eléctricas en zonas habitadas por pueblos pehuenches y mapuches en las localidades de la cuenca superior del río Bío Bío.
- Las negativas del Gobierno a considerar la posibilidad de devolución de las tierras usurpadas al Pueblo Rapa Nui.

Todas estas iniciativas totalmente contrarias lo establecido en los convenios internacionales firmados por Chile, fueron haciendo mella en las comunidades indígenas a los largo del país, y fueron una de las causas de la desconfianza y la violencia que se vive actualmente en los territorios Mapuches de sur de Chile.

El único y principal reconocimiento jurídico de los pueblos indígenas es la Ley N° 19.253 de 1993, que en términos jurídicos reconoce de forma incipiente derechos relativos a 1. Reconocimiento cultural; 2. Protección; 3. Incipientes derechos de supervivencia cultural; 4. Aplicación mínima del derecho consuetudinario indígena.

En la Ley Indígena antes mencionada, establece un mínimo reconocimiento al derecho consuetudinario indígena. En el artículo 54 se señala que: “La costumbre hecha valer en juicio entre indígenas pertenecientes a una misma etnia, constituirá derecho, siempre que no sea incompatible con la Constitución Política de la República. En lo penal se la considerará cuando ello pudiere servir como antecedente para la aplicación de una eximente o atenuante de responsabilidad”.

Lo anterior señala que la costumbre hecha valer, solo constituirá un eximente de responsabilidad, pero jamás un reconocimiento legal al sistema jurídico Mapuche. En términos prácticos, no existe un reconocimiento al juicio entre indígenas, sino que obliga al sometimiento de un Constitución Republicana única.

Por lo tanto, desde el plano jurídico chileno no podemos hablar de una legislación penal multicultural, sino del imperativo constitucional de salvar el Estado – Nación a toda costa, independientemente que con ello se transgredan y aplasten los derechos de los pueblos indígenas en nuestro país.

## **CAPÍTULO VI: JUICIOS DE VALOR O EL VALOR DE LOS JUICIOS**

---

## 6. CAPITULO VI: JUICIOS DE VALOR O EL VALOR DE LOS JUICIOS.

*“El día 11 de diciembre del año 2013 fue detenido cerca de las 13:00 horas, Erwin Gabriel Antillanca Huichante, al interior de la comunidad y del centro ceremonial mapuche, ubicado en el Jardín Botánico de esta ciudad, instantes en que fue interceptado por la víctima Adolfo Rubillanca Llancafil, quien tras sostener una discusión con la víctima y aprovechando que ésta se encontraba sentado, procedió a sacar desde sus vestimentas un machete de 50 cms de hoja (aprox), con el que le propinó un golpe dirigido hacia su cabeza, logrando la víctima colocar sus manos a modo de defensa, provocándole un corte penetrante en su mano izquierda, resultando con una fractura expuesta operada dedo 2, metacarpiana izquierda de carácter grave”.*

Así comienza el control de detención y la formalización del juicio en contra de Erwin Antillanca, por el delito de homicidio fustado en contra de la víctima Adolfo Rubillanca, cometido al interior de la comunidad Mapuche *lRelmu Rayen ChodLafkenos*. También, así comienza un periplo por los tribunales de garantía y juicio oral en lo Penal de Viña del Mar que duro aproximadamente dos años. Fueron ocho audiencias en el tribunal de garantía, una de preparación de juicio Oral en lo Penal, y tres días de audiencias de Juicio Oral.

En esta causa participamos como público general en la totalidad de las audiencias, junto a ello se realizaron entrevistas a todos los intervinientes; acusado, víctima, testigos, jueces, fiscales, abogados defensores, peritos y personal de vigilancia y aseo del tribunal. En el caso de las autoridades sólo los citaremos por sus cargos, debido a los compromisos institucionales que les podrían acarrear muchas de las expresiones vertidas. Aquí el análisis de largas sesiones de audiencias, entrevistas y observaciones dentro del siempre complicado espacio jurídico.

## 6.1 Los jueces.

### Micro - Modelo Análisis conceptual discurso de los Jueces.



La figura de los jueces dentro del organigrama judicial Chileno, representan en forma sumatoria todos los poderes de Estado personificados su institución, es la síntesis de lo figurativo y punitivo, es el lugar en donde se restablece el equilibrio social mancillado, el lugar en donde descansa la constitucional de la República. El poder que ostentan es la suma de conceptos centrales en la construcción del Estado; verdad, ecuanimidad, imparcialidad y justicia son encarnados en este personaje. Pero, cuál es su discurso cuando se trata de una causa en que se ven involucradas dos personas de ascendencia

Mapuche, el Estado impone sus criterios jurídicos rigurosamente o el derecho difuso deja espacio para la discusión de estas pintorescas peculiaridades que llegan de vez en cuando a su tribunal para ser juzgadas. Estas son algunas de las preguntas con las que nos acercamos a la realza jurídica, que no sólo actúan como tal sino que también se sienten pertenecientes a una casta distinta.

### 6.1.1 Variable relacionada con la Objetividad:

De entrada la inquietud de la objetividad del Derecho produce escepticismo desde el intento de describir “científicamente” la objetividad de las valoraciones subjetivas que se pueden establecer en todo proceso Penal. Este esfuerzo, inútil al parecer, se convierte en uno de los conceptos más utilizados por los magistrados a la hora de definir sus prácticas penales en relación al caso juzgado. La finalidad de describir o afirmar la existencia de un derecho que esta “ahí”, libre de toda contaminación humana seduce con grandilocuencia a la mayoría de los jueces entrevistados, contemplándolo como una entidad superior, suspendida, *avalorativa*, más allá de la especulación humana.

“En realidad nosotros intentamos ser infinitamente objetivos en nuestras decisiones, eso no quiere decir que no nos podamos equivocar, por cierto nos podemos equivocar, pero estamos entrenados para ser objetivos y no dejar que otras cosas más “mundanas”, como se podría decir, influyan directamente en nuestras decisiones”. (Juez, juicio oral en lo penal 1)

“Yo no digo que nosotros como jueces estemos más allá del bien y el mal, por cierto que no, pero la experiencia de tantos años trabajando en esto hace que seamos más objetivos que otros profesionales del Derecho, y no sólo del Derecho creo que de otras disciplinas también, porque no nos dejamos influencias por nadie y nada, por eso yo te puedo afirmar categóricamente que sí, si somos más objetivos que otros...” (Juez, juicio oral en lo penal 3)

Si siguiéramos las premisas planteadas por los magistrados nos encontraríamos ante la posibilidad de que el Derecho se pueda convertir en un conocimiento objetivo en relación a dirimir las problemáticas que se dan entre los hombres, que intenta regular por medio de las leyes los conflictos suscitados al interior de la sociedad. La tautología presentada entre el juez que juzga, el conocimiento objetivo que maneja y reglas que pueden ser descritas de forma unívoca, nos presenta un nivel superior a lo humano, o por lo menos superior a lo que conocemos desde la Antropología. Esta sensación de objetividad, entregada por el aparataje conceptual del Derecho imbricado en racionalidades científicas, entrega a los juristas nociones de ostentar un conocimiento

exclusivo y excluyente, el cual sólo está revelado a algunos pocos, por lo mismo manifiesta que es tan importante su dominio, y a la vez, este conocimiento está relevado sólo a algunos.

“La objetividad también se logra con el conocimiento científico que uno recibe y que va perfeccionando con el tiempo, porque si bien el Derecho pertenece a las ciencias sociales, es el conocimiento más científico dentro de ellas, y por supuesto eso lo hace más objetivo que otros”. (Juez, juicio oral en lo penal 2)

“Yo pienso que el Derecho sin duda ostenta un nivel superior entre las ciencias humanas, porque de él dependen muchas cosas, de él depende el orden social, por eso es tan difícil convertirse en Juez, no todos pueden ser jueces sólo los que estudien en profundidad la fuentes del Derecho”. (Juez, juicio oral en lo penal 1)

Sin embargo, podríamos repensar lo mismo desde otra posibilidad, si pensamos que no existe tal contraposición entre la subjetividad propia del ser humano y la objetividad de las prácticas penales que se ponen en juego en un juicio penal, entonces tendríamos como consecuencia un conocimiento práctico objetivo que es el destacado en el discurso de los magistrados entrevistados.

En el caso de los jueces es la subjetividad del *hombre* que cumple el papel de juez, es él quien tiene la decisión arbitraria de aplicar la ley. Es en la figura del juez en quien descansa la autoridad emanada del Estado, para desde sus objetivaciones legales poder ponderar pruebas y dictar sentencia en los casos discutidos dentro de su jurisdicción.

“Es nuestra obligación ponderar y dirimir lo más objetivamente posible, es la iurisdictio del Derecho la que nos enviste de tal poder, pero siempre ponderando que detrás de nuestros razonamientos objetivos, siempre hay una persona”. (Juez, juicio oral en lo penal 2)



Entonces, los entrevistados creen no sólo en la posibilidad de la objetividad del Derecho y su práctica, sino que este conocimiento se encarna y transmite desde ellos y los problemas de subjetividades se resuelven ordenando estas y teniéndolas controladas para que no tengan ninguna injerencia en su práctica.

“Uno debe intentar suspender las subjetividades que tiene como persona y entregarse a la objetividad de Derecho, eso es más o menos lo que yo hago cuando me encuentro en sala, intento suspender mis creencias y todas mis normas morales, para ser en mis decisiones lo más objetiva posible”. (Juez, juicio oral en lo penal 1)

“Se puede ser objetivo, siempre y cuando uno no mezcle las cosas, uno es persona de la sala para afuera... dentro de la sala soy juez”. (Juez, juicio oral en lo penal 2)

Y así llegamos al discurso sobre el caso Mapuche analizado, donde se realzan los mismos conceptos tratados hasta ahora. Para los jueces el juicio en donde están involucrados dos Mapuches de la comunidad IRelmu Rayen ChodLafkenos, no es distinto a cualquier otro caso, el principio de objetividad no permite discriminar positivamente o negativamente el caso juzgado, no existe ninguna posibilidad de particularizar el caso por tratarse de Mapuches implicados en la comisión de un delito, que es objetivo, que es común, que es de dos Chilenos y en donde se prefiguran todos los elementos implicados desde el *Derecho* para la aplicación de justicia sin ninguna otra distinción específica.

“El caso que usted me menciona no tiene porqué ser diferente, ellos son Chilenos como usted o como yo que uno cometido un delito y el otro es una víctima, yo no tendría por qué tratarlos de forma diferente, todos somos iguales ante la ley”. (Juez, juicio oral en lo penal)

“En el tribunal debe imperar el principio de objetividad, y no tratar los casos de forma distintas, menos si no existen leyes distintas en nuestro ordenamiento jurídico, entonces yo no tengo ninguna herramienta para hacer otra cosa, si usted piensa ellos son tan Chilenos como nosotros y deben respetar el Estado de Derecho”. (Juez, juicio oral en lo penal 3)

En relación a la sentencia, los magistrados manifiestan que su rol es ser objetivos, por lo mismo no hubo ninguna eximente o diferencia en la sentencia más que lo contemplado en la *Ley*. En este sentido los jueces muestran que la objetividad de su actuar no cambia si se trata de un caso en donde estén involucrados Mapuches, tampoco si los involucrados pertenecieran a otras colectividades o grupos específicos, de ahí nacería una de las granatitas sobre la objetividad de sus sentencias, por lo mismo no pueden manifestar una posición a favor o en contra, sino que una posición neutral y objetiva sobre el *caso juzgado*.

“Yo no puedo hacer miramientos especiales a ningún grupo, sólo los que establece las leyes de nuestro país, si ellos cometieron un delito deben someterse a la jurisprudencia Nacional y acatar los fallos, porque se les tratara de la misma forma que a cualquier otro Chileno”. (Juez, juicio oral en lo penal 1)

“Por la objetividad que debemos respetar, nosotros en ese y en ningún caso hacemos diferencias o actuamos fuera de la ley, no nos dejamos presionar ni amedrentar por nadie, porque si no somos objetivos para resolver, la propia sociedad nos quitaría el respaldo y la misión que nos entrega”. (Juez, juicio oral en lo penal 2)

### 6.1.2 Variable relacionada con la Legitimidad:

Es difícil pensar desde el discurso revelado en las entrevistas sobre el proceso de legitimidad e imparcialidad que debería primar en las prácticas jurídicas, especialmente sobre la imparcialidad que emana de la independencia de los jueces. Y digo difícil por las estratificaciones sociales y culturales propias de nuestro país. La crisis sobre la incertidumbre jurídica relacionada con su imparcialidad, pareciese incompatible con la instauración del Estado de Derecho, sin embargo durante los últimos años se ha agudizado esta incompatibilidad, especialmente profundizado por el quiebre democrático producido por la dictadura.

En este sentido, el profundo quiebre político produjo una profunda desconfianza en el poder judicial, situación que extrapolamos hasta la actualidad con lo que sucede con las reiniciaciones del *pueblo Mapuche*. Esta pérdida de legitimidad podemos evidenciarla en tres procesos que se producen en forma simultánea.

La primera de ellas tiene relación con la competencia legítima de los tribunales judiciales chilenos para juzgar causas indígenas. Esta situación produce una fuerte controversia cuando se trata de causas judiciales en donde sólo se encuentran involucradas personas Indígenas. Existe postulados básicos y compartidos por la mayoría de las comunidades indígenas Mapuches de no reconocer el actuar de los tribunales Chilenos cuando se trata de sancionar problemáticas suscitadas al interior de comunidades Mapuches, ya que estos no cuentan con el reconocimiento jurídico cuando se trata de delitos cometidos por Mapuches al interior de sus comunidades.

“Yo no tengo porque reconocer el tribunal Chileno para juzgar un problema entre Mapuches, nosotros nos regimos por otras leyes distintas, por eso yo jamás voy a ir a denunciar a un peñi a un tribunal, eso es traicionar nuestra cultura, es venderse a los Chilenos”. (Acusado)

“Una forma de luchar contra del Estado luchar contra sus leyes, nosotros no podemos reconocer sus leyes, si lo hacemos, vamos a legitimar sus sistema”.  
(Acusado)

La segunda de ellas, tiene relación con la legitimación que les otorga la constitución política del Estado, los jueces reconocen en el ordenamiento político - jurídico de la carta principal, como la fuente desde donde nace su poder, fuente que legitima su proceder y que los enviste de las facultades para su práctica.

“Nosotros no actuamos sin la fuente máxima de Derecho que se encuentra consagrada en nuestra constitución, fuente de todo el ordenamiento político – jurídico de la república, desde ahí viene nuestro poder”. (Juez, juicio oral en lo penal 2)

Sin embargo la legalidad que les otorga la constitución política de la república, pierde toda le legitimidad cuando la propia constitución no reconoce al país como un Estado, *plurinacional y multiétnico*. Si agregamos a lo anterior que la constitución vigente en nuestro país es la plebiscitada en 1980 en plena dictadura militar, pierde doblemente cualquier atisbo de legitimidad para los comuneros Mapuches.

“Porque nos vamos a sentir identificados por una constitución que no nos reconoce, nosotros no existimos en este país, porque vamos a respetar una constitución en donde no existimos, si nosotros no existimos, para nosotros tampoco existe la constitución”. (Acusado)

“Esta constitución fue creada desde la mentira, todo fue una farsa de la dictadura, así que ni siquiera los Chilenos deberían reconocer esa constitución como la verdadera, menos nosotros la reconocemos”. (Acusado)

Finalmente, la tercera dimensión que podemos señalar al respecto, tiene relación con la imposibilidad de crear instancias independientes e imparcial en el mismo caso jurídico. Los jueces le entregan a estas nociones de imparcialidad del caso jurídico cuando se trata una demanda entre Mapuches, como que sólo el acto de un trato igualitario asegura la imparcialidad ante un estado de derecho único e inequívoco, sin embargo la lectura desde el pueblo Mapuche es totalmente contraria. Esta imparcialidad fuente de la legitimada de la causa, es un gesto más de dominación y subordinación a un Estado que nos los reconoce y lo quiere presentar con igualdad de deberes y derechos, cuestión que debido al no reconocimiento carece de toda lógica y sentido para el pueblo Mapuche.

“Para nosotros todos los casos los vemos de una forma imparcial, esta imparcialidad le entrega legitimidad al sistema porque tratamos a todas las personas iguales, si nosotros hiciéramos diferencias, esas diferencias serían fuente de deslegitimación del Derecho penal”. (Juez, juicio oral en lo penal 3)

“Ellos mientras más iguales a los Chilenos nos quieran hacer parecer, menos Chilenos seremos, no vamos a jugar ni a entrar en su juego, porque nos somos iguales...” (Acusado)

### 6.1.3 Variable relacionada con la Legalidad e Institucionalidad:

Uno de los mayores fundamentos esgrimidos en las entrevistas a los jueces del tribunal de *Garantía y Juicio Oral en lo Penal de Viña del Mar*, tiene que ver con la legalidad de sus acciones, legalidad provista de institucionalidad y constitucionalidad. La fuente del Derecho que esgrime como única salida jurisprudencial que señala que las controversias judiciales se resuelvan conforme a la letra de la ley, son la fuente de la legalidad e institucionalidad que más se discurrea por los jueces entrevistados. La letra de la Ley es letra bíblica que debe aplicarse con todo su rigor para que no pierda su eficacia ejemplificadora.

“Nosotros no es que queramos o no aplicar las leyes, las leyes se aplican porque vivimos en un Estado de Derecho, por eso existen leyes y por eso estas deben aplicarse nos gusten o no, la ley se aplica al pie de la letra nos guste o no la respectiva ley, son otros los organismos que deben generar y cambiar las leyes, nosotros estamos aquí para aplicarlas”. (Juez, juicio oral en lo penal 1)

Si bien, existe un paradigma jurídico interpretativo de la Ley, en el caso analizado no aparece por ningún lado, los jueces entrevistados se presentan ortodoxos en sus planteamientos, y no dejan dudas sobre la aplicación de una ley única, igualitaria y con muy poco margen de interpretación.

“Es difícil poder interpretar las leyes, bueno no es que sea difícil, es que por lo menos para mí sea hace innecesario, porque uno debe procurar basarse en la legalidad vigente, por eso puedo considerarme menos interpretativo, pero pienso que a la vez eso que podría significar un defecto, para mí es la fuente de la justicia”. (Juez, juicio oral en lo penal 3)

Sin embargo debemos ser justos, uno de los magistrados entrevistados nos habló de una posición más conciliadora. En este sentido, si bien los tres magistrados aludían a la interpretación firme de la ley, uno de ellos, señaló cuales eran los problemas manifiesta de mantener una posición “interpretativa”. Así señaló al respecto que la tarea de “interpretar” en el caso aludido, consistía básicamente en otorgarle un significado a un texto jurídico, sin embargo eso que parece tan siempre en el contexto jurídico resulta un gran problema, ya que la interpretación queda sujeta a “juicios de valor”, juicios que podrían ser pertinentes en otros tipo de causas, pero no en una causa Mapuche, y esto debido básicamente a la multiplicidad de mensajes que pudiesen entenderse. Esta subjetividad es posible o se lo permiten en otro tipo de causas, en “delitos comunes”, sin embargo cuando los involucrados pertenecen a una comunidad Mapuche no pueden dar la oportunidad de que el mensaje jurídico entregue más de un mensaje, ya que este mensaje podría ser interpretado como discriminación.

De aquí nace un punto central en el desentrañamiento de las prácticas penales en el ámbito jurídico, para parecer neutrales se intenta no caer en interpretaciones de ningún tipo, situación que permitirá mantener la neutralidad de la legalidad impuesta en una causa Mapuche, pero esta neutralidad valórica o neutralidad interpretativa en el plano jurídico, sólo es dable en esta circunstancias, pues en otras causas se practica de forma habitual, sin embargo como los interactuantes son indígenas es preferible no dejar espacio para la “interpretación” ya que esta podría parecerse a una *discriminación*, y si este mensaje se leyera socialmente o políticamente de esta forma estaríamos forzando un problema, que es mejor evitarlo siguiendo al pie de la letra la ley.

“Es difícil contestar lo que me pregunta, no puedo afirmar que soy neutral en la aplicación de la ley e intento dejar de lado todas mis apreciaciones valóricas, porque de lo contrario a veces es preferible hacerlo que verse envuelto en problemas”. (Juez, juicio oral en lo penal 2)

“Todos sabemos que para evitar problemáticas posteriores muchas veces es mejor no hacer juicios de valor o interpretaciones que son inconducentes, porque finalmente lo que debe primar es la ley”. (Juez, juicio oral en lo penal 3)

Sin embargo, más adelante en el discurso de los magistrados es posible apreciar que son conscientes que este doble estándar en las causas indígenas va generando un problema mayor, ya que la no singularización y libertad de espacios interpretativos en lo jurídico el juez va llevando en estas causas a una deslegitimación social difícil de revertir, viéndose obligado a ser fiel a la supervivencia formal de la ley, o entablar relatos interpretativos que pudiesen generar seducciones difícil de controlar.



#### 6.1.4 Variable relacionada con la conformación del Estado – Nación.

Por último, en el discurso de los jueces entrevistados es posible leer que el fin último de la aplicación de la justicia Chilena en causas indígenas tiene que ver con la instauración y revitalización del concepto de Estado – Nación. Foucault en forma magistral nos mostraba este camino último de la aplicación de la pena: “En todo el ritual penal, desde la instrucción hasta la sentencia y las últimas secuelas de la pena, se ha hecho penetrar un género de objetos que vienen a doblar, pero también a disociar, los objetos jurídicamente definidos y codificados. El examen pericial psiquiátrico, pero de una manera más general la antropología criminal y el discurso insistente de la criminología, encuentran aquí una de sus funciones precisas: al inscribir solemnemente las infracciones en el campo de los objetos susceptibles de un conocimiento científico, proporcionar a los mecanismos del castigo legal un asidero justificable no ya simplemente sobre las infracciones, sino sobre los individuos; no ya sobre lo que han hecho, sino sobre lo que son, serán y pueden ser. El suplemento de alma que la justicia ha conseguido es en apariencia explicativo y limitativo, es de hecho anexionista. Desde los 150 o 200 años que hace que Europa ha establecido sus nuevos sistemas de penalidad, los jueces, poco a poco, pero por un proceso que se remonta a mucho tiempo, se han puesto, pues, a juzgar otra cosa distinta de los delitos: el "alma" de los delincuentes”. (Foucault M. , 1976, pág. 41)

Y justamente pareciese que lo juzgado en las causas Mapuches es el “alma” y no el delito, y el alma llamada Chile es lo que se cuida, lo que se protege. El concepto de Estado – Nación subyace el componente discursivo de los magistrados, es el fin último ante la amenaza Mapuche, su construcción ha costado más de doscientos años, ha significado la sangre de muchos y el deleite de unos pocos, por lo mismo se debe proteger a como dé lugar de este crepúsculo que no entienden, por su ignorancia endémica, que lo que está en juego es algo más grande, más importante, es la conformación de nuestro país.

“Es complicado administrar justicia en estos casos, porque uno siente que están en juego muchas cosas, porque muchas veces ellos no comprenden o directamente desconocen el derecho del Estado, y eso no puede ser, de su reconocimiento depende el destino de nuestro país”. (Juez, juicio oral en lo penal 1)

“La causa indígena en general es complicada en nuestro país, porque no estamos en México o en Bolivia en donde ellos reconocen un estado multicultural, aquí no tenemos eso, y yo creo que está bien, porque se debe abogar por un estado único para todos los que habitamos en esta patria”. (Juez, juicio oral en lo penal 3)

En este sentido, “la sentencia que condena o absuelve no es simplemente un juicio de culpabilidad, una decisión legal que sanciona; lleva en sí una apreciación de normalidad y una prescripción técnica para una normalización posible. El juez de nuestros días —magistrado o jurado— hace algo muy distinto que "juzgar" (Foucault M., 1976). En este ritual jurídico lo que se hace entonces es algo muy distinto a juzgar, pues siempre está implícito otro objetivo mayor, otro presupuesto que no sólo involucra al “delincuente” sino que las consecuencias no son las mismas que en otros casos, en este caso se pone en riesgo la soberanía, el Estado, la Nación.

## 6.2 El Fiscal

Micro - Modelo Análisis conceptual discurso del Fiscal



Desde el discurso jurídico – político de los fiscales intervinientes en esta causa, resulta imposible no abrir el debate hacia el conflicto Mapuche de forma integral. Si bien el centro del conflicto en la última década se ha concentrado en las comunidades Mapuches del sur de nuestro país, ha permeado todo el aparataje de justicia a nivel global, desde ahí que cada causa en donde se encuentran involucrados mapuches, se asienta en el discurso de los diferentes intervinientes las reclamaciones históricas de los Mapuches en contra del *Estado Chileno*. La causa analizada no se encuentra alejada de esta coyuntura política - judicial, lo cual es transmitido por los fiscales por medio de un discurso en donde prima la criminalización del conflicto.

### 6.2.1 Variable relacionada con la supremacía del Estado de Derecho.

Las políticas de asimilación forzosa del siglo XIX por medio de la sangre y violencia, sucedieron durante el siglo XX políticas enraizadas en la asimilación cultural del pueblo Mapuche, en su conjunto produjeron que durante más de dos siglos los mapuches repartidos en gran parte del territorio Nacional mantuvieran un bajo perfil, casi imperceptible para la mayoría de los Chilenos. Sin embargo, durante lo que va transcurrido del siglo XXI el pueblo mapuche despertó y comenzó a exigir demandas en el plano territorial y cultural difícil de acallar por la autoridad política y económica. Es así que el Estado se ve enfrentado a una problemática que permeabiliza su constitución misma, esto lo tomo por sorpresa y ha paralizado su accionar hasta el momento. En una reacción casi esquizofrenita ha intentado enfrentar el conflicto con una mezcla perfecta entre los que fue la política del garrote propia del siglo XIX y la política de asimilación cultural del siglo XX. Los golpea, pero al mismo tiempo dicta leyes que protegen su cultura, los violenta con la fuerza policial, pero funda una institucionalidad que fomenta el aprendizaje de su lengua nativa.

El aparato económico ha profundizado la conflictividad y ambivalencia del Estado, agudizando la política de apropiación de territorios y pauperizando sus condiciones económicas. La expansión económica se ha apropiado de sus comunidades y territorios instalando hidroeléctricas, empresas acuícolas, forestales, ganaderas y agropecuarias, todo ello bajo la lógica de lanzarlos hacia las grandes ciudades, cuestión que ha funcionado a la perfección ya que más de la mitad de los *Mapuches* actualmente vive en medio de las grandes ciudades del centro de nuestro país, especialmente en el sector periférico empobrecido de la región Metropolitana de Santiago.

Frente a esta realidad el pueblo Mapuche ha reaccionado frente a la imposición política, económica y cultural que esto ha provocado en sus comunidades, así como el Estado ha incitado un verdadero clima de criminalización de la causa *Mapuche* en todos los niveles, lo mapuches se han organizado para enfrentar a un Estado que criminaliza su accionar.

