



DE LA DEFENSA CULTURAL AL USO DE LAS PERICIAS ANTROPOLÓGICAS: AVANCES Y LÍMITES DEL RECONOCIMIENTO DE LA DIVERSIDAD SOCIOCULTURAL EN LOS TRIBUNALES PENALES DE LA MACRORREGIÓN SUR DE CHILE

FROM CULTURAL DEFENSE TO THE USE OF ANTHROPOLOGICAL EXPERTISE: DEVELOPMENTS AND LIMITATIONS IN THE RECOGNITION OF SOCIO-CULTURAL DIVERSITY IN THE CRIMINAL COURTS OF THE SOUTHERN MACRO-REGION OF CHILE

Fabien Le Bonniec¹, Katherine Maldonado² y Rodrigo Lillo³

Se propone abordar la práctica de la pericia antropológica en Chile, en particular en el sur del país, a través de la historia de su utilización asociada a la emergencia de la doctrina jurídica de la “defensa cultural”. Mediante la elaboración de estadísticas, se establece una caracterización de su uso, además de observar la evolución de su demanda, mientras que el estudio de dos casos permite entender mejor sus alcances y límites, en particular cómo el uso de peritajes antropológicos está condicionado por lógicas propias de la cultura jurídica, incluso extrajurídicas tales como permanencia de monoculturalismo en la cultura jurídica, desvalorización del conocimiento antropológico como científico, racionalidad económica relativa al uso de peritajes antropológico de acuerdo al riesgo de pena.

Palabras claves: peritaje antropológico, defensa cultural, justicia penal, defensoría penal mapuche.

The aim of this paper is to examine the practice of anthropological expertise in Chile, particularly in the south of the country, by analyzing its historical use in conjunction with the emergence of the legal doctrine of “cultural defense”. Using statistical analysis, we outline its application and track its changing demand over time. Additionally, two case studies provide a better understanding of its scope and limitations, highlighting in particular how the use of anthropological expertise is shaped by legal culture’s inherent dynamics, including external factors such as: the permanence of monoculturalism, devaluation of anthropological knowledge as scientific, and economic rationality regarding the use of anthropological expertise according to the risk of penalty.

Key words: Anthropological Expertise, Cultural Defense, Penal Justice, Criminal Justice System, Mapuche Criminal Defense Office.

Chile es uno de los países de América Latina en donde el pluralismo jurídico está menos reconocido. A pesar de la presencia histórica y actual de un movimiento mapuche con reivindicaciones políticas y territoriales que ha buscado mayor reconocimiento, no existen jurisdicciones propias contempladas por el Estado, tampoco tribunales especiales¹, sino solo reconocimiento del derecho indígena, a modo de costumbre.

Las políticas públicas en materia de interculturalidad en los espacios de impartición de justicia han buscado más bien introducir e integrar al indígena en el sistema legal formal, más que sacarlo de estos espacios de justicia estatal para que recurra a sus propios conceptos y prácticas. En efecto, los nuevos principios de interculturalidad y diversidad contenidos en el Convenio 169 de la OIT (Organización Internacional del Trabajo 1989) y de

¹ Departamento de Ciencias Sociales y Centro de Estudios y Promoción de los Derechos Humanos de la Universidad de la Frontera, Temuco, Chile. fabien.lebonniec@ufrontera.cl, ORCID ID: 0000-0002-3633-7962

² Centro de la Mujer Móvil Intercultural, Padre de las Casas, Chile. katmaldonadog@gmail.com, ORCID ID: 0009-0000-5441-5744

³ Defensoría Penal Pública, Punta Arenas, Chile. rodrigolillovera@gmail.com, ORCID ID: 0000-0001-8763-7386

la Declaración de Naciones Unidas sobre Derechos de Los Pueblos Indígenas (Naciones Unidas 2007) se han interpretado desde el acceso a la justicia. Por lo mismo, las transformaciones observadas estas dos últimas décadas en las cortes de justicia se han traducido en la instalación de carteles bilingües, el desarrollo de defensorías especializadas y la intervención de facilitadores interculturales. Este conjunto de iniciativas ha buscado hacer más amigable la integración del indígena, por lo que la invocación de la cultura en los tribunales se ha vuelto menos problemática y más funcional. Es en este contexto, asociado a la Reforma Procesal Penal, que la figura del perito antropológico² ha cobrado mayor importancia en estos espacios, como un medio de reconocimiento de particularidades socioculturales de los indígenas involucrados en juicios.

Si bien ya existe una literatura incipiente que trata de esta aparición progresiva de los antropólogos en las cortes de justicia, principalmente escrita por quienes han tenido estas experiencias (Álvarez 2014; Berho 2018; Ibarra y Riquelme 2019; Le Bonniec 2017; Martínez 2017), parece relevante a la vez ponerlas en perspectiva con un contexto más antiguo de emergencia de estas prácticas al nivel continental e internacional, asociado al desarrollo de doctrinas jurídicas de la “defensa cultural”, como también caracterizar sus diversos usos actuales en el ámbito penal chileno y así aprehender su recepción en los mismos tribunales. A partir de una revisión bibliográfica y estadística y el estudio de dos casos, se aludirá en una primera parte al contexto de emergencia de la defensa cultural sobre el que se sustenta el uso de la pericia antropológica, para después abocarnos a sus distintos usos en Chile, y así apreciar su eficacia y las condiciones a veces adversas en las cuales se desarrolla.

¿Defensa Cultural o Delito Cultural?

En los países anglosajones, la figura del perito antropólogo es conocida bajo el concepto de *expert witness* (“testigo experto”). En la segunda mitad del siglo XX, estos expertos aparecieron en las cortes estadounidense, en particular en casos de segregación en las escuelas, donde explicaban la ausencia de fundamentación científica a las políticas de discriminación racial que subsistían entonces (Rosen 1977)³. La presencia de los testigos expertos cobró mayor relevancia durante los años setenta, en el contexto de la corriente historiográfica de la *public history*, donde se plantea el compromiso del profesional historiador

en el mundo profesional público o privado, y en su participación en controversias legales (Atlani-Duault y Dufoix 2014:23). Se han ido delineando tres grandes vertientes de la figura del testigo experto antropólogo: por una parte, su inserción en la litigación para reivindicar derechos territoriales donde aparecen al lado de los demandantes; por otra, en instituciones y cortes a cargo de resolver solicitudes de asilo de exiliados, y por último, en estrategias de defensa conocidas como “defensa cultural”. En el primer caso, es en el ámbito de los litigios en torno a los derechos territoriales de las Primeras Naciones, en las Cortes de Canadá y de Estados Unidos, que estos expertos han sido llamados a atestiguar, tal como ilustra Clifford (2001) en su texto sobre la identidad *mashpee*. En el segundo tipo de caso, como en Inglaterra, los expertos tienen que ayudar a contextualizar, pero también a determinar la veracidad y credibilidad de relatos de aspirantes al asilo político (Good 2007). Por ende, la invocación en las cortes penales de teorías de caso enmarcadas en estrategias de “defensa cultural” ha llevado consigo la concurrencia cada vez más frecuente de peritos antropólogos y *expert witness* en el estrado. Es en este último tipo de uso de pericias antropológicas que nos interesamos en el presente artículo, en particular en las concepciones y paradigmas que le sustenta a través de esta expresión controvertida de “defensa cultural”.

Según Cristina de Maglie (2012:136), no existe consenso en doctrina sobre la defensa cultural; la literatura que se refiere a ella es variada al enunciarse desde diversas realidades socioculturales y nacionales, tales como Estados Unidos, Canadá, Australia, Bélgica, Inglaterra o Países Bajos. Sentencias en materias penales y civiles de estos distintos países, han sido recopiladas y analizadas por el libro de referencia en esta materia de Alison Dundes Renteln (2004), quien tampoco alude a una definición clara, sino más bien da cuenta de una diversidad de casos, desde demandas por discriminación laboral, maltrato animal hasta homicidio, cuyo punto común es la invocación del contexto cultural del justiciable en procesos judiciales. La expresión de “defensa cultural” (*cultural defense*) aparece por primera vez en 1986 en una nota del *Harvard Law Review* (Anonimous 1986 citado en Wyvekens 2014:129), definiendo el marco al que se refiere como:

Los valores de las personas criadas en culturas minoritarias pueden entrar a veces en conflicto con los valores de la cultura mayoritaria. En la medida en que los valores

de la mayoría se plasman en el derecho penal, estas personas pueden enfrentarse al dilema de tener que transgredir sus valores culturales o el derecho penal.

Siguiendo a Maglie (2012) sobre la noción de defensa cultural, se trata de una exclusión o de una atenuación de la responsabilidad penal alegable por un sujeto perteneciente a una minoría étnica con cultura, usos y costumbres distintos o en conflicto con los de la cultura del sistema anfitrión. Entonces, para hacer valer la defensa cultural se debe demostrar que “el comportamiento ilícito ha sido realizado en el razonable convencimiento de actuar de buena fe, basada en la herencia o tradición cultural” (Maglie 2012:137). Jeroen Van Broeck (2001:1) diferencia la noción de “delito cultural” de aquella de “defensa cultural”, explicando que la primera se relaciona más bien con el contexto europeo, donde se pone más énfasis en la naturaleza del delito, mientras que la segunda referencia proviene más bien del contexto anglosajón y enfatiza en las estrategias de litigación. Tal diferenciación permite otra distinción, ya que al referirse a “minorías” las diversas definiciones de la defensa cultural, o del delito cultural, tienden a homogeneizar la diversidad que abarca este concepto. En el caso de América del Norte y de Europa, es principalmente respecto de la población migrante que ha aludido a la defensa cultural, mientras que, como veremos, estas categorías en América Latina se refieren más a casos que involucran a miembros de pueblos indígenas.

Emergencia de la Defensa Cultural en América Latina y en Chile

El concepto de “defensa cultural”, como lo hemos visto, es bastante reciente y tiene sus orígenes en países anglosajones, pero ha adquirido cada vez mayor importancia en América Latina en el transcurso de los años ochenta y con mayor incidencia en la década de 1990, con el giro multiculturalista que atañe a gran parte de sus países y la adopción de constituciones que reconocen a los pueblos indígenas y sus prácticas tradicionales en materia de justicia (Stavenhagen e Iturralde 1990). Sin embargo, la cuestión del pluralismo jurídico asociado a este concepto tiene rasgos históricos mayores en este continente, ya que se refiere a la presencia de pueblos indígenas que durante la Colonia han mantenido en gran parte sus sistemas jurídicos, pero también por

el estatus que se asignó a sus poblaciones sujetas a la Corona española. Este estatus de “menor”, “rústico” y “miserable” otorgado bajo el derecho indiano (López 2012) asimilaba el indígena a una persona inferior que había que poner bajo la tutela de la Corona para defenderla. Tal consideración hacía que el indígena gozara de un estatus jurídico -derechos y deberes- diferenciado, pues las Leyes de Indias de 1680 les dispensaban de juicios por delitos menores entre indígenas, como la injuria cuando no había uso de armas (Albornoz 2014)⁴. Tal reconocimiento de un “otro” sujeto de derecho puede ser considerado de una cierta manera, y de forma paradójica, como la primera expresión del pluralismo jurídico, que se fue reafirmando en el contexto del sur del Reyno de Chile con los Parlamentos hispano-mapuche que otorgaban a las poblaciones al sur del Río Biobío la facultad de ejercer sus propios sistemas de justicia (Payàs 2018:213). Este reconocimiento del indígena como alteridad, aunque fuera desde miradas coloniales, paternalistas y despectivas, se terminará con las independencias de los países latinoamericanos.

La instauración del paradigma integracionista republicano fue promocionando el principio de igualdad entre todos los ciudadanos de estas jóvenes naciones, incluyendo a los indígenas, aunque en la práctica las desigualdades y violencias hacia estos últimos iban a perdurar varias décadas. Es bajo este paradigma que gran parte de los países de América Latina van a tratar durante el siglo XIX y al comienzo del XX de integrar a los pueblos indígenas viviendo en sus territorios nacionales recién formados, aplicando una sola ley, aquella proveniente de los códigos civiles europeos, a todas sus poblaciones.

Sin embargo, la emergencia de movimientos indigenistas, como periodo de toma de consciencia entre 1920 y 1940, va a generar diversos debates sobre la aplicabilidad de un mismo derecho penal para indígenas y no indígenas, con ciertos efectos, como en el caso de constituciones de Perú (1920), de Bolivia (1825) o de Ecuador (1937) (Benoist 2016), que fundamentaron un “derecho penal indigenista” (Amry 2006) que volvió a considerar jurídicamente, y de acuerdo a las teorías antropológicas evolucionistas de la época, al indígena como una persona incapaz.

Es solo durante los años setenta, bajo la influencia de los debates producidos tanto en el ámbito de las antropologías indigenistas nacionales como ante las discusiones en torno a la defensa cultural en los países del norte, que este derecho penal indigenista adquirió una visión más cultural y relativista, mientras que

durante los años ochenta se observan los primeros cambios en las constituciones. Es en este contexto que el jurista argentino Raúl Zaffaroni publica su “tratado de derecho penal” (Zaffaroni 1988:200-203), en el cual se refiere por primera vez al “error de comprensión culturalmente condicionada”, concepto de su autoría que va a tener un cierto éxito no solo en el ámbito de la defensa cultural, sino en la redacción misma de los códigos penales latinoamericanos que lo van a retomar, uno de cuyos casos más conocidos es el de Perú (1999), que integró literalmente en su artículo 15 el error de comprensión culturalmente condicionada.

En el caso particular de Chile, conocido como uno de los países más retrasados en materia de reconocimiento de derechos propios (Villegas 2012:190), las discusiones y debates acerca del pluralismo jurídico y de la “defensa cultural” no están muy presentes en los tribunales. Si bien, es probable que este debate sea más fácil de encontrar a partir de las últimas décadas, tanto por los medios de registro como por el tipo de procedimiento, entre otros, también es posible hallar las defensas culturales en casos de un pasado menos reciente, donde se ha aludido al contexto cultural. La indagación histórica del jurista Osvaldo Solís (2003:454-463) permite dar cuenta de la existencia de trabajos pioneros en la discusión acerca de la responsabilidad penal del indígena, en particular las memorias de tesis de los abogados Enrique Marshall (1917) y de Jeorgina Pedernera (1941), que se refieren a un régimen de responsabilidad atenuada del “araucano”. Sin embargo, en la doctrina penal chilena se han desarrollado numerosos estudios solo sobre dos casos “recientes”, vale decir de los años cincuenta y sesenta, en los que los jueces (que ejercían en el sistema inquisitivo una labor absoluta, no solo decidiendo la culpabilidad o inocencia, sino también formulando cargos y ejerciendo las garantías del procesado) deciden no castigar a los acusados por conductas que se encuentran descritas en el código penal como delitos. Se trata de los casos conocidos como el de Juana Catrilaf de 1953 y el del sacrificio de un menor durante el maremoto de Puerto Saavedra en 1960.

Precisamente, lo que ocurre en ambos casos es que las juezas coinciden en que si bien las acusadas han cometido un homicidio, no concurre la subjetividad necesaria para castigarlas. En efecto, en ambos casos, las inculpadas no actuaron con la suficiente capacidad volitiva⁵ que exige el derecho penal liberal para castigar el hecho. Se requiere una voluntad prístina,

pues se supone que cada persona es responsable de las conductas en que incurre, siempre que actúe en pleno conocimiento de las consecuencias y que tenga capacidad de decidir. Luego, en estos casos, lo que hay son personas que han actuado, en lenguaje del código penal chileno, “violentado por una fuerza irresistible o impulsado por un miedo insuperable” (Art. 10 inciso 9). Es decir, en uno y en otro caso, sus creencias (que se estiman como atrasadas y propias de la ignorancia) fueron factor de obnubilación, por lo que no se les puede hacer penalmente responsables.

Habrá que esperar el comienzo de los años noventa para volver a escuchar hablar de la cultura en los tribunales. Con la incorporación del artículo 54 en la Ley Indígena 19.253 de 1993, la acreditación de la costumbre indígena, que pasa a ser derecho “siempre que no sea incompatible con la Constitución Política de la República”, por ello, queda sujeta a los medios que franquea la ley, en particular la posibilidad de recurrir a un “informe pericial”. A pesar de la confusión inducida por el uso del concepto de costumbre como opuesto a la norma legal escrita⁶, debe interpretarse esta norma y las de los artículos 8, 9 y 10 del Convenio 169 de la OIT como referidas al derecho indígena o propio. En el ámbito penal, entonces, el derecho consuetudinario indígena se considera como una atenuante o eximente de responsabilidad, siempre que sea demostrada en juicio, es decir, debe probarse su existencia. Para acreditar la concurrencia de la costumbre, se ha empleado -en ocasiones- como medio de prueba el peritaje antropológico (Bertini y Yáñez 2013).

El peritaje antropológico en las cortes de justicia de América Latina

En las últimas décadas, las políticas antropológicas de traducción vienen siendo puestas a prueba con mayor frecuencia, dramatismo y visibilidad, por ser cada vez más habitual que las cortes de justicia citen a los colegas para que les brinden su testimonio experto en juicios que involucran los derechos indígenas (Briones 2011:71).

La invocación cada vez más frecuente de la defensa cultural en las cortes latinoamericanas hizo que el peritaje antropológico comenzara a ser discutido teórica y jurídicamente desde finales del siglo XX y comienzo del XXI. Sin embargo, el ejercicio de la pericia antropológica lo podemos rastrear desde al

menos tres décadas atrás (Martínez 2017). De esta manera, la pericia antropológica se distribuye de forma diferenciada en América Latina dependiendo no solo del nivel de reconocimiento de los derechos de los pueblos indígenas, sino también del desarrollo científico y del nivel de vinculación entre ciencia y sociedad que existe en cada país. En este sentido, el mayor uso de peritajes antropológicos en otros países de Latinoamérica vino acompañado de otras transformaciones y reconocimientos de derechos a los pueblos indígenas, así como de modificaciones en los ordenamientos jurídicos que tendían a sistemas jurídicos más plurales. En Ecuador, Perú y Bolivia el peritaje antropológico confluye en los procesos de ampliación de derechos, al afirmar tanto la existencia del derecho propio como del derecho consuetudinario (Berho 2018).

Por supuesto, en cada país se establecen visiones distintas acerca del peritaje antropológico. Según Guevara (2015), en Perú, por ejemplo, los peritajes antropológicos establecen la pertenencia cultural de una persona y determinan si esa pertenencia le hizo o no actuar ilícitamente (citado en Berho et al. 2016:110). En Colombia, Sánchez Botero (2010) conceptualiza el quehacer pericial antropológico como una mediación interpretativa de las realidades culturales que conviven en las fronteras estatales (citado en Berho et al. 2016:110). Desde México, Aída Hernández (2018) plantea que el peritaje cultural puede representar un avance en el acceso a la justicia frente a las perspectivas racistas que apelaban al atraso cultural como atenuante.

