

VILLEGAS, Myrna. “Sistemas sancionatorios indígenas y Derecho penal.

¿Subsiste el Az Mapu?”.

Polít. crim. Vol. 9, N° 17 (Julio 2014), Art. 7, pp. 213-247.

[http://www.politicacriminal.cl/Vol_09/n_17/Vol9N17A7.pdf]

Sistemas sancionatorios indígenas y Derecho penal. ¿Subsiste el Az Mapu?*

Dra. Myrna Villegas Díaz

Centro de Investigaciones Jurídicas Universidad Central de Chile

mvillegas@ucentral.cl

Resumen

La justicia indígena es y ha sido un tema preocupante a nivel latinoamericano. En el derecho penal chileno existen serias deficiencias en torno al enfoque intercultural que debiera tener, a la luz de la normativa internacional sobre derechos humanos de los pueblos originarios, y el componente indígena que habita nuestro territorio. Los sistemas sancionatorios indígenas han ganado terreno en varios países, existiendo actualmente una difícil relación con la justicia oficial. Ellos se diferencian del derecho penal por cuanto parten de cosmovisiones distintas, en los primeros el centro de protección es la comunidad, a diferencia de los segundos en donde prima el individuo. Esto produce un distanciamiento en relación a ciertos principios reconocidos en la justicia oficial. La pena en estos sistemas se presenta como un proceso comunicativo, que puede ser interpretada como una penitencia secular. En el ámbito penal chileno se cree que ya no existen sistemas sancionatorios indígenas, creencia que se debilita al hacer referencia a pueblos andinos (aymaras), pero que se afirma, a nuestro juicio, sin base, respecto del pueblo Mapuche. El artículo refuta este negacionismo con base en una investigación cualitativa de la cual se muestran algunos avances. El Az Mapu, como sistema sancionatorio, pervive.

Palabras clave: Derecho penal intercultural, sistemas sancionatorios indígenas, Az Mapu, derecho penal indígena.

Abstract

Indigenous justice is and has been a worrying issue in Latin America. In Chilean criminal law there are serious deficiencies on the intercultural approach it should have, in light of international human rights of indigenous people and the indigenous members inhabiting our territory. Indigenous sanctioning systems have gained ground in several countries; currently, there is a difficult relationship with formal justice. These systems differ from criminal law because they are based on different worldviews: in the first, the community is the center of protection, unlike the latter where the individual is the center. This causes a rift regarding certain principles recognized by the formal justice. The penalty in these systems is presented as a communicative process, which can be interpreted as a secular

* Este artículo ha sido elaborado en el marco de la investigación: “*Bases de sustentación de la Justicia comunitaria indígena en Chile. Especial referencia al caso mapuche*”, financiado por la Universidad Central de Chile y cuya investigadora responsable es la autora. Agradezco a los lonkos y werkenes de los Lof Temulemu, Muco Bajo y Yeupeco, así como a los y las lamgnenes de los Lof Kürrache y Temucuicui, y al concejal de Galvarino, Sr. José Millalén, por haber compartido con nosotros tan generosamente su *Kimün*.

penance. In Chilean criminal law it is believed that indigenous sanctioning systems no longer exist, belief that weakens when especially referring to Aymara Andean peoples, but which in our opinion is baselessly affirmed, in our point view, regarding the Mapuche people. The article refutes this denial, based on a qualitative research that shows some progress. The Az Mapu, as a punitive system, survives.

Key words: Intercultural criminal law, punitive indigenous systems, Az Mapu, indigenous criminal law.

Introducción

Una de las problemáticas más sensibles en nuestro continente latinoamericano son las fricciones entre el Estado y la resolución de conflictos por los pueblos originarios, incluyendo la justicia indígena, especialmente en el área penal. El problema se hace especialmente relevante en nuestro país desde la ratificación del Convenio 169, que reconoce el derecho propio de los pueblos indígenas, además de sus costumbres.

En trabajos anteriores¹ hemos ofrecido una visión panorámica sobre la manera en que los Estados latinoamericanos se enfrentan al problema a través de las respectivas regulaciones locales, adecuando poco a poco el derecho propio indígena al mercado globalizado y a la transnacionalización.² Estas regulaciones locales, que pueden encontrarse en distintos niveles de avance, presentan como nudo crítico no solo los límites a las costumbres y derechos propios de los indígenas, sino asimismo, la resistencia de los indígenas al neoextractivismo y la sobreexplotación de los recursos naturales,³ generando a veces una respuesta penal violenta por parte del Estado,⁴ independientemente de que el discurso público les considere o no justificados.⁵

¹ VILLEGAS DÍAZ, Myrna, “Entre la justificación y la exculpación. Apuntes de legislación comparada latinoamericana sobre pluralismo jurídico y derecho penal”, *Revista de Derecho (Valdivia)*, Vol. XXV, N°2 (2012), pp. 177-205.

² SÁNCHEZ BOTERO, Esther, “La jurisdicción especial indígena. Nueva estrategia de la máquina de captura”, en: GIRAUDO, Laura (Ed.), *Derechos, costumbres y jurisdicciones indígenas en la América Latina contemporánea, Cuadernos y Debates N°191*, Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2008, pp. 215-231, p. 222 y 223.

³ DE SOUSA SANTOS, Boaventura, “Cuando los excluidos tienen derecho: Justicia indígena, plurinacionalidad e interculturalidad”, en: DE SOUSA SANTOS, Boaventura; GRIJALVA JIMÉNEZ, Agustín. (Eds.), *Justicia Indígena, plurinacionalidad e interculturalidad en Ecuador*, Quito: Fundación Rosa Luxemburg/AbyaYala, 2012, pp. 13-50, p. 31.

⁴ Ver COUSO SALAS, Jaime, “Mapuches y derecho penal”, en: OLEA RODRÍGUEZ, Helena (Ed.), *Derecho y Pueblo Mapuche: Aportes para la discusión*, Santiago (Chile): Centro de Derechos Humanos Universidad Diego Portales, 2013, pp. 155-214, pp. 161 y 162. Consultar ampliamente en VILLEGAS DÍAZ, Myrna, “Estado de excepción y antiterrorismo en Chile. Criminalización de la protesta social con especial referencia a los indígenas”, *Revista de Derecho Penal y Criminología*, Año III, N° 6 (2013), pp. 3-25.

⁵ Siguiendo en este punto a Couso, por ejemplo, respecto de la recuperación de tierras fuera de cauces institucionales, podría llegar a encontrar algún tipo de justificación por el despojo sufrido durante la pacificación, no así tratándose de conductas sexuales en las que niñas menores mantengan relaciones sexuales con mayores, en donde el discurso público parece ser menos permisivo. Ver: COUSO SALAS, “Mapuches y derecho penal”, cit. nota n° 4, p. 172.

En la base de esta “tolerancia represiva” hacia el indígena se encuentra la idea de que éste es un anormal, idea que se remonta a las raíces del positivismo criminológico imperante en la primera mitad del siglo XX, y que marcó profundamente el trato hacia el indígena latinoamericano. Tomás Guevara, rector del liceo de Temuco, uno de los mayores defensores de los indígenas de principios del siglo XX, que denunció el despojo de tierras y disentía de las formas de asimilacionismo oficial, sostenía la inferioridad intelectual y moral del indígena respecto del “hombre adelantado”, indicando que

“Su actividad cerebral es restringida; no posee la facultad de reflexionar demasiado, porque se fatiga i distrae, i por lo tanto, de producir concepciones complejas. Es susceptible, pues, de recibir cierto grado de cultura, pero la olvida con facilidad. La influencia tenaz de las costumbres de sus antepasados lo arrastra a la vida bárbara”.⁶

Casi cuarenta años más tarde el criminólogo Medrano Ossio repetía ideas similares para sostener la inimputabilidad del indígena “por cuanto su mísera condición social y su incivilización y barbarie impedían atribuirles responsabilidad penal”,⁷ aludiendo así a una inferioridad del indígena que no solo era social y jurídica sino también racial, idea que fue denunciada y objetada contundentemente por López Rey y Huáscar Cajías, señalando este último que era injustificado sostener la inferioridad del indígena en comparación con otros grupos, pues “un análisis comparativo muestra claramente que en muchos aspectos el indio es superior al blanco y al mestizo (estabilidad y sentido de la familia, constancia en el trabajo, ansias de superación).⁸

Según reveló el propio Huáscar Cajías en su momento, las tendencias imperantes estaban basadas más en sentimientos e intereses propios que en razonamientos científicos. De un lado, quienes veían en el indígena una incapacidad para asimilar el modelo de la cultura dominante, fuere por su alcoholismo, por su criminalidad o por su analfabetismo, y cuyo interés no parecía ser otro que continuar manteniendo al indígena como mano de obra barata,⁹ según denunció más o menos en la misma época, Carlos Mariátegui, quien daba al indígena la condición de explotado en el proceso productivo, al igual que el campesino.¹⁰ De otro lado, estaban quienes encontrarían las causas del atraso cultural solo en razones sociales.¹¹ Ciertamente que, tal como denunció Huáscar Cajías en su texto, eran los primeros los que encontraban eco en el pueblo, preso del mensaje simbólico que realizaba la prensa. Así sucedía con la pacificación de la Araucanía, en donde, preparando la llegada de colonos, y facilitando el camino a los ya llegados, el Diario El Mercurio publicaba una seguidilla de artículos, mes a mes, en el que daba cuerpo a las ideas de anormalidad y salvajismo del indígena.¹²

⁶ GUEVARA SILVA, Tomás, *Costumbres judiciales i Enseñanza de los araucanos*, Santiago (Chile): Imprenta Cervantes, 1904, p. 85.

⁷Ver MEDRANO OSSIO, José, *Responsabilidad penal de los indígenas*, Potosí (Bolivia): Cuadernos Universidad Autónoma Tomás Frías, 1940, pp. 19, 24 y 36.

⁸ CAJÍAS KAUFFMANN, Huáscar, *Criminología*, La Paz (Bolivia): Ed. Juventud, 1970, p. 269.

⁹ CAJÍAS KAUFFMANN, *Criminología*, cit. nota n° 8, p. 262.

¹⁰ MARIÁTEGUI LA CHIRA, José, *Siete ensayos de interpretación de la realidad peruana*, Lima (Perú): Ediciones Cultura Peruana, 2002, p. 33.

¹¹ CAJÍAS KAUFFMANN, *Criminología*, cit. nota n° 8, p. 262.

¹² SAMANIEGO MESÍAS, Augusto; RUIZ RODRÍGUEZ, Carlos, *Mentalidades y políticas wingka: pueblo*

Fue así como el despojo de los pueblos originarios latinoamericanos cobró sentido ante el no indígena, y junto con la reducción de sus tierras se sofocó su cultura, sus costumbres y su derecho propio. No obstante, subsisten algunos de ellos en varias regiones de Latinoamérica, y fruto de sus lidias por un Estado plurinacional han obtenido el reconocimiento jurídico en algunos países. Debe tenerse presente que la justicia indígena, al contrario de la plurinacionalidad, no es algo que haya de construirse, ella existe, es una realidad, reconocida o no por los Estados, luego, es el punto de partida de cualquier construcción plurinacional.¹³

Siguiendo a De Sousa Santos,¹⁴ debemos aclarar que cuando hablamos de justicia indígena, no nos estamos refiriendo simplemente a métodos alternativos de resolución de conflictos (justicia comunitaria, jueces de paz, arbitrajes, conciliaciones), sino a aquella justicia ancestral que presupone el control de un territorio, autonomía y cosmovisión.

En este trabajo se pretende mostrar algunos avances de una pequeña investigación cualitativa cuyo objetivo era –de algún modo– refutar las visiones “negacionistas” existentes en torno a la pervivencia del derecho propio indígena en Chile, especialmente en el pueblo mapuche. Después de un modesto trabajo de campo,¹⁵ comprobamos que el derecho propio mapuche bajo el Az Mapu no solo subsiste, sino que cobra vigencia precisamente en aquellas comunidades más afectadas por la respuesta punitiva por parte del Estado para sus demandas territoriales y la consiguiente criminalización de sus miembros.

mapuche, entre golpe y golpe (De Ibáñez a Pinochet), Madrid (España): Consejo Superior de Investigaciones Científicas, 2007, p. 42.

¹³ DE SOUSA SANTOS, “Cuando los excluidos”, cit. nota n° 3, pp. 16 y 17.

¹⁴ DE SOUSA SANTOS, “Cuando los excluidos”, cit. nota n° 3, pp. 16 y 17.

¹⁵ Se ha realizado un pequeño trabajo en terreno en la zona de Malleco y Cautín (IX Región) sobre la base de entrevistas a comuneros y operadores del sistema penal que fueron considerados informantes clave. Por la delimitación temática de este trabajo nos basaremos en lo señalado por los comuneros. Ellos fueron escogidos por su pertenencia a comunidades que actualmente están en conflicto o que lo hubieren estado, por su condición de autoridad o por poder aportar datos relevantes. Los *Lof* escogidos fueron *Temulemu* (Traiguén), *Kurrache* y *Temucuicui* (Ercilla), *Yeupeco* (Padre las Casas) y *Muco Bajo* (Lautaro). En la mayoría de ellos se ha aplicado la ley de conductas terroristas a sus autoridades ancestrales, y han tenido procesos de desarrollo de la violencia sucesivos. El *Lof Temulemu* inició su período de criminalización a principios de 2000 con la aplicación y posterior condena por delitos de terrorismo los lonkos Juan Pichún y Aniceto Norín. Hoy día quien ejerce autoridad es el hijo del fallecido Pichún, quien fue entrevistado. El *Lof Temulemu* recuperó buena parte de su territorio, tienen cierto grado de autonomía y la ejercen a través de la administración por parte de la comunidad de la escuela y del proceso productivo de la misma. En el *Lof Temucuicui* y sectores aledaños así como en el *Lof Yeupeco*, varios de sus *werkenes* (mensajeros) han sido juzgados por delitos de terrorismo, son objeto de frecuentes operaciones de entrada y registro policiales, se ha detenido y acusado a sus guías espirituales (*machis*) encontrándose privado de libertad y condenado el *machi* del *Lof Yeupeco*, *Celestino Córdoba*. En el *Lof Muco Bajo* (Lautaro), similar ha sucedido con un *werken* y sus familiares, que han sido también acusados de infringir la ley de conductas terroristas. Asimismo se entrevistó a un concejal mapuche de la municipalidad de Galvarino, en donde las organizaciones mapuche optaron por la vía institucional, y ganaron mediante elecciones la alcaldía. Las entrevistas fueron desarrolladas aplicando una pauta de entrevista no estructurada con preguntas abiertas. La categorización de las entrevistas una vez sistematizadas difiere cuando se trata de comuneros y de operadores. Por el contenido de este paper solo se hará referencia a la de los comuneros, cuyas categorías fueron las siguientes: 1. tipo de infracciones, 2. formas de solución de conflicto y dentro de éstas como subcategorías a) procedimiento y b) sanciones, 3. percepción del entrevistado frente a la justicia oficial, y 4) Percepción del entrevistado frente a posibilidades de reconocimiento de su derecho propio por la justicia oficial.