Es así, como la parte más reaccionaria de defensa del pueblo Mapuche ha sido acusado de cometer actos terroristas, ley que no era invocada desde los peores tiempos de la dictadura militar en nuestro país. Sin embargo no sólo los actos reivindicatorios de la causa Mapuche se encuentran en la mira del Estado y sus instituciones, sino que también los delitos comunes son involucrados en esta lógica persecutoria contra el pueblo mapuches.

Justamente esta la lógica criminalizada del accionar mapuche se ve reflejada en el discurso de los fiscales entrevistados. El delito analizado se encuentra dentro de lógicas de violencia propia del pueblo mapuche, que de algún modo se encuentran contextualizadas con sus demandas a nivel nacional. En este sentido, los fiscales manifiestan que en general siempre las causas en donde están involucrados personas del pueblo Mapuche, terminan discutiéndose desde un contexto mayor al propio delito juzgado, y en estrecha relación con las reivindicaciones del pueblo mapuche en general.

“Pasa algo poco frecuente cuando se trata de personas que pertenecen a una comunidad Mapuche, porque siempre se pasan a otros planos de reiniciaciones que no tienen nada que ver con el delito juzgado.... Debe ser por todo lo que ha pasado durante el último tiempo y los problemas que se han presentado a nivel Nacional”.  
(Fiscal titular de la causa)

“Siempre los Mapuches alegan sobre sus reivindicaciones ancestrales, y de cierta forma uno cae en lo mismo y cuesta desprenderse de todo lo que pasa en el resto del país”. (Abogado litigante de la causa)

Entonces el problema del “conflicto Mapuche” traspasa lo propiamente jurídico de una causa específica, se convierte en una suerte de defensa del *Estado Nación*, un problema derivado de una “deuda histórica” que puede ser comprensible, pero que no justifica en nada para los fiscales que los mapuches puedan quebrantar el principio básico del ordenamiento jurídico que los identifica con un Estado Nación unitario. Sus constantes argumentos de que son víctimas de la violencia del Estado, no cabe como argumento plausible la “violencia del Estado de Chile en contra de las comunidades”, ya que dicho argumentos se contraponen con la primacía del Estado de Derecho como concepto básico en la relación de todos los conciudadanos que habitan nuestro país.

“Yo siempre he pensado que debe primar el Estado de Derecho eso es lo fundamental para que el país avance como tal, porque si no respetamos el estado de derecho, estaríamos en otra situación que me cuesta que la gente quiera llegar”.  
(Fiscal titular de la causa)

“Pero que quieren estos grupos, si ellos son Chilenos y se les aplica las mismas leyes que a todos, ellos no pueden estar sobre las leyes”. (Abogado litigante de la causa)

Para la fiscalía no caben argumentos sentimentales de personas que por años han sido pauperizados en sus condiciones mínimas, sino que los delitos son hechos objetivos que deben perseguirse como tales, no cabe otra posibilidad dentro el Estado de Derecho, los delitos se persiguen y se castigan siguiendo el Estado de Derecho imperante en nuestro país.

### 6.2.2 Variable relacionada con la imposición de la violencia.

La relación histórica entre el *Estado de Chile* y el pueblo Mapuche ha estado marcada por hechos de violencia. Desde la colonia pasando por los inicios de la república hasta nuestros días siempre los afanes integracionistas del Estado ha estado cruzada por una estrategia policial – militar, sustentada en un fuerte componente jurídico que legaliza su actuar.

Este fuerte componente que ha moldeado la relación entre los dos pueblos desde su misma fundación, se ha actualizado fuertemente hoy en día, en donde causas que comúnmente fueran tratadas como simples delitos, hoy se les asigna un carácter “terrorista”. Por una parte, el Estado ha recurrido a la aplicación de estatutos penales especiales, tales como la Ley de Seguridad Interior del Estado y la Ley Antiterrorista (Ley 18.314, modificada por las Leyes 20.467 y 20.519). La amplitud del tipo penal contenido en esta última normativa ha hecho posible su aplicación en forma preferente o selectiva respecto de dirigentes y autoridades mapuches. De este modo, acciones de protesta social violenta e ilícitos sancionables bajo el régimen de derecho penal común, han sido catalogados como actos de terrorismo. Dada la regulación procesal especial de la legislación antiterrorista, las personas mapuches y otras afines a su causa que fueron acusadas de incurrir en estas conductas vieron lesionado su derecho al debido proceso.

Esta situación no solo alertó a la comunidad internacional que hizo numerosos llamados y recomendaciones al Estado para que cesara en la aplicación de esta ley respecto de actos de protesta social y adecuara la persecución y sanción del terrorismo a los estándares internacionales, sino que tal política criminalizadora abrió nuevos focos de conflictividad a nivel interno. A las reivindicaciones territoriales y políticas se sumaron aquellas en defensa de los derechos de los/as líderes y comuneros/as mapuche acusados de terrorismo, uno de los delitos más severamente castigados por todos los países.

Por otra parte, este proceso ha ido aparejado de frecuentes y masivos operativos policiales en La Araucanía. Las intervenciones de la fuerza pública han sido explicadas como parte del conjunto de medidas adoptadas para la investigación y sanción de los delitos imputados a comuneros/as mapuche, así como para la protección de la propiedad privada que aquellos han reivindicado (INDH, 2014, pág. 51).<sup>11</sup>

Los fiscales no están ajenos a esta realidad y han hecho suyo el discurso de violencia propio de la relación entre el pueblo Mapuche y el Estado Chileno, sugiriendo que lo conflictivo es la “violencia” del pueblo Mapache hacia el Estado y no viceversa, ya que el Estado sólo se defiende de la violencia ejercida contra él.

“El Estado debe reaccionar contra la violencia que ejercen algunos grupos en su territorio o en contra de sus instituciones, si esto no se hace con fuerza te imaginas donde vamos a terminar, en una verdadera guerra civil”. (Abogado litigante de la causa)

---

<sup>11</sup>Entre ellas, la igualdad de armas, el principio de legalidad, la prohibición de doble juzgamiento (o non bis in ídem) y el derecho a un juez natural, independiente e imparcial respecto de aquellas personas procesadas ante la Justicia Militar. 28. Ver, entre otros, ONU, Consejo de Derechos Humanos, Informe del Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los pueblos indígenas, James Anaya, addendum. La situación de los pueblos indígenas en Chile, seguimiento a las recomendaciones hechas por el anterior relator especial, A/HRC/12/34/Add. 6, 5 de octubre de 2009; Report by the Special Rapporteur on contemporary forms of racism, racial discrimination, xenophobia and related intolerance, Doudou Diéne, addendum. Summary of cases transmitted to Governments and replies received, A/HRC/4/19/Add.1, 5 de junio de 2007; Report of the Special Rapporteur on the promotion and protection of human rights and fundamental freedoms while countering terrorism, Martin Scheinin, addendum, A/HRC/6/17/ Add.1, 28 de noviembre de 2007; Comité CERD, Observaciones Finales del Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial, Chile, CERD/C/CHL/CO/15-18, 13 de agosto de 2009; Comité CAT, Examen de los informes presentados por los Estados Partes en virtud del artículo.



“El Estado debe reaccionar con mayor fuerza aun contra los que lo atacan, porque estas personas no quieren dialogar, sino sembrar un clima de violencia en todo el país, ese es su verdadero objetivo”. (Fiscal titular de la causa)

Esta premisa resulta altamente compartida como una práctica jurídica por los fiscales entrevistados, comparten la idea de que la violencia siempre proviene del Mapuche, y el estado sólo reacciona a esta violencia.

Lo anterior, presenta una visión marcadamente sesgada del proceder del persecutor penal, en donde parte de la pre configuración de que históricamente los mapuches son violentos y resuelven sus conflictos de esta forma, por lo mismo no les extraña que en la causa analizada la forma de resolver el conflicto al interior de la comunidad fuese la violencia, afirmando que los dos grandes temas jurídicos presentes en casi todas las causas en donde intervienen personas mapuches, tengan que ver con la violencia y el alcoholismo.

“Siempre se ha sabido que los Mapuches son medio violentos, por eso esta causa uno podría decir que es esperable porque de cierta forma nos aben resolver sus problemas de otra forma, un gran número de causas que por lo menos yo he visto siempre se dan estos factores violencia o consumo de alcohol”. (Fiscal titular de la causa)

La percepción de que la violencia es casi un proceso cultural de los Mapuches reafirma su proceder durante la causa analizada, en donde en muchos pasajes se realizaron afirmaciones de este tipo, dejando al descubierto prejuicios y estigmas que vienen desde la colonia sobre la *etnia Mapuche*, cuestión que se reproduce sintomáticamente en este juicio.

### 6.2.3 Variable relacionada con la criminalización de la protesta social.

Otro punto importante en el análisis del discurso de los fiscales tiene relación con la atribución que se realiza del conflicto Mapuche como una protesta social. Para ellos el gran trasfondo de la problemática presentada por el pueblo Mapuche tiene que ver con una dimensión social, que en términos estrictos escapa de lo propiamente jurídico. Esta protesta social tendría antecedentes históricos no resueltos por parte del *Estado Chileno*, reconociéndose en cierto sentido, esta deuda histórica. Una breve descripción histórica sobre los principales hitos de la cuestión social nos podrá entregar luces al respecto.

“Los chilenos cultos no valoraron la cultura indígena y consideraron el territorio mapuche como tierras vacías dispuestas para la colonización. En consecuencia, en 1866, se aprobaron las primeras leyes que permitieron la ocupación de la Araucanía. Junto a las tropas llegaron a las regiones del sur los agrimensores y los colonos. Sin embargo, debido a la gran presencia de indígenas, la idea de tierras vacías fue insostenible y se optó, entonces, por reducir el espacio ocupado por el pueblo mapuche. El sistema de radicación a la tierra por medio del cual se sometió a los indígenas provocó la crisis de la sociedad mapuche decimonónica. El asentamiento fue el principal factor que contribuyó a la constitución del minifundio mapuche pues las familias fueron creciendo y más personas debieron compartir los mismos espacios. Muchas tierras se degradaron, perdiendo su calidad y productividad. [...]. El resto de la tierra ocupada militarmente fue sacada a remate por el Estado y utilizada por colonos chilenos y extranjeros para su aprovechamiento productivo. Otros espacios fueron obtenidos mediante presiones y artimañas legales. En las primeras décadas del siglo XX se perdieron los territorios de más de doscientas comunidades que tenían sus títulos de merced. Las tierras usurpadas fueron legalizadas en las oficinas de los conservadores de bienes raíces y notarías. (Guevara, 1904, pág. 76)

La ley indígena de 1927 terminó con el proceso de radicación y planteó la idea de dividir las comunidades entregando la tierra como propiedad particular. [...]. Los cincuenta años que van desde 1927 a 1968 estuvieron marcados por la discusión acerca de la división de las tierras pertenecientes a las comunidades indígenas. El conflicto se dio entre divisionistas y comunitaristas.

La dictadura de Augusto Pinochet, con criterios geopolíticos y neoliberales, dictó en 1978 una ley que aprobó como una única política hacia las tierras indígenas, la división de las propiedades comunitarias con el objetivo de generar un mercado de tierras y resolver el conflicto indígena. [...]. A principios del siglo XXI se desencadenó un nuevo conflicto entre los mapuches y las empresas forestales. Las grandes plantaciones de pino y eucaliptos son incompatibles con las poblaciones humanas. El bosque crece tupido y nada se desarrolla junto a él. Las comunidades aledañas a las plantaciones no obtienen beneficios y por el contrario perjuicios múltiples como el deterioro económico, social y ecológico del territorio. (Samaniego, 2014, pág. 10)

Como podemos apreciar el constante despojo de sus tierras y la precarización de sus condiciones de vida ha marcado históricamente la relación el pueblo Mapuche con el Estado Chileno, situación que los fiscales traslucen en su discurso cuando se refieren específicamente a la causa analizada.

“Los Mapuches en muchos casos uno comprende su situación, porque lo poco que uno sabe de historia, no siendo mi fuerte por lo demás, uno sabe que durante mucho tiempo ellos fueron despojados de sus tierras y de todo lo que ellos tenían [...], por lo demás uno no se pone en el papel de ellos, que pasaría si un día llegan a tu casa te la quitan y te dejan en la calle, es muy difícil quedar bien con el que te quito todo”. (Fiscal titular de la causa)

“No es que yo no entienda lo que sucede con el pueblo Mapuche, sí que los entiendo, pero al respecto yo creo que su problema es una cuestión social, ese es el gran problema de la causa mapuche, son problemas sociales [...] el problema debería arreglarlo el Estado por ese lado y no generando más violencia”. (Abogado litigante de la causa)

A pesar de que los fiscales atribuyen un papel fundamental a los condicionamientos sociales de la problemática, de igual forma criminalizan esta misma problemática. De esta forma se hace tautológico el discurso, por un lado se comprende que la problemática tiene que ver con lo social, pero por otro se exige que la justicia actúe con el mayor rigor de la ley para las personas que causen delitos en forma de protesta sobre la causa social defendida.

“Yo entiendo que puedan haber razones de fondo sobre los problemas que ellos presentan, pero eso no significa que puedan cometer delitos, [...] por ejemplo si ellos paran el tránsito aquí al frente de los tribunales por reclamar por sus demandas, están cometiendo un delito, y la autoridad debe responder con la fuerza policial”. (Abogado litigante de la causa)

“La autoridad debe responder con fuerza porque para eso están, no podemos justificar con problemas sociales la comisión de delitos [...] tendríamos que justificar todas las personas que tienen problemas en Chile”. (Fiscal titular de la causa)

En relación al análisis de esta causa los fiscales manifiestan que si bien el problema de fondo podría atribuirse a una cuestión de índole social, el delito debe perseguirse haciendo omisión a esta situación, justificando que el delito cometido es un hecho que se puede abordar sin abordar el contexto donde sucedió, es decir el delito cometido se puede suspender haciendo abstracción del contexto social donde fue cometido. Esta situación (muy propia del sistema judicial por lo demás) supone una abstracción de la lógica jurídica por sobre el contexto social y cultural, produciendo un distanciamiento entre lo penal y lo *cultural* que a la larga traerá consecuencias adversas hacia lo defendido por la jurisprudencia; el orden social.

#### 6.2.4 Variable étnica relacionada con la persecución criminal.

Si bien la persecución criminal asoma como una premisa irrenunciable desde los fiscales entrevistados, también asoma la necesidad de contar con una mayor cantidad de herramientas para la persecución penal cuando involucre a personas miembros de una comunidad indígena. En este sentido, la fiscalía propone un plan integral de integración étnico – cultural de los pueblos indígenas de nuestro país, así lo deja ver una noticia relacionada con la inauguración de una fiscalía local en la comuna de Lautaro en el sur de Chile.

*“La machi de la comunidad Pitracó, Blanca Canio, se para en frente del árbol sagrado y ruega a su dios Chaw Ngüinechen. En mapudungun, al son de un kultrún, en una plegaria ancestral como una especie de canto un tanto monótono y melancólico, pide por la vida y el bienestar de los trabajadores de la Fiscalía Local de Lautaro. Todo esto, frente a al nuevo edificio del Ministerio Público en la comuna”.*

Sin embargo, esta situación que nos habla de buenas intenciones sobre el abordaje de la persecución criminal en relación a las personas pertenecientes a comunidades indígenas, choca inevitablemente con lo que sucede en la realidad en los diferentes tribunales de nuestro país.

¿Es posible perseguir criminalmente a una persona y a la vez respetar su pertenencia indígena? Pareciera que la respuesta por parte de la fiscalía a esta pregunta es positiva. Sin embargo; cómo se persigue y se respeta a la vez, cómo se acoge una cosmovisión diferente con jurisprudencia hecha y legitimada desde otra, estas son algunas de las preguntas realizadas a los fiscales, aquí sus peculiares respuestas.

En relación a este punto, lo primero que destacamos es la forma como los fiscales conciben el concepto de “integración” en la persecución criminal con un enfoque étnico. En este sentido, manifiestan que por ejemplo ellos estarían dispuestos a aceptar la intervención de traductores en los juicios para permitir que los intervinientes pudiesen expresarse en su propia lengua. Lo cual, suena muy contradictorio ya que durante el juicio analizado el fiscal jefe no permitió que los acusados se expresaran en mapudungun, exigiendo que utilizaran la lengua Española para dirigirse a los jueces.

“Si es cierto nosotros no permitimos que se expresaran en su lengua en el juicio, pero fue porque no estábamos preparados, nos aviamos que ellos querían hablar en su lengua [...] no estábamos preparados eso es todo, no fue discriminación, ni nada por el estilo”. (Fiscal titular de la causa)

Otra forma de integración en la persecución penal tiene que ver con lo planteado con respetar la cosmovisión de los pueblos originarios. Aquí apreciamos una confusión del concepto ya que los fiscales entienden como cosmovisión que ellos puedan asistir con sus trajes típicos, hablar su lengua etc, sin embargo ellos no aceptan la existencia de un sistema jurídico propio al interior de las comunidades indígenas, es decir aceptan que los indígenas acudan a los tribunales Chilenos con sus vestimentas, que se expresen con su lengua, pero por ningún motivo aceptan la existencia de un sistema jurídico propio, en donde se puedan juzgar y aplicar sanción a los delitos cometidos al interior de cada comunidad.

“Nosotros podemos aceptar su cosmovisión, sus trajes típicos, su lengua, sus cantos etc, eso sería posible aceptarlos para que ellos no se sientan discriminados, pero todo enmarcado dentro del reglamento de los tribunales de justicia, esa es la única condición que tenemos que poner”. (Fiscal titular de la causa)

“Es imposible que en territorio nacional se pueda aceptar la vigencia de tribunales paralelos para los indígenas, podemos aceptar su lengua y sus trajes, pero eso es muy diferente a dejar que ellos tengan sus propios juicios [...] no podemos aceptar eso, cuando se acepte eso acaba el Chile que todos conocemos, estaríamos en otro país, pero no en Chile. (Abogado litigante de la causa)

### 6.3 El Defensor.

Micro - Modelo Análisis conceptual discurso del Defensor



El abordaje de causas judiciales en donde se encuentren involucradas personas pertenecientes a comunidades indígenas, presenta para la defensoría características particulares. Dentro del sistema judicial Chileno es la Defensoría Penal Pública es la institución que presenta mayores avances con respecto al abordaje de causas desde un punto de vista étnico. Siendo la única entidad que tiene dentro de su institucionalidad una sección especializada y defensores capacitados para enfrentar estos juicios. Su premisa fundamental parte de la base del respeto, comprensión cultural y argumentación basada en la cosmovisión del imputado.



### 6.3.1 Variable relacionada con el respeto a su cultura

Uno de los aspectos transversales que asoman del discurso de los defensores entrevistados, tiene relación con la incorporación del plano cultural en la elaboración de la defensa, cuando se trata de personas que participan de una comunidad indígena, es decir, para la defensoría cobra una importancia central lograr incorporar dentro de la elaboración discursiva, los antecedentes culturales que respalden el contexto de la teoría del delito presentada.

En este sentido los defensores destacan que las especificidades de la cultura siempre le darán una dinámica distinta a la elaboración de la defensa, por lo mismo cuando se trata de un delito en donde se encuentran involucrados indígenas, lo primero que hacen es tomar contacto con algún especialista del área que les explique el contexto cultural y una posible explicación, desde la cosmovisión indígena, de las motivaciones o actuaciones simbólicas que se encuentran detrás del delito investigado.

“Bueno yo no soy especialista en temas étnicos, pero para nosotros como defensoría es muy importante conocer el contexto en donde se dieron los hechos, porque ya hemos aprendido que lo que sucede en un determinado contexto, no tiene por qué ser lo mismo que significa para nosotros como Chilenos, por lo mismo es fundamental contar con especialistas, lamentablemente ahí tenemos un problema, porque por lo menos en la región son muy escasos”. (Abogado Defensor D.P.P.)

“Toda defensa indígena debe comenzar con una explicación de las causas en donde sucedieron los hechos, pero cuando digo causa no me refiero a las causas para nosotros, sino todo lo contrario las causas para ellos, ese es un punto crucial para hacer una buena defensa indígena”. (Defensor Penal)

Este resulta un cambio fundamental en comparación con la fiscalía, ya que los defensores no están sólo por relevar un cambio estético cuando se trata de personas indígenas, sino que en su discurso verdaderamente se lee un respeto por su cultura de forma integral, que va mucho más allá de permitirles ingresar a los tribunales con sus vestimentas o utilizar su lengua nativa, aquí aparecen rasgos representativos de su cosmovisión, los cuales serían de utilidad para incluirlos en su defensa, posicionando de esta forma el delito en un contexto específico, en una cultura específica y diferente a la nuestra. Es así, como en forma de instrucción general la defensoría generó un documento titulado; “Modelo de defensa penal para imputados indígenas” (2012), el cual señala cuáles son los principios que debe contener toda defensa de un imputado con ascendencia indígena, los principales son:

- En la construcción de sus alegaciones y defensas deben reconocer y proteger los valores y prácticas sociales, culturales, jurídicos, religiosos y espirituales propios de los pueblos indígenas y tomar debidamente en consideración la índole de los problemas que se les plantean tanto colectiva como individualmente.
- Deben respetar la integridad de sus valores, cosmovisiones, prácticas e instituciones, aun cuando éstas no coincidan con las estrategias de defensa elaboradas por el defensor, siempre que se cuente con el consentimiento del imputado.
- Deben adoptar mecanismos destinados a garantizar que sus representados puedan comprender la información que se les proporcionan, las estrategias de la defensa y los alcances e implicancias que los procedimientos legales tienen en la esfera de sus derechos individuales y las implicancias para su comunidad y cultura.
- Deben buscar y adoptar las medidas necesarias para que sus representados puedan comprender y hacerse comprender en procedimientos legales en su propio idioma, facilitándoles si fuere necesario, intérpretes u otros medios eficaces.

- Deben considerar, en el desarrollo de la defensa, el especial significado, dignidad y rol de las autoridades tradicionales o representantes culturales de la comunidad, así como los protocolos que deben guiar las formas de interrelacionarse con ellos.
- Podrán reforzar sus estrategias de defensa utilizando todos aquellos instrumentos jurídicos internacionales destinados a reconocer y garantizar los derechos culturales, la libertad de expresión, conciencia y religión. Así también implica el derecho que tiene el defendido o su comunidad de profesar su religión o creencias, de manera individual o colectiva durante todo el transcurso del proceso de defensa, como una forma de propiciar el éxito de la misma, o una vez recluso en un Centro Penitenciario donde la expresión de su espiritualidad cobrará un significado mayor.
- Propiciar la resolución de conflictos dentro de la comunidad, a partir de las formas propias de resolución de controversias, así como la armonización de los sistemas de administración de justicia estatal e indígena basada en el principio de respeto mutuo y de conformidad con las normas internacionales de derechos humanos. Ejemplo de ello podría ser la búsqueda de acuerdos reparatorios dirigidos a someter la controversia ante las autoridades tradicionales, o en los procedimientos abreviados, teniendo presente siempre los derechos más fundamentales de las personas. (Pág. 127)

Sin duda, que las obligaciones y exigencias impuestas son mucho mayores que las obligaciones de los otros participantes en el proceso penal, sin embargo los abogados defensores reconocen que en la mayoría de los casos, se hace imposible la elaboración de una defensa articulada desde todos los puntos presentados, debido al costo y al tiempo que ello demandaría. Además, se encuentra el problema de la falta de defensores especializados en la temática en la zona y el déficit que presenta la especialización en términos de duración y calidad.

“Yo creo que la defensoría tiene muy buenas intenciones, sin lugar a dudas es la institución de todo el sistema que presenta mejor predisposición al abordaje de este tipo de causas, pero por ejemplo aquí creo que no hay abogados que hayan hecho el curso de especialización, y los que saben más del tema es porque se han especializado por su cuenta”. (Abogado Defensor de la causa)

“No sé si llamar especialización asistir una semana a Santiago y asistir a un curso, eso es muy poco tiempo para ponerse el rótulo de especialista, así que uno hace lo que puede con el poco conocimiento que tiene del tema, eso sí hay que destacar que la defensoría es la única que le da más importancia a este tema, para los otros no es ni siquiera tema”. (Defensor Penal)

Por último, los defensores destacan del caso analizado que fue el primero que se estableció desde la pertinencia indígena, en el cual se pusieron todos los esfuerzos por llevar una defensa especializada, sin embargo la experiencia no los dejó muy satisfechos, ya que muestran su disgusto con el sistema en general debido a que para todos los otros intervinientes, el caso de *Erwin Antillanca* fue un caso más, un delito común más y lo trataron de esa forma, a pesar de que ellos pusieron todos sus esfuerzos por contextualizarlo dentro de una comunidad indígena, los resultados no fueron los que esperaban.

En este sentido manifiestan que encontraron muchos obstáculos por encuadrar el caso dentro de un contexto indígena. Los magistrados siempre mostraron reticencia en comprender el caso desde el contexto indígena, jamás mostraron interés por los peritajes que presentaron y más bien lo encontraban anecdótico. Mientras que la fiscalía puso todos sus esfuerzos en el delito, pero mostró nulo interés en comprender el contexto en donde este se dio.

“No sirve de mucho que nosotros nos especialicemos al respecto, si los magistrados y los fiscales no saben nada sobre el trato de una causa indígena, y lo peor no es que no sepan, sino que no les interesa saber”. (Defensor Penal)

### 6.3.2 Variable relacionada con el reconocimiento a sistemas internos de justicia indígena.

Otro punto llamativo relevado por los defensores es el reconocimiento institucional que realizan al sistema jurídico interno que pudiese tener cada una de las comunidades indígenas en nuestro país. Este punto es llamativamente importante puesto que es la única institución formal y dependiente del estado que hace tal reconocimiento y lo sitúa en un sitio formal. Al respecto señalan en su manual para defensa de imputados indígenas; “Este principio implica el reconocimiento de la existencia de cosmovisiones distintas a la de la cultura oficial, de sus instituciones tradicionales y sistemas propios de administración de justicia. Implica dar valor normativo a los modos de organización sociopolítica y jurídica de los *pueblos indígenas*. En el sistema penal este principio se manifiesta en el reconocimiento que los estados han realizado a los derechos indígenas, a sus jurisdicciones e instituciones propias, a nivel constitucional y legal. Ejemplo de ello es el caso de Bolivia (1994), Colombia (1991), Ecuador (1999), México (2001), Perú (1993) y Guatemala (1996), los que establecen en sus Constituciones un expreso reconocimiento a la diversidad étnica y cultural, a la calidad de pueblos indígenas, el derecho a las tierras y territorios, el reconocimiento del derecho consuetudinario por justicia estatal y funciones jurisdiccionales propias (Colombia, Perú, Bolivia, Ecuador, México)” (2013, pág. 17)

Así, la defensoría se pone en concordancia con lo establecido en el convenio N° 169 de la OIT, que Chile reconoce y ratifica el año 2008. En tal sentido, la defensoría pone límites reconocibles al *ius puniendi*, es decir al derecho de sancionar, ya que este principio no puede aplicarse con los mismo criterios cuando se trata de personas indígenas, señala; El principio de igualdad en materia penal exige reconocer las desigualdades y tratar de manera desigual a los desiguales, lo que no ha de entenderse necesariamente en el sentido de discriminación positiva, o en la privación del carácter de sujeto de derecho (sentido negativo). [...] La necesaria incorporación de los derechos humanos al sistema penal, en cuanto límite al *ius puniendi* como fundamento de la intervención mínima, y criterio rector en la selección de bienes jurídicos penales, hace que el principio de igualdad no pueda ser concebido separado del Principio de respeto a

las autonomías culturales, esto significa que el sistema penal debe “tomar en consideración la percepción específica de la realidad y de los valores de las minorías étnicas y de los grupos que representan culturas diferenciadas dentro de una determinada sociedad”. De esta forma, se presenta un límite funcional de la ley penal, consistente en “la falta de una condición necesaria para la criminalización de ciertos comportamientos, cuando éstos pueden ser considerados como normales en subculturas bien delimitadas”.

