

EL PERITAJE CULTURAL COMO PRÁCTICA ANTROPOLÓGICA EN LA DEFENSA DE IMPUTADOS INDÍGENAS EN CHILE: HACIA LA CONSTRUCCIÓN DE UN POSIBLE PLURALISMO JURÍDICO*

Francisca Fernández Droguett**

RESUMEN. En este artículo se problematizará sobre el peritaje cultural como práctica antropológica utilizada para comprender el entorno y el comportamiento de imputados en situación de diversidad cultural. Se reflexionará sobre la actividad procesal y la posible construcción de una nueva relación entre los pueblos indígenas y el Estado, a partir de la revisión de las definiciones de pluralismo jurídico y su injerencia para una política de reconocimiento, del derecho indígena y la diferenciación entre derecho consuetudinario y derecho propio, del rol del peritaje antropológico, la delimitación del sujeto indígena y la noción de cultura presente en el sistema judicial chileno, considerando la experiencia de defensa indígena en Chile desde la Defensoría Penal Pública.

PALABRAS CLAVE. Peritaje, antropología, pueblos indígenas, derecho indígena, pluralismo jurídico.

CULTURAL EXPERTISE AS AN ANTHROPOLOGICAL PRACTICE IN THE DEFENSE OF INDIGENOUS DEFENDANTS IN CHILE: TOWARDS THE CONSTRUCTION OF A POSSIBLE LEGAL PLURALISM

* Artículo en el marco de la investigación FONDECYT 11170090, “Pluralismo jurídico y derecho indígena en Chile: reflexiones y contribuciones desde el sistema normativo Aymara”.

** Docente de la Escuela de Antropología de la Universidad Academia de Humanismo Cristiano y Perito de la Defensoría Penal Pública, Chile. Correo electrónico: docenciafernandez@gmail.com

ABSTRACT. In this article, cultural expertise will be problematized as an anthropological practice used to understand the environment and behavior of defendants in situations of cultural diversity. Reflection will be made on procedural activity and the possible construction of a new relationship between indigenous peoples and the State, based on a review of the definitions of legal pluralism and their involvement in a policy of recognition, of indigenous law and the differentiation between customary law and proper law, the role of anthropological expertise, the delimitation of the indigenous subject and the notion of culture present in the Chilean judicial system, considering the experience of indigenous defense in Chile from the Public Defender's Office.

KEY WORDS. Expertise, anthropology, indigenous peoples, indigenous law, legal pluralism.

INTRODUCCIÓN

Los años noventa serán recordados como la década de emergencia (Bengoa, 2000) o reemergencia indígena (Toledo Llancaqueo, 2005), en que tanto organizaciones como comunidades indígenas devienen en actores internacionales, y en que diversas demandas, como salud y educación pertinente, se inscriben dentro de una política de reconocimiento. En este marco los derechos indígenas quedan subordinados a la legislación de cada constitución nacional y sus leyes reglamentarias (Valladares, 2006), generando la juridización de un conjunto de prácticas culturales, que comienzan a ser reguladas por el Estado, sin embargo lo jurídico también aparece como un lugar posible de validación del sistema normativo propio de los pueblos indígenas, entendido como aquel sistema administrado por las autoridades originarias, conformado por normas y procedimientos, a través del cual regulan la vida de la comunidad y resuelven conflictos.

A nivel internacional, a partir del Convenio 169 de la OIT y la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, se generan las primeras aproximaciones hacia el reconocimiento

del derecho propio indígena, referido al conjunto de las normas de convivencia social y resolución de conflictos de los pueblos indígenas, y su definición como jurisdicción indígena (Defensor del Pueblo, 2008).

En el convenio 169 de la OIT, se establece que los pueblos indígenas tienen “el derecho a 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” (artículo 8.2). También hace referencia a que “deberán respetarse los métodos a los que los pueblos interesados recurren tradicionalmente para la represión de los delitos cometidos por sus miembros” (artículo 9). Finalmente define la necesidad de que los Estados establezcan “procedimientos para solucionar los conflictos que puedan surgir en la aplicación de este principio” (artículo 8.2), principalmente conflictos de competencia entre justicia ordinaria y justicia originaria, y conflictos generados por la vulneración de derechos fundamentales en la aplicación de la justicia de los pueblos indígenas (Bertini y Yáñez, 2013).

Por otra parte, la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas (2007), establece en su artículo 34: “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”.

Desde los años noventa, con la llegada de la democracia en Chile, los gobiernos de turno (Concertación, Alianza y Nueva Mayoría) han redefinido las relaciones del Estado con los pueblos indígenas mediante la promulgación de la Ley Indígena, la creación de la comisión de Verdad Histórica y Nuevo Trato y la conformación de nuevas instancias de mediación. Se instala un discurso multicultural para la consolidación de un imaginario plural y unido de país, basado en un nuevo proyecto cultural nacionalizador. Se crea y valida una institucionalidad indígena, la Corporación Nacional de Desarrollo Indígena (CONADI), como un actor privilegiado en la reivindicación y movilización de este sector (Bello, 2004; Gundermann, Foester y Vergara, 2003).

