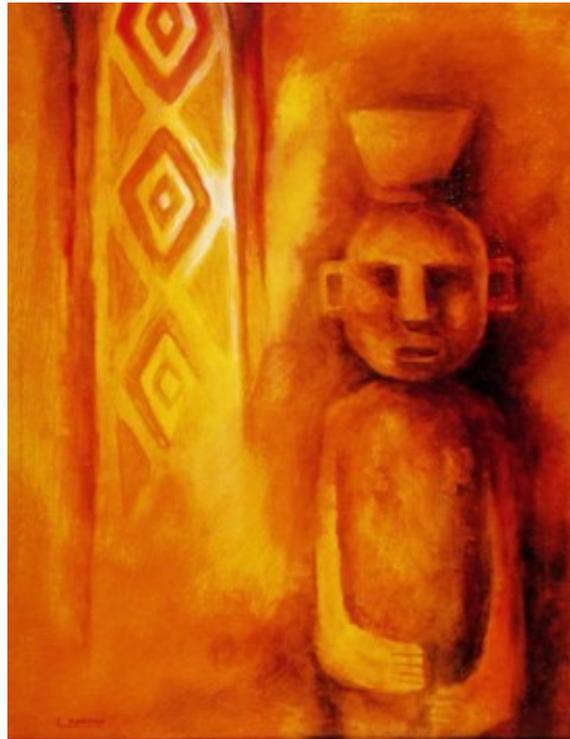




**UNIVERSIDAD DE CHILE**  
**FACULTAD DE CIENCIAS SOCIALES**  
**DEPARTAMENTO DE ANTROPOLOGÍA**

***Crimen y Costumbre en la Sociedad Mapuche Contemporánea***



**Tesis Para Optar Al Grado De Antropólogo Social**

**ALUMNO: PABLO ROSSEL ECHAGÜE**  
**PROFESOR: JUAN LE-BERT**

## SANTIAGO, JUNIO DE 2010

### INDICE

#### I. INTRODUCCIÓN...

El Contexto De Investigación.- Táctica Y Estrategia.

#### II. EL DERECHO 'PENAL' EN SOCIEDADES INDÍGENAS

Una Definición Antropológica Del Derecho Penal.- La Lógica de la Culpabilidad en la Sociedad Mapuche.- La Historia de la Justicia Araucana: Justicia Grupal e Inter-Grupal.

#### III. ANÁLISIS DE CASOS

La Muerte De La Bruja.- El Malón En La Actualidad.- La Antropología No Es Una Ciencia Exacta.- Un Debate En Torno A La Moral Sexual Pehuenche.- La Memoria Obstinada.

#### IV. CONCLUSIONES

#### V. BIBLIOGRAFÍA

#### VI. ANEXOS

El *Pharmakos* Mapuche.- Crisis Sacrificial En Lonco Luán.-

## I. INTRODUCCIÓN

### 1.1. EL CONTEXTO DE INVESTIGACIÓN

Tras la promulgación del Convenio 169 de la OIT (Ginebra, 1989), en América Latina se registra un proceso de reforma legislativa orientado a garantizar derechos diferenciados en los pueblos indígenas. En el marco de esta agenda legislativa ‘multicultural’, cabe destacar aquellos derechos ‘de jurisdicción especial indígena’, entendidos como el reconocimiento ‘de jure’ de una situación ‘de facto’, dentro del pluralismo jurídico en los diversos Estados Nacionales, donde cohabitan los pueblos autóctonos.

En concreto, este ‘pluralismo jurídico’ remite a un fenómeno de coexistencia de sistemas jurídico-normativo en un mismo espacio geopolítico: el sistema de derecho penal chileno y el derecho ‘consuetudinario’ mapuche. ¿Qué formas adopta este fenómeno de pluralismo jurídico en Chile? Planteamiento de fondo si queremos dilucidar el trasfondo de esta problemática, revelarla bajo el prisma de la investigación científica con el material que aportan las ciencias sociales y, en último término, hacer un aporte cualitativo capaz de generar mecanismos viables que permitan la solución de problemas que se presentan en nuestros tribunales a la hora de resolver problemas étnicos.

Sobre pluralismo, citaremos la ‘ley indígena’ (Nº 19.253) del año 1993, la cual señala en su Art 54:

*“La costumbre hecha valer en juicio entre indígenas pertenecientes a una misma etnia, constituirá derecho, siempre que esta no sea incompatible con la Constitución Política de la República. En lo penal se la considerará como antecedente para la aplicación de una eximente o atenuante de responsabilidad.*

*Cuando la costumbre deba ser acreditada en juicio podrá probarse por todos los medios que franquea la ley y, especialmente, por un informe pericial”.*

De tal forma, el sistema de derecho penal incorpora a la costumbre indígena en el elemento de culpabilidad del delito *-nulla poena sine culpa-*, en el sentido de que no resulta legítimo castigar al sujeto que no se encontraba en condiciones de representarse lo ilícito de su conducta, vale decir, consciencia de ilicitud. En este caso, se entiende que la socialización del indígena supone la interiorización de principios axiológicos divergentes de los comúnmente aceptados por la comunidad nacional, de forma que una situación de ‘pluralismo jurídico’ supone la posibilidad de visiones contrapuestas de la conducta ‘normal’ y ‘desviada’. Utilizaremos esto como hipótesis de trabajo.

Por cierto, este artículo de la ley indígena remite a las disposiciones incorporadas en el Convenio 169 de la OIT, éste último ratificado por Chile en Septiembre de 2008, el que entra en vigencia en Septiembre de 2009. Ahora, si bien el texto de la ‘ley indígena’ reconoce derechos análogos a los incorporados en el C-169, la gran transformación que supone su ratificación en Chile, se refiere al mayor grado jerárquico que este último posee. Y tal como se indica en el artículo 5º de la Constitución Política de Chile:

*“El ejercicio de la soberanía reconoce como limitación el respeto a los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana. Es deber del Estado respetar y promover tales derechos, garantizados por esta Constitución, así como por los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentran vigentes”.*<sup>1</sup>

*Ergo*, la normativa incorporada en el texto del Convenio 169 de la OIT adquiere rango constitucional en Septiembre de 2009, esto en calidad de unos derechos *esenciales que emanan de la naturaleza humana*, y cuyo respeto se erige en un

---

<sup>1</sup> Art 19.3, CPR: *“La ley no podrá presumir de derecho la responsabilidad penal”.*

límite para el ejercicio de la *ius puniendi* del Estado, en relación a sus pueblos indígenas.

Pues bien, ¿qué plantea el texto del C-169 en materia de justicia penal y pueblos indígenas?

#### *Art 8*

- 1. Al aplicar la legislación nacional a los pueblos interesados deberán tomarse en debida consideración sus costumbres o derecho consuetudinario.*
- 2. Dichos pueblos tienen el derecho de conservar sus costumbres e instituciones propias (...)*

#### *Art 9*

- 1. (...) deberán respetarse los métodos a los que los pueblos interesados recurren tradicionalmente para la represión de los delitos cometidos por sus miembros.*
- 2. Las autoridades y los tribunales llamados a pronunciarse sobre cuestiones penales deberán tener en cuenta las costumbres de dichos pueblos en la materia.*

#### *Art 10*

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

Observamos nítidamente, que el reconocimiento de derechos ‘de jurisdicción especial indígena’ que incorpora el C-169 no sólo supone una mayor ‘jerarquía normativa’ sino que, además, un mayor grado de ‘especificidad’. ¡Sin embargo,

subsiste un importante grado de incertidumbre respecto de cómo este reconocimiento 'de jure' se transforma en un reconocimiento de derechos 'de facto', cuando se administra justicia penal en la vida cotidiana de los pueblos indígenas en Chile! Todas las disposiciones plantean como un límite al reconocimiento del derecho consuetudinario indígena *"el respeto a los derechos fundamentales definidos por el sistema jurídico nacional y los derechos humanos internacionalmente reconocidos"*. Por lo que, el respeto a los 'derechos fundamentales' como límite para el ejercicio de la autonomía indígena, ¡supone introducir ese alto grado de incertidumbre en la administración de justicia hacia los pueblos indígenas! Tal incertidumbre jurídica respecto del efectivo reconocimiento que tendrá el derecho consuetudinario indígena en materia penal, se agrava aún más, en razón de que en Chile no se tiene conocimiento alguno de lo que significa este 'derecho penal indígena', por cuanto los jueces desconocen el significado concreto que asume *'la costumbre penal indígena'* en nuestro país.

En realidad no cabe culpar a los jueces de esta falta, por cuanto las ciencias sociales chilenas no han realizado mayor esfuerzo por profundizar nuestro conocimiento respecto de los sistemas de control social de los pueblos indígenas. El 'estado del arte' aquí expuesto ha sido descrito por E. Curry destacado abogado penalista chileno en los siguientes términos:

*"Es bastante generalizada la opinión de que las prácticas penales indígenas no han tenido influencia alguna en el desenvolvimiento ulterior del derecho penal chileno. Sin embargo, esta afirmación no es incontrovertible. Por una parte, aún no se ha estudiado lo suficiente hasta que punto dichas costumbres condicionaron las instituciones del derecho penal indiano, ni las proyecciones que éste pudo tener sobre la legislación de la república independiente y su desarrollo. Por la otra, tampoco se ha hecho una valoración respecto de la medida en que tales prácticas han pervivido en la consciencia de algunas comunidades, determinando, acaso, las decisiones de la jurisprudencia y, con ello, la interpretación de las normas vigentes, que no siempre es consistente con la que se da a sus modelos en los*

*países europeos de los que se tomó. Este es uno de los campos que aún se encuentran abiertos a la investigación histórico jurídica en nuestro país". (E Cury, 2005:153)*

## **1.2. TÁCTICA Y ESTRATEGIA**

En esta tesis nos avocamos al problema identificado por Cury, a las 'lagunas' existentes en la investigación socio-jurídica en Chile, y en particular, al grado en que este 'derecho penal consuetudinario' pervive en la consciencia de algunas comunidades indígenas, determinando, acaso, las decisiones de la jurisprudencia y, con ello, la interpretación de las normas vigentes.

Nos alienta, en el desarrollo de esta tesis, concentrarnos en el sistema de control social instituido por la sociedad mapuche sobre la conducta desviada, y en particular, sobre aquel sistema *de última ratio* que hemos denominado como 'derecho penal mapuche', un 'equivalente funcional' del derecho penal estatal. Así, el objeto de estudio queda planteado en términos de identificar el grado en que 'la costumbre penal indígena' pervive en la consciencia de algunas comunidades mapuches actuales, determinando, acaso, las decisiones de la jurisprudencia y, con ello, la interpretación de las normas vigentes.

En el análisis, surgen dos tareas de investigación: 1) identificar las manifestaciones actuales de 'la costumbre penal mapuche'; 2) evaluar el 'impacto' de esta 'costumbre penal' sobre las decisiones de la jurisprudencia.

Así definido el 'qué' observar-, convendría precisar el 'como' observar, lo que entra en el terreno de la estrategia metodológica. Al respecto, se ha definido como 'unidad de análisis' el estudio de una jurisprudencia 'emblemática', en materia de justicia penal y pueblos indígenas en Chile. Entonces, ¿qué criterios definen a una sentencia como 'emblemática' en estas materias? En términos generales, estas sentencias ilustran un claro conflicto entre la norma 'general' del Estado –definidas

por el Código Penal- y la costumbre ‘particular’ del pueblo mapuche. En términos técnico-jurídicos, el *corpus de análisis* presenta casos en que un sujeto mapuche comete una conducta *típica y antijurídica* –ataca un ‘bien jurídico’, transgrede una norma tipificada por el Código Penal-, sin embargo, el elemento de *culpabilidad* se presenta como problemático. ¿Por qué?

En cada sentencia se observa como la defensa de los imputados argumenta, en general, la concurrencia en el acto de ‘circunstancias atenuantes y/o eximentes’ de responsabilidad penal, y en particular, una ‘definición de situación’ criminal divergente entre lo sostenido por el tribunal y el imputado indígena: el sujeto habría cometido una conducta *típica y antijurídica* en la convicción de actuar *conforme a derecho*, el punto es que este ‘derecho’ corresponde aquí a un ‘derecho consuetudinario’, a la denominada ‘costumbre penal mapuche’. En tal caso, y en virtud del principio *nulla poena sine culpa*, sería ilegítimo sancionar penalmente la conducta del indígena por cuanto no existió ‘consciencia de ilicitud’, es más, actúo conforme a ‘su derecho’.

Luego, ¿cómo inferir del análisis del discurso jurídico-penal las manifestaciones actuales del ‘derecho penal mapuche’? ¿Cómo evaluar ‘el impacto’ de ‘la costumbre penal indígena’ sobre las decisiones de la jurisprudencia? En relación al primer punto, hemos de convenir en que la administración del poder de castigo que representa el sistema de derecho penal estatal supone, como contraparte, la producción de un determinado ‘saber’ sobre los sujetos a quienes se examina. En ‘Vigilar y Castigar’ Michel Foucault refiere a este fenómeno en los términos siguientes:

*“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. (...) 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, 2002:27)*

Fundamentalmente: *'No existe relación de poder sin constitución correlativa de un campo de saber'*. Aplicado a nuestra investigación, cabría indagar en torno al rol que le cabe al examen pericial socio-antropológico, en la producción de un determinado saber respecto de 'la costumbre penal mapuche', donde resulta legítimo hablar de una 'construcción jurídica de la costumbre mapuche en materia penal'. En tal sentido, el rol del perito socio-cultural en justicia penal no se limita, en forma exclusiva, a configurar unas 'circunstancias atenuantes y/o eximentes' de responsabilidad, pues, en forma paralela, la pericia actúa como 'herramienta de investigación social' respecto de su objeto, en este caso, los mecanismos que instituyen las sociedades indígenas en el control sobre la conducta violenta o 'desviada'.

En síntesis, el análisis de contenido aplicado al estudio de esta jurisprudencia 'emblemática' supone un *corpus de análisis* privilegiado para el conocimiento de las manifestaciones actuales que asume 'la costumbre penal mapuche'. Luego, ¿cómo evaluar el 'impacto' de la 'costumbre penal mapuche' sobre las decisiones de la jurisprudencia? Por cierto, reducir los indicadores de 'impacto' a una configuración/no-configuración de atenuantes y/o eximentes de responsabilidad penal del indígena imputado supondría 'perder de vista' el efecto 'productivo' que hemos atribuido al sistema penal. En efecto, si por 'impacto' atendemos a criterios 'objetivos' (por ejemplo, cuantificar los años de 'rebaja en la pena' que supone para el imputado el alegato a 'la costumbre indígena') perderíamos, en esta

investigación, información valiosa respecto de los 'elementos de contexto' en que se desarrolla cada caso en particular, información tanto más valiosa por cuanto 'indaga' en una de las grandes 'lagunas' de la investigación socio-jurídica en Chile. En tal sentido, definimos este trabajo como una investigación 'exploratoria'.

Ahora bien, para contextualizar nuestro objeto de estudio, presentamos una síntesis respecto a la manera cómo la Antropología Socio-Cultural ha abordado el estudio del control social en sociedades sin estado, para lo cual citamos, en lo fundamental, las perspectivas teóricas desarrolladas por B Malinowski y R Girard en la materia; finalmente, se menciona el trabajo que, a principios de siglo XX, realizara Tomás Guevara en torno a la 'Historia de la Justicia Araucana'.

## II. EL DERECHO 'PENAL' EN SOCIEDADES INDÍGENAS

### 2.1. EL DERECHO EN SOCIEDADES SIN ESTADO

*“Al parecer, la antropología se enfrenta aquí con una dificultad similar a la que tuvo que vencer Tylor en su ‘definición mínima de religión’. Al definir las fuerzas del derecho a base de una autoridad central, de códigos, tribunales y alguaciles, llegaríamos a la conclusión de que la ley no necesita coerción en una comunidad primitiva, sino que es observada de una manera espontánea”. (B Malinowski, 1985:24)*

El estudio comparativo del derecho ‘consuetudinario’ indígena supone la necesidad de estudiar los sistemas de control que instituyen, sobre la conducta desviada, las sociedades a comparar, en este caso, la sociedad chilena y el pueblo mapuche. Tal como hemos subrayado más arriba, Malinowski pone énfasis en este sentido en su trabajo ‘Crimen y Costumbre en la Sociedad Salvaje’ (Londres, 1926), apuntando con esto, a las dificultades teórico-metodológicas que supone el estudio de instituciones análogas para sociedades con una historia de desarrollo socio-cultural heterogénea, problema ya notado por F Boas a propósito de su crítica a los antropólogos evolucionistas de fines de siglo XIX: la legitimidad del recurso al método comparativo en antropología social.

En términos sintéticos, este problema puede referirse a la oposición: etnocentrismo-relativismo cultural. El primer término refiere a la tendencia ‘natural’ del observador de proyectar sobre sociedades ‘otras’ las características propias de la sociedad y cultura en la cual fue socializado. Aplicado al estudio de los sistemas de control social, esta perspectiva ‘etnocentrista’ se traduce en la obstinación por identificar un sistema de ‘derecho penal’ en virtud de las características que este asume en las sociedades ‘occidentales’: un código escrito que tipifica las conductas criminales –y los castigos asociados-, un sistema de tribunales, un

cuerpo de policía y una infraestructura carcelaria. Por contraste, una perspectiva 'relativista cultural' aplicada al estudio del control social supone describir esta institucionalidad 'en sus propios términos', en su 'particularismo histórico'.

Si bien, para muchos, esta última perspectiva es la apropiada, por cuanto resulta imposible reducir a una cultura en los términos de otra –cada una obedece a una historia de desarrollo particular- esta perspectiva imposibilita la puesta en práctica del método comparativo en antropología. Es por esto que Malinowski, al abordar el estudio de 'las diversas fuerzas que crean el orden, la uniformidad y la cohesión en una tribu salvaje', plantea el desarrollo de una definición 'mínima' del sistema de derecho, una suerte de 'mínimo común denominador' que posibilite la comparación entre instituciones sociales análogas.