Estas comunidades se muestran como herméticas y se esfuerzan en forma considerable por recuperar su derecho propio, como reacción defensiva frente a un sistema de justicia estatal en el que no confían. El Az Mapu o derecho mapuche, como justicia indígena ancestral, entonces está vigente, pero en una forma mucho más rudimentaria comparado con lo que era.¹⁶ Por el contrario, en aquellas comunidades en las que el nivel de conflictividad es menor, ya sea porque han optado por la vía institucional para la satisfacción de sus demandas, o porque simplemente han sido permeados por la cultura dominante, la pérdida del Az Mapu como justicia indígena es evidente.

Las formas de Az Mapu que se pudo observar responden más bien a la idea de mecanismos de autocomposición o de un sistema sancionatorio con escasos atisbos de procedimiento, que varía de una comunidad a otra. Si bien el elemento distintivo de estos sistemas es la pena, en cuanto consecuencia jurídica de una infracción no es posible afirmar que responde al concepto “derecho penal”.¹⁷

1. Sistemas Sancionatorios Indígenas.

1.1. Diferencias con los sistemas penales occidentales.

En general los sistemas sancionatorios indígenas, así también el mapuche, se caracterizan porque el centro de protección es la comunidad, diferenciándose del derecho penal occidental en cuanto a la imposibilidad de encontrar en ellos un principio de legalidad tal y como lo conocemos.¹⁸ La norma penal es creada por la costumbre,¹⁹ y se transmite oral, comunicativa y dialogalmente creando un vínculo indisoluble entre ella y el individuo, toda vez que es discutida en las comunidades mediante mecanismos de participación directa, generalmente, asambleas en las que participan todos los miembros de la comunidad.²⁰

Esto determina que la internalización de dicha norma sea ex ante a su “promulgación” y no ex post como podría pensarse sucede en el sistema occidental. Por otra parte, las comunidades indígenas suelen ser grupos pequeños de población, y cada una de ellas tiene su propio sistema sancionatorio, sin perjuicio que puedan vislumbrarse ciertos elementos comunes.²¹ Siendo grupos humanos relativamente pequeños, sus integrantes conocen la

¹⁶ Véase SALAMANCA HUENCHULLÁN, María del Rosario, *El derecho en la sociedad mapuche. Un análisis de acuerdo a los estudios publicados previos* [en línea], [ref. de 20 de febrero de 2014], disponible en Web: <<http://200.10.23.169/trabajados/rosario.pdf>>. Para una ilustración gráfica sobre la aplicación del Az Mapu con motivo de un robo de ganado, recomiendo vivamente: MENESES, Magaly (Dir.), *Wichan (El Juicio)* [película], Chile: Fondart, Ministerio de Educación y KIEN Producciones audiovisuales, 1993, disponible en web.

¹⁷ Cfr. BORJA JIMÉNEZ, Emiliano, *Introducción a los fundamentos del derecho penal indígena*, Valencia: Tirant, Monografías, 2001, pp.106 y ss. Quien estima que sí es posible señalar que se trata de derecho penal.

¹⁸ BORJA JIMÉNEZ, Emiliano, “Sobre los ordenamientos sancionadores originarios de Latinoamérica”, HURTADO POZO, José (Dir.), *Derecho penal y pluralidad cultural. Anuario de Derecho Penal*, Perú: 2006, pp. 101-151, p. 123.

¹⁹ BORJA JIMÉNEZ, *Introducción*, cit. nota n° 17, p. 119.

²⁰ BORJA JIMÉNEZ, “Sobre los ordenamientos”, cit. nota n° 18, p. 122.

²¹ BORJA JIMÉNEZ, *Introducción*, cit. nota n° 17, p. 118.

consecuencia que lleva aparejada cada una de sus conductas. De ahí que la exigencia de seguridad jurídica que lleva aparejado el principio de legalidad, se vea cumplida.²²

Otra diferencia que se advierte es en relación al principio de culpabilidad, puesto que en la mayoría de los sistemas sancionatorios indígenas, la culpabilidad por el hecho propio aparece difusa o a veces inexistente dado que los valores individuales quedan supeditados a los valores del colectivo.²³ Lo importante no es el individuo sino el colectivo (a diferencia del sistema occidental), y por ende adquiere mucho valor la manera en que el individuo se comporta y eso se mide en relación a su contribución o no contribución a la comunidad. Luego, en gran parte de las ocasiones la sanción se aplica por la forma de conducción de vida del individuo en relación a su comunidad, incluyendo su mera peligrosidad. Siendo el grupo lo que prima, el principio de personalidad también se inclina ante la responsabilidad grupal. En no pocas ocasiones la conducta cometida por un individuo acarrea responsabilidad también para sus familiares.²⁴ Luego, no es posible encontrar en ellos un principio de personalidad de la pena.²⁵

1.2. Principios rectores y sanciones. La pena como proceso comunicativo.

Los principios rectores en estos sistemas sancionatorios indígenas son el de equilibrio de las fuerzas de la comunidad o de la paz social y el de reciprocidad.²⁶ Esto explica en parte el por qué conductas que para occidente no son punibles, o pertenecen al ámbito de lo privado, como el adulterio, la ociosidad, la cobardía o la traición, son castigadas en las comunidades indígenas.²⁷ Ellas representan un desajuste social, una ruptura del equilibrio comunitario,²⁸ una fuente de discordia entre los miembros del colectivo.

Siendo el principio del equilibrio de las fuerzas de la comunidad el más importante, parece estarse en presencia de sistemas de justicia restaurativa, con el uso de técnicas de mediación,²⁹ especialmente cuando se trata de justicia comunitaria. Así por ejemplo, en algunas comunidades *kichwas* del Ecuador, el manejo comunitario de los conflictos llevan

²² BORJA JIMÉNEZ, *Introducción*, cit. nota n° 17, p. 121.

²³ BORJA JIMÉNEZ, “Sobre los ordenamientos”, cit. nota n° 18, p. 123.

²⁴ En un pequeño trabajo de terreno realizado con anterioridad en la comunidad aymara de Guallatire (Provincia de Parinacota– Chile), encontramos que aplicaban penas de trabajo comunitario y sanciones informales tales como el aislamiento social, éste último afecta a la familia del infractor por lo que ésta interviene para corregirlo. Así también la censura pública cuando no se respetan las decisiones colectivas, cuestión que adquiere mucha relevancia dado que el honor y el prestigio de la familia son importantes para la cultura aymara. JIMÉNEZ CÁCERES, Luis, “La ley del ayllú: notas sobre la administración de justicia en la comunidad aymara de Guallatire”. Directoras: CASTRO LUCIC, Milka Slavia; VILLEGAS DÍAZ, Myrna, Universidad de Chile, Facultad de Derecho, Programa de Antropología Jurídica, Santiago, 2012.

²⁵ BORJA JIMÉNEZ, *Introducción*, cit. nota n° 17, p. 153.

²⁶ BORJA JIMÉNEZ, “Sobre los ordenamientos”, cit. nota n° 18, p. 124.

²⁷ Por ejemplo, en la sociedad guaraní, a pesar de la poligamia, el adulterio era castigado con la muerte. Lo mismo que la mujer que antes del primer ciclo menstrual mantenía relaciones sexuales con varón. Destierro perpetuo o muerte era el castigo de los cobardes y desertores. ROJAS VÍA, Benigno, “Teko- Jojá- Asý Guaraní (Justicia Penal Guaraní)”, en: DA ROCHA, Joaquín; DE LUCA, Javier (Coords.), *La justicia penal en las comunidades originarias*, Buenos Aires: Edit. Ad-Hoc, 2010, pp. 57-77, p. 71.

²⁸ BORJA JIMÉNEZ, “Sobre los ordenamientos”, cit. nota n° 18, p. 124.

²⁹ BORJA JIMÉNEZ, “Sobre los ordenamientos”, cit. nota n° 18, p. 125.

al uso de la mediación comunitaria o la conciliación comunitaria,³⁰ pues los objetivos de la sanción son, de un lado, reestablecer el equilibrio comunitario procurando devolver la armonía quebrantada, y de otro lado, devolver al individuo a la comunidad, de que comprenda que su acto ha atentado contra las fuerzas comunitarias, y por ende, atenta también contra sí mismo. En pocas palabras, la pena persigue que el infractor comprenda el cómo su conducta ha afectado a todos y cada uno de los miembros del colectivo.

Si quisiéramos compararlo con nuestras propias construcciones dogmáticas, una de las hipótesis sería que la pena, en cuanto consecuencia jurídica del delito, tiene dos fines. De un lado, y notoriamente en todos estos sistemas sancionatorios, tiene un fin preventivo especial positivo, cuyo objetivo es la reinserción del sujeto a la comunidad, y por ello es que las penas se escogen en función del hecho cometido y la personalidad del infractor,³¹ luego, la pena para cada infracción puede no ser siempre la misma. Esto implica que se encontraría presente el principio de necesidad de la pena.

De otro lado, aunque un poco más difuso, tal vez podría advertirse un fin preventivo general positivo que buscaría restablecer el equilibrio social a través de una estabilización de la conciencia del derecho en una comunidad concreta (y no abstractamente como sucede en nuestro sistema). Esta estabilización de la conciencia del derecho tiene que ver con la reafirmación de los valores de la comunidad, cuyo eje central, como se ha dicho es el equilibrio de las fuerzas comunitarias.

No obstante, respecto de la significación que tiene la pena para la comunidad y para el sujeto mismo, en no pocas ocasiones las penas tienen un sentido más bien purificador.³² Tal sucede por ejemplo, respecto de la aplicación de penas corporales como las de *fuete* (Colombia), los latigazos, el baño de agua fría y la ortiga (Chimborazo, Ecuador). En ellas el infractor es castigado en presencia de toda la comunidad, a fin de que comprenda que su hecho ha afectado el equilibrio de todos, cada golpe (generalmente aplicado por algún familiar del penado o alguna persona a quien la comunidad le reconozca autoridad) va acompañado de un consejo (en este sentido es una pena correctiva). Luego, es ortigado y/o bañado con agua fría. En opinión de Borja, estos últimos no tienen carácter de pena, sino de verdaderos métodos rituales para la obtención de la confesión y el nacimiento del arrepentimiento.³³

Lo que Borja interpreta como métodos procedimentales, a mi juicio, y siguiendo a Duff, pueden presentarse como verdaderas penas entendidas como penitencia secular.³⁴ Una

³⁰ Sobre el punto véase VINTIMILLA SALDAÑA, Jaime; ALMEIDA MARIÑO, Milena; SALDAÑA ABAD, Remigia, *Derecho indígena, conflicto y justicia comunitaria en comunidades kichwas del Ecuador*. Serie Justicia comunitaria en Los Andes: Perú y Ecuador, Lima (Perú): Instituto de Defensa Legal (IDL), CIDES, 2007.

³¹ BORJA JIMÉNEZ, "Sobre los ordenamientos", cit. nota n° 18, p. 127.

³² BORJA JIMÉNEZ, *Introducción*, cit. nota n° 17, p. 154.

³³ BORJA JIMÉNEZ, "Sobre los ordenamientos", cit. nota n° 18, p. 130.

³⁴ En el sentido de su contenido pseudo religioso y/o moral. VALENZUELA SALDÍAS, Jonatan, "La pena como penitencia secular. Apuntes sobre el sentido de la ejecución de la pena", *Revista de Derecho (Valdivia)*, Vol. XXIII, N° 1 (2010), pp. 255-268.

especie de comunicación moral con el infractor en la que se le respeta como agente responsable y que busca reconciliarlo con la comunidad cuyos valores ha violado.³⁵ En ella pueden advertirse a lo menos dos niveles: la confesión y el castigo. Primeramente, el pecador confiesa, esto es, admite haber pecado, traicionado los valores de la comunidad. Tal admisión debe también, en este contexto, implicar que el sujeto “desnuda su alma” al aceptar y declarar que padece de algún defecto esencial en sus motivaciones o inquietudes espirituales.³⁶

Hasta aquí la confesión cumple el fin de reparar el daño causado a los ofendidos por el hecho, pues en el fondo viene a ser una especie de disculpa, pero también con la comunidad, pues implica un compromiso de reafirmación de los valores comunitarios.³⁷ Sin embargo, en buena parte de las ocasiones no basta con la disculpa, es precisa una penitencia como castigo, esto es, algo doloroso o a lo menos desagradable en conexión con el mal que el sujeto hizo a través de su pecado.³⁸ Hay aquí un atisbo del principio de merecimiento de pena (por haber traicionado los valores comunitarios y que le son propios), al mismo tiempo que retribución.

Esta penitencia puede ser consentida e incluso consensuada con el infractor, tal y como expresa Duff, incluso puede consistir en la realización de un ritual adecuado.³⁹ Así, me parece que tanto la ortiga como el baño de agua fría, pueden interpretarse como penitencias, porque no solo son dolorosas (y en este sentido retribuyen), sino también porque purifican. La ortiga tiene conocidas propiedades medicinales como purificador de toxinas y excelente diurético. Interpretado ritualmente esto implica que la ortiga permitiría eliminar las malas energías que recorren el cuerpo del individuo y lo llevan a cometer delito. No en vano era mencionada en *Los admirables secretos de Alberto el grande*, uno de los más célebres libros de hechizos y recetas de brujos, como una hierba sagrada o especie de “planta bruja” a la que se le atribuía el poder de “alejar todo temor y atraer a los peces” (la suerte).⁴⁰

Eliminadas las energías distorsionadoras, viene la confesión y el baño de agua fría,⁴¹ una especie de bautismo por el cual el sujeto queda libre de sus culpas. Seguidamente viene la muestra del arrepentimiento del “purificado” y las promesas de cambiar su conducta (normalmente hecha a los padres o los más ancianos de la asamblea), luego de lo cual vuelve a ser acogido en la comunidad, siendo frecuente que cuando se trata de disputas o riñas, acaben con abrazos y pedir disculpas, o con la reparación en dinero o en especie a los afectados.

³⁵ DUFF, R. Antony, “Penance, Punishment and the Limits of Community”, *Punishment & Society*, Vol. 5, N° 3 (2003), pp. 295- 312, p. 304.

³⁶ DUFF, “Penance”, cit. nota n° 35, p. 298.

³⁷ DUFF, “Penance”, cit. nota n° 35, p. 299.