Pericias antropológicas en Chile

En Chile, la mayor presencia de peritos antropológicos en tribunales se relaciona con la implementación de la Reforma Procesal Penal a partir del año 2000, particularmente porque este nuevo sistema adversarial refuerza la intervención de los testigos, los peritos (expertos) presentados por las partes. En este sentido, desde estas prácticas periciales los antropólogos han generado una incipiente literatura sobre el peritaje antropológico en el país, en donde encontramos algunos puntos de convergencia, entendiendo el peritaje antropológico como una herramienta que, a partir de elementos característicos de la disciplina, busca contextualizar dentro de la realidad social de la persona imputada sus prácticas, elaborando argumentos que, presentados como medios de prueba, permiten por una parte acreditar costumbres

arraigadas social y territorialmente y por otra, ampliar el marco de entendimiento de los jueces a la hora de dictar sentencias (Álvarez 2014; Fernández 2020; Ibarra y Riquelme 2019; Martínez 2017).

Es así que las pericias antropológicas desde los primeros años de la reforma se han empleado desde las defensas para sustentar el argumento cultural, especialmente en causas de los tribunales del sur del país. Esta mayor presencia de los antropólogos como expertos en los espacios tribunales también se relaciona con la creación de defensorías especializadas implementadas desde 2001 y formalmente inaugurada en Temuco en 2003 la primera oficina de defensa especializada en el país, la Defensoría Penal Mapuche⁷ (Berho 2018). Estas oficinas de defensa de imputados indígenas se fueron expandiendo como práctica hacia otras zonas de Chile, surgiendo nuevos actores como el facilitador intercultural⁸ en tanto mediador entre el imputado y el defensor (Fernández 2020:279). A partir de este periodo, se comenzaron a realizar peritajes antropológicos de manera formalizada en la defensa penal de imputados mapuche, normados por el Código Procesal Penal que regula la prueba pericial en el juicio en su párrafo 6 informe de peritos, artículo 314⁹, en la Ley 19.718 de la Defensoría Penal Pública (DPP) artículo 20, letra h.

En este sentido, durante el 2012 se implementó el Modelo de Defensa Penal Indígena, que contiene directrices de actuación basadas en cuerpos jurídicos internacionales y nacionales, además de definiciones y argumentos para desarrollar teorías de caso en contexto indígena (Le Bonniec y Nahuelcheo 2017). El mismo modelo se refiere de manera específica al peritaje antropológico como fundamental para probar el error de comprensión culturalmente condicionado, permitiendo la disminución de responsabilidad o bien su eliminación (DPP 2012:255). Asimismo, en 2014 entró en vigencia el Modelo de Gestión de Peritajes, que regula la actividad pericial requerida por la DPP, obviando aspectos socioculturales. En este escenario se genera en 2017 un modelo de gestión específico para peritajes antropológicos¹⁰, el Modelo de Gestión de Peritaje Antropológico (MoGPA), que propone una tipología de casos en que se podría solicitar un peritaje antropológico¹¹. La categorización destaca aspectos meramente procesales (como la determinación de la identidad del imputado, posibilidad de solicitar ciertas penas o cuestiones adjetivas como el lugar de reclusión) y aquellas cuestiones más sustantivas que tienen que ver con los postulados normativos sostenidos en la estrategia de defensa.

En el caso de la DPP, quien evalúa y autoriza las solicitudes de peritaje antropológicos realizadas por los defensores, es la unidad de estudio de la defensoría regional. Por lo tanto, las solicitudes de peritajes antropológicos pueden emerger de antecedentes socioculturales que manejan el facilitador intercultural y el defensor de la DPP. Asimismo, pueden ser solicitados por el mismo imputado, algún familiar o por autoridades tradicionales o socialmente reconocidas, lo que da cuenta en alguna medida de la politización de la cultura y de las formas de exhibirla.

Entonces, tras la revisión de literatura especializada y a partir de la misma experiencia¹², hemos observado que los peritajes antropológicos se encuentran asociados por lo general a usos procesales para apoyar la teoría del caso, especialmente en la defensa penal indígena; acreditando costumbre -rural e indígena- y la pertenencia indígena, así como el arraigo basado en vínculos sociales y territoriales (Álvarez 2014; Berho et al. 2016; Martínez 2017). Además del uso procesal, los peritajes antropológicos son empleados para argumentar atenuantes de responsabilidad penal, salidas alternativas, acuerdos reparatorios, cautela de garantías, revisión y determinación de penas (Berho et al. 2016). Sin embargo, lo que determina la recurrencia de un peritaje antropológico en la defensa penal no es la condición sociocultural de la persona imputada, sino la estrategia del defensor y su teoría del caso. Esto es así porque en Chile no existe un estatuto penal especial para los indígenas, y las penas aplicables, salvo las reglas del artículo 10 del Convenio 169 de la OIT, son iguales para indígenas y no indígenas¹³.

El peritaje antropológico aporta evidencia significativa sobre los contextos socioculturales (pasados y presentes) en los que se desenvuelve la persona imputada, además de los marcos de referencia social desde los cuales se conduce. La intervención de un perito o un informe pericial como prueba de la defensa no asegura una consideración a la cultura del imputado que se traduzca en una absolución o atenuación de responsabilidad, por ejemplo. Por ello, es relevante preguntarse cuáles han sido los usos de los peritajes antropológicos y si han tenido algunos resultados.

Usos y resultados de los peritajes antropológicos en Chile

Intentamos contrastar las investigaciones sobre peritajes y defensas culturales, además de

nuestras experiencias en el área, con las cifras de peritajes antropológicos utilizados por la DPP. Para ello, presentamos una solicitud de información N°AK005T0000566, mediante la Ley 20.285 sobre acceso a la información pública. A través de la solicitud buscábamos responder a la interrogante acerca de si hay delitos o tipos de delitos en los que se recurre más a peritajes antropológicos. En respuesta a dicha solicitud, recibimos parte de la información requerida, aun cuando no fue posible acceder al fundamento de las solicitudes de pericias antropológicas efectuadas por los defensores en el Sistema de Gestión de Defensa Penal (SIGDP). En esta línea, tampoco pudimos acceder a la cantidad de peritajes antropológicos aprobados por la DPP. No obstante, consideramos que la información entregada puede ser indicativa de ciertas prácticas que determinan o no el uso de peritajes. Por ello, presentamos tres figuras con gráficos de barras elaborados a partir de datos obtenidos mediante el sistema de transparencia.

La Figura 1 contiene las solicitudes de pericias antropológicas realizadas a través de la plataforma SIGDP entre 2015 y 2019 a nivel nacional, correspondiendo a un total de 211 solicitudes de peritajes. Esta figura muestra que la distribución geográfica de las solicitudes de peritajes antropológicos no es homogénea, ocupando un mayor porcentaje las regiones con espacios territoriales con alta población indígena y en donde la DPP ha instalado oficinas especializadas de atención para imputados indígenas enmarcadas en estrategias de defensa cultural. Arica y Parinacota, con un número de 78, es la región con mayor cantidad de solicitudes de peritajes antropológicos, correspondiente a un 37% del total. En el caso de la macrorregión sur, el mayor porcentaje de pericias antropológicas solicitadas en la DPP proviene de la región de La Araucanía con 56 solicitudes, las que abarcan un 27%; luego viene la región del Biobío con 26 solicitudes y un 12%, a la que le siguen las regiones de Los Ríos y Los Lagos.

Las siguientes figuras presentan las solicitudes de peritajes antropológicos (2015-2019) asociados a familias de delitos¹⁴, los que corresponden a la categorización utilizada por el poder judicial.

La Figura 2 nos entrega una visión parcial de los delitos asociados a solicitudes de peritajes antropológicos por parte de la DPP a nivel nacional, en los que las mayores solicitudes son los delitos de ley de drogas, con 45 solicitudes, que corresponde a un 27%. Algunas de estas solicitudes son presentadas en el

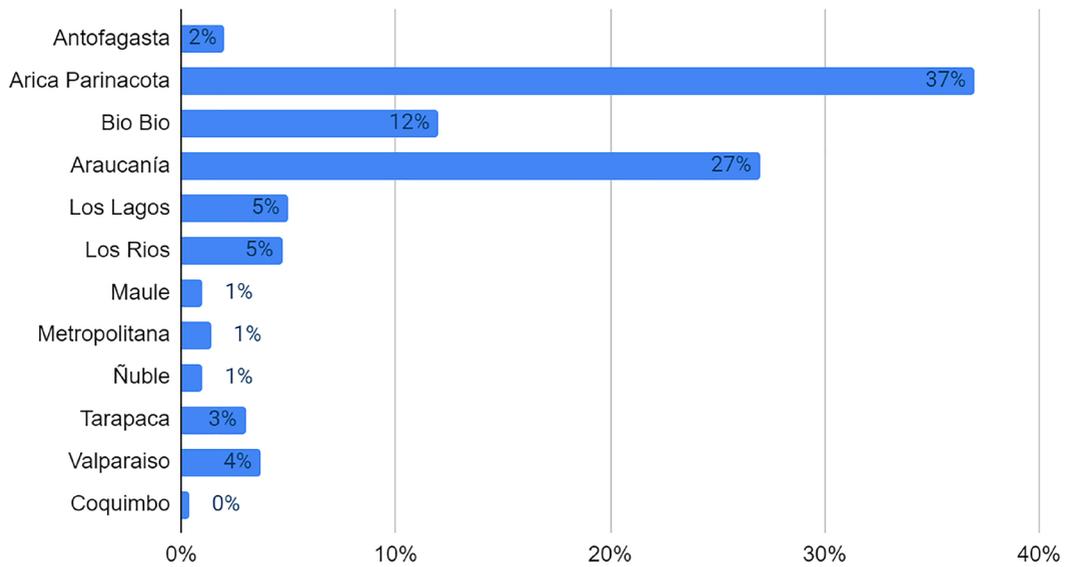


Figura 1. Solicitudes de peritajes antropológicos según regiones (2015-2019). Fuente: Elaboración propia a partir de datos obtenidos mediante solicitud de transparencia.