En tal sentido la legislación Chilena se obliga a respetar el derecho de los pueblos indígenas a respetar su jurisprudencia propia, y las formas internas de resolución de conflictos, ello debido a la necesidad de reconocerse como un país multicultural, situación reconocida por el estado Chileno con la ratificación de los convenios internacionales.

“Chile no sólo debe reconocer si existe una forma propia de sanción en una comunidad indígena, sino que está obligado a hacerlo, sin embargo el Estado por medio de la tozudez de los magistrados por los veredictos en las causas, se expone a ser llevado a tribunales de justicia internacionales” (Abogado Defensor de la causa)

Y esta lógica de reconocer la justicia interna en cada una de las comunidades indígenas, fue puesta en evidencia en el caso analizado, al respecto los entrevistados mencionaron que si bien la argumentación fue elaborada bajo los principios estrictamente jurídicos de reconocimiento de formas distintas de aplicación de justicia, los jueces desconocieron este principio alegando lo siguiente; Que tal como se adelantó en el veredicto, el tribunal estima que no se dan los presupuestos para dictar un sobreseimiento definitivo o absolver al acusado, por estimar que el asunto ya fue resuelto por la comunidad mapuche; o que se trate de un delito motivado.

*El Convenio N° 169* sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes de la Organización Internacional del Trabajo, publicado el 14 de octubre de 2008, en su artículo 1° dispone que.

*“El presente Convenio se aplica: a) a los pueblos tribales en países independientes, cuyas condiciones sociales, culturales y económicas les distingan de otros sectores de la colectividad nacional, y que estén regidos total o parcialmente por sus propias costumbres o tradiciones o por una legislación especial; b) a los pueblos en países independientes, considerados indígenas por el hecho de descender de poblaciones que habitaban en el país o en una región geográfica a la que pertenece el país en la época de la conquista o la colonización o del establecimiento de las actuales fronteras estatales y que, cualquiera que sea su situación jurídica, conservan todas sus propias instituciones sociales, económicas, culturales y políticas, o parte de ella.”*

A su paso, el artículo 8º dispone: *“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 éstas no sean incompatibles con los derechos fundamentales definidos por el sistema jurídico nacional ni con los derechos humanos internacionalmente reconocidos. Siempre que sea necesario, deberán establecerse procedimientos para solucionar los conflictos que puedan surgir en la aplicación de este principio.*

*La aplicación de los párrafos 1 y 2 de este artículo no deberá impedir a los miembros de dichos pueblos ejercer los derechos reconocidos a todos los ciudadanos del país y asumir las obligaciones correspondientes.”*

Luego, el artículo N° 9º establece: *“En la medida en que ello sea compatible con el sistema jurídico nacional y con los derechos humanos internacionalmente reconocidos, deberán respetarse los métodos a los que los pueblos interesados recurren tradicionalmente para la represión de los delitos cometidos por sus miembros. Las autoridades y los tribunales llamados a pronunciarse sobre cuestiones penales deberán tener en cuenta las costumbres de dichos pueblos en la materia.”*

El artículo N° 54 de la ley indígena 19253 comienza con la declaración de que la costumbre hecha valer en juicio entre indígenas de una misma etnia constituirá Derecho, “siempre que no sea incompatible con la Constitución política de la República”. Y luego agrega que “en lo penal se la considerará cuando ello pudiere servir como antecedente para la aplicación de una eximente o atenuante de la responsabilidad”.

En una reciente publicación en la *Revista de Derecho penal y Criminología*, de Buenos Aires, Editorial La Ley, año III, número 7, agosto de 2013, bajo el título *Derecho penal y minorías étnicas: planteamiento y liquidación criminalista de un problema político*, el profesor José Luis Guzmán Dálbora, alude a las minorías étnicas, no en sentido numérico, sino para designar sociedades completas provistas de una lengua y tradiciones culturales propias, que viven en un territorio ocupado históricamente por ellas, pero que lo perdieron a causa de la supremacía de un Estado foráneo y fueron forzadas a la absorción o asimilación cultural. Son las llamadas minorías nacionales, a las que cuadra mejor, empero, el nombre de pueblos autóctonos, ya que estamos ante gentes originarias del mismo territorio que habitan actualmente<sup>12</sup>.

Consabidas son las limitantes en la legislación interna e internacional que obstaculizan el respeto a la diversidad, y nos dejan anclados con la mirada limitada de nuestra propia cultura, pero creemos que en el presente caso, no se alcanza a entrar al tema de fondo que dice relación con la aplicación de la ley penal vigente, o la aceptación de la resolución previa del conflicto por la comunidad mapuche, ya que no se acreditaron presupuestos y circunstancias fácticas previas.

---

<sup>12</sup> Sobre la nomenclatura, cfr. Bernardi, *Modelli penali e società multiculturale*. Giappichelli, Torino, 2006, cfr. pág. 63.



Por lo tanto, el trato establecido con este tipo de comunidades para los magistrados se encuentra fuera del prototipo establecido intelectualmente para llamarlas comunidades, por lo mismo no es posible considerar como válidos sus sistemas sancionatorios internos.

El respecto los defensores señalan que es imposible tener en la actualidad pre – concepciones de comunidades arquetípicas del siglo XVII o XVIII, todo va cambiando, todo va evolucionando, los Mapuches en la actualidad nos salen a casar para comer, van a los supermercados, sus hijos van al colegio, etc. entonces las configuraciones de comunidad que necesitan los magistrados sólo están presentes en alejadas comunidades en el sur de Chile, no en medio de una ciudad como sucede con la comunidad *Lrelmu Rayen Chodlafkenos*. Con esta sentencia jurídica jamás o en muy pocos casos se podrá aplicar la jurisprudencia Mapuche dentro de sus comunidades, lo cual hace improcedente muchos de los puntos ratificados en el convenio N° 169.

“Aquí es donde uno se comienza a frustrar porque yo encuentro que el sistema busca artilugios legales para no aplicar el convenio N° 169, es un temor a reconocer que no somos iguales ante la ley, eso causa un gran temar en los magistrados”.  
(Defensor Penal)

“Hay cosas que no se pueden comprender como está sentenciado más bien los razonamientos de esta sentencia, son muy etnocentristas, así después no se pregunten porque el conflicto Mapuche llega a instancias de violencia”. (Abogado Defensor de la causa)

### 6.3.3 Variable relacionada con el error de prohibición

Los defensores señalan que en términos sintéticos existen en la práctica penal en relación a causas indígenas dos salidas ampliamente conocidas entre los abogados defensores. El camino largo, y el menos utilizado por lo demás, es la alegación desde los convenios firmados y ratificados por el estado Chileno, especialmente el convenio N° 169 de la OIT, sin embargo como lo apreciamos en el punto anterior muchas veces este argumento es desechado por los magistrados por la difícil labor de juntar todos los elementos probatorios para justificar el proceder del imputado, cuestión que toma mucho tiempo y dinero para la fiscalía. Si sumamos a lo anterior la falta de profesionales abogados y peritos especializados en esta área se hace aún más difícil este camino.

Sin embargo, existe un camino mucho más corto, acotado y aceptado por la gran mayoría de los tribunales de nuestro País, que es invocar el error de prohibición en las causas indígenas. Esto consiste básicamente en demostrar al tribunal el desconocimiento, inevitable o evitable, de la ilicitud penal de la conducta que dio pie para la comisión del ilícito.

Es más, en el manual de defensa de imputados indígenas el procedimiento de la invocación del error de prohibición se describe ampliamente como un camino rápido a seguir, este se describe de la siguiente forma: La vía más usada por la defensa, y aceptada en doctrina, es aquella que, dejando intacto el injusto penal, sitúa la defensa en el ámbito de la culpabilidad, vía error de prohibición o error de comprensión culturalmente condicionado.

Es importante que la defensa sepa distinguir entre las distintas clases de error dado que en algunos fallos examinados se advierte una confusión al momento de alegarlo, y de fallarlo. Los errores en la alegación determinan a veces que los jueces no comprendan el fundamento de la exención o atenuación de responsabilidad que se reclama, y lo rechacen, o emitan fallos contradictorios, como ha sucedido en el caso antes tratado de las imputadas Aymaras. Nos estamos refiriendo a casos en los que la conducta puede ser atribuida a:

A un desconocimiento total o parcial de la norma penal o de sus reformas. Esta invocación si bien no suele ser aceptada en virtud de la presunción de conocimiento del derecho, en el último tiempo se advierte una mayor tendencia en los tribunales para aceptar el error eximente de culpabilidad. Así por ejemplo, tratándose de indígenas que viven en comunidades que han sido penetradas por la religión católica o protestante, o más aún, que tienen a su alcance medios de comunicación social, los tribunales acuden a estos argumentos para negarla, argumentos, a nuestro juicio, que perfectamente pueden ser desvirtuados por la defensa.

- Que el sujeto no comprende lo injusto de su actuar, no por desconocimiento de la norma, sino porque está obedeciendo a una otra conciencia que lo determina en su actuar (carece de conciencia de la ilicitud).
- Que el sujeto cree estar amparado por una causal de justificación que en realidad no lo ampara

El error de prohibición es aquel que impide la comprensión de la antijuridicidad, esto es, la contrariedad de la conducta con el derecho, sin que se afecte el conocimiento de los elementos del tipo. Más concretamente esta no comprensión de la antijuridicidad se traduce en la inexistencia de la conciencia de la ilicitud, la que en virtud del principio de culpabilidad ha de ser exigible al sujeto para atribuirle responsabilidad penal. La conciencia del injusto es la del injusto realizado, la exigibilidad de la misma implica un proceso de internalización de un determinado sistema de valores constituido culturalmente. Naturalmente, ya que se trata de proceso cultural, no todos los individuos internalizan el mismo tipo de normas. Lo anterior no significa que esto pueda, por regla general, conducir a la afirmación de la falta de culpabilidad del sujeto, pero si exige distinguir y precisar ciertos casos en la falta de internalización de valores no puede ser imputada al sujeto, por lo que el Estado no puede exigir en estos casos responsabilidad penal.

El *error de prohibición* puede ser de distintas clases, pudiendo mencionarse el que determina “una inexigibilidad de la comprensión de estar prohibido el acto mismo”, lo que supone, ciertamente, que el sujeto sabe lo que hace, es decir, que obra con dolo. A su vez este error de prohibición puede ser directo o indirecto. El error directo de prohibición es “el que recae sobre la norma misma”, mientras que el error indirecto de prohibición es aquel que consiste en “la falsa convicción de que opera en el caso una causa de justificación”, esta causa de justificación puede existir, y bien se yerra sobre los presupuestos fácticos de la justificante –lo que la doctrina mayoritaria considera que debe tratarse bajo las reglas del error de tipo-, o bien no existe pero el sujeto cree que sí –este caso si debe ser tratado de acuerdo a las reglas del error de prohibición.

Los abogados defensores consideran que esta es una salida más fácil y útil que invocar tratados internacionales o legislatura particular al respecto, pues señalan que es ampliamente aceptado el error de prohibición en causas de este tipo por parte de los jueces.

“Es sabido que el camino más fácil y de mejor comprensión en estos casos es la invocación del error de prohibición por parte del imputado, porque es mucho más aceptado y familiar para los magistrados” (Abogado Defensor de la causa)

“El error de prohibición no debería utilizarse en estos casos, pero debo reconocer que se utiliza mucho, porque es aceptado por los jueces, y digámoslo derechamente es mucho menos pega que realizar todo un argumento en torno a una defensa indígena”. (Defensor Penal)

Sin embargo señalan al respecto que la invocación del error de prohibición también es muy utilizada por personas con desórdenes mentales, casos psiquiátricos, extranjeros etc. Por lo mismo, podríamos afirmar que en los tribunales penales es frecuente asimilar a un indígena a un esquizofrénico porque se hace más rápida y fácil su defensa.

#### 6.3.4 Variable relacionada con la etnoterritorialidad

Un concepto clave para entender el caso analizado y puesto en práctica en juicios penales por la defensoría es el de etnoterritorialidad, que podemos entenderlos como; Desde mi perspectiva los etnoterritorios pueden comenzar a entenderse a partir de la singular conjunción de las categorías de tiempo, espacio y sociedad que se concretan en la historia de un pueblo en un Lugar (Barabas, 2010, pág. 19). Se ha llamado a veces esencialista a la posición que enfatiza el fuerte peso de la profundidad histórica en el hábitat y de las nociones de territorio originario y herencia de los ancestros para la construcción de las identidades en los pueblos originarios. Sin embargo éstos son los elementos que priman en la percepción que los propios indígenas que viven en las comunidades tienen de sus territorios, aunque no faltan posturas más constructivistas acerca de la territorialidad, que provienen del aporte de los migrantes indígenas hoy partícipes de comunidades transnacionales. (Barabas, 2010, pág. 20)

Así la *etnoterritorialidad* alude a la conjunción de tiempo, espacio y comunidad en un lugar determinado, aunque este no sea el ancestralmente ocupado, esto entrega una nueva dimensión para entender al pueblo Mapuche. Especialmente si nuestro propósito es entender la formación de comunidades Mapuches lejos de los territorios tradicionalmente ocupados, y emplazados en contextos urbanos de grandes envergaduras.

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” (Saavedra, 2002, pág. 71). Este investigador, a la luz de las cifras censales disponibles y estimaciones propias y de Bengoa 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 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.

En este sentido, la defensoría mantiene un concepto amplio de la territorialidad del pueblo Mapuche cuestión que sirve desde el punto de vista de la inclusión de todos las personas que pertenecen a este pueblo, por lo mismo los entrevistados, solicitan que no se debe prestar para confusión el tema, si una persona no vive en una comunidad esto no quiere decir que la defensa no pueda actuar desde la construcción de una defensa Mapuche.

Al respecto en el caso analizado señalan que se trataría de acuerdo a la descripción de un conflicto que se da entre dos personas con una pertenencia diferenciada. Por un lado se encuentra Erwin Antillanca, que proviene de una zona Mapuche del sur de nuestro país con fuertes lazos con su comunidad Mapuche, por otro lado se encuentra Adolfo Rubillanca, quien no vive en una comunidad Mapuche, pero si participa sistemáticamente en ella. Lo anterior para los defensores sería clave en la configuración del delito, ya que las cosmovisiones serían aparentemente distintas y eso explicaría su actuar, además de que Adolfo haya acudido a demandar al imputado en la justicia Chilena.

“En el caso analizado es claro que uno de los dos, en este caso el imputado tiene una mayor proximidad con la cultura Mapuche, porque está claro que para él forma parte de su vida, de su forma de vida”. (Abogado Defensor de la causa)

“Lo malo de todo esto sigue siendo la comprensión que existe hoy en día de los Mapuches, el común de la gente piensa que aun los Mapuches sólo viven en el sur del país, me imagino que pocas personas saben que aquí muy cerca de sus casas existe una comunidad de Mapuches, además lo toman como algo anecdótico, para ir a pasear los fines de semana”. (Defensor Penal)

## 6.4 Los otros

Micro - Modelo Análisis conceptual discurso de los otros



En el deambular por los tribunales fueron apareciendo un sinnúmero de personajes con un discurso muy interesante sobre el casi analizado, que si bien no tenían una participación activa y directa en el juicio si tenían opiniones al respecto, opiniones que dejaban vislumbrar un montón de silogismos interesantes de analizar. En las próximas paginas compartiré sus palabras, tal vez carezcan de contenido analítico profundo, pero sin duda son palabras traslucen el contenido discursivo de aquellos que no militan institucionalmente, de los otros participantes en esta etnografía, aquellos que no entendieron cabalmente de lo que se trataba, pero por lo mismo cargadas de honestidad y transparencias.



#### 6.4.1 El discurso de la señora que hace la limpieza.

Ser Mapuche y no Mapuche.

Una señora mientras limpiaba los vidrios miraba de reojo lo que sucedía en la gran sala de audiencia, no era común para ella ver a tanta gente vestida de Mapuche, y ante la incredulidad que veía se preguntaba que sucedía. Al mirar caía en los extendidos estereotipos que existen sobre los mapuches en Chile, si estábamos en Viña del Mar y qué hacían tantos mapuches en la ciudad. Sin embargo se puso a pensar, pero si yo también tengo apellido Mapuche, por lo tanto soy media Chilena, pero también media Mapuche, en ese momento cobro sentido lo que estaba viendo y ya no era tan extraño la presencia de estas personas en la gran sala de justicia.

Entonces, qué significa *ser Mapuche y chileno*, es ser mestizo dentro del sistema étnico- social chileno. Es una pregunta demasiado grande para tan pocas páginas, y cuanto más grande se hace, más nos aproximemos a cada uno de sus elementos inciertos y poco claros que manejamos como respuestas.

En primer lugar, ser Mapuche nos recuerda un sentido histórico de subordinación y obediencia a la unidad política personalizada por el Estado, que se resumen en la cultura de accidente “moderno” y su trascendencia por medio del establecimiento de un cierto orden social, en donde ser indígena y participar como tal no constituye la atribución en la obtención de los mismos derechos clásicos de todo Chileno medio. José Marimán, describe con lucidez este proceso en el siglo XIX; “El primer efecto, el de transformar a los mapuche en una minoría étnica al interior de la formación social chilena. Incorporación política compulsiva, ya que se realiza a través del sometimiento militar, ella implicó, al perder el pueblo mapuche toda autonomía y al no serle reconocido ningún derecho político -ni cultural- específico en tanto que grupo étnico diferenciado del resto de la población nacional, la transformación de los mapuche en minoría nacional oprimida en el seno del Estado nación chileno”. Entonces ser medio Mapuche o Mapuche completo significa un peso, significa llevar una carga histórica, arrastrar por

entre los siglos el estigma de la incultura, de la minoría excluida, el que debe pertenecer a la pobreza, el que debe contentarse con lo que sobra de la cultura dominante.

Esta caracterización sobre ser Mapuche en el siglo XIX con las palabras de la señora que diariamente realiza la limpieza en las dependencias del tribunal cobra un real sentido, se alza como una verdad inmutable, después de más de cien años son los mismos, el orden social sigue ahí tan presente como siempre, y ellos lo Mapuches no Mapuches, ocupan el mismo lugar de siempre.

“Cuando yo vi a toda esa gente vestida así, dije que pasa si los mapuches viven en el sur del país, pero no es así los mapuches están en todo Chile, yo no le quería contar pero yo soy media Mapuche soy Llanca, cuando me acorde de eso ya no era tan extraño ver esas personas aquí, ellos son más valientes no más, porque ellos respetan sus tradiciones, a mí me dan vergüenza” (Señora de la limpieza tribunales de justicia 1)

La vida de los medio Mapuches en la ciudad ha provocado en muchos de ellos un desapego o desconexión de sus raíces culturales, ya que cuando se integran a las dinámicas urbanas prefieren resaltar su apellido Chileno y esconder el apellido Mapuche, situación que se ve reforzada a diario por las prácticas de estigmatización, discriminación y la pauperización de sus condiciones de vida sociales y económicas en que viven. Ellos llegaron como extraños a habitar en medio de estas moles de cemento, pero no solo el cemento fue lo extraño, sino que el trato de los demás fue de un trato de extraños, de otros, de no integrados, de excluidos. Fueron siglos de deambular para encontrar un espacio en medio de las grandes ciudades hasta que al fin lo encontraron, su con finitud estaba en los barrios periféricos de las grandes ciudades, ahí donde ya nadie quería habitar encontraron su habitad bajo el marco de una situación de mestizaje subordinado, que proveía a las grandes ciudades manos de obra barata, insensibilizando al resto de los ciudadanos al esconderse en los recovecos miserables dejados para su sobrevivencia.

Entonces el mestizo de origen indígena, no el mestizo de origen Europeo, aquel que vive o sobrevive en las villa miseria de nuestro país, vive una situación de precariedad absoluta, está en el medio de una cultura propia y lejos de la cultura nacional, no tiene más escapatoria que aparentar en el día ser Chilenos, vestirse como tal, parecerse a ellos, para en la noche lamentar la no pertenencia o su pertenecía marginal. Así el mestizo que aprendió a ser más chileno que indígena o que logro ocultar bien esta sub categoría de *origen* indígena, es una persona expuesta, una persona frágil ante el torbellino cultural nacional, aun cuando haya logrado encestarse en los mínimos peldaños del ascenso social como en este caso.

“Yo no sé cómo esta gente se atreve a venir vestida así al tribunal, porque aquí los vana discriminar seguro que los vana discriminar, ya va a ver usted aunque no tengan la culpa siempre la culpa será del Mapuche [...] ellos no deberían mostrar que son mapuches porque es un punto en contra en el tribunal, yo siempre nombro mi primer apellido no más”. (Señora de la limpieza tribunales de justicia 2)

“Se imagina que pasaría si uno viene a trabajar así vestida así de forma tradicional, como e reirían de mi jajaja [...] yo no podría ser como ellos, aunque sé que tengo sangre mapuche, pero prefiero que la gente no sepa, así es mejor”. (Señora de la limpieza tribunales de justicia 1)

#### 6.4.2 El discurso del guardia de seguridad

Si existe el Chileno medio, es aquel que logro olvidarse de ser indígena, logro ocultar su raíz y situarse en medio alguna clase social que lo acepto como tal, como uno más, no como otro. Sin duda que en la figura del guardia de seguridad encontramos a este chileno, que se reconoce como mestizo pero de un orden “superior”, ya que al no tener apellidos Mapuches su ascendencia y su descendencia escapan de este estigma de ser indígena. Este personaje se reconoce como producto de la cultura dominante, que mira y camina desde la reproducción ideológica del estado Chileno, es un hombre de carácter nacional y no producto de una fracción. Vive en una patria, tiene una nación, comparte sus símbolos patrios y esta provista de un alma llamada “Chilenidad”, pertenece a un Estado Nacional y puede contarnos sobre la tradición republicana fundacional de la patria.

“Yo no me considero como ellos, si yo no tengo nada de Mapuche yo soy Chileno, si quiere le muestro mi carnet de identidad, ahí salen mis apellidos, los dos son chilenos, incluso creo que mi abuela o bisabuela viene de Francia o Italia, se vino parece arrancando de la segunda guerra mundial, entonces cómo me voy a parecer a ellos?, nada que ver yo soy bien Chileno para mis cosas”. (Encargado de seguridad tribunal de justicia)

“Pero si ellos también son chilenos, aunque anden vestidos así como mapuches, si los mapuches también son chilenos, si viven en Chile, ahora que aleguen sobre sus tierras y esas cosas, son cuestiones que ya pasaron, debe ser es que nunca han sabido vivir en paz, porque son medios porfiados”. (Personal de seguridad)

Entonces se trata de un reconocimiento subjetivo de la historia policia que nos formaron como estado – nación, lo cual permeó a gran parte de los ciudadanos de nuestro país, si no llevamos un apellido mapuche no pertenecemos a esa minoría étnica, el reconocimiento *identitario* se encuentra fuertemente ligado a históricos procesos de estigmatización y exclusión de la etnia mapuche en nuestro país. Es ahí uno de los mayores rasgos *identitarios* presente en nuestra idiosincrasia, somos chilenos y no mapuches, los mapuches se identifican como tal en el tiempo y en el espacio por una marca, no por una tradición e historia.

“Yo soy chileno porque toda mi familia es chilena, quizás alguna vez tuve sangre mapuche como todos, pero después de tantos años ya no tenemos sangre mapuche, ahora somos chilenos, los que son mapuches es porque llevan un apellido mapuches, ellos si son mapuches yo no”. (Encargado de seguridad tribunal de justicia)

La pérdida de historicidad dentro de la cultura global en que nos encontramos permite afirmaciones de este tipo, en donde las marcas nacionales se vuelven volátiles y contingentes de acuerdo con los acontecimientos diarios de cada país, por lo mismo el trastocamiento de estos caracteres nacionalistas son más de forma que de fondo, no aglutinan el alma nacional, solo sirven para diferenciarse internamente de aquellos grupos más pauperizados internamente, en este caso los mapuches. Entonces soy chileno pero no mapuche sólo porque mi carnet de identidad me señala que no tengo una marca mapuche, de ahí sólo bastaría para un mapuche una o dos generaciones, casarse con la persona indicada y perder su identidad étnica. Pero todos sabemos que no es tan fácil diluir estas diferencias culturales, aunque aparentemente para nuestro entrevistado si lo es.

“Usted no me puede decir a mi si soy o no soy, porque yo le digo a usted tiene apellidos mapuches, entonces si usted no los tiene, no puede decir que es mapuches, si hasta la ley lo reconoce así, si usted por ejemplo quiere un beneficio lo primero que le piden es el carnet de identidad para ver si es mapuche” (Personal de seguridad)

Entonces, los mapuches que habitan en la ciudad lo son por opción, son mapuches porque quieren serlos, porque quieren parecerlo y porque buscan alguna retribución por ello. La invasión de los “otros” no mapuches en un sistema global pareciese ser una opción, que permite administrar las diferencias según el día y la conveniencia, relativizando sus valores y el acervo cultural de las personas que estaban dentro de la gran sala del tribunal, según el entrevistado.

#### 6.4.3 El discurso de otro imputado

Es muy interesante el análisis de otro imputado que se encontraba a la espera de un juicio oral en el mismo tribunal sobre su “colega mapuche imputado”. Desde su punto de vista coexisten dos planos en la visión que se tiene sobre los mapuches.

El primero de ellos, es un plano en donde todos nos reconocemos como iguales, como hermanos, como conciudadanos que formamos una misma nación, con diferencias pero con una historicidad que inevitablemente termina por unirnos. El estado actual de las cosas, nos presenta dos comunidad humanas que comparten un mismo territorio, que comparten una forma de vida parecida, y que la historicidad que los envuelve los termina juntando irremediablemente. Además, la población mapuche trabaja y se gana la vida en el mismo sistema económico en que lo hacen todos los chilenos. Sus actividades económicas, en este sistema, definen la inserción que tienen los mapuches en la estructura de las clases y en los sistemas de estratificación social de la sociedad chilena actual.