³⁸ VALENZUELA SALDÍAS, “La pena”, cit. nota n° 34, p. 260.

³⁹ DUFF, “Penance”, cit. nota n° 35, p. 299.

⁴⁰ CALLEJO CABO, Jesús, *Breve Historia de la Brujería: Conjuros, pactos satánicos, libros prohibidos, aquelarres y falsos mitos sobre las brujas así como la verdadera historia de su brutal persecución en Europa y América a lo largo de tres siglos*. Madrid: Ediciones Nowtilus, 2006, p. 97.

⁴¹ La “secuencia” descrita en cuanto al orden en que se producen los métodos rituales no es siempre la misma. Para mayor profundización sobre estos métodos, recomiendo vivamente los trabajos de Borja Jiménez aquí citados, que ha estudiado en profundidad las costumbre en las comunidades de la selva amazónica.

En este sentido, y como fines conexos, se cumple en ellas, el fin educador de la pena como penitencia, una especie de “empresa re formativa”,⁴² porque ayuda a la auto-reforma del sujeto al mismo tiempo que sirve para comunicar el arrepentimiento al ofendido y a la comunidad.⁴³

Vemos así que esta pena-penitencia, tiene efectos hacia el pasado y hacia el futuro. En el primer caso, porque sirve como retribución al mal causado, es decir, limpia la infracción-pecado. En el segundo caso, porque sirve para reestablecer el equilibrio de las fuerzas comunitarias reparando el equilibrio en las relaciones que se habían roto.⁴⁴ Esto es especialmente notorio en comunidades andinas, aymaras, en la que pervive la institución del “perdón”, y que consiste en una acción individual en cuya virtud una persona, por sí misma, o en representación de otro (ej. el padre por la conducta del hijo) pide formalmente al o los afectados perdonar el agravio. En este cometido hace un relato detallado de todas las circunstancias que rodearon el caso, y las razones que lo llevan a pedir disculpas. En todos los casos, esta solicitud se acompaña de la promesa de no volver a cometer la conducta.⁴⁵

La pena-penitencia también es posible de advertir en los trabajos en beneficio de la comunidad, subsistente hoy en algunas comunidades aymaras del altiplano. Esta pena tiene una estructura en sí misma en la cual el sujeto al desarrollar el trabajo puede centrarse más en su comportamiento. La obligación de soportar un trabajo agobiante o desagradable puede ayudar a inducir o reforzar el arrepentimiento por la comprensión por parte del sujeto de que la infracción cometida es un mal contra su comunidad.⁴⁶

Así las cosas, el castigo se manifiesta como un proceso comunicativo⁴⁷ entre el indígena y la comunidad a la cual pertenece, en el cual la comunidad le señala al sujeto que su hecho es censurable, que afecta no solo a él sino al resto, que debe tomar conciencia de ello, arrepentirse y reparar el daño. El castigo es una carga que el sujeto soporta que sirve también como comunicación al constituirse en una disculpa contundente frente al agraviado, lo que lleva consigo un tercer lazo comunicativo, esta vez recíproco mediante el cual el sujeto se reconcilia con la comunidad cuyos valores burló.⁴⁸

⁴² VALENZUELA SALDÍAS, “La pena”, cit. nota n° 34, p. 261.

⁴³ DUFF, “Penance”, cit. nota n° 35, p. 299.

⁴⁴ DUFF, “Penance”, cit. nota n° 35, p. 230.

⁴⁵ CORREA CAMUS, Paula. (Dir.), *Mediación intercultural. Estudio sobre conflictividad y modelos de intervención*. Ministerio de Justicia, Chile: CONADI, Universidad Diego Portales, 2009, p. 49.

⁴⁶ Así lo comenta DUFF, “Penance”, cit. nota n° 35, p. 300, respecto de la pena de trabajo en beneficio de la comunidad establecida en el sistema penal occidental.

⁴⁷ DUFF, “Penance”, cit. nota n° 35, p. 300.

⁴⁸ Más ampliamente, DUFF, “Penance”, cit. nota n° 35, p. 301.

2. El Az Mapu como Sistema Sancionatorio.

2.1. Características Generales.

Debe partirse de la base que la Cosmovisión mapuche es circular y holística, y gira en torno al concepto de tierra (Mapu). En ella se mezclan lo espiritual, lo social, lo económico, lo jurídico, y se asientan en la Nag Mapu.⁴⁹ Aquí es donde nace el Az Mapu, una especie de sistema meta jurídico que regula todos los aspectos de la vida de mapuche. Un Código Universal que establece normas de conducta necesarias para mantener el equilibrio del cosmos, que son tanto individuales como colectivas, y pueden tener un carácter imperativo (qué hacer y cómo debe hacerse), como prohibitivo (qué no hacer).⁵⁰ La infracción a estas pautas normativas implica una ruptura de dicho equilibrio, y su autor puede reestablecerlo mediante la reparación del error, en aplicación del principio de reciprocidad.⁵¹

El origen del poder de juzgar es divino, proviene del *Günechen* (Dios) quien la ha entregado primeramente al pueblo, a la comunidad, a los *Ailla Rewe* y a los otros pueblos, lo que podría dar una noción, como advierte Sánchez Curihuentro, de una especie de jurisdicción internacional.⁵² El *Ailla Rewe* está formado por 9 *nguillatúes*, cada uno de los cuales contiene a su vez cuatro *Lof*, cada uno con su lonko. De esta forma, un *Ailla Rewe* estaría formado por 36 lonkos, que antiguamente se reunían y transmitían oralmente el Az Mapu, designando a tales efectos un *Hueipife*, que es una especie de relator de la ley acordada entre los lonkos de ese *Ailla Rewe*.⁵³ Hoy en día la ley mapuche se transmite a través de la familia y los más ancianos.

Para mapuche cumplir con el Az Mapu implica sentirse en armonía consigo mismo, con los demás y con la naturaleza.⁵⁴ Luego, el “derecho mapuche” va más allá de un conjunto de normas, parte de una cosmovisión y una espiritualidad que se manifestará de distinta forma en cada Lof. Si bien, cada uno de ellos puede tener su propia interpretación y práctica del Az Mapu,⁵⁵ es posible identificar ciertos principios rectores: el *Yam* y el *Gen*.

Yam significa “respeto” a todo lo que nos rodea, y ha sido interpretado por Ñanculef Huaiquinao como “derecho”⁵⁶ (a ser respetada/o): derechos de la tierra a ser respetada (*Yam Mapu*), derechos del agua (*Yam ko*), derechos del fuego (*Yam Kütxal*), del aire (*Yam*

⁴⁹ El Universo Mapuche se divide en tres planos: la Wenu Mapu (tierra de arriba) donde habitan los ancestros y los espíritus del bien, la nag mapu (tierra de aquí) donde habita el hombre y la naturaleza, y la Minche Mapu (tierra de bajo) donde habitan los espíritus oscuros. SÁNCHEZ CURIHUENTRO, Juan. “El Az Mapu o sistema jurídico mapuche”. *Revista CREA, Centro de Resolución Alternativa de Conflictos, Universidad Católica de Temuco*, N°2 (2001), pp. 28-38, p. 29.

⁵⁰ SÁNCHEZ CURIHUENTRO, “El Az Mapu”, cit. nota n° 49, p. 29.

⁵¹ SÁNCHEZ CURIHUENTRO, “El Az Mapu”, cit. nota n° 49, p. 29.

⁵² SÁNCHEZ CURIHUENTRO, “El Az Mapu”, cit. nota n° 49, p. 33.

⁵³ Entrevista dirigente Lof Yeupeco, 24 de agosto 2013.

⁵⁴ SÁNCHEZ CURIHUENTRO, “El Az Mapu”, cit. nota n° 49, p. 29.

⁵⁵ ÑANCULEF HUAQUINAO, Juan, “La cosmovisión y la filosofía mapuche: Un enfoque del Az Mapu y del derecho consuetudinario en la cultura mapuche”, *Revista de Estudios Criminológicos y Penitenciarios* N°6 (2003), pp.37-58, p. 49.

⁵⁶ ÑANCULEF HUAQUINAO, “La cosmovisión”, cit. nota n° 55, p. 52.

Kürrüf), de los animales (*Yam Kullin*), de las montañas (*Yam Mawiza*), de las aves (*Yam Urrüm*), de las serpientes (*Yam Filu*), etc.⁵⁷

El Gen son las entidades superiores dueñas de todas las cosas (*Gen Mapu*, *Gen Ko*, *Gen Kürrüf*, etc.), incluso de nosotros mismos (*Gen Che*), cuyo significado puede compararse a las obligaciones/ sanciones para la transgresión al *Yam*.⁵⁸ Obligaciones de respetar los derechos antes señalados y sanciones desde la ética y la moral para todo tipo de transgresión a los *Gen*. Por ejemplo, *Gen Mapu* son entidades espirituales dueñas de la tierra, y que sancionan cualquier tipo de transgresión a ella.⁵⁹

Siendo el Az Mapu un Todo regulado por los *Yam* y los *Gen*, resulta fácil comprender que no pueden establecerse grandes diferencias entre el ámbito público y el privado, entre infracciones civiles y penales.⁶⁰ Todas –en mayor o menor medida– rompen el equilibrio, haciéndose imperioso su restablecimiento porque de lo contrario puede llegar a “desarmar la sociedad interna y la comunidad”.⁶¹

2.2. La Prevención v/s Punición.

La necesidad de mantener el equilibrio hace que operen mecanismos preventivos de la violencia⁶² que se manifiestan al primer atisbo de conflicto. Entre mapuche, la primera medida es “conversar” entre las partes afectadas, cualquiera que sea el tipo de transgresión. Según da cuenta Guevara: “antes de entrar a las vías de hecho, mediaban requerimientos que permitían en ocasiones llegar a un arreglo. ...la lei o la costumbre tradicional había generalizado una tarifa de composición para todos los crímenes”.⁶³

En la actualidad, la avaluación estandarizada del daño se ha perdido, pero mantienen el mecanismo preventivo y frente a la pregunta como resuelven un conflicto entre comuneros, ellos responden:

“aquí se acostumbró de llevar los temas como se dice a calzón quitado, en las asambleas más que hablar de proyectos de repente hablamos: ‘sabes que vamos a tener que arreglar este cerco se están pasando los animales’, evitar digamos, más que solucionar el tema es como evita” (lonko Temulemu).⁶⁴

“nosotros siempre hemos resuelto nuestros problemas solos, fundamentalmente estos últimos años como que esto se va... pero aquí todavía se mantiene esto de resolver los

⁵⁷ Ampliamente, ÑANCULEF HUAQUINAO, “La cosmovisión”, cit. nota n° 55, pp. 52 y ss.

⁵⁸ ÑANCULEF HUAQUINAO, “La cosmovisión”, cit. nota n° 55, pp. 52-53.

⁵⁹ ÑANCULEF HUAQUINAO, “La cosmovisión”, cit. nota n° 55, p. 53.

⁶⁰ “La idea abstracta de justicia no puede tener cabida en el horizonte moral restringido del hombre inculto. No concibe lo que es crimen, ni distingue la diferencia entre lo que es discusión de intereses i delito, entre lo civil i lo criminal”. GUEVARA SILVA, *Costumbres*, cit. nota n° 6, p. 40.

⁶¹ Entrevista concejal Municipalidad de Galvarino, 18 octubre 2013.

⁶² ROSSEL, Pablo, “Crimen y costumbre en la sociedad mapuche contemporánea: la perspectiva pericial”, *Revista de Estudios Policiales* N°3 (2008), pp. 85-99, p. 89.

⁶³ GUEVARA SILVA, *Costumbres*, cit. nota n° 6, pp. 44 y 45.

⁶⁴ Entrevista Lonko Temulemu, 22 agosto 2013.

VILLEGAS, Myrna. “Sistemas sancionatorios indígenas y Derecho penal. ¿Subsiste el Az Mapu?”.

problemas por la vía pacífica primero, entendimiento auto entendimiento entre sí, por ejemplo si alguien molesta a algún vecino hay que hablar con él y decirle de buena manera que no hay razón para molestar o molestar a la persona. ... no necesariamente que se lo diga yo le molesto a usted, simplemente por el hecho de no pasar a la casa a conversar eso significa una razón de molestia... una actitud poco amistosa, esa es una forma que la persona entiende que la otra persona está molesta” (dirigente Lof Lleupeco).⁶⁵

“si ella pasa sus animales yo no puedo andar echándole los perros...se conversa la cosa ahí mismo. Tenemos la sede, esto hizo dicen y no puede andar así entonces la gente piensa igual que no debe andar peleando entre nosotros entre mapuche es muy feo llegar a la justicia, llegar a los carabineros...” (ñuke Lof Kurrache).⁶⁶

Puede advertirse entonces que, entre ellos, el uso de mecanismos punitivos (intra mapuche o estatales) operan como última ratio. El *ngenfetuwin* (concepto de justicia) opera de la siguiente manera:

“la persona que está siendo víctima de una acción de un vecino a través de sus animales, va a la casa del vecino y va a conversar el tema... ahora sí esa familia insiste y no hace caso, actualmente se acude a lo que es la institucionalidad Chilena y cuando esto no estaba operaba otros niveles de resolución de conflictos más intra-mapuche” (concejal mapuche de Galvarino).⁶⁷

Lo reafirma el lonko de Temulemu: “aquí la gente no acude al tiro a la demanda”.

El acudir a la justicia chilena como última ratio es confirmado en parte por una facilitadora intercultural de la defensoría penal pública asignada a la región, quien indica que ha sabido de algunos casos en los que la comunidad ha resuelto internamente un conflicto, pero esos no llegan al sistema penal: “las causas que llegan al sistema (penal) son las que no resultó o que simplemente la víctima no optó por ese lado”.⁶⁸ Sin embargo, en opinión de esta misma entrevistada, los comuneros acuden a la justicia más que antes,⁶⁹ y llegan “*causas chicas*” al sistema penal, como por ejemplo daños a la siembra del vecino.

Esta situación puede obedecer al proceso de desintegración cultural de muchas comunidades, que seguramente serán aquellas que más llegan a la justicia estatal. Como explica el concejal mapuche:

⁶⁵ Entrevista a dirigente Lof Yeupeco, 24 agosto 2013.

⁶⁶ Entrevista a la Ñuke (Madre), Lof Kurrache, 24 agosto 2013.

⁶⁷ Entrevista a concejal Municipalidad de Galvarino, Galvarino, 18 de octubre 2013.

⁶⁸ Entrevista facilitadora intercultural Defensoría Penal Pública, IX región, 21 agosto 2013.