Requests for anthropological expertise according to regions (2015-2019). Source: Own elaboration based on data obtained through a freedom of information request.

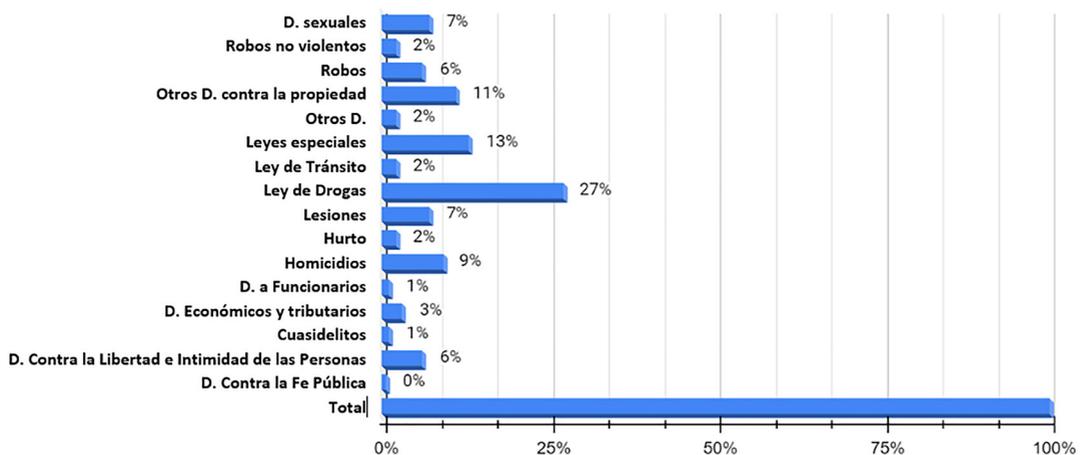


Figura 2. Delitos asociados a solicitudes de peritajes antropológicos a nivel nacional (2015-2019). Fuente: Elaboración propia a partir de datos obtenidos mediante solicitud de transparencia.

Crimes and offenses associated with requests for anthropological expertise at the national level (2015-2019). Source: Own elaboration based on data obtained through a freedom of information request.

norte del país y se han usado peritajes antropológicos para acreditar, por ejemplo, la costumbre del uso y porte de la hoja de coca¹⁵, logrando en ciertos casos absoluciones. El segundo delito que destaca, con 26 solicitudes en la Figura 2, es el de leyes especiales¹⁶,

el segundo de mayor porcentaje, con un 13%; en tanto el tercer delito de esta familia de delitos que destaca la Figura 2 es “otros delitos contra la propiedad”, con 24 solicitudes, correspondientes al 11% del total y abarcan aquellos ilícitos que afectan o lesionan el

derecho a la propiedad, de ahí que podría referirse también a delitos de usurpación.

La Figura 3 muestra un total de 104 solicitudes de peritajes antropológicos en la Macrorregión Sur, que comprende para esta investigación las regiones del Biobío, La Araucanía, Los Ríos y Los Lagos. Se destaca nuevamente la familia de delitos agrupada en leyes especiales, con un 20%, el mayor porcentaje, que corresponde a 21 solicitudes de peritajes antropológicos. Esta cifra se distribuye en cuatro solicitudes realizadas en el Biobío, 14 en La Araucanía, dos en Los Ríos y una en Los Lagos. Tal como se indicó, este ítem corresponde a infracciones a distintos corpus legales tales como la ley de control de armas, la ley de violencia intrafamiliar (VIF), o la ley sobre delitos terroristas. Para el primer tipo de delito, como se podrá ver con los estudios de casos, tanto en el sur como el norte del país, se han requerido, en particular desde el año 2017, pericias antropológicas que den cuenta del uso tradicional de armas de fuego no inscritas. En casos de VIF, se conoce al menos una causa en el año 2011¹⁷, cuando se solicitó una pericia antropológica para explicar cómo los conflictos de esta índole se resolvían de forma comunitaria, y así invocar el Convenio 169 de la OIT para acudir a un acuerdo reparatorio y evitar un juicio¹⁸. Mientras que las solicitudes de peritajes relacionadas con infracción a la Ley Antiterrorista (Ley 18.314) no han sido invocadas durante los últimos

años en contextos indígenas, con anterioridad se habían enfocado en dar cuenta del rol de autoridades tradicionales, tales como lonko, werken o machi, involucradas en estos delitos.

En segundo lugar, encontramos “otros delitos contra la propiedad”, con un 15%, que equivale a 16 solicitudes de peritajes antropológicos, nueve de ellas efectuadas en la región de la Araucanía, cinco en Biobío, una en Los Ríos y una en los Lagos. Este ítem reúne diversas infracciones, entre otras la usurpación, cuya teoría del caso busca explicitar a través de la pericia la existencia de un error de prohibición, al demostrar que no hay delito cuando el espacio territorial está ocupado por los indígenas conforme a las reglas especiales de propiedad y es considerado como propio.

De este modo, la distribución geográfica y el tipo de delito para el cual son utilizados los peritajes antropológicos nos plantean más cuestionamientos que conclusiones. Asimismo, nos preguntamos por la relevancia y el rol del facilitador intercultural en estos casos, las hipótesis con las cuales el defensor decide valerse de un peritaje antropológico, la actitud del juez frente a la prueba pericial antropológica, etc. Es importante volver a mencionar que solo graficamos cifras de solicitudes de peritajes antropológicos; de ahí que desconozcamos si estos fueron aprobados y utilizados en alguna etapa del proceso penal. Además, resulta difícil desarrollar un análisis más acabado de

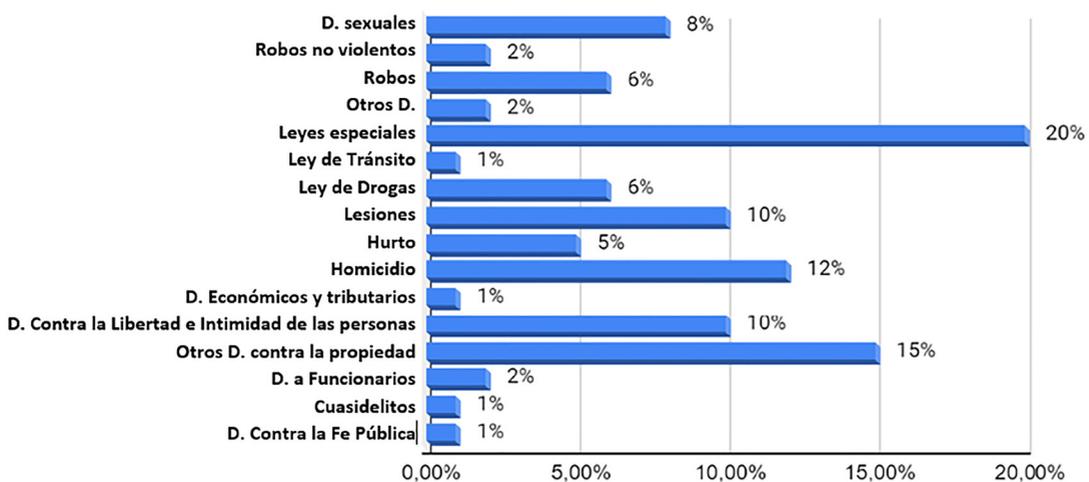


Figura 3. Delitos asociados a solicitudes de peritajes antropológicos en la Macrorregión Sur (Biobío, La Araucanía, Los Ríos y Los Lagos) desde el año 2015 hasta el 2019. Fuente: Elaboración propia a partir de datos obtenidos mediante solicitud de transparencia.

Crimes and offenses associated with requests for anthropological expertise in the Southern Macrorregion (Biobío, La Araucanía, Los Ríos, and Los Lagos) from 2015 to 2019. Own elaboration based on data obtained through a freedom of information request.

las estadísticas presentadas, dado que el sistema de registro de la DPP establece una clasificación de los peritajes según cual sea el objetivo procesal que se busca con este, la que no está sistematizada y por lo tanto no aparece en los datos entregados. En este sentido, en el universo de pericias presentado en estos cuadros, puede tratarse de un peritaje que busque modificar una medida cautelar (por ejemplo, imputado privado de libertad, para que se modifique a otra medida cautelar en libertad); solicitar una pena distinta a la de privación total de libertad, si es que se espera que el o la imputada sea condenado/a. Incluso tratarse de una solicitud de salida esporádica o puntual de la cárcel para participar en un ritual o ceremonia particular (funeral, casamiento, *ngillatun*, etc.). Por último, lo más sustancial y que busca influir en el resultado del juicio, es aquel peritaje que se funda en la teoría del caso. Esta puede centrarse en que conforme al derecho o costumbre de un determinado pueblo, la conducta se encuentra justificada (transporte de hojas de coca para ser utilizadas en una ceremonia, por ejemplo). O bien tratarse de un caso en que se cuestiona la conciencia de ilicitud del actuar de la persona acusada, por ejemplo, creer que tener relaciones sexuales consentidas con una menor de 13 años no es delito, por estar permitido en su comunidad¹⁹. Lamentablemente, la clasificación referida a los objetivos procesales no se encuentra desarrollada en el sistema de registro de la Defensoría, por lo que habría que revisar caso a caso para afinar el análisis acerca de los motivos culturales que sustentan las solicitudes de pericias.