“Porque voy a míralos diferente, para mi somos iguales, compartimos todo, porque me voy a sentir diferente, la gente no sabe que todos llevamos sangre mapuches, se hacen los europeos o los gringos, pero todos somos en parte mapuches” (Imputado por el delito de robo)

“A mí me gusta la gente mapuches porque son más auténticos, yo he trabajado con mapuches y son igual que yo, ninguna diferencia”. (Imputado por estafa)

La segunda dimensión se refiere a la formulación del mapuche como un “otro” diferente, desconocido y no Chileno. Esta visión de una comunidad compartida con un mapuche singularizado por la etnicidad, es una concepción muy mal vista desde el punto de vista del entrevistado. Quien señala que dentro del mundo delictual no existen estas diferencias, pero que en el mundo oficial si son visibles.

“Mire nosotros no discriminamos a nadie, menos a un mapuche porque ellos son una raza guerrera, pero yo sé que aquí en los tribunales igual van a discriminar porque son mapuches, porque aquí todos se sienten superiores” (Imputado por lesiones)

Dentro del mundo delictual lo mapuche ya no es claramente lo inferior o lo atrasado, antes bien, incluso puede resultar lo natural, lo puro, lo rebelde, lo único particular o exclusivo frente a la cultura global. Constituye una calidad frente a la cultura que se vive, es volver a nuestras raíces y valorizar lo propio. Sin duda existe una suerte de confabulación horizontal de los excluidos, ya los “delincuentes” se sienten al margen y sienten que la sociedad trata de la misma forma a los indígenas, por lo mismo existe una suerte de apropiación de sus reiniciaciones como propias, ante un estado que los persigue y los violenta.

“Yo entiendo a los mapuches, cuando yo era menor compartí con un cabro mapuche y nadie le hacía nada porque todos lo respetábamos porque na que ver que lo molestaran si él es como dijera el dueño de este país, son los que estaban aquí antes, nosotros llegamos y les quietamos todo”. (Imputado por robo)

En términos de transferencia cultural, según el entrevistado al estar con otro imputado mapuche, sucede un proceso de mutua transferencia cultural, en donde se da una relación dialéctica de enriquecimiento cultural mutuo. El compartir con personas de otras culturas tiende a acercar distancias y abolir ciertas descalificaciones o prejuicios apriorísticos sustanciales sobre la cultura mapuche, con lo cual es posible pasar a un estado de aprendizaje mutuo, en donde es posible conocer diferentes estrategias de aprendizaje en medio de un escenario en donde las dos partes son parte de la exclusión por parte del Estado.



“Yo he conversado con el loquito mapuche y es bueno porque uno aprende muchas cosas de su cultura, y uno le pregunta sobre como ellos ven el sistema judicial siendo que ellos tienen sus propias leyes, entonces eso es importante aprenderlo porque debe ser difícil que a ti te juzguen con leyes que tu no compartes”.  
(Imputado por lesiones)

#### 6.4.4 El discurso del personal administrativo

El punto central del personal administrativo entrevistado tiene que ver con la visión folclórica y pintoresca que tiene para ellos recibir un juicio Mapuche en la sala de justicia. En tal sentido los medio de comunicación han jugado un papel preponderante para generar esta visión minimalista y televisiva de la cultura mapuche que ha permeado a un gran grupo de personas. Los discursos producidos por los medios de comunicación en torno a las relaciones interculturales entre el pueblo mapuche y los chilenos, desde la colonia hasta nuestro tiempos, han generado una serie de representaciones caricaturescas sobre los mapuches.

Así los discursos mediáticos reproducidos con inmediatez por los medios de comunicación van generando en el público un sentimiento paternalista e inferiorizando las capacidades de los mapuches. Esta forma de construir ideologismo al servicio de la dominación del “otro” ha tenido un éxito insospechado dentro de la sociedad oficial, puesto grandes sectores ven a al pueblo Mapuche desde un punto de vista folclórico, en donde sus demandas no son más que lloriqueos ancestrales por conseguir algunos elementos de sobrevivencia cultural, sin embargo este paternalismo también ayuda a fortalecer poderes de clases dominantes a través de una configuración de inferioridad cultural, y así construir visiones distorsionadas sobre la realidad.

“Yo cuando supe que iba a ver una causa de la comunidad Mapuche, no me la quería perder por anda, porque para mí los Mapuches son tan lindos, me gusta mucho todo lo de ellos, su artesanía, su comida, en realidad todo” (Administrativo de causas)

“Es súper simpático que vengan los Mapuches vestidos con sus ropas y traigan sus instrumentos y todas sus cosas, cuando los vi me acorde de mis vacaciones en el sur cuando fui a Pucón y de ahí fuimos a una reserva indígena, en donde nos mostraban sus danzas, sus platos tradicionales y sus vestimentas, no tenía idea que había una comunidad aquí en Viña cuando pueda voy a ir de paseo para conocerla”. (Secretaria recepcionista tribunal)

Entonces, debemos tener claridad que el discurso mediático generado por las relaciones interculturales de dos culturas en contacto, no sólo está constituido por un conjunto de suposiciones, sino que estas están sustentadas por determinismos complejos, en el sentido que están conformadas por toda una estructura ideológica de poder, en donde la supremacía ética moral es la fuente de la transmisión y determina un enfoque civilizador de la cultura dominada. Interacción discursiva sostenida por los aparatos de poder del estado, que conscientemente sostienen estos relatos paternalistas y deterministas.

Por lo anterior, debemos reiterar que las representaciones realizadas por los entrevistados, no son más que el reflejo de profundos estereotipos cristalizados en una significación discriminatoria y dominante, mediante prácticas discursivas imbricadas a través de los medios de comunicación. Así, construir una percepción amorosa del indígena, sobre la base de estereotipos socialmente compartidos desde la cultura oficial, se presenta como un relato histórico verosímil para la gran mayoría de los ciudadanos de nuestro país, siendo capaz de imbricar en la memoria colectiva significaciones folclóricas y estéticas del pueblo Mapuche, como los principales referentes de su legado cultural.

“Es muy bueno que los Mapuches respeten sus tradiciones, sobre todo conservando sus vestimentas, sus accesorios y todo lo que ellos hacen, porque es muy bonito para transmitir a nuestros hijos todas estas cosas”. (Secretaria recepcionista tribunal)

“Ellos hacen artesanía muy linda, siempre cuando hay alguna feria artesanal yo voy a comprar cosas, también veo siempre los programas de la televisión que muestran sus comidas y sus bailes típicos”. (Administrativo de causas)

Es así como una de las principales manifestaciones del racismo es la negación, cuestión que lamentablemente no sólo se da como comentario obligado del ciudadano común, sino también caracteriza a los intelectuales que se acoplan al poder y que se apropian de los medios de comunicación de masa para reproducir estereotipos estéticos, amorosos y simbólicos del *ser indígena* en una tierra que les pertenece pero de la que son excluidos de todas las formas posibles por el estado y por los chilenos.

## **CAPÍTULO VII: CONCLUSIONES**

---

## 7. CAPÍTULO VII: CONCLUSIONES

### 7.1 En relación con el sistema de justicia indígena:

El sistema sancionatorio indígena del Az Mapu existe, se reproduce y se ejerce con propiedad dentro de la comunidad indígena Nguillatue Relmu Rayen ChodLafken, si bien no podemos pensar en un modelo como el señalado por Tomás Guevara en su texto *Costumbres judiciales* de 1904.

“El procedimiento o la administración de la justicia fué entre los araucanos de una sencillez extraordinaria. Desde fines del siglo XVI no habia jueces determinados: el jefe de la familia desempeñaba el oficio de juez natural a vengarse o a resarcirse del daño. Su autoridad judicial se hallaba, pues, en Estado embrionario, de ios suyos i el cacique de la tribu interponía su influencia para ayudará la comunidad.” (pág. 52).

El Az Mapu constituye un sistema indígena con una práctica sistematizada y una dinámica conforme a sus tradiciones. Como es posible apreciar en la cita, desde principios del siglo XX que el sistema judicial Mapuche es considerado por la cultura oficial como *embrionario*. Obviamente, esta calificación responde a odiosas comparaciones con el sistema de justicia penal chileno, por lo que no es posible calificarlo de embrionario. Más bien, ha de verse como un sistema penal distinto y que respondía a los propósitos culturales de impartir justicia dentro de las comunidades Mapuches.

Ahora bien, mucho más complejo resultaría hablar de un derecho penal Mapuche, pues la aplicación de justicia depende en gran medida de la interpretación de cada comunidad sobre las reglas imperantes en cada Az Mapu. En este sentido, la interpretación que se hace de un delito se encuentra íntimamente relacionada con la afectación colectiva del mal causado, lo cual difiere enormemente según el lugar geográfico donde se ubica la comunidad y sus medios de subsistencia. No obstante, en esta conclusión preliminar es posible señalar algunos elementos comunes mencionados por los comuneros:

- El principio de reciprocidad y el equilibrio de las fuerzas entre la víctima y el victimario es vista como un restablecimiento de los lineamientos cosmológicos por los integrantes de la comunidad. En este sentido, el derecho a ser respetado (el Yam) y la obligación o la sanción interpuesta (el Gen) circularizan el sentido de la justicia Mapuche, imponiendo equilibrio y devolviendo la paz al interior de la comunidad.
- El sistema de justicia Mapuche se transmite por medio de la oralidad. No existe un libro de justicia que haga las veces de manual constitucional del pueblo, sino que las normas de justicia interna se van transmitiendo oralmente generación tras generación entre los comuneros. Esta situación, por lo demás, es común a otros sistemas de justicia indígena en Latinoamérica, siendo la oralidad la fuente de ejecución y transmisión de los principios jurídicos.
- Dentro de la jerarquía jurídica, los delitos colectivos son mucho más graves que los delitos individuales, pues el objetivo a preservar es la sobrevivencia del colectivo más que la protección del individuo. Por esta razón, como delitos contra la propiedad, tienen sanciones bajas, las que, en gran medida, persiguen resarcir el mal causado. En cambio, delitos como la brujería, el atentado contra los medios de producción colectivos o la desintegración valórica o cultural tienden a ser resuelto de manera drástica y con sanciones elevadas.
- La mayor sanción que se puede propinar a un delito es la expulsión de la comunidad; el destierro y el desarraigo cultural que produce hacen que se convierta así en el peor castigo que puede imponer la asamblea dentro del abanico de posibilidades. Con ello, no solo se expulsa físicamente al victimario, sino que la intención es despojarlo de su cultura, y un Mapuche sin su cultura se convierte en un paria cultural.

- Se hace estéril dentro de la comunidad distinguir entre delitos civiles y penales. La aplicación de esta división jurídica, propia de los sistemas accidentales, es inoperante e inapropiada dentro de una comunidad Mapuche, porque la claridad de esta división pierde sentido cuando la gravedad del delito se restringe a lo individual y a lo colectivo.
- La punición como última ratio solo queda restringida para delitos graves que, en su gran mayoría, son los que afectan a la comunidad en su conjunto. Más bien, lo que prima es una justicia restaurativa, en la que prima resarcir la falta y asumir el delito desde un efecto ejemplificador para el resto de la comunidad.
- El Az Mapu presenta como principio fundamental la transmisión de un esquema de justicia que privilegia lo normativo y lo valórico, que es divulgado a través de la oralidad, especialmente desde las autoridades (*lonkos*) a los más jóvenes. Con esto se permea culturalmente el sistema.
- El Az Mapu es un sistema de justicia Mapuche gradual en su aplicación. Tiene una primera instancia de comparecencia interna entre las partes, en la cual se busca una primera salida al conflicto; esta etapa de *conversación* permite establecer una mediación por parte del lonko con la intención de buscar una salida consensuada al problema. Solo si esta etapa preliminar no tiene avances, se llega a una etapa ulterior en la que se convoca a asamblea general dentro de la comunidad.
- Las sanciones tienen una legitimación transversal dentro de la comunidad; lo sancionado no es letra muerta, sino que es obedecido de forma estricta por los comuneros. Esta legitimación circulariza el sistema sancionatorio Mapuche, entregándole representatividad y legitimidad dentro de la comunidad.



- Para el Mapuche, la participación dentro de la asamblea es parte de una reafirmación cultural: asisto y acato la decisión de la asamblea porque esa situación reafirma mi compromiso cultural con mi etnia. La penitencia secular a la que se ve expuesto el victimario se convierte en un hecho comunicativo para el resto de los participantes en la asamblea. El victimario asume su rol, ejemplifica a los más jóvenes, su culpa se limpia por medio del destierro y, finalmente, se reconcilia con la comunidad cuando vuelve, reintegrándose en ella.
- En culturas no estatales como la analizada, el control social se asocia a la prevención más que a la curación con la sanción del *enfermo* social. Por cierto, este efecto preventivo tiene mucha relación con el acto ejemplificador de la sanción hacia los más jóvenes. Un común denominador a todos ellos es la violencia intestina, canalizada sobre unas víctimas *inocentes* (en la perspectiva de un derecho penal *de actos*), a quienes se les acusa de causar el daño sobre el grupo social; consecuentemente, su sacrificio supone una expulsión del mal. En conclusión, en sociedades indígenas, el ejercicio del control social no es ejercido de igual forma que en sociedades estatales en las que el castigo es el que impone el control a través del miedo.
- El proceso *aculturativo* de los comuneros que pertenecen a la comunidad Nguillatue Relmu Rayen ChodLafken, pero que no viven dentro de ella, reconoce un doble sistema jurídico: por un lado, la justicia indígena y su sometimiento a ella, siempre y cuando esta les favorezcan en la impartición de justicia; de lo contrario, no tienen problema de acudir a la justicia chilena. Una forma de sometimiento e hibridez cultural en la que se encuentran.

- Los indígenas que viven dentro de la comunidad Nguillatue Relmu Rayen ChodLafken no reconocen la justicia penal chilena y solo aceptan como válida la aplicación de la justicia indígena para mediar entre conflictos suscitados en el interior de la comunidad. Esta reacción radica en la aplicación de su propio sistema sancionatorio sobre el reconocimiento legal de la justicia chilena.

## 7.2 En relación con el sistema de justicia chileno:

El sistema de justicia penal chileno no acepta ni reconoce el sistema de justicia indígena en ninguno de sus procedimientos de impartición de justicia y aplicación de sanciones en el interior de las comunidades. Si bien, según el punto de vista exclusivamente jurídico, se acepta y ratifica el convenio 169 de la OIT como norma legal superior, esta no se aplica, para lo que se alega una serie de artilugios. En tal sentido, la justicia chilena mira la articulación de una justicia paralela con desconfianza y sin asidero dentro del marco constitucional actual. Esta paradoja —aceptar el convenio 169 y, al mismo tiempo, no reconocer la conformación de un Estado multicultural— genera una neutralidad jurídica hacia el trato de causas en las que estén involucradas personas con ascendencia indígena.

Por lo tanto, el derecho penal chileno se enfoca desde un lineamiento unicultural. Esto hace que ninguno de los estamentos institucionales cuente con dimensiones o criterios que les permita el abordaje de causas indígenas. A excepción de la defensoría, que ha realizado tibios esfuerzos en este sentido, las otras instituciones encargadas de repartir justicia (Tribunal de Justicia, Ministerio Público, Gendarmería de Chile, policías, peritajes, etc.) optan por la neutralidad jurídica y no por la multiculturalidad a la hora de aplicar justicia en causas indígenas. Además, debido a los hechos de violencia registrados en la última década en el sur de Chile, lo indígena y, particularmente, lo Mapuche se han caricaturizado y criminalizado de forma extrema. El estigma de que los Mapuches son terroristas *per se* ha significado una criminalización de cualquier demanda en términos de reconocimiento de derechos o prácticas culturales como la analizada.

Es posible apreciar lo anterior de forma clara en las prácticas cotidianas instauradas por los tribunales penales de justicia cuando se trata de juzgar delitos en los que estén involucrados ciudadanos Mapuches. El sistema penal oficial se siente incómodo y esa incomodidad da cabida a prácticas inusuales, arbitrarias y caricaturescas. Entre ellas podemos mencionar:

- Existe actualmente, por parte del sistema jurídico oficial, un desconocimiento *de facto* del convenio 169 de la OIT, ratificado por Chile el año 2008. Si restablecemos la historicidad jurídica de este proceso, ya en el año 1993 la legislación chilena reconoce la costumbre indígena como fuente primaria del derecho penal entre personas que pertenezcan a un mismo grupo cultural; en especial, la consideración de atenuantes o, derechamente, de eximentes cuando de lo que se trate es de que los tribunales examinen la responsabilidad penal. Sin embargo, en la causa analizada se desconoce totalmente esta situación y el tribunal de Viña del Mar ignora cualquier sanción aplicada desde *la costumbre indígena*, como la asamblea que sancionó al victimario.
- El legislador chileno, para examinar el estado de la *costumbre indígena*, cuenta con las mínimas herramientas o directamente con ninguna. Por tal situación, opta por la neutralidad jurídica en la aplicación de justicia; en estos casos, prima el derecho de igualdad ante la ley para remarcar la noción unicultural y no dar cabida a problemas que significarían reconocer de alguna forma el derecho indígena. Es decir, el Estado reconoce convenios internacionales en términos macros, pero en lo micro se desconoce *de facto* la aplicación o vigencia de tales convenios.

- El aparataje institucional jurídico chileno equivoca su diagnóstico al hablar de un sistema indígena en general, cuando lo que existen son una multiplicidad de derechos indígenas en particular. En efecto, cada una de las comunidades, dependiendo de su constitución, de la jerarquía existente, de la antigüedad y de los patrones de integración que han llevado a cabo, instituyen sus propias normas jurídicas en relación con el orden y jerarquización de sanciones y delitos atribuidos a cada uno de ellos. Estas configuraciones jurídicas internas son el fiel reflejo de la Constitución y el desarrollo social particular de cada comunidad. Si bien siguen algunos atributos comunes, como la trasmisión de normas por medio de la oralidad, la gravedad de los delitos colectivos por sobre los individuales y una justicia restaurativa, las adaptaciones diacrónicas y sincrónicas de cada una de las comunidades se realiza de forma singular con la finalidad de resolver sus conflictos y organizar el orden interno. Sin embargo, para la jurisprudencia oficial y sus instituciones, cuando se refieren a causas indígenas lo hacen en plural, no singularizando y dando cabida a estas particularidades.
- Consecuentemente, un culpable indígena es igual que un culpable chileno Este principio de culpabilidad para Foucault nos remite a una progresiva individualización del poder de castigar. En comparación con sociedades indígenas, la responsabilidad que tiene haber cometido un delito también recae sobre los otros, no es un acto constitutivamente individual, ya que haber fallado también es un error de la comunidad en su conjunto. La jurisprudencia no es capaz de ver esta diferencia, para ellos el ejercicio del poder en términos penales es siempre individual. Por lo tanto, cuando se condena a un imputado Mapuche se está condenando su acción individual; sin embargo, para la comunidad, esta decisión recae en todos ellos y no solo sobre el inculpado.

- Los tribunales chilenos traducen la costumbre penal Mapuche como un hecho antijurídico típico. Sin embargo, su aplicación resulta problemática, pues saben que deben tener otras consideraciones, pero a pesar de ello prefieren obviarlas. La ilicitud, pues, se representa para los juristas como algo común. Es difícil entender esta reacción de los juristas; puede ser por lo complejo del tema, por no dominar las diferentes aristas de la causa, por tener una profunda convicción de que el Estado-nación depende de la singularidad jurídica o solo por no hacerse problema. Puede ser una de ellas o todas juntas. Lo que sí podemos concluir con énfasis es que la traducción de los tribunales del derecho penal Mapuches es justamente eso, que no existe tal traducción.
- Una de las salidas más fáciles para el sistema en relación con el juicio de una causa indígena es invocar el error de prohibición como un comodín que resulta ante todo lo juzgado con atisbos de diferencia. ¿Cuál sería la diferencia? La condición de inimputable, que establece un juicio negativo sobre la capacidad cognoscitiva del sujeto, de tal forma que este resulta incapaz de ser responsable por sus actos. El error de prohibición aparece como lo sustancialmente accesible para juzgar al y nos pone ante un anormal, normalizado por su no culpa.
- Si bien existen diferentes sentidos en la invocación del error de prohibición en el caso de establecer la responsabilidad indígena, la evalúan en función de una fuerza psíquica irresistible e insuperable; fuerza que obliga a actuar dentro de una lógica jurídica reprochable y que en sí constituye un eximente de la culpabilidad de que fuese objeto un individuo. Entonces, en términos jurídicos chilenos, los Mapuches cometen un delito desde una fuerza que va más allá de lo racional, que lo hace irresistible de no cometer, o, por el contrario, es un miedo superior a su voluntad de decisión y discernimiento. Cualquiera de los dos caminos nos pone delante de una persona que actúa de forma irracional para la

justicia chilena, que es envuelto por una fuerza diabólica que lo invade y lo hace actuar de forma incorrecta.

- Por lo tanto, los tribunales de justicia chilenos y sus instituciones accesorias consideran que los pueblos originarios, en especial al pueblo Mapuche, deben instaurar un orden desde lo oficial, es decir, una jerarquía no autonómica desde el conquistado, desde el subordinado, desde el obligado. De ahí surgen figuras jurídicas como el error de prohibición que explican su actuar como el *diferente*, contraste que, por lo demás, no distará mucho de la explicación que se podrá dar de un drogadicto, un discapacitado o un esquizofrénico.
- Así pues, la noción imperante en los tribunales de justicia parte con la afirmación del error. Resulta equívoco que un indígena esté en el tribunal; por lo mismo, se enjuaga su cultura y se convierte en uno más, lo que se ajusta en mejor medida a lo esperado. En consecuencia, se le exige al indígena, dentro de la sala de audiencia, que, por un momento, no sea más indígena, ya que el control social está realizado bajo premisas bajo una norma cultural única que sirven como guías de acción para todos. Las *identidades híbridas*, en las que el derecho indígena se relativiza frente a la jurisprudencia del derecho penal nacional, no permiten que se permite tal hibridez, porque no funciona, porque cuesta mucho o, simplemente, porque la minimización de su cultura le permitirá fiablemente contar con un eximente —que esté loco o que sea Mapuche en este caso para la justicia chilena da lo mismo.

- La justificación o salida para estos efectos es situar a los indígenas dentro de la categoría de un *retazo cultural mental*. Esta rebaja psíquica es una más del desprecio cultural, político, económico y social con que se tratan a los pueblos originarios en Chile, equivalente a una suerte de menosprecio jurídico por atender y entender de qué se trata la problemática de fondo. Esta situación desconoce profundamente la composición multicultural de Chile; y no solo la excluye, sino que la degrada a su mínima expresión.

## 8. BIBLIOGRAFÍA

### 8.1 Bibliografía citada

Agar, M. (2003). "Hacia un lenguaje etnográfico". En M. Agar, *"El surgimiento de la Antropología posmoderna"* (págs. 117 - 136). Barcelona: Gedisa.

Américas, B. d. (06 de 11 de 1988). *Derechos de los Pueblos Indígenas. Análisis comparativo de constituciones de los regímenes presidenciales*. Recuperado el 02 de 05 de 2014, de Georgetown University y Organización de Estados Americanos: <http://pdba.georgetown.edu/Comp/Derechos/indigenas.html>. 6 de noviembre 19115.

Augé Marc. (1994). *"Hacia Una Antropología De Los Mundos Contemporaneos"*. Barcelona: Gedicia editorial.

Axpe, M. (2002). *La investigación etnográfica en el campo de la educación. Una aproximación meta-analítica*. La Laguna: Universidad de la Laguna, departamento de didáctica e investigación educativa y del comportamiento.

Barabas, A. (2010). "El pensamiento sobre el territorio en las culturas indígenas de México". *DOSSIER - TERRITORIOS, PROCESOS SOCIO-ESPACIALES Y TERRITORIALIDAD* (págs. 17 - 32). Tucuman: Departamento de Antropología de la Universidad Nacional de Misiones.

Barros, P. d. (1996). *"Lecturas Sobre la Exclución Social"*. Santiago: OIT.

Bestard, J. (1987). *"Bárbaros, Paganos y Primitivos, una introducción a la Antropología"*. Barcelona: Barcanova S.A.

Blanco , R. (2004). "La Reforma Procesal Penal en Chile; Reconstrucción histórico-política sobre su origen, debate legislativo e implementación". En R. Blanco (Ed.), *"La Reforma Procesal Penal en Chile; Reconstrucción histórico-política sobre su origen, debate legislativo e implementación"* (págs. 2 - 64). Santiago: Fundación William y Flora Hewlett.



- Blanco, R. (2004). "La Reforma Procesal Penal en Chile; Reconstrucción histórico-política sobre su origen, debate legislativo e implementación". En R. Blanco (Ed.), *"La Reforma Procesal Penal en Chile; Reconstrucción histórico-política sobre su origen, debate legislativo e implementación"* (págs. 2 - 64). Santiago: Fundación William y Flora Hewlett.
- Blumer Herbert. (1981). *El Interaccionismo Simbólico: Perspectiva y método*. Barcelona: Hora Nova, S. A.
- Blumer, H. (1981). *El Interaccionismo Simbólico: Perspectiva y método*. Barcelona: Hora Nova, S. A.
- Borrero, G. C. (2009). *¿Multiculturalismo o Interculturalidad?* Bogota: Editorial Universidad Nacional de Colombia.
- Bourdier, P. (1988). *"Cosas dichas"*. Barcelona: Gedisa.
- Briones, G. (1996). "Metodología de la investigación cuantitativa en las ciencias sociales". En G. Briones, *"Metodología de la investigación cuantitativa en las ciencias sociales"* (págs. 16-18). Bogota: Instituto Colombiano para el fomento de la educación superior.
- Bustelo, E. e. (1988). *"Todos entran: propuestas para sociedades incluyentes"*. Santafé de Bogotá: Santillana, UNICEF.
- Butler, J. (2001). *"El género en disputa. El feminismo y la subversión de la identidad"*. Ciudad de México: Paidós.
- Buxó, M. (1988). *"Antropología de la mujer: cognición, lengua e ideología cultural"*. Barcelona: Antropos.
- Canclini, G. (2004). *"Culturas urbanas de fin de siglo: la mirada antropológica"*. Buenos Aires: Editores SB.
- Cárdenas, C. (1999). "De cuantos de hadas y procesos de investigación". *Educar*, 122 - 145.