Pues bien, ¿qué definición 'mínima' nos ofrece Malinowski? Consideramos que el título con que Malinowski titula su trabajo 'Crimen y Costumbre en la Sociedad Salvaje' no se condice con el contenido sobre el cual versa su obra. En concreto, el autor desarrolla una interesante aproximación sobre 'el derecho civil' en las Islas Trobriand –lugar donde realiza su 'trabajo de campo'- pero no entrega mayor aporte en lo que entendemos por un sistema de 'derecho penal' para sociedades sin Estado:

*“El derecho civil, la ley positiva que gobierna todas las fases de la vida de la tribu, consiste en un cuerpo de obligaciones forzosas consideradas como justas por unos y reconocidas como un deber por los otros, cuyo cumplimiento se asegura por un mecanismo de reciprocidad y publicidad inherentes a la estructura de la sociedad. Estas reglas del derecho civil son elásticas y poseen cierta laxitud. No solo castigan el incumplimiento, sino que premian a los que cumplen con esplendor. La rigurosidad en su cumplimiento se asegura por la apreciación racional de causa y efecto por parte del nativo, combinada con cierto número de sentimientos sociales y personales tales como la ambición, la vanidad, el orgullo y*

*el deseo de destacarse por la exhibición, así como por el cariño, la amistad, la devoción y la lealtad al allegado". (B Malinowski, 1985:43)*

En consecuencia, en este extracto de su obra observamos como uno de los máximos exponentes del relativismo cultural en antropología aplicada al trabajo de campo, no puede sino recurrir a nociones 'etnocentristas' en su descripción sobre 'las fuerzas que instituyen el orden' en sociedades sin Estado. ¿Y que nos dice sobre el 'derecho penal'?:

*"No hemos encontrado ningún arreglo ni costumbre que pueda clasificarse como una forma de administración de justicia, de acuerdo a un código y métodos fijos. Todas las instituciones legalmente efectivas que hemos encontrado son más bien formas de acabar rápidamente con un estado de cosas ilegal e intolerable, de restablecer un equilibrio en la vida social y de dar salida a los sentimientos de opresión y de justicia experimentados por los individuos. El delito en la sociedad de las Trobriand sólo puede definirse vagamente: a veces es una explosión de pasión, en otras el quebrantamiento de una prohibición formal, en ocasiones una tentativa contra determinada persona o propiedad (asesinato, robo, asalto), e incluso a veces el dejarse dominar por excesivas ambiciones o la riqueza no sancionadas por la tradición, en conflicto con las prerrogativas del jefe o de algún notable". (B Malinowski, 1985:59)*

Si bien esta definición deja muchas incógnitas sin despejar, al menos entrega algunas 'pistas' importantes a seguir, a saber, estas 'formas de acabar rápidamente con un estado de cosas ilegal e intolerable, de restablecer un equilibrio en la vida social'. ¿A qué clase de fenómenos se refiere con estas palabras? Tan solo al final de la obra encontramos un atisbo de lo que sería una definición sistemática del derecho penal en las Islas Trobriand. Como señalamos, este trabajo refiere principalmente a la esfera 'civil' del derecho 'primitivo', a saber:

*“En todos los casos en que un hombre es asesinado por gente de otro sub-clan, existe la obligación del tali3n. Aunque en teor3a esto es absoluto, en la pr3ctica s3lo se considera obligatorio en los casos de un adulto masculino de cierta categor3a o importancia. (...) Cuando el honor del sub-clan exige la venganza, 3sta se puede eludir por sustituci3n del pago de la sangre –lula-. Esta era una costumbre bien establecida despu3s de una guerra para concluir la paz cuando se pagaba al otro lado por cada muerto y herido. A3n en el caso de que se hubiese cometido un asesinato u homicidio, un ‘lula’ -pago de la sangre- revelar3a a los sobrevivientes el deber del tali3n -lugwa-”. (B Malinowski, 1985:67)*

En s3ntesis, se ha descrito este ‘derecho penal primitivo’ en funci3n de dos grandes principios: la venganza de la sangre –lugwa- y el precio de la paz –lula-. Este mecanismo de *vendetta* nos remite a conflictos inter-grupales, esto es, que involucran a sujetos de agrupaciones diversas, donde los principios del ‘derecho-deber de venganza’ y de ‘responsabilidad colectiva’ se erige en principios nucleares para estos sistemas de control social, de forma que el ataque a un individuo supone una agresi3n a toda la comunidad –parientes y aliados- de la cual forma parte, la cual deber3 vengar ‘el da3o’ atacando, a su vez, a la comunidad a la cual pertenece el victimario. Ahora bien, esta 3ltima podr3 rescatar ‘el derecho de venganza’ pactando un arreglo pecuniario: el precio de la paz. En caso contrario, al recibir el ataque se encontrar3 en condiciones de reclamar, a su vez, el ‘derecho de venganza’.

Para Ren3 Girard este ‘c3rculo vicioso de la venganza’ supone siempre el peligro de una escalada de ‘reciprocidad violenta’ que termine por socavar los cimientos sobre los que descansa el orden social. En nuestras sociedades este problema se encuentra ya resuelto en virtud de la existencia de un poder pol3tico centralizado que detenta un control monop3lico sobre el poder de violencia, de forma que el castigo penal se presenta siempre como ‘la 3ltima palabra en materia de venganza’, pero, como se resuelve este problema en sociedades sin Estado, ¿qu3n detenta la ‘3ltima palabra en materia de venganza’?

*“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. Cada vez que surge en un punto cualquiera de una comunidad, tiende a extenderla y a invadir el conjunto del cuerpo social. En una sociedad de dimensiones reducidas, corre el peligro de provocar una auténtica reacción en cadena de consecuencias rápidamente fatales. La multiplicación de las represalias pone en juego la propia existencia de la sociedad”. (R Girard, 1995:22)*

Y, aún cuando este argumento nos parece lógico, la historia nos enseña que las sociedades indígenas han logrado subsanar, por siglos, el problema que supone esta ‘reciprocidad violenta’ sin necesidad de contar con una autoridad política que detente ‘la última palabra en materia de venganza’. ¿Cómo resolver esta paradoja? ¿Que mecanismos instituyen las sociedades indígenas en el control sobre la violencia recíproca? En la perspectiva de Girard, quedan agrupados en tres categorías todos los mecanismos por los que las sociedades humanas resuelven el problema de la ‘venganza interminable’:

*“1) los medios preventivos, referidos todos ellos a unas desviaciones sacrificiales del espíritu de venganza; 2) los arreglos y las trabas a la venganza, como las composiciones, duelos judiciales, etc., cuya acción curativa sigue siendo precaria; 3) el sistema judicial, cuya eficacia curativa es inigualable”. (R Girard, 1995:28)*

Deducimos, pues, que en las sociedades indígenas, como es el caso mapuche que concentra nuestro interés, el control sobre la violencia recíproca recae sobre estos medios ‘preventivos’ y los ‘arreglos y trabas a la venganza’.

## 2.2. LA LÓGICA DE LA CULPABILIDAD EN LA SOCIEDAD MAPUCHE

¿Cuál es el ‘estado del arte’ de nuestro conocimiento sobre el ‘derecho penal mapuche’? Un buen punto de partida para introducirnos en estas materias lo encontramos en el ‘Derecho Penal’ de E Cury, cuyo capítulo sobre ‘La Evolución Histórica del Derecho Chileno’ hace referencia a ‘Las Costumbres Penales de los Aborígenes’ en los siguientes términos:

*“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”. (E Cury, 2005:153)<sup>2</sup>*

En términos generales, consideramos que ésta es una buena descripción *formal* del ‘derecho penal mapuche’ por cuanto incorpora: 1) un principio de reciprocidad

<sup>2</sup> En términos análogos, señala Doris Cooper: *“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, 1994:35)*

violenta –el talión individual o colectivo-; 2) una responsabilidad colectiva frente al daño –que supone una afrenta contra la comunidad del victimario; 3) un sistema de compensaciones pecuniarias, por el cual el victimario ‘rescata’ el derecho de venganza. Puesto en términos ‘girardianos’, E Cury incorpora en su descripción sólo dos mecanismos de control social: 1) los arreglos y trabas a la venganza –la reparación pecuniaria-, y 2) las prácticas ‘curativas’, esto es, ‘la reacción punitiva’, el ‘talión’. ¿Qué hay de los medios ‘preventivos’?

Para el autor de ‘La Violencia y Lo Sagrado’, en sociedades sin Estado –como es el caso de la sociedad mapuche que tratamos en este trabajo- estas “*desviaciones sacrificiales del espíritu de venganza*” desempeñan un rol fundamental en el control social sobre la conducta desviada, es decir, nuestro ‘equivalente funcional’ del derecho penal occidental. En efecto, para Girard, en sociedades donde no existe una autoridad política que detente un control monopólico sobre el poder de violencia, el recurso a unos medios ‘curativos’ –la *vendetta*- siempre supone el peligro de provocar *una auténtica reacción en cadena de consecuencias rápidamente fatales*. En consecuencia, en sociedades ‘simétricas’, donde no existe grupo social capaz de tener ‘la última palabra en materia de venganza’, el control de la violencia recíproca recaerá, principalmente, en estos medios ‘preventivos’:

*“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 ‘reservarle 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,*

*definición que la convierte en un instrumento de prevención en la lucha contra la violencia.*

*En un universo en el que el menor conflicto puede provocar desastres, de la misma manera que una hemorragia a un hemofílico, el sacrificio polariza las tendencias agresivas sobre unas víctimas reales o ideales, animadas o inanimadas, pero siempre susceptibles de no ser vengadas, uniformemente neutras en el plano de la venganza. Ofrece al apetito de violencia, al que la voluntad ascética no basta para consumirse, una solución parcial y temporal, ciertamente, pero indefinidamente renovable, y sobre cuya eficacia son demasiados los testimonios positivos para que pueda ser ignorada. El sacrificio impide que se desarrollen los gérmenes de la violencia. Ayuda a los hombres a mantener alejada la venganza". (R Girard, 1995:25)*

Es este 'mecanismo sacrificial' el que escapa del sistema 'formal' con que E Cury define el 'derecho penal' en sociedades sin Estado. Ahora bien, no basta con agregar estos medios 'preventivos' a la definición antes expuesta, por cuanto su incorporación supone importantes cambios en materia de 'culpabilidad' penal. ¿Cómo es esto? Revisemos, una vez más, como se representa esto en 'la 'lógica de la culpabilidad' en sociedades indígenas:

*"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". (E Cury, 2005:153)*

¿Cómo conciliar el supuesto de una 'responsabilidad objetiva' con este 'mecanismo sacrificial'? Recordemos que el sacrificio ritual descansa en un mecanismo de 'sustitución', en virtud del cual la sociedad canaliza su violencia intestina sobre unas víctimas 'inocentes', unas víctimas 'estériles en el plano de la venganza'. En consecuencia, este 'castigo penal' no supone un principio de

culpabilidad 'objetivo', ya que la 'víctima sacrificial' sustituye a los verdaderos 'responsables' de los males que aquejan a una sociedad determinada.

Para 'aterrizar' estos planteamientos teóricos, convendría revisar el análisis que hace R Girard respecto de la institución del *pharmakos* en la Grecia Antigua:

*“Previsora, la ciudad de Atenas mantenía a sus expensas un cierto número de desdichados para su sacrificio. En caso necesario, esto es, cuando una calamidad se abatía o amenazaba con abatirse sobre la ciudad -epidemia, carestía, invasión extranjera, disensiones internas-, siempre había un ‘pharmakos’ a disposición de la colectividad. (...) Al igual que Edipo, la víctima aparece como una mancha que contamina todas las cosas de su entorno y cuya muerte purga efectivamente a la comunidad, puesto que le devuelve la tranquilidad. Este era el motivo de que se paseara al ‘pharmakos’ un poco por todas partes, a fin de que drenara todas las impurezas y las consagrara sobre su cabeza, después de lo cual se le expulsaba o mataba, en una ceremonia en la que participaba todo el populacho”. (R Girard, 1995:102-103)*

¿Es acaso el *pharmakos* culpable 'objetivamente' de los 'delitos' que se le imputan –epidemia, carestía, invasión extranjera, disensión extranjera, etc.? Evidentemente que no, puesto que el 'mecanismo sacrificial' descansa sobre un elemento de 'sustitución', en un proceso ritual que permite a la sociedad manipular las violencias intestinas, canalizarlas y polarizarlas sobre una víctima 'tercera', inocente en el plano de la responsabilidad 'objetiva', pero culpable en el plano 'simbólico'. No es de extrañar, pues, que etimológicamente el 'pharmakos' posea, al mismo tiempo, una doble significación: es el 'veneno' que causa el 'daño', al tiempo que el 'antídoto' que expía el mal.

¿En que 'costumbres penales' se manifiestan estos 'mecanismos preventivos' en la sociedad mapuche? Esta pregunta nos remite, inevitablemente, a la cosmovisión y creencias del mapuche en relación a 'la naturaleza del mal', el cual

se concibe siempre respecto a una 'voluntad' de causar 'daño'. Así, por ejemplo, las causas de una enfermedad serán atribuidas al *wekufe*, una fuerza sobrenatural que actúa causando 'daño' al mapuche; por su parte, se atribuye al *kalku* –brujos- el poder de manipular estas 'fuerzas del mal' sobre las personas. Cabe señalar que, a diferencia del *wekufe*, el *kalku* refiere a una persona 'de carne y hueso' que infecta a la comunidad 'desde adentro', puesto que, por lo general, se trata de integrantes de la misma colectividad afectada.

Para el caso de las acusaciones por *brujería*, por lo general, éstas recaen sobre mujeres ancianas. Aquí cobra sentido la concepción del ritual sacrificial en términos de *“una violencia sin riesgo de venganza”*, ejercida sobre unos personajes marginales *“que no pertenecen, o pertenecen muy poco, a la sociedad”*:

*“La mujer casada conserva unos vínculos con su grupo de parentesco, al mismo tiempo que se convierte, bajo ciertos aspectos, en propiedad de su marido y del grupo de éste. Inmolarla significaría correr el peligro de que uno de los dos grupos interprete el sacrificio como un auténtico crimen y decida vengarlo. (...) Entre la comunidad y las víctimas rituales no aparece un cierto tipo de relación social, lo que motiva que no se pueda recurrir a la violencia contra un individuo, sin exponerse a represalias de otros individuos, sus allegados, que sienten el deber de vengar a su pariente”.* (R Girard, 1995:20)

Se entiende, pues, que las acusaciones de *brujería* recaigan entonces sobre mujeres ancianas, quienes han sobrevivido a sus maridos, cortando así parte importante del vínculo de parentesco con la comunidad en que fija su residencia. Además, el principio de 'virilocalidad' prescribe que, al momento de contraer matrimonio es la mujer quien se traslada a vivir a la comunidad del marido, conservando así el estigma de una 'extranjera', rol social que se acentúa con la muerte del esposo, convirtiéndose así en sujeto privilegiado de las sospechas de

brujería, especialmente si no tuvo descendencia masculina, o cuando sus hijas migran a otra comunidad al casarse.

En su 'Historia de la Justicia Araucana' Tomás Guevara releva este rol 'criminal' atribuible a la acción del *kalku* en la sociedad mapuche al señalar:

*“La brujería se calificaba como perjuicio y maldad infame, crimen nefasto que no admitía el paliativo de la composición pecuniaria. La representación colectiva de la muerte entre los araucanos consistía en atribuir la causa próxima de todo fallecimiento no a una extinción de las funciones biológicas, sino a un maleficio inferido directamente por un brujo –kalku-. Se comprenderá la enorme dilatación que tomaría en esta colectividad la acción de los brujos y las pesquisas para descubrirlos, aumentadas con las enfermedades y los innumerables incidentes fatales e imprevistos de la vida diaria”. (T Guevara, 1922:55)*

En síntesis, la consideración del 'mecanismo sacrificial' –el chivo expiatorio- nos obliga a reconsiderar el supuesto según el cual entre los mapuches existió un principio de culpabilidad 'objetivo', un derecho penal 'de actos'. En efecto, entre los mapuches este principio de responsabilidad penal 'de actos' da un espacio social y psicológico que permite gran parte de las represalias violentas, ya sea en la forma del *talión* individual o en la forma de una *vendetta* colectiva. Esto último es particularmente válido en el caso de delitos cuyos responsables son descubiertos *in fraganti*, de forma que no caben dudas de su responsabilidad penal 'objetiva'. También existen mecanismos cuando no está claro quién es realmente el culpable del delito, qué comunidad o específicamente qué familia de tal comunidad, entrando en estos casos en juego el rol de los caciques y su capacidad, mediante instrumentos heredados de la 'costumbre', de administrar justicia, como veremos más adelante. Las guerras entre familias o entre clanes no ha sido debidamente estudiada, y si las hay, o si las hubieron en el pasado, nos llegan ecos demasiado perdidos aún para aventurarnos a dar cualquier opinión. En este sentido debemos, sin embargo, destacar el carácter pacífico en que vivían las comunidades

araucanas en general, como la historia nos da cuenta. Volviendo a nuestro análisis específico, debemos decir que, contrariamente al derecho penal de ‘actos’ las sospechas y acusaciones por brujería se enmarcan en aquellos delitos ‘difusos’, donde no se tiene una clara noción sobre la identidad del agente que causó el mal.

### **2.3. LA HISTORIA DE LA JUSTICIA ARAUCANA**

A principios de siglo XX Tomás Guevara desarrolla sus investigaciones sobre ‘las costumbres judiciales’ de los pueblos indígenas del sur de Chile, tarea que culmina con la publicación de su ‘Historia de La Justicia Araucana’ (Santiago, 1922). Este trabajo nos servirá de ‘viga maestra’ en nuestra representación de lo que ha sido este ‘derecho penal mapuche’ a través de los siglos, una historia de desarrollo que se remonta al período de Conquista y Colonia, y que finaliza con los procesos de Independencia y conformación del Estado Nacional chileno. Pues bien, ¿Qué plantea en esta obra respecto de ‘la justicia araucana’?

Fundamentalmente, el citado autor distingue dos ‘tipos’ de jurisdicciones por las cuales los mapuches resuelven sus conflictos y organizan el orden interno: una justicia intra-grupal y otra justicia inter-grupal. Desentrañaremos ‘en profundidad’ lo que esto significa en cada una de las jurisdicciones mapuches.

#### **A) LA JUSTICIA INTRA-GRUPAL**

*“Administraba la justicia a todas las familias emparentadas, y a los extraños allegados, en los litigios que se promovían entre ellos, el cacique principal, sobresaliente de ordinario por su fortuna, fama de guerrero, y por la cantidad de hombres que obedecían a sus órdenes. (...) En esta justicia patriarcal o doméstica el jefe desempeñaba el papel de simple árbitro, pues sus decisiones no tenían la fuerza de un mandato imperativo. Era un consejo, un parecer, una aplicación de las costumbres de los mayores. Los contendientes podrían modificarlas por*

*convenio privado y hasta desentenderse por completo de ellas, cuando el temor del malón no presionaba al reacio". (T Guevara, 1922:19-20)*

A partir de esto deducimos que el 'poder judicial' en la sociedad mapuche no constituye una esfera separada del poder político y económico, por el contrario, su administración es detentada por el 'cacique principal' –el *lonko* y/o *ulmen*–, especie de príncipe guerrero con jerarquía y mando sobre los demás. Sin embargo, esta concentración del poder unipersonal no supone la capacidad de imponer sus decisiones verticalmente, opuesto al de los tribunales de justicia estatal, acostumbrados a tener siempre '*la última palabra*' en materia de venganza-.

Es evidente que una determinada forma de ejercer el poder de castigar supone una estructura social específica. El pueblo mapuche aparece, no obstante, como una sociedad relativamente 'simétrica' si la comparamos con las sociedades de tipo estatal. En consecuencia, la práctica de la venganza supone siempre el peligro de una escalada de violencia recíproca, capaz de romper el equilibrio social, concebido por el pensamiento indígena, como natural y heredado por los antepasados ancestrales de fuerzas sobrenaturales, vale decir, divinas.

De este modo, no resulta extraño encontrar en la sociedad mapuche instituciones de resolución no-violenta de conflictos inexistentes en nuestra sociedad: aquí el recurso a la violencia recíproca –el *talión*– refiere, efectivamente, a un recurso *de última ratio*. Con el objeto de ilustrar este afán que tiene el mapuche por 'arreglar las cosas por las buenas', cabe citar la descripción que hace, en el siglo XVIII, el jesuita Gómez de Vidaurre sobre la institución de *Meñuntún*:

*"A nuestro informante le faltó cierto día su sombrero y, sospechando quien fuera el ladrón, convocó a una reunión con gente de diferentes casas vecinas, entre las cuales estaba también la del presunto ladrón. (...) Aceptada la propuesta, se acordó el sitio donde había de efectuarse, donde pasaron a plantar una rama como señal. En la noche siguiente se acercaron todas las personas que tomaron*

*parte en la reunión, una por una, al sitio señalado, sin saber los unos de los otros, depositando un ramillete de flores unos, otros un atado de ramitas o de trapitos viejos que llevaban bajo sus ropas. El ladrón llevó el sombrero y lo dejó allí. El resultado fue, pues, feliz, y el dueño del sombrero tuvo al amanecer el gozo de encontrarse otra vez con su buen amigo que volvió a abrigarle la cabeza". (T Guevara, 1922:41-42)*

No siempre se resuelven los conflictos inter-personales en forma pacífica, 'arbitraje' del cacique, o a través de la institución del *meñuntún*. El delito de brujería se calificaba como 'perjuicio y maldad infame, crimen nefasto que no admitía el paliativo de la composición pecuniaria'. En esta categoría de 'delitos graves', aunque susceptibles de compensación pecuniaria, cabría incorporar los 'delitos de sangre', especialmente si las víctimas son de alto *status social*; los 'delitos sexuales', adulterio, violación, estupro; así como 'delitos contra la propiedad', robo de ganado, fundamentalmente, u objetos.