Al menos se puede desprender que contar con los peritajes antropológicos depende de múltiples variables y que su utilidad es variable. En este sentido, nos parece importante destacar algunos factores contextuales (o extrajudiciales) que han influido en el aumento de las solicitudes de pericias antropológicas, tales como la modificación en 2017 a la Ley 17.798 de control de armas, lo cual se tradujo en que la mitad de los peritajes antropológicos usados ese año tenían relación con el delito de porte o tenencia ilegal de armas, de modo que estaban destinados a acreditar costumbre respecto al uso de armas de fuego en poblaciones rurales y pueblos indígenas, que las utilizan no para alterar el orden público, sino que para cuidar animales, hogares, cacería de fauna silvestre que daña los cultivos; además, en el caso de los pueblos indígenas, hay usos rituales basados en procesos de apropiación cultural y resignificación del arma convertida en un elemento simbólico cuyo disparo emula el sonido del trueno *txalkan*.

Causas con pericias antropológicas como estrategias de defensa

Mediante la comparación de dos casos que presentan varias similitudes (tipo de delito, imputado mapuche, tribunal, teoría del caso basada en la antijuridicidad y el error de prohibición, comparecencia del mismo perito antropológico), pero que no tienen el mismo resultado, se proponen algunas pistas en relación con los factores que entran en juego al momento de valorar la pericia antropológica y la teoría del caso asociada a dicha pericia.

Causa RIT 191/2017

El primer caso dio lugar a una sentencia absolutoria en el Tribunal Oral de lo Penal de Temuco por los delitos de porte ilegal de armas y porte ilegal de municiones. Se relaciona con un hecho ocurrido en abril de 2016 en una comunidad de Padre Las Casas, donde personal de Carabineros detiene al acusado portando un arma y municiones sin contar con las autorizaciones requeridas por la ley. En esta causa la defensa estuvo a cargo de la Defensoría Penal Mapuche, cuya abogada defensora no desconoció el porte de una escopeta y unos cartuchos, sino que centró su alegato en establecer el contexto de su defendido, señalando que era un comunero indígena que siempre ha vivido en el campo junto a su grupo familiar y que sale la noche en cuestión en compañía de dos personas a cazar conejos. Al ser detenido, el hombre no ofreció resistencia, pues para él es común esta actividad. En este contexto la defensa insistió en la absolución de su defendido, basada en un error de prohibición y en subsidio por antijuridicidad y aplicación de la ley de control de armas que anteriormente estaba vigente. En este sentido, la defensa solicitó un peritaje antropológico que fue aprobado, ejecutado y empleado como prueba de la defensa, en donde el perito debió concurrir a declarar durante el desarrollo del juicio oral. Este, en su declaración ante el tribunal, indica que el peritaje se pidió para poder contar con argumentos socioculturales que pudiesen fundamentar por qué desde el “punto de vista occidental” un hecho que puede ser constitutivo de delito, para un pueblo indígena puede no serlo. De esta manera, el perito aludió a que:

El año pasado, en abril estaba dentro de su territorio no estaba fuera de su comunidad, no estaba en la ciudad, y por lo tanto, desde ese punto de vista considera que estaba en

territorio propio, y en ese momento va a cazar, eso se corrobora pues andaba con un sobrino y primo los que llevaban elementos propios de la caza, una batería y un foco. Antiguamente el pueblo mapuche basaba su economía en la caza y recolección. Hoy en día, a lo largo de la región, los mapuche y habitantes rurales están desarrollando actividades de caza y recolección. El arma permite proteger el predio. Esta arma fue heredada, y es valorada por la transmisión oral de la herencia (p. 12, sentencia R.I.T. 191 / 2017).

En este sentido, el informe antropológico concluye que el imputado es mapuche, participa de los rituales indígenas y que “la ley de armas no se ha difundido en comunidades indígenas o grupos vecinales. Por ende el acusado no tenía conocimiento detallado de la ley. Finalmente debería considerarse la diferencia cultural” (p. 13, sentencia R.I.T. 191 / 2017).

Así, la sentencia absuelve al imputado argumentando y precisando las circunstancias para que el error excluya la culpabilidad.

Se exige además que sea invencible o insuperable, que es precisamente lo que ocurre en los hechos motivo de este juicio, donde atendidas las circunstancias del caso concreto, es decir la situación específica en que fue encontrada el arma, y atendidas las condiciones personales, sociales, intelectuales y culturales del autor, no es posible exigirle conocimiento de la antijuricidad de la acción, por el contrario, y asentado en la prueba rendida, es posible concluir que el encartado actuó creyendo no contravenir norma alguna (p. 16, sentencia R.I.T. 191 / 2017).

La costumbre o la calidad indígena aparecen como atributos que tienen que ser comprobados por terceros, en este caso las observaciones del mismo perito. Entonces la sentencia absolutoria señala que al considerar el contexto del imputado,

no es posible realizarle a su respecto el juicio de reproche necesario para estimarlo culpable de dicha conducta (típica y antijurídica), al haber obrado en la creencia [de] que su accionar no estaba prohibido, estando frente a

lo que la doctrina llama error de prohibición directo (p. 18, sentencia R.I.T. 191 / 2017).

En este sentido, la presencia del perito antropólogo contribuye a constatar el desconocimiento de la ley por parte del acusado. Las citas dan cuenta de algunos aspectos mencionados anteriormente sobre el despliegue de la defensa cultural en Latinoamérica y en particular en La Araucanía, en donde se van reconociendo ciertas particularidades culturales que sitúan al indígena en una posición de desconocimiento ante la ley, siendo este desconocimiento y la intención del imputado de actuar creyendo que no contraviene ninguna norma aquello sobre lo que se afirma la sentencia para absolver.

Es así que el testimonio del perito recibió una valoración positiva en la sentencia, indicándose que aportó a la motivación antes determinada sobre el uso de armas para cazar conejos, básicamente por el daño que producen a la siembra de trébol. Un punto importante es que los jueces consideran que a diferencia de lo que afirma el Ministerio Público para descalificar esta prueba pericial, ella se sustenta no solo en los dichos del acusado, sino también en observaciones etnográficas que dan cuenta de un “rigor suficiente para afirmar aquello que concluye”. Sin embargo, las valoraciones positivas a informes periciales son escasas y suele ocurrir que en los juicios en los que atestigua un perito antropólogo para la defensa, su metodología cualitativa basada en los testimonios del imputado y de sus cercanos, así como las conclusiones de su informe, son cuestionadas por la parte acusadora, al presumir la ausencia de neutralidad de la información recabada. Es decir, los jueces cuestionan la metodología científica utilizada por el perito, que no permite llegar a un resultado imparcial con criterios de ciencia antropológica (que se encuentra descrita y respaldada en literatura pertinente), sino que según reglas de valoración de la prueba judicial. En efecto, aunque no se les pide a los jueces que hagan una valoración científica equivalente, pues no tienen el conocimiento del perito, sí deben considerar la seriedad y pertinencia del aporte del experto, atendiendo -entre otros elementos- a la metodología utilizada (Duce 2015:143).

Causa RIT 202/2017

En este segundo caso que dio lugar a un juicio oral unos meses después en el mismo tribunal que el anterior, el imputado -que arriesga cinco años de

cárcel por tenencia ilegal de arma de fuego- vive cerca del radio urbano de Nueva Imperial. Allí se incautó en su domicilio una escopeta de munición calibre 12. El abogado de la Defensoría Penal Mapuche, además de plantear la existencia de una infracción de garantías por la forma como se llevó a cabo la incautación del arma, ya que se produjo durante un operativo de búsqueda de droga, invoca la ilicitud de la conducta a través el eximente de error de prohibición. Para sustentar la teoría del caso, llama al estrado al mismo perito antropólogo que en el caso anterior para explicar al tribunal que el imputado

no tenía conciencia que cometía un ilícito (...) que se desconoce en los sectores rurales la Ley de control de armas, agregando que las armas en la cultura campesina, en este caso mapuche, son heredadas en forma oral y utilizadas para incorporarlas en los rituales para invocar al espíritu del trueno, no debiendo concebirse con el significado occidental, para disparar o infringir [sic] miedo, solo disparar al aire y proteger al ganado (p. 13, sentencia 202-2017).

Mientras que en el caso anterior la Fiscalía apuntaba a la objetividad de los testimonios colectados, esta vez al pasar al contrainterrogatorio después de 15 minutos de presentación del perito, cuestiona la rigurosidad y la fiabilidad de los datos contenidos en el informe pericial, observando la ausencia de informaciones relevantes en relación con la estadía en la cárcel del imputado, o su servicio militar.

Finalmente el tribunal desestimó la declaración del perito, considerando

que si bien el acusado es mapuche, vivió según él expuso, desde los 16 años durante 10 años en la ciudad de Santiago, además estuvo cumpliendo condena 10 años privado de libertad, lugar donde cursó hasta cuarto medio, con un promedio 6,8, es decir, es una persona que ha tenido acceso a la información, no sólo durante ese periodo, sino también este último tiempo, puesto que según indicó el imputado tiene teléfono, televisor y radio. (...) el tribunal pudo apreciar que es una persona con recursos en diversas áreas, por su forma de expresarse y por su historia de vida, lo que llevan a concluir que conocía el carácter ilícito de su conducta (...).

Lo que expresan los sentenciadores es lo que Renteln (2004:219) llama “presunción de asimilación”, que es uno de los primeros obstáculos en la valoración de una teoría del caso de defensa cultural. Se sustenta sobre concepciones antropológicas culturalistas que representan de forma dicotómica al mundo indígena, separándolo entre los “no-integrados”, vale decir, sujetos culturales extraños, y los “asimilados” en la sociedad moderna (Modolell 2006), y que por lo tanto han perdido su identidad o se sospecha esta deculturación. Se han observado razonamientos similares en otros casos documentados, según los cuales un imputado, por estar realizando transacciones de manera cotidiana y ver la televisión en castellano, no puede ser afectado por una enfermedad mapuche²⁰ (Berho y Martínez 2020; Le Bonniec y Nahuelcheo 2017), u otro acusado mapuche estar al corriente de la licitud de su acto por tener televisión y radio y por consiguiente estar vinculado al mundo (Villegas 2012; Zambrano Tiznado y Agüero San Juan 2009). El uso de elementos tecnológicos, la cercanía de la ciudad, su residencia durante varios años en Santiago, el paso por la cárcel, el nivel de educación y sus buenas notas son todos indicios de la asimilación del imputado a la sociedad global y de su conocimiento de la ley.

El testimonio del perito antropólogo está rebatido también por los sentenciadores al nivel metodológico, ya que la sentencia advierte que

el perito no ilustró al Tribunal sobre las reales características de vida del acusado (no de su padre), puesto que ni siquiera conoció el interior de la vivienda, desconocía aspectos de la vida del acusado que se consideraron como fundamentales (servicio militar, causas penales, etc.) para determinar las circunstancias invocadas, de tal forma que el informe antropológico no aparece centrado en la persona del acusado, sino que en términos generales en la cultura campesina mapuche, siendo necesario para arribar a una conclusión respecto al desconocimiento del imputado de la ilicitud de su conducta considerar todos los aspectos de la vida del acusado y no en términos generales como persona mapuche.

Podemos observar en este caso distintos elementos adversos a la teoría del caso de la defensa, y por ende a la argumentación del perito antropólogo, que han vuelto más compleja la posibilidad de concluir

con una sentencia absolutoria. En primer lugar, el hecho de que ya contaba con una primera condena que implicó una estadía de 10 años en la cárcel; en segundo lugar, la preeminencia en la biografía del imputado de un importante grado de socialización en la sociedad considerada dominante, a través de su vivencia en Santiago, indicador de su integración y conocimiento de las leyes y prohibiciones, además de haberse destacado en sus estudios expresado en un promedio sobresaliente. Finalmente, al sostener que “las circunstancias de que el acusado es una persona mapuche, que sigue ritos y tradiciones de su cultura, que trabaja en el campo, que protegía su patrimonio con esta arma, no son suficientes para concluir el desconocimiento del carácter ilícito de su conducta”, los sentenciadores dan a entender que reconocen su identidad y su cultura, pero no consideran que tales adscripciones puedan ser consideradas como motivos para ignorar las prescripciones provenientes de otra cultura, a pesar del intento por parte del perito de “fundar su conclusión afirmando que el acusado al regresar a su comunidad vuelve a su sentido de origen” (Sentencia p. 14, 202-2017). La pertenencia del imputado a un pueblo indígena o su manejo y práctica de la costumbre no parecen explicaciones suficientes al desconocimiento de la ley, sino que esta carencia tendría que ser comprobada a través de su condición, espacio de vida y su biografía.

Conclusión

Tanto los gráficos presentados en las figuras como los casos tienden a mostrar la débil recepción de los peritajes antropológicos en los tribunales chilenos, constatación ya realizada en estudios anteriores (Álvarez 2014; Berho et al. 2016; Le Bonniec 2017). No obstante, se nota un aumento del número de pericias solicitadas, y un uso que se va diversificando: en su inicio reservado a causas de connotación pública. Los peritajes antropológicos son solicitados hoy en día de norte a sur por una diversidad de motivos. Las modificaciones legislativas, tales como la Ley 18.216 en relación a penas sustitutivas, o la Ley de control de armas, han incentivado el uso de este medio de evidencia para evitar la privación de libertad.

Sin embargo, la utilización de la pericia antropológica se enfrenta a diversas condiciones adversas. En primer lugar, las estrategias de defensa cultural a la cual tiene que retribuir, tales como el error de prohibición, responden a un pluralismo subordinado que domina el campo judicial chileno

y debilita el reconocimiento de los derechos de los pueblos indígenas y por ende la valoración del conocimiento antropológico.

En segundo lugar, la misma mecánica del proceso penal, y que a diferencia del antiguo sistema de proceso penal, la prueba la disponen las partes (ministerio público, querellantes y defensa), provoca que muchas veces el perito antropólogo no sea considerado como un ente objetivo, y que su metodología y resultados sean cuestionados. Asimismo, el elemento económico, es decir las restricciones de presupuesto que no permiten remunerar mejor a los peritos, o no poder desarrollar un número mayor de pericias, junto con los tiempos acotados para realizar los informes, constituyen un factor limitante tanto al desarrollo como al reconocimiento de la pericia antropológica, y por ende de la defensa cultural.

Estos límites e incertidumbres en torno al uso de la pericia antropológica observados en la macrorregión sur de Chile, en un contexto de reconocimiento débil de los derechos de los pueblos indígenas, se constatan también en países conocidos por su pluralismo jurídico, tales como México, Colombia, Ecuador o Perú. Se advierte también en estos países de la presunción de asimilación, la incredulidad de los actores jurídicos ante el testimonio experto considerado como una ficción (Sánchez Botero 2010), o una mirada con resquemor de los discursos antropológicos basados en la reificación de la diferencia cultural en desmedro de otras características de las personas involucradas en el caso. Semejantes barreras ideológicas (Ávila Lizán 2011) vuelven aún más compleja la posibilidad de criterios comunes de valoración de la pericia tanto por parte de los sentenciadores (Herrera 2010) como de los litigantes que podrían presentarlas (Guevara 2015), dejando al (pre)juicio de cada uno el uso y consideración de esta herramienta legal de reconocimiento de la identidad cultural.

Especialmente en Chile, el reconocimiento, aunque débil, de los informes antropológicos como prueba pericial en el ámbito judicial ha abierto espacios de incidencia para la antropología, pero a la vez ha venido a plantear retos epistemológicos y políticos. Uno de ellos consiste en representar la cultura del otro para que sea entendida y avalada por sentenciadores que muchas veces mantienen una visión culturalista homogeneizante de una realidad social más compleja.

La misma literatura jurídica tiende a presentar los delitos culturales como una realidad absoluta, la cual viene a paliar la defensa cultural. Sin embargo, las causas del accionar de una persona no pueden

reducirse a solo su supuesta cultura, sino a numerosos factores de orden social, económico, psicológico y coyuntural. Para tal efecto explicativo de la existencia de un delito cultural, el derecho propicia la idea de una acción racional de acuerdo a una identidad cultural homogénea y coherente del ofensor, descartando otros rasgos identitarios de la persona y un universo de motivos a su comportamiento. Mientras que en el pasado fue la raza la base de los estereotipos hacia el otro, una forma de dividir el mundo social entre nosotros y ellos, de categorizar y clasificarlos, esta categoría ha sido sustituida en el transcurso de la segunda mitad del siglo XX por la cultura, donde la desigualdad se transforma en diferencia (Bessone 2020). En este mismo orden de ideas, lo cultural adquiere un valor explicativo y justificativo para el derecho solo cuando adquiere el atributo de “lo distinto” o “lo extraño”. Se recurre a esta dimensión para explicar lo que hacen otros, pero en cambio, no lo hacemos para describir conductas que son explicables desde nuestra propia sociedad; aun detrás de ellas también existen manifestaciones culturales.

El principio de simetría se vuelve entonces necesario para evitar caer en narrativas metaculturales totalizadoras, esperadas por un derecho penal concebido desde un locus fracturado y cuyas pretensiones de universalidad hacen que toda explicación alternativa a una conducta termine siendo descalificada. Es así que en los casos que incorporan pericias antropológicas, están en juego tres modos de producción de conocimiento y verdad: el jurídico, el antropológico, y el del periciado, generalmente indígena. Es factible, como señala Briones (2011), que las partes se sientan

incómodas porque cada una intenta monopolizar la verdad, obligando a preguntarse si se puede aprender a leer ese descontento e intentar mostrar la necesidad de participar en un triálogo de diferentes verdades para hacerlas comprensibles, conmensurables y de igual importancia.

El triálogo preconizado por Briones (2011:71) continúa siendo imprescindible no solo en el quehacer del perito antropológico, sino que en el sistema judicial tiene que facilitar una “hermenéutica diatópica” (Santos 2006) de la formación cultural que es el derecho penal, y operar una traducción intercultural, no solo de sistemas jurídicos, sino de un conjunto de conocimientos situados, valores, procedimientos y sentidos de justicia que posibiliten la emergencia de otras visiones del mundo y a continuación de “nuevas” soluciones judiciales. A pesar de la larga historia de las pericias antropológicas y de su despliegue en todos los continentes, estos debates nos muestran que aún existen muchos retos e imperativos de construir colectivamente una justicia en clave intercultural.

Agradecimientos: Este trabajo se inscribe en el marco del proyecto Fondecyt Regular n°1170505. Se agradece a la Unidad de Defensa Penal Especializada del Departamento de Estudios de la Defensoría Penal Pública, que aportó las cifras y jurisprudencia que fueron utilizadas en el artículo, y por su permanente interés en la materia. Acogemos con interés y agradecimiento los comentarios de las personas que evaluaron el manuscrito inicial y que contribuyeron sin duda a esclarecer ciertos aspectos y profundizar en la labor emprendida.

Referencias Citadas

- Albornoz, M.E. 2014. Casos de corte y privilegios de pobreza: lenguajes jurídicos coloniales y republicanos para el rescate de derechos especiales en el momento de litigar por injurias. Chile, 1700-1874. *Signos históricos* 16 (32):48-85.
- Álvarez, R. 2014. El peritaje antropológico y la defensa penal de imputados indígenas en la Araucanía, 2004-2011. *CUHSO* 24 (1):81-103.
- Amry, R.P. 2006. Defensa cultural y pueblos indígenas: propuestas para la actualización del debate En *Derecho Penal y Pluralidad Cultural. Anuario de Derecho Penal*, editado por J.Hurtado Pozo, pp. 78-83. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica de Perú - Universidad de Friburgo, Lima.
- Anonimous 1986. The Cultural Defense in the Criminal Law. *Harvard Law Review* 99:1293. DOI: 10.2307/1341255.1
- Ariza Higuera, L.J. y D. Bonilla Maldonado 2007. El pluralismo jurídico: Contribuciones, debilidades y retos de un concepto polémico. En *Pluralismo Jurídico*, editado por J. Griffiths, S. E. Merry y B. Tamanaha, pp. 19-85. Universidad de Los Andes-Siglo del Hombre Editores, Bogotá.
- Atlani-Duault, L. y S.Dufoix 2014. Les sciences sociales saisies par la justice. *Socio* 3:9-47.
- Ávila Linzán, L.F. 2011. Barreras ideológicas para la valoración judicial de los peritajes antropológicos. *Crítica Jurídica* 31:15-37.
- Benoist, O. 2016. Les Amérindiens face à la justice, processus historique et permanences idéologiques. En *Justice et Diversité Culturelle*, dirigido por O. Benoist, pp. 69-85. Les Presses universitaires d'Aix-Marseille, Aix-en-Provence.

- Berho, M. 2018. Peritaje antropológico en la Araucanía. Experiencia, conceptos y desafíos disciplinarios y profesionales. En *Abriendo el Diálogo (in) Disciplinar. Perspectivas, Reflexiones y Propuestas desde el Sur*, editado por G. Díaz, H. Binimelis-Espinoza y B. Pantel, pp. 133-149. Ediciones Universidad Católica de Temuco, Temuco.
- Berho, M., P. Castro y F. Le Bonniec 2016. La pericia antropológica en la Araucanía de Chile. Entre teorías y prácticas, 2003-2014. *Antropologías del Sur* 3 (6):107-126.
- Berho, M. y W. Martínez 2020. Estrategias, argumentos, límites y potencialidades en la defensa penal en La Araucanía mapuche de Chile. *Chungara Revista de Antropología Chilena* 52 (1):133-142.
- Bessone, M. 2020. *¿Sin Distinción de Raza? Un Análisis Crítico del Concepto de Raza y de sus Efectos Prácticos*. Prometeo Libros, Buenos Aires.
- Bertini, L. y N. Yáñez 2013. Pluralismo jurídico: Derecho indígena y justicia nacional. *Anuario de Derechos Humanos* 9:151-160.
- Briones, C. 2011. Avatares científicos o hacer antropología de (y contra) nuestro descontento contemporáneo. *Tabula Rasa* 14:55-78.
- Broeck, J. Van 2001. Cultural defence and culturally motivated crimes (cultural offences). *European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice* 9 (1):1-32.
- Clifford, J. 2001. *Dilemas de la Cultura: Antropología, Literatura y Arte en la Perspectiva Posmoderna*. Gedisa, Barcelona.
- Duce, M. 2015. *La Prueba Pericial*. Ediciones Didot, Buenos Aires.
- Fernández, F. 2020. El peritaje cultural como práctica antropológica en la defensa de imputados indígenas en Chile: hacia la construcción de un posible pluralismo jurídico. *Andamios, Revista de Investigación Social* 17 (44):275-293.
- Good, A. 2007. *Anthropology and Expertise in the Asylum Courts*. Routledge-Cavendish, Abingdon.
- Guevara, A. 2015. El peritaje antropológico en la Corte Superior de Justicia de Loreto En *El Peritaje Antropológico entre la Reflexión y la Práctica*, editado por A. Guevara, A. Verona y R. Vergara, pp. 167-201. Centro de Investigación, Capacitación y Asesoría Jurídica del Departamento Académico de Derecho (CICAJ), Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima.
- Hernández, R.A. 2018. Retos y posibilidades de los peritajes antropológicos: reflexiones desde la experiencia mexicana. *ABYA YALA: Revista Sobre Acceso a Justicia e Derechos nas Américas* 2:57-85.
- Herrera, J.I. 2010. Peritaje Antropológico, sus Realidades e Imaginarios como Prueba Judicial Federal Manejo Cultural AC, México DF.
- Ibarra E. y W. Riquelme 2019. Sentipensar Mapuche con las aguas del Huenehue: Hacia una ecología política y una antropología por demanda. *Polis* 18 (54):90-118.
- Le Bonniec, F. 2017. Interrogantes en torno a la emergencia del peritaje antropológico en las cortes de justicia del sur de Chile. En *El Orden Cuestionado. Lecturas de Antropología Jurídica*, editado por M. Carrasco y N. Luxardo, pp. 117-130. UNSAM Edita, Buenos Aires.
- Le Bonniec, F. y P. Nahuelcheo 2017. La mediación lingüístico-cultural en los tribunales en materia penal de La Araucanía. *Revista de Lengua i Dret* 67:279-293.
- López, F. 1999. El derecho indígena y la teoría del derecho. *Memoria del II Seminario Internacional sobre Administración de Justicia y Pueblos Indígenas*, pp. 259-285. Instituto Interamericano de Derechos Humanos, San José de Costa Rica.
- López, P. 2012. Condición jurídica del indígena americano en Hispanoamérica durante los siglos XVI y XVII. *Fuego y Raya* 2 (4):123-149.
- Maglie, C. de 2012. *Los Delitos Culturalmente Motivados. Ideologías y Modelos Penales*. Marcial Pons, Madrid.
- Marshall, E. 1917. *Los Araucanos frente al Derecho Penal*. Tesis de Licenciatura en Derecho, Universidad de Chile, Santiago.
- Martínez, W. 2017. *El Conocimiento Antropológico en la Defensa Penal: Un Análisis sobre el Papel de las Pruebas Periciales Antropológicas en el Sistema Penal Acusatorio en la Región de La Araucanía*. Tesis de Licenciatura en Antropología, Universidad Católica de Temuco, Temuco.
- Millaleo, S. 2016. Derecho Consuetudinario indígena y derecho penal estatal en Chile: Sentido y alcance del art. 54 de la ley indígena y el reconocimiento de la costumbre como eximente y atenuante a la luz del Convenio 169 de la OIT y la Declaración Universal de Derechos de los Pueblos Indígenas. En *Aspectos Culturales de la Defensa de Imputados Indígenas*, pp. 16-105. Centro de Documentación Defensoría Penal Pública, Santiago.
- Modolell, J.L. 2006. Breves consideraciones sobre la posible responsabilidad de sujetos pertenecientes a grupos culturalmente diferenciados (casos del indígena y costumbres de origen afroamericano). En *Derecho Penal y Pluralidad Cultural*. Anuario de Derecho Penal, editado por J. Hurtado Pozo, pp. 273-286. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica de Perú, Lima.
- Naciones Unidas 2007. *Declaración de Naciones Unidas sobre Derechos de Los Pueblos Indígenas*, 13 de septiembre 2007.
- Organización Internacional del Trabajo (OIT) 1989. Convenio (N. 169) sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes, 27 de junio de 1989.
- Ortiz Elizondo, H. 2018. De fronteras disciplinarias: diálogos entre la antropología y la criminología. *Desacatos. Revista de Ciencias Sociales* 57:20-35.
- Palma, R. y R. Sandrini 2014. Mujer mapuche y retos de la justicia intercultural: aplicación del derecho propio indígena en delitos de violencia intrafamiliar. *Anuario de Derechos Humanos* 10:151-161.
- Payàs, G. (ed.) 2018. *Los Parlamentos Hispano-Mapuches, 1593-1803: Textos Fundamentales*. Ediciones de la Universidad Católica de Temuco, Temuco.
- Payàs, G. y F. Le Bonniec 2019. El dilema lengua/cultura en la práctica actual de la interpretación de tribunales en la Araucanía. En *Las Lenguas Indígenas en los Tribunales de América Latina: Interpretación, Mediación y Justicia (Siglos XVI-XXI)*, coordinado por C. Cunill y L.M. Glave, pp. 251-272. Instituto Nacional Colombiano de Antropología e Historia, Bogotá.

- Pedernera, J. 1941. *El Derecho Penal Araucano*. Tesis de Licenciatura en Ciencias Sociales y Jurídicas, Universidad de Chile, Santiago.
- Renteln, A.D. 2004. *The Cultural Defense*. Oxford University Press, Oxford.
- Rosen, L. 1977. The anthropologist as expert witness. *American Anthropologist* 79 (3):555-578.
- Sánchez Botero, E. 2010. *El Peritaje Antropológico. Justicia en Clave Cultural*. GTZ, Bogotá.
- Santos, B. de S. 2006. *Renovar la Teoría Crítica y Reinventar la Emancipación Social*. CLACSO - Universidad de Buenos Aires, Facultad de Ciencias Sociales - Instituto de Investigaciones Gino Germani, Buenos Aires.
- Solís, O. 2003. *Crimen, Derecho Penal y Sociedad Mapuche Prereduccional*. LexisNexis, Santiago.
- Stavenhagen, R. y D.A. Iturralde (eds.) 1990. *Entre la Ley y la Costumbre: el Derecho Consuetudinario Indígena en América Latina*. Instituto Indigenista Interamericano, México DF.
- Villegas, M. 2012. Entre la exculpación y la justificación: Apuntes de legislación comparada latinoamericana sobre pluralismo jurídico y derecho penal. *Revista de Derecho (Valdivia)* 25:177-205.
- Wyvekens, A. 2014. La justice et la “diversité culturelle” “les yeux grand fermés?”. *Archives de politique criminelle* 36 (1):123-46.
- Zaffaroni, R. 1988. *Tratado de Derecho penal. Parte general, T. IV*. Ediar, Buenos Aires.
- Zambrano Tiznado, J.P. y C.A. Agüero San Juan 2009. El “cultural Point of View” en una Sentencia Penal. *Frónesis* 16 (2):385-392.

Notas

- ¹ Si bien el proyecto de Ley N° 19.253 contemplaba una especie de tribunales vecinales, esto no prosperó. Por otra parte, la ley sí establece un sistema de mediación estatal, pero esto no constituye una herramienta propia de la resolución de conflictos jurídicos, sino solo uno alternativo a los tribunales.
- ² En Chile los peritajes antropológicos pueden ser requeridos en tres instancias institucionales: informe pericial efectuado por antropólogos de la CONADI para acreditar significación sociocultural de un espacio, idoneidad de una persona, etc.; informe pericial presentado al servicio de información ambiental y peritajes antropológicos realizados para ser presentados en tribunales de primera instancia, juzgados de familia, juzgados de garantía, tribunales penales, cortes de apelaciones y hasta la Corte Suprema (Le Bonniec 2017:119).
- ³ En un dossier de la revista *Desacatos*, Héctor Ortiz Elizondo indica que esta práctica de comparecer en corte de justicia para sustentar demandas de comunidades indígenas a través de una perspectiva antropológica puede remontar a uno de los padres fundadores de la antropología, Lewis H. Morgan, quien alegó como abogado contra el despojo de tierras iroquesas (Ortiz Elizondo 2018:22).
- ⁴ En general los grandes imperios se han caracterizado por la coexistencia del derecho de la metrópoli con los “usos y costumbres” de los pueblos colonizados (Ariza Higuera y Bonilla Maldonado 2007:44).
- ⁵ Existe un cierto consenso a dividir los delitos culturales en dos categorías, aquellos casos donde el contexto sociocultural del infractor no le permite darse cuenta del carácter delictual, y entonces la prohibición de su acto, mientras que el otro tipo de delito cultural ocurre cuando la persona conoce las normas, pero sus creencias, su cultura, le llevan a infringirlas. En palabras de Salvador Millaleo (2016:45), el delito cultural puede ser cognitivo o volitivo, correspondiendo a lo que Myrna Villegas (2012) caracteriza por una parte como error de prohibición, vale decir, en el que la persona imputada no tiene conocimiento de la prohibición de su actuar, y por otra parte la causal de justificación de ejercicio legítimo de un derecho o el cumplimiento, en el que se está en conocimiento de la norma prohibitiva, pero se obedece a otra norma o necesidad.
- ⁶ En el derecho, se ha considerado la costumbre como sinónimo de derecho consuetudinario, para diferenciarlo de las normas que se encuentran contenidas en la ley que, desde la Revolución francesa y los códigos napoleónicos, pasó a ser la fuente “oficial”. La costumbre ha sido entendida desde la “ciencia del derecho” como una fuente desde donde proviene la norma jurídica (tal como puede contenerse en una ley). Y este “surtidor” de normas, a su vez, es “un hecho social susceptible de percepción consistente en la reiteración de una determinada conducta cuando los miembros de un grupo social enfrentan las mismas circunstancias” (López 1999:273).
- ⁷ El número de las defensorías penales mapuche ha aumentado a seis con el correr de los años (Temuco, Nueva Imperial, Cañete, Collipulli, Villarrica y Panguipulli).
- ⁸ Los facilitadores interculturales son funcionarios de las oficinas especializadas indígenas de la Defensoría Penal Pública, que cumplen con diversas funciones en el ámbito de la mediación lingüístico-cultural, tales como la traducción-interpretación durante las audiencias, o la indagación de antecedentes socioculturales en favor de la teoría del caso del defensor (Le Bonniec y Nahuelcheo 2017; Payàs y Le Bonniec 2019).
- ⁹ El artículo 314 dispone, “procedencia del informe de peritos. El Ministerio Público y los demás intervinientes podrán presentar informes elaborados por peritos de su confianza y solicitar en la audiencia de preparación del juicio oral que éstos fueren citados a declarar a dicho juicio, acompañando los comprobantes que acrediten la idoneidad profesional del perito. Procederá el informe de peritos en los casos determinados por la ley y siempre que para apreciar algún hecho o circunstancia relevante para la causa fueren necesarios o convenientes conocimientos especiales de una ciencia, arte u oficio”. Código Procesal penal 2000, consultar en: <http://iura.cl/cpp/314.html>
- ¹⁰ Modelo desarrollado por el Centro de Estudios Socioculturales de la Universidad Católica de Temuco en conjunto con la

Defensoría Penal Pública en el marco del proyecto Fondef IDeA ID14110379 Peritaje antropológico para la defensa penal especializada en contextos de diversidad cultural.

- 11 (a) Los casos penales involucren a personas que pertenecen a, o se identifican con, cualquiera de las nueve etnias (o pueblos indígenas) de Chile, reconocidas en virtud de la Ley Indígena 19.253; (b) La persona imputada manifieste características socioculturales relevantes que hayan sido evidenciadas o visualizadas por el/la defensor/a y/o por el/la facilitador/a intercultural; (c) Los casos penales afecten los derechos de los pueblos indígenas, o en que el derecho propio (de acuerdo con el Convenio N° 169 de la OIT y la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas) sea un aspecto determinante para el procedimiento y la resolución del caso, en especial cuando en dichos pueblos han mediado formas autónomas o comunitarias de solución de conflictos penales y/o sanción de ilícitos (Art. 9 del Convenio 169 de la OIT); (d) La persona imputada sea una autoridad tradicional indígena o de cualquier colectividad en la que es socialmente reconocida; (e) Los hechos bajo investigación se deriven y/o relacionen con actuales y/o pasados procesos de reivindicación de tierras y/o territorios, lengua, cultura o religión; (f) La persona imputada expresa rasgos socioculturales relevantes para la teoría del caso en la defensa penal o respecto de algún otro fin procesal, como la acreditación de las condiciones socioculturales relevantes para el cumplimiento de las penas en recintos cerrados o de aquellas que justifican formas alternativas de cumplimiento de sentencias penales o medidas cautelares distintas a la privación de libertad, para dar cumplimiento al Art. 10 del Convenio 169 de la OIT; (g) La propia persona imputada y/o alguno de sus familiares expresa la necesidad de contemplar o considerar la participación de un perito antropólogo/a, como ejercicio autónomo orientado a favorecer su defensa; (h) La propia defensa requiere plantear, informar o sustentar la teoría del caso atendiendo a los contextos de diversidad sociocultural en los que este se inscribe, e (i) La defensa necesita contar con un contraperitaje o un metaperitaje, según corresponda.
- 12 Es relevante indicar que los autores y la autora del presente artículo han participado activamente en las estrategias de defensas, sea como peritos o como abogado desarrollando su labor en una unidad de estudio de la Defensoría Penal Pública.
- 13 En el año 2017 la diputada mapuche Emilia Nuyado presentó una propuesta de ley que establecía reglas de determinación de penas específicas para personas indígenas, así como penas sustitutivas especiales y la atipicidad de una organización que reivindique territorios indígenas, como asociación indígena terrorista. Boletín N° 13.715-17. Este proyecto fue aprobado en general por la Comisión de Derechos Humanos de la Cámara de Diputados.
- 14 Usamos esta categorización de familias de delitos para lograr plasmar en un gráfico la información, ya que por tipos de delitos tendríamos que generar una tabla de gran extensión.
- 15 Licitud del porte y uso de la hoja de coca. Un caso de reconocimiento de la costumbre indígena en la jurisprudencia chilena. Para saber más, consultar en: <http://www.dpp.cl/resources/upload/f9e623bd6c7b54350c20d6ba21473ce2.pdf>. En Chile, la Ley 20.000 prohíbe el porte y consumo de hojas de coca como cualquier otra materia prima que se utilice para la producción de drogas. Sin embargo, en la práctica se va distinguiendo el consumo, el transporte y el tráfico. En los dos primeros casos, se pueden considerar como faltas y no delitos si se trata de cantidades reducidas. Paradojalmente, la ley no establece una cantidad desde la cual se considera que hay tráfico. Por lo señalado, corresponde siempre al imputado o la imputada demostrar que -en este caso- las hojas de coca que pueda transportar o poseer en un momento determinado, están destinados a su uso o consumo. Para ello, se puede utilizar a favor el hecho de tratarse de una baja cantidad de hojas de coca en comparación con lo que se requiere para producir clorhidrato de cocaína. También se puede señalar las circunstancias de caso particular y características de la persona imputada.
- 16 Los tipos de delitos presentados en estos cuadros se refieren a una nomenclatura o categorización elaborada por el Poder Judicial, y que el resto de los operadores del sistema (Fiscalía, Defensoría, Policías) utiliza con el objeto de homologar sus registros estadísticos. En la etiqueta “leyes especiales” se incluyen principalmente delitos de la Ley de control de armas, Ley de violencia intrafamiliar, de la Ley sobre delitos terroristas, lavado de activos y delitos informáticos.
- 17 Juzgado de Letras y Garantía de Carahue, RIT 680/2011.
- 18 Sobre los casos polémicos de aplicación del Convenio 169 para celebrar acuerdos reparatorios en causas VIF en contexto mapuche, se puede consultar Palma y Sandrini (2014).
- 19 Ver por ejemplo Tribunal Oral en lo Penal de Villarrica, RIT 025/2005.
- 20 Por enfermedad mapuche nos referimos a *mapu kutran* que se relaciona con situaciones de desequilibrio o transgresiones que afectan a personas o grupos que pueden provocar pérdida de consciencia y la comisión de actos ilícitos bajo este estado.