- Castel, R. (1991). *"Espacios de poder"*. Madrid: Ediciones la Piqueta.
- Castro, E. (2008). "Biopolítica: de la soberanía al gobierno". *Revista Latinoamericana de Filosofía*, 34(2), 32-56.
- Chelech, F. Z. (2004). *Encuentros con la memoria: archivos y debates de memoria y futuro*. Santiago: LOM Ediciones.
- Clastres, P. (2010). *"La sociedad contra el Estado"*. Madrid: Virus editorial.
- Clastres, P. (2010). *"La sociedad contra el Estado"*. Madrid: Virus editorial.
- Clifford, J. (2003). "Sobre la autoridad etnográfica". En J. Clifford, *"El surgimiento de la antropología Posmoderna"* (5 ed., págs. 141 - 170). Barcelona: Gedisa.
- Clifford, J. (1988). *"Identidad en Mashpee"*. Barcelona: Editorial Gedisa, Barcelona.
- Cora, E. (2004). "Pensar en / con Foucault". *Cinta de Moebio*, 01 - 11.
- Coulon, A. (1988). *La etnometodología*. Madrid: Cátedra, colección teorema.
- Criado-Boado, F. (2013). "Clastres. Ayer, hoy, siempre". *CSIC Consejo Superior de Investigaciones Científicas*, 82 - 124.
- Cubells, J. (2002). *Construcción social del delito*. Barcelona: Universidad Autónoma de Barcelona.
- Curbet Hereu, J. (2006). "Crimen ¿y castigo? La desmitificación de la policía". *Revista Eure*, 178 - 196.
- Cury, E. (2005). "Derecho Penal Parte General". En E. Cury, *"Derecho Penal Parte General"* (págs. 152 - 153). Santiago : Pontificia Universidad Católica de Chile.
- Deleuze, G. (1987). *"Foucault"*. Barcelona: Paidós.
- Delgado, M. (1999). *"El animal Público"*. Barcelona: Anagrama.

- DeShazo, P. (2006). *"Reforma Judicial en América Latina Una Evaluación"*. El Centro de Estudios Estratégicos e Internacionales . Washington, D.C: CSIS Americas Program.
- Faivovich, F. (1996). *El sistema jurídico Chileno ante la globalización*. Santiago: Aulario de la sociedad de filosofía jurídica y social.
- Fernández Martorell, M. (1997). *"Antropología de la convivencia; Manifiesto de la Antropología Urbana"*. Madrid: Ediciones Cátedra S.A.
- Fernández Martorell, M. (1996). *"Credaores y vividores de ciudades"*. Barcelona: EUB. Barcelona.
- Fernández Martorell, M. (2008). *"La semejanza del mundo"*. Barcelona: CATEDRA.
- Fernández Martorell, M. (31 de 01 de 2013). "Escribir es escribirnos". *Diario 16*, pág. 22.
- Fernández, M. M. (31 de 01 de 2013). "Escribir es escribirnos". *Diario 16*, pág. 22.
- Figuroa, V. (2012). "La realidad de los pueblos indígenas en Chile". *Anales*, 53 - 58.
- Firth, A. (2010). Etnometodología. *Discurso & Sociedad*, 597 - 614.
- Firth, A. (2010). Etnometodología. *Discurso & Sociedad*, 597 - 6014.
- Foucault, M. (1976). Vigilar y castigar. Nacimiento de la prisión. En M. Foucault, *Vigilar y castigar. Nacimiento de la prisión* (págs. 37-56). Madrid: Siglo XXI Editores.
- Foucault, M. (1979). "Microfísica del Poder". En M. Foucault, *"Microfísica del Poder"* (págs. 45-105). Madrid: Las ediciones de las Piqueta.
- Foucault, M. (1981). "Las redes del Poder". *Barbarie*, 79-86.
- Foucault, M. (1988). "El sujeto y el poder". *Revista Mexicana de Sociología*, 3 - 20.
- Foucault, M. (1999). *"Estrategias de poder"*. Barcelona: Ediciones Paidós Ibérica, S.A.
- Foucault, M. (1999). *"Estrategias de poder"*. Barcelona: Ediciones Paidós Ibérica, S.A.

- Garfinkel Harold. (1967). *Studies in ethnomethodology*. New York: Englewood Cliffs, NJ: Prentice-Hall.
- Garfinkel Harold, S. H. (1970). "On formal structures of practical actions.". En S. H. Garfinkel Harold, *Theoretical sociology: Perspectives and developments* (págs. 337-366). New York: J. McKinney and E. Tiryakian.
- Garfinkel, H. S. (1970). "On formal structures of practical actions.". En S. H. Garfinkel Harold, *Theoretical sociology: Perspectives and developments* (págs. 337-366). New York: J. McKinney and E. Tiryakian.
- Geertz, C. (1989). *"Descripción densa: hacia una teoría Interpretativa de la Cultura"*. Barcelona: Gedisa.
- Geertz, C. (1989). *"Descripción densa: hacia una teoría Interpretativa de la Cultura"*. Barcelona: Gedisa.
- Geertz, C. (1989). "El impacto del concepto de cultura en el concepto de hombre". En C. Geertz, *"Descripción densa: hacia una teoría interpretativa de la cultura"* (Duodécima reimpresión ed., págs. 43 - 60). Barcelona: Gedisa, S.A.
- Geertz, C. (2003). "Géneros confusos, la refiguración del pensamiento social". En C. Geertz, *"El surgimiento de la antropología posmoderna"* (págs. 63 - 66). Barcelona: Gedisa.
- Geertz, Clifford. (2003). *"Géneros confusos, la refiguración del pensamiento social"*. Barcelona: Gedisa.
- Giddens, A. (1997). *"Vivir en una sociedad postradicional"*. Madrid: Alianza.
- Giménez, G. (2007). *"Estudios sobre la Cultura y las Identidades sociales"*. Ciudad de México: Conaculta - Iteso.
- Girard, R. (1986). *"El chivo expiatorio"*. Barcelona: Editorial Anagrama.
- Girard, R. (2005). *"La violencia y lo sagrado"*. Barcelona: Editorial Anagrama.
- Girard, René. (1986). *"El chivo expiatorio"*. Barcelona: Editorial Anagrama.

- Goffman, E. (1979). *"Relaciones en Público Microestudios Del Orden público"*. Madrid: Alianza editorial.
- Goffman, E. (1979). *"Relaciones en público; microestudio del orden Público"*. Madrid: Alianza Universitaria.
- Goffman, E. (1986). *"Estigma la identidad deteriorada"*. Buenos Aires: Amorrortu editores.
- Goffman, E. (1986). *"Estigma la identidad deteriorada"*. Buenos Aires: Amorrortu editores.
- Grande, A. (2011). "Valores básicos de la Sabiduría Ancestral Mapuche; . *Cusi Huasi*, 23 - 34.
- Guevara, T. (1904). *"Costumbres judiciales: enseñanza de los Araucanos"*. Santiago: Imprenata Cervantes.
- Guevara, T. (1904). "Costumbres Juidciales, enseñanza de los Araucanos". En T. Guevara, *"Costumbres Juidciales, enseñanza de los Araucanos"* (págs. 5 - 94). Santiago: Editorial Cervantes.
- Herskovits, M. (1973). *"Cultural Relativism: Perspectives in Cultural Pluralism"*. New York: Vintage Books.
- Ibáñez, T. (1988). "Ideologías de la vida cotidiana". En T. Ibáñez, *"Psicología de las representaciones sociales"* (págs. 13 - 89). Barcelona: Sendai.
- Jiménez, I. (2012). La entrevista en la investigación cualitativa: nuevas tendencias y retos. *Revista Calidad en la Educación Superior*, 3(1), 119 - 139.
- Kalinsky, B. (2003). "Antropología y Derecho Penal. Un camino transitable con cautela". *Cinta moebio, Revista de Epistemología de ciencias sociales* , 1(16), 22 -38.
- Langer, M. (2007). "Revolución en el proceso penal Latinoamericano: difusión de ideas legales desde la periferia". *American Journal of Comparative Law*(55), 2 - 11.

- Lefebvre, H. (1976). *"Tiempos equívocos"*. Barcelona: Editorial Kairós.
- LeyChile. (25 de Marzo de 2014). *Establece normas sobre protección, fomento y desarrollo de los indígenas, y crea la corporación nacional de desarrollo indígena*. Recuperado el 26 de 05 de 13, de Establece normas sobre protección, fomento y desarrollo de los indígenas, y crea la corporación nacional de desarrollo indígena: <http://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=30620>
- Maine, H. (1893). "El derecho antiguo". En H. Maine, *"El derecho antiguo"* (págs. 82-118). Madrid: Escuela Tipografica Del Hospicio.
- Malinowski, B. (1986 ). "Crimen y costumbre en la sociedad salvaje". En B. Malinowski, *"Crimen y costumbre en la sociedad salvaje"* (págs. 22 - 39 y 46 112). Barcelona: Planeta-De Agostini.
- Martínez, M. (15 de 07 de 2011). La etnometodología y el interaccionismo simbólico. Sus aspectos metodológicos específicos. Caracas, Caracas, Venezuela. Obtenido de <http://prof.usb.ve/>.
- Max-Neef Manfred, E. A. (2010). *"Desarrollo a escala humana Opciones para el futuro"*. Santiago: Biblioteca CF+S.
- Minujin, A. (1988). *"Quiénes son los pobres"*. Buenos Aires: Investigación sobre Pobreza en Argentina.
- Minujin, A. (1989). *"Quiénes son los pobres"*. Buenos Aires: Investigación sobre Pobreza en Argentina.
- Morgan, L. H. (1987 ). "La sociedad primitiva". En L. H. Morgan, *"La sociedad primitiva"* (págs. 78-110 y 236-239). Madrid: Madrid: Edymon.
- Nager, S. (2014). *"Los discursos penales y su reiteración en el tiempo. Breves reflexiones en torno al positivismo criminológico y el derecho penal posmoderno"*. Buenos Aires: Editorial Universitaria de Buenos Aires.
- Nash, M. (2003). "El desafío de la diferencia, representaciones culturales e identidades de género, Raza y Calse". En M. Nash, *"Representaciones culturales y*

*discursos de género, raza y clase en la construcción de la sociedad Europea Contemporánea*". (págs. 9 - 21). Bilbao: Bilbao, Universidad del País Vasco, servicio editorial. .

Nelken, D. (2004). "Using the Concept of Legal Culture". London: Australian Journal of Legal Philosophy.

Olmo, P. (2005). "El concepto de control social en la historia social, estructuración del orden y respuestas al desorden. *Historia social*, 73 - 91.

Pegoraro, J. (2012). Las políticas de seguridad y la participación Comunitaria en el marco de la violencia social. *Pensamiento Penal*, 29 - 55.

Pozo, H. (1987). "Manual de Derecho Penal". En H. Pozo, "*Manual de Derecho Penal*" (2º Edición ed., págs. 131 - 153). Lima: EDDILI.

Recasens, A. (2000). Micro Modelo. *Revista Mad*, 03, 52 - 92.

Recasens, A. (2000). Micro Modelo. *Revista Mad*, 03, 52 - 75.

Reynoso, C. (1998). "Presentación". En C. Reynoso, "*El surgimiento de la antropología posmoderna*" (págs. 11 - 60). Barcelona: Gedisa S.A.

Rizo, M. (2006). "George Simmel, Sociabilidad e Interacción: Aportes a la ciencia de la comunicación". *Cinta de Moebio*, 266 -283.

Rockwell, E. (1987). Reflexiones sobre el proceso etnográfico. En R. Elise, *Reflexiones sobre el proceso etnográfico* (pág. 125). México: Centro de Investigación y de estudios avanzados del IPN.

Rodríguez Gregorio, F. J. (1996). "Metodología de la investigación cualitativa". En F. J. Rodríguez Gregorio, "*Metodología de la investigación cualitativa*" (págs. 101 - 102). Cádiz: ALJIBE.

Saavedra, A. (2002). "*Los Mapuches en la sociedad Chilena actual*". Santiago: Lom.

Samaniego, A. (2014). "*El movimiento mapuche y el Estado en el siglo XX*". Santiago: Editorial Usach.

- Santos, B. d. (2010). *"Refundación del estado en América Latina, Perspectivas desde una peistemología del Sur"*. Lima: International Institute on Law and society.
- Santos, B. d. (2010). *"Refundación del estado en América Latina, Perspectivas desde una peistemología del Sur"*. Lima: International Institute on Law and society.
- Schröder Gerhart, B. H. (2001). *"Teoría de la cultura, un mapa de la cuestión"*. Buenos AIRES: FONDO DE CULTURA ECONÓMICA.
- Simmel, G. (1939). *"Estudios sobre las formas de socialización"*. Buenos Aires: Espasa-Calpe.
- Sperber, D. (1991). Etnografía Interpretativa y Antropología Teórica. *Alteridades*, 1(1), 111 - 128.
- Spradley, J. (1980). Participant Observation. En J. Spradley, *Participant Observation* (págs. 61 - 106). New York : The Ethnographic Interview.
- Squella Agustín. (1988). *La cultura jurídica chilena*. Santiago: Corporación de Promoción Universitaria.
- Squella, A. (1988). *La cultura jurídica chilena*. Santiago: Corporación de Promoción Universitaria.
- Strathern, M. (1991). Fuera de contexto. Las ficciones persuasivas de la antropología. En Geertz Clifford y James Clifford, *"El surgimiento de la antropología posmoderna"* (págs. 214 - 244). Ciudad de México: Gedisa.
- Taylor S, J. B. (1987). "Introducción a Los Metodos Cualitativos de Investigacion". En J. B. Taylor S, *"Introducción a Los Metodos Cualitativos de Investigacion"* (págs. 100 - 102). Barcelona, Buenos Aires, México: Ediciones Paidós.
- Terradas Saborit, I. (2016). *"Justicia vindicatoria: de la ofensa e indefensión a la imprecación y el oráculo, la vindicta y el talión, la ordalía y el juramento, la composición y la reconciliación"*. Barcelona: CONSEJO SUPERIOR DE INVESTIGACIONES CIENTIFICAS.



- Trujillo, A. (1999). "Por una historia socio-cultural del delito". En A. Trujillo, *"Por una historia socio-cultural del delito"* (págs. 11 - 30). Guadalajara: Universidad de Guadalajara.
- Trujillo, A. (1999). "Por una historia socio-cultural del delito". En A. Trujillo, *"Por una historia socio-cultural del delito"* (págs. 13 - 15). Guadalajara: Universidad de Guadalajara.
- Valle, A. (2006). Cultura jurídica y enseñanza del Derecho ¿creencias o competencias? *Revista Escuela de Derecho*, 85 - 98.
- Velasco, H. (1997). *La lógica de la investigación etnográfica*. Valladolid: TROTTA.
- Villegas, M. (2012). "Entre la exculpación y la justificación. Apuntes de legislación comparada latinoamericana sobre pluralismo jurídico y derecho penal". *Revista de Derecho*, Vol. XXV (Nº 2), 177 - 205.
- Villegas, M. (2012). "Entre la exculpación y la justificación. Apuntes de legislación comparada latinoamericana sobre pluralismo jurídico y derecho penal". *Revista de Derecho*, Vol. XXV (Nº 2), 177 - 2005.
- Villegas, M. (2014). "Sistemas sancionatorios indígenas y Derecho penal. ¿Subsiste el Az Mapu?". *Política criminal*, Nº 9(17), 213 - 246.
- Wolcott, H. F. (1988). Ethnographic research in education. . En H. F. Wolcott, *Complementary Methods for Research in Education*, (págs. 187 - 245). Washington, D.C.: American Educational Research Association.
- Zavala. (1992). *"Discursos sobre la 'invención' de América"*. Amsterdam: Rodopi B.V.
- Zavala, Iris. (1992). *"Discursos sobre la 'invención' de América"*. Amsterdam: Rodopi B.V.
- Zino, J. (2001). *"El análisis de las instituciones y organizaciones del sistema penal; una propuesta metodológica"*. Barcelona: Editorial España.

## 8.2 Bibliografía consultada

Aguayo, S. y Bagley, M (1990). *En busca de la seguridad perdida. aproximaciones a la seguridad nacional mexicana*". México: Siglo XXI, Editores.

Aravena, A. (2000) Derecho consuetudinario y costumbre indígena. La consideración de la costumbre como atenuante o eximente de responsabilidad penal: informe pericial. En Castro, M. (Ed.) *Actas del XII Congreso Internacional Derecho consuetudinario y pluralismo legal* (pp. 146-153). Universidad de Chile- Universidad de Tarapacá.

Austín, T. (1980) *Revisión crítica de las teorías de la antropología legal desde la publicación de Crimen y costumbre en la sociedad salvaje de Bronislaw Malinowski*. Siglo XXI editores. Madrid España.

Bejarano, D. (2002) "*Construyendo una relación positiva con la comunidad*", simposio Relación positiva entre la aplicación de la ley y la comunidad, Departamento de Policía de San Diego, E.U.A.

Bello, A. (2004). *Etnicidad y ciudadanía en América Latina*. Santiago Chile: CEPAL.

Bengoa, J. (2007). *Historia de los antiguos Mapuches del sur Santiago*. Santiago Chile: Catalonia.

Berger, P., Luckmann, T. (2001). *La construcción social de la realidad*. Buenos Aires. Amorrortu.

Bernales, E. (1999) Seguridad ciudadana y gobernabilidad en la región andina. En *Seguridad ciudadana y derechos humanos*.. Obtenido el 23 de agosto de 2016, desde <http://www.pieb.org/seguridadciudadana/proyecto.htm#p0>.

Boccaro, G. (1999) Etnogénesis Mapuche: resistencia y restructuración entre los indígenas del centro-sur de Chile (siglos XVI-XVIII). *Hispanic American Historical Review*, 79-85

Bourdieu, P.(1988). *Cosas dichas*. Barcelona : Gedisa.

Cárdenas, C. (1999). *De cuentos de hadas y procesos de investigación*.*Revista Educar*, 8. Obtenido el 23 de agosto de 2016, desde [http://www.quadernsdigitals.net/datos\\_web/articles/educar/numero8/cuentos.htm](http://www.quadernsdigitals.net/datos_web/articles/educar/numero8/cuentos.htm).

Castillo, E. (2000). La justicia en tiempos de la ira: Linchamientos populares urbanos en América Latina. En Castro, M. (ed.) *Actas del XII Congreso Primeros Esbozos Para Una Teoría Socio-Antropológica Del Impacto De La Costumbre PenalMapuche* (pp. 153-163). Universidad de Chile-Universidad de Tarapacá.

CELADE. (2006). *Panorama social de América Latina*. Santiago Chile, CEPAL

Clastres, P. (2001) *Investigaciones en antropología política*. Barcelona: Gedisa.

Coña, P. (1984) *Testimonios de un cacique Mapuche*. Santiago: Pehuén.

- Cooper, D. (2000) Etología de la delincuencia Mapuche y de otros tipos de delincuencia. En Castro, M. (ed.) Actas Del XII Congreso Internacional Derecho Consuetudinario y Pluralismo Legal (pp. 164-177). Universidad de Chile- Universidad de Tarapacá.
- Cora, E. (2007). Pensar en/con Foucault. *Revista Cinta De Moebio*, 20, 23/05. Obtenido el 23 de agosto de 2016, desde <http://www.moebio.uchile.cl/20/escolar.htm>.
- Crivos, M., Noceti, M., Teves, L. (2000). Construcción de casos penales reales. Aporte etnográfico para su comprensión. En Castro, M. (ed.) Actas del XII Congreso Internacional Derecho Consuetudinario y Pluralismo Legal (pp. 177-180). Universidad de Chile- Universidad de Tarapacá.
- Curbet, J. (2002, 5 de mayo). Crimen ¿y Castigo? La desmitificación de la policía. *Seguridad sostenible, gobernanza y seguridad sostenible* Obtenido el 23 de agosto de 2016, desde: <http://www.iigov.org/ss/article.drt?edi=184396&art=184401>.
- Davinson, G. (2000). La gratuidad en la atención a la población indígena. Un elemento a discutir desde la práctica. En Castro, M. (ed.), Actas del XII Congreso Internacional Derecho Consuetudinario y Pluralismo Legal (pp. 181-190). Universidad de Chile- Universidad de Tarapacá.
- Díaz-Polanco, H. (1996). *Autonomía Regional: La autodeterminación de los pueblos indios*. Madrid España: Siglo XXI editores.
- Duran, T., Carrasco, N. (2000). Modos de articulación entre una expresión de derecho consuetudinario Mapuche y el derecho civil en la IX región. En Castro, M. (ed.) Actas del XII Congreso Internacional

- Derecho Consuetudinario y Pluralismo Legal (pp. 704-710). Universidad de Chile- Universidad de Tarapacá.
- Durand, C., Santiago, A. (2000). Los sistemas de derecho indio en México (una propuesta de análisis). En: CASTRO M (ed.) Actas del XII Congreso Internacional Derecho Consuetudinario y Pluralismo Legal (16-29). Universidad de Chile- Universidad de Tarapacá.
- Doménech, López, Tirado. (2004, 1 de agosto). *Centros de inercia, tic y nuevos espacios extitucionales* Obtenido el 23 de agosto de 2016, desde <http://www.ub.es/geocrit/sn/sn-170-45.htm>.
- Foerster, R. (1995) *Introducción a la religiosidad Mapuche*. Santiago de Chile: Universitaria.
- Foerster, R., Vergara, J. (2000). Los Mapuches y la lucha por elreconocimiento en la sociedad chilena. En: Castro, M. (ed.) Actas del XII Congreso Internacional Derecho Consuetudinario y Pluralismo Legal (191-206). Universidad de Chile- Universidad de Tarapacá.
- Freud, S. (2001). *Tótem y Tabú. Obras Completas*. Vol. 5 (1745-1850). Madrid: Biblioteca Nueva.
- García, F. (2000). Formas indígenas de administración de justicia: tres estudios decaso de la nacionalidad Quichua de la Sierra y Amazonía Ecuatoriana. En Castro, M. (ed.)

Actas del XII Congreso Internacional Derecho Consuetudinario y Pluralismo Legal (Pág. 38-89).Universidad de Chile- Universidad de Tarapacá.

Gaviria, C. (2000). Jurisdicción indígena y administración de justicia. Diferencia cultural y legalidad. En Castro, M. (ed.) Actas del XII Congreso Internacional Derecho Consuetudinario y Pluralismo Legal (1021-1027). Universidad de Chile-Universidad de Tarapacá.

Girard, R. (1995). *La violencia y lo sagrado*. Barcelona. Anagrama.

Girard. R. (2002). *El chivo expiatorio*. Barcelona. Anagrama.

Heredia, L. (2000). La costumbre jurídica en las sociedades pluriétnicas. En Castro, M. (ed.) Actas del XII Congreso Internacional Derecho Consuetudinario y Pluralismo Legal (600-605).. Universidad de Chile- Universidad de Tarapacá.

Herrera, A., Tudela, P. (2005). *Modernización policial: la relación de la policía con la comunidad como campo de gestión y referente de cambio en la policía de investigaciones de Chile*. Santiago de Chile: CIDEPOL. Obtenido el 23 de agosto de 2016, desde [http://www.investigaciones.cl/cidepol/Biblioteca/Modernizacion\\_Policial.pdf](http://www.investigaciones.cl/cidepol/Biblioteca/Modernizacion_Policial.pdf).

Hopenhayn, M. (2007). *La dimensión cultural de la ciudadanía social*. CEPAL

Human Rights Watch (2004, 27 de octubre) *Indebido Proceso: Los juicios antiterroristas, los tribunales militares y los Mapuche en el sur de Chile*. Obtenido el

23 de agosto de 2016, desde <https://www.hrw.org/es/report/2004/10/27/indebido-proceso/los-juicios-antiterroristas-los-tribunales-militares-y-los#page>.

Imberton, G. (2000). La enfermedad como forma de regulación social. La vergüenza entre los Choles de Chiapas, México. En Castro, M. (ed.) *Actas del XII Congreso Internacional Derecho Consuetudinario y Pluralismo Legal* (54-63). Universidad de Chile- Universidad de Tarapacá.

Iturralde, D. (2005) Reclamo y reconocimiento del derecho indígena en América Latina.

*Revista*

*IIDH*

Ref.:[http://www.iidh.ed.cr/BibliotecaWeb/Varios/Documentos/BD\\_2061358847/Docs%20Revista%2041/1679-Iturralde%20G%20Diego%20A.pdf](http://www.iidh.ed.cr/BibliotecaWeb/Varios/Documentos/BD_2061358847/Docs%20Revista%2041/1679-Iturralde%20G%20Diego%20A.pdf) (no funciona)

Iturralde, D. (2005) Utilidades de la antropología jurídica en el campo de los derechos humanos: experiencias recientes. *Revista Pueblos y fronteras digital*, 5. Obtenido el 23 de agosto de 2016, desde [http://www.pueblosyfronteras.unam.mx/a08n5/art\\_02.html](http://www.pueblosyfronteras.unam.mx/a08n5/art_02.html)

Kalinski, B. (1999). El concepto de inimputabilidad en la llamada matanza de Lonco Luán. *Revista CUHSO*, 5, 13-23.

Kymlicka, W. (1996). *Ciudadanía multicultural: Una teoría liberal de los derechos de las minorías*. Barcelona: Ediciones Piadós.

- Lemos, R. (2000). La diversidad cultural y la impartición de justicia en la Ciudad de México: nuevo reto para los estudios de la antropología jurídica. En Castro, M. (ed.) Actas del XII Congreso Internacional Derecho Consuetudinario y Pluralismo Legal (215-223). Universidad de Chile- Universidad de Tarapacá.
- Lillo, R. (2000). Conflicto Estado y Pueblo Mapuche. La interculturalidad comoparadigma del derecho. En Castro, M. (ed.) Actas del XII Congreso Internacional Derecho Consuetudinario y Pluralismo Legal (744-753) Universidad de Chile- Universidad de Tarapacá.
- Lipschutz, A. (1968). *Perfil de Indoamérica de nuestro tiempo*. Santiago: Andrés Bello.
- Lolas, M. (1961). Imputabilidad y culpabilidad en el caso de Juana Catrilaf. Tesis, Universidad de Chile.
- López, F. (2000). Derecho indígena y la teoría del derecho. En Castro M. (ed.) Actas del XII Congreso Internacional Derecho Consuetudinario y Pluralismo Legal (Pág. 121-156). Universidad de Chile- Universidad de Tarapacá.
- López, J. (2000). La conciliación judicial y administrativa en la Ley Indígena. En Castro, M. (ed.) Actas del XII Congreso Internacional Derecho Consuetudinario y Pluralismo Legal (Pág. 35-89). Universidad de Chile- Universidad de Tarapacá.
- López, J. (2000). La posesión notoria de estado civil y la poligamia en la actual legislación indígena. En Castro, M. (ed.) Actas del XII Congreso Internacional Derecho



- Consuetudinario y Pluralismo Legal (305-313). Universidad de Chile-Universidad de Tarapacá.
- Marcus G. y D. Cushman, "Las etnografías como textos", en Reynoso, C., op. cit., 1991, pp. 171-213.
- Matsudaira, T. (2006). Measures of Psychological Acculturation. *Transcultural Psychiatry*, 43 (3), Pág. 45-187.
- Mella, E., Le Bonniec, F. (2006). Cartas Pehuenches. *Anales de desclasificación*, 1 (2), 399-417. Obtenido el 23 de agosto de 2016, desde [http://www.academia.edu/6377031/Cartas\\_Pehuenches\\_2002-2005](http://www.academia.edu/6377031/Cartas_Pehuenches_2002-2005)
- Milos, D. (2006). *Misión religiosa. Misión Política*. Tesis. Santiago, Universidad de Chile.
- Munizaga, C. (1961). *Estructuras transicionales en la migración de los de hoy a la ciudad de Santiago de Chile*. Universidad de Chile: Centro de Estudios Antropológicos.
- Munizaga, C, Mújica, G., Gonzáles, M. (1965). *Enfoque antropológico psiquiátrico de indígenas Mapuches alienados*. Santiago: Centro de Estudios Antropológicos.
- Munizaga, C. (1977). La antropología y su contribución al tema de la conducta desviada: tres ejemplos. *Revista Chilena de Neuropsiquiatría, Facultad de medicina Universidad de Chile*.