En el caso de 'delitos graves' existen mayores dificultades para lograr un acuerdo pacífico, por cuanto la gravedad del daño supone un mayor deseo de venganza por parte del afectado. En estos casos actúa el cacique principal en calidad de mediador, sin embargo, no siempre sus resoluciones logran aunar las voluntades de los individuos enfrentados, dando lugar a una justicia por mano propia, *travlonco*... 'cabeza por cabeza':

*"Los jefes de las parentelas no intervenían en las contiendas individuales, que no les afectaban personalmente, y dejaban en libertad a los interesados para que las ventilasen como les conviniera. (...) Un asalto en el camino, una herida en la cabeza u otra parte del cuerpo, se consideraban como hechos aislados que no comprometían a la parentela. El dañado esperaba la ocasión de devolver el asalto o la herida. A veces el ofensor rescataba el derecho de venganza por la entrega de un animal u objetos de plata o vestuario". (T Guevara, 1922:18)*

Hacemos hincapié en el mecanismo por el que este ‘derecho consuetudinario’ se perpetúa a través de los siglos sin necesidad de quedar escritos como ‘tablas de la ley’, como es el caso de nuestro Código Penal. en la siguiente descripción queda patente la importancia que supone, para el proceso de socialización/endoculturación, el carácter ‘público’ de esta administración de justicia, donde su constante y cotidiana ‘puesta en escena’ permite al *Admapu* – código de costumbres- proyectarse en el tiempo:

*“El lonko desempeñaba las funciones de árbitro cerca de la puerta de su casa, o bajo una enramada continua a ella, sentado en un banco de madera. (...) La gente interesada en el litigio formaba un semicírculo a su alrededor. Los padres se interesaban siempre en que los hijos varones se iniciaran en las particularidades más relevantes y difíciles de las costumbres, pues, en eso se basaba principalmente la educación de la juventud, que después debía actuar en las escenas de la vida cotidiana indígena, en conformidad a los usos establecidos por la tradición”. (T Guevara, 1922:24)*

## **B) LA JUSTICIA INTER-GRUPAL**

Al describir el *modus operandis* de la justicia intra-grupal mapuche, se asigno al ‘cacique principal’ el rol de arbitrar los conflictos suscitados entre indígenas de un mismo grupo consanguíneo y a los **extraños allegados**; así también, se indicó que esta resolución ‘no tenía la fuerza de un mandato imperativo’, pudiendo los contendientes ‘modificarlas por convenio privado y hasta desentenderse por completo de ellas, **cuando el temor del malón no presionaba al reacio**’.

Es obvio que la distinción entre una jurisdicción intra-grupal e inter-grupal no debe plantearse en términos absolutos, existiendo entre ambas cierta solución de continuidad vinculada a sus ‘fronteras porosas’. El grado de apertura que presenta esta justicia intra-grupal respecto de elementos ‘externos’ refiere, entre otros factores, al prestigio social asociado al ‘cacique principal’:

*“Este mismo intervenía en las querellas de individuos de otras reducciones con los de su jurisdicción. Solía ejercer también las funciones de juez árbitro en las riñas litigiosas de individuos de otras comunidades cuando, por su pericia y rectitud, los interesados lo designaban de común acuerdo para ese cargo”. (T Guevara, 1922:19)*

Luego más adelante se menciona al ‘malón’ en tanto que factor disuasivo para el arreglo no-violento de conflictos inter-personales. Aquí cabe aclarar un punto: el ‘malón judicial’ refiere a una práctica de *vendetta* de un grupo sobre otro, siendo absurdo afirmar la existencia de un ‘malón intra-grupal’. Como se indicó, en el caso de conflictos intra-grupales –no susceptibles de arreglo pecuniario- ocurre el *talión* individual –*travlonco*, ‘*cabeza por cabeza*’-.

Cabe concebir al ‘malón judicial’ como un recurso *de última ratio* en la justicia inter-grupal mapuche, una práctica de *razzia* o *vendetta* colectiva, orientada a la compensación por los daños no indemnizados –por parte de la comunidad del victimario; cabe destacar el concepto del ‘malón judicial’ en tanto que recurso *de última ratio*, por cuanto actúa sólo en situaciones en que han fracasado todo intento previo por resolver los conflictos inter-grupales de un modo no-violento.

Resulta paradójico, pues, pensar que la ‘paz’ descansa en el arte de la ‘guerra’. Y, efectivamente, la amenaza del ‘malón judicial’ actuó como un ‘freno’ para la violencia en la vida cotidiana, al tiempo que presiona a los sujetos a resolver sus conflictos no-violentamente, en el caso de haber ‘daño’, para rescatar el ‘derecho de venganza’.

Por cierto, la eficacia del malón supone una relativa simetría en las relaciones de poder entre las agrupaciones enfrentadas. Por el contrario, en condiciones de una radical asimetría de poder, la ‘amenaza de la fuerza’ no representaría un peligro para ‘los poderosos’, al tiempo que los delitos contra ‘los débiles’ quedarían

impunes, puesto que las condiciones 'materiales' no permitirían vengar los agravios de que serían objeto para retribuir el daño.

Esta justicia inter-grupal mapuche presupone, entonces, una organización 'simétrica' del poder de violencia, un 'equilibrio precario' entre las partes que conforman la sociedad mapuche. Esto nos permite entender la importancia que tuvo la conformación de 'alianzas' políticas entre agrupaciones mapuches, vínculo social que se reforzaba con la celebración del matrimonio exógamo. Así, en virtud del principio de 'responsabilidad colectiva', el ataque contra un individuo perteneciente a una colectividad 'poderosa', supone un peligro inminente para el victimario, quien buscará por todos los medios rescatar el 'derecho de venganza' a objeto de evitar el 'malón judicial':

*“Esta pasión por la venganza se mantenía hereditaria cuando no alcanzaba una satisfacción a corto plazo. Los detalles de la ofensa se transmitían de padre a hijo, y así se mantenía latente el odio de las agrupaciones entre sí. (...) Una familia dañada en sus intereses, o en alguno de sus deudos principales, cuando sola no podía ejecutar la venganza, esperaba pacientemente y pactaba alianza con otra, que recibía con posterioridad algún perjuicio de la que ella también había ofendido. Esta venganza postergada contribuía a mantener el estado de perpetuas discordias y agresiones armadas en que vivieron las tribus araucanas entre sí”. (T Guevara, 1922:13)*

Se infiere, pues, que las relaciones de poder inter-comunitarias refieren a un equilibrio 'dinámico': cuando un grupo 'débil' era atacado por uno 'fuerte' no podía rescatar su 'derecho de venganza' en forma inmediata; si deseaba 'hacer justicia' debía 'pactar' con 'otros' grupos, y con estos atacar al 'deudor'. Cual lógica del 'don', el 'daño' entre los mapuches supone un 'contra-don', los 'delitos' no compensados, supone en cambio la venganza, la puesta en marcha de un circuito de reciprocidad violenta:

*“La ofensa que se infería a un miembro de la comunidad afectaba a todos los consanguíneos, y de ella se hacía responsable también a la comunidad del victimario, pues, en defecto de éste, la venganza caía sobre sus parientes. La solidaridad entre el victimario y su parentela, y entre la víctima y sus deudos, era regla tradicional y, por lo tanto, ineludible. (...) Los choques a mano armada por perjuicios no indemnizados establecían entre los araucanos una especie de combate judicial, concebido y practicado como un medio regular de procedimiento”. (T Guevara, 1922:12-13)*

La práctica del malón actúa como ‘la amenaza de la fuerza’, dando lugar a un complejo sistema de negociaciones entre las agrupaciones enfrentadas. Un buen ejemplo del *modus operandis* de este sistema de arreglos se encuentra en las ‘Memorias de un Cacique Mapuche’ (Santiago, 1984) de Pascual Coña. Se presenta un caso de ‘robo de ganado’, el afectado sospecha de un indígena perteneciente a una comunidad aledaña. En tal caso la víctima se dirige a su cacique, a quien expone lo ocurrido, solicitando que se haga justicia. El cacique envía un *werkén* –mensajero- a reunirse con el jefe étnico de la sección ofensora, a quien informa sobre la acusación de robo que pesa sobre uno de los suyos, solicitando que se haga justicia. Se acuerda un lugar de encuentro entre ambas comunidades para discutir el asunto.

Reunidos, el cacique de la sección ofendida da a conocer la acusación que pesa sobre un *mocetón* de la otra parte. Enseguida, el cacique de la sección ofensora consulta al ‘imputado’ sobre la acusación que pesa sobre él, quien niega los hechos alegando su inocencia. Como contra-réplica, el cacique de la comunidad ofendida, asegura tener ‘testigos’ que probarían su responsabilidad en el delito, en este caso, robo de ganado, ante lo cual el imputado termina por confesar su culpabilidad, a lo cual el lonko de la sección ofensora señala:

*“Así, pues, mi mocetón esta convicto y confeso. Con este asunto está en orden. Se tendrá que pagar a tu mocetón. (...) Bueno, dice el cacique que pleitea, hoy se*

*nos dará un cordero. Hemos hecho justicia y queremos comer carne". (P Coña, 1984:131)*

A continuación del *sofao*, se discuten las tarifas a pagar y los plazos a cumplir, comprometiendo su honor el cacique 'ofensor' en que todo será como acordado. Se despiden y retornan a sus comunidades. Se ha hecho justicia.

### **C) INTER-LEGALIDAD**

Si definimos al pluralismo jurídico en tanto fenómeno de coexistencia entre sistemas normativos diferenciados, que operan en un mismo espacio geopolítico, cabría entender la inter-legalidad como el fenómeno de 'trasvasije normativo', derivado del contacto cultural –transculturación, aculturación, sincretismo cultural, etc. En efecto, el contacto con el *huinca*, a partir del siglo XVI, supone importantes transformaciones en este sistema de control social o 'derecho penal mapuche'. Por cierto, el impacto que supone el contacto cultural presenta características diferenciales en función del sector de la sociedad mapuche que analicemos.

Suponemos consecuencias 'destructivas' sobre la autonomía normativa en el caso de poblaciones indígenas asentadas en los puestos de frontera del ejército español: es el caso de los 'indios amigos'. Por el contrario, en aquellas tribus que mantuvieron su autonomía política hasta bien avanzada la 'Pacificación de la Araucanía', fines de siglo XIX, hubo evidentemente un menor impacto del sistema normativo *huinca* sobre los mecanismos de resolución de conflictos y organización del orden interno. Al respecto, Guevara refiere a este proceso de 'infiltración' normativa –para el siglo XVIII- como sigue:

*"El sistema de justicia araucano no se aplicaba entre los indios de paz o en encomendados. Abolidos sus jueces naturales, zanjaban sus disputas otros agentes del cuadro administrativo español. (...) Intervenían en las cuestiones litigiosas que se suscitaban entre los indígenas pertenecientes a reducciones sometidas, o entre estos y los individuos de la raza dominante, el personal de*

*funcionarios que sigue: capitanes de amigos, intérpretes y defensores de los comerciantes que entraban en las tribus de paz, pero no bajo la autoridad de los españoles; los capitanejos de los agregados familiares, indios ladinos, mestizos o españoles muy prácticos en la lengua y penetrados en la personalidad indígena, que hacían el oficio de asesores judiciales de los caciques de algunas localidades; los comisarios, delegados militares que representaban a las autoridades superiores de la zona de la costa, cuyas atribuciones se extendían a lo civil, lo criminal y asuntos de guerra; los comandantes de plaza, que asumieron las funciones anteriores, llegando a ser hasta amigables componedores en las contiendas que se promovían entre las familias de las tribus; finalmente, el Intendente de Concepción, que era el juez de alzada para toda clase de contiendas judiciales". (T Guevara, 1922:26-27)*

El caso trata de una intervención 'directa' del poder colonial, sobre los mecanismos de resolución en conflictos internos, de agrupaciones mapuches determinadas. Sin embargo, y en forma paralela, se observa un proceso de intervención 'indirecta' del poder *huinca*, cuyo mecanismo de acción es mucho más complejo, con consecuencias de desestructuración aún mayores. ¿Cómo caracterizar este proceso de intervención 'indirecta'?

Para entender este punto, cabe recordar que este sistema de justicia inter-grupal supone, como pre-requisito funcional y 'material', un determinado equilibrio dinámico de poder entre los actores enfrentados. Como señalamos, en el arte de la 'guerra', la 'paz' descansa sobre un precario equilibrio de fuerzas entre enemigos 'simétricos', en términos de poderío militar. Solo así el 'malón judicial' actúa como freno para el ejercicio de la violencia entre sujetos de agrupaciones diversas. Este mecanismo de *ultima ratio*, supone un efectivo 'poder disuasivo' para las violencias en la vida cotidiana del mapuche, sustentando la vigencia de un principio de justicia abstracta: el *Admapu*. Este poder actúa como un complejo sistema de compensaciones pecuniarias, en el caso de haber 'daño': los contratos. Cuando no hay temor de la espada, los contratos son sólo palabras'.

Luego, la estrategia de conquista sobre la Araucanía supuso, para el poder colonial, la conformación de alianzas político-militares con agrupaciones determinadas de la sociedad mapuche: los 'indios amigos'. A consecuencia de este pacto de cooperación mutua, los 'caciques aliados' contaron con un poderío militar que solo acrecentó la 'asimetría' de poder entre las agrupaciones mapuches, de forma que, en caso de que uno de los suyos cometiese un 'delito' sobre un indígena de otra comunidad, éste difícilmente podría ejercer su tradicional 'derecho de venganza'.

Si las condiciones obligan a que este 'daño' quede impune, la víctima se resigna a no castigar al agresor; en otras ocasiones se 'pospone la venganza', a la espera de pactar una alianza político-militar de provecho seguro. Pero como la rueda de los tiempos ha cambiado las cosas, en esta venganza colectiva el castigo cae también sobre el cacique, por cuanto al convertirse en 'amigo de sus enemigos', se los incorpora en este ciclo de violencias recíprocas del malón judicial. A su vez, al participar en esta *razzia/vendetta* colectiva, las nuevas tribus aliadas se convierten en 'deudores', en objeto de un castigo penal posterior: otro 'malón judicial'.

Así descrito, la incorporación del poder colonial no supone una desestructuración, *ipso facto*, del sistema de justicia inter-grupal, puesto que involucra cierta simetría en las relaciones de poder. El verdadero impacto 'catastrófico' vendrá asociado al proceso de Independencia y conformación del Estado Nación chileno, y con ello el fin del Pacto Colonial. En consecuencia, para mediados del siglo XX las autoridades chilenas manifiestan una férrea voluntad de acabar con la autonomía política de las tribus araucanas situadas al sur del Bío-bío, lo cual implica una mayor intervención político militar y, con ello, una radicalización en la asimetría de poder entre las diversas agrupaciones mapuches.

Un ejemplo de lo anterior refiere a la ‘Guerra a Muerte’ (1819-1827), la cual dividió a los mapuches en los bandos ‘patriotas’ y ‘realistas’. Una vez proclamada la Independencia Nacional, los grupos indígenas ‘patriotas’ contaron con el apoyo militar para hacer la guerra a sus enemigos, siendo el caso de los caciques ‘abajinos’ Colipi de Purén, Coñoeapan de Cholchol y Painevilu de Maquehua. Sobre este fenómeno de re-configuración de las estructuras de poder en la sociedad mapuche comenta Diego Milos:

*“Sin dudas, las estrategias de alianzas con bandos realistas y republicanos determinaron fuertes trastornos en las relaciones de poder inter-grupales. La guerra a muerte causó estragos en la zona costina y la población Lafkenche, impuso nuevas figuras de poder en el área de los llanos abajinos vinculados al gobierno central, dejando fuera de este pacto a los arribanos, quienes se vincularon preferentemente a caudillos locales. También son relevantes las revoluciones de 1851 y 1891, donde volvieron a establecerse alianzas entre diversos sectores de ambas sociedades”. (D Milos, 2006:102)*

La creciente injerencia de las autoridades chilenas en los asuntos internos de la sociedad mapuche, menoscaba la autoridad del cacique en la administración de justicia; para el año 1846 escribe el Intendente de Valdivia:

*“Singular es que muchos de los fronterizos no acudan para la definición de las contiendas a sus propios caciques, cuyos fallos no arrastran gran prestigio, sino a los capitanes de amigos, los cuales suelen tener harto que hacer por este motivo. También les sirven de intérpretes cuando vienen a la visita del Intendente, y son una especie de abogados que apoyan sus solicitudes. La afición que manifiestan los indígenas por esta clase de empleados es tanta, que no hay reducción, por pequeña que sea, que no deseara uno para sus servicios, y llegan casos en que la Intendencia, apurada por tales solicitudes, tiene que valerse de mil pretextos y eflujos para rechazarlas. El arbitrio que últimamente se ha tomado a fin de*

*contentarlos, es el de designar a un mismo capitán para el servicio de varias reducciones”. (T Guevara, 1922:21)*

Un fenómeno análogo nos presenta Guevara en el testimonio de un jefe militar que vigilaba las tropas del ejército al poniente del Toltén para el año 1869:

*“En busca de justicia acuden a mí como subdelegado de esta plaza los indios comprendidos en esta reducción, la de Imperial y Boroa, sometiendo a mi decisión sus pleitos, rencillas y malones. Mi fallo lo aceptan con voluntad, porque han llegado a comprender el interés con que se les atiende y lo ventajoso que es para ellos nuestro sistema. (...) Empero, no he creído prudente, al menos por ahora, se lleve esta clase de negocios con todas las reglas, trámites y formalidades de estilo, pues he tenido y tengo muy presente en mis fallos, para no alejarlos de lo que espontáneamente han buscado, el modo de ser, antiguas prácticas y costumbres de estas gentes. Con tal sistema he tenido la satisfacción de ver pronto realizado el fin que me había propuesto: seiscientos y tantos pleitos, originados por malones y muertes, y difamados por rencillas de treinta a sesenta años atrás, han sido arreglados por mí desde que me he hecho cargo de esta subdelegación”. (T Guevara, 1922:22)*

El testimonio ilustra la necesaria consideración que hacen los funcionarios de gobierno cuando aplican los principios del derecho chileno a la población mapuche, esto, ‘para no alejarlos de lo que espontáneamente han buscado’. Así, a mediados de siglo XIX nos situamos en una época de transición en la Araucanía, y si bien es cierto que la República declara la ciudadanía chilena de la población mapuche para 1819, y con ello la igualdad jurídica, en la práctica, la ‘puesta en escena’ del Estado de Derecho en la Araucanía tendrá que esperar hasta comienzos de siglo XX, esto con el fin de la campaña de ocupación militar: la ‘Pacificación de la Araucanía’ (1861-1883)-.

En el intertanto, en 1875 se promulga el Código Penal chileno, tomando como referente inmediato el Código Penal español de 1848, el que a su vez, había tomado como modelo el Código Penal francés de 1810. Se instaura, pues, una nueva referencia normativa en la tipificación de los delitos y las penas. Este sistema habrá de regular las conductas de la población mapuche una vez que en la Araucanía sea instaurado un sistema de tribunales y jueces, un cuerpo de gendarmes, policías, y cárceles, donde relegar a los criminales e infractores de esta nueva ley.

Cabe preguntarse si el desastroso fin de la autonomía política mapuche, significa también la extinción de 'la costumbre indígena en materia penal'. Cabe suponer que el ejercicio de soberanía estatal en la Araucanía, es un proceso de criminalización de toda práctica penal 'contra legem', donde el 'malón judicial', recurso *de última ratio*, quedaría condenado a desaparecer.

En efecto, el derecho penal descansa sobre un control monopólico del Estado sobre el poder de castigar y tipificar la conducta 'criminal'. En consecuencia, la coexistencia de un principio de justicia autónomo mapuche resulta incompatible con los principios básicos del derecho penal del Estado chileno. Sin embargo, al ser parte integral de la cultura mapuche, el *Admapu*, es difícil concebir su extinción mediante 'decreto de ley'. Sobre este punto, no cabe adelantar respuestas categóricas, pues, como bien señalaba E Cury, a la fecha no se ha estudiado lo suficiente el grado en que "(...) *tales prácticas han pervivido en la consciencia de algunas comunidades, determinando, acaso, las decisiones de la jurisprudencia y, con ello, la interpretación de las normas vigentes, que no siempre es consistente con la que se da a sus modelos en los países europeos de los que se tomó*". (E Cury, 2005:153)

Aunque relegado al plano de la ilegalidad, este derecho propio pervive en la conciencia mapuche, tal como se infiere en ciertas citas de Guevara, así, al respecto, comentando sobre la muerte que se daba a los brujos señala:

*“En el tiempo que siguió a la ocupación definitiva del territorio araucano cesaron estos suplicios del fuego por temor a las autoridades administrativas y a los jueces de los departamentos, pero se ejecutaban venganzas a cuchillo, que solían ocasionar heridas y hasta la muerte de los ejecutores de brujerías. En los juzgados se tramitaban de ordinario juicios criminales por este delito”. (T Guevara, 1922:61)*

La comunidad indígena, detentora del espíritu ancestral, sobrevive reflejando en su microcosmos un pasado más amplio, que se refiere a una cultura nacida y proyectada en otra dirección que la de occidente. Querámoslo o no, debemos reconocer que pese a todos los pasos dados que redundan en su desestructuración, pervive con sus códigos y derechos tácitos, con sus propias estructuras de pensamiento, creencias y mitos, los que relevan de esa otra manera de sentir y comprender el entorno, atesorando mecanismos de equilibrio y autorregulación que le son válidos por sí y ante sí, enraizados en el alma india. Tan lejos como nos remontemos en la historia huinca-mapuche, nos encontraremos siempre con la imposición arbitraria del hombre blanco, y siempre, también, con la supervivencia de esa otra manera de existir, la de la comunidad, especializada en reestablecer el orden de su universo, el equilibrio social pese a la máxima adversidad de guerras, reducciones, usurpaciones, utilizaciones políticas y crímenes nefastos. ¿No sería acaso el momento de detenerse, a propósito del Convenio de Ginebra, y rescatar los códigos y derechos tácitos que rigen el espíritu de la comunidad mapuche?

### III. ESTUDIO DE CASOS

#### 3.1. LA MUERTE DE LA BRUJA.<sup>3</sup> 14 DE JULIO DE 1953.

El Segundo Juzgado de Letras de Valdivia analiza un caso de homicidio perpetrado por Juana Catrilaf en contra de su abuela Antonia Millalef, ambas pertenecientes a la comunidad mapuche de Cachim Palitue, en las cercanías del lago Panguipulli. En cuanto a las causas del delito, indagaciones preliminares señalan que Juana Catrilaf habría atacado a su abuela en la convicción de que ésta era una 'kalku', esto es, bruja. En tal sentido, la anciana mujer supondría un peligro para la comunidad entera por cuanto sería la causa de múltiples enfermedades y muertes ocurridas en los últimos tiempos entre los indígenas.

Consultada sobre este punto, Juana Catrilaf señaló haber sido víctima de las brujerías de su abuela, quién habría causado la muerte reciente de su hijo pequeño, esto confirmado por una visión de 'un perro colorado', así como de las 'vinagreras' que sufría en esos momentos. Más adelante, señaló que su abuela también habría asesinado a su madre y a cuatro tíos, recurriendo al método de depositar veneno en la comida que les dio a probar.

En la convicción de que la 'kalku' suponía un peligro para la existencia de la comunidad indígena, el 14 de Febrero de 1953 Juana Catrilaf siguió a su abuela hasta las orillas del río Pichi-Reyehueico, donde le exigió que le entregara una piedra que le servía de instrumento para sus brujerías; ante la negativa de la 'kalku' por entregar la piedra, Juana Catrilaf se abalanzó sobre ella, cayendo

---

<sup>3</sup> *Revista Derecho y Jurisprudencia* (1955) LII, 5/6: 85-102.

ambas en el suelo, donde la primera tomó una piedra con la que asestó un golpe mortal en la cabeza de Antonia Millalef. Luego, al notar que de la cabeza de la 'kalku' salía sangre, la Catrilaf 'le chupó un poco y se hizo a un lado', por lo cual 'inmediatamente se sintió mejor, y notó que algo le salía de la boca, algo así como el demonio'. Agregó Juana Catrilaf que, con la muerte de la bruja, 'se ha sentido mucho mejor, y que todos los indígenas están contentos, porque van a poder criar a sus hijos'.

En la perspectiva de la Jueza Mardones:

*“La reo ha recurrido a circunstancias del todo ilógicas y ajenas a la mente normal y civilizada pero, como esos mismos defectos de su discurso podrían proceder de causas excluyentes de su imputabilidad o culpabilidad, es menester examinarlas a fin de formarse un juicio sobre la responsabilidad de la inculpada”.*<sup>4</sup>

El estudio sobre el grado de culpabilidad atribuible a Juana Catrilaf en el delito, supone, pues, el concurso de un equipo de 'peritos indigenistas', a saber: el Teniente Coronel Gregorio Rodríguez, Profesor Alejandro Lipschutz, y Doctor Rigoberto Iglesias, cuyo 'informe pericial' procura responder las siguientes interrogantes:

**1. Si la versión de la reo en cuanto a la creencia en una machi o bruja o curandera, institución milenaria y propia de las sociedades primitivas es verosímil, atendidas las costumbres y condiciones del medio en que vivió hasta el momento de la perpetración del delito;**

**2. Si la actitud de la reo, obediente a las indicaciones de su curandera en cuanto a que debía matar a la que le hacía el mal y beber su sangre corresponde a las supersticiones de la comunidad primitiva en que la reo había vivido;**

---

<sup>4</sup> Revista Jurisprudencia LII, 5/6, Agosto de 1955

**3. Si en tales condiciones la reo ha procedido al delito como un medio de defensa de su persona y de su ambiente y por lo mismo, y a falta de compenetración de las normas judiciales y morales, carece de responsabilidad.”**

Con estas preguntas se da inicio al primer ‘informe antropológico’ aplicado a la administración de justicia penal en Chile, cuyo foco de atención apunta a :

1) Caracterizar ‘la costumbre penal indígena’ aplicable al caso; 2) Co-relacionar esta ‘costumbre penal indígena’ con las circunstancias psico-sociales específicas del delito analizado; 3) ‘Traducir e interpretar’ esta ‘costumbre penal indígena’ en términos de ‘culpabilidad’ -‘reprochabilidad de una conducta antijurídica según libertad, fin y significado conocido o cognoscible’.

En cuanto a las creencias y costumbres araucanas en materia de brujería, principia el ‘informe pericial’:

*“Desde la época precedente a la conquista española hasta hoy mismo, los araucanos han concebido la enfermedad no como debida a causas físicas, sino a maleficios exteriores u objetos extraños que se introducían en el cuerpo a fin de perturbar las leyes biológicas. Podía manejar esos medios destructivos cualquier persona contra sus enemigos y particularmente los brujos, destructores infatigables de la vida humana. (...) Se exterioriza esta fuerza destructora, a menudo, en flechas diminutas que herían el corazón u otro órgano de la víctima, según la creencia secular”.*

Este primer ‘informe antropológico’ adopta una estrategia de investigación de tipo documental. La búsqueda de respuestas a las interrogantes planteadas no remite a un método etnográfico-inductivo, sino a un método bibliográfico-deductivo: los ‘peritos indigenistas’ en caso alguno se dirigen a la comunidad indígena aludida para fundar su conocimiento en un ‘trabajo de campo’. Por el contrario, el conocimiento sobre ‘la costumbre indígena’ aplicable al caso refiere a un ‘conocimiento erudito’ compilado en una extensa bibliografía, cuya ‘autoridad’ se

funda, en extensas citas a la obra de Tomás Guevara, así como en el testimonio de cronistas, como es el caso del Padre Félix de Augusta, del año...

Sobre la base de estas 'tácticas y estrategias' de investigación los 'peritos indigenistas' concluyen:

1. *“La versión de la reo referente a la machi, bruja o curandera que causa enfermedad y muerte entre los indios, es verosímil, por estar en pleno acuerdo con las creencias milenarias de los indios araucanos, creencias que continúan existiendo en el medio en que vivió la reo hasta el momento de la perpetración del delito;*

2. *(...) la actitud de la reo en la perpetración del delito, su convicción de que debía matar a la que le hacía el mal y beber su sangre corresponde íntegramente a las supersticiones existentes, válidas y dominantes en la comunidad primitiva en que la reo ha vivido. La actitud de la reo que mata a su propia abuela es de lógica férrea en el marco de la realidad mental de este pequeño grupo de indígenas, y esta actitud no puede ser medida por normas jurídicas y morales de otra sociedad en la cual ya han sucumbido –o ya han sido exterminadas- las brujas e incluso el mismo diablo;*

3. *En atención a las creencias milenarias existentes en la comunidad primitiva en la cual ha vivido la reo, y que han determinado con fuerza irresistible su actitud, la reo tuvo que cometer el delito por ella preparado, porque éste ha sido un medio de defensa de su propia persona y de defensa de los demás miembros de la comunidad indígena a la cual pertenece. Ni la reo, ni las otras personas de su grupo (...) en cuanto a brujerías se refiere, están compenetradas de las normas jurídicas y morales válidas para la nación chilena. Por eso la reo carece de responsabilidad desde el punto de vista de las leyes vigentes para la nación. La reo, al cometer el acto, ha sido instrumento de la voluntad colectiva del grupo de personas en medio de las cuales ha vivido, de personas que, igual que ella, carecen de responsabilidad en todo lo que se refiere a la lucha contra la brujería.”*

En términos generales, la función del peritaje será ‘inscribir’ el acto homicida en su ‘contexto’ socio-histórico, infiriendo de esto una costumbre ancestral que ‘informa’, psicológicamente, la etiología del homicidio:

*“Al matar a su propia abuela –es decir, al cometer un acto que, en el marco de la realidad mental de nuestra sociedad chilena es un horrendo crimen- La Reo Cumple Con Un Requisito Que, En El Marco De La Realidad Mental De La Comunidad Primitiva En Que Vive, Es De Orden Verdaderamente Moral. Es un ato de auto-defensa y de defensa de la comunidad que la rodea, de modo igual que lo era la ejecución de la bruja en el mundo europeo y americano hasta fines del siglo XVIII”.*

¿De qué forma lo señalado por los ‘peritos indigenistas’, en relación a ‘la costumbre penal mapuche’, es ‘traducido e interpretado’ por las autoridades judiciales chilenas?

La solicitud hecha a los ‘peritos indigenistas’ para que informen respecto del significado que asume ‘la costumbre indígena’, supone la necesidad de la autoridad judicial de contar con antecedentes ‘socio-antropológicos’ que permitan evaluar, con conocimiento de causa, el grado de culpabilidad que le cupo a la Catrilaf en el delito de homicidio que se le imputa. Y con ello, la medida del reproche que supone el castigo penal.

En los hechos, la jueza Mardones sugiere la hipótesis de que los elementos de contexto socio-cultural señalados en el ‘informe antropológico’ se enmarcan en lo señalado por el Art 10.9 del Código Penal, es decir: al matar a su abuela Juana Catrilaf habría actuado ‘violentada por una fuerza psíquica irresistible y/o miedo insuperable’:

*‘Al actuar sobre ella un factor exógeno de carácter social y una situación de hecho que consideró amenazante, fue privada de inteligencia y libertad y obro constreñida por estos imperativos’.*

En el proceso de ‘traducción e interpretación’ de la prueba ‘socio-antropológica’ en la configuración de un juicio sobre el grado de responsabilidad penal, señala Mardones respecto a Juana Catrilaf:

*“Vivía en una comunidad primitiva dominada por tradiciones y supersticiones arcaicas, que la hechicería es, dentro de esas creencias, un peligro real, una poderosa amenaza que se cernía en cualquier momento sobre la salud y la vida de los individuos, aún cuando estos fueran parientes del mago. (...) En el ambiente en que habitaba la reo predominaban concepciones mágicas que no reconocían relaciones de causalidad, para explicar los fenómenos biológicos de la enfermedad y la muerte, que atribuían poder sobrenatural a ciertos objetos y ceremonias y admitían la hechicería como fuente de magia de daño, son válidas para dicho ambiente todas las conclusiones que hemos visto y que han sido extractadas por los investigadores de la mente primitiva. (...) Siendo esas representaciones de tipo colectivo, cualquier miembro de la comunidad, frente a un caso de enfermedad o muerte, ha visto sucumbir los datos de su experiencia y sus demás conceptos generales ante la lógica incontrarrestable de las concepciones de su comunidad y han aceptado que han sido provocados por fuerzas sobrenaturales dirigidas por la hechicería. (...) En consecuencia, para la reo era una realidad indiscutible que su abuela era capaz de minar su salud y aún, de exterminarla, por medios mágicos”.*

Cabe destacar la perspectiva ‘sintética’ con la que la jueza Mardones interpreta el significado de la ‘brujería’ en el mundo mapuche, por cuanto no la considera en su calidad de ‘práctica aislada’, sino como un fenómeno inserto en un sistema de control social diverso al derecho penal occidental. En particular, se elaboran

correlaciones entre prácticas y creencias asociadas a la brujería y este mecanismo de *última ratio* que es 'el malón judicial':

*'La Práctica De La Brujería Constituye Un Delito Gravísimo, (...) de ahí los frecuentes Malones, o ataques de tribu a tribu, y los homicidios aislados muy frecuentes por tales causas en la América de la conquista y la colonia. En los primeros tiempos de la conquista de Chile el cacique condenaba al brujo a la hoguera; pero posteriormente, y ante la severa represión de las autoridades cesó el suplicio del fuego y fue sustituido por otras especies de muerte'.*

En relación al impacto psicológico de la brujería se plantea:

*"Concebida la brujería como el dominio de fuerzas sobrenaturales, que pueden producir efectos sensibles y perjudiciales sobre el ser humano, y conociendo la reo que sufría esos efectos por acción de su abuela, cuya actividad supuestamente perjudicial no pudo evitar (la reo acudió a la policía y ésta no intervino), es probable que, ante la negativa de la occisa para entregarle el talismán nocivo o curarla, no encontrara otro medio para sustraerse a la amenaza que suprimir la causa promotora de ellos".*

Por cierto, el Código Penal Chileno configura estas eximentes de responsabilidad sobre un modelo 'psiquiátrico', de forma que toda consideración sobre un 'pluralismo jurídico' se reduce a un asunto de 'trastornos psicóticos' culturalmente condicionados y/o determinados.

*'Psicológicamente hay aquí una situación equivalente a una obsesión delirante, casi patológica, a la que contribuyó el medio ambiente, la estructura mental de la reo, su incultura y su consiguiente debilidad y sugestionabilidad'.*

Por tanto, en la perspectiva de la jueza Mardones:

*‘La reo no obró dolosamente porque, coaccionada por sus tradiciones, no estaba en condiciones de representarse la ilicitud de su acto. (...) apreciando la situación desde el punto de vista de la reacción de la inculpada, debe tenerse en cuenta que el poderoso arte mágico de su víctima, dirigido hacia su persona, fue una causal para impresionar su ánimo de un temor insuperable y para provocar una respuesta defensiva’.*

En relación al ‘tipo penal’ en el que enmarcar los hechos, se plantea que estos elementos:

*‘Integran la causal de inculpabilidad denominada defensa putativa, que es una forma de error de hecho y por lo mismo suprime el dolo (por haber faltado en el delincuente el elemento representación). Existe defensa putativa si el sujeto que reacciona lo hace en la creencia de que existe un ataque injusto, cuando en verdad se halla ante un mero simulacro. Como causal de error que es (...) el error debe ser esencial y racionalmente invencible. En el caso que nos preocupa, la reo ha creído ver las circunstancias que justificaban su ataque, es decir: se creyó agredida (la enfermedad causada por exorcismos), ilegítimamente (los procedimientos de brujería son delictuales y dañinos), no provocó la agresión (no hay antecedentes que permitan suponerlo), y tuvo la necesidad racional del medio empleado para repelerla (no tenía ningún medio a su alcance para detener o contrarrestar la acción de su abuela, salvo su eliminación). La reo no tenía forma de conocer de modo cierto el error de sus creencias ni la injusticia de su acción.’*

En síntesis: *“ha sido incapaz de obrar con libertad e inteligencia frente al imperativo biológico de su propia conservación amagada por actividades de la occisa que estimaba capaces de dañarla”.*

### **3.2. EL MALÓN EN LA ACTUALIDAD<sup>5</sup>**

---

<sup>5</sup> Juzgado del Crimen de Santa Bárbara. Parte Policial Carabineros de Alto BíoBío. Causa Rol N° 4.070-3, 15 de Marzo de 2005.

La noche del 13 de julio de 2002 un número indeterminado de indígenas pertenecientes a la comunidad pehuenche de Caiñicu -Valle del Queuco, sector Alto Bíobío- da muerte a Agustina Huenupe y Juan Huenupe en su propia casa, utilizando para ello armas de fuego y elementos contundentes, dejando además una docena de lesionados, entre hombres, niños y mujeres.

En su informe policial, Carabineros de Alto Bíobío señala:

*“En el patio del domicilio, a unos 20 metros de la casa habitación, el cuerpo sin vida de Agustina del Carmen Huenupe Pavian, la que se encontraba de cubito dorsal [...] presentaba una herida de entrada de proyectil, sin salida, en el costado izquierdo de su espalda, pérdida de cuero cabelludo y contusión en el cráneo. En el interior del inmueble se observó el cuerpo de José Mauricio Huenupe Pavian, tendido de cubito abdominal [...] presentaba una herida de proyectil detrás de su oreja derecha, perdida de masa encefálica. Ello a consecuencia de un enfrentamiento ocurrido alrededor de las 22 horas del día sábado 13 de julio del 2002 por alrededor de 30 pewenches de la comunidad de Caiñicu”.*

Esa misma tarde se detiene a 18 individuos ‘sospechosos’, todos integrantes de la comunidad indígena de Caiñicu, los que son derivados al Centro de Prisión Preventiva de Los Ángeles, quedando el caso en manos del Juzgado del Crimen de Santa Bárbara, quien determina un plazo de 12 meses para la investigación judicial. En Junio 2003 se cierra el sumario, dictándose la acusación fiscal en Julio del mismo año.<sup>6</sup>

En la re-construcción de los hechos se da por ‘acreditado’ que:<sup>7</sup>

*“El sábado 13 de Julio de 2002, a las 10 horas, el secretario de la comunidad de Cauñicu citó a una reunión, a la que llegaron aproximadamente 30 personas, todas de la comunidad indígena señalada, en la que se acordaron y se*

<sup>6</sup> A esta acusación fiscal se suma -como parte querellante- la Gobernación Provincial del Bíobío.

<sup>7</sup> Juzgado del Crimen de Santa Bárbara. Causa Rol N° 4.070-3, 15 de Marzo de 2005.

*concentraron para trasladarse, en horas de la noche, al fundo San Luís (...) con el propósito de desalojar y/o expulsar de la propiedad a la familia Henupe Pavian, acción que se llevaría a cabo, asumiendo desde ya, el empleo de la fuerza y/o Violencia, para lo cual estaban provistos de armas de fuego, palos, piedras, ondas y boleadoras, previniendo y aceptando la posibilidad de un enfrentamiento. Para tales efectos se reunieron a las 20 horas en la cancha de fútbol de Cauñicu, desde donde salieron, más tarde, a pie hacia el fundo San Luís al que arribaron a las 22:10 horas, dividiéndose en tres grupos, a los cuales se les asignaron distintos roles, como rodear la casa, lanzar piedras, ingresar a la vivienda y expulsar a los moradores, estando integrado uno de estos por personas con armas de fuego. El ataque lo comenzaron haciendo disparos al aire y en dirección a la casa de sus víctimas, para posteriormente rodearla, encontrándose en su interior, entre niños y adultos, hombres y mujeres, unas veinte personas. En un primer momento los afectados se mantuvieron refugiados en el interior de la vivienda, pero con el correr de los minutos y ante el violento y masivo asalto de que eran objeto, comenzaron a salir a toda carrera para eludir dicho ataque, en busca de un lugar seguro, momentos en que fueron agredidos y golpeados por sus agresores”.*

Por su parte, la defensa de los acusados apela al Art 54 de la Ley Indígena, esto es, ‘la costumbre indígena como eximente y/o atenuante de responsabilidad criminal’. ¿Qué ‘costumbre penal mapuche’? A su juicio, lo ocurrido en Caiñicu corresponde a un ‘malón’, esto es, una práctica de *razzia/vendetta* colectiva que da un grupo sobre otro en virtud de daños no compensados entre las partes. De igual forma, y en concordancia con la jurisprudencia desarrollada a la fecha, los abogados insertan esta ‘costumbre indígena’ en la eximente de responsabilidad señalada en el Art 10.9 del Código Penal. Es decir, los imputados estarían exentos de responsabilidad penal por haber actuado violentados por una fuerza psíquica irresistible y/o impulsados por un miedo insuperable’. Ambos factores ‘exógenos’ del entorno socio-cultural.

A objeto de sustentar la hipótesis del malón, la defensa de los imputados solicita al Dr. Roberto Morales el desarrollo de un 'peritaje socio-cultural'. Bajo el título de 'Informe Antropológico. Contextualización Social, Temporal y Cultural de los Pehuenches', el análisis se extiende por sobre las doscientas páginas. Presenta un compilado bibliográfico de investigaciones históricas y sociales relativas a las comunidades pehuenches del Alto Bío-Bío. En tal sentido, en el llamado informe antropológico, el delito, supeditado al análisis, no satisface los estándares de pruebas, necesarios para acreditar 'la costumbre indígena'. Como resultado, las más dispares interpretaciones surgieron de un mismo documento, a causa de la falta de especificidad.

Así, por ejemplo, en un estudio posterior sobre el 'malón judicial', Eduardo Mella y Fabien Le Bonniec, señalan:

*“Si bien el informe menciona al malón como una práctica colectiva para relacionarse política y socialmente entre los mapuches y no-mapuches, en ninguna parte de las conclusiones indica que el doble homicidio fue un malón, sino que la actuación de los 30 pehuenches correspondió a ciertas lógicas socio-culturales propias”. (Mella E, Le Bonniec F, 2006:410)*

Una de estas interpretaciones respecto de 'la costumbre penal mapuche' es bosquejada por la abogada Sylvia Catalán en los siguientes términos:

*‘El desalojo que hicieron los procesados respecto a la familia Huenupe Pavian tuvo todas las características de un malón, costumbre mapuche que se aplicó con el objeto de recobrar la armonía que se había perdido [...] no se le puede reprochar la acción de golpear ya que ella se encuentra emparada por la circunstancia eximente de responsabilidad criminal del artículo 10. 9 del Código Penal’.*

En la misma lógica, el abogado Sergio Hidalgo adelanta su propia interpretación de lo sucedido en Caiñicu:

*“Desde el punto de vista de la carga cultural que sus representados tienen, cree fundar su petición de absolución en dos elementos: la falta de un elemento de delito, cual es, la subjetividad del agente respecto de la culpabilidad del acto y la inexigibilidad de otra conducta. La estructura del delito dice, exige para la imposición de una pena no sólo una conducta antijurídica, sino que además, que el autor se le pueda hacer un reproche de culpabilidad. Es la culpabilidad entonces, el deseo de causar un mal objetivo, traducido al nivel psicológico del agente, en el sentido de querer, dolosamente, el resultado del mal en su fuero interno. De esta manera arguye, sus representados en ningún caso actuaron dolosamente, queriendo matar y lesionar a las víctimas de autos, puesto que, en su fuero interno, ninguno de los comuneros mapuche actuó mal, pues de acuerdo a su cultura, la forma en que actuaron era la única manera de reestablecer el imperio del derecho en su comunidad. En suma, si bien la conducta es antijurídica, no es menos cierto que carece del elemento subjetivo de la culpabilidad. Luego, no existe delito. Además la carga cultural ancestral de los mapuche hace que la conducta que tuvieron, para reestablecer el imperio del derecho, se encuentre ratificada en su historia como el medio idóneo para lograr dicho objetivo, de manera que para su fuero interno, no les era exigible otra conducta. (...) Que se actuara, por parte de la comunidad, como se hizo, tratando de expulsarlos de sus tierras, y culturalmente hablando, para ellos no existe otro medio de hacerlo que no sea por el uso de la fuerza. A lo que debemos agregar, como elemento más, el aislamiento y falta de comunicación con el resto de la población ‘civil’ (...) a los actos de sus defendidos se les puede aplicar perfectamente dos eximentes de responsabilidad penal (...) quien obra en defensa de un extraño, o bien, quien actúa violentado por una fuerza o miedo irresistible”.*

Finalmente, una interpretación ‘jurídico-antropológica’ de los hechos, de la abogada Magina Zegpi señala:

*‘En la normativa chilena, la realización del hecho típico, junto con ser un índice de su antijuricidad, es también un índice de que es injusto, partiendo de la base de que lo injusto, es decir el contrario a derecho (in-ius) es un concepto cultural y jurídico de validez general, que se elabora sobre la base de la observación empírica y la normalidad de determinados estado de cosas, lo que es válido continua, para todo el derecho, como un ente global. Así, la acción de matar es injusta, porque regularmente el homicidio se lleva a cabo contra el orden jurídico. Por este juicio, de carácter general, puede en los casos singulares, carecer de fundamento real y, en esa eventualidad, como es el caso de autos, está en situación de afirmar que, no obstante que el hecho de matar es un hecho injusto, en el caso de autos se realizó CONFORME A DERECHO [...] estaban aplicando justicia de acuerdo a sus costumbres, a las que según ella nuestro derecho positivo les da validez al tenor de lo señalado en el artículo 54 de la ley N° 19.253 denominada Ley Indígena. Conforme a esta, el sentenciador [...] se encuentra OBLIGADO a reconocer el valor de la costumbre pues se trata de un juicio entre indígenas pertenecientes a la misma etnia, la pehuenche, es más pertenecientes a misma reducción o loft, la de Kawñicu. Citando al profesor Segundo Manquepi Cayul, señala: “Toda sociedad tiene derecho a vivir de acuerdo a su propia visión del mundo para que pueda desenvolverse de forma optima como persona, de acuerdo A SUS NORMAS, creencias y escala de valores propios, es decir, VIVIR DE ACUERDO A SU CULTURA”. Por tal razón, no puede el sentenciador aplicar normas de derecho positivo común, cuando nuestro propio ordenamiento jurídico le otorga validez al ad-mapu o sistema jurídico del Pueblo Mapuche, que es independiente de la ley “winka”, en el artículo 54 de la Ley N° 19.253 que no ha sido considerada para nada, transgrediendo con ello el debido proceso y los Pactos Internacionales [...] Los hechos no fueron otra cosa que un malón o un malocan, pues al no encontrar respuesta en los entes gubernamentales, y habiendo sido ofendidos, tanto en la persona de su lonko como a la comunidad toda, hicieron justicia por sí mismos, de la forma en que ellos conocen. Por tal razón, NO EXISTE DOLO EN SU ACTUAR. [...] no puede encontrar la culpa*

*consciente o inconsciente, ya que no hubo representación del delito que se les imputa, toda vez que el objeto en su actuar era hacer justicia ordenando la situación que habían creado las víctimas con su actuar, en franca y abierta desobediencia a su lonko, y esa acción no era dirigida a otra cosa, por lo que si bien para nuestra concepción del Derecho Penal no pudo preverse las circunstancias de la muerte o de las lesiones, para ellos era parte del malón, y nada malo había en ello, por lo que no podemos responsabilizarlos de la no previsión de lo previsible, pues en su mentalidad y su cultura esto no cabe [...] en cuanto a sus representados son pehuenches y no tienen el razonamiento occidental del resto de los chilenos, por ende ellos se encuentran privados de la razón [...] porque sus defendidos obraron en defensa de sus derechos como etnia indígena pehuenche, ya que habían sido atacados para arrebatárles su bandera, su árbol sagrado, imponerles otras costumbres, amenazado a su escuela, sus casas y sus familias, lo que en constituye una agresión ilegítima, el medio empleado fue racional de acuerdo a sus tradiciones y costumbres, y en nada ellos habían ofendido a sus ofensores [...] De acuerdo a su cultura estaban realizando un acto lícito, que al prisma de nuestra cultura resultó ser ilícito [...] Todos los participantes del malón lo hicieron en cumplimiento del deber que les impuso la comunidad dos días antes de que se ejecutaran los hechos’.*

La sentencia condenatoria del 15 de marzo de 2005 señala:

*‘Tal hipótesis no tiene asidero, primero, porque no ha resultado acreditado que el actuar de los encausados, de la forma que se ha producido conforme al mérito, constituya su costumbre; en otras palabras, no se tiene noticia o antecedente que hayan actuado del mismo modo en su diario vivir, considerando para ello que la costumbre, según el Diccionario de la R.A.E., es definida como, hábito, modo habitual de obrar o proceder, establecido por tradición o por la repetición de los mismos actos y que puede llegar a adquirir fuerza de precepto. Tal circunstancia no ha resultado probada en autos, y segundo, porque la conducta de los encausados está muy lejos de constituir un caso de legítima defensa, no existe*

*agresión ilegítima que repeler e impedir. El malón, no tiene más que un valor histórico, y tal evento no constituye una costumbre de los pehuenches para solucionar sus problemas ideológicos, como agredir a una familia porque, eventualmente, pertenecería al Consejo de Todas las Tierras, cuestión que ni siquiera se acreditó en autos. Pero más aún, ni siquiera en la especie podríamos estar en presencia de un malón, pues éste debe ser convocado o citado por el Lonco, lo que no ocurrió en la especie [...] No se visualiza cuál pueda ser esa fuerza irresistible en virtud de la cual habrían actuado sus representados».*

Finalmente, el 15 de marzo de 2005 se dicta sentencia: 17 individuos condenados a penas que van desde los tres (co-autores de lesiones graves) a los veinte años de cárcel (autor e instigador de homicidios y lesiones graves), y sólo uno de ellos es absuelto de cargos en su contra. Empero, el análisis que hacen los jueces del caso respecto del mismo informe antropológico se aleja radicalmente de lo señalado por los abogados defensores. En concreto, la tesis del ‘malón’ no sólo termina siendo desacreditada, en tanto ‘eximente’, sino que, en virtud de las características que asume esta *razzia/vendetta*, vale decir, acción en grupo, premeditada, concertada, sorpresiva y de noche, las autoridades judiciales estiman que configuraría una ‘agravante’ de responsabilidad penal, ¡lo opuesto a lo solicitado por la defensa!, resultando, finalmente, invertido el sentido o la ‘razón de ser’ del ‘peritaje antropológico’.

### **3.3. LA ANTROPOLOGÍA NO ES UNA CIENCIA EXACTA<sup>8</sup>**

Con fecha de 26 de Mayo de 2006 se llevó a efecto la Audiencia de Juicio Oral en lo Penal de Temuco en contra de PSHP., mapuche, de 30 años, nacido en Puerto Saavedra, domiciliado en el sector de Rucatraro, Comuna de Saavedra, a quién se le acusa del delito de homicidio simple. En concreto, se indica que el día 22 de Enero de 2005, a las 1:30 AM (aprox.), mientras Julio Caniuqueo caminaba por las calles de Puerto Saavedra, habría sido interceptado por PSHP, quién lo enfrentó

<sup>8</sup> Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Temuco. 31 de Mayo de 2006. Sentencia RUC:

0500028957-6 , RIT: 049/2006

amenazándolo, lo que derivó pronto en una riña entre ambos, de la cual Caniuqueo se logró zafar y arrancar, tras lo cual PSHP lo persigue. Al darle alcance, PSHP le da una golpiza con pies y puños, sacando luego un cuchillo, el que entierra en su abdomen y espalda, lo cual provoca la muerte de Caniuqueo, horas más tarde en el Hospital de Puerto Saavedra.

En la perspectiva de Rodrigo Lillo y Evelyn Zelaya, abogados de la Defensoría Penal Licitada, cabe circunscribir los hechos en el Art 54 de la Ley Indígena, por cuanto, PSHP., actuó de acuerdo a lo señalado por ‘costumbres ancestrales de su etnia mapuche’, lo cual se co-relaciona con lo indicado en el Art 10.9 del Código Penal, esto es, que ‘la costumbre indígena’ actúa como ‘una fuerza psíquica irresistible y/o miedo insuperable’, circunstancias que obligaron a PSHP. a acabar con la vida de Caniuqueo.

La sentencia incorpora el testimonio entregado por el propio PSHP., respecto de lo ocurrido en la madrugada del 22 de Enero en Puerto Saavedra, a saber:

*“En horas de la noche, fue a buscar a dos sobrinos, que se encontraban en una ramada; él había estado en otra y allí había bebido bastante por lo que ‘andaba mal’; cuando salía con sus sobrinos, también ebrios, se cruzaron con Julio Caniuqueo (...) comenzaron de inmediato a pelear con Julio, y aunque éste nada les hizo en esa oportunidad, lo hicieron porque éste siempre les andaba insultando, creándoles problemas y haciéndoles daño; el ‘finao’ se les arrancó, lo persiguieron, y cuando él llegó donde lo habían alcanzado sus sobrinos lo tenían en el suelo: uno de ellos le daba golpes de pies y puños, el otro le pegaba con una piedra, y él le asestó varias puñaladas, todo para acabar con el problema que significaba Caniuqueo, quien había matado a su hermano. Agrega que con Julio Caniuqueo y su familia, que son de la misma comunidad, su propio grupo familiar no tenía ningún problema hasta que Caniuqueo, no sabe por qué motivo, mató a Bartolo Huaiquimán, su padre biológico, a quien le decía su hermano, porque su abuelo lo reconoció a él como su hijo en la libreta, y en consecuencia, pasó a ser*

*hermano de su padre. Por la muerte que causó Caniuqueo no estuvo más de dos meses presos y cuando volvió a Rucatraro comenzaron los problemas entre ellos; al poco tiempo de salir libre les quemó su casa (...) Él estuvo hospitalizado en dos oportunidades por lesiones que le causaron los familiares de Caniuqueo, con quienes no tienen problemas de tierras, de herencia ni de animales”.*

¿Cómo argumentar ‘la costumbre indígena’ en estos casos? Para tales efectos se solicita el concurso del antropólogo Roberto Álvarez San Martín, cuyo ‘informe pericial’ se sustenta en información ‘empírica’ recolectada en la comunidad indígena de ‘Rucatraro’, localidad distante a unos 12 Km. de Puerto Saavedra, a la que pertenecen tanto la víctima como el acusado. En la perspectiva del antropólogo, la comunidad señalada mantiene vigentes las creencias y costumbres ‘ancestrales’ del pueblo mapuche, ya sea en el uso del ‘mapudungún’, en su auto-adscripción como ‘mapuches’, autoridades y ceremonias religiosas, etc.

Por su parte, y en función del conocimiento adquirido en su ‘trabajo en terreno’, Álvarez concluye:

*‘Tanto las familias del imputado como de la víctima se mantuvieron unidas hasta que Julio Caniuqueo dio muerte, después de un velorio, a Bartolo Huaiquimán, sucediéndose desde entonces una seguidilla de agresiones que culminaron con el incendio de la casa de la familia Huaiquimán Paiñan. Estos hechos, sumados a la pronta libertad obtenida por Julio Caniuqueo, que solo estuvo preso por dos años, motivaron que P.S.H.P. se hiciera justicia por su propia mano, práctica instalada en la cultura de la comunidad de Rucatraro, constituyendo la muerte de Julio Caniuqueo una venganza justa’.*

Los fiscales cuestionaron lo señalado por el antropólogo por cuanto, en su perspectiva, resulta un contra-sentido apelar a ‘la costumbre indígena’ en circunstancias en que el acusado ha sido bautizado por la Iglesia Católica. En su respuesta, Álvarez sostiene que la condición de ‘cristiano’ del acusado no supone

el abandono de su identidad 'mapuche', puesto que un fenómeno de 'sincretismo cultural' implica la posibilidad de coexistencia de ambas identidades en una misma comunidad o individuo.

En materia de la 'costumbre penal' de esta comunidad mapuche, sostiene Álvarez que el asesinato constituye 'una solución final' a un problema que, en principio, se busca resolver mediante el 'diálogo' primero, enseguida, mediante la 'exclusión social' del individuo y, por último, recurriendo a unas 'vías de hecho', lo cual supone, acabar con la vida del 'indeseado':

*“Debe eliminarse cualquier factor que atente contra la normalidad del grupo comunitario o de la familia; tal eliminación debe intentarse gradualmente (...) se debe, en primer lugar, dialogar para neutralizarlo; si tal método no resulta, procede a aislar a tal elemento, y, por último, si lo anterior no produce efectos, debe eliminárselo”.*

¿Cómo valoran las autoridades judiciales el contenido del 'informe pericial', vale decir, 'la costumbre indígena como fuente de derecho'? Un suceso, en apariencia insignificante, nos será un excelente indicador respecto de la valoración que hacen los jueces de 'la pericia socio-cultural': una vez finalizada la presentación de Álvarez, el juez le consulta sobre el grado de validez científica que supone el conocimiento 'antropológico'. En un acto de completa 'honestidad epistemológica' respecto de lo 'objetivo' en su disciplina, pero con cierto dejo de ingenuidad respecto de 'la cultura jurídica chilena', el antropólogo le responde:

*- “La Antropología no constituye una ciencia exacta, como no lo es la Astronomía, ni ciencia alguna en nuestros días”.*

¿Qué impacto supone esta disquisición 'epistemológica' en materia de 'culpabilidad'? Pues bien, para atender este punto, revisamos el cuerpo de la

sentencia condenatoria. En relación a 'la costumbre indígena', y su acreditación mediante 'informe antropológico' se indica:

*“Resulta **evidente** que el informe antes señalado es **totalmente irrelevante** para formar convicción alguna en el tribunal que en el caso de autos existió una presión sobre la voluntad del agente, de tal naturaleza, que se vio obligado a suprimir una vida humana; tal presión la deriva el perito del hecho, que menciona pero no acredita, de existir en la comunidad mapuche de Rucatraro, la costumbre ancestral de aplicar la pena de muerte a un homicida si la justicia chilena no lo hace pagar su deuda con la sociedad. El experto llega a tal conclusión luego de entrevistar al imputado, a dos miembros de su familia y a residentes del sector de Rucatraro; no se mencionan en el peritaje fuentes bibliográficas ni etnográficas suficientes para respaldar la enormidad de tal aseveración, esto es, que se acepte la eliminación de una vida humana en base a supuestas costumbres o valores originarios”.*

Por cierto, la crítica metodológica es acertada, pues, las condiciones 'materiales' en que se desarrolla el estudio etnográfico –muy acotada en tiempo y recursos- difícilmente podrán alcanzar esa 'descripción extensa' que pregona la antropología 'académica', la cual sustenta sus premisas en un conocimiento 'desde adentro'. Como todos sabemos, para ello es necesario un trabajo de campo intenso y prolongado. Entre la espada y la pared, el perito no pudo hacer más, y, sin embargo las críticas apuntan a estos aspectos 'metodológicos': a partir de pocas entrevistas, al imputado, dos familiares y 'residentes del sector', el antropólogo 'infiere' una 'costumbre indígena' de pretendida validez 'universal', sacada de 'la cultura mapuche', más encima de su versión 'local'. A esta falta de rigor metodológico -inductivo/deductivo-, se añade una crítica 'teórica', esto es, de conocimiento 'erudito': el peritaje no menciona fuentes bibliográficas ni etnográficas 'suficientes' para respaldar sus conclusiones. A estas alturas, cabe preguntar: ¿Cuántas entrevistas son 'suficientes'? ¿Cuántas citas bibliográficas y/o etnográficas son 'suficientes'?

Y sin embargo, lo más grave no proviene tanto de la desacreditación que hace el juez del 'peritaje antropológico', lo que, dejando de lado la limitación de recursos y estrechez de tiempo para hacer un peritaje exhaustivo, estamos dispuestos a conceder que se trata de una crítica constructiva, por cuanto exige mayor 'rigor metodológico'. Pero no podemos dejar pasar por alto el ataque 'prejuiciado' que se hace respecto de la disciplina antropológica, de su deslegitimación como fuente de conocimiento, y relevantes en materia de responsabilidad criminal. En efecto, señala la autoridad judicial:

*“El peritaje antropológico incorporado no se ajusta a ninguno de los parámetros exigidos a una prueba judicial para producir certeza judicial, esto es: que concuerde con la lógica, las máximas de la experiencia, y los conocimientos científicamente afianzados, pues, la antropología no es una ciencia exacta”.*

Aún cuando cabe cuestionar el rol jurídico-penal que supone el 'conocimiento astronómico' en la materia, no cabe duda de que 'el saber psiquiátrico', así como 'el saber psicológico', dista bastante de los estándares epistemológicos atribuibles a 'una ciencia exacta'. Sin embargo, desde principios de siglo XIX el psiquiatra se ha convertido en el mejor aliado del juez en materia de asignación de responsabilidad penal. ¿A qué factores atribuir este 'doble estándar' respecto de 'los conocimientos científicamente afianzados'? No es objeto de esta tesis indagar sobre las 'causas profundas' ocultas en el 'pensamiento de los jueces chilenos', cabe aquí simplemente relevar los mecanismos instituidos por los tribunales locales para arribar a una determinada 'verdad judicial', una 'construcción judicial de la realidad' que dista bastante de los estándares epistemológicos de las disciplinas 'científicas', pero que, cuenta con el poder y la autoridad suficientes como para imponer 'su verdad' como una verdad incuestionable. Es el momento, después del Convenio de Ginebra y la ratificación de la ley indígena en Chile, en que el peritaje antropológico empiece realmente a ocupar su lugar, para que

pueda enseñarnos el “*modus operandis*” de las comunidades tradicionales en su acontecer frente a la conducta desviada.

Un hecho asombroso: luego de criticar la ausencia de rigor metodológico con que el antropólogo llega, a conclusiones ‘universales’, a partir de unos casos aislados, el juez del caso realiza su propio ejercicio de ‘dogmatismo antropológico’, al suponer como universales los valores ‘judeo-cristianos’ del propio entorno socio-cultural, de modo que logra afirmar, sin posibilidad de réplica, que:

*“De Ningún Sincretismo entre la cosmovisión mapuche y el cristianismo Puede Resultar La Aceptación De La Pena De Muerte aplicada en circunstancias como la del caso”.*

Finalmente, el tribunal declara culpable a PSHP por el delito de homicidio simple en contra de Julio Caniuqueo, con una pena de 5 años y 1 día de presidio mayor en su grado mínimo, siendo la ‘irreprochable conducta anterior’ la única atenuante considerada por los jueces, para quienes (...) *“Fue la ingesta alcohólica, y no un ánimo de venganza fríamente conservado a través del tiempo, la causa detonante del homicidio.”*

### **3.4. UN DEBATE EN TORNO A LA MORAL SEXUAL PEHUENCHE<sup>9</sup>**

Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Temuco. 31 de Mayo de 2006. Sala compuesta por los jueces Aner Padilla, Oscar Viñuela, y Jorge Gonzáles. La acusación fiscal señala: el día 13 de noviembre de 2004, en la Comunidad Indígena de Bernardo Ñanco, Comuna de Lonquimay, JVÑÑ, sin antecedentes penales, de 40 años, habría seducido ‘con malas artes’ a la menor U.C.H.R., de 13 años y 10 meses, esto es, llevándola hasta su domicilio, donde, en horas de la noche, mantuvieron relaciones sexuales –*‘accediéndola carnalmente por vía vaginal’*-, lo cual configura, a juicio del Ministerio Público, el delito de ‘violación de

<sup>9</sup> Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Temuco. 23 de Noviembre de 2005. Sentencia RUC: 0400415571-3, RIT: 101/2005.

menor', acusación que deberán controvertir los abogados de la 'Defensoría Penal Mapuche', señores Jaime López, y Ricardo Cáceres.

Un hecho controvertido: 10 meses antes de ocurrido el 'delito' se promulga una ley que dice que los menores pueden disponer libremente de su sexualidad, ya no de los 12, sino que sobre 14 años. Así, en defensa del imputado se plantea lo siguiente:

- 1) La condición de aislamiento social de la comunidad 'Bernardo Ñanco' hizo imposible que JVÑÑ se informase a tiempo del cambio en la normativa;
- 2) El desarrollo sexual 'precoz' de la menor, superior a la media, más el desconocimiento de su edad efectiva, hicieron creer a JVÑÑ que esta era mayor de 14 años.
- 3) Las 'moral sexual pehuenche' no concibe como 'delito' los hechos ocurridos, acogándose así a la eximente y/o atenuante de responsabilidad penal contenida en el Art 54 de la Ley Indígena.

En su declaración JVÑÑ señala conocer a UCHR, con quien mantiene hace más de un año una relación sentimental; esto habría principiado mediante 'cartas de amor' entre ambos, tras lo cual decidieron conocerse 'en persona', y sólo después la habría invitado una a su casa, momento en que ocurren los hechos 'ilícitos'. Agrega que es separado y que vive con sus hijos, quienes estaban presentes esa tarde en su casa, de hecho, compartieron una 'once' con ellos, y, al anochecer, él la invita a su pieza, en donde tuvieron relaciones sexuales. Luego, ella habría 'pasado la noche' en su casa, y, al amanecer, aparece la madre de la menor buscándola, muy enojada; de hecho, al encontrarla, comienza a golpearla con una varilla, arrastrándola consigo de vuelta a su hogar. Asegura que *'la niña sabía que era separado'*, y que *'la idea era formar algo después de que terminara de*

*estudiar*'. Agrega que sólo después de caer preso supo que estaba acusado de violación.

En su declaración la menor UCHR señaló haber aceptado la invitación de JVÑÑ 'a escuchar música a su pieza' sólo porque *'le tenía confianza'*, confirmando que entre ambos existió una relación 'romántica', *'a quién conocía desde chica, pues él le enviaba cartas diciéndole que la quería y ella le respondía'*. Agrega que esa noche, en el dormitorio de JVÑÑ, éste le empezó a quitar la ropa, pero que *'ella no quería'*.

Luego, se interrogan a la madre de la menor sobre las costumbres sexuales de su comunidad, a lo cual LCRP responde: *'la mujer acostumbra casarse alrededor de los 20 años, y que primero lo hacen por el Registro Civil, y luego por la Iglesia'*. Con este testimonio los fiscales aseguran tener pruebas suficientes para controvertir una supuesta 'moral sexual pehuenche' diferenciada del resto de la población chilena en estas materias.

En contra de la hipótesis de una relación sexual no-consentida, Néstor San Martín, del Servicio Médico Legal de Temuco señala que, tras revisar a la menor, no se encuentran signos corporales que permitan deducir que UCHR haya sido violada. La menor presenta un desarrollo de rasgos sexuales secundarios superior al promedio de su edad. Por su parte, en su informe pericial la psicóloga Nadia Schweitzer, del Servicio Médico Legal, concluye que, en este caso, es imposible descartar un proceso de seducción. Por otra parte, la madre de la menor le habría comentado que JVÑÑ *'era un hombre respetuoso y que muy enamorado pudo haber estado de su hija, pero a ella no le avisó'*.<sup>10</sup>

---

<sup>10</sup> La psicóloga Verónica Acuña señala no haber encontrado en JVÑÑ indicios trastornos psicológicos graves -esto es, alguna 'perversión sexual'. Finalmente, la psiquiatra Rosana Echeverría agrega que, tras analizar a la menor, resulta muy factible que la relación sexual se haya realizado en un *'contexto amoroso consentido'*.

Por último, la pericia socio-cultural es presentada por Roberto Álvarez San Martín, uno de cuyos objetivos será la acreditación del 'aislamiento social' en que se encuentra la comunidad indígena 'Bernardo Ñanco', en relación al grado de conocimiento que pudo tener JVÑÑ sobre el cambio legal señalado. Un aspecto a relevar refiere al acceso de la comunidad indígena a los medios de comunicación de masas, esto es, aparatos y señales de radio y televisión. No hay acceso a periódicos. Y, existe un acceso limitado a estos medios de comunicación, *'dada la tradición oral asociada a la cultura mapuche-pehuenche, la mayor influencia comunicacional la ejerce la radio, cuya función primordial en la comunidad es la de 'acompañar, y no como un medio de obtener información noticiosa'*. A lo anterior, cabe agregar que entre los meses de noviembre y abril muchos indígenas se internan a la cordillera, donde hay bosques de araucarias y pastizales, lo cual supone que en estos seis meses, la mitad de cada año, JVÑÑ no habría tenido acceso a medio de comunicación alguno, como para informarse del cambio legislativo.

En relación a las organizaciones presentes en la comunidad, plantea que en primer lugar se encuentra la "interna", refiriéndose a los mecanismos que la propia comunidad se ha dado para administrar la vida en colectividad. Respecto a las instituciones "externas" cabe destacar la presencia de la Iglesia Pentecostal, la cual cuenta con un delegado de la Comunidad. En cuanto a la moral sexual pehuenche, Álvarez indica que la llegada de la menarquia, primera menstruación, marca el inicio de la mujer mapuche en la vida sexual adulta, lo que sería el caso de UCHR. La conclusión es que, en base a su investigación 'en terreno', los integrantes de la comunidad indígena Bernardo Ñanco desconocían absolutamente que JVÑÑ, al tener relaciones sexuales con UCHR, incurrió en un acto ilícito, esto es, castigado penalmente.

Cerrada la investigación, proceden los jueces a dictar su sentencia sobre el caso:

En materia de 'conocimiento de la ley', los jueces señalan: *'una vez entrada en vigencia dicha ley modificatoria por mandato del Art. 8 del Código Civil, nadie puede alegar ignorancia de la misma; a su vez el Art. 5 del Código Procesal Penal señala que "la ley penal chilena es obligatoria para todos los habitantes de la república, incluso para los extranjeros"*. Así también, el acusado *'tiene en su hogar aparatos de radio y televisión, que lo conectan al resto del país y al mundo'*.

En relación a 'la costumbre indígena', se pone en relieve de que el acusado habría sido bautizado en la fe católica, lo que, sumado al hecho de que existe en la comunidad indígena una iglesia Pentecostal, hacen suponer que 'la moral sexual' de su medio social *"mantiene como elementos esenciales la Prohibición de las Relaciones Sexuales Pre-Matrimoniales y un ensalzamiento de la virginidad de la mujer, bajo sanciones de índole religioso (pecado)"*.

Luego, y en relación a una supuesta 'moral sexual pehuenche' diferenciada de la 'chilena no-mapuche', se indica:

*"Ello en caso alguno ha sido acreditado, y mal aún, fue desvirtuado por los dichos de la propia madre de la víctima, la cual ha manifestado que dentro de su comunidad la mujer se acostumbra a casar alrededor de los 20 años, y que primero lo hacen por el registro civil, y después por la iglesia. Todo ello desvirtúa lo aseverado por la defensa en cuanto que para el imputado lo que estaba haciendo no estaba mal y no era ilícito"*.

Se incurre aquí, de manera flagrante, a subentender el comportamiento sexual indígena, dando por hecho que los patrones que rigen la cultura occidental en este sentido, son los mismos que para el pueblo mapuche. No son tomadas en cuenta las coordenadas de la pericia socio-cultural, todo pasa como si no se escuchara, como si no se leyera realmente el informe, como si el peritaje fuera una representación tediosa que hay que soportar, porque la ley dice que hay que hacerla, el escrito carece de sentido para los jueces: su contenido es pasado por

alto. En base a los argumentos que sí quisieron ver, aquellos que les acomodaba de acuerdo al mundo nuestro y no al ajeno, los jueces no dan lugar a la petición de absolución solicitada por la defensa del imputado, condenándolo así como autor del delito de violación: a la pena de tres años y un día de presidio menor, en su grado máximo. Se le sentencia, además a ser vigilado por la autoridad durante los 10 años seguidos al cumplimiento de la pena principal. En virtud de su irreprochable conducta anterior, se le otorga el beneficio de la libertad vigilada, quedando sometido a tratamiento y observación durante tres años. Temuco, 23 de Noviembre de 2005.

### **3.5. LA MEMORIA OBSTINADA<sup>11</sup>**

30 de Agosto de 1999. El Segundo Juzgado Civil de Temuco obliga a RLC, de origen mapuche, a restituir la posesión del inmueble de propiedad de la querellante Alicia Castillo, propiedad que forma parte de los fundos Las Camelias y Las Juntas, en el sector de Allipén, comuna de Freire, con una superficie total de 240,6 has. El título rol ha sido inscrito en registro de Propiedad de Conservador de Bienes Raíces de Temuco, el año 1996.

Sin embargo, RLC se niega a abandonar este predio, por lo cual el 23 de Octubre de 2001 Carabineros lo expulsa del lugar, al cual regresa el 11 de diciembre de 2001, en donde permanece hasta la fecha, motivo por el que se le acusa ante los tribunales por 'desacato', acusación por la cual el día 8 de junio de 2004, la Primera Sala de Juicio Oral en lo Penal de Temuco, efectúa la audiencia correspondiente, siendo ésta integrada por los jueces Esther Valencia, Cristián Alfaro y Jorge Gonzáles. Las acusaciones, a cargo de los fiscales del Ministerio Público, así como los abogados particulares de la querellante Alicia Castillo.

En representación de RLC ofician los abogados de la Defensoría Penal Mapuche Sandra Jelves y Jaime López, los cuales sugieren la aplicación del Art 54 de la

<sup>11</sup> Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Temuco. 11 de Junio de 2004. Sentencia RUC: 0200075104 – 1, RIT: 041/2004.

Ley Indígena, esto es, 'la costumbre indígena' como atenuante y/o eximente de responsabilidad penal, recalcando la importancia que supone la tierra para el pueblo mapuche –al cual adscribe RLC-, la cual es el fundamento de la supervivencia de su cultura. En concreto, las tierras en conflicto serían de propiedad del bisabuelo de RLC, del cual las habría heredado, motivo por el que dice ser su legítimo dueño.

La pericia socio-cultural quedó a cargo de la antropóloga Clododet Millalén, quien recalca lo importante que es para el mapuche la identificación con su territorio, donde el 'che' entra en íntima relación con los 'newen' y fuerzas que intermedian con los 'püju' de los antepasados, señalando:

*“El desconocimiento de estas normas puede causar la alteración física y mental del individuo, causando enfermedades carácter psico-espiritual- religioso y por último de orden social (...) existe una estrecha vinculación entre el espacio, el sentido de pertenencia y el conocimiento. El solo hecho de pertenecer a un territorio es indicativo de un sentido de identidad que se funda sobre la base de las relaciones de parentesco y se mantiene a través del tiempo en la relación con los demás. La relación identidad y territorio se configura como sistema total cuando se sustenta sobre la base del conocimiento mapuche. Éste conocimiento permite a los individuos situarse en el contexto de la relación tanto en el plano social como a nivel religioso- espiritual”.*

Por su parte, se incorpora un informe de CONADI respecto de la historia de ocupación de las tierras en conflicto: en 1908 surge la Comunidad Juan Cea, esto con la entrega de un 'Título de Merced' al indígena Juan Cea y otras 14 personas de su familia, sobre la hijuela N° 1 de 100 hectáreas. En 1936 se divide esta propiedad en cuatro hijuelas, adjudicadas por Juana Trecalaf, Pascuaza Trecalaf, Cedula Gutiérrez y Quirino González. Luego, Juana Trecalaf contrae matrimonio con Juan Cea -bisabuelo de RLC-, a quien se le entrega la merced de tierra sobre la Hijuela N°1, de Allipén comuna de Freire.

En el testimonio del Trabajador Social Guillermo Loyola se indica que RLC vivió hasta 1973 en estas tierras, pero que, en razón del 'golpe militar' tuvo que abandonarlas, y sólo en 1998 se decide a recuperarlas, por lo cual se traslada a vivir allí. En su declaración RLC confirma lo anterior, agregando que, hasta 1998 tuvo que vivir en Temuco, fecha en que decide regresar a las tierras que legítimamente reclama como propias. Así, el 16 de septiembre de 1998 encuentra que estas tierras estaban siendo ocupadas por *'personas que no tenían derechos sobre ellas'*, razón por la cual concurre a CONADI a reclamar y denunciar la situación. Cabe agregar que las gestiones de CONADI no solucionan este problema, motivo por el cual, el 23 de octubre de 2001 RLC es *'injustamente lanzado de su predio'*.

A juicio del tribunal estos hechos, contrariamente a lo sostenido por el Ministerio Público y el querellante particular, no constituyen el delito de desacato:

*"Ya que no existe un elemento esencial en ellos, para hacerlos reprochables, como es la culpabilidad, o sea, la representación por parte del acusado que la circunstancia de haber reingresado al lugar, desde el que había sido lanzado por una orden judicial, constituye un delito. Porque, en todo su actuar lo realizó con el convencimiento absoluto de que sus acciones estaban amparadas por los derechos hereditarios quedados al fallecimiento de su bisabuelo don Juan Cea o Juan Cea Mora.*

*(...) El acusado incurrió en un error de prohibición, esto es, actuó creyendo equivocadamente, por error inevitable, que se encontraba amparado en la causal de justificación del artículo 10.10 del Código Penal, por ejercicio legítimo de un derecho, lo que obsta a la existencia de la conciencia de la ilicitud de su conducta, por lo que debe entenderse que su actuación en el hecho del juicio, con ser una acción típica y antijurídica, no es culpable toda vez que falta el elemento de la conciencia de la ilicitud de su proceder; lo que en la especie,*

***en relación a lo obrado por el acusado, no se dio, por lo que al no existir la culpabilidad, componente aquella de ésta, no hay delito”.***

#### **IV. CONCLUSIONES**

1. En Chile existe un reconocimiento formal al derecho consuetudinario de los pueblos indígenas, sin embargo, existe un desconocimiento *de facto* de este fenómeno social. En efecto, desde 1993 la legislación reconoce ‘la costumbre indígena’ como fuente de derecho, en conflictos suscitados entre individuos de un mismo grupo étnico y, en especial, en la configuración de atenuantes y/o eximentes de responsabilidad penal. En consecuencia, la posterior ratificación del Convenio 169 de la OIT no vendría sino a reforzar este planteamiento.

Sin embargo, ¿cuenta acaso el legislador con algún concepto sobre este derecho indígena? Un estudio preliminar sobre este tema indica que no, que el legislador chileno tiende a reconocer *de jure* lo que desconoce *de facto*; en otras palabras: ‘coloca la carreta delante de los bueyes’. No sin razón, una de las máximas autoridades en la materia, el abogado penalista Enrique Cury, se refiere a esta problemática como una de las grandes ‘lagunas’ en la investigación histórico-jurídica en Chile.

Por cierto, no existe un Derecho Indígena en general, sino Derechos Indígenas en particular. En efecto, cada sociedad instituye un sistema propio de normas, autoridades y procedimientos, a objeto de resolver sus conflictos y organizar el orden interno. La configuración de este sistema de control social se refiere al desarrollo histórico particular de un pueblo. En este trabajo profundizamos en el concepto de ‘derecho penal mapuche’, adoptando para ello una óptica diacrónica-sincrónica (y no en el Derecho Indígena, en general).

2. ¿Qué es el derecho penal indígena? En las Islas Trobriand, Malinowski (1926) identifica dos grandes mecanismos de control social ‘penal’: lugwa y lula. El primero, ‘la venganza de la sangre’, constituye un acto de razzia-vendetta de un grupo sobre otro, un talión colectivo por daños no compensados. El segundo, ‘el pago de la sangre’, refiere a un sistema de arreglos y compensaciones, por el cual el grupo ‘ofensor’ rescata el derecho-deber de venganza de la sección ‘ofendida’ (una indemnización pecuniaria).

En esta lógica, René Girard refiere a lugwa y lula en términos de unos medios ‘curativos’ y ‘preventivos’ del control sobre la violencia. ¿Su aporte? En sociedades sin Estado, la práctica de la venganza (como “justicia a mano propia”) conlleva siempre el peligro de generar una reacción en cadena, un ciclo de violencias recíprocas de consecuencias fatales para el orden social y cultural, *así como una hemorragia a un hemofílico*. ¿La razón? No existe autoridad política con un monopolio sobre el poder de violencia, ergo, nadie posee ‘la última palabra’ en materia de venganza. En tal caso, el castigo ‘penal’ no extingue la posibilidad de una represalia violenta por parte de la comunidad afectada (su ‘derecho-deber’ de venganza).

¿La solución? En sociedades no estatales el control social gravita antes sobre la ‘prevención’ que sobre la ‘curación’, prevención definida como unos ‘arreglos y trabas’ al espíritu de venganza. Por cierto, estos medios preventivos exceden el concepto de lula, e incorporan una lógica sacrificial o del chivo expiatorio; sobre este particular, se cita el caso del pharmakos griego, así también las acusaciones por brujerías en sociedades indígenas y, claro está, los rituales sacrificiales propiamente dichos. Un común denominador a todos ellos: la violencia intestina es 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, en consecuencia, su sacrificio supone una expulsión del mal. El *pharmakos* es al mismo tiempo el *veneno*, que causa el mal, y su *antídoto*, que reestablece el

orden. En síntesis: en sociedades indígenas el control social no se expresa de igual forma que en sociedades estatales.

3. El principio de culpabilidad. Para Michel Foucault, la historia del derecho occidental remite a una progresiva 'individualización' del poder de castigar, a una modulación de las penas en función del grado de 'culpabilidad' del sujeto.<sup>12</sup> Por contraste, en sociedades indígenas la responsabilidad por un 'daño' recae sobre su grupo de pertenencia, es decir, se trata de un principio de culpabilidad colectivo, pues, en ausencia de un proceso de compensación por daños, el grupo 'ofensor' será objeto de un acto de razzia-vendetta por parte de la comunidad 'ofendida'. Otro tanto cabe decir sobre el proceso de 'victimización', pues, el ataque sobre un individuo supone una afrenta sobre su grupo de pertenencia: el derecho de venganza no es individual sino colectivo. En síntesis: en sociedades indígenas el principio de culpabilidad presenta caracteres diferenciales respecto del derecho penal estatal.
  
4. ¿Qué es el derecho penal mapuche? En materia de control social, el AdMapu define un código de conducta a observar por el mapuche en su vida cotidiana, un código de ética heredado por tradición oral desde tiempos inmemoriales. Por contraste a las normas del derecho positivo estatal, este derecho consuetudinario no se encuentra especializado; siendo así, no encontramos una esfera 'civil' del derecho mapuche diferenciada de otra esfera 'penal'. En otros términos, la sociedad mapuche no desarrolló un concepto 'emic' sobre el derecho penal, pues, este es un constructo desarrollado por el investigador, un concepto 'etic', a saber: un sistema de normas, autoridades y procedimientos instituidos por la sociedad mapuche para la resolución de conflictos asociados a 'delitos de sangre.'

---

<sup>12</sup> Así, por ejemplo, en relación al problema que supone evaluar el grado de responsabilidad penal del 'demente' que comete un delito se dirá... *tanto menos culpable cuanto un poco más loco.*

¡Pero hay más! El derecho penal se define como un acto de violencia extrema, un mecanismo de última ratio en la resolución de conflictos: 'el malón judicial'. En tal caso, sería absurdo plantear un derecho penal mapuche 'intragrupal', pues, este acto de razzia/vendetta se da de un grupo sobre otro (semejante al 'lugwa' en las Islas Trobriand). Luego, la amenaza del malón presionará a la sección 'ofensora' a compensar el 'daño', rescatando así el derecho-deber de venganza en manos de la sección 'ofendida'. Emergen, pues, un complejo sistema de compensaciones pecuniarias asociados a este recurso de última ratio que es el 'malón judicial'. Al respecto, el testimonio del cacique Pascual Coña es un claro ejemplo sobre estos medios 'preventivos' en el control de la violencia en la sociedad mapuche. En síntesis: el modelo girardiano del control de la violencia en sociedades no estatales (medios curativos/preventivos) resulta útil para caracterizar el derecho penal en la sociedad mapuche.

5. ¿Cómo traducen los tribunales chilenos esta 'costumbre penal mapuche'? Esta tesis parte de un supuesto: el análisis de la jurisprudencia permite reconstruir y profundizar nuestro conocimiento sobre la costumbre penal del pueblo mapuche. El corpus de análisis remite a sentencias judiciales en que se acusa al indígena en función de las normas del Código Penal chileno. En otras palabras, el sujeto incurre en una conducta típica y antijurídica, sin embargo, el elemento de culpabilidad se presenta problemático. ¿Tuvo posibilidad el indígena de conocer lo injusto de su actuar? ¿Existió consciencia de ilicitud?

*Nulla poena sine culpa.* En los casos estudiados, la responsabilidad penal del indígena no se evalúa en función de su inimputabilidad, sino en relación a un error de prohibición. ¿Cuál sería la diferencia? La condición de inimputable establece un juicio negativo sobre la capacidad cognitiva del sujeto, de tal forma que éste resulta incapaz de ser responsable por sus actos.<sup>13</sup> Por contraste, el error de

---

<sup>13</sup> Por tanto, procesar la diversidad cultural en términos de inimputabilidad significa asumir como ciertos los postulados del evolucionismo social de fines de siglo XIX. esto es, que existen pueblos mental y culturalmente 'salvajes'.

prohibición no emite juicios sobre déficit cognitivo alguno, pues incurre en él, quien transgrede una norma jurídica en la convicción de actuar ‘conforme a derecho’.

Por cierto, existen diversos tipos de ‘error de prohibición’. ¿Cuáles son invocados por la jurisprudencia? A partir del año 1953, los tribunales chilenos evalúan la responsabilidad criminal del indígena en función de una fuerza psíquica irresistible y/o un miedo insuperable, figura legal que actúa eximiendo de culpabilidad al individuo por sus actos. En efecto, la voz ‘insuperable’ o ‘irresistible’ alude a un estímulo que obliga al sujeto a actuar de una determinada manera, negando así la ‘libertad’ del individuo sobre su conducta (fundamento del reproche penal). En síntesis: la ‘costumbre penal mapuche’ se traduce en la jurisprudencia chilena como ‘una fuerza psíquica irresistible’ y/o ‘un miedo insuperable’.

6. ¿Qué significa ‘traducir’ la costumbre indígena en términos de ‘una fuerza psíquica irresistible’ y/o ‘un miedo insuperable’? Significa que los tribunales chilenos siguen anclados en la convicción de que el orden social en los pueblos indígenas, resulta de ‘la sumisión automática del indígena a su cuerpo de costumbres’. Malinowski define, irónicamente, este axioma como sigue:

*“El salvaje –según el veredicto actual de competentes antropólogos- siente una reverencia profunda por la tradición y las costumbres, así como muestra una sumisión automática a sus mandatos. Los obedece ‘como un esclavo’, ‘ciegamente’, ‘espontáneamente’, debido a su ‘inercia mental’ combinada con el miedo a la opinión pública o a un castigo sobrenatural; o también por el ‘sentimiento, o hasta instinto, de grupo, que todo lo penetra”.*

Por contraste a este ‘maniqueísmo culturalista’, la noción de un error de prohibición culturalmente condicionado, se ajusta en mejor medida, a las relaciones que establecen los sujetos con su medio socio-cultural. Las normas de conducta que instituye una determinada sociedad, sirven como ‘guías para la

acción', esto es, orientan la conducta antes que determinarla. Por lo demás, el prolongado 'contacto cultural' de los pueblos indígenas respecto de la sociedad nacional, deriva en 'identidades híbridas', donde la norma indígena se relativiza frente a la norma nacional (y viceversa). En síntesis: en materia de justicia penal y pueblos indígenas, deben reemplazarse las 'fuerzas psíquicas' y/o 'miedos insuperables' por el 'error de prohibición culturalmente condicionado'.

7. ¿Qué rol desempeña el antropólogo en tribunales? Se identifican dos roles a desempeñar por el antropólogo en su incursión jurídico-penal. En primer lugar, el investigador actúa en calidad de experto en materia de costumbres y creencias de pueblos indígenas. Este perfil 'académico' supone situar al peritaje antropológico en términos de una herramienta de investigación social, que permite profundizar y actualizar nuestros conocimientos sobre las condiciones de vida de los pueblos indígenas actuales. En segundo lugar, cabe situar este 'saber' en relación a la administración de un 'poder' de castigar, esto es, el antropólogo como un engranaje en la maquinaria del derecho penal estatal. Desde esta perspectiva, el 'saber' antropológico se sitúa como un recurso 'táctico' empleado por la defensa de los acusados, en orden a configurar atenuantes o eximentes de responsabilidad penal. En el primer caso, un 'buen' peritaje se evalúa en función de criterios establecidos por su 'comunidad científica'; en el segundo caso, un 'buen' peritaje será aquel que logre rebajar la condena del imputado.<sup>14</sup> En síntesis: en tribunales el antropólogo ejerce un doble rol, será 'cientista social' y 'defensor del indígena'.

8. Perspectivas. En materia de justicia penal y pueblos indígenas, suele presentarse a la doctrina de la Corte Constitucional colombiana como un

---

<sup>14</sup> Otras combinatorias posibles: un 'mal' trabajo etnográfico puede ser un 'buen' recurso táctico (alegar la inimputabilidad 'natural' del indígena generalmente conlleva rebajas en las penas), o bien, un 'buen' trabajo etnográfico puede resultar un 'pésimo' recurso táctico (es posible que un peritaje antropológico metódico y bien conceptualizado acabe por configurar agravantes de responsabilidad penal).

ejemplo a seguir en América Latina. Por tal motivo, citaremos un extracto de la sentencia T-496 del año 1996, donde la Corte plantea ciertas directrices para los problemas abordados en esta monografía:

*“Los miembros de comunidades indígenas, como sujetos éticos, son y se ven como distintos y esa diferencia genera modos de reflexionar diversos que no pueden ser equiparados con una inferioridad síquica o, en otros términos, con inmadurez psicológica o transtorno mental, factores que utiliza el Código Penal para caracterizar a los inimputables. De acogerse una interpretación en tal sentido, se desconocería la capacidad de autodeterminación de los pueblos indígenas conforme a sus valores, además de enfatizarse una cierta connotación peyorativa: "retraso mental cultural". (...) de lo que se trata, es de cambiar la perspectiva del análisis, ya no fundada en un concepto de inmadurez psicológica, sino en la diferencia de racionalidad y cosmovisión que tienen los pueblos indígenas. El juez, en cada caso, debe hacer un estudio sobre la situación particular del indígena, observando su nivel de conciencia étnica y el grado de influencia de los valores occidentales hegemónicos, para tratar de establecer si conforme a sus parámetros culturales, sabía que estaba cometiendo un acto ilícito. De determinarse la falta de comprensión del contenido y alcance social de su conducta, el juez deberá concluir que ésta es producto de una **DIFERENCIA** valorativa y no de una **INFERIORIDAD** en las capacidades intelecto-volitivas”.*

Este extracto sintetiza la perspectiva ética que defendemos en materia de pueblos indígenas y justicia penal. Por su parte, la sentencia refiere a uno de los grandes ‘dolores de cabeza’ para los estudios sobre el ‘contacto cultural’. ¿Cómo evaluar el grado de conciencia étnica y el grado de influencia de los valores occidentales hegemónicos? Conceptos tales como ‘sincretismo’ y ‘aculturación’ debiesen cobrar un rol preponderante en futuros peritajes socio-culturales, esto en relación a los procesos migratorios indígenas hacia los centros urbanos<sup>15</sup>. En síntesis: si el

---

<sup>15</sup> Una excelente revisión del ‘estado del arte’ de las estrategias técnico-metodológicas en estas materias se encuentra en el artículo de T Matsudaira, “*Measures of Psychological Acculturation*”. *Transcultural Psychiatry* 2006, Vol. 43 (3), pp. 462-487. McGill University. En relación a los

antropólogo no desea seguir siendo un cazador de 'lo exótico', deberá atender a las grandes transformaciones que experimenta el mundo social contemporáneo.

## V. BIBLIOGRAFÍA

### 5.1 ARTÍCULOS Y LIBROS

ANDRUET A (2005) *Teoría general de la argumentación forense*. Buenos Aires. Alveroni.

ARAVENA A (2000) *Derecho consuetudinario y costumbre indígena. La consideración de la costumbre como atenuante o eximente de responsabilidad penal: informe pericial*. 146-153. En: CASTRO M (ed.) *Actas del XII congreso internacional. Derecho consuetudinario y pluralismo legal*. Universidad de Chile-Universidad de Tarapacá.

BELLO A (2004) *Etnicidad y ciudadanía en América Latina*. CEPAL

BENGOA J (2007) *Historia de los antiguos mapuches del sur Santiago*. Catalonia

BERGER P, LUCKMANN T (2001) *La construcción social de la realidad*. Buenos Aires. Amorrortu

BOCCARA G (1999) *Etnogénesis mapuche: resistencia y reestructuración entre los indígenas del centro-sur de Chile (siglos XVI-XVIII)*. *Hispanic American Historical Review* 79.3, 425-461

CASTILLO E (2000) *La justicia en tiempos de la ira: Linchamientos populares urbanos en América Latina*. 153-163. En: CASTRO M (ed.) *Actas del XII congreso primeros esbozos para una teoría socio-antropológica del impacto de "la costumbre penal mapuche" en contextos urbanos* ver: C Munizaga (1961, 1965, 1977, 1986) y A Aravena (2000).

internacional. Derecho consuetudinario y pluralismo legal. Universidad de Chile- Universidad de Tarapacá.

CELADE (2006) *Panorama social de América Latina*. CEPAL

COÑA P (1984) *Testimonios de un cacique Mapuche*. Santiago. Pehuén.

COOPER D (2000) *Etología de la delincuencia Mapuche y de otros tipos de delincuencia*. 164-177. En: CASTRO M (ed.) Actas del XII congreso internacional. Derecho consuetudinario y pluralismo legal. Universidad de Chile- Universidad de Tarapacá.

CRIVOS M, NOCETI M, TEVES L (2000) *Construcción de casos penales reales. Aporte etnográfico para su comprensión*. 177-180. En: CASTRO M (ed.) Actas del XII congreso internacional. Derecho consuetudinario y pluralismo legal. Universidad de Chile- Universidad de Tarapacá.

CURY E (2005) *Derecho Penal-Parte General*. Santiago. PUC.

DAVINSON G (2000) *La gratuidad en la atención a la población indígena. Un elemento a discutir desde la práctica*. 181-190. En: CASTRO M (ed.) Actas del XII congreso internacional. Derecho consuetudinario y pluralismo legal. Universidad de Chile- Universidad de Tarapacá.

DURAN T, CARRASCO N (2000) *Modos de articulación entre una expresión de Derecho Consuetudinario Mapuche y el Derecho Civil en la IX región*. 704-710. En: CASTRO M (ed.) Actas del XII congreso internacional. Derecho consuetudinario y pluralismo legal. Universidad de Chile- Universidad de Tarapacá.

DURAND C, SANTIAGO A (2000) *Los sistemas de derecho indio en México (una propuesta de análisis)*. 16-29. En: CASTRO M (ed.) Actas del XII congreso

internacional. Derecho consuetudinario y pluralismo legal. Universidad de Chile- Universidad de Tarapacá.

FOERSTER R (1995) *Introducción a la religiosidad Mapuche* Universitaria, Santiago de Chile.

FOERSTER R, VERGARA J (2000) *Los mapuches y la lucha por el reconocimiento en la sociedad chilena*. 191-206. En: CASTRO M (ed.) Actas del XII congreso internacional. Derecho consuetudinario y pluralismo legal. Universidad de Chile- Universidad de Tarapacá.

FOUCAULT M (1992) *Microfísica del Poder*. Madrid. La Piqueta

FOUCAULT M (2002) *Vigilar y Castigar*. Buenos Aires. Siglo XXI

FOUCAULT M (2005) *La Verdad y Las Formas Jurídicas*. Barcelona. Gedisa

FOUCAULT M (2007) *El Poder Psiquiátrico*. Buenos Aires. FCE

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 de caso de la nacionalidad Quichua de la Sierra y Amazonía Ecuatoriana*. 29-47. En: CASTRO M (ed.) Actas del XII congreso internacional. Derecho consuetudinario y pluralismo legal. Universidad de Chile- Universidad de Tarapacá.

GAVIRIA C (2000) *Jurisdicción indígena y administración de justicia. Diferencia cultural y legalidad*. 1021-1027. En: CASTRO M (ed.) Actas del XII congreso internacional. Derecho consuetudinario y pluralismo legal. Universidad de Chile- Universidad de Tarapacá.

GIRARD R (1995) *La Violencia y Lo Sagrado*. Barcelona. Anagrama

GIRARD R (2002) *El Chivo Expiatorio*. Barcelona. Anagrama

GUEVARA T (1904) *Costumbres judiciales y enseñanzas de los araucanos*. Santiago. Cervantes.

GUEVARA T (1922) *Historia de la Justicia Araucana*. Santiago. Universo

HEREDIA L *La costumbre jurídica en las sociedades pluriétnicas*. 600-605. En: CASTRO M (ed.) *Actas del XII congreso internacional. Derecho consuetudinario y pluralismo legal*. Universidad de Chile- Universidad de Tarapacá.

HOBBS T (1994) *Leviatán* Buenos Aires. Altaya.

HOPENHAYN M (2007) *La dimensión cultural de la ciudadanía social* CEPAL

HUMAN RIGHTS WATCH, OBSERVATORIO DE DERECHOS DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS (2004) *Indebido Proceso: Los juicios antiterroristas, los tribunales militares y los Mapuche en el sur de Chile*. Ref.: <http://www.observatorio.cl/wp-content/uploads/2009/02/indebido-proceso-los-juicios-antiterroristas.pdf>

IMBERTON G (2000) *La enfermedad como forma de regulación social. La vergüenza entre los Choles de Chiapas, México*. 54-63. En: CASTRO M (ed.) *Actas del XII congreso internacional. Derecho consuetudinario y pluralismo legal*. 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)

KALINSKI B (1999) *El Concepto de Inimputabilidad en La Llamada 'Matanza de Lonco Luán*. Revista CUHSO, Vol. 5 (13-23). Universidad Católica de Temuco

KALINSKI B (2003) *Antropología y Derecho Penal*. Cinta de Moebio, N° 16 (13-23). Santiago, Universidad de Chile.

Ref.: <http://redalyc.uaemex.mx/redalyc/pdf/101/10101604.pdf>

KUPPE R, POTZ R (1995) *La antropología del derecho: perspectivas de su pasado, presente y futuro*. En: ORDOÑEZ J (ed.) *Antropología Jurídica*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas/ UNAM, pp. 9-45.

KYMLICKA W (2003) *La política vernácula: nacionalismo, multiculturalismo y ciudadanía*. Buenos Aires, Paidós.

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*. 215-223. En: CASTRO M (ed.) *Actas del XII congreso internacional. Derecho consuetudinario y pluralismo legal*. Universidad de Chile- Universidad de Tarapacá.

LILLO R (2000) *Conflicto Estado y Pueblo Mapuche. La interculturalidad como paradigma del derecho*. 744-753. En: CASTRO M (ed.) *Actas del XII congreso internacional. Derecho consuetudinario y pluralismo legal*. 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.

LOPEZ F (2000) *Derecho indígena y la teoría del derecho*. 295-305. En: CASTRO M (ed.) *Actas del XII congreso internacional. Derecho consuetudinario y pluralismo legal*. Universidad de Chile- Universidad de Tarapacá.

LOPEZ J (2000) *La conciliación judicial y administrativa en la Ley Indígena*. 753-755. En: CASTRO M (ed.) *Actas del XII congreso internacional. Derecho consuetudinario y pluralismo legal*. Universidad de Chile- Universidad de Tarapacá.

LOPEZ J (2000) *La posesión notoria de estado civil y la poligamia en la actual legislación indígena*. 305-313. En: CASTRO M (ed.) *Actas del XII congreso internacional. Derecho consuetudinario y pluralismo legal*. Universidad de Chile- Universidad de Tarapacá.

MALINOWSKI B (1985) *Crimen y Costumbre en la Sociedad Salvaje*. Barcelona. Planeta-Agostini

MARTÍNEZ J (2000) *La administración de justicia en contextos de diferencia cultural. Apuntes teórico-metodológicos para el trabajo de campo en órganos jurisdiccionales del Estado que conocen asuntos indígenas*. 223-235. En: CASTRO M (ed.) *Actas del XII congreso internacional. Derecho consuetudinario y pluralismo legal*. Universidad de Chile- Universidad de Tarapacá.

MATSUDAIRA T (2006) *Measures of Psychological Acculturation*. *Transcultural Psychiatry* Vol. 43 (3), pp. 462-487. McGill University.

MELLA E, LE BONNIEC F (2006) *Cartas Pehuenches*. *Anales de Desclasificación* Ref.: [http://www.desclasificacion.org/pdf/presentacion\\_cartas\\_pehuenches.pdf](http://www.desclasificacion.org/pdf/presentacion_cartas_pehuenches.pdf)

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, MUJICA G, GONZÁLES M (1965) *Enfoque antropológico-psiquiátrico de indígenas mapuches alienados*. Santiago. Centro de Estudios Antropológicos, pp. 65-80

MUNIZAGA C (1977) *La antropología y su contribución al tema de la conducta desviada: tres ejemplos*. Santiago. Revista Chilena de Neuropsiquiatría pp. 17-20.

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 pp. 55-70.

ORTÍZ H (2000) *Conflicto cultural y legalidad: prácticas antropológicas y judiciales en casos de brujería*. 235-239. En: CASTRO M (ed.) Actas del XII congreso internacional. Derecho consuetudinario y pluralismo legal. Universidad de Chile-Universidad de Tarapacá.

PEDERNERA J (1941) *Derecho Penal Araucano*. Tesis. Universidad de Chile

PELOTIER V (2003) *Violencia y control social. La lógica de la culpabilidad en un grupo indígena*. Desacatos N° 13, Centro de Investigaciones y Estudios Superiores en Antropología Social. Distrito Federal, México. Págs. 152-160

SIERRA T (2004) *Haciendo Justicia. Interlegalidad, Derecho y Género en Regiones Indígenas*. México, CIESAS

SKEWES J (2000) *Valentín Letelier, el multiculturalismo y el nuevo pluralismo legal en Antropología*. 945-952. En: CASTRO M (ed.) *Actas del XII congreso internacional. Derecho consuetudinario y pluralismo legal*. Universidad de Chile- Universidad de Tarapacá.

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.

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*. 272-285. En: CASTRO M (ed.) *Actas del XII congreso internacional. Derecho consuetudinario y pluralismo legal*. Universidad de Chile- Universidad de Tarapacá.

ZAMBRANO V (2000) *La apropiación étnica de las normas en contextos hegemónicos*. 678-690. En: CASTRO M (ed.) *Actas del XII congreso internacional. Derecho consuetudinario y pluralismo legal*. Universidad de Chile- Universidad de Tarapacá.

## **5.2 LEGISLACIÓN Y JURISPRUDENCIA**

CHILE

- 1955. *Revista Derecho y Jurisprudencia* LII, 5/6: 85-102.
- 1980. Constitución Política. De los Derechos y Deberes Constitucionales.
- 1993. Ley Indígena. Normas Especiales de los Procedimientos Judiciales.
- 2004. Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Temuco. Sentencia RUC: 0200075104 – 1,
- 2005. Juzgado del Crimen de Santa Bárbara. Causa Rol N° 4.070-3.
- 2005. Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Temuco. Sentencia RUC: 0400415571-3.
- 2006. Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Temuco. Sentencia RUC: 0500028957-6.

COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL (1996). SENTENCIA T-496

OIT (1989) Convenio N° 169 de la Organización Internacional del Trabajo sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes.

ONU (2007) Declaración de Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas.

## **VI. ANEXOS**

### **6.1. EL PHARMAKOS MAPUCHE<sup>16</sup>**

Los días 21 y 22 de mayo de 1960 un terremoto y maremoto de magnitudes gigantescas sacude las costas del sur de Chile, donde su epicentro estuvo situado en la ciudad de Valdivia, cuya intensidad alcanzó los 9,6 grados en la escala de Richter. Estudios posteriores sugieren que este movimiento telúrico fue, en realidad, una sucesión de más de 37 terremotos cuyos epicentros se extendieron por más de 1.350 Km. A consecuencia de esta catástrofe natural, la geografía de las costas del sur de Chile sufrieron transformaciones irreversibles: muchos ríos cambiaron sus cursos, nuevos lagos surgieron en el mapa, algunas montañas se movieron de sus sitios.

En tanto, la geografía humana sufrió las peores consecuencias: las ciudades y poblados costeros fueron destruidos completamente, unas cinco mil personas perdieron sus vidas, y otras tantas fueron heridas, estimándose en unos dos millones el total de personas que perdieron sus hogares durante la tragedia de mayo de 1960. En tanto, en la ciudad de Puerto Saavedra era destruida por olas de mar que arrastraron sus casas por kilómetros hacia la tierra firme, en tanto que su población corría por refugio hacia los cerros cercanos.

---

<sup>16</sup> Nueva Imperial. 2 de Octubre de 1962. Las citas refieren a una copia de la sentencia original facilitada por el señor Jaime López Allendes, abogado de la Defensoría Penal Mapuche (Temuco, 2006)

En las inmediaciones del lago Budi, en la comunidad indígena de Collileufú las causas de la catástrofe natural fueron atribuidas a un ‘castigo divino’ al pueblo mapuche, en razón de su ‘ahuincamiento’, su alejamiento del Admapu, así como por el desagravamiento del mapuche a los ‘dones’ de la vida otorgados por Chao Ngenechén. Olvido de la práctica del sacrificio ritual, en tanto que medio privilegiado para agradecer a los dioses y establecer relaciones de reciprocidad con ‘lo sagrado’. En breve, mantener el equilibrio del mundo.

Pues bien, en este contexto se inscriben las acusaciones que recaen sobre Juana Namuncura, machi de la comunidad indígena de Collileufú, quien habría convencido al resto de la comunidad a que el único medio para aplacar la furia de la naturaleza sería mediante el sacrificio de un niño mapuche, Juan Paineicur, un ‘huachito’ dejado a cargo de su abuelo, quien fue compelido de entregar a su nieto para efectos del sacrificio ritual.

En la cosmovisión mapuche, el modelo de interpretación sobre lo ocurrido refiere al mito ‘fundacional’ de *Tren-Tren y Kai-Kai*, el cual relata, en los orígenes del pueblo mapuche, la historia de lucha entre dos serpientes gigantes, cada cual representa fuerzas opuestas de la naturaleza. En este caso, mientras Kai-Kai representa las fuerzas del mar, Tren-Tren representa a la tierra y, con ello, a la vida humana, que huye hacia las montañas en busca de su salvación. Así, ese 22 de mayo de 1960 la comunidad indígena de Collileufú huyó en busca de refugio hacia las faldas del Cerro Mesa, un cerro Tren-Tren, lugar donde se tomó la decisión de sacrificar a Juan Paineicur a objeto de aplacar con ello la ira de la naturaleza.

Ahora bien, sobre este caso se han escrito muchos informes, en circunstancias en que ninguno de ellos ha contado con las fuentes ‘primarias’, con las actas del proceso judicial. Así, en ausencia de un ‘sustrato empírico’ sobre el cual sustentar sus conclusiones, muchos autores suponen que aquí tuvo lugar la participación de

algún 'renombrado' perito indigenista de la época, quien habría informado a la jueza Esther Valencia respecto de 'la costumbre indígena' aplicable al caso.

La lectura de la sentencia judicial del 2 de Octubre de 1962, donde la jueza Esther Valencia evalúa la acusación por homicidio en contra de Juana Namuncura, concluimos que la supuesta intervención de un 'perito indigenista' en el caso, no tiene asidero 'empírico', pues, y a diferencia de lo ocurrido con Juana Catrilaf en 1953, aquí la jueza Esther Valencia desestima el concurso de unos 'peritos indigenistas' a objeto de profundizar sus conocimientos respecto de la costumbre indígena aplicable al caso particular. ¿Significa esto que la jueza desestima la concurrencia del factor 'socio-cultural' en su evaluación de la responsabilidad penal de la machi Juana Namuncura?

Si bien la jueza excluye a los 'peritos indigenistas', no desecha la influencia del contexto socio-cultural en la etiología del delito analizado. Sin embargo, su fuente de conocimiento sobre 'la costumbre indígena' proviene, en este caso, del proceso de 'triangulación' de la información recopilada en las distintas etapas de investigación sobre los hechos, y especialmente, en base al relato de los diversos testigos llamados a declarar en el proceso judicial. En otras palabras, el significado atribuido por los mapuches de Collileufú a las causas del maremoto, la necesidad del sacrificio ritual para aplacar las fuerzas de la naturaleza, el rol de la machi en la sociedad mapuche, y otros conceptos y significaciones propias de la cultura mapuche van emergiendo en el transcurso de las indagatorias asociadas al proceso judicial en contra de la machi Juana Namuncura.

A modo de ejemplo, cabe citar el testimonio de Juan Paineicur, abuelo del menor sacrificado, quien señala haber sido convencido por la Machi de entregar a su nieto puesto que:

*'En la antigüedad, para calmar el mar, había que lanzar a él un niño, y esto se lo había contado su padre, ya fallecido. (...) había escuchado a los ancianos decir*

*que era una costumbre de sus antepasados hacer sacrificios para evitar grandes calamidades’.*

A continuación, se puede leer en las actas del proceso judicial:

*‘Interrogada la María Juana Namuncura manifestó ser jefe del nguillatún, de haber ordenado el sacrificio del menor para así poder librarse de los males y apaciguar las tempestades del mar’.*

En cuanto al testimonio ‘en primera persona’ de la machi Namuncura sobre los hechos ocurridos, en las actas lee la siguiente declaración:

*‘Los cataclismos son penas por los pecados de la gente (...) Los sacrificios de animales pueden aliviar los terremotos y posponerlos si se ofrecen cada cuatro años. Pero ahora los pecados de la gente son demasiado grandes para pagarlos con sacrificios normales’.*

Por cierto, en la administración de justicia penal importa menos la ‘razón última’ que explique los hechos como su ‘encuadre técnico-jurídico’. Es remarcable poder señalar que, en este caso, la jueza no parte desde una ‘nada jurídico-judicial’ por cuanto existe, a partir del año 1953, una jurisprudencia análoga al caso que se debe resolver en esta ocasión, jurisprudencia que ‘interpreta y traduce’ esta ‘costumbre indígena’ en los términos de una ‘fuerza psíquica irresistible y/o un miedo insuperable’. ¿Cabe resolver este conflicto en función de los mismos criterios utilizados para un caso de ‘homicidio por brujería’?

Para atender a esta interrogante, nada mejor que revisar la sentencia del caso:

*‘Naturalmente produjo en los habitantes de las zonas afectadas una alteración nerviosa que, en el caso del autor debió tener, necesariamente, mayor gravedad y proporciones, pues se trataba de un sector de la población indígena que dio claras*

*demostraciones de estar en una etapa de civilización que hace imposible responsabilizarlos por la acción cometida.*

*(...) El sacrificio humano realizado, como los bailes ejecutados en los cerros por los indígenas mientras temblaba y el mar los cubría, no son sino manifestaciones del estado cultural de esas reducciones, de una de las cuales son miembros los que trataron de apaciguar en esa forma las fuerzas de la naturaleza, en un intento desesperado por salvar sus propias vidas que se veían seriamente amenazadas. Los mismos reos confesaron haberse resistido en un principio a lo que sus tradiciones los inducían, pero como seguía temblando y el mar arrasaba una y otra vez sus tierras, consumaron el sacrificio impulsados por sus instintos atávicos que su razón no pudo dominar’.*

En virtud de lo anterior, la jueza estima que al actuar violentada por una fuerza psíquica irresistible y/o un miedo insuperable’, la machi ‘fue incapaz de obrar en forma racional ante el peligro inminente de perder sus vidas, amenazadas por fuerzas naturales que creyeron poder calmar’.

## **6.2. CRISIS SACRIFICIAL EN LONCO LUÁN<sup>17</sup>**

La denominada ‘Matanza de Lonco Luán’ tiene lugar el 22 de Agosto de 1978, en la comunidad indígena de ‘Lonco Luán’, situada en las cercanías del lago Aluminé, Provincia de Neuquén, Argentina. Cabe señalar que, si bien se trata de una comunidad de origen mapuche, sus creencias y costumbres ‘tradicionales’ han sido fuertemente trastocadas en virtud del trabajo ‘aculturativo’ realizado, por años, en la zona, por la Unión Pentecostal Argentina.

Ese día, Sara Catalán, de 25 años, enferma gravemente, en circunstancias en que no existen centros médicos donde trasladarla de urgencia. En ese momento,

---

<sup>17</sup> KALINSKI B (1999) *El Concepto de Inimputabilidad en La Llamada ‘Matanza de Lonco Luán’*. Revista CUHSO, Vol. 5. Universidad Católica de Temuco.

las autoridades comunitarias proponen celebrar una ceremonia religiosa de curación para sanar el cuerpo enfermo de Sara. Esta ceremonia se prolongará por tres días, donde participa toda la comunidad en las rogativas; ante lo infructuoso de los intentos por curar la enfermedad, las autoridades religiosas llegan a la conclusión de que la enfermedad que la aqueja sería obra del demonio, tomando el ritual ribetes cada vez más violentos.

La brutal golpiza que sufrió Catalán en este ritual de exorcismo acabó por matarla, lo cual no significó el fin de la ceremonia, puesto que 'el demonio saldría de su cuerpo para apoderarse de otros más débiles', motivo por el que, al llegar la policía, fueron encontrados otros tres cuerpos sin vida: dos hijos y un sobrino de Sara, todos menores de 5 años. Del parte policial:

*'Se hallan tres cadáveres y otro posteriormente junto a un grupo de personas y niños que estaban arrodillados cerca de una pequeña enramada de cañas de colihue, dando la impresión de importarles poco los cadáveres existentes, oyéndose un rumor que provenía de esas personas, que parecían estar rezando u orando. Los cuerpos estaban golpeados y con sangre, muertos desde hace varias horas'.*

Finalmente, la policía detiene a doce personas, ninguna de las cuales presenta síntomas de intoxicación alcohólica, aún cuando se los describe como 'completamente ajenos a lo que sucedía a su alrededor, algunos temblando, otros orando y gritando'. Se da comienzo así a una larga etapa de investigación antropológica-psiquiátrica, orientada a clarificar los aspectos de 'responsabilidad penal' de los individuos en los sucesos.

En primera instancia, la defensa argumenta la inimputabilidad de los acusados, por cuanto se trata de indígenas 'aculturados y analfabetos', con rasgos de personalidad 'paleofrénica', esto es, con propensión a caer en trances místico-rituales. En otras palabras, se apela a un imaginario de 'lo indígena' como

equivalente a 'inimputable', por cuanto representa una etapa evolutiva 'atrasada', tanto en términos psicológicos como culturales y sociales.

En mayo de 1979 el abogado Eduardo del Río asume la defensa de los acusados, desestimando la hipótesis de 'la condición natural de inimputable del indígena', adoptando, en cambio, la tesis del 'homicidio en riña', por cuanto los asesinatos registrados en Lonco Luán no fueron producto de una acción premeditada, sino que surgen de improviso, en un contexto mítico-ritual, orientado a otorgar sanación al cuerpo enfermo de Sara Catalán; así, en una ceremonia que se prolonga por días, el prolongado ayuno, el consumo de mate, así como los bailes y rogativas terminan por situar a los presentes en un estado mental de catarsis, minando así todo control racional sobre los impulsos violentos de la comunidad.

Por su parte, el médico psiquiatra Fernando Pagés, sugiere la concurrencia de una 'psicosis colectiva', desencadenada en razón del trance propio del ritual de curación mítico-ritual; plantea que allí la figura del pastor evangélico terminó siendo asimilada, por los allí presentes, al rol tradicional del 'machi', de forma que el proceso de 'conversión religiosa' no habría significado un total abandono de las creencias religiosas tradicionales del pueblo mapuche. Sugiere, pues, que los asesinatos se enmarcan en las costumbres y creencias mapuches respecto de la lucha contra el mal, esto es, como un medio de protección de la comunidad en contra de la acción del 'kalku' y del 'wekufe'.

El 'peritaje antropológico' quedó a cargo de Miguel Ángel García, quien caracteriza el contexto socio-cultural de la comunidad Lonco Luán en los términos de un 'sincretismo cultural' de infiltración foránea –la Unión Pentecostal Argentina. Sugiere el 'perito indigenista' un proceso de superposición entre dogmas milenaristas y creencias religiosas mapuches, ésto, sin atender a la necesaria aclimatación a las nuevas condiciones de existencia. Por último, el antropólogo plantea que esta comunidad mapuche, al momento de la matanza, se encontraría en una etapa terminal del proceso aculturativo, donde la oferta del

pentecostalismo no toma en cuenta las consecuencias desorganizadoras y destructoras de la personalidad, que puede acarrear como intento contracultural. Concluye, pues, en que el ingreso del pentecostalismo no ha borrado las creencias en la brujería.

Por su parte, los fiscales se abstienen de sus acusaciones, solicita el sobreseimiento de los acusados por motivos de inimputabilidad penal, enfatizando, eso sí, respecto del peligro social que representan los imputados en colectivo, existiendo la posibilidad de que vuelvan a repetirse los mismos hechos en condiciones similares a las que desencadenaron la matanza, solicitando, pues, la adopción de medidas de seguridad, esto es, la internación de los acusados en un recinto psiquiátrico:

*“Los acusados han padecido claros y comprobados síntomas de afección a su inteligencia y voluntad. Han padecido en forma fugaz y transitoria un verdadero estado demencial con obnubilación de sus condiciones activas y conscientes de la psiquis con alto valor exculpatorio. La constelación y el éxtasis han dominado todo el acontecer histórico, conjuntamente con una sensación de peligro y miedo ante la presencia afectiva del demonio, con resultados catatímicos deformantes de las funciones senso-perceptivas. (...) Han sufrido una inversión en el juicio valorativo de las cosas, con total confusión precisamente entre lo que es el bien y el mal, creándose así un estado crepuscular de consciencia”.*

El 13 de diciembre de 1979 el juez Simonelli dicta su sentencia. Respecto a los hechos analizados, plantea que los acusados vivieron una situación de éxtasis místico, situación que hace imposible que el afectado se encuentre en condiciones de comprender y dirigir sus acciones. Por estas consideraciones se declara la inimputabilidad penal de los reos, sin embargo, se hace notar la peligrosidad del colectivo, en particular si se conjugan los factores que desencadenaron la matanza. Es por esto que si bien se declara la inimputabilidad penal, y por tanto el sobreseimiento del caso en su favor, se dictan medidas de seguridad, las que van

desde los tratamientos ambulatorios y de corto plazo hasta la internación prolongada en neuro-psiquiátricos. Finalmente, el 11 de enero de 1983 se da de alta a todos los implicados en la matanza, revocándose toda medida cautelar el día 13 de marzo del mismo año. Sin embargo respecto de las reales causas del incidente aún se mantiene un manto de misterio.