⁶⁹ En sentido similar TORRES ROMERO, Sandra, “Derecho penal y Diversidad Cultural. Una mirada a la nueva justicia penal en contexto mapuche”, *Revista Electrónica del Instituto Latinoamericano de Estudios en Ciencias Penales y Criminología*, 004-10 (2009), pp. 1-24, p. 12, en: <http://www.ilecip.org> [visitado el 02 de enero de 2014], quien realiza esta afirmación con base en una entrevista que realizó a la misma facilitadora intercultural aquí citada, y a los datos estadísticos por ella proporcionados.

“hoy día tenemos comunidades desarticuladas culturalmente... yo creo que las comunidades que estén en un grado de lucha constante de tener su recuperación territorial, tal vez están más afiatados para estar rearmándose en sí mismos, volver a tener grados de decisiones propias en diferentes aspectos, pero las comunidades que no están en ese proceso, viven en el diario vivir como quedaron después de la radicación, hay una dinámica de deestructuración tremenda y agréguele a eso con la presencia hoy día permanente de instituciones como la iglesia por ejemplo la iglesia evangélica” (concejal mapuche Galvarino).⁷⁰

Todos los comuneros de los Lof visitados coinciden en que no es correcto entregar todos los conflictos a la justicia chilena, pues no confían en el Estado, debido a la criminalización de la que han sido objeto en el proceso de recuperación de sus territorios:

“yo he visto con mis propios nietos y mi nieta no le puedo decir esa es una autoridad del gobierno, una autoridad ahí que nos va a cuidar cuando ella misma va a decir, se acuerda papi cuando a las cuatro de la mañana me sacaron pa’ afuera de la ventana me botaron ¿y quienes fueron? Los pacos” (kimche Lof Temucuicui).⁷¹

“si uno recurre a la justicia winka, no va a haber justicia porque nosotros somos los enemigos del Estado Chileno ¿cómo le vamos a pedir justicia a ellos mismos?” (werken Lof Muco Bajo).

“a ningún mapuche le gusta mucho andar en la justicia, manchar nuestro apellido... nuestros abuelos siempre nos dijeron eso, que tenemos que cuidar mucho el apellido porque es muy mal visto en el pueblo mapuche por ejemplo, llegue una patrulla de carabineros donde una familia” (comunera Lof Kurrache).

Por eso, no es extraño que prácticas resolutivas de conflictos con base en el Az Mapu pervivan en estos sectores, con mayor o menor intensidad, pero en silencio, al margen completamente del Estado, quien ignorante de las mismas, insiste en punir y criminalizar. Es más, hay una tendencia a recuperar el derecho propio:

“debemos volver por lo que era antes, porque con los winkas no podemos, cual es la mentalidad hoy día, no podemos pedirle justicia a nuestro propio enemigo, porque hoy día no es convivencia, ahora pasa a ser enemigo, ya no podemos depender de ellos, no podemos pedir que nos hagan justicia ellos, entonces aquí debemos volver a lo nuestro” (dirigente Lof Yeupeco).

2.3. Las Infracciones al Az Mapu.

Antiguamente, y según dan cuenta algunos comuneros y autoridades entrevistadas, las transgresiones al Az Mapu podían ser “delitos individuales” y “delitos colectivos”. Los delitos individuales son los que comete un comunero en contra de otro comunero sea dentro de la misma comunidad o de distintas comunidades pero que afectan intereses propios. Delitos colectivos son los que comete un comunero o comunidad en contra de otra comunidad o de un comunero de esta última.

⁷⁰ Entrevista a concejal Municipalidad de Galvarino, Galvarino, 18 de octubre 2013.

⁷¹ Entrevista Kimche (sabio) Lof Temucuicui, 23 agosto 2013.

VILLEGAS, Myrna. “Sistemas sancionatorios indígenas y Derecho penal. ¿Subsiste el Az Mapu?”.

“El delito individual es que una persona tenga problema...por ejemplo una violación [...] los individuales tienen poco peso para el Mapuche, el que tiene peso es el delito colectivo. [...] Un delito colectivo sería para un Mapuche por ejemplo, hay personas que están vistos por el bien y el mal hay personas que son malos y van causando maldad a otro territorio imponiendo su maldad a otro territorio entonces eso es un delito colectivo” (dirigente Lof Yeupeco).

Observamos entonces que en ellos, ya desde tiempos ancestrales, y mucho antes que nosotros, existía la noción entre bienes jurídicos individuales y bienes jurídicos colectivos. Los delitos colectivos serían por ejemplo envenenar el agua, estropear la cosecha comunitaria, en definitiva, que un extraneo lleve el mal a otra comunidad. Eso genera conflicto intercomunidades y puede interpretarse como un error de dirección por parte del lonko de la comunidad a la que pertenece el infractor:

“los problemas individuales internos van a depender de la formación del lonko a su gente [...] el lonko para que sea distinguido por otra comunidad de otro territorio tiene que tener su gente alineado, no puede haber un desorden interno, al haber un desorden interno ese Lonko es mirado como que él comete el error, no su comunidad, él, que no es capaz de manejar su gente” (dirigente Lof Yeupeco).

Esta concepción difiere completamente de la sostenida por algunos autores. Guevara por ejemplo, señala que en mapuche toda la concepción de los delitos gira en torno a la propiedad, como valor central. Se es propietario de la tierra, de las mujeres y de los hijos. Y por ello, por ejemplo, no se castigaban el parricidio de la mujer ni de los hijos, y el adulterio se castigaba porque era un atentado contra la propiedad del hombre sobre la mujer (y no un atentado contra el orden de la familia).

Del mismo modo, los robos, que usualmente eran considerados delitos graves cuando se producían al interior de la comunidad, dejaban de ser ilícitos cuando se producía fuera de la misma, en donde más bien se reportaban como una especie de “recuperación”. Es más, “cuando el robo se ejercía contra los españoles, la opinión pública lo aceptaba como hecho digno de celebrarse”.⁷² Estas ideas de Guevara han sido refutadas por autores chilenos y argentinos⁷³ quienes estiman que se trataría de afirmaciones influenciadas por el positivismo reinante en la primera mitad del siglo XX, dado que la propiedad individual para los mapuche no existía. Solo la asimilaron después de la colonización.

Yendo a la naturaleza de los delitos, antiguamente, se castigaban el robo, el adulterio, el asesinato, la traición y el maleficio. En la actualidad, se considera delito muy grave la *traición*, siendo ésta una conducta que afecta a toda la comunidad, y aun más, al pueblo mapuche en general. La referencia a los “testigos protegidos” en procedimientos por ley de conductas terroristas en contra de mapuche, son parte del relato de todos los comuneros

⁷² GUEVARA SILVA, *Costumbres*, cit. nota n° 6, p. 41.

⁷³ AGUIRRE OBARRIO, Eduardo, “El derecho penal de los mapuche. Una aproximación comparativa en tiempos de retribucionismo extremo”, en 5° Congreso Nacional de Sociología Jurídica sobre la Investigación Sociológica ante la Crisis de la Sociedad, el Estado y el Derecho, La Pampa (Argentina), 2004, pp. 261-264; SALAMANCA HUENCHULLÁN, *El derecho*, cit. nota n° 16.

entrevistados, e identificados como un punto de conflicto introducido por la cultura dominante, y que trasunta a su propia cotidianeidad.

“La traición, de echar a la gente preso.[...] mandar a asesinar un peñi, hoy en día la policía está a diestra y siniestra, cuidando los fondos, allanando en cualquier minuto, aunque ahora nosotros no estamos en recuperación ni activos, sucede algo a las primeras casas que vienen, a la casa del peñi de nuestra comunidad, a esta casa, a la casa de al lado, a la de más allá, entonces esas son lo grave y terrible para nosotros los mapuche” (werken Lof Muco Bajo).

“En el malón se le dijo mejor que se fueran, porque ellos estaban haciendo problema, seguramente reconocieron que estaban faltando y se fueron lejos por allá... son gente mala, mal vividor, buenos para tomar no más y además fueron testigos protegidos, el hombre era enfermo de la cabeza...ese pusieron de testigo, eso es lo que hace la autoridad, la policía” (comunera Lof Muco Bajo).

“el otro día con esto de los testigos protegidos, hoy día solos los Mapuche los están empleando...porque, como que en la familia existen en las comunidades, territorios, Lof, hay personas que dicen escuché a personas decir esto, pero no digan que yo fui, hay persona que dicen no digan que yo dije que estaba pasando, eso ya es un testigo protegido [...] y eso es traído por los Españoles por los winkas, antiguamente no había eso, antes nadie acusaba a nadie sin decir quien lo estaba acusando” (dirigente Lof Yeupeco).

Antiguamente había procedimientos específicos destinados a develar y castigar el falso testimonio eran el *Traf Zugun* y el *Witxatu*.⁷⁴

Seguido de la traición, es identificado como de gravedad conductas de abuso de cierta condición o poderío, y por ello son graves los delitos que se cometen contra ancianos y niños.

“Por ejemplo grave gravísima reprochable por todos y algo que no se ve aquí, son los abusos, los abusos de niños, eso es lo que hoy en día golpea al mundo winka y eso en la sociedad mapuche no se ve y si pasara esas personas tendrían que ser sancionados con muerte no más, así no más, porque no se concibe” (werken Lof Muco Bajo).

“Pegarle a una anciana igual, a una ancianita eso es sancionado, y la sanción no consiste en ir a amenazarlo, aplicarle un tipo de multa de pena o algo así, se nota en el vivir, se nota. Es una persona despreciada por toda la comunidad” (Ñuke Lof Muco Bajo).

“pegarle a un anciano eso es sancionado por toda la gente siempre lo van a indicar con el dedo, lleva como una marca. La gente lo señala...” (werken Lof Muco Bajo).

⁷⁴ Ampliamente, ÑANCULEF HUAQUINAO, “La cosmovisión”, cit. nota n° 55, p. 56.

VILLEGAS, Myrna. “Sistemas sancionatorios indígenas y Derecho penal. ¿Subsiste el Az Mapu?”.

Esto se explica por el respeto que se debe tanto a los ancianos como a los niños, porque:

“los Mapuches adultos, mayores o ancianos eran los que le daban su conocimiento por eso eran respetados... porque el ser humano dependía de los adultos [...] los niños también porque son el futuro de la gente... porque el día de mañana los niños, ese que no respeta va a ser igual que los otros, su educación su formación va a ir delegándola con los niños, un niño maltratado va a ser un maltratador” (dirigente Lof Yeupeco).

Otras conductas que perciben como delictivas es el maltrato a la mujer o a otros miembros de la familia, debido a la importancia que ésta tiene en la cultura.

“el tema de la familia para nosotros reviste un tema súper importante central, mi mami estuvo en maful que son los casamientos mapuche... cuando se casa una persona mapuche con otro mapuche hay un consejo...por supuesto a nadie se le dijo usted va a golpear a su mujer, eso es muy mal visto en la familia [...] eso de la violencia sí se da, no podemos desconocer, pero hay formas, para eso están los adultos para eso están las familias, un tío mayor, una tía mayor que va a ir a aconsejar y esta, se da al interior de las comunidades. Está hoy día presente, muy presente” (comunera Lof Kurrache).

2.4. Formas de solución del conflicto.

Cuando el mecanismo preventivo falla, y se produce la infracción, las formas de solución van desde mecanismos de autocomposición (conversar, arreglarse entre ellos), pasando por mecanismos de auto tutela, hasta la intervención de un tercero que hace las veces de amigable componedor, más que de autoridad.

En este punto cobra relevancia el *malón*, como forma de resolver el conflicto, el que tiene una significación amplia y distinta de la que le han dado algunos autores, quienes le han atribuido un significado de venganza colectiva,⁷⁵ en cuya virtud una comunidad o una familia ejercen fuerza sobre otra familia para recuperar lo robado, o resarcirse del daño. Una especie de choque en el que se miden fuerzas.⁷⁶

En las acepciones que durante la investigación se pudo apreciar, si bien en el *malón* se observa una especie de medición de fuerzas, su significado no es “venganza”, sino “restablecimiento del equilibrio de fuerzas rotas”, puesto que se encuentran presentes la reciprocidad y el principio de proporcionalidad. Se recibe en la misma medida que se da.

“las reglas están estipuladas, todos los que somos mapuche de alguna forma nos transmiten el comportamiento, las reglas de cómo movernos en este mundo mapuche y tú sabes que si rompes estas reglas, tú sabes que las rompiste entonces tienes que asumir el costo [...] la gente sabe la consecuencia” (lonko Temulemu).

⁷⁵ Así ROSSEL, “Crimen”, cit. nota n° 62, p. 89. Menos enfático es Guevara para quien el malon solo es venganza cuando se ejerce por los parientes del afectado, pues debe distinguirse el malón judicial del malón militar, este último cuando interviene el “cacique” para auxiliar a esa familia. GUEVARA SILVA, *Costumbres*, cit. nota n° 6, p. 44.

⁷⁶ Así, GUEVARA SILVA, *Costumbres*, cit. nota n° 6, p. 44.

Una forma de malón, que en Yeupeco le denominan *malowin* es presentarse en la casa del vecino y no ingresar al domicilio a conversar, dando a entender que no va en forma amistosa:

“el malón tiene otro contexto, la otra palabra dice malowin yo voy a una casa y con el solo hecho de no pasar, no compartir el mate y conversar, a decirle como está, como está su familia. Eso es un malowin. No va en son de paz, no va con ganas de compartir, dialogar con la persona. Eso es malowin y todo esto se entiende por ejemplo si la persona iba a un Lof a reclamar un hecho grave de su Lof a otro Lof, ese era un hecho grave y no iba solo, iba con su cona, con su gente que lo acompañe, eso era malowin y eso tenía que indemnizarse siempre que sea un daño indemnizable” (dirigente Lof Yeupeco).

En el Lof Muco Bajo, a una práctica similar se le denomina “maloquear”:

“el malón no solamente es apalearse, el malón es cuando uno va a una casa a conversar y a plantear su problema y ahí ese malón tiene su estructura igual una forma de hacerlo. Uno cuando va a maloquear...hay un reclamo a un jefe de familia o a una mama, voy y el que va a hacer malón no pasa ni pa´ dentro, va afuera no más, va afuera y siempre el mapuche anda con un palo para esas cosas, desde ahí que se relaciona a los peñis que siempre andan con su wiño” (werken Lof Muco Bajo).

“Aún se hace y se hacía siempre el tema como un malón, que era visitarlo temprano, cuando hay un problema, se va a visitar a la persona, entonces va el lonko. En este caso va la persona que está con el problema, pero si está muy ofuscado o enojado, mejor que ni vaya porque se puede producir un problema mayor. Entonces van otros más mayores a ver ese tema, porque culturalmente siempre se hizo así” (comunera Lof Kurrache).

Pero también el *malón* puede llegar a afectar la integridad física, e incluso la vida, que era como antiguamente se entendió. En la actualidad, puede llegar solo a la causación de lesiones, con consentimiento o no del afectado:

“esa es una práctica mapuche de arreglarse a palos eso se llama malón y esa es una forma bien efectiva para solucionar conflictos...cuando los mapuches pelean entre ellos están aplicando la ley antigua no más, esa es la ley antigua, aunque suene feo reconocerlo o decir que eso es antiguado o prehistórico que nos agarremos entre nosotros, pero es una práctica habitual dentro de nuestro pueblo” (werken Lof Muco Bajo).

Podríamos aún ahondar más, el malón que contiene violencia, puede a su vez darse sin conocimiento del que va a ser “maloqueado” o con su conocimiento y consentimiento. En el primer caso nos encontramos por ejemplo, con una disputa en la que fallaron los mecanismos preventivos y acaba con el ataque de un grupo a otro, normalmente familias, lo que viene desde antiguo, según da cuenta Guevara:

VILLEGAS, Myrna. “Sistemas sancionatorios indígenas y Derecho penal.
¿Subsiste el Az Mapu?”.

“las partes ofendidas se hacen justicia i juntando sus parientes van con jente armada a vengar el agravio i satisfacerse de su mano en los daños de la hacienda. I el mas poderoso i emparentado es el mejor juez de la causa para hacerse justicia”.⁷⁷

En el segundo caso, nos encontramos con una “pelea” concertada entre las partes, práctica que continúa en la actualidad en algunos lugares:

“hemos visto casos de peñis que a las seis de la mañana los peñis están dele combos... tal día, tal fecha a tal hora están citados todos a observar, en cualquier momento, en el menos pensado a veces están a las seis de la mañana los peñis arreglando su diferencias. Mira y ahí está la diferencia, pelean no más, nadie saca la cuchilla, nadie saca la pistola, nadie saca venganza después... todo queda ahí” [...] “Quedan tranquilitos, quedan bien, nunca más pelean” (werken y ñuke Lof Muco Bajo).

“me acordaba cuando se agarraban a palos, los viejos y al otro día sabe esto es lo increíble, al otro día aquí ni ha pasado nada [...] que la pelea que perdure, no, que se sienta un odio, que se sienta un odio con su vecino ya nunca más” (kimche Temucuicui).

La reciprocidad viene dada por el hecho de que quien “maloquea” simplemente está devolviendo lo que recibió, lo que permitiría reestablecer el equilibrio roto.

“si esta persona que va a hacer un malón a una casa y no logra entendimiento con una familia o a lo mejor lo reciben mal y le pueden pegar inclusive...tiene todo el derecho él y su familia si es una persona que tiene hermanos, primos, tíos, familiares en ir a la casa y maloquear” (werken Lof Muco Bajo).

Al mismo tiempo se respeta el principio de proporcionalidad y de alguna manera la extensión del mal causado, pues:

“tienen que pelear anciano con anciano, mujer con mujer, joven con joven, se agarran a pelear y también hay un protocolo también es feo que un joven le pegue a un anciano, es muy feo, y todos lo indican con el dedo ese le pego y lo miran mal a uno... y no puede andar metido un niño también entremedio de la pelea y también los mapuche tienen su forma de acuerdo al kimün que hay, al kimün nuestro de que los niños tampoco pueden ser parte de esa pelea” (werken Lof Muco Bajo).

En el Lof Muco Bajo se nos relata que otra forma de resolver el conflicto entre mapuche y que viene desde antiguo es el *Kutxentu*, la competencia.

“...ese winka le daba triguito, harina cruda a los Mapuches, después igual al final iba anotando todo: ‘ya tanto de esto, tanto de esto’. Al final le decía a los mapuche usted debe tanto así que el terreno es para mí, así de a poco fue agarrando terreno de los Mapuches, así que ahí al final el lonko se dio cuenta porque su gente reclamaba...le decían nos están quitando la tierra con poca cosa..., así que de ahí creo, se desafiaron a pelear , el Mapuche con el winka, el lonko con el winka y el winka aprendió a hablar mapudugun...así que ahí hicieron la denuncia antes lo llamaban juzgado indio, ...ahí

⁷⁷GUEVARA SILVA, *Costumbres*, cit. nota n° 6, p. 44.

creo que al winka le dijeron si usted es mapuche, hábleme en mapuche le dijo el juez, y le habló clarito mapuche, así que le dijo como soy mapuche es tierra mía, ahí que dijeron, delante del juez, vamos a pelear y el que ganó la pelea, ganó la tierra, todas las comunidades junto a los lonkos y se formó una pelea en ese terreno, en ese tiempo yo tenía más o menos 15 años decía mi abuelo, y también dicen que se hizo como una fiesta y mataron unos animales, dicen que el winka más astuto, como los mapuches usaban melena y no se cortaban el pelo, cuando los mapuche peleaban se agarraban de las mechas y de ahí creo que el winka se llenó con grasa de caballo el pelo, así que el lonko mapuche no sabía eso, ya se pusieron a pelear y el lonko creo el mapuche se agarra de las mechas del winka y se resbalaba las manos... así le ganaron esa tierra a los mapuches” (lonko Lof Muco Bajo).

Tanto en el *malón* como en el *Kutxentu*, hay algo de reforzamiento de la identidad propia bajo la ley mapuche:

“se produce como una lucha de fuerzas entre la gente, se equiparan las fuerzas del mapuche, el que aguanta o no, si este mapuche yo le gané la pelea o no le gané la pelea, por el hecho de yo pelear me respeta, aunque pierda o gane por el hecho de pelear de defenderme, la ley mapuche ya soy una persona digna de respeto..” (werken Lof Muco Bajo).

Y el resultado de la “pelea” es obligatorio para las partes, soluciona el problema, y produce una especie de cosa Juzgada:

“Hay una forma igual, de acatar igual cualquier resolución ya sea por pelea por temas así, la forma en cómo se acata el compromiso mapuche, el compromiso mapuche no solo es la fuerza, la palabra es la que vale, la palabra y también la mano, yo si hago un compromiso y doy mi mano eso es sagrado, es que voy a acatar sí o sí la decisión que tome, y si doy la palabra que voy a hacer esto tengo que cumplir, no puede ser como los políticos que voy a prometer algo que no voy a hacer, tengo que cumplir y ahí está la forma en que se acatan los fallos se puede decir” (werken Muco Bajo).

Pocas son las ocasiones en que actualmente interviene un tercero en la solución del conflicto, por lo general el lonko, o alguna otra persona o personas a las cuales se le reconozca autoridad dentro de la comunidad, y cuando lo hacen, parece adoptar mas bien la forma de amigable componedor que de juez:

“una vez se pelearon dos peñis y se agarraron a tajo y todo, se habían demandado y al final un día nosotros los llamamos a reunión y les dijimos: ya vengan los dos en una reunión general. Estaban sus familias, o sea toda su familia, los amigos de él y los amigos de él y ahí les dijimos que el tema había que resolverse ahí... entonces mi papá (el lonko en ese tiempo) les dijo los quiero: a los dos en la reunión, entonces ahí habló uno... después le tocó al otro, entonces a los dos les tocó, era como un tribunal, pero un tribunal entre nosotros y las dos familias ahí, así que al final se les dio la palabra a las familias de cada peñi y los dos eran solteros, así que las mamás los papás estaban ahí” (lonko Temulemu).

“Nosotros hemos tenido problemas dentro de la comunidad y se ha regulado internamente, o sea el mismo hecho del tema de tierras, litigios de tierras, el lonko (la

VILLEGAS, Myrna. “Sistemas sancionatorios indígenas y Derecho penal. ¿Subsiste el Az Mapu?”.

lonka) tiene un poder de decisión y los demás los seguimos. Aquí cuando no hay un problema grave, la gente le viene a preguntar en general a la tía Rosa o aquí a mi mami que es su hermana, entonces siempre o sea en mapudungun dicen, Che mante pe Rosa, a mi mami le dicen aquí Ñuke en la comunidad, así la gente dice: ‘qué van a decir ellas en este problema’ y van a conversar se hace una reunión y ahí se decide más o menos cuales son los pasos a seguir.” (comunera Lof Kurrache).

2.5. Procedimiento y Sanciones.

No se observa un procedimiento establecido para la investigación ni la sanción, sin embargo, el relato del lonko de Temulemu nos recuerda al antiguo *Txaftun Lonkon*, procedimiento mediante el cual se ponía a los acusados frente a sus testigos, una especie de comparendo de prueba con testimonios de manifestación de la naturaleza y en donde los Gen y los Yam operaban como una especie de amonestación psicológica para el espíritu, produciéndose así las confesiones y arrepentimientos.⁷⁸

El procedimiento es oral, no se guarda ningún ritual. En el Lof de Temulemu, se nos relata que a veces, durante lo que podríamos llamar “etapa de investigación” se puede acudir a una “*sorteadora*” (vidente) para que ella diga donde se encuentran por ejemplo, los animales robados. Este mecanismo procesal viene también de antaño y se llama *Inarrumen*,⁷⁹ que consistía en indagar los hechos a través de terceros, considerados “especialistas” por sus dotes de clarividencia (machis, adivinos, sorteadores). Cuando se ubica a los animales, se va a la casa de esas personas y se las “maloquea” quitándoles los animales.

Más que procedimiento, se trata de un “*protocolo*”: cada mapuche sabe que debe guardar las reglas del Az Mapu. Si se produce una infracción se va a conversar con el infractor o esa familia. Si persisten, alguien con autoridad de la comunidad como el Lonko(a), los más ancianos, aconsejan y resuelven. En este contexto es que pueden sucederse los *malowines*, los *malones* y el derecho a maloquear cuando se ha sufrido una ofensa o a alguien de su familia: “la violencia siempre ha sido un mecanismo de resolución de conflicto cuando se agotan las instancias de diálogo” (concejal mapuche Galvarino).

En cuanto a las sanciones, cabe indicar que la mayoría de los comuneros entrevistados, se advirtió la idea de reinserción del sujeto a la comunidad. Con la conversación, se busca más bien que el sujeto reconozca su error y lo enmiende.

“...independiente de los hechos que haya cometido un peñi o una lamngen no hay condena, siempre hay una conversa y eso va acompañado no de un encarcelamiento, digamos no de perjudicar a la gente como en este caso de los papeles de antecedentes, la gente que comete un error va acompañado de un ‘elam’ lo que decimos nosotros de aconsejarlo... decir, ya, tú cometiste este error, nunca más lo cometas porque somos todos parientes o sea de alguna forma de tratar de limpiar tu imagen de esa forma” (lonko Temulemu).

⁷⁸ ÑANCULEF HUAQUINAO, “La cosmovisión”, cit. nota n° 55, p. 56.

⁷⁹ ÑANCULEF HUAQUINAO, “La cosmovisión”, cit. nota n° 55, p. 56.

Cuando no da resultado, se aplican otro tipo de sanciones, como el aislamiento, cuya importancia es muy alta en la cultura mapuche dado que su identidad reside en el colectivo. La sanción más grave es la expulsión, equivalente a una especie de destierro y que supone negar al individuo el derecho de entrada nuevamente en su comunidad. En palabras de Duff, equivaldría a una “excomuni3n” en el sentido de constituir una exclusi3n irrevocable de la comunidad.⁸⁰

La expulsión se dictamina en casos de delitos muy graves (ej. traici3n), o despu3s de haber agotado todas las instancias, por ejemplo, en el Lof Kurrache, frente a un conflicto de violencia intrafamiliar en la que la v3ctima era una *ñaña* (señora mayor), que tenía el rol de *lawentuchefe* (médico), quien era golpeada por su pareja, intervino toda la comunidad pidiendo consejo a los mayores.

“le pegó despu3s supimos, se le perdonó, despu3s volvió a hacerlo, ya despu3s fue mayor, la encerró. Estaba muy mal ella, bueno la comunidad conversó, conversaron los más mayores y decidieron que debía denunciarse a tribunales y él tenía que irse de la comunidad, era la única manera de solucionar el problema, la tía podía vivir sola y el resto la podía ayudar sus parientes, sus sobrinos, pero él no podía seguir en la comunidad porque podía cometer algo mayor. Y así se hizo la tía ahora está sola, efectivamente, siempre se le va a ver, todos tenemos la responsabilidad, pero él se fue de la comunidad, se expulsó porque así nosotros resolvimos el problema” (comunera Lof Kurrache).

A diferencia de otras comunidades indígenas latinoamericanas, como las de la Sierra del Ecuador, en las que puede aplicarse medidas privativas de libertad como el encierro en casa comunal,⁸¹ los mapuche la desprecian. Consideran que la pena privativa de libertad no cumple ninguna funci3n, y más bien trae problemas que soluciones:

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

Finalmente, es posible advertir que la sanción es más grave cuando se trata de delitos dolosos que imprudentes:

⁸⁰ DUFF, “Penance”, cit. nota n° 35, p. 300.

⁸¹ BORJA JIMÉNEZ, *Introducci3n*, cit. nota n° 17, p. 157.

VILLEGAS, Myrna. “Sistemas sancionatorios indígenas y Derecho penal. ¿Subsiste el Az Mapu?”.

“tiene que pagar su condena con trabajo hacia la familia que fue afectada y le daría esa salida... a lo mejor depende de las circunstancias, a lo mejor entre cerveza y vino no quiso matar al otro, a lo mejor en un agarrón lo empujó y se golpeó con una piedra y se murió, él no quiso matarlo, pero si ahora va directo con la intención de matarlo y va el puñal directo al corazón ese a lo mejor para mi sería otro, de que efectivamente tenía ganas de matar y allí habría que usar otra variable” (lonko Temulemu).

3. Cotejando el Az Mapu con los sistemas sancionatorios indígenas y el Derecho penal.

El Az Mapu, al igual que otros sistemas sancionatorios indígenas se identifica mejor con un sistema de justicia restaurativa que con el derecho penal:

“es como hacer de que la otra persona pueda ponerse en el lugar del otro y pueda evitar este tipo de situaciones, es la conversación, es el diálogo a partir de un hecho puntual que tiene que cambiar esa situación que se está dando” (concejal mapuche Galvarino).

“Yo creo que la justicia son para cada, la justicia mapuche son para los mapuche... y la que han inventado los winkas son para los winkas, entonces si nos ponemos en eso, para los mapuche no es bueno esta justicia, no tienes otra alternativa que te manden para la cárcel...si a mí me tocara resolver un homicidio por ejemplo, yo lo que haría tratar de llamar a las dos familias involucradas ¿me entiende? Y tratar de que esa persona de alguna forma como castigo pueda suplir digamos la ausencia del otro...tiene que pagar su condena con trabajo hacia la familia que fue afectada” (lonko Temulemu).

A consecuencia del principio rector del equilibrio de las fuerzas de la comunidad o de la paz social que impregna los sistemas sancionatorios indígenas, conductas que para los occidentales son atípicas, en los sistemas sancionatorios indígenas para ellos son graves, por ejemplo, la ociosidad y la brujería.⁸² En los pueblos andinos, la ociosidad es mal vista, e incluso forma parte del derecho originario (Ixwas): no robar, no mentir, no ser ocioso.⁸³ En el pueblo mapuche antiguamente la brujería podía traer como consecuencia el ajusticiamiento por parte de la comunidad:

“si está bien pillado, eso contaba mi finado abuelo, cuando estaba bien comprobado que esa persona hacía mucho daño a la gente joven que tenía vida, los ejecutaban a esa persona, eso decía mi abuelo” (lonko Lof Muco Bajo).

“Antiguamente en el tiempo digamos no sé qué año sería dicen que toda la gente que eran brujos que hacían mal a la otra persona y salían y alcanzaban a esa persona salían quemadas” (kimche Lof Temucuicui).

En cuanto a su cotejo con el derecho penal, al igual que en otros sistemas sancionatorios indígenas, además de la ausencia del principio de legalidad, tal y como lo conocemos, por la transmisión oral de las normas, hay también importantes diferencias en materia de

⁸² BORJA JIMÉNEZ, *Introducción*, cit. nota n° 17, pp. 123-124.

⁸³ JIMÉNEZ CÁCERES, “La ley del ayllu”, cit. nota n° 24.

culpabilidad y responsabilidad personal por el hecho, que de alguna manera, desvirtúan la presunción de inocencia y acarrearán también sanciones, muchas veces informales, también para los miembros de la familia del infractor. Todo depende de cómo sea vista la familia dentro de la comunidad:

“en nuestra comunidad por lo menos...uno identifica a su gente, esta familia es trabajadora, estos son buenos para participar en un nguillatum, aquí hay una familia que tiene hartos hijos que son buenos para el palin, pero también puede haber una familia que tiene malos hábitos, entonces con esa familia uno no hace mucha alianza por lo mismo; entonces se cuidaba si la familia, en este caso la juventud, se juntaba y llegan y hacen cosas malas era horrible porque sabían que sus hijos después iban a andar metidos para manchar la honra y el apellido de la familia” (comunera Lof Kurrache).

Es decir, si alguien comete una infracción y proviene de una familia de dudosa reputación, probablemente su inocencia sea mucho más difícil de sostener frente a la comunidad.

Del mismo modo, no existe un procedimiento establecido en términos de un debido proceso legal, lo que se explica por la diversidad de formas de interpretación del Az Mapu y como se practicaba o se practica en algunos lugares.

Siendo un sistema sancionatorio cuyo eje central es la comunidad, y no el individuo, creo que no es posible identificarlo con el derecho penal, si por éste entendemos un sistema de garantías establecido en favor del individuo para frenar el poder punitivo del colectivo representado por el Estado, y que ostenta como principios esenciales la presunción de inocencia, legalidad, culpabilidad por el hecho propio, personalidad de la pena, entre otros.⁸⁴ Una segunda razón es la imposibilidad de distinguir entre infracciones civiles, administrativas y penales, Az Mapu es Todo.

4. La difícil relación entre justicia ordinaria y justicia indígena.

Históricamente pueden identificarse cuatro posibles formas de relación entre la justicia oficial y la justicia indígena.⁸⁵ La primera forma es *negar* la posibilidad de existencia de otra justicia. Cuando la negación proviene del Estado, se traduce en actitudes tales como criminalizar a las autoridades indígenas o simplemente ignorarlas desconociendo la validez de sus decisiones. Cuando la negación proviene de los indígenas, se traduce en ejercer su justicia en la clandestinidad, al margen del Estado.

Una segunda forma es *coexistir* pero en forma *diferenciada* y *distanciada*, esto es, ambas justicias existen pero no se relacionan, como lo que sucedió en el sistema de apartheid del África del Sur. La tercera forma es *la reconciliación*, que consiste en que la justicia oficial reconoce a la justicia indígena y le otorga alguna dignidad, por la forma en la que fue

⁸⁴ Cfr. BORJA JIMÉNEZ, *Introducción*, cit. nota n° 17, pp. 81 y ss. Dicho autor estima que sí existe un derecho penal indígena pero que difiere del derecho penal estatal.

⁸⁵ DE SOUSA SANTOS, “Cuando los excluidos”, cit. nota n° 3, pp. 35 y ss.

VILLEGAS, Myrna. “Sistemas sancionatorios indígenas y Derecho penal.
¿Subsiste el Az Mapu?”.

ignorada o reprimida en el pasado.⁸⁶ Finalmente está la *convivialidad*, esto es, un reconocimiento y enriquecimiento mutuo de ambas justicias, con pleno respeto a las autonomías y jurisdicciones de ambas. Esto, que requiere de una “cultura jurídica de convivencia” es todavía un ideal a alcanzar.⁸⁷

El mayor problema reside en las propias Constituciones, ya sea porque se quedan en declaraciones programáticas que luego son contradichas por la regulación o sistema de justicia interna,⁸⁸ o por ausencia de reconocimiento, como es el caso chileno, dentro de lo que De Sousa Santos llama “la sociología de las ausencias”. Esto trasunta a materia penal generando dificultades especialmente en aquellos casos en los que el indígena es juzgado por la justicia ordinaria.

En el ámbito de la teoría del delito existen varias posibilidades que hemos examinado en otro lugar:⁸⁹ inimputabilidad, error de prohibición, error de comprensión culturalmente condicionado, fuerza irresistible, circunstancias modificatorias de responsabilidad penal, como sucede con el art. 54 ley 19.223 en Chile que contempla la posibilidad de considerar la costumbre indígena como antecedente para aplicar una eximente o atenuante de responsabilidad penal. Solo la costumbre, no su derecho propio.

No obstante, en todas ellas se encuentran presentes la tipicidad y antijuridicidad del acto que realiza el indígena. Me sumo a quienes estiman que cuando ellos aplican su derecho propio lo hacen en ejercicio legítimo de su derecho.⁹⁰

Debe tenerse presente que, como otros han señalado ya,⁹¹ los derechos colectivos que los indígenas reivindican hace referencia a un orden normativo que poseían desde antes de la llegada de los españoles. Por lo tanto, no es algo que el Estado deba “darles” sino más bien “devolverles”. Con la ratificación del Convenio 169 el Estado de Chile se encuentra ante la obligación de reconocer sus costumbres y derecho consuetudinarios, por lo que parece haberse superado la visión monista de una única justicia oficial.⁹²

⁸⁶ Es lo que sucede p. ej. en la legislación indígena colombiana. Véase VILLEGAS DÍAZ, “Entre la justificación”, cit. nota n° 1, pp. 185 y 186.

⁸⁷ DE SOUSA SANTOS, “Cuando los excluidos”, cit. nota n° 3, p. 36.

⁸⁸ P.ej. La Ley del Deslinde Jurisdiccional en Boliviana sido sumamente criticada, pues no se trataría de una ley de coordinación, sino más bien de “destrucción” de la justicia indígena, contraria a la idea del constituyente boliviano. DE SOUSA SANTOS, “Cuando los excluidos”, cit. nota n° 3, p. 38. Así también se encuentran dificultades en la coordinación de ambas justicias en Ecuador, constándose en ocasiones el desconocimiento por parte de la justicia estatal del mandato del constituyente, sea por desconocimiento, o por encontrarse en una posición adversa y crítica respecto de la justicia indígena. Véase VINTIMILLA SALDAÑA, Jaime, *Ley Orgánica de Cooperación y coordinación entre la justicia indígena y la jurisdicción ordinaria ecuatoriana: ¿un mandato constitucional necesario o una norma que limita a los sistemas de justicia indígena?*, Serie Justicia comunitaria en los Andes: Perú y Ecuador, Vol. Num.6, Quito (Ecuador): Ed. Cevallos, 2012, pp. 120 y ss.

⁸⁹ VILLEGAS DÍAZ, “Entre la justificación”, cit. nota n° 1. Véase también CARNEVALI, Raúl, “El multiculturalismo: un desafío para el derecho penal moderno”, *Polit. Crim.* Vol. 2, N° 3 (2007), pp. 1-28, pp. 20 y ss. y COUSO SALAS, “Mapuches y derecho penal”, cit. nota n° 4, pp. 185-191.

⁹⁰ Así, GUZMÁN DALBORA, José Luis, “Derecho Penal y Minorías étnicas: Planteamiento y liquidación criminalista de un problema político”, *Revista de Derecho Penal y Criminología*, N°7 (2013), pp.243- 257.

⁹¹ TORRES ROMERO, “Derecho penal”, cit. nota n° 69, p. 2.

⁹² COUSO SALAS, “Mapuches y derecho penal”, cit. nota n° 4, p. 204.

Si bien es cierto el Tribunal Constitucional, al momento de declarar la constitucionalidad del Convenio 169, señaló que la existencia de una jurisdicción indígena era incompatible con el sistema procesal chileno,⁹³ lo cierto es que esta afirmación resulta discutible.⁹⁴ En mi opinión, no existen impedimentos para el reconocimiento de la validez del derecho propio indígena.

Una primera posibilidad es la creación de tribunales indígenas. Creo que, interpretando a contrario sensu lo señalado por el Tribunal Constitucional en su sentencia, bastaría que se promulgara una ley que los creara.⁹⁵ Esto porque cuando el Tribunal Constitucional excluyó el art. 9 del Convenio que ordena a los Estados respetar “los métodos a los que los pueblos interesados recurren tradicionalmente para la represión de los delitos cometidos por sus miembros”, “en la medida en que ello sea compatible con el sistema jurídico nacional y con los derechos humanos internacionalmente reconocidos” lo hizo porque a su juicio se contraponen con algunas normas constitucionales, la primera, el art. 73 que señala que “la facultad de conocer de las causas civiles y criminales, de resolverlas y de hacer ejecutar lo juzgado, pertenece exclusivamente a los tribunales establecidos por la ley”. La segunda, el art. 19 num. 3 dado que según la Constitución nadie puede ser juzgado por comisiones especiales, y un órgano indígena no creado por ley lo sería, y asimismo toda sentencia de un órgano que ejerza jurisdicción deberá fundarse en un proceso previo y legalmente tramitado.

El primer obstáculo para la creación de una ley que reconozca jurisdicciones indígenas, muchos dirán, es la ausencia de un reconocimiento constitucional previo. Sin embargo, jurídicamente esto tampoco es un impedimento. De un lado, no habría infracción al art. 73 de la Constitución, a mayor abundamiento, existen ya tribunales especializados, o procedimientos especiales: familia, adolescentes.

Por otra parte, recordemos que los derechos de los pueblos indígenas son derechos humanos,⁹⁶ y que ellos forman parte del bloque de constitucionalidad que lidera el art. 5 inciso 2° de la Constitución.⁹⁷ Luego, están dentro de la misma.

Más bien la pregunta que corresponde hacerse es si es necesaria una ley que cree tribunales indígenas, porque siendo el Convenio 169 una norma de rango supralegal,⁹⁸ los tribunales tienen el deber de atender al derecho propio indígena, con independencia de su

⁹³ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE CHILE, Sentencia Rol 309-2000, de 4 agosto 2000, considerandos 52° y 53°.

⁹⁴ COUSO SALAS, “Mapuches y derecho penal”, cit. nota n° 4, p. 205.

⁹⁵ En esta solución DEFENSORÍA PENAL PÚBLICA, *Modelo De Defensa Penal Para Imputados Indígenas*, [en línea], [ref. de 02 de enero de 2014], disponible en Web: <<http://www.dpp.cl>>.

⁹⁶ COUSO SALAS, “Mapuches y derecho penal”, cit. nota n° 4, p. 204.

⁹⁷ Véase MEZA-LOPEHANDÍA, Matías, “El Convenio N°169 OIT en el sistema normativo chileno”, en: MEZA-LOPEHANDÍA, Matías (Ed.), *Las implicancias de la ratificación del Convenio N°169 de la OIT en el sistema normativo chileno, 2da. Ed.*, Temuco (Chile): Ed. Observatorio ciudadano, 2011, pp. 66-96 [en línea], [ref. de 02 de febrero de 2014], disponible en Web: <<http://www.observatorio.cl>>. En contra de esta postura, el Tribunal Constitucional ha declarado, entre otros fallos, que: “aunque aparezca obvio, la norma constitucional reformada (en 1989) no consagró que los tratados internacionales sobre derechos esenciales tuvieran una jerarquía igual o superior a la Ley Fundamental” (Fallo rol 346, de abril de 2002, sobre el Tribunal penal Internacional).

⁹⁸ En esta postura COUSO SALAS, “Mapuches y derecho penal”, cit. nota n° 4, p. 204.

consagración en una ley, como sucede actualmente con la costumbre indígena (art. 54 ley 19.223).

A partir de la experiencia ecuatoriana y boliviana, es dable destacar que, más allá de la legislación, espontáneamente se fue adoptando una forma de coordinación “desde abajo”, es decir, a partir de prácticas concretas de los operadores y autoridades de las dos justicias, en su tarea diaria de resolver conflictos.⁹⁹ Esto es lo que actualmente se intenta realizar a partir de las prácticas de la Defensoría Penal Pública en las I, XV, VIII y IX Regiones, a las cuales, por extensión, no me referiré, pero que también han formado parte de nuestra investigación.

Quiere decirse que las formas de resolución de conflictos indígenas en nuestro país, son compatibles con el sistema jurídico nacional y los derechos humanos, y que actualmente pueden y deben ser cumplidas (y de hecho en algunos casos lo es) mediante salidas alternativas que contempla el código procesal penal cuando el hecho investigado ya ha sido conocido por la comunidad.¹⁰⁰

¿Y qué piensan los indígenas sobre la posibilidad del reconocimiento de tribunales indígenas?

Advertimos dos posiciones: una que consiste en negar al Estado, la otra un poco más conciliadora pero escéptica.

“No, nosotros no necesitamos que esto sea reconocido por el Estado, yo creo que no necesitamos que esto sea reconocido en papeles, porque para recuperar nuestra lengua, para recuperar nuestro kimün, no necesitamos que esto vuelva a estar escrito, basta que nosotros tengamos esa intención, todo se conserva, no necesitamos el papel, por eso nosotros vamos para atrás a lo antiguo, somos generación de eso, somos comunidades que estamos por esa línea de volver hacia atrás” [...] eso se puede practicar, porque aquí básicamente nosotros decidimos quien entra a la comunidad y quien no entra, a quien recibimos en nuestra casa y a quien no recibimos, quien es bienvenido y quien no es bienvenido. Eso es parte, eso se practica a diario” (werken Lof Muco Bajo).

“si lo miramos desde la pérdida que ha habido y ha sido causada por el Estado tendría que reponer lo que ha causado. Porque finalmente para todo un proceso de reconstrucción se necesitan recursos y recursos que no hay en las comunidades, está el conocimiento, todavía tenemos todo eso, pero para implementar un sistema como el que usted señala se necesitan recursos si, o si, ¿Por qué? Porque si se van nuestros chekeche, los adultos mayores, alguien tiene que ir tomando eso después, también significaría como una escuela de aprendizaje para los que vienen más atrás” (comunera Lof Kurrache).

“Yo creo que... más que tener un tribunal, porque el tribunal se va a regir más por ciertos parámetros que el mismo Estado va a reglamentar, entonces yo creo que hay un

⁹⁹ DE SOUSA SANTOS, “Cuando los excluidos”, cit. nota n° 3, p. 37.

¹⁰⁰ COUSO SALAS, “Mapuches y derecho penal”, cit. nota n° 4, p. 205.

tema que ya está reglamentado como es el caso el tema mapuche, digamos, muchas veces la gente recurre a estos llamados por una cuestión más fácil de llamar a carabineros de cualquier cosa pequeña, porque por un lado hay una vista más accesible, más rápido y lo segundo porque impartir justicia por el pueblo mapuche no está considerado, valorizado digamos por las instituciones del Estado o por el Estado y entonces como que no hay un valor, no tiene un valor, pero sí uno internamente le da un valor, pero no está estipulado en ningún lado, es una cuestión de conciencia propia de nosotros decir mira aquí se involucra, al final yo creo que es una justicia más pertinente más adecuada porque aquí no hay condena” (lonko Temulemu).

“si hay algún elemento que ha sufrido una trastocación profunda, se ha desconocido y que ha impuesto la otra forma, y por lo mismo hoy día yo lo veo como uno de los aspectos más difíciles de poder reconstruir, no imposible pero bien complicado, es el tema de la aplicación de justicia en las comunidades, porque puede darse con aspectos pequeños como esto entre hacerse daño por los animales, creo que hasta se hace, pero otros delitos más complicados, no sé” (concejal mapuche Galvarino).

Sin embargo, hacen presente que cualquier reconocimiento a la justicia indígena, hace necesario que previamente se les entregue autonomía y control de sus territorios.

“yo creo que en el fondo son decisiones políticas o sea en la medida que el Estado reconozca derechos al ejercicio de la autonomía Mapuche por ejemplo, si estaríamos en condiciones de echar mano a lo propio para resolver nuestros problemas, pero si no hay un reconocimiento de la autonomía mapuche vas a tener encima todas estas instituciones... mientras esté encima ese aparataje institucional la recurrencia va a ser a él porque eso es lo que tienes a mano. Pero si a tí te reconocen, el Estado Chileno te reconoce el derecho al ejercicio de la autonomía, nosotros estaríamos obligados entonces también o por último digamos ya no nos seguirnos rigiendo por la justicia Chilena... vamos a empezar a reconstruir nuestro propio sistema jurídico de impartir justicia y empezar a echar mano a eso, pero, sabiendo que efectivamente tú lo puedes empezar a aplicar y eso va a tener un reconocimiento, incluso legal, que una resolución de conflictos determinado pueda también tener un reconocimiento del otro sistema y de que efectivamente es una resolución válida” (concejal mapuche Galvarino).

En Galvarino, por ejemplo, que es un pueblo con alta densidad mapuche, han sido parte de un proceso de recuperación de lo propio ganando la alcaldía, es decir, han optado por “disputar el poder del espacio local como uno de sus ejes de acción ya a partir de eso, es aportar, apoyar un proceso más largo de logro y autodeterminación” (concejal mapuche Galvarino).

5. Los derechos humanos en la aplicación de la justicia indígena como límite.

Conforme a la normativa internacional, las costumbres y derecho propio indígena encuentran como límite a su reconocimiento y valor los derechos fundamentales

VILLEGAS, Myrna. “Sistemas sancionatorios indígenas y Derecho penal.
¿Subsiste el Az Mapu?”.

reconocidos en el sistema legal nacional, así como los derechos humanos internacionalmente reconocidos.¹⁰¹

La amplitud de la cobertura de los derechos antes mencionados obliga a realizar alguna precisión. En este punto hay dos formas de situarse. Una forma es teniendo un criterio absoluto respecto de la aplicación de los derechos humanos, en cuya virtud no habría restricciones a los mismos basadas en la cultura. Otra forma es tener un criterio más relativo, en cuya virtud las actuaciones deben ser valoradas solo a la luz de la propia cultura. Desde la primera, sería imposible admitir por ejemplo, la aplicación de penas-penitencia corporales, o una condena sin un proceso previo y legalmente tramitado. Desde la segunda, la ablación del clítoris en África estaría plenamente justificada.¹⁰²

Ninguna de estas dos posturas responde al fundamento de un derecho penal intercultural, siendo preciso entonces, establecer un consenso, aún mínimo, respecto a su contenido. Un consenso que, por cierto, es posible,¹⁰³ como lo ha demostrado la Corte Constitucional colombiana.¹⁰⁴

Este tribunal ha realizado una interpretación de las garantías del individuo ensanchando su contenido para permitir el ejercicio de los derechos colectivos de los pueblos indígenas, lo que ha implicado, de un lado *maximizar* la autonomía indígena, pero respetando siempre el contenido esencial del derecho. De otro lado, *minimizar las restricciones*, de manera tal que solo sea posible restringir la autonomía indígena cuando se trata de una medida necesaria para “salvaguardar un interés de superior jerarquía”,¹⁰⁵ y que en caso de ser violados, “justificarían una intervención en la vida de cualquier comunidad política y jurídicamente autónoma”.¹⁰⁶ Tales valores, a juicio de la Corte Constitucional Colombiana, y de la

¹⁰¹ El art. 8.1 del Convenio 169 dispone que: “Al aplicar la legislación nacional a los pueblos interesados deberán tomarse debidamente en consideración sus costumbres o su derecho consuetudinario” y añade en el art. 8.2. “Dichos pueblos deberán tener el derecho de conservar sus costumbres e instituciones propias, siempre que éstas no sean incompatibles con los derechos fundamentales definidos por el sistema jurídico nacional ni con los derechos humanos internacionalmente reconocidos. Siempre que sea necesario, deberán establecerse procedimientos para solucionar los conflictos que puedan surgir en la aplicación de este principio”. Por su parte el art. 34 de la Declaración de Naciones Unidas sobre Derechos de los Pueblos indígenas señala que: “Los pueblos indígenas tienen derecho a promover, desarrollar y mantener sus estructuras institucionales y sus propias costumbres, espiritualidad, tradiciones, procedimientos, prácticas y, cuando existan, costumbres o sistemas jurídicos, de conformidad con las normas internacionales de derechos humanos”.

¹⁰² Ampliamente, LILLO VERA, Rodrigo, “El Convenio 169 de la OIT y la Defensa Penal de Indígenas”, en: DEFENSORÍA PENAL PÚBLICA, *Minuta Regional N°1/2010/abril*, pp. 3-23, pp. 7-10, [en línea], [ref. de 02 de enero de 2014], disponible en Web: <<http://www.dpp.cl>>.

¹⁰³ BORJA JIMÉNEZ, Emiliano, “Sobre el fundamento intercultural del derecho penal”, *Anuario de Derecho penal y Criminología*, Vol. LXII (2009), pp. 283-311, pp. 290-291.

¹⁰⁴ CORTE CONSTITUCIONAL COLOMBIANA, Sentencia Tutela - 349/96, de 8 de agosto 1996, Caso Ovidio Wasorna.

¹⁰⁵ LILLO VERA, “El Convenio”, cit. nota n° 102, p. 9.

¹⁰⁶ BONILLA MALDONADO, Daniel, *La Constitución Multicultural*, Trad.: HOLGUÍN, Magdalena; BONILLA, Daniel, Bogotá (Colombia): Siglo del Hombre Editores, Universidad de Los Andes, Fac. Derecho, Pontificia Universidad Javeriana, Instituto pensar, 2006, p. 277.

doctrina colombiana serían: la prohibición de la tortura, el asesinato y la esclavitud.¹⁰⁷ De lo contrario, como ha dicho la Corte Constitucional de Colombia, “el reconocimiento a la diversidad cultural no tendría mas que un significado retórico”.¹⁰⁸

“A juicio de la Sala, este núcleo de derechos intangibles [aplicable en casos de conflictos internos de una misma comunidad étnica] incluiría solamente el derecho a la vida, la prohibición de la esclavitud y la prohibición de la tortura. Dos son las razones que llevan a esta conclusión: en primer lugar, el reconocimiento de que únicamente respecto de ellos puede predicarse la existencia de un verdadero consenso intercultural. En segundo lugar, la verificación de que este grupo de derechos se encuentra dentro del núcleo de derechos intangibles que reconocen todos los tratados de derechos humanos, derechos que no pueden ser suspendidos ni siquiera en las situaciones de conflicto armado [...].¹⁰⁹

En esta restricción encontramos los tres ejes fundamentales en torno a los cuales gira, desde 1789, la noción de derechos humanos: a) la dignidad humana, considerada punto de referencia de “todas las facultades que se dirigen al reconocimiento y afirmación de la dimensión moral de la persona”, b) la libertad, principio aglutinador de la lucha por los derechos humanos, c) la igualdad, postulado fundamental de toda la construcción teórica jurídica de los derechos sociales.¹¹⁰

Respecto de sanciones comunitarias consistentes en penas corporales de castigos físicos, ha señalado que se permiten en la medida que no constituyan tratos crueles, inhumanos o degradantes:

“No todas las penas corporales constituyen tortura, y (...) para que adquieran tal entidad los sufrimientos producidos deben ser graves y crueles. La intensidad debe ser analizada a la luz de las circunstancias del caso, como la duración de la condena, sus efectos en la integridad física y moral del condenado, su sexo, edad o condiciones de salud, e incluso el contexto sociopolítico en el que se practica”.¹¹¹

La Corte Constitucional argumenta además que en este caso el objetivo de la sanción no era degradar o humillar al condenado, sino obtener su purificación. Desgraciadamente, quienes se encuentran en una postura contraria a la justicia indígena, tienden a resaltar los excesos de la justicia indígena (p.ej. en los castigos) como la regla general, cuando solo constituyen la excepción, creando así una imagen distorsionada de lo que realmente es. Esto sucede en Ecuador y en Bolivia.¹¹²

Es posible entonces, encontrar este consenso mínimo respecto de lo que no puede vulnerarse, pero teniendo presente que para lograr este consenso, las garantías individuales deben interpretarse dentro de un enfoque más colectivo y social, “con una dimensión

¹⁰⁷ BONILLA MALDONADO, *La Constitución*, cit. nota n° 106, p. 277

¹⁰⁸ CORTE CONSTITUCIONAL COLOMBIANA, Sentencia Tutela -349/96, cit. nota n° 104.

¹⁰⁹ CORTE CONSTITUCIONAL COLOMBIANA, Sentencia Tutela -349/96, cit. nota n° 104.

¹¹⁰ PÉREZ LUÑO, Antonio. *Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución*, 5ta. Edición, Madrid (España): Ed. Tecnos, 1999, pp. 49 -50.

¹¹¹ LILLO VERA, “El Convenio”, cit. nota n° 102, p. 10.

¹¹² DE SOUSA SANTOS, “Cuando los excluidos”, cit. nota n° 3, p. 23.

supraindividual distinta de la operada en la cultura occidental”.¹¹³ En este sentido, es preciso un proceso comunicativo entre la cultura dominante y las dominadas para poder llegar al consenso de los valores o normas que se quieren erigir como universales.¹¹⁴

Conclusiones.

El Az Mapu, como sistema sancionatorio indígena, subsiste embrionariamente en comunidades que han experimentado la criminalización durante estos años, en el marco del conflicto por la recuperación de tierras. La percepción entre sus miembros es de desconfianza frente a la justicia estatal, por lo que es preciso acudir a su sistema de justicia, rescatándolo si fuese necesario.

No existe un “derecho penal mapuche”, sino más bien distintos sistemas sancionatorios, en función de cómo interprete cada Lof las reglas del Az Mapu. No obstante es posible advertir ciertos elementos comunes:

a) Tienen principios generales: El Yam (derecho a ser respetado) y los Gen (obligación/sanción), el principio de equilibrio de las fuerzas (del Lof o del Ailla Rewe) y el principio de reciprocidad.

b) Al igual que otros sistemas sancionatorios indígenas, se transmite en forma oral, por lo que no es posible encontrar un principio de legalidad tal y como conocemos en la justicia ordinaria. La protección gira en pos del colectivo y no del sujeto individualmente considerado, por eso el principio de culpabilidad aparece difuso pues lo que importa es cómo se conduce el individuo respecto de la comunidad, y la familia a la cual pertenece, lo que puede operar a su favor o en su contra en caso de una eventual acusación de haber cometido una infracción.

c) No es posible diferenciar entre infracciones civiles o penales.

d) En todas las formas de derecho propio advertidas se observan atisbos de una justicia restaurativa, y el empleo de la punición como última ratio. La regla general es la prevención de las infracciones al Az Mapu mediante la transmisión de sus valores y reglas por parte de los ancianos a los más jóvenes y a los niños. La punición opera después de “la conversación” entre la víctima y/o su familia o las autoridades y el infractor, y solo cuando ella no ha sido eficaz.

e) No es posible advertir rasgos de un “proceso”, sino más bien de un “protocolo” y que se maneja en forma rigurosa. Este protocolo es primero conversar con el infractor haciendo ver la molestia, si esto no es eficaz, se puede optar por el aislamiento del infractor y su familia, o también es permitida la aplicación de la fuerza. El malón es percibido como un “derecho” de mapuche cuando fracasan las instancias de diálogo. En el malón también existe un protocolo: se respeta la reciprocidad y la proporcionalidad. Además del malón,

¹¹³ BORJA JIMÉNEZ, “Sobre el fundamento”, cit. nota n° 103, p. 290.

¹¹⁴ BORJA JIMÉNEZ, “Sobre el fundamento”, cit. nota n° 103, p. 291.

puede aplicarse la expulsión, que es la sanción más grave, y que es decidida por toda la comunidad.

Un apartado especial nos ha merecido la pena y sus fines en los sistemas sancionatorios indígenas. Hemos interpretado la pena como un proceso comunicativo, mediante el cual la comunidad señala al infractor que el hecho que ha cometido es reprochable, porque le afecta a sí mismo y a toda la comunidad. Por lo mismo se espera su confesión y arrepentimiento. En la confesión el sujeto “desnuda su alma” frente a la comunidad, reconoce el error y manifiesta su arrepentimiento, con lo cual comienza a repararse el daño hecho a la comunidad. En ocasiones es necesario un castigo, que en la diversidad de justicias indígenas existentes en América latina, puede consistir desde trabajos en beneficio de la comunidad, hasta castigos corporales. Este castigo lo hemos interpretado según Duff, como penitencia secular, que también comunica pues viene a ser una especie de disculpa para el ofendido, lo que a su vez conlleva un último lazo comunicativo a cuyo través el sujeto se reconcilia con toda la comunidad. La única oportunidad en que este proceso comunicativo se rompe, es cuando el sujeto es expulsado de la comunidad, pues ya no hay reconciliación posible, cortándose todos los lazos existentes.

Llama la atención que mapuche percibe la imposición de la pena como una forma de participación tanto del sujeto en la comunidad, como en definitiva de toda la comunidad. Pedir disculpas, la reparación del daño, permiten que el sujeto participe en la solución del conflicto que creó con su infracción. Asimismo, la comunidad también participa en la imposición de la misma y es ella la que iría evaluando el proceso de reinserción.

Respecto de la Justicia indígena, es posible afirmar que en el proceso evolutivo que hemos descrito para Latinoamérica, nos encontramos en la etapa de la negación, tanto por parte del Estado como por parte de los indígenas. El Estado niega a los indígenas al no reconocerlos constitucionalmente y al establecer mediante sus órganos jurisdiccionales que ellos deben estar sometidos a una única legislación oficial. Los indígenas asumen esta decisión, acudiendo a las instancias de la justicia ordinaria, porque sus decisiones no son válidas oficialmente, pero reaccionan cuando la justicia oficial les ha criminalizado. Esta reacción consiste en aplicar sus propios métodos de resolución de conflictos y sus propias reglas al margen de Estado.

Si bien, como se ha visto, desde el punto de vista jurídico, aparentemente no hay impedimentos legales para la creación de tribunales indígenas, de conformidad con la interpretación que se ha dado del convenio 169 como norma de rango supra legal y a contrario sensu de las afirmaciones del tribunal constitucional en la sentencia mencionada, preguntados los propios indígenas, no es una idea que les agrade. Tanto el negar la posibilidad de un reconocimiento estatal, como la de mostrarse escépticos, tienen una misma raíz: el temor a que sea el Estado chileno el que regule la forma de estos tribunales, es decir, que sea una construcción hecha con “sus leyes y no con las nuestras” como indicó un comunero. Esto se ve reafirmado con la conocida polémica generada a raíz del “reglamento” del derecho de consulta indígena que elaboró el Estado.

VILLEGAS, Myrna. “Sistemas sancionatorios indígenas y Derecho penal.
¿Subsiste el Az Mapu?”.

En todo caso, quienes se muestran más proclives a ello, hacen referencia al deber que tiene el Estado de ayudar a los pueblos indígenas a recuperar su derecho propio, toda vez que su pérdida fue fruto del proceso de reducción. Para ello no necesariamente ha de promulgarse una ley que establezca tribunales indígenas, existiendo otros mecanismos tal vez menos invasivos que el normar sobre este tipo de órganos con las leyes occidentales.

Sin perjuicio que este trabajo ha sido delimitado en orden a establecer la pervivencia o no del derecho propio mapuche y su relación con el derecho penal, y no específicamente sobre los aspectos procesales de la justicia ordinaria en relación a la justicia indígena, se propone dar mas énfasis a la capacitación a jueces y fiscales sobre justicia intercultural. Sería beneficioso también retomar la idea de mediación intercultural, entregándoles facultades a los Lof para que puedan realizar procedimientos de mediación dentro de sus territorios y entre sus miembros, acercándonos poco a poco a una justicia comunitaria, y encargarse a algún órgano jurisdiccional la coordinación entre la resolución de conflictos en los respectivos Lof, y la justicia oficial. En Colombia esta tarea la realiza la Corte Constitucional. En Chile, podría crearse un tribunal especial para dicha coordinación. El punto excede los límites de este trabajo, quedando su tratamiento para un posterior análisis.

Es preciso dar un enfoque intercultural al derecho penal chileno, devolviendo a los indígenas el derecho de resolver por ellos mismos las infracciones a sus reglas, con fuerza vinculante para el Estado y con efecto de cosa juzgada, especialmente aquellas que son típicamente relevantes para la justicia oficial. Este derecho propio debería tener competencia territorial y personal. Para ello se requiere voluntad en los diversos sectores en orden a reconocer el derecho al ejercicio de la autonomía mapuche dentro de sus territorios. Sólo una vez asentada esta voluntad política, podemos sentarnos con los indígenas a discutir sobre la posibilidad de llegar a un consenso intercultural sobre la naturaleza de las infracciones y la forma de implementación y coordinación entre ambos tipos de justicia.

BIBLIOGRAFÍA

- AGUIRRE OBARRIO, Eduardo, “El derecho penal de los mapuche. Una aproximación comparativa en tiempos de retribucionismo extremo”, en 5° Congreso Nacional de Sociología Jurídica sobre la Investigación Sociológica ante la Crisis de la Sociedad, el Estado y el Derecho, La Pampa (Argentina), 2004, pp. 261-264.
- BONILLA MALDONADO, Daniel, *La Constitución Multicultural*, Trad.: HOLGUÍN, Magdalena; BONILLA, Daniel, Bogotá (Colombia): Siglo del Hombre Editores, Universidad de Los Andes, Fac. Derecho, Pontificia Universidad Javeriana, Instituto pensar, 2006.
- BORJA JIMÉNEZ, Emiliano, *Introducción a los fundamentos del derecho penal indígena*, Valencia: Tirant, Monografías, 2001.
- _____, “Sobre los ordenamientos sancionadores originarios de Latinoamérica”, HURTADO POZO, José (Dir.), *Derecho penal y pluralidad cultural. Anuario de Derecho Penal*, Perú: 2006, pp. 101-151.
- _____, “Sobre el fundamento intercultural del derecho penal”, *Anuario de Derecho Penal y Criminología*, Vol. LXII (2009), pp. 283-311.
- CAJÍAS KAUFFMANN, Huáscar, *Criminología*, La Paz (Bolivia): Ed. Juventud, 1970.
- CALLEJO CABO, Jesús, *Breve Historia de la Brujería: Conjuros, pactos satánicos, libros prohibidos, aquelarres y falsos mitos sobre las brujas así como la verdadera historia de su brutal persecución en Europa y América a lo largo de tres siglos*. Madrid: Ediciones Nowtilus, 2008.
- CARNEVALI, Raúl, “El multiculturalismo: un desafío para el derecho penal moderno”, *Polít. crim.* Vol. 2, N°3 (2007), pp. 1-28.
- CORREA CAMUS, Paula (Dir.), *Mediación intercultural. Estudio sobre conflictividad y modelos de intervención. Ministerio de Justicia*, Chile: CONADI, Universidad Diego Portales, 2009.
- COUSO SALAS, Jaime, “Mapuches y derecho penal”, en: OLEA RODRÍGUEZ, Helena (Ed.), *Derecho y Pueblo Mapuche: Aportes para la discusión*, Santiago (Chile): Centro de Derechos Humanos Universidad Diego Portales, 2013, pp. 155-214.
- DEFENSORÍA PENAL PÚBLICA, *Modelo De Defensa Penal Para Imputados Indígenas*, [en línea], [ref. de 02 de enero de 2014], disponible en Web: <<http://www.dpp.cl>>.
- DE SOUSA SANTOS, Boaventura, “Cuando los excluidos tienen derecho: Justicia indígena, plurinacionalidad e interculturalidad”, en: DE SOUSA SANTOS, Boaventura; GRIJALVA JIMÉNEZ, Agustín. (Eds.), *Justicia Indígena, plurinacionalidad e interculturalidad en Ecuador*, Quito: Fundación Rosa Luxemburg/AbyaYala, 2012, pp. 13-50.
- DUFF, R., Antony, “Penance, Punishment and the Limits of Community”, *Punishment & Society*, Vol. 5, N° 3 (2003), pp. 295- 312.
- GUEVARA SILVA, Tomás, *Costumbres judiciales i Enseñanza de los araucanos*, Santiago (Chile): Imprenta Cervantes, 1904.
- GUZMÁN DALBORA, José Luis, “Derecho Penal y Minorías étnicas: Planteamiento y liquidación criminalista de un problema político”, *Revista de Derecho Penal y Criminología*, N°7 (2013), pp. 243- 257.
- JIMÉNEZ CÁCERES, Luis, “La ley del ayllú: notas sobre la administración de justicia en la comunidad aymara de Guallatire”. Directoras: CASTRO LUCIC, Milka Slavia;

VILLEGAS, Myrna. “Sistemas sancionatorios indígenas y Derecho penal. ¿Subsiste el Az Mapu?”.

- VILLEGAS DÍAZ, Myrna, Universidad de Chile, Facultad de Derecho, Programa de Antropología Jurídica, Santiago, 2012.
- LILLO VERA, Rodrigo, “El Convenio 169 de la OIT y la Defensa Penal de Indígenas”, DEFENSORÍA PENAL PÚBLICA, *Minuta Regional N°1/2010/abril*, pp. 3-23, [en línea], [ref. de 02 de enero de 2014], disponible en Web: <<http://www.dpp.cl>>.
- MARIÁTEGUI LA CHIRA, José, *Siete ensayos de interpretación de la realidad peruana*, Lima (Perú): Ediciones Cultura Peruana, 2002.
- MEDRANO OSSIO, José, *Responsabilidad penal de los indígenas*, Potosí (Bolivia): Cuadernos Universidad Autónoma Tomás Frías, 1940.
- MENESES, Magaly (Dir.), *Wichan (El Juicio)* [película], Chile: Fondart, Ministerio de Educación y KIEN Producciones audiovisuales, 1993, disponible en Web.
- MEZA-LOPEHANDÍA, Matías, “El Convenio N°169 OIT en el sistema normativo chileno”, en: MEZA- LOPEHANDÍA, Matías (Ed.), *Las implicancias de la ratificación del Convenio N°169 de la OIT en el sistema normativo chileno*, 2da. Ed., Temuco (Chile): Ed. Observatorio ciudadano, 2011, pp. 66-96 [en línea], [ref. de 02 de febrero de 2014], disponible en Web: <<http://www.observatorio.cl>>.
- ÑANCULEF HUIQUINAO, Juan, “La cosmovisión y la filosofía mapuche: Un enfoque del Az Mapu y del derecho consuetudinario en la cultura mapuche”, *Revista de Estudios criminológicos y penitenciarios* N° 6 (2003), pp. 37-58.
- PÉREZ LUÑO, Antonio, *Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución*, 5ta. Edición, Madrid (España): Ed. Tecnos, 1999.
- ROJAS VÍA, Benigno, “Teko- Jójá- Asý Guaraní (Justicia Penal Guaraní)”, en: DA ROCHA, Joaquín; DE LUCA, Javier (Coords.), *La justicia penal en las comunidades originarias*, Buenos Aires: Edit. Ad-Hoc, 2010, pp. 57-77.
- ROSSEL, Pablo, “Crimen y costumbre en la sociedad mapuche contemporánea: la perspectiva pericial”, *Revista de Estudios Policiales* N°3 (2008), pp. 85-99.
- SALAMANCA HUENCHULLÁN, María del Rosario, *El derecho en la sociedad mapuche. Un análisis de acuerdo a los estudios publicados previos* [en línea], [ref. de 20 de febrero de 2014], disponible en Web: <<http://200.10.23.169/trabajados/rosario.pdf>>.
- SAMANIEGO MESÍAS, Augusto; RUIZ RODRÍGUEZ, Carlos, *Mentalidades y políticas wingka: pueblo mapuche, entre golpe y golpe (De Ibáñez a Pinochet)*, Madrid (España): Consejo Superior de Investigaciones Científicas, 2007.
- SÁNCHEZ BOTERO, Esther, “La jurisdicción especial indígena. Nueva estrategia de la máquina de captura”, en: GIRAUDO, Laura (Ed.), *Derechos, costumbres y jurisdicciones indígenas en la América Latina contemporánea*, Cuadernos y Debates N° 191, Madrid (España): Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2008, pp. 215-231
- SÁNCHEZ CURIHUENTRO, Juan, “El Az Mapu o sistema jurídico mapuche”, *Revista CREA, Centro de Resolución Alternativa de Conflictos, Universidad Católica de Temuco*, N°2 (2001), p. 28-38.
- TORRES ROMERO, Sandra, “Derecho penal y Diversidad Cultural. Una mirada a la nueva justicia penal en contexto mapuche”, *Revista Electrónica del Instituto Latinoamericano de Estudios en Ciencias Penales y Criminología*, 004-10 (2009), pp. 1-24, en: <http://www.ilecip.org> [visitado el 02 de enero de 2014].
- VALENZUELA SALDÍAS, Jonatan, “La pena como penitencia secular. Apuntes sobre el

sentido de la ejecución de la pena”, *Revista de Derecho (Valdivia)*, Vol. XXIII, N°1 (2010), pp. 255-268.

VILLEGAS DÍAZ, Myrna, “Estado de excepción y antiterrorismo en Chile. Criminalización de la protesta social con especial referencia a los indígenas”, *Revista de Derecho Penal y Criminología*, Año III, N° 6 (2013), pp. 3-25.

_____, “Entre la justificación y la exculpación. Apuntes de legislación comparada latinoamericana sobre pluralismo jurídico y derecho penal”, *Revista de Derecho (Valdivia)*, Vol. XXV, N° 2 (2012), pp. 177-205.

VINTIMILLA SALDAÑA, Jaime, *Ley Orgánica de Cooperación y coordinación entre la justicia indígena y la jurisdicción ordinaria ecuatoriana: ¿un mandato constitucional necesario o una norma que limita a los sistemas de justicia indígena?*, Serie Justicia comunitaria en los Andes: Perú y Ecuador, Vol. Num.6, Quito (Ecuador): Ed. Cevallos, 2012.

VINTIMILLA SALDAÑA, Jaime; ALMEIDA MARIÑO, Milena; SALDAÑA ABAD, Remigia, *Derecho indígena, conflicto y justicia comunitaria en comunidades kichwas del Ecuador*. Serie Justicia comunitaria en Los Andes: Perú y Ecuador, Lima (Perú): Instituto de Defensa Legal (IDL), CIDES, 2007.

Sentencias

CORTE CONSTITUCIONAL COLOMBIANA, Sentencia Tutela 349/96, de 8 de agosto 1996, Caso Ovidio Wasorna.

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE CHILE, Sentencia Rol 309-2000, de 4 agosto 2000.