Munizaga, C., Rizo, S., Medina, E. (1986). Crimen y entorno sociocultural. Análisis de un triple homicidio cometido por un indígena. Buenos Aires. Separata de Doctrina Penal.

Nash, M. (2003) Representaciones culturales y discurso de género, raza y clase en la construcción de la sociedad europea contemporánea. En Nash, M., Marre, D. (Coords.) *El desafío de la diferencia, representaciones culturales e identidades de género, raza y clase* (pp. 21-36) Bilbao: Universidad del País Vasco, Servicio Editorial.

Obregón, I. (2003). Aproximación a los conceptos de seguridad sostenible y de seguridad humana e identificación de las entidades que los promueven. *Seguridad sostenible; gobernanza y seguridad sostenible, I.I.G.C.*, pp. 27 - 38. OIT (1989) Convenio n.º 169 de la Organización Internacional del Trabajo sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes.

Ortiz, H. (2000). Conflicto cultural y legalidad: prácticas antropológicas y judiciales en casos de brujería. En: CASTRO M (ed.) Actas del XII Congreso Internacional Derecho Consuetudinario y Pluralismo Legal (Pág. 55-67). Universidad de Chile-Universidad de Tarapacá.

Pedernera, J. (1941). *Derecho penal araucano*. Tesis. Universidad de Chile.

- Pellotier, V, (2003). Violencia y control social. La lógica de la culpabilidad en un grupo indígena. *Desacatos*,13, 152-160. Obtenido el 23 de agosto de 2016 desde <http://www.redalyc.org/pdf/139/13901311.pdf>.
- Rizo, M. (2006). George Simmel, sociabilidad e interacción: aportes a la ciencia de la comunicación. *Cinta moebio*: 27, 266-283. Obtenido el 23 de agosto de 2016 desde <http://www.facso.uchile.cl/publicaciones/moebio/27/rizo.html>.
- Sánchez Botero, E. "Construcciones epistemológicas para el conocimiento de los sistemas de derecho propio y de las justicias indígena, Instituto de estudios jurídicos UNAM
- Sierra, T. (2004). Haciendo justicia. Interlegalidad, derecho y género en regiones indígenas. México: CIESAS.
- Skewes, J. (2000). Valentín Letelier, el multiculturalismo y el nuevo pluralismolegal en Antropología. En Castro, M. (ed.) Actas del XII Congreso Internacional Derecho Consuetudinario y Pluralismo Legal (Pág. 45-98). Universidad de Chile-Universidad de Tarapacá.
- Torrente, D. (2001). *Desviación y delito*. Madrid: Alianza Editorial.
- Villalobos, S. (1995). *Vida fronteriza en la Araucanía. El mito de la guerra de Arauco*. Santiago de Chile: Andrés Bello.

World Bank (2001) *New Approaches to Meeting the Demand for Justice* (Concept Paper). Conference on Latin American Judicial Reforms. Washington, EE. UU.

Wolfgang, M., Ferracuti, F. (1971). *La subcultura de la violencia : hacia una teoría criminológica*. México: Fondo de Cultura Económica.

Yrigoyen, R. (1999). *Pautas de coordinación entre el derecho indígena y el derecho estatal*. Guatemala, Myrna Mack.

Yrigoyen, R. (2000). Tratamiento judicial de la diversidad cultural y la jurisdicción especial en el Perú. En Castro, M. (ed.) *Actas del XII Congreso Internacional Derecho Consuetudinario y Pluralismo Legal* (Pág. 145-187). Universidad de Chile- Universidad de Tarapacá.

Zambrano, V. (2000). La apropiación étnica de las normas en contextos hegemónicos. En: Castro, M. (ed.) *Actas del XII Congreso Internacional Derecho Consuetudinario y Pluralismo Legal* (678-690). Universidad de Chile- Universidad de Tarapacá

## **ANEXOS**

---

## 9. ANEXOS

### 9.1 Cuadro entrevistados entre marzo 2013 / noviembre 2014

<b>Entrevistas relacionados con los tribunales de Juicio Oral en lo Penal de Viña del Mar</b>			
<b>Cargo</b>	<b>N° de encuentros</b>	<b>Duración total</b>	<b>Sexo</b>
Fiscal titular de la causa	2	2:45	Masculino
Abogado litigante de la causa	1	1:08	Femenino
Abogado defensor D.P.P.	2	2:21	Masculino
Defensor Penal	2	3:12	Femenino
Juez Oral en lo Penal 1	1	45	Femenino
Juez Oral en lo Penal 2	1	51	Femenino
Juez Oral en lo Penal 3	1	32	Masculino
Administrativo de causas	1	1.02	Masculino
Secretaria recepcionista tribunal	1	1.47	Femenino
Encargado de seguridad tribunal de justicia	1	1:01	Masculino
Personal de seguridad	2	1:46	Femenino
Señora de la limpieza tribunales de justicia 1	1	1:02	Femenino
Señora de la limpieza tribunales de justicia 2	1	1.52	Femenino
Imputado por el delito de robo	1	1:05	Masculino
Imputado por estafa	2	1:07	Masculino
Imputado por lesiones	1	56	Masculino

<b>Entrevistas relacionados con la comunidad Mapuche IRelmu Rayen ChodLafkenos</b>			
<b>Cargo</b>	<b>N° de encuentros</b>	<b>Duración</b>	<b>Sexo</b>
<b>Lonko</b>	5	4:37	Femenino
<b>Victima</b>	8	7:02	Masculino
<b>Acusado</b>	5	3:45	Masculino
<b>Comunero 1</b>	3	3:25	Masculino
<b>Comunero 2</b>	4	4:54	Masculino
<b>Comunero 3</b>	2	2:27	Femenino
<b>Comunero 4</b>	3	3:18	Femenino
<b>Comunero 5</b>	5	4:27	Masculino
<b>Comunero 6</b>	4	3:31	Femenino
<b>Comunero 7</b>	3	2:24	Masculino

9.2 Cuadro secuencia trabajo de campo y visitas a la comunidad y tribunales de justicia entre marzo 2013 / diciembre 2014

<b>Cuadro visitas a la comunidad mapuche IRelmu Rayen ChodLafkenos</b>		
Fecha	N° visitas	Objetivo
Marzo / 2013	3	Primeros contactos con los líderes de la comunidad
Abril / 2013	4	Conociendo la comunidad
Mayo / 2013	3	Primeras entrevistas
Junio / 2013	2	Participación en Fiestas tradicionales
Agosto / 2013	4	Entrevistas a líderes de la comunidad
Septiembre / 2013	2	Participación en Fiestas tradicionales
Octubre / 2013	6	Entrevistas víctima – acusado
Noviembre 2013	2	Participación en asambleas comunitarias
Marzo / 2014	3	Entrevistas comuneros
Abril / 2014	4	Etnografías actividades
Junio / 2014	5	Etnografías actividades
Agosto / 2014	4	Etnografías actividades
Octubre / 2014	4	Entrevistas comuneros
Noviembre / 2014	3	Ceremonias y asambleas de la comunidad.

<b>Cuadro visitas Tribunales Juicio Oral en lo Penal Viña del mar.</b>		
Fecha	N° visitas	Objetivo
Abril / 2013	2	Audiencia control preventivo
Junio / 2013	1	Audiencia revisión de cautelar
Julio / 2013	3	Etnografía tribunal
Septiembre / 2013	4	Etnografía tribunal
Noviembre 2013	2	Preparación de juicio
Enero / 2014	3	Audiencias juicio oral
Abril / 2014	3	Etnografías actividades
Agosto / 2014	4	Entrevistas magistrados
Octubre / 2014	5	Entrevistas fiscales y defensores
Diciembre / 2014	5	Entrevistas personal de tribunales.



9.3 Set fotográfico actividades varias comunidad Mapuche IRelmu Rayen ChodLafkenos



























9.4 Transcripción juicio oral en lo penal.

INDIVIDUALIZACIÓN DE AUDIENCIA

Tribunal	Tribunal de Juicio Oral en lo Penal Viña del Mar.	
Fecha	Viña del Mar, veintiséis de noviembre de dos mil catorce.	
Juez redactor	MARCELA NASH ÁLVAREZ	
Fiscal	Fernando Hood Grosser	(presente)
	Solicita notificación a Cristian Paredes Faúndez	
Defensor	Alejandra Pizarro catalán	(presente)
Acusado	Erwin Gabriel Antillanca Huichante	(presente)
Delito	Lesiones graves	
Hora inicio	01:46 PM	
Hora termino	01:51 PM	
Sala	3	
Encargado de sala	José Miguel Aravena Leighton	
Encargado de acta	José Miguel Aravena Leighton	
RUC	1101286696-K	
RIT	3532013	
<b><i>Se notifica la presente audiencia a los intervinientes, conforme al artículo 30 del Código Procesal Penal</i></b>		

**Actuaciones efectuadas**

Lectura sentencia

Dirigió la audiencia – MARCELA NASH ÁLVAREZ. JUEZ TITULAR.

Registro íntegro de la audiencia se guarda en formato de audio, según acuerdo de pleno de la Excelentísima Corte Suprema de fecha 28 de Enero de 2002 y de conformidad con lo dispuesto en el artículo 39 y 41 del Código Procesal Penal.-

Delito : Homicidio frustrado  
RUC N° : 1101286696-K  
RIT N° : 353-2013  
Fiscal : Cristian Paredes Faúndez  
Acusado : Erwin Gabriel Antillanca Huichante  
Defensora : Alejandra Pizarro Catalán

Viña del Mar, veintiséis de noviembre de dos mil catorce.

Visto, oído y considerando:

PRIMERO: Que ante esta Segunda Sala del tribunal de Juicio Oral en lo Penal de esta ciudad de Viña del Mar, presidida por el magistrado don Jorge Fernández Stevenson, e integrada por los magistrados doña Berta Froimovich Gun y doña Marcela Nash Álvarez, tuvo lugar el juicio oral seguido en contra de Erwin Gabriel Antillanca Huichante, vendedor, 38 años, cédula de identidad 12.746.934-2, soltero, domiciliado en calle Montealegre 539, departamento 10,e Cerro Alegre, Valparaíso.

El Ministerio Público estuvo representado en la audiencia por el fiscal adjunto de Viña del Mar don Cristian Paredes Faúndez.

SEGUNDO: Que los hechos materia de la acusación, según se lee en el auto de apertura, son los siguientes:

“El día 11 de diciembre de 2013, cerca de las 13:00 horas, en circunstancias que la víctima Adolfo Rubillanca Llancafil, se encontraba al interior del centro ceremonial mapuche, ubicado en el Jardín Botánico de esta ciudad, instantes en que fue interceptado por el imputado Erwin Gabriel Antillanca Huichante, quien tras sostener una discusión con la víctima y aprovechando que ésta se encontraba sentado, procedió a sacar desde sus vestimentas un machete de 50 cms de hoja (aprox), con el que le propinó un golpe dirigido hacia su cabeza, logrando la victima colocar sus manos a modo de defensa, provocándole un corte penetrante en su

mano izquierda, resultando con una fractura expuesta operada dedo 2, metacarpiana izquierda de carácter grave (según SLM) .”

TERCERO: Que en concepto de la fiscalía, los hechos antes descritos constituyen el delito de homicidio frustrado, previsto y sancionado en el artículo 391 N° 2 del Código Penal, en el cual al acusado le ha correspondido una participación en calidad de autor, según lo dispuesto en el artículo 15 N° 1 del Código Penal. Concorre como modificatoria de responsabilidad penal la prevista en el artículo 11 n°6 del Código Penal.

Por tales consideraciones, la fiscalía solicitó, se imponga al acusado la pena de la .pena de 5 años de presidio menor en su grado máximo, de conformidad a lo dispuesto en el artículo 391 N° 2 del Código Penal, más las penas accesorias legales del mismo código, y se le condene al pago de las costas según lo prescrito en el artículo 45 y siguientes del Código Procesal Penal.

CUARTO: Que en su alegato de apertura, la fiscalía describió los hechos contenidos en la acusación y adelantó lo que depondrían sus testigos y perito, indicando que la prueba con que cuenta es suficiente para establecer el hecho punible y la participación del acusado en el mismo.

En el alegato de clausura y en la réplica sostuvo en síntesis, que el acusado quizás no actuó con dolo directo pero sí con dolo eventual, atendido el arma que utilizó para agredir a la víctima, dirigiendo el golpe a su cabeza. De no haber puesto la mano la víctima en su cabeza, sin duda le habría dado muerte al ofendido. Agregó, que en la especie no se dan los presupuestos para aplicar el Convenio 169 de la OIT en la forma que lo pretende la defensa.

QUINTO: Que la defensa en sus alegatos y en la réplica, en síntesis, solicitó absolver al acusado de la acusación deducida en su contra, o se dicte sobreseimiento definitivo a su respecto, manifestando que ambos intervinientes pertenecen al pueblo mapuche, y lo ocurrido el día de los hechos en el centro ceremonial fue motivada por una ofensa religiosa cometida por la víctima, lo cual dio lugar a una asamblea en la que se estableció un castigo para ambos miembros de la comunidad. Conforme al Convenio 169 el asunto ya se encuentra resuelto.

Sin perjuicio de lo anterior, considera la defensora, que los hechos que nos ocupan no pueden encuadrarse en un homicidio frustrado, porque no hubo dolo de dar muerte a la víctima, y el actuar del acusado lo fue en defensa de sus derechos y las costumbres de su pueblo.

SEXTO: Que el acusado fue debida y legalmente informado acerca de los hechos materia de la acusación, y en la oportunidad prevista en el artículo 326 del Código Procesal Penal, manifestó que deseaba prestar declaración.

Erwin Gabriel Antillanca Huichante manifestó, que viene de la costa de Valdivia, de Curiñanco, y llegó a esta región por razones laborales a los 18 años. Siempre vivió en comunidad Mapuche, pero como dijo, por razones laborales se vino a esta región con su familia y formaron acá una comunidad mapuche, y han tratado de difundir la cultura en esta ciudad. El alcalde les entregó un sitio en el Parque Botánico, como centro ceremonial, donde él es Huelquén, hace tortillas, es Lonco de la Chueca y tiene conocimientos de la medicina ancestral, y es dirigente en su comunidad.

Todos los sábados y domingos juegan Palín, y el día de los hechos estaba organizando el juego, organizando los palos, cuando volvió a la feria, recogió otro palín, y apareció Adolfo Rubillanca por el camino hacia él. Hace tres años este hombre venía molestando a la comunidad con denuncias. Ambos se acercaron a conversar, y él le dijo: "*¿Por qué tanto hostigamiento con la comunidad?*", y aquél le contestó que él no era nadie en la comunidad, y no servía para nada. Él también insultó a Rubillanca, y el otro le dio una patada en los testículos que él esquivó, y a continuación lo empujó y el otro le pegó un combo en la cara a él. Fue entonces que él agarró un palo con el que le pegó a Rubillanca en la mano, cuando se vio con sangre en la mano se fue. No pasaron más de 7 minutos en la riña. El hombre se fue con otra persona en un auto.

Interrogado por el fiscal, respondió el acusado que los hechos ocurrieron el 11 de diciembre de 2012, como a las 12:00 o 13: 00 horas, y el sujeto con que se encontró se llama Adolfo Rubillanca.

Él buscaba los palines en el Centro Ceremonial Mapuche, a un costado de la Universidad, donde ellos hacen sus tradiciones, y se dedican a la agricultura y



venden artículos ancestrales. El alcalde Kaplan fue el gestor y les pasó en comodato el sitio. Había en ese entonces varias comunidades funcionando en el lugar: Reimu Rayén, Huelihuén (flor de la montaña), Rainreilef (zorro antiguo), Antumapu, Lemulanto (sol de la montaña). Él pertenecía a la última, y Adolfo a la Reurayén. La primera que llegó fue la de él, los demás se acoplaron a la comunidad.

Reiteró el declarante, que cuando llegó al sitio la víctima, él buscaba palos y había otras tres personas en sus puestos de artesanía.

Adolfo llegó solo y venía directo hacia él. Venía molestando a la comunidad por envidia hace tiempo, porque no podía hacer las costumbres como corresponde. Insultaba y trataba mal a la gente del sector con garabatos. Hizo denuncias en el Ministerio de Salud durante tres años, diciendo que ellos trabajaban sucio. Por eso él quiso conversar con Adolfo y le pidió explicación, entonces Adolfo lo garabateó y él también. Después él lo empujó hacia adelante y el otro le pegó un golpe en la cara y el pescó el palo con que le pegó en la mano, no fue con un machete.

La asociación de ellos Lemulanto tiene personalidad jurídica por la CONADI desde el año 1995

Después de estos hechos, el asunto se resolvió en la comunidad, se llamó a todas las comunidades, pero no había representantes de la comunidad Reumo rayen (arcoíris de luz).

Interrogado por la defensora, dijo que está viviendo en un domicilio en Valparaíso hace 9 años, antes vivía en el Centro Ceremonial Mapuche. Hoy vive con su pareja pero su trabajo está en el Centro Ceremonial Mapuche.

El día de los hechos era un día de recreación, no era un día de comunidad. Actualmente solo hay dos comunidades trabajando en ese lugar.

La Lonco es la encargada de hacer las tradiciones que corresponda, guía a la gente en el trabajo, y resuelve conflictos. Nunca hubo un conflicto con Adolfo porque él era el que molestaba a la gente.

Después de estos se llamó y citó a la comunidad y se hizo una asamblea en la que se expulsó a Adolfo de la comunidad definitivamente. Él también fue expulsado pero por dos meses. Después volvió a la comunidad.

La defensa exhibió al acusado la prueba documental n° 2, que el acusado reconoció como el documento de la asamblea de 17 de diciembre de 2011, en la cual aparece su firma. Hay libros de registro de la comunidad donde se deja constancia de todo lo que pasa. En esta región es primera vez que ocurre esto.

Volviendo al hecho, indicó que él no constató las lesiones que tuvo en la riña, porque quería solucionar el conflicto al interior de la comunidad.

Adolfo Rubillanca volvió a la comunidad tres meses después en forma de venganza, a buscarlo con cuatro personas más, pero él no se encontraba. Le pegó a su pareja.

La defensa le exhibió tres fotografías al acusado, que él reconoció de la siguiente manera:

N° 1 Es la feria costumbrista mapuche donde cada cual tiene su lugar de trabajo dentro del centro ceremonial. Los hechos ocurrieron a la derecha de la fotografía. Juan Carlos Gallegos estaba en su puesto de artesanía haciendo orfebrería en plata, en el primer puesto de la derecha. La señora Ely estaba al lado del segundo puesto, en el tercero no había nada y en el último estaba Flora que venía con leña.

N° 2 Es el huiño o palín para jugar a la chueca. Otro distinto usó él para pegarle a Adolfo.

N° 3 Es un machete.

El palín estaba en el suelo, lo agarra y le pega en la mano que tenía al costado de su cuerpo hacia abajo, y le pega de arriba abajo.

La comunidad del ofendido fue citada a la asamblea pero no fueron. La asamblea en el sur se hace por los caciques y loncos cuando hay problemas en la comunidad, y la comunidad resuelve. Los papeles quedan dentro de la comunidad, es como un libro de vida. Hay un directorio.

Aparte de ser ceremonial también el lugar está abierto a la comunidad los fines de semana, sábado o domingo. En la semana se trabaja en otra cosa.

Él le sacó una foto al machete para mostrar cómo es. Si uno pega con él no deja bueno.

Interrogado por la fiscalía, respondió el acusado que esta fue una asamblea especial, dirigida por un directorio de cinco personas: la Lonco (Patricia Antillanca) y Huelquenes (los cuatro restantes). La Machi eligió a la Lonco y este elige a su gente. Patricia Antillanca es su hermana, José Antillanca es su hermano. Marcela Antillanca es su prima, Flora Loncomilla. Él es el quinto integrante del directorio. Él también forma parte de la directiva. La directiva también vota y todos los asistentes tiene un voto, el también vota.

SÉPTIMO: Que los intervinientes no acordaron convenciones probatorias.

OCTAVO: Que conforme a la valoración que se ha hecho de las probanzas rendidas en el juicio oral, de acuerdo a lo previsto en el artículo 297 del citado código es posible dar por establecidos los siguientes hechos:

*“El día 11 de diciembre de 2011, cerca de las 13:00 horas, en circunstancias que Adolfo Rubillanca Llancafil se encontraba sentado en una banca al interior de una ramada, en el Jardín Botánico de esta ciudad, se le acercó Erwin Gabriel Antillanca Huichante, quien tras sostener una discusión con aquél, procedió a sacar de sus vestimentas un machete, con el que le propinó a Rubillanca Llancafil un golpe que le llegó a la mano izquierda, provocándole un corte penetrante con una fractura expuesta en el dedo índice, y lesión en el nervio radial colateral y el hueso sesamoideo, metacarpiana izquierda, de carácter grave.”*

NOVENO: Que la unión lógica y sistemática de los hechos consignados en el razonamiento anterior, importan para el tribunal, la calificación jurídica de los mismos dentro de la figura del delito de lesiones graves del artículo 397 N° 2 del Código Penal, cometido en grado de consumado, en el cual el acusado tuvo participación en calidad de autor del artículo 15 N° 1 del Código Penal, toda vez que acometió físicamente al ofendido, provocándole lesiones de tal entidad, que demoraron en sanar entre 45 a 60 días, con igual tiempo de incapacidad, siendo calificadas como graves.

DÉCIMO: Que para sostener su acusación, el Ministerio Público rindió la siguiente prueba:

I.- Prueba testimonial, consistente en las declaraciones de:

1.- Adolfo Segundo Rubillanca Llancafil, señaló que tiene 52 años de edad, es casado, trabaja en gastronomía en el Senado los días de sesión, como maestro de cocina, y en el Club de Yates de Higuera como garzón. Él usa mucho sus manos en su trabajo y los dedos para manipular utensilios y alimentos. Como garzón lleva bandejas donde ocupa todos sus dedos, de manera que le ha afectado mucho ser víctima del presente delito, donde estuvo, además, sin trabajar un buen tiempo.

Él es mapuche de San José de la Mariquina, y sus padres y abuelos son mapuches. Se crió en el campo, en la comunidad de San José de la Mariquina, en familia. Actualmente vive en Quilpué, y antes en Recreo. En Viña del Mar él no cortó lazos con su etnia, y aquí se encontró con muchos mapuches. Fundó organizaciones, culturales, de microempresarios por la ley de la CONADI, y también ferias y festivales de canto y danza.

Con respecto a los hechos que nos ocupan, refirió el testigo, que a él lo agredió el acusado, quien intentó matarlo. Con él no había tenido acercamiento mayor. Ocurrió el domingo 11 de diciembre de 2011, en un terreno dado en comodato para las asociaciones mapuches, para centro ceremonial indígena. Ya había 14.000 personas mapuches en Viña del Mar en esa época. Él era presidente de la agrupación y consiguieron el terreno detrás de la Universidad Santa María, en comodato por cinco años. Era solo un campo lleno de árboles y ellos gestionaron para construir campos de chueca, el centro ceremonial, y por proyecto ceremonial a través de Fondart se construyó una ruca. Se llama ASOMI la asociación de empresarios indígenas.

Él conoció al acusado pero no tuvo acercamiento a él. Él pertenecía a una agrupación cultural Lemulantu. Por ley de CONADI se forman las asociaciones. Había 7 organizaciones en el lugar: dos asociaciones indígenas: Willy kuroff (vientos del sur), asociación de microempresarios indígenas ASOMI, y las otras eran asociaciones culturales por la ley de la municipalidad: Lemulantu, una de Miraflores Huechafe, de Nueva Aurora Huelihuén, y otra de jóvenes mapuches.

El lugar lo adquirieron hace ocho años, y se compone de 14 hectáreas que tuvieron de destrancar. Se hizo una cancha de palín y algunos huertos y cercos. También construyeron un quincho y la cancha de chueca.

El problema comienza cuando la comunidad Lemulantu les propuso que se fueran a tomar el lugar, pero ellos tenían un compromiso con las autoridades por ser un terreno fiscal. Comenzaron a tener diferencias principalmente con la comunidad Lemulantu. Cecilia Antillanca los fue a amenazar el día anterior, que los iba a tacar cuando viniera a visitarlos la comunidad japonesa. No pasó nada, y un año después siguió el problema porque la comunidad Lemulantu se fue a vivir a la ruca y se apoderaron de ella.

El padre del acusado los amenazó, y un domingo lo llamó Patricia Antillanca y le dijo: *"te qumamos tu huevá"* lo que fue efectivo, ya que la hermana le habría prendido fuego. Dieron cuenta a la fiscalía y seis meses después recién lo fueron a visitar, y la causa se archivó.

El día de los hechos estaban en un proceso de no perder el terreno, y el Jardín Botánico estaba de acuerdo en dividir el terreno en dos. Los otros se instalaron con una mediagua en la cancha de chueca.

Construyeron una ramada donde él con su gente se juntaban, y la hicieron firme con palos gruesos y malla Rachel. No tenía salida. Ese día él llegó en la mañana con Maximiliano Cayupe, y después Carolina Painequeo. Como a las 13:30 y 14:30 tenían un asado, y esperaban al resto de las personas, cuando miraron hacia un camino y venían dos personas: el acusado y otro hombre. *A qué vendrán?* Se preguntaron, y entró el acusado a la ramada donde él estaba sentado. Él siguió sentado. Carolina sentado y Maximiliano de pie a la entrada. El gordo se quedó en la puerta.

El acusado le dijo: *"con usted quiero hablar señor Rubillanca"* Él se quedó sentado, y añadió el acusado: *"Lo que pasa es que tú nos andas denunciado"*. Efectivamente la autoridad sanitaria le pidió a él que hiciera la denuncia. Añadió: *"Quiero que me des explicaciones"*. Él le contestó: *No tengo por qué darte explicaciones yo"*. Pegó el salto con sus pantalones camuflados y sacó un machete, por la rapidez supone que del lado derecho del pantalón. Lo empuña, lo levanta y le

apunta a su cabeza para pegarle. A mansalva le trató de pegar con el machete con fuerza. Él alcanzó a moverse, movió la cabeza hacia la derecha y puso su mano izquierda arriba de la cabeza. Fue entonces que el machete le cortó el dedo índice, cree que con la punta del machete. No vio que usara las dos manos.

El acusado le pidió explicaciones a unos dos metros, luego pega el salto casi frente a él, y saltó sacando el machete. Él se concentró en ver su mano y el acusado salió arrancando y desapareció el acusado.

El piso donde él estaba sentado era una banca de madera de 50 centímetros. Carolina estaba sentada a su izquierda.

El arma la tenía escondida en el pantalón. Era un machete para cortar caña de 70 centímetros de hoja. Lo hizo con una mano con fuerza. La señora que estaba a su lado gritó.

Sufrió una fractura izquierda en la mano.

Justo subió uno de sus amigos en un jeep y lo llevaron al Hospital Gustavo Fricke Gustavo Fricke y lo llevaron a la sala de operaciones para no perder el dedo. Estuvo a de las 2 a las 7 de la tarde, y 7 días hospitalizado en el Hospital de Peñablanca. Posteriormente, estuvo 5 meses con corchetes que le sacaron con una operación. No pudo trabajar en todo ese tiempo. Actualmente, perdió sensibilidad en la punta del dedo y le duele con los cambios de temperatura, o cuando toma un poco de peso.

Maximiliano Cayupe hizo la denuncia en Investigaciones.

Inicialmente intentaron tomar las decisiones en comunidad, a través de presidentes de las organizaciones.

Desde la etnia no hubo una solución del problema que tuvo, porque transgreden su cultura. La cultura mapuche soluciona problemas a través de los loncos, pero no existe este tipo de problemas.

No hay sistema de justicia en las comunidades. Si lo fue, aconteció tres siglos atrás. Son los tribunales los que resuelven estos problemas desde antaño.

Le fue exhibida al testigo una fotografía 3 c), que la reconoció como la foto que la tomó Maximiliano Cayupe donde aparece el corte con el machete. Se ve el dedo índice antes de ir al hospital.

Reconoció al acusado.

Le exhibió al testigo el fiscal su carné de hospitalización del Hospital de Peñablanca, de fecha 17.12.11, cuando salió del hospital.

Interrogado por la defensa, reiteró que la familia Antillanca se tomó el lugar, y actualmente tienen orden de desalojo del Jardín Botánico.

Patricia Antillanca no es lonco.

La ramada era de tres por tres metros.

La ramada no está cerca de los puestos de ventas. La ramada estaba bien lejos de eso. Ellos estaban al lado de la granja. Ese día él no vio a nadie más, no había más gente.

El carabinero de turno en el hospital le dijo que hiciera la denuncia pero a él lo operaron y no pudo ir él.

Después de estos hechos una sola vez él fue al centro ceremonial, y los persiguieron con palos. Pero a él lo absolvieron. Eso ocurrió hace como un año y medio. No va para allá para no tener problemas. Allí solo quedó la familia del acusado, no quedaron más comunidades..

Interrogado por el tribunal, respondió que Maximiliano Cayupe es hermano de etnia.

2.- Maximiliano Cayupe Oviedo, oriundo de Corral, 57 años, montajista, señaló que es mapuche, y acá en la región se relacionó con la comunidad mapuche Relmulasquén (arcoíris cerca del mar) de la que él es presidente.

Un miembro de la comunidad sufrió una agresión. Adolfo Rubillanca. Eso fue el domingo 11 de diciembre de 2011 en el centro ceremonial mapuche del Jardín Botánico. Él vio la agresión. El sábado quedaron en juntarse en la ramada del centro ceremonial, para dar información cómo iba el asunto de dividir el terreno del centro ceremonial. Llegaron como a las 13:00 horas Estaba Adolfo Rubillanca y después llegó Carolina Painaqueo, todos miembros de la comunidad Renuslaquén de que él era presidente.

Compartían ellos tres, mientras tenían una carne en la parrilla, dentro de la ramada que tenía una malla Rachel color verde, y por el camino Adolfo Rubillanca ve que se acercan dos personas. Él dijo que las dejaran pasar no más porque no iban en dirección de la ramada. Pero sí fueron a la ramada y él saludó a los dos personas y se paró. Los saludó fuera de la ramada. Sus amigos estaban centrados

dentro de la ramada. Adolfo entró a la ramada y el otro se quedó en la puerta. Acusado entró haciendo acusaciones a Adolfo Rubillanca.

El acusado se puso frente a Adolfo Rubillanca que estaba sentado con Carolina, y le pidió explicaciones de por qué había denunciado a la hermana del acusado al Servicio de Salud. Adolfo dijo que no tenía que darle explicaciones a él, y el acusado le dijo que sí debía hacerlo, porque era el nuevo miembro de la directiva de la asociación Relmucholasquén. Adolfo le insistió que no tenía por qué, y fue entonces que el acusado sacó entre sus pantalones un machete que dirigió a la cabeza de Adolfo que estaba sentado, el cual se hizo a un lado y puso la mano para desviar el machete, y ahí quedó con los dedos cortados.

El movimiento del machete fue de arriba hacia abajo, pero le dio a la mano para impedir que le llegara el machete a la cabeza. Carolina gritó y él trató de calmar a Gabriel, el cual se fue de la ramada con su acompañante.

Acto seguido, y como tenía el dedo colgando y otro a la mitad, empezaron a llamar por celular a las otras personas que iban a llegar a la reunión. Él le sacó una foto a la mano.

Él vio el machete para cortar caña con una hoja grandísima.

Le exhibió el fiscal la foto 3 al testigo quien dijo que él la tomó, donde se puede ver la mano de Adolfo. Le tomaron la muñeca a Adolfo, y lo llevaron al Hospital Gustavo Fricke en la camioneta de Paiñán.

Con Carolina se fueron al quincho de la granja, esperando tener noticias de la víctima. Fueron al hospital y no pudieron hacer la denuncia a carabineros, así es que se fueron a investigaciones de Viña del Mar.

El testigo reconoció en la audiencia al acusado.

Interrogado por la defensora, señaló que no sabe si el acusado vivía en el centro ceremonial pero él pasaba ahí. Sí vivían allí su hermana y su papá. Ahora hay una toma ahí.

Rubillanca fue presidente de una organización en el pasado.

3.- Carolina Painequeo Paillán, originaria de Puerto Saavedra, 69 años, jubilada, señaló que es mapuche y su familia es mapuche, y participa en asociaciones mapuches. Pertenece a la agrupación de Adolfo Rubillanca.

Señaló que el día 11 de Diciembre de 2011, tenían una reunión en el Jardín Botánico, como a las 14:00 horas. Estaba ella, Maximiliano y Adolfo, y estaban



esperando a otras personas que asistirían. El presidente era Maximiliano Cayupe. Se encontraban compartiendo en una banca en la ramada cerrada con un nylon provisorio porque rompieron la ruca. Adolfo también estaba sentado frente a ella a un metro de distancia, y Maximiliano estaba preparando el asado y estaba de pie. Adolfo dijo: "*vienen los peñis*" Maximiliano los saluda y los hace pasar. El acusado entró y el otro se quedó en la puerta (La testigo reconoció al acusado en la audiencia). Fue entonces que el acusado le dijo a Adolfo: "*contigo quiero hablar*" y Adolfo le contestó: "*no tengo nada que hablar contigo*". A continuación el acusado sacó un machete y de arriba para abajo quiso pegarle en la cabeza, pero Adolfo puso la mano para defenderse y se hizo un lado. El machetazo le llegó en la mano.

Ella vio el machete y casi la pasó a llevar a ella. Pudo haberlos matado a los tres. El machete lo sacó del pantalón y lo levantó y le pegó a Adolfo. La testigo explicó los sucedido, poniendo su propia mano sobre su cabeza. Ella gritó de miedo, se paró como que se desmayó. El machete se lo llevó el acusado cuando se fue. Su acompañante también estaba con machete, le parece. Aclaró, que entre ella y Adolfo había una mesa, tenían una bebida allí.

Interrogada por la defensa, respondió la testigo, que no sabe si el acusado vivía en el Jardín Botánico, pero siempre estaba dando vuelta. Sus dos hermanas sí vivían allí.

Resumiendo lo que ocurrió, indicó la testigo que hubo una frase, una respuesta, no hubo discusión y vino el machete. Adolfo siempre estuvo sentado cuando lo agredieron.

A Adolfo lo vino a buscar Manolo para llevarlo a un centro hospitalario, pero ella y Maximiliano arrancaron al cerro por miedo a que la familia del acusado los atacara.

Ella no ha ido más a ese lugar, y no pertenece ahora esa comunidad por estos hechos.

4.- Angelo Brash Valdés, detective BICRIM Viña del Mar, domiciliado en Los Acacios N° 2140, Miraflores Bajo, Viña del Mar, expuso sobre la presente denuncia, y el procedimiento contenido en el parte N° 7485/00717, de fecha 11 de Diciembre de 2011.

Señaló, que el 11.12.11 estaba de guardia cuando en la tarde Maximiliano Cayupe hizo una denuncia por lesiones graves. Le contó que era presidente de una asociación mapuche, y que ese domingo se juntaron en la tarde con asociados, y cuando se encontraba con la víctima Adolfo, esperando llegaran más personas. Pasaron dos sujetos al interior de la ramada donde se encontraban, Gabriel Antillanca y otro sujeto, pertenecientes a otra asociación mapuche. Gabriel, al percatarse la presencia de Adolfo le preguntó por qué había hecho una denuncia en la intendencia, y Adolfo le dijo que no tenía por qué darle explicaciones a él. Se enojó Gabriel, y sacó un machete de 30 centímetros con la intención de pegarle en la cabeza a Adolfo, quien se protegió con las manos y recibió un corte en la mano izquierda. Después llevaron al hospital al herido. Cuando fue el denunciante al hospital, le dijeron que no se pudo hacer la denuncia en el hospital, y por eso fue a investigaciones.

La policía se trasladó al sitio del suceso y entrevistaron a Patricia Antillanca, quien dijo que su hermano vive en la casa, pero que en ese momento no se encontraba.

Interrogado por la defensa, respondió el testigo que Maximiliano se acercó a saludar a Gabriel Antillanca y este notó la presencia de Adolfo y lo increpa, en un sitio donde hacen sus actividades en el Jardín Botánico.

5.- Militza Murua Díaz, médico, 47 años, casada, médico cirujano, traumatóloga, realizó su especialidad en la Universidad de Valparaíso, quien señaló que trabaja en Hospital Gustavo Fricke de esta ciudad, ubicado en Av. Alvares 1532, Viña del Mar, y en esa virtud le correspondió atender al paciente Adolfo Rubillanca, en urgencia, en diciembre de 2011, y le tocó tratarlo. Inicialmente lo vio y diagnosticó.

Como dice, ella estaba en urgencia del hospital señalado, y fue traído por los carabineros por una agresión. Tuvo una fractura expuesta grado dos del dedo índice con lesión del nervio radial colateral y hueso sesamoideo. Le realizó un aseo quirúrgico en el pabellón, le aplicaron material de osteosíntesis (clavo en el hueso) ya que no podía sostenerse solo el dedo, y lo enviaron hospitalizado al Hospital Gustavo Fricke de Quilpué. El nervio radial colateral es sensitivo, y enerva la zona dorsal de dedo índice. El hueso sesamoideo apoya la excursión de los tendones.

El DAU de atención de urgencia que le exhibe la fiscalía, da cuenta del diagnóstico que se le hizo al paciente.

La fiscalía le exhibió el documento n° 1 del auto de apertura, correspondiente al DAU de la víctima, de fecha 11.12.11, con hora de ingreso del paciente a las 14:37 horas, la testigo lo reconoció en relación a lo señalado precedentemente.

La fractura aludida interrumpió, rompió el hueso. Se requiere de fuerza y energía para ello. No lo puede hacer un cuchillo. Una sierra eléctrica, un machete, o un hacha como le dijeron los carabineros sí pueden hacerlo y dejar una lesión como dice la víctima. También un combo (martillo). Un palo no, porque este da golpes contundentes, y el usado aquí era cortante. En realidad no se acuerda mucho quien lo dijo, pero lo que ve o se le dice en su momento ella lo pone en el DAU.

Explicó la testigo, que fractura expuesta es cuando el hueso sale de la piel al exterior. La lesión fue en la parte inferior del dedo índice.

## II.- Prueba pericial, consistente en la declaración de:

1.- Pía Poggi Sanz, 28 años, soltera, médico legista SML de Valparaíso, domiciliada en Orella N° 954, quien dio cuenta del Informe médico legal, N° 054-12, SML de Valparaíso, de fecha 18 de enero de 2012

Explicó la perito, que realizó el examen del ofendido 9.1.12 quien le relató que fue agredido el 11.12.11 con un machete, siendo lesionado en la mano. Tuvo a la vista el carné de alta, de la fractura expuesta en el dedo índice.

Presentaba dolor en la zona y estaba en curaciones. Tenía un aumento de volumen en relación al borde interno de la mano, sensible, duro y cicatriz quirúrgica. No lograba buena articulación.

La lesión era de carácter grave, compatible con elemento contuso cortante, con tiempo de curación e incapacidad de 6 a 8 semanas, sin poder determinarse las complicaciones y secuelas.

El elemento con que se agrede debe ser angosto para provocar lesión cutánea lisa, como un elemento cortante, y ancha para el aplastamiento para provocar fractura. Ella no tuvo acceso al arma, pero la herida de la víctima es compatible con un machete. Ese mismo elemento puede producir distintas lesiones en una persona. Despendiendo de la fuerza puede producir una fractura en el cráneo, un tec abierto. Un tec abierto puede producir la muerte.

La perito señala que carece de antecedentes para opinar las lesiones que pudo tener la víctima si el golpe le hubiese llegado a la cabeza.

Interrogada por la defensa, señaló la perito que la lesión también pudo ser otro elemento contuso cortante. Por el lugar de la lesión el elemento debió ser delgado.

### III.- Prueba documental, consistente en:

1.- Copia simple de hoja atención urgencia adulto, DAU N° 1112006248, de fecha 11 de Diciembre de 2011, que da cuenta del ingreso de Adolfo Rubillanca al Hospital Gustavo Fricke, a las 14:37 horas, constatándosele (en lo que es posible leer en dicho documento), una fractura expuesta grado 2 dedo índice, con lesión del nervio radial colateral y hueso sesamoideo. Se le realizó un aseo quirúrgico en el pabellón, le aplicaron material de osteosíntesis.

La las lesiones fueron calificadas de graves. Se indica como elemento de la agresión un hacha, derivándose a la víctima al Hospital de Quilpué.

2.- Copia de carné de alta de la víctima del Hospital de Peñablanca, donde se consigna (en lo que es legible) que el ofendido fue dado de alta el 17 de diciembre de 2011, de su fractura expuesta dedo índice, metacarpiana izquierda.

3.- Una fotografía que muestra una mano herida.

### UNDÉCIMO: Que por su parte la defensa, rindió la siguiente prueba:

I.- Prueba testimonial, consistente en las declaraciones de:

1.- Patricia Beatriz Antillanca Huichante, 46 años, hermana del acusado, casada, artesana, domiciliada en Centro Ceremonial Mapuche s/n Jardín Botánico, Viña del Mar, señaló que pertenece al pueblo mapuche. En su domicilio vive con su marido, hijos y hermanos. Viven cuatro familias dentro de la comunidad. Ella es la presidenta, es la lonca elegida por la machi, dentro de la comunidad. La lonca es una autoridad que ve los problemas que se resuelven dentro de la comunidad Relmurayen choft lafquén (arcoíris florecido dentro del mar).

Ella no estaba en la comunidad cuando ocurrieron los hechos. Eso ocurrió un domingo, cuando su hermano Gabriel le dijo que discutió con Adolfo y se agarraron a combos. Él se excedió y le pegó con un palo largo de un metro más o menos para jugar a la chueca.

La defensa le exhibió a la testigo la foto 2, reconociéndolo ella como el palo o Huiño. El palo es liso y un poco curvo, porque se le hace un sacado en la punta para pegarle a la pelota. No tiene filo, es redondo cuando es nuevo.

Adolfo Rubillanca es un mapuche que participaba en el centro ceremonial, era socio de la comunidad. Con él consiguieron los espacios que ocupan ahora.

Supo que la pelea ocurrió donde estaba la antigua ruca, un lugar abierto, donde estaban arriba todos trabajando, eran como cinco personas que no estaban cerca donde ocurrieron los hechos, como de aquí a fuera (en el tribunal). No sabe si estas personas vieron algo, pero estaba despejado y sin árboles.

Sabe que la pelea fue porque Adolfo hace años venia hostigando con las demandas porque hacían productos sin permiso de Salud.

Se llamó a la asamblea de la asociación y se conversó el problema. Los adultos mayores y los Loncos se reunieron. Había como 30 o más personas. Adolfo fue citado a través de un papel pero no fue.

La asamblea se hizo solo con su comunidad, la de Adolfo no participó.

En la asamblea acordaron expulsar a ambas personas de la comunidad, porque hicieron desorden, y pasó el asunto a juicio. A Rubillanca lo expulsaron sin fecha de regreso, y el acusado fue expulsado por dos meses, porque él cumple un rol importante en la comunidad.

Los acuerdos de la asamblea quedan en un libro de actas.

La defensa exhibió a la testigo un documento, que ésta reconoció como el acta de la asamblea de 17 de diciembre de 2011, donde se acordó la expulsión de los miembros de la comunidad.

Los mapuches resuelven todo dentro de la comunidad. Distinto si el problema es con un Huinca, porque ahí los hacen ir a tribunales.

Por su parte, Juan Carlos Gallegos Salas, 53 años, casado, artesano, señaló que él dentro de la comunidad es orfebre. Ese día salió a lavar los aros fuera de su taller, y vio una discusión. Pero antes de volver le comentó a otra persona que había una discusión. Esto ocurrió en el Centro Ceremonial Relmu Rayén Chop Lafquén.

En la fotografía que le exhibió la defensora, reconoció el Centro Ceremonial Relmu Rayen Choplafquén. En el costado derecho de la foto se encuentra el estanque de agua. Su puesto es el segundo de derecha a izquierda, y la discusión eran a 70 metros de ese lugar a la derecha de la foto. Al fondo hay unos matorrales y no se podía visualizar nada por la distancia. No le prestó atención a la discusión, pero vio levantamientos de mano. No supo quienes estaban pero después supo por comentarios que era el acusado con Adolfo. Él solo miró y bajo la vista porque estaba trabajando.

No recuerda el día en que ocurrieron los hechos. Le comentaron después que la discusión fue por las demandas que Adolfo hizo de la comunidad, y se dieron unos golpes. Ella vio que los que discutían estaban en el exterior.

Con posterioridad, la directiva hizo una reunión de la asamblea para ver el caso que sucedió. Él es el marido de la Lonco, y estuvo al final de la reunión. Supo que se iba a sacar a Rubillanca y a las personas que andaban con Rubillanca.

Una semana después de los hechos Rubillanca fue al lugar a agredir a una hermana entre cuatro personas.

Interrogado por el fiscal, dijo que él está casado con Patricia Antillanca.

Él no supo que el día de los hechos había una convivencia. La otra asociación tenía una ramada, y allí se encontraban las personas que discutieron.

Estaba la idea de dividir el terreno, pero ya había una división natural y estaban separados. La asociación de Patricia ocupaba los puestos y los otros estaban más allá.

Karina Luna Mieres es la persona a la que le pegaron días después. Ella estaba vendiendo tortillas. Pertenece a la comunidad Relmu Rayen Choflafquén. Ese hecho lo denunciaron en fiscalía, y dispusieron orden de alejamiento. Perdió Karina por no seguir asistiendo al juicio.

La comunidad Relmu Rayén Choflafquén fue la que hizo la asamblea. Funcionaban en la época de los hechos 7 comunidades más. Él es socio, Karina, Patricia, Erwin Antillanca, Florentina Loncomilla, José Antillanca, Marcela Pérez.

Después de los hechos el acusado fue expulsado, después volvió a vivir al centro ceremonial pero se volvió a ir.

A su turno, la testigo Elizabeth Salcedo Córdova, 49 años, con domicilio en Calle Congo 238 Villa Hermosa, Viña del Mar, señaló que es artesana en la comunidad Relmu Rayén Choflafquén, no es mapuche, pero es miembro de ella hace 6 años. Allí vive la familia Antillanca. Al acusado lo conoce como 6 o 7 años.

El día de la discusión, un domingo del 2011, en diciembre, alrededor del mediodía u hora de almuerzo, Juan Carlos Gallegos, el marido de Patricia, le avisó que estaban discutiendo en el lugar, ella miró y vio al acusado con otra persona.

La testigo reconoció en una fotografía su puesto de trabajo, ubicado en el quinto lugar de derecha a izquierda.

La discusión fue en el lugar donde estaba la ruca antigua, al aire libre, donde hay un camino, al costado de una cancha de Palín.

Ella no se quedó mirando la discusión. Supo después que se agredieron, y que el acusado le pegó al otro sujeto con un palo.

Interrogada por el fiscal, respondió la testigo que la pelea fue como a 70 metros de donde ella estaba, coincide con Juan Carlos Gallegos. Entre ella y la discusión había matorrales por el costado. A la distancia ella ubicó al acusado y después supo quién era el acompañante. Vio a Gabriel con un palo. No vio que la otra persona que discutía con Gabriel tuviese un arma.

La feria costumbrista forma parte de la asociación Relmu Rayén Choftlafquén, tienen personalidad jurídica.

2.- Luis Enrique Antillanca Huichante, 26 años, soltero, artesano, huerquen (mensajero) de la comunidad, con domicilio en Rio Blanco con calle Rio Jordán 44 Forestal, Viña del Mar, señaló que es hermano del acusado, quien estuvo involucrado en una pelea. Hubo una discusión en fecha que no recuerda, el año pasado. Ocurrió en la comunidad Relmu Rayén Choftlafquén. Él no estuvo presente en la pelea, y no sabe el motivo de la discusión, tampoco el lugar en que ocurrió la pelea.

Adolfo Rubillanca en un principio perteneció a la comunidad, pero se crearon otras asociaciones y él tomó su rumbo.

Los mapuches solucionan sus problemas en reuniones en las que se conversa con toda la gente que está involucrado en el caso, y se toman las medidas correspondientes. Aquí se invitó a toda la gente, a la comunidad Relmu Rayén Choftlafquén. Tiene entendido que invitaron a Rubillanca, pero no sabe si estuvo presente. Supo que se tomó la determinación que Rubillanca estaba interfiriendo la comunidad y debió salir de la comunidad. Se le avisó por correo y por otras personas. Él acató esa resolución.

La Lonca (Patricia Antillanca, su hermana), o el Quene presiden la asamblea. En la Quinta Región hay como cuatro Loncos.

Ante los conflictos, al llegar a la ciudad, muchas veces ellos acuden a la justicia, generalmente en los casos en que hay demasiadas formalidades.

El en un momento fue un facilitador intercultural para unir las culturas y acercar a la comunidad a su pueblo.

Su familia está inserta en la ciudad, pero trata de que su comunidad sea como las del sur.

Interrogado por el fiscal, respondió el testigo que ellos viven en la comunidad. Dentro de los socios está su familia que vive ahí hace como tres años, y también viven dos familias más.



Cuando comenzó hace 10 años la vida en la comunidad había otras comunidades que ahora no están. Él lleva un poco más de un año acá, no estaba en la zona al tiempo de los hechos.

3.- Flora Lemuy Ancapán, 64 años, jubilada, señaló que trabaja en la misma comunidad a que pertenece el acusado.

En relación a los hechos que nos ocupan, señaló que estaba presente en el lugar, trabajando en artesanía de su etnia mapuche, andaba buscando leña, cuando vio a una cuadra, desde su lugar de trabajo, a Gabriel conversando con Rubillanca. Después llegó a su puesto, y Gabriel llegó solo a decirle que había peleado con Rubillanca y ella le prestó su celular para que llamara a su familia. Rubillanca es prepotente y discriminador, quien les decía que eran cochinos, y como que los intimidaba. Supo que con un palín el acusado le pegó a Rubillanca. Pelearon en la calle, en el camino, en la salida del camino en su recinto. Ella no vio a más personas, vio a Gabriel. Supo que Rubillanca tuvo una herida en el dedo.

Ella pertenece a la comunidad Relmu Rayén Choftlafquén. No sabe si Rubillanca pertenecía a la comunidad.

La pelea entre las personas que señaló quedó ahí no más.

Los Antillancas al tiempo de los hechos vivían en el centro ceremonial.

Interrogada por el fiscal, respondió que ella es mapuche. Ella se dedica a artesanía en comida típica, que vende en el mismo lugar de artesanía que señaló. Esa feria está a cargo de los Antillanca, son como sus jefes.

Interrogada por el tribunal, indicó que tiene dudas que otra persona le haya causado la lesión a Rubillanca, piensa que él mismo pudo causársela.

II.- Prueba pericial, consistente en la declaración de:

Señaló el deponente, que él elaboró una pericia antropológica, usando una entrevista en profundidad y una contextualización etnográfica, para elaborar una

historia de vida del imputado. Los objetivos eran: 1.- Constatar si el acusado tenía tradiciones de cultura mapuche; y 2.- si en el delito hubo un procedimiento cultural que le impusiera sanción a los involucrados.

En relación al primer punto, de lo señalado por el entrevistado, constató que él tuvo una socialización primaria, secundaria y terciaria. Durante 17 años pudo adquirir la cosmovisión y estructura de la cultura mapuche. Construyó su identidad en esa cultura.

Cuando se trasladó a vivir a Forestal, el acusado comenzó a construir un loft en términos no tan puros, ya que él participa en dos culturas. Invitaron a otras familias, y luego se organizaron para establecer una comunidad mapuche donde ocurren los hechos. Es una concreción de una unidad cultural el lugar donde se dan los hechos. Por ello el problema que tuvo el acusado fue llevado a una instancia jurídica propia de sus costumbres y las normas que ellos tienen como tradición para estos casos. Por eso fue sancionado. Está así señalado en el acta correspondiente.

Creyó que era necesario tener un aproximación a la historia de vida del acusado.

Los últimos censos ponen énfasis en la autoidentificación y la pertenencia de las personas a una comunidad. Esta última tiene consecuencias claras en el caso del acusado.

Se logra una reconstitución cultural. Los mapuches tienen una estructura que se trasmite por la oralidad. Hay una lonco que es la comunidad, no hay una machi.

Para un mapuche, sacarlo de la tierra es una sanción suprema. La relación primordial del pueblo mapuche es con su tierra.

Pudo conocer las razones del conflicto, y supo que dice relación con la orientación que se le quería darle a la comunidad. Para el acusado significaba algo sagrado, y a la otra persona una visión turística o capitalista.

Desde las tradiciones el presente asunto ya está concluido.

Interrogado por el fiscal, refirió el perito, que las conclusiones a que llegó, tuvieron por base que declaró el acusado. Él no entrevistó a la víctima ni a otras personas.

Sabe que se solucionó el problema y se levantó un acta oficial. No estuvo presente en la asamblea ni puede ratificar que sea válido.

La lonco está sobre las personas involucradas.

A la pregunta del fiscal, respecto a que la víctima señaló que en su comunidad no había una lonco, respondió el testigo que él no comprobó que esta estructura estuviese arraigada en Viña del Mar del Mar. No sabe cómo es la organización de los mapuches en esta ciudad. En general, el concepto que se usa es el de asamblea pública donde están presentes los involucrados

A la nueva pregunta del fiscal, respondió el perito, que él tuvo acceso a la carpeta de investigación en la que consta que el acusado hizo una denuncia previa a la fiscalía. Se imagina que si el delito está al interior de la comunidad se soluciona allí, pero si es fuera puede denunciarse.

El Convenio 169 de la OIT llama a tener consideración en las comunidades indígenas. El convenio trata de compatibilizar ambas normativas.

III.- Prueba documental, consistente en:

1.- Copia simple del certificado emitido por la CONADI de personalidad jurídica de la Asociación Indígena Guillatué Relmu Rayén Chod Lafken. Fue constituida el 20 de octubre de 2009 y tiene como fecha de expiración del directorio el 10 de octubre de 2013. El directorio está constituido por las siguientes personas:

Presidente: Patricia Antillanca Huichante.

Vicepresidente: Erwin Antillanca Huichante.

Secretario: Florentina Loncomilla Águila

Tesorero: José Antillanca Huichante

Consejero 1: Marcela Pérez Antillanca.

2.- Copia simple que da cuenta de la sesión celebrada por la Asamblea con ocasión de estos hechos de 17 de diciembre de 2011.

3.- fotografías consistentes en un puesto de feria, dos palos y un machete.

DUODÉCIMO: Que el artículo 397 N° 2 del Código Penal establece que "El que hiriere, golpear, o maltratare de obra a otro, será castigado como responsable de lesiones graves:

N° 2 Con la de presidio menor en su grado medio, si las lesiones produjeran al ofendido enfermedad o incapacidad para el trabajo por más de treinta días.

Las lesiones propiamente dichas consisten en la producción de un menoscabo o daño en la salud física o psíquica de otro mediante el empleo de los medios de ejecución que indica la ley en el artículo 397 inciso 1° (herida, golpe maltrato de obra) y que no consista este daño en una mutilación, cometida con dolo directo. Los núcleos típicos son herir, golpear o maltratar de obra.

Luego, la prueba testimonial, pericial y documental rendida en el juicio, permite establecer con absoluta concordancia, la naturaleza de las lesiones sufridas por la víctima Adolfo Rubillanca, en el rango de lesiones graves, motivo por el cual se le otorga pleno valor.

A objeto de reiterar las declaraciones de la víctima, de la traumatóloga Militza Murua Díaz, y de la perito médico legista del SML de Valparaíso Pía Poggi Sanz, se dan por reproducidas aquí, pudiéndose concluir, que la fractura expuesta grado dos que sufrió la víctima en su dedo índice de la mano izquierda, con lesión del nervio radial colateral y hueso sesamoideo, fue provocada por un elemento contuso cortante. El DAU de atención de urgencia y el carné de alta de Rubillanca aluden igualmente a esas lesiones.

Como se ha consignado más arriba, el tribunal ha otorgado pleno valor a la declaración de los testigos presenciales del hecho, Carolina Painequeo y Maximiliano Cayupe, quienes conjuntamente con la víctima, aseguran que con un machete fue que el acusado hirió al ofendido en su mano, siendo compatible con lo que se observa en la fotografía incorporada por la fiscalía, que muestra una mano herida de la víctima.

Herir implica la ruptura o desgarro de los tejidos orgánicos, todos ellos incluidos tejidos óseos, con algún instrumento o elementos cortante, punzante o

corto-punzante; y golpear provoca el mismo resultado, pero con el empleo de un medio contundente.

La médico legista indicó que el elemento con que se agredió a la víctima debe ser angosto para provocar lesión cutánea lisa, como un elemento cortante, y ancha para el aplastamiento para provocar fractura, como pareciera ser un machete. Creemos que un palo no deja lesiones como las que se observan en la foto que son mucho más compatibles con un machete.

La doctora Murua que recibió a la víctima en urgencia, señaló que la fractura aludida interrumpió, rompió el hueso. Se requiere de fuerza y energía para ello. No lo puede hacer un cuchillo. Una sierra eléctrica, un machete, o un hacha como le dijeron los carabineros sí pueden hacerlo y dejar una lesión como dice la víctima.

Por último, las lesiones que afectaron a Adolfo Rubillanca demoraron en sanar entre 45 a 60 días, con igual tiempo de incapacidad. La doctora Murúa indicó que le aplicaron material de osteosíntesis (clavo en el hueso) ya que no podía sostenerse solo el dedo, y con posterioridad fue derivado del Hospital Gustavo Fricke al Hospital de Peñablanca donde estuvo hospitalizado 7 días.

Adolfo Rubillanca dijo que estuvo cinco meses con corchetes que le sacaron con una operación y no pudo trabajar en todo ese tiempo. Actualmente, perdió sensibilidad en la punta del dedo y le duele con los cambios de temperatura, o cuando toma un poco de peso. Hay que recordar que la víctima es maestro de cocina y garzón.

Si incluso la perito evaluó al lesionado el 9 de enero de 2012, y aun presentaba dolor en la zona y estaba en curaciones. Tenía un aumento de volumen en relación al borde interno de la mano, sensible, duro y cicatriz quirúrgica, y no lograba buena articulación.

DECIMOTERCERO: Que no fue un hecho discutido entre los intervinientes, que el acusado acometió físicamente a Adolfo Rubillanca en el Jardín Botánico de Viña del Mar, el día 11 de diciembre de 2011, cerca de las 13:00 horas, lesionándolo, controvirtiéndose respecto a la forma en que ocurrió la agresión, y al elemento causante de las lesiones (de este elemento se habló en el motivo anterior).

El tribunal da valor a los dichos de la víctima, Adolfo Rubillanca, y a lo señalado por los testigos presenciales Maximiliano Cayupe y Carolina Painequeo, ya que ellos percibieron de manera directa y cercana el suceso, siendo ellos contestes en sus declaraciones (que no reproduciremos aquí a fin de evitar reiteraciones), y que se concretan en los hechos que el tribunal ha dado por establecidos.

En cambio, dos de los testigos de la defensa no se encontraban presentes en el sitio del suceso, y otros dos solo vieron a dos personas supuestamente discutiendo, a 70 metros de distancia, sin percatarse de ningún detalle de lo que acontecía. Solo a uno de estos últimos le pareció que eran Antillanca y a Rubillanca los que estaban en el lugar discutiendo.

En efecto, Patricia Rubillanca, hermana del acusado, indicó que ella no se encontraba en el sitio del suceso cuando ocurrieron los hechos. Supo que la pelea ocurrió donde estaba la antigua ruca, un lugar abierto, donde estaban arriba todos trabajando, eran como cinco personas que no estaban cerca donde ocurrieron los hechos, como de aquí a fuera (en el tribunal). No sabe si estas personas vieron algo, pero estaba despejado y sin árboles.

El testigo Juan Carlos Gallegos Salas tampoco se percató lo que ocurría entre la víctima y el victimario, Indicó que solo que se percató que había una discusión a 70 metros del lugar en que él se encontraba. Agregó, que al fondo hay unos matorrales y no se podía visualizar nada por la distancia. No le prestó atención a la discusión, pero vio levantamientos de mano. No supo quienes estaban pero después supo por comentarios que era el acusado con Adolfo. Él solo miró y bajo la vista porque estaba trabajando.

A su vez la testigo Elizabeth Salcedo Córdova señaló que ella se encontraba en su puesto de trabajo, al lado de Juan Carlos Gallegos Salas, 70 metros de distancia del sitio donde discutían dos personas, y se percató de ello porque se lo dijo Salcedo Córdova. Ella no se quedó mirando la discusión. Supo después que se agredieron, y que el acusado le pegó al otro sujeto con un palo.

El hermano del acusado, Luis Enrique Antillanca Huichante, expresó, que él no estuvo presente en la pelea, y no sabe el motivo de la discusión. Tampoco el lugar en que ocurrió la pelea.

La testigo Flora Lemuy Ancapán tampoco vio la agresión de que fue víctima Adolfo Rubillanca. Dijo que el día de los hechos trabajando en artesanía de su etnia mapuche, andaba buscando leña, cuando vio a una cuadra, desde su lugar de trabajo, a Gabriel conversando con Rubillanca. Después llegó a su puesto, y Gabriel llegó solo a decirle que había peleado con Rubillanca y ella le prestó su celular para que llamara a su familia.

Ahora bien, el tribunal desestimó el planteamiento de la fiscalía, en relación a que los hechos se encuadran en el tipo penal de homicidio frustrado, toda vez que la prueba rendida en la audiencia no permitió establecer ese hecho punible.

Si bien los testigos Adolfo Rubillanca, Maximiliano Cayupe y Carolina Painequeo concuerdan en que el acusado se lanzó contra el ofendido con el machete en su mano, el cual puso sobre la cabeza de Rubillanca, y que gracias a que éste puso su mano en la cabeza no le lesionó la cabeza, creemos que respecto a esto último se abrió un manto de duda, por la última parte de lo declarado por Carolina Painequeo. La testigo señaló, que entre ella y la víctima había una mesa, en circunstancia que el ofendido refirió que el acusado estaba frente a él cuando le puso el machete por sobre su cabeza. Queda entonces la incertidumbre, si efectivamente el machete se dirigió derechamente o cerca de la cabeza de Rubillanca. Y en este sentido concordamos con la perito Pía Poggi Sanz, cuando a la pregunta que se le hizo respondió, que sin más antecedentes es difícil opinar sobre las lesiones que pudo tener la víctima si el golpe le hubiese llegado a la cabeza, y si le habrían ocasionado la muerte. Recordemos que el testigo Maximiliano Cayupe no estaba al lado de la víctima, sino un poco más alejado, junto al acompañante del acusado, a la entrada de la ramada.

El presupuesto fáctico que no se estableció fehacientemente, descarta entonces la postura de la fiscalía que estima concurrente el dolo eventual en el sentenciado, quien al menos debió representarse y aceptar el resultado de muerte del acometido, al dirigir el machete a su cabeza.

Conforme a lo anterior es que el tribunal únicamente dio por acreditado el golpe que con el machete el acusado le propinó a Rubillanca Llancafil, el cual le llegó a la mano izquierda.

DECIMOCUARTO: Que tal como se adelantó en el veredicto, el tribunal estima que no se dan los presupuestos para dictar un sobreseimiento definitivo o absolver al acusado, por estimar que el asunto ya fue resuelto por la comunidad mapuche; o que se trate de un delito motivado.

El Convenio N° 169 sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes de la Organización Internacional del Trabajo, publicado el 14 de octubre de 2008, en su artículo 1º dispone que *“El presente Convenio se aplica: a) a los pueblos tribales en países independientes, cuyas condiciones sociales, culturales y económicas les distingan de otros sectores de la colectividad nacional, y que estén regidos total o parcialmente por sus propias costumbres o tradiciones o por una legislación especial; b) a los pueblos en países independientes, considerados indígenas por el hecho de descender de poblaciones que habitaban en el país o en una región geográfica a la que pertenece el país en la época de la conquista o la colonización o del establecimiento de las actuales fronteras estatales y que, cualquiera que sea su situación jurídica, conservan todas sus propias instituciones sociales, económicas, culturales y políticas, o parte de ella.”*

A su paso, el artículo 8º dispone: *“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 éstas no sean incompatibles con los derechos fundamentales definidos por el sistema jurídico nacional ni con los derechos humanos internacionalmente reconocidos. Siempre que sea necesario, deberán establecerse procedimientos para solucionar los conflictos que puedan surgir en la aplicación de este principio.*

*La aplicación de los párrafos 1 y 2 de este artículo no deberá impedir a los miembros de dichos pueblos ejercer los derechos reconocidos a todos los ciudadanos del país y asumir las obligaciones correspondientes.”*



Luego, el artículo 9º establece: "En la medida en que ello sea compatible con el sistema jurídico nacional y con los derechos humanos internacionalmente reconocidos, deberán respetarse los métodos a los que los pueblos interesados recurren tradicionalmente para la represión de los delitos cometidos por sus miembros. Las autoridades y los tribunales llamados a pronunciarse sobre cuestiones penales deberán tener en cuenta las costumbres de dichos pueblos en la materia."

El artículo 54 de la ley indígena 19253 comienza con la declaración de que la costumbre hecha valer en juicio entre indígenas de una misma etnia constituirá Derecho, "siempre que no sea incompatible con la Constitución política de la República". Y luego agrega que "en lo penal se la considerará cuando ello pudiere servir como antecedente para la aplicación de una eximente o atenuante de la responsabilidad".

En una reciente publicación en la *Revista de Derecho penal y Criminología*, de Buenos Aires, Editorial La Ley, año III, número 7, agosto de 2013, págs. 243-257, bajo el título *Derecho penal y minorías étnicas: planteamiento y liquidación criminalista de un problema político*, el profesor José Luis Guzmán Dálbora, alude a las minorías étnicas, no en sentido numérico, sino para designar sociedades completas provistas de una lengua y tradiciones culturales propias, que viven en un territorio ocupado históricamente por ellas, pero que lo perdieron a causa de la supremacía de un Estado foráneo y fueron forzadas a la absorción o asimilación cultural. Son las llamadas minorías nacionales, a las que cuadra mejor, empero, el nombre de pueblos autóctonos, ya que estamos ante gentes originarias del mismo territorio que habitan actualmente<sup>13</sup>.

En el caso que nos ocupa, el antropólogo Gabriel Sergio Salinas San Martín sostuvo que durante 17 años el acusado pudo adquirir la cosmovisión y estructura de la cultura mapuche, y construyó su identidad conforme a esa cultura, pero no de

---

<sup>13</sup> Sobre la nomenclatura, cfr. Bernardi, *Modelli penali e società multiculturale*. Giappichelli, Torino, 2006, cfr. pág. 63.

una manera pura, ya que él participa de dos culturas. Añadió, que los últimos censos ponen énfasis en la autoidentificación y la pertenencia de las personas a una comunidad, y esta última tiene consecuencias claras en el caso del acusado.

Refiriéndose a los hechos en que nos ocupan, indicó el perito, que es una concreción de una unidad cultural el lugar donde se dan los hechos. Por ello el problema que tuvo el acusado fue llevado a una instancia jurídica propia de sus costumbres y las normas que ellos tienen como tradición para estos casos. Por eso fue sancionado. Está así señalado en el acta correspondiente.

Ahora bien, el tribunal no pone en duda la condición de mapuche del acusado, y en ese sentido comparte el parecer del profesor Guzmán cuando señala que: "Después de todo, el componente concreto de la abstracción denominada dignidad del hombre, reside en ser ésta un epítome nivelador de la esencial diversidad de los seres humanos, para que cada quien sea tratado igualmente, pero habida cuenta de su desigualdad. Si la dignidad nos equipara en nuestras desemejanzas, entonces éstas deben ser consideradas, por ejemplo, a la hora de determinar cuál es la mayoría de edad necesaria para que el indígena preste su consentimiento a lo que nuestras leyes calificarían de grave afectación de los derechos fundamentales, como la vida o la integridad corporal. Ahora tiene la palabra el Derecho indígena<sup>14</sup>. Entendemos que únicamente así el límite de la tolerancia no arriesga convertirse en intolerancia frente al desemejante."

Consabidas son las limitantes en la legislación interna e internacional que obstaculizan el respeto a la diversidad, y nos dejan anclados con la mirada limitada de nuestra propia cultura, pero creemos que en el presente caso, no se alcanza a entrar al tema de fondo que dice relación con la aplicación de la ley penal vigente, o

---

<sup>14</sup> Los penalistas que defienden la relevancia del consentimiento de mayores de edad incluso al disponer de derechos inviolables de la persona humana, como De Maglie, op. cit., pág. 254, se abstienen de mencionar este aspecto y discurren simplemente de adultos, pensando, por cierto, en la madurez adecuada a la legislación estatal.

la aceptación de la resolución previa del conflicto por la comunidad mapuche, ya que no se acreditaron presupuestos y circunstancias fácticas previas.

A la pregunta del fiscal, refirió el perito, que las conclusiones a que llegó, tuvieron por base únicamente lo que declaró el acusado. Él no entrevistó a la víctima ni a otras personas, ni tampoco estuvo presente en la asamblea en que se habría resuelto el conflicto. Él no comprobó que esta figura de la asamblea y del lonco estuviese arraigada en Viña del Mar del Mar. No sabe cómo es la organización de los mapuches en esta ciudad. Dijo tener un conocimiento general del asunto, donde el concepto que se usa es el de asamblea pública, donde están presentes los involucrados.

Hay que tener presente que la víctima del presente delito enfáticamente señaló, que ancestralmente a la comunidad a que pertenece resolvía internamente problemas como éste, pero en la actualidad, son los tribunales de justicia los que dirimen esos asuntos. Además, insistió no haber sido citado ni estado presente en la asamblea del 17 de diciembre de 2011, como tampoco miembros de la comunidad a que pertenece.

No hay que olvidar que la costumbre ha de ser acreditada en juicio seguido ante los tribunales estatales, en especial mediante un informe de peritos evacuado por la Corporación Nacional de Desarrollo Indígena, lo que aquí no ha ocurrido.

Luego, la prueba documental incorporada por la defensa, efectivamente da cuenta de la personalidad jurídica de la Asociación Indígena Guillatú Relmu Rayén Chod Lafken a que pertenece el acusado, donde se hace mención a que directorio está constituido por las siguientes personas: Presidente: Patricia Antillanca Huichant (hermana del acusado); Vicepresidente: Erwin Antillanca Huichante (el acusado); Secretario: Florentina Loncomilla Águila; Tesorero: José Antillanca Huichan (hermano del acusado); y Consejero 1: Marcela Pérez Antillanca. Es decir, fuera del propio acusado, al menos tres de estas cuatro personas que habrían resuelto el conflicto habido entre él y el ofendido, son parientes suyos. Y además de estas personas, solo el cuñado del acusado, el testigo de la defensa Juan Carlos Gallegos Salas, hizo alusión a la resolución del asunto por una asamblea.

Por último, y sin contar con información especializada, nos aventuramos en creer, que tanto la víctima como el victimario - quienes participan de la doble

cultura - evidencian con hechos concretos su sometimiento a la normativa penal vigente. Ya que así como la propia víctima recurrió a la justicia ordinaria para resolver el presente delito, de la misma manera lo han hecho miembros de la comunidad del acusado y el propio acusado.

El testigo de la defensa, Juan Carlos Gallegos Salas, hizo mención a la agresión que sufrió Karina Luna Mieres, perteneciente a la comunidad del acusado, Relmu Rayen Choflafquén, donde habría participado la víctima del delito que nos ocupa, y otras personas de su comunidad. O sea, se trataría de un delito donde víctima y victimario son mapuches, no obstante lo cual el asunto no fue resuelto a nivel de asamblea, sino que fue denunciado a la fiscalía de Viña del Mar, disponiéndose una orden de alejamiento. De idéntica manera, el extracto SAF del acusado, incorporado por el Ministerio Público en la audiencia del artículo 343 del Código Procesal Penal, da cuenta de las diversas denuncias que el acusado ha realizado en la fiscalía por diversos motivos.

DECIMOQUINTO: Que favorece al sentenciado la atenuante del artículo 11 n° 6 del Código Penal, puesto que el extracto de filiación y antecedentes del acusado, incorporado en el juicio por la fiscalía, no da cuenta de condenas previas, que afecten la irreprochable conducta anterior del sentenciado.

Sin embargo, no hay elementos suficientes que permitan a estos jueces calificar esta atenuante, para los efectos de lo dispuesto en el artículo 68 bis del Código Penal. Fuera de los títulos y cargos, que según sus familiares el acusado tiene al interior de la comunidad, no existen otros antecedentes objetivos al respecto, que cedan en favor de tal petición.

Para rechazar esta última petición de la defensa, el Ministerio Público incorporó en la audiencia del artículo 343 del Código Procesal Penal el extracto SAF del acusado, donde él aparece como imputado en desórdenes públicos y daños simples. No obstante, el sólo hecho de ser imputada una persona por un delito, no es bastante para desestimar la calificación. En la especie, simplemente no hay motivos que ameriten tener una especialidad consideración con la conducta del sentenciado para calificarla.

DECIMOSEXTO: Que no favorece al acusado la atenuante del artículo 11 N° 4 del Código Penal, que señala: *"Son circunstancias atenuantes: la de haberse ejecutado el hecho en vindicación próxima de una ofensa grave causada al autor, a su cónyuge, o su conviviente, a sus parientes legítimos por consanguinidad o afinidad en toda la línea recta y en la colateral hasta el segundo grado inclusive, a sus padres o hijos naturales o ilegítimos reconocidos"*.

La ofensa supone la realización de un acto antijurídico y no actos justificados, como lo es la denuncia previa que habría hecho Adolfo Rubillanca al Servicio de Salud, y que ofendió al acusado. Eso fue lo que Antillanca Huichante le reprochó a Rubillanca, cuando se le acercó en la ramada y le pidió explicaciones, antes de darle el golpe. Justificada o no la denuncia, todos tenemos el derecho a realizarlas por los motivos que nos parezca, y cosa distinta es lo que se resuelva después.

Además, la ley pide que la ofensa sea grave, de una magnitud tal que explique humanamente la reacción del sujeto activo, lo que acá tampoco parece ocurrió, ya que fuera de la denuncia antedicha, el acusado fue muy impreciso en torno a otras conductas desplegadas por la víctima, y que habrían motivado su venganza.

Por último, tampoco se acreditó la proximidad entre la ofensa y el hecho de vengar.

DECIMOSÉPTIMO: Que en opinión del tribunal, tampoco favorece al sentenciado la atenuante del artículo Art. 11 n°5 del Código Penal, esto es, la de obrar por estímulos tan poderosos que naturalmente produzcan arrebatos y obcecación. La referencia al arrebatos concierne a las emociones y la obcecación a las pasiones. Esta circunstancia alude a un motivo poderoso y claro, que arrastra la voluntad de quien actúa por arrebatos u obcecación. Se trata de una atenuante que descansa en la menor imputabilidad del agente en esa situación, y creemos que en la especie no es concurrente.

Como se dijo previamente, tanto el acusado como los testigos de la defensa hicieron referencia a ciertos hostigamientos por parte de la víctima, y de la denuncia que ella habría hecho ante la autoridad, por la falta de salubridad en los alimentos que se vendían en el Jardín Botánico. Sin embargo, y como se ha

señalado, son ambiguas las imputaciones genéricas a hostigamientos, y la molestia concreta se reduce a la denuncia antes mencionada, de fecha no determinada que habría realizado el ofendido, la que

“naturalmente” no pareciera tener la fuerza para provocar arrebatos u obcecación.

DECIMOCTAVO: Que no favorece al acusado la atenuante del artículo 11 N° 9 del Código Penal, de haber colaborado sustancialmente al esclarecimiento de los hechos, ya que por el contrario, él intentó confundir al tribunal, dando una versión distinta de lo acontecido. Señaló que fue la víctima quien se acercó a él mientras él buscaba unos palos, siendo uno de estos objetos con los que agredió al ofendido y no un machete, como se acreditó con la prueba rendida en el juicio.

DECIMONOVENO: Que al momento de determinación de la sanción a aplicar, se tiene presente lo siguiente:

1.- Que el delito de lesiones graves del artículo 397 N° 2 del Código Penal establece que “El que hiriere, golpear, o maltratare de obra a otro, será castigado como responsable de lesiones graves:

N° 2 Con la de presidio menor en su grado medio, si las lesiones produjeren al ofendido enfermedad o incapacidad para el trabajo por más de treinta días.

2.- Que el presente delito fue cometido por el acusado en calidad de autor y en grado de desarrollo consumado, favoreciéndole la atenuante del artículo 11 número 6 del Código Penal, sin que le afecten circunstancias agravantes de responsabilidad penal. El artículo 67 inciso 2º del Código Penal establece, que cuando la pena señalada al delito es un grado de una divisible, y concurre solo una circunstancia atenuante sin agravantes, debe imponerse la pena en el mínimo. En dicha virtud, y tomando en cuenta estos jueces lo previsto en el artículo 69 del Código Penal, se ha estimado de justicia aplicar la pena en la parte inferior del mínimo.

Por estas consideraciones y visto, además, lo dispuesto en los artículos 1, 11 número 6, 14 N° 1, 15 N° 1, 21, 30, 50, 69, 397 N° 2 del Código Penal; 1, 45, 48, 295, 296, 297, 309, 325, 326, 328, 332, 333, 340, 342, 344 y 346 del Código Procesal Penal; se declara:

I.- Que se condena a Erwin Gabriel Antillanca Huichante, como autor del delito de lesiones graves, previsto y sancionado en el artículo 397 N° 2 del Código Penal, cometido en grado de consumado, en Viña del Mar, el 11 de diciembre de 2011, a la pena de QUINIENTOS CUARENTA Y UN DÍAS de presidio menor en su grado medio, accesoria legal de suspensión de cargo u oficio público durante el tiempo de la condena, y al pago de las costas del juicio.

Ejecutoriada que se encuentre la presente sentencia, dese cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 468 del Código Procesal Penal.

Devuélvase, en su oportunidad, a los intervinientes los elementos de prueba incorporados al juicio.

Regístrese y comuníquese oportunamente al Juzgado de Garantía de Viña del Mar para su cumplimiento. Hecho, archívese.

Redactada por la Juez doña Marcela Nash Álvarez.

Sentencia pronunciada por la Segunda Sala del tribunal de Juicio Oral en lo Penal de esta ciudad de Viña del Mar, presidida por el magistrado don Jorge Fernández Stevenson, e integrada por los magistrados doña Berta Froimovich Gun y doña Marcela Nash Álvarez.

## Independencia cultural

Los Prisioneros

El momento ha llegado de hacernos a un lado  
Jugando juegos de otros nunca vamos a campeónar  
Tú y yo tenemos buen gusto nada nos puede dar susto  
Lo de afuera afuera, ocupemos nuestro país

Influencias, sugerencias, europeos llévense su decadencia  
Advertencia, vamos a declarar

Independencia cultural  
Independencia cultural

En este sitio lejano, la gente es pobre, la gente da la mano  
No hay orgullos de raza, no hay colonias ni tradición  
Siempre ocultando el acento no hemos sido aplaudidos ni un momento  
En el colegio se enseña que cultura es cualquier cosa rara  
Menos lo que hagas tú

No te disfraces, no te acomplejes  
Eres precioso porque eres diferente  
Grita fuerte tenemos que declarar

Independencia cultural  
Independencia cultural.....