En este contexto, el Estado estaría desempeñando un rol ambiguo, entre ser el promotor de la diversidad cultural e incentivar internamente la homogeneización y disciplinamiento de las demandas (De Sousa, 2003). El clientelismo estatal, el faccionalismo, y el paternalismo, son algunas de las estrategias centrales para neutralizar los posibles conflictos sociales producidos por las desigualdades económicas y culturales del modelo imperante (Castro, 2003). Por otra parte, la reducción del derecho indígena a costumbre se convirtió en una estrategia para frenar su consolidación en sujeto político colectivo, relegando lo jurídico exclusivamente a un sistema de creencias. Sin embargo se mantuvieron, aunque de manera silenciosa, los propios sistemas normativos de los pueblos indígenas desde un ejercicio cotidiano comunitario (Melín, Coliqueo, Cirihuinca y Arroyo, 2016).

En Chile, la Constitución Política de la República no contiene una cláusula que se refiera explícitamente a los derechos de los pueblos indígenas ni tampoco consagra el carácter pluricultural de la población chilena (Nash, Núñez y Bustamante, 2014), sólo existen en el ámbito penal instancias como la Defensoría Penal Pública, que integran la dimensión cultural en su quehacer a través de diversas líneas de defensa especializada (Bertini y Yáñez, 2013), destacando la indígena donde se integran nuevos actores como los facilitadores interculturales y herramientas como los peritajes antropológicos, para contextualizar culturalmente al imputado indígena.

El Estado chileno se presenta, a través del impacto de las políticas y programas indigenistas y/o desarrollistas, como un actor relevante en la reivindicación y movilización indígena (Bello, 2004; Gundermann, Foester y Vergara, 2003). En el espacio local aparecen nuevas figuras, como el de los mediadores políticos locales, quienes canalizan las inquietudes de las organizaciones comunitarias y locales, y a su vez articulan intereses con alcances comunales, en su condición de operadores políticos comunales (Gundermann, 2003).

A fines del año 2000 hasta el 2005 se da inicio uno de los cambios más importantes en la historia reciente de la justicia chilena, la Reforma Procesal Penal, lo que derivó en la creación de una defensa especializada de imputados indígenas y migrantes. Es en este contexto que en el 2003 se crea la defensoría indígena en Temuco y se expande como práctica

hacia otras zonas de Chile la defensa de imputados indígenas, surgiendo la figura de facilitadores interculturales en tanto mediadores entre imputado y defensor, y la necesidad de peritajes antropológicos como una forma de validar otras prácticas jurídicas.

Frente a lo expuesto, este artículo buscar problematizar en torno al peritaje cultural como práctica antropológica, en tanto herramienta judicial utilizada para comprender el entorno y el comportamiento de imputados en situación de diversidad cultural, en que se plasman visiones de mundo, y por ende prácticas sociales, tanto de la estructura jurídica oficial como de los imputados indígenas. Para tal efecto, se considerarán diversos ejes de discusión, tal como pluralismo jurídico, derecho indígena, consuetudinario y derecho propio, peritaje antropológico, delimitación del sujeto indígena, de las nociones de cultura y diversidad, desde donde reflexionar sobre la actividad procesal y la posible construcción de una nueva relación entre los pueblos indígenas y el Estado, considerando la experiencia de defensa indígena en Chile desde la Defensoría Penal Pública. Este artículo es producto de una investigación cualitativa, en el que se realizó una sistematización bibliográfica y documental, además de la revisión de documentos oficiales y peritajes antropológicos ejecutados para la Defensoría Penal Pública en la línea de defensa indígena. Cabe destacar que la autora es perito de la DPP hace más de 7 años, por lo que también se ha considerado esta experiencia laboral como fuente de información.

PLURALISMO JURÍDICO

El pluralismo jurídico responde a una multiplicidad de prácticas normativas existentes en un mismo espacio socio-político, interactuantes por conflictos o consensos, pudiendo ser oficiales o no, y teniendo su razón de ser en las necesidades existenciales, materiales y culturales de un conglomerado social (Wolkmer, 2002). Específicamente remite a una situación donde varios órdenes jurídicos conviven en un mismo espacio y tiempo (Borello, 2005). En ese contexto el desafío que presenta es validar las distintas formas en que se interrelacionan los sistemas normativos para regular el comportamiento social en un mismo tiempo y lugar. La premisa es que el Estado no es la única fuente de normas y

prácticas legales, sino que coexiste con muchos otros espacios donde se generan normas y se ejerce control social (Bertini y Yáñez, 2013).

El pluralismo jurídico parte de la necesidad de una interpretación pluricultural de las leyes, es decir, del reconocimiento de diferentes funciones, contextos y fines sociales de las distintas normas jurídicas. En algunos contