

## El peritaje antropológico y la defensa penal de imputados indígenas en la Araucanía, 2004-2011.

*Anthropological investigation and the legal defence of indigenous defendants in the Araucanía region, 2004-2011*

ROBERTO ANSELMO ÁLVAREZ SAN MARTÍN  
*Universidad Santo Tomás, sede Temuco*

RECEPCIÓN: 31/12/2013

ACEPTACIÓN: 19/06/2014

**RESUMEN** El presente artículo consiste en la exposición de los principales análisis realizados a partir de la sistematización de peritajes antropológicos solicitados por la Defensoría Penal Pública en la región de La Araucanía en el período 2004 – 2011, con el objeto de identificar los elementos centrales de las razones esgrimidas al recurrir a una defensa penal culturalmente pertinente. Para ello, se toman los fundamentos, las especificaciones técnicas y las justificaciones jurídicas de 35 pericias realizadas en el período.

A modo de síntesis se constata que: i) en La Araucanía ha existido una subutilización de la pericia cultural en los procesos de defensa penal de imputados indígenas, ii) los defensores especializados son quienes han recurrido mayormente a estas pericias, iii) el principal argumento esgrimido en la solicitud de estas indagaciones ha sido el de la costumbre indígena, y iv) la aprobación de las solicitudes de peritajes antropológicos ha sido justificada en cuanto que son esenciales en la construcción de la teoría del caso.



En términos de desafíos actuales para la utilización de los peritajes antropológicos en la defensa de imputados indígenas se deja planteado un conjunto de interrogantes para la defensa penal indígena y las ciencias antropológica y jurídica.

**PALABRAS CLAVES** Peritaje antropológico, conducta culturalmente condicionada, defensa penal mapuche, reforma procesal y defensa penal indígena.

**ABSTRACT** This article consists of exposure of the main analyzes from the systematization of anthropological surveys solicited by Defensoría Penal Pública in the región of La Araucanía in the period 2004-2011 in order to identify the core elements of the reasons given by resorting to culturally relevant criminal defense. For this purpose, rationale, technical specifications and legal justifications of 35 skills in the period are taken.

To summarize it is found that: i) in La Araucanía has been an underutilization of cultural survey in the processes of indigenous defendants criminal defense, ii) are specialist advocates who have mostly relied on these skills, iii) the main argument put forward in the application of these investigations has been to the indian custom, and iv) the approval of applications for anthropological expertise has been justified in terms that are essential in the construction of the theory of the case.

In terms of current challenges to the use of anthropological survey in defending indigenous allowed defendants raised a series of questions posed to indigenous criminal defense and anthropological and legal sciences.

**KEYWORDS** Anthropological survey, culturally conditioned behavior, Mapuche criminal defense, criminal procedure reform and indigenous defense.

## Introducción

A partir de la década de los ochenta, el proceso de redemocratización latinoamericano dio paso a un movimiento de reforma de los sistemas judiciales de la región. En este contexto, los derechos de los pueblos indígenas “empiezan a formar parte de las reformas normativas, integran los contenidos de las reformas constitucionales, se identifican sus organizaciones y se posicionan sus líderes en la arena política” (Centro de Estudios de Justicia de las Américas, 2006:3-4). Estas transformaciones representarán para el sistema de justicia una doble tensión: la modernización y estandarización del modelo de justicia penal frente a la revalorización y respeto de las culturas indígenas, tensión que intenta generar una cuña en el paradigma monista al avanzar hacia el posicionamiento de un pluralismo jurídico no exento de conflictos de interlegalidad (Yrigoyen, 2006).

En Chile, la pluralidad cultural no tiene reconocimiento constitucional; la Constitución “no considera una normativa específica para los derechos de los indígenas, ni reconoce el derecho de estos pueblos a autogobernarse y resolver sus conflictos de acuerdo a sus usos y costumbres” (Centro de Estudios de Justicia de las Américas, 2006:11), no obstante que la actual Ley Indígena<sup>1</sup>, en su artículo 54 indica que “la costumbre hecha valer en juicio entre indígenas pertenecientes a una misma etnia, constituirá derecho, siempre que no sea incompatible con la Constitución Política de la República. En lo penal se la considerará cuando ello pudiere servir como antecedente para la aplicación de una eximente o atenuante de responsabilidad” (Corporación Nacional de Desarrollo Indígena, 2003:32).

Cualquiera sea el caso, la acreditación de costumbre indígena queda limitada a los medios que franquea la ley y a una pericia solicitada por un tribunal a la Corporación Nacional de Desarrollo Indígena (Conadi)<sup>2</sup>

La reforma al Código Procesal Penal, entrada en vigencia el año 2000<sup>3</sup>, estableció expresamente la inclusión de la pluralidad lingüística

1. La Ley Indígena, 19.253 fue promulgada el 5 de octubre de 1993

2. La Conadi es el servicio público encargado de promover, coordinar y ejecutar la acción del Estado a favor del desarrollo integral de las personas y comunidades indígenas, especialmente en lo económico, social y cultural y de impulsar su participación en la vida nacional (artículo 39°).

3. La reforma procesal penal, comenzó a implementarse gradualmente: el 16 de diciembre de 2000 se inició una marcha blanca o “piloto” en las regiones de Coquimbo y La Araucanía, para luego extenderse a todo el territorio nacional.

en los procedimientos judiciales; así, quien no hable o tenga dificultades para expresarse en castellano, puede hacerlo en su lengua materna y ser apoyado por un traductor<sup>4</sup>. Aparece la figura del facilitador intercultural que, más que un traductor lingüístico, actúa como un verdadero puente intercultural, un traductor cultural.

Otro mecanismo contemplado en la justicia penal chilena es la creación de defensorías especializadas. Al respecto, un estudio realizado por la Defensoría Penal Pública (DPP) indica que “desde el inicio de la reforma procesal Penal en Chile, se pudo apreciar que la defensa de imputados mapuches presentaba aspectos que diferenciaban la labor de los defensores en relación al resto de los imputados” (2008:59): la vinculación con el denominado “conflicto indígena” y las diferencias idiomáticas y culturales; lo cual condujo a que desde la DPP se resolviera crear en la ciudad de Temuco la primera defensoría especializada en defensa penal de imputados indígenas, la Defensoría Local Mapuche (DPM), que entró en funciones en agosto de 2001.

Teniendo en cuenta que la defensa de imputados indígenas considera la costumbre como un antecedente para eximir o atenuar responsabilidad penal<sup>5</sup> y que no hay “un catálogo de delitos que tendrían un distinto disvalor para la población indígena (al estilo de los existentes en Bolivia, Colombia o Perú), sino que se trata de hacer una investigación propia de caso a caso, precisamente porque son circunstancias que afectan de manera específica a cada imputado” (Defensoría Penal Pública, 2008:65), la defensa penal ha debido apoyarse en pericias antropológicas con la finalidad de acreditar la condición o pertenencia indígena de los imputados, y determinar el grado de influencia de la cultura o costumbre indígena sobre las conductas delictivas imputadas o el contexto de ocurrencia de las circunstancias juzgadas. Sin embargo, lo que determina la recurrencia a la pericia antropológica no es la condición indígena del imputado,

4. Esta posibilidad es también reconocida por el artículo 54 de la Ley Indígena: “El Juez encargado del conocimiento de una causa indígena, a solicitud de parte interesada y en actuaciones o diligencias en que se requiera la presencia personal del indígena, deberá aceptar el uso de la lengua materna debiendo al efecto hacerse asesorar por traductor idóneo, el que será proporcionado por la Corporación (de Desarrollo Indígena)”.

5. El Código Penal establece una serie de circunstancias que permiten que un sujeto no sea sancionado, sin perjuicio que el hecho constitutivo de delito se encuentre acreditado (eximente); o que, estando acreditado el delito, haya circunstancias que permitan una disminución de la pena aplicable al delincuente por el delito cometido (atenuante).

sino el hecho que el defensor considere particularmente elementos culturales en la construcción de la teoría del caso<sup>6</sup>.

Así, el peritaje antropológico ha sido definido como un recurso para la defensa penal de imputados indígenas cuando la costumbre indígena resulta relevante a la teoría del caso. El análisis de fuentes secundarias que sigue es el resultado de la sistematización de una treintena solicitudes de peritajes antropológicos realizados por diversas defensorías locales de la región de La Araucanía entre los años 2004 y 2011, con la finalidad de identificar los elementos centrales de los fundamentos sostenidos por los defensores penales al recurrir a una defensa penal culturalmente pertinente.

El peritaje antropológico: síntesis conceptual

Cualquiera sea su denominación, por definición el peritaje como es conocido en Chile, se constituye en una prueba judicial.

Se entiende por peritaje cultural, también llamado peritaje antropológico, pericia etnográfica o prueba judicial antropológica, “el medio de prueba, por virtud del cual, el juzgador ilustra su criterio, para el conocimiento de la cultura, en sus diversas manifestaciones, de un individuo (o individuos), en su calidad de miembro de un grupo social determinado, a través de un dictamen elaborado por un experto en la cultura que se estudia, y que el juez toma en cuenta al momento de resolver” (Marroquín, 2006:183). El énfasis está puesto aquí en la forma como un experto en las prácticas y tradiciones sociales y culturales de un imputado, ilustra el buen criterio de un juez antes de que éste resuelva sobre la acusación penal; la pericia se desarrolla en función del buen juzgar, no de la defensa penal.

El Instituto de la Defensa Penal Pública de Guatemala amplía la visión anterior cuando platea que el peritaje aporta información relevante del contexto social y cultural en que “se desenvuelve el caso y aporta las pruebas sobre un hecho o conducta que proviene de parámetros culturales distintos” (2008:13). Esta aproximación al concepto se centra en lo contextual de padrones culturales diversos, de utilidad para la defensa, para el ente persecutor y para el juzgador.

6. Se entenderá por teoría del caso “el planteamiento metodológico que cada una de las partes (en este caso el abogado defensor) deberá realizar desde el primer momento en que han tomado conocimiento de los hechos, con el fin de proporcionar un significado u orientación a los hechos, normas jurídicas ya sean sustantivas o procesales, así como el material probatorio, que se ha recabado” (Benavente, 2011:199).

Es más, en la nación centroamericana se distingue entre peritaje cultural y peritaje jurídico-antropológico, para dar cuenta de la cosmovisión indígena y del hecho de comprender el sistema normativo propio, respectivamente (Martínez, Ariza, Valiente, Padilla y Regalado, 2012).

En otro sentido, Rossel releva la concepción del peritaje como una herramienta útil a la investigación social cuando se trata de conocer sobre sistemas jurídicos indígenas, pues “la pericia etnográfica en materia penal se ha transformado en el mejor instrumento de conocimiento de las “costumbres” indígenas en materia de criminalidad y control de la conducta desviada” (2008:85), aunque las condiciones de producción de dicho conocimiento estarían subordinadas a la estrategia de la defensa que lo requiere. En todo caso, la pericia antropológica se plantea como un intento de “que los factores culturales sean tomados en cuenta cuando se lleve a cabo un procedimiento jurídico en el cual los sistemas normativos indígenas difieran del derecho nacional” (Escalante, 2002:5).

Desde el punto de vista de la función, el peritaje cultural busca analizar, conocer y comprender desde la visión indígena, los hechos asociados a una conducta sancionada penalmente; “permite aportar los medios de prueba que la ley contempla para acreditar que la diferencia cultural propició y condicionó una conducta tipificada como delito en los códigos del sistema jurídico oficial pero que desde la perspectiva cultural del individuo que ha cometido la falta no lo es” (Instituto de la Defensa Penal Pública, 2008:13). Se trata entonces de una función de entendimiento entre visiones culturales diversas ante los mismos hechos, “permite de manera diferencial valorar, argumentar y probar casos penales complejos en los cuales se vincula a víctimas o victimarios con una identidad cultural propia” (Sánchez, 2010:9). Al respecto, Morales sostiene que la función más importante es evitar que se sancione la diversidad cultural: “lo antropológico ha consistido en argumentar la particularidad y legitimidad de lo culturalmente diverso a lo chileno, en dar a lo extraño e inexplicable para los padrones culturales del sistema jurídico, una inteligibilidad suficiente para que sea considerado en la argumentación definitoria de las sentencias” (2004:1). Es lo que Giordano define como el intento por “comprender lo culturalmente oculto detrás de un comportamiento ilegal” (2010:359) y que Sánchez refiere como comprender e interpretar “las actuaciones catalogadas como antijurídicas, la comprensión o no del sujeto sobre un hecho antijurídico” (2010:89). Esta misma línea argumentativa es la planteada por Valladares, para quien la finalidad del peritaje es “proporcionar un medio de prueba que permita hacer patente un hecho o circunstancia que se considera oscuro, en este caso la relevancia de la cultura o los sistemas jurídicos indios para entender con

mayor amplitud una acción presuntamente delictiva” (Valladares, 2003). Esta aproximación al concepto hace referencia a la importancia que se le asigna a la traducción cultural desde lo indígena hacia lo no indígena.

Al respecto, es dable recordar lo planteado por Benítez (1988), un precursor de la reflexión sobre el tratamiento jurídico penal de los indígenas en Colombia:

Este sello se da cuando en derecho penal se habla de indígena, en sentido estricto, designando con este vocablo a un individuo, a una persona que en situación concreta resulta incapaz de actuar conforme a los valores subyacentes en nuestra normativa jurídica, no por insuficiencia psíquica o inmadurez psicológica, sino porque sus pautas culturales le hacen imposible o difícil la comprensión de las nuestras, sin importar para ello que hable el idioma propio de la comunidad hegemónica o que haya vivido con alguno de sus miembros que se reputan civilizados. Se trata de identificar una situación de bloqueo, de incomunicación entre culturas, que se manifiesta en un individuo o grupo, y que lleva, a veces, a cometer lo que dentro de nuestra comprensión del mundo se denomina un acto ilícito (citado en Sánchez, 2010:90-91).

Un tercer aspecto a tener en consideración en esta síntesis conceptual del peritaje antropológico está referido a los usos que se le ha dado; más bien los escasos usos de que ha sido objeto.

Quizás el mayor desarrollo y aplicación de este recurso para la defensa especializada indígena se encuentra en Guatemala, en tanto que en Perú su empleo ha sido escaso no permitiendo una adecuada comprensión de los hechos, vulnerando derechos a la identidad étnica y cultural y muy fundamentalmente el derecho a la defensa (Bernales y Ruiz, 2006).

A dos décadas de su inclusión en la justicia penal mexicana, Fabres reconoce que “la mayoría de los operadores de justicia no lo conocen y mucho menos tiene una idea clara de cómo utilizarlos en la defensa de individuos o pueblos indígenas” (2011:151), lo cual evidencia desconocimiento y no comprensión de la diversidad cultural.

Tras la entrada en vigencia de la reforma procesal penal en Chile, Valenzuela constataba que “la utilización de los peritajes culturales se ha circunscrito a informes emanados de la Corporación Nacional de Desarrollo Indígena,



por lo cual los jueces siguen -en términos generales- juzgando sin hacer referencia a los usos y costumbres, los cuales son desconocidos por los operadores de la administración de justicia” (2003:27). En esta misma línea, en el marco de un estudio encargado por la Defensoría Penal Pública (2011) a la Universidad Central de Chile, con la finalidad de adecuar el modelo de defensa mapuche a la entrada en vigencia del Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), se constató que el uso de la pericia cultural seguía siendo escaso: entre septiembre 2009 y junio 2010 en la región de La Araucanía para la defensa de imputados indígenas se realizaron solamente cuatro peritajes antropológicos, de los cuales tres estuvieron referidos a situaciones directamente vinculadas con el conflicto mapuche por reivindicaciones territoriales y uno a la acreditación de la calidad de autoridad tradicional para solicitar aplicación de articulado del Convenio 169 de la OIT.

La pericia antropológica en la defensa penal de imputados mapuche en la araucanía

Desde la implementación de la reforma procesal penal, la defensa de imputados indígenas se ejerce a través de una oficina especializada, los buenos oficios de un facilitador intercultural y/o la representación penal a cargo de un abogado (de defensoría local no especializada) con reconocida trayectoria en la materia (Defensoría Penal Pública, 2008). Cualquiera sea la vía para la defensa, quien determina si procede o no la aplicación de un peritaje antropológico, a solicitud del abogado defensor, es la Unidad de Estudio de la Defensoría Regional.

Cabe hacer presente que el hecho de que un imputado sea indígena no es condición suficiente para una defensa especializada, que la defensa de imputados indígenas no siempre recae en defensa especializada, ni toda defensa indígena (especializada o no) recurre a la pericia antropológica, pues “no todos los indígenas que están inmersos en un proceso legal requerirían de un peritaje que resuelva una controversia de tipo cultural” (Escalante, 2002:10).

Surge así un conjunto de interrogantes cuyas respuestas son esbozadas a partir del análisis de solicitudes de peritajes antropológicos que llegaron a la Unidad de Estudio de la Defensoría Regional desde enero de 2004 hasta noviembre de 2011.

Un primer antecedente a tener en cuenta es el origen de las solicitudes de peritaje antropológico: de las 35 pericias sistematizadas para el período, el 68%



(24 casos) emanaron de la Defensoría Local Mapuche, el 26% (9 casos) provino de defensorías privadas licitadas y solamente el 6% (2 casos) fueron a petición de una defensoría pública local (Temuco). Esta situación vendría a dar cuenta de que, en coherencia con los fundamentos que se tuvieron para la creación de la DPM, el carácter de especializada lo daría la visualización de la importancia de recurrir a factores culturales en la defensa, lo cual ocurre escasamente en otras defensorías que atienden a población indígena y no indígena.

La alta concentración de las pericias antropológicas en la DPM obedecería, además, a la derivación de causas denominadas “mapuche”. Al respecto, es importante consignar que “las causas son derivadas a la Defensoría Mapuche por tres vías, sea que los defensores locales o licitados se percatan de algunas de estas situaciones en un caso determinado, y remiten los antecedentes a la Unidad de Estudios; sea que un Juez ha solicitado precisamente se asigne un defensor de esta defensoría especializada; o bien, que sea el propio imputado o su familia que soliciten esta designación” (Defensoría Penal Pública, 2008:64). Una vez más se observa el rol de “filtro” que juega la Unidad de Estudio de la Defensoría Regional al determinar cuáles son causas “mapuche” y cuáles no. Si bien no hay una relación directa entre la identificación de causas mapuche y la pertinencia de peritajes antropológicos, dada la concentración de pericias antropológicas en la DPM habría una relación indirecta con la calificación de causa mapuche realizada por la Defensoría Regional, puesto que no toda defensa de causa mapuche se apoya en el peritaje cultural. Esto es, si se asume que los abogados de la DPM son los que cuentan con mayor conocimiento y experticia en materia de ley penal y conductas culturalmente condicionadas, se produce una forma de círculo vicioso en el sentido de que los que más sabrían sobre el tema son ellos, les son derivadas las causas mapuche “complejas” (por cualquiera de las vías descritas más arriba), ante lo cual si el argumento o fundamentación presentada en la solicitud de peritaje, la Unidad de Estudios de la DR valida y aprueba dicha petición.

La realización de una pericia antropológica tiene su origen en la construcción de la defensa de un imputado indígena. La experiencia de campo, las entrevistas sostenidas reiteradamente con defensores de causas mapuche y la extensa revisión de carpetas investigativas, evidencia que cuando un abogado defensor llega a la convicción de la importancia de recurrir al peritaje cultural, el proceso de defensa – por lo general – está próximo al cierre de investigación y/o a la presentación en tribunales a fin de resolver la situación procesal del imputado; de hecho, el 86% de las causas analizadas al momento de solicitar la pericia, en el período 2004-2011, tenía definida como forma de término un juicio oral.

El hecho que se considere llegar a juicio oral implica que la causa trata de un hecho de mayor gravedad, ya sea por la connotación social que tiene o por otras circunstancias conexas que la hacen ser de interés público; también se da cuando el imputado no acepta otra forma de término que la de limpiar su honra (presunción de inocencia) en juicio oral, de carácter público, ante un tribunal integrado por tres jueces, quienes luego de conocer las pruebas y alegatos presentados por las partes (Fiscalía, Defensoría Penal y, en ocasiones, querellantes) resuelven y dictan sentencia, que puede ser una condena o la absolución.<sup>7</sup>

En términos administrativos, la solicitud de peritaje, según se observa en el cuadro 1, se estructura en cuatro momentos: la solicitud propiamente tal, realizada por el defensor solicitante; la evaluación de la solicitud, realizada por el jefe de la Unidad de Estudio de la Defensoría Regional; la evaluación de la solicitud, realizada por la Dirección Administrativa Regional de la Defensoría Regional; y la evaluación realizada por el Defensor Regional para la generación de resolución aprobatoria y convenio con el perito ejecutor de la diligencia investigativa. Para el análisis que sigue se consideran los dos primeros momentos, pues son decisivos en la realización de una pericia antropológica en apoyo a la defensa de un imputado indígena.

En la información proporcionada en el formulario por el defensor solicitante, para efectos de análisis interesa el detalle del tipo de peritaje y el fundamento del mismo; en tanto que del Jefe de la Unidad de Estudio el análisis se centrará en la justificación que respalda su aprobación. A priori ha sido descartada la información consignada en las “observaciones”, pues ésta suele indicar el lugar físico donde están disponibles los antecedentes de la investigación previa al peritaje solicitado (que, por lo general, se encuentran en la oficina del defensor solicitante) o el lugar donde es ubicable el imputado (centro de cumplimiento penitenciario si está en prisión preventiva; domicilio particular si está en libertad).

7. Al respecto es necesario precisar que el Código Procesal Penal chileno establece la existencia de salidas alternativas durante el desarrollo de un juicio, a saber: acuerdo reparatorio, suspensión condicional del procedimiento, juicio simplificado, juicio abreviado. Todas estas formas de término se realizan ante un juez de garantía.

Cuadro 1 Formulario de solicitud de peritaje, Defensoría Penal Pública.

Información Solicitud de Peritaje N°  
 Estado:

| Uso del Defensor Solicitante          |       |
|---------------------------------------|-------|
| Defensor solicitante                  | Fecha |
| Defensoría                            |       |
| Tipo de peritaje                      |       |
| Detalle tipo peritaje                 |       |
| Responsabilidad juvenil               |       |
| Presupuesto                           |       |
| R.U.D.                                |       |
| Posible forma de término              |       |
| Prioridad                             |       |
| Fecha para la que la necesita         |       |
| Fundamento del peritaje               |       |
| Dirección parientes                   |       |
| Observaciones                         |       |
| Imputado(s)                           |       |
| Uso del Jefe d                        |       |
| Funcionario evaluador                 | Fecha |
| Evaluación                            |       |
| Perito                                |       |
| Monto informe                         |       |
| Monto asistencia audiencia            |       |
| Justificación                         |       |
| Uso Dirección Administrativa Regional |       |
| Funcionario                           | Fecha |
| N° Convenio                           |       |
| Fecha Convenio                        |       |
| N° Resolución                         |       |
| Fecha Resolución                      |       |
| Uso del defensor Regional             |       |
| Funcionario Evaluador                 | Fecha |
| Evaluación                            |       |
| Fundamento                            |       |

Fuente: Elaboración propia a partir de los reportes de solicitud de peritaje, Defensoría Penal Pública Región de La Araucanía.

### Fundamento del peritaje antropológico

¿Cuáles son las razones principales que esgrimen los defensores penales de imputados indígenas cuando solicitan la realización de un peritaje antropológico? Según se observa en el cuadro 2, los fundamentos más recurridos en la solicitud de pericias antropológicas son la costumbre indígena, la posibilidad de constituir una atenuante o eximente (asociada a costumbre indígena) y la necesidad de contar con elementos del contexto sociocultural del imputado a fin de comprender las circunstancias que habrían conducido a una conducta antijurídica.

Llama la atención que cuando el fundamento es la presentación en juicio oral, ésta busca defender al imputado mediante la desvirtuación de la acusación de la Fiscalía o la desacreditación del testimonio de la víctima o los testigos.

La categoría “otros” hace referencia a la acreditación de pertenencia étnica (“ser mapuche”) y a la aplicación del articulado del Convenio 169 de la OIT (artículo 10 núm.2, que establece la preferencia de aplicación de sanciones distintas del encarcelamiento).

Cuadro 2. Fundamentación de solicitud de peritajes, según tipo de defensoría.

| Fundamentación                           | Defensoría mapuche |    | Defensorías locales |   | Defensoría licitadas |    | Total |    |
|------------------------------------------|--------------------|----|---------------------|---|----------------------|----|-------|----|
|                                          | N                  | %  | N                   | % | N                    | %  | N     | %  |
| Costumbre indígena                       | 17                 | 34 | 2                   | 4 | 8                    | 16 | 27    | 54 |
| Atenuante o eximente                     | 6                  | 12 | 1                   | 2 | 1                    | 2  | 8     | 16 |
| Contextualización entorno socio cultural | 5                  | 10 | 0                   | 0 | 0                    | 0  | 5     | 10 |
| Presentación en Juicio oral              | 3                  | 6  | 0                   | 0 | 0                    | 0  | 3     | 6  |
| Avalar teoría del caso                   | 2                  | 4  | 0                   | 0 | 2                    | 2  | 3     | 6  |
| Otros                                    | 3                  | 6  | 1                   | 2 | 3                    | 0  | 4     | 8  |

Fuente: Elaboración propia a partir de los reportes de solicitud de peritaje, Defensoría Penal Pública Región de La Araucanía.

¿Las razones esgrimidas son coherentes con los preceptos legales de aplicación de la costumbre indígena como eximente o atenuante de responsabilidad? Según se desprende de las solicitudes de peritaje antropológico, en siete de cada diez se esgrimen las razones contempladas en el artículo 54 de la Ley Indígena: costumbre hecha valer en juicio con la finalidad de que se aplique un eximente o atenuante de responsabilidad penal; así como es también aplicable lo consignado en los artículos 8 y 10 del Convenio 169 de la OIT: considerar la costumbre en la aplicación de la legislación nacional, que la imposición de sanciones tenga en cuenta las características económicas, sociales y culturales indígenas, y que preferentemente se apliquen sanciones no privativas de libertad.

No cabe duda que para los defensores de causas mapuche la conducta culturalmente condicionada ocupa un lugar central en la fundamentación para recurrir al apoyo de una pericia antropológica, particularmente cuando las conductas sancionadas penalmente se encuentran relacionadas con conflicto de tierras (reclamaciones de tierras ancestrales), delitos sexuales (abuso sexual, violación, incesto), y dinámica social y política en comunidad indígena. Excepcionalmente se ha recurrido al peritaje cultural para acreditar estatus de autoridad indígena y contextualización de violencia intrafamiliar en medio indígena.

Cuadro 3. Fundamentación para solicitud de peritaje antropológico realizada por abogado defensor. 2004-2011.

| Nº Solicitud/Año | RUD          | Fundamento del peritaje (Defensor solicitante)                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                    |
|------------------|--------------|---------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| 4040/2004        | CAR-00179-03 | Para establecer la normalidad sobre la existencia de esta relación sexual consentida entre hermanos, el origen y explicación de estas relaciones en el seno familiar. Ello con el objeto de conseguir una salida alternativa ya negociada con el fiscal.                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                          |
| 6810/2004        | MAP-00040-03 | Se necesita informe en relación a la valoración de la tierra, el mejor derecho a ella cuando se ha permanecido y trabajado está en relación con quien se ha ido y vuelto después de años de ausencia.                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                             |
| 7955/2004        | IMP-00028-04 | Solicita informe antropológico para apoyar probabilidad de constituir atenuante en su condición de indígena a través de la Ley 19.253.                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                            |
| 8535/2004        | MAP-00003-04 | Se requiere informe antropológico para constatar o descartar el ascendiente parental que tendría el imputado, tío por línea paterna, sobre los menores involucrados en los hechos, quienes viven en la ciudad de Los Angeles con la madre.                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                        |
| 10427/2005       | TCO-01577-03 | Acreditar animadversiones en contra del imputado por parte de los testigos, parientes y víctima, para presentar en juicio oral a fin de desacreditar los testimonios.                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                             |
| 11121/2005       | CAR-00527-04 | Se requiere pesquisar la existencia de conflictos al interior de la comunidad y/o familia, causa basal de ellos y otros antecedentes de utilidad para la defensa a efectos de constituir atenuante basada en la ley indígena.                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                     |
| 11528/2005       | CUR-10185-04 | Solicita pericia tendiente a acreditar aislamiento social en que se encuentra la comunidad mapuche en que reside el imputado, lo cual imposibilita en un alto porcentaje de la población o en su totalidad, que estén al tanto de las modificaciones que pudiera tener la ley penal.                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                              |
| 12556/2005       | PUC-10045-04 | La presente causa dice relación con un delito de violación a una hermana del imputado de 11 años de edad, pertenecientes a una familia mapuche domiciliados en un sector precordillero de la comuna de Curarrehue, familia analfabeta y de un nivel sociocultural bastante limitado, situación que hace pensar que el imputado pudiese no comprender lo ilícito de su conducta o que dicha conducta era constitutivo de un delito. Es por esta razón que un peritaje antropológico pudiese servir para avalar una teoría en caso de error de tipo y/o de prohibición pudiendo explicar con criterios técnicos la connotación que el sexo tiene para familias de las características sociales, culturales y étnicas, como la familia del imputado. |
| 12633/2005       | CAR-00614-04 | Pertenencia a la comunidad y a la cultura indígena. Conflicto de tierras ancestrales. Ocupación de tierras. Posible aplicación de eximente o atenuante de responsabilidad. Investigar posibilidad de acuerdo.                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                     |
| 14198/2005       | CAR-00060-05 | Imputado formalizado por violación de su sobrina de 11 años. Reconoce hechos. Los padres, la abuela de la menor y el mismo imputado estaban en conocimiento de la situación y lo consideran "normal", cabe señalar que pertenecen a la etnia mapuche. Viven en sector rural y desde su punto de vista aquí no existe delito. Se requiere informe sociocultural y antropológico que aborde aspectos sexuales entre las comunidades mapuche y las líneas de consanguinidad.                                                                                                                                                                                                                                                                         |
| 14913/2005       | CAR-00151-05 | Imputado formalizado por el delito de violación de su hermana menor de edad, los padres viven en sector rural, pertenecen a la etnia mapuche. Se requiere informe sociocultural y antropológico que aborde aspectos sexuales entre las comunidades mapuche y las líneas de consanguinidad.                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                        |
| 17520/2006       | IMP-00772-04 | Dinámica social al interior de la familia extendida del imputado y sobre las prácticas sexuales en la cultura mapuche y su relación con las normas del incesto.                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                   |
| 19561/2006       | CAR-00020-05 | Causa por homicidio en la cual los imputados asesinaron a quien fue condenado como autor de homicidio en contra del padre de los imputados, se trata de una venganza algo como ojo por ojo, situación común en la etnia mapuche, cuestión que se vio acrecentada por los continuos insultos de la víctima. Desde el punto de vista del imputado, esta situación es normal. Desde el momento en que la víctima no "recibió su merecido... No hay justicia".                                                                                                                                                                                                                                                                                        |

|            |              |                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                      |
|------------|--------------|--------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| 20788/2006 | TCO-02323-05 | El imputado siempre ha vivido en sector rural, comunidad mapuche, con rango de inteligencia limitrofe, sostuvo un pololeo y relaciones sexuales con quien creía era bueno y tenía 15 años de edad.                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                   |
| 22319/2006 | MAP-00027-03 | Solicita pericia tendiente a identificar dinámica de la comunidad y los probables orígenes de los conflictos existentes entre comuneros.                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                             |
| 24052/2006 | PIT-00232-06 | El imputado pertenece a una familia inserta en una comunidad indígena, con una historia de violencia intrafamiliar de todo el grupo, por lo que se requiere determinar que la violencia formaba parte del día a día, mediante un informe antropológico.                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                              |
| 26458/2006 | TCO-00572-06 | De informe siquiátrico surge la conclusión de una inimputabilidad debido que para producir efecto jurídico se requiere un apoyo con peritaje antropológico.                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                          |
| 29469/2007 | TCO-00218-07 | Imputado de origen mapuche. Incendió su casa agobiado por la muerte de su padre, atribuyendo sus desgracias a elementos que requieren análisis antropológico, previa entrevista en profundidad con el imputado.                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                      |
| 28876/2007 | TCO-02435-06 | El imputado engendro un hijo con su hermana menor, analizar el entorno sociocultural, que podría justificar circunstancia minorante de responsabilidad.                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                              |
| 31246/2007 | IMP-00247-05 | Se requiere informar acerca de la dinámica conflictiva al interior de la comunidad.                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                  |
| 31597/2007 | IMP-00539-06 | El imputado, familiares y vecinos que fueron entrevistados refieren que entre víctima e imputado existían antiguas rencillas por problemas familiares y de tierras, atendido el origen étnico del imputado se pretende sostener que el imputado actuó violentado por una fuerza irresistible (condicionante cultural), por lo cual se solicitara la absolución, o bien que se considere como atenuante.                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                              |
| 34929/2007 | TCO-00220-07 | Imputado mapuche, homicidio en vindicación del honor de un hermano, el imputado encontró a su cuñada con otro hombre, se buscara atenuante pasional.                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                 |
| 37754/2007 | IMP-00010-07 | Acusado de violación impropia. La víctima declara que consintió la relación. Acusado analfabeto e indígena, se necesita acreditar costumbres sociales, culturales y económicas del imputado.                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                         |
| 39972/2008 | IMP-00630.07 | Los imputados son personas de pertenencia cultural mapuche y los hechos tienen un significado especial desde el punto de vista cultural. La víctima es un machi del sector como asimismo uno de los imputados.                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                       |
| 40192/2008 | IMP-00574-06 | Teoría del caso de la defensa plantea afirmar algunos aspectos de tipo cultural derivados de la propia versión del imputado, en declaración judicial.                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                |
| 56345/2009 | CLL-00455-08 | Se requiere información sobre contexto sociocultural y antropológico tendiente a caracterizar ejercicio de autoridad tradicional mapuche, con la finalidad de prestar orientación al defensor en defensa penal pública.                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                              |
| 58961/2010 | CLL-00354-09 | Desvirtuar imputación del ministerio público en cuanto a la usurpación y daños, por cuanto son miembros de diferentes comunidades, además con intereses contrapuestos.                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                               |
| 59749/2010 | ANG-00966-09 | El imputado pertenece a una comunidad que ha optado por la vía pacífica, por lo que se hace necesaria una reseña de la reivindicación.                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                               |
| 60375/2010 | TCO-02316-09 | Se necesita para obtener el beneficio del artículo 10 de la Ley 18.216 en concordancia con el convenio 169 de la OIT.                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                |
| 71217/2011 | CLL-00445-10 | Joven adolescente mapuche imputado por hurto de madera al fundo Poluco Pidenco en Ercilla junto a otros comuneros mapuche. Es una práctica ancestral de las comunidades del sector la recolección de desechos dejados con posterioridad a la tala de árboles de las forestales desde su instalación en el territorio mapuche, lo que tiene raíces históricas de carácter sociocultural dadas por la relación del hombre mapuche y la tierra, ello además en la actualidad se encuentra en lo que en los últimos tiempos se ha llamado desde las empresas relaciones de buena vecindad. La señalada es precisamente la situación que se espera que el perito indague y documente a fin de ser incorporado como prueba en el juicio en el contexto de la teoría de caso de la defensa. |
| 71435/2011 | TCO-04182-10 | Determinar si el entorno cultural, de la vida en comunidad mapuche, costumbres, creencias y entorno puede relacionarse al hecho que se le imputa (homicidio simple contra su hermano). El imputado es analfabeto.                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                    |
| 71803/2011 | ANG-00387-11 | Solicita pericia antropológica en relación a la significación que el instrumento denominado kultxug tiene para la vida de la machi, a efectos de sustentar la solicitud al tribunal de garantía sobre su devolución a la dueña, la machi Rosa Reiman.                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                |
| 73646/2011 | TCO-04597-10 | Pericia necesaria para dar cuenta de la relevante y vital misión de la mujer mapuche en la crianza de los hijos, la formación valórica, la enseñanza de la costumbre y por sobre todo la protección y seguridad que está encomendada. Respecto de imputada de parricidio de su esposo, se necesita explicar que el cúmulo de maltratos en víf (no judicializados por una situación de pudor social que tiene que ver también con su formación) y que tenían que ver con el constante menosprecio de que era objeto su hijo por parte del padre y la familia de este, por tener rasgos físicos propios de su ascendencia mapuche directa, la condujeron hasta la situación judicial en que se encuentra hoy.                                                                          |
| 78410/2011 | PIT-00605-11 | Imputada en prisión preventiva por parricidio frustrado. Se necesita el peritaje para acreditar una atenuante de responsabilidad con elementos culturales fundamentada en su condición de mujer mapuche agredida.                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                    |

Fuente: Elaboración propia a partir de los reportes de solicitud de peritaje, Defensoría Penal Pública Región de La Araucanía.

### Detalle del tipo de peritaje antropológico

Cuando es solicitado un peritaje de tipo antropológico, el procedimiento exige que se especifique el detalle de la pericia. Mientras que en el fundamento se pregunta el para qué de la investigación cultural, el detalle del tipo de pericia pregunta el qué: ¿qué debe indagar la pericia? ¿Qué tipo de información se espera entregue el perito antropólogo? Entonces, cabe preguntarse, ¿cuáles son las especificaciones técnicas que aducen los defensores penales de imputados indígenas cuando solicitan la realización de un peritaje antropológico?

Los detalles indicados son muy variados aunque, según se observa en el cuadro 4, aquellos que pueden ser agrupados bajo el rótulo de “costumbre indígena” y el genérico de “antropológico y sociocultural” son los más recurridos, de lo cual se colige la relevancia asignada por los defensores de indígenas a la conducta culturalmente condicionada.

Cuadro 4. Detalle del tipo de peritaje antropológico, según tipo de defensoría.

| Fundamentación                | Defensoría mapuche |    | Defensorías locales |   | Defensoría licitadas |    | Total |    |
|-------------------------------|--------------------|----|---------------------|---|----------------------|----|-------|----|
|                               | N                  | %  | N                   | % | N                    | %  | N     | %  |
| Costumbre indígena            | 10                 | 24 | 0                   | 0 | 3                    | 7  | 13    | 32 |
| Antropológico y sociocultural | 7                  | 17 | 0                   | 0 | 4                    | 10 | 11    | 27 |
| Contextualización del delito  | 3                  | 7  | 1                   | 2 | 1                    | 2  | 5     | 12 |
| Conflictividad                | 4                  | 10 | 0                   | 0 | 0                    | 0  | 4     | 10 |
| Atenuante                     | 1                  | 2  | 0                   | 0 | 0                    | 0  | 1     | 2  |
| Otros                         | 3                  | 7  | 0                   | 0 | 1                    | 2  | 4     | 10 |
| No hay detalles               | 1                  | 2  | 1                   | 2 | 1                    | 2  | 3     | 7  |

Fuente: Elaboración propia a partir de los reportes de solicitud de peritaje, Defensoría Penal Pública Región de La Araucanía.

¿Las especificaciones técnicas son coherentes con los preceptos legales de aplicación de la costumbre indígena como eximente o atenuante de responsabilidad? A diferencia de lo observado en el fundamento de la solicitud, en el detalle del tipo de pericia antropológica la costumbre indígena como eximente o atenuante de responsabilidad penal es invisibilizada, quizás debido a que en esta parte el defensor debe especificar el tipo de información requerida, no el para qué la utilizará.

Aparece la necesidad de contar con información del contexto social y cultural asociado a la comisión del delito objeto de investigación penal, que en la fundamentación no se encuentra y, sin embargo, resulta del todo coherente con la finalidad de apoyar la defensa indígena.

La variable conflictividad interna de la comunidad indígena o entre comunidades se presenta en una de cada diez especificaciones técnicas de peritaje cultural, que si bien podría interpretarse como una subcategoría de la “costumbre indígena” o del genérico “antropológico y sociocultural”, para los defensores parece tener un peso diferente a las tradiciones y costumbres en la defensa penal y, por lo tanto, es imprescindible visibilizar el conflicto entre indígenas imputados y no imputados.

Cuadro 5. Detalle para solicitud de peritaje antropológico realizada por abogado defensor. 2004-2011.

| Nº Solicitud/Año | RUD          | Detalle tipo peritaje (Defensor solicitante)                                                                                                                                                          |
|------------------|--------------|-------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| 4040/2004        | CAR-00179-03 | Obtener información sobre las circunstancias del delito.                                                                                                                                              |
| 6810/2004        | MAP-00040-03 | Informe en torno a valorización de la tierra.                                                                                                                                                         |
| 7955/2004        | IMP-00028-04 | Apoyar probabilidad de constituir atenuante por su calidad indígena.                                                                                                                                  |
| 8535/2004        | MAP-00003-04 | Ejercicio de la autoridad en la familia mapuche.                                                                                                                                                      |
| 10427/2005       | TCO-01577-03 | Dinámica social al interior de la comunidad, conflictividad, relaciones familiares.                                                                                                                   |
| 11121/2005       | CAR-00527-04 | Pesquisar existencia de conflictos.                                                                                                                                                                   |
| 11528/2005       | CUR-10185-04 | Pesquisar antecedentes para acreditar aislamiento social de la comunidad.                                                                                                                             |
| 12556/2005       | PUC-10045-04 | Otro.                                                                                                                                                                                                 |
| 12633/2005       | CAR-00614-04 | Conflicto de tierras ancestrales.                                                                                                                                                                     |
| 14198/2005       | CAR-00060-05 | Antropológico y sociocultural.                                                                                                                                                                        |
| 14913/2005       | CAR-00151-05 | Antropológico y sociocultural.                                                                                                                                                                        |
| 17520/2006       | IMP-00772-04 | Se requiere informar acerca de la dinámica social al interior de la familia extendida del imputado y acerca de las prácticas sexuales en la cultura mapuche y su relación con las normas del incesto. |
| 19561/2006       | CAR-00020-05 | Antropológico y sociocultural.                                                                                                                                                                        |
| 20788/2006       | TCO-02323-05 | No hay.                                                                                                                                                                                               |
| 22319/2006       | MAP-00027-03 | Pericia antropológica.                                                                                                                                                                                |
| 24052/2006       | PIT-00232-06 | El imputado y su familia vivían en una constante violencia intrafamiliar por lo que se solicita acreditar esto mediante estudio antropológico.                                                        |
| 26458/2006       | TCO-00572-06 | No hay.                                                                                                                                                                                               |
| 29469/2007       | TCO-00218-07 | No hay.                                                                                                                                                                                               |
| 28876/2007       | TCO-02435-06 | Pertenencia del imputado y la víctima a la cultura mapuche.                                                                                                                                           |
| 31246/2007       | IMP-00247-05 | Pericia antropológica.                                                                                                                                                                                |
| 31597/2007       | IMP-00539-06 | Antropológico.                                                                                                                                                                                        |
| 34929/2007       | TCO-00220-07 | Antropológico.                                                                                                                                                                                        |
| 37754/2007       | IMP-00010-07 | Costumbres sociales y económicas.                                                                                                                                                                     |
| 39972/2008       | IMP-00630-07 | Comprobar el significado de los hechos desde el punto de vista cultural.                                                                                                                              |
| 40192/2008       | IMP-00574-06 | Pertenencia cultural, forma de vida y de trabajo.                                                                                                                                                     |
| 56345/2009       | CLL-00455-08 | Autoridad tradicional mapuche.                                                                                                                                                                        |
| 58961/2010       | CLL-00354-09 | Interacción y relaciones entre los miembros de una comunidad y entre comunidades.                                                                                                                     |
| 59749/2010       | ANG-00966-09 | Antecedentes de reivindicación de tierra.                                                                                                                                                             |
| 60375/2010       | TCO-02316-09 | Acerca de la calidad de lonko.                                                                                                                                                                        |
| 71217/2011       | CLL-00445-10 | Antropológico y sociocultural.                                                                                                                                                                        |
| 71435/2011       | TCO-04182-10 | Determinar si vida en comunidad mapuche y entorno puede relacionarse al hecho.                                                                                                                        |
| 71803/2011       | ANG-00387-11 | Informe antropológico.                                                                                                                                                                                |
| 73646/2011       | TCO-04597-10 | Informe antropológico.                                                                                                                                                                                |
| 78410/2011       | PIT-00605-11 | Peritaje antropológico con una perspectiva de género.                                                                                                                                                 |

Fuente: Elaboración propia a partir de los reportes de solicitud de peritaje, Defensoría Penal Pública Región de La Araucanía.



## Justificación/autorización del peritaje antropológico

¿Cuáles son las razones principales que esgrime la Jefatura de la Unidad de Estudio de la Defensoría Penal Pública en La Araucanía para autorizar la realización de un peritaje antropológico? No cabe duda que la mayor y principal justificación que se tiene a la hora de aprobar la solicitud de pericia cultural es que se tenga la certeza que los antecedentes que ésta aportará serán un apoyo sustantivo a la construcción de la teoría del caso en la defensa indígena. De cada cuatro solicitudes una es aprobada por esta razón.

Cuadro 6. Justificación que autoriza solicitud de realización de peritaje antropológico.

| Fundamentación                   | Total |      |
|----------------------------------|-------|------|
|                                  | N     | %    |
| Teoría del caso                  | 30    | 75   |
| Pertenencia y pertinencia étnica | 5     | 12,5 |
| Otras                            | 5     | 12,5 |

Fuente: Elaboración propia a partir de los reportes de solicitud de peritaje, Defensoría Penal Pública Región de La Araucanía.

En general, las razones esgrimidas para que la Defensoría Regional autorice el peritaje antropológico son coherentes con los preceptos legales de aplicación de la costumbre indígena como eximente o atenuante de responsabilidad, si se considera que ello está implícitamente contenido en la teoría de la defensa. Sin embargo, de las causas analizadas solamente una fue aprobada ante la necesidad de acreditar atenuante de responsabilidad, de acuerdo con lo solicitado por el defensor.

En la categoría “otras” justificaciones se agrupan aquellas relacionadas directamente con cuestiones procedimentales: búsqueda de una salida alternativa, negociación de la forma de término, situación procesal del imputado.

En suma, una vez más la conducta culturalmente condicionada es lo relevante en la autorización de un peritaje antropológico.

Cuadro 7. Justificación para autorizar peritajes antropológicos, por parte de la Unidad de Estudios de la defensoría Regional, 2004-2011.

| Nº solicitud de peritaje / año | RUD          | Justificación/autorización peritaje (Unidad de Estudios)                                                                                                                |
|--------------------------------|--------------|-------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| 4040/2004                      | CAR-00179-03 | Antecedente necesario para apoyar teoría de la defensa y facilitar negociación de salida alternativa.                                                                   |
| 6810/2004                      | MAP-00040-03 | Pericia necesaria para teoría del caso del defensor.                                                                                                                    |
| 7955/2004                      | IMP-00028-04 | Pericia necesaria para teoría del caso del defensor.                                                                                                                    |
| 8535/2004                      | MAP-00003-04 | Pericia necesaria para teoría del caso del defensor.                                                                                                                    |
| 10427/2005                     | TCO-01577-03 | Pericia necesaria para teoría del caso del defensor.                                                                                                                    |
| 11121/2005                     | CAR-00527-04 | Pericia necesaria para teoría del caso del defensor.                                                                                                                    |
| 11528/2005                     | CUR-10185-04 | Pericia necesaria para teoría del caso del defensor.                                                                                                                    |
| 12556/2005                     | PUC-10045-04 | Pericia necesaria para apoyar teoría del caso del defensor.                                                                                                             |
| 12633/2005                     | CAR-00614-04 | Antecedente pertinente para apoyar teoría del caso.                                                                                                                     |
| 14198/2005                     | CAR-00060-05 | Considerando que el imputado formaría parte de la etnia mapuche y situación procesal del imputado se autoriza peritaje.                                                 |
| 14913/2005                     | CAR-00151-05 | Pericia necesaria para teoría del caso del defensor.                                                                                                                    |
| 17520/2006                     | IMP-00772-04 | Pericia necesaria para teoría del caso del defensor.                                                                                                                    |
| 19561/2006                     | CAR-00020-05 | Pericia necesaria para teoría del caso del defensor.                                                                                                                    |
| 20788/2006                     | TCO-02323-05 | Pericia necesaria para teoría del caso del defensor.                                                                                                                    |
| 22319/2006                     | MAP-00027-03 | Pericia necesaria para teoría del caso del defensor.                                                                                                                    |
| 24052/2006                     | PIT-00232-06 | Pericia necesaria para teoría del caso del defensor.                                                                                                                    |
| 26458/2006                     | TCO-00572-06 | Pericia necesaria para teoría del caso del defensor.                                                                                                                    |
| 29469/2007                     | TCO-00218-07 | Pericia necesaria para teoría del caso del defensor.                                                                                                                    |
| 28876/2007                     | TCO-02435-06 | Pericia necesaria para teoría del caso del defensor.                                                                                                                    |
| 31246/2007                     | IMP-00247-05 | Pericia necesaria para teoría del caso del defensor.                                                                                                                    |
| 31597/2007                     | IMP-00539-06 | Pericia necesaria para teoría del caso del defensor.                                                                                                                    |
| 34929/2007                     | TCO-00220-07 | Pericia necesaria para teoría del caso del defensor.                                                                                                                    |
| 37754/2007                     | IMP-00010-07 | Pericia necesaria para teoría del caso del defensor.                                                                                                                    |
| 39972/2008                     | IMP-00630-07 | Pericia necesaria para teoría del caso del defensor.                                                                                                                    |
| 40192/2008                     | IMP-00574-06 | Se aprueba solicitud de la defensa, considerando pertinencia cultural, teoría del caso y forma de termino.                                                              |
| 56345/2009                     | CLL-00455-08 | Pericia necesaria para teoría del caso del defensor.                                                                                                                    |
| 58961/2010                     | CLL-00354-09 | Pericia necesaria para teoría del caso del defensor.                                                                                                                    |
| 59749/2010                     | ANG-00966-09 | Para describir dinámica sociopolítica de la comunidad y el rol del imputado en ella.                                                                                    |
| 60375/2010                     | TCO-02316-09 | Que permita acreditar calidad del lonko del imputado, carácter de la función y obligaciones sociales y jurídicas que implica.                                           |
| 71217/2011                     | CLL-00445-10 | Se aprueba por ser relevante para la teoría del caso de la defensa y especialmente por ser materia de especialidad.                                                     |
| 71435/2011                     | TCO-04182-10 | Se aprueba dada la relevancia de la causa, la necesidad de contar con esta pericia para fundar la teoría del caso del defensor, inclusive expuesta en clínica jurídica. |
| 71803/2011                     | ANG-00387-11 | Se aprueba por ser relevante para sustentar la solicitud de devolución (de kultxung retenido por tribunal) indicado por el defensor.                                    |
| 73646/2011                     | TCO-04597-10 | Pericia necesaria para teoría del caso del defensor.                                                                                                                    |
| 78410/2011                     | PIT-00605-11 | Por fundamentos del defensor, se aprueba peritaje.                                                                                                                      |

Fuente: Elaboración propia a partir de los reportes de solicitud de peritaje, Defensoría Penal Pública Región de La Araucanía.

## Conclusiones preliminares y desafíos actuales/futuros

A modo de síntesis se constata que: i) en La Araucanía ha existido una subutilización de la pericia cultural en los procesos de defensa penal de imputados indígenas; ii) los defensores especializados son quienes han recurrido mayormente a estas pericias; iii) el principal argumento esgrimido en la solicitud de estas indagaciones ha sido el de la costumbre indígena; y iv) la aprobación de las solicitudes de peritajes antropológicos ha sido justificada en cuanto son esenciales en la construcción de la teoría del caso.

Es muy probable que la subutilización tenga un origen multicausal. En el período analizado, la DPP estaba aún en proceso de puesta en funcionamiento de la reforma procesal penal, lo cual no habría permitido generar las condiciones institucionales para que los defensores desarrollen la suficiente experticia en materia especializada indígena. Con una tradición monista en los tribunales de justicia, la inclusión de lo culturalmente diverso en las condicionantes de conductas antijurídicas habría sido visto como no pertinente en el proceso de defensa; escasez de antropólogos dedicados a la realización de peritajes para la defensa penal bien pudiese ser interpretada como una limitante para recurrir a la solicitud de pericias especializadas. Incluso, podría plantearse que el inexistente o incipiente desarrollo de una antropología jurídica en La Araucanía habría actuado como cortapisa al uso de pericias culturales en la defensa de conductas culturalmente condicionadas.

El hecho que de las escasas causas mapuche que solicitan peritaje antropológico la mayor parte esté concentrada en la DPM, puede deberse al conocimiento de legislación indígena y la experiencia de trabajo previo en la materia<sup>8</sup> por parte de los defensores especializados; cuyo reverso conduciría a cuestionar si otros defensores –públicos y licitados– cuentan con los conocimientos y/o actitudes que les permitan visualizar la relevancia de conductas culturalmente condicionadas en la comisión y/o imputación de delitos a personas indígenas.

Cualquiera sea la fuente de las solicitudes de pericias antropológicas, es evidente que el fundamento de ellas se sustenta en lo establecido en el ordenamiento jurídico vigente, esto es, los defensores tienen la convicción

8. “Se designaron en esta oficina dos defensores penales que anteriormente se habían desempeñado en la Corporación Nacional de Desarrollo Indígena (Conadi), por su experiencia en el trabajo con mapuches, y su conocimiento del conflicto indígena, más un facilitador intercultural bilingüe y una secretaria, ambos de origen mapuche, también provenientes de la Conadi” (Defensoría Penal Pública, 2008:60).

de que las causas indígenas tendrían su origen en conductas ilícitas culturalmente condicionadas, dando pie a conflictos de interlegalidad (Yrigoyen, 2006)<sup>9</sup>.

Con el paso de los años, los profesionales de la Unidad de Estudio de la DPP han comprendido que cuando un defensor fundamenta la defensa en comportamiento culturalmente condicionado, que requiere de “traducción cultural” desde lo indígena hacia el sistema de justicia penal no indígena, es absolutamente imprescindible que la traducción y los argumentos de la misma sean consustanciales a la teoría del caso. Es decir, no basta con que el abogado defensor tenga claridad o entienda que el imputado indígena actuó -o no actuó (actuar por omisión)- bajo las concepciones de su propia cultura, sino que se hace necesario e indispensable que dicha actuación sea comprensible desde la perspectiva del relativismo cultural<sup>10</sup> para quienes tendrán la labor de sopesar y valorar una conducta tipificada como delito en un contexto cultural diferente: los jueces.

Del análisis precedente se desprende una serie de desafíos para la defensa penal indígena, la ciencia antropológica y la ciencia jurídica. Cualquiera sea el desafío que nace desde la defensa de imputados mapuche de La Araucanía, bien puede extrapolarse más allá de sus fronteras.

Algunos de estos desafíos, planteados en forma de interrogante conducen a preguntarse:

- ¿La defensa penal de indígenas basada en conducta culturalmente condicionada es propia de defensa especializada? ¿Defensores no especializados, que atienden causas no indígenas, pueden también representar en tribunales a imputados indígenas cuando culturalmente han tenido una conducta antijurídica?
- ¿Cuál es el rol de los abogados defensores de causas indígenas en el diálogo intercultural?

9. Los conflictos de interlegalidad remiten a la concepción de co-existencia de dos o más sistemas normativos; en este caso la legislación nacional chilena y los sistemas normativos de pueblos indígenas. Estos últimos se encuentran reconocidos en el título VII de la Ley 19.253, bajo el párrafo “De la costumbre indígena y su aplicación en materia de justicia”.

10. El relativismo cultural es un principio antropológico que establece que no es posible juzgar una práctica cultural o costumbre recurriendo a los valores culturales propios de otra cultura; “el comportamiento en una cultura particular no debe ser juzgado con los patrones de otra” (Kottak, 2002:51).

- ¿Qué hace que las pericias antropológicas se soliciten cuando el proceso investigativo está avanzado y próximo a llegar a término la acción procesal penal? ¿Por qué la pericia cultural se incorpora tardíamente en la teoría del caso construida por los abogados defensores?
- ¿Cuáles son los mitos contruidos sobre el rol del antropólogo en la defensa penal de imputados indígenas?
- ¿Las escuelas de antropología están formando profesionales con las competencias necesarias para realizar pericias culturales, interactuar con defensores penales y representar en tribunales la traducción cultural que requieren los jueces para un mejor juzgar?
- ¿Las escuelas de derecho están formando futuros abogados con competencias asociadas a derechos indígenas, pluralismo jurídico y defensa de imputados culturalmente diversos?

Como cierre se formula la siguiente hipótesis, que bien pudiese ser sometida a prueba en indagaciones futuras: los operadores de justicia, en el nivel de la defensa penal a imputados indígenas en La Araucanía, no tienen una idea precisa de cómo utilizar los peritajes antropológicos en el proceso penal, y la causa radica en el etnocentrismo del sistema de justicia penal chileno de fuerte tradición monista.

## Referencias

- Benavente, Hesbert (2011). *Guía para el estudiante del proceso penal acusatorio y oral*. México: Flores Editor.
- Bernales, Enrique y Antonio Ruiz, (2007). “La pluralidad cultural en la Constitución peruana de 1993 frente a las perspectivas de la reforma judicial y al derecho penal”. En *Derecho Penal y pluralidad cultural. Anuario de Derecho Penal 2006*. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú, Universidad de Friburgo.
- Centro de Estudios de Justicia de las Américas (2006). *Reforma procesal penal y pueblos indígenas*. CEJA.
- Corporación Nacional de Desarrollo Indígena (2003). *Ley indígena 19.253*. Temuco: Kolping Impresores.
- Defensoría Penal Pública (2008). *La defensa de imputados indígenas en la Defensoría penal pública*. Santiago: DPP.
- (2011). *Modelo de defensa penal para imputados indígenas*. Santiago: DPP.

- Escalante, Yuri (2002). *Le experiencia del peritaje antropológico*. México: Instituto Nacional Indigenista.
- Fabres, Artemia (2011). “Balances y perspectivas del peritaje antropológico: reconocer o borrar la diferencia cultural”. En *Revista Pueblos y Fronteras Digital*, 6, (11): 149-188.
- Giordano, Christian (2010). “Las infracciones penales y las lógicas culturales: el antropólogo en los tribunales”. En *Sistema de control penal y diferencias culturales. Anuario de Derecho Penal 2010*. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú, Universidad de Friburgo.
- Instituto de la Defensa Penal Pública (2008). *Peritajes culturales y su aplicación en la administración de justicia: Guía dirigida a defensores públicos*. Proyecto Defensorías Indígenas. Guatemala.
- Conrad (2002). *Antropología cultural*. Madrid. McGraw-Hill.
- Martínez, Juan, Rosember Ariza, Aresio Valiente, Guillermo Padilla y José Regalado, (2012). *Elementos y técnicas de pluralismo jurídico. Manual para operadores de justicia*. Ciudad de Guatemala: Fundación Konrad Adenauer.
- Marroquin, Otto (2006). *El peritaje cultural indígena como forma del pluralismo jurídico indígena en Guatemala*. Ciudad de Guatemala: Universidad Rafael Landívar.
- Morales, Roberto (2004). “El peritaje antropológico: tensión teórica y práctica de la normativa jurídica vigente”. Ponencia presentada en el Simposio Pueblos Indígenas y Reformas Procesales Penales. Una mirada desde la Antropología. V Congreso Chileno de Antropología. Antropología en Chile: Balances y - perspectivas. San Felipe.
- Oficina Internacional del Trabajo (2006). *Convenio 169 sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes*. Santiago: OIT.
- Rossel, Pablo (2008). “Crimen y costumbre en la sociedad mapuche contemporánea: la perspectiva pericial”. En *Revista Estudios Policiales*. - 3:85-99.
- Sánchez, Esther (2010). *El peritaje antropológico. Justicia en clave cultural*. Bogotá: GTZ.
- Valenzuela, Mylene (2003). “Derechos de los pueblos indígenas en el contexto internacional, especialmente en lo relativo a los aspectos penales”. En *Revista de Estudios Criminológicos y Penitenciarios*, 6:9-36.

- Valladares, Laura (2003). “De los saberes de la antropología: Los peritajes en los procesos de procuración de justicia y como herramienta para el establecimiento de un diálogo intercultural”. Disponible en [https://www.google.cl/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=1&cad=rja&uact=8&ved=0CB0QFjAA&url=http%3A%2F%2Fsgpwe.izt.uam.mx%2Ffiles%2Fusers%2Fuami%2Flauv%2FPeritaje\\_antropologico.doc&ei=O5TNU\\_qmE7CsQTEhYDwCw&usq=AFQjCNH\\_k01jLZ7bWv1jokTryT9olTaFSg&sig2=epF7YuDepF7YuDO5Fb8aUiMUzE7Mw&bv m=bv.71198958,d.cWc](https://www.google.cl/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=1&cad=rja&uact=8&ved=0CB0QFjAA&url=http%3A%2F%2Fsgpwe.izt.uam.mx%2Ffiles%2Fusers%2Fuami%2Flauv%2FPeritaje_antropologico.doc&ei=O5TNU_qmE7CsQTEhYDwCw&usq=AFQjCNH_k01jLZ7bWv1jokTryT9olTaFSg&sig2=epF7YuDepF7YuDO5Fb8aUiMUzE7Mw&bv m=bv.71198958,d.cWc).
- Yrigoyen, Raquel (2006). “Hitos del reconocimiento del pluralismo jurídico y el derecho indígena en las políticas indigenistas y el constitucionalismo andino”. En Mikel Berraondo, (coord.), *Pueblos indígenas y derechos humanos*. Bilbao: Universidad de Deusto.

#### Sobre el autor

ROBERTO ANSELMO ÁLVAREZ SAN MARTÍN es antropólogo (Universidad Austral de Chile), con estudios de Postítulo en Gerencia Pública (Universidad Internacional SEK), Diplomado en Estudios de Género (Universidad de Chile), Diplomado en Pedagogía para la Educación Superior (Univesidad Santo Tomás), cursando actualmente Magíster en Educación (Universidad Santo Tomás). Áreas de especialización: estudios de género, derechos de pueblos indígenas, competencias interculturales. Actualmente es docente de la Universidad Santo Tomás, sede Temuco. Su correo electrónico es <robertoalvarez@santotomas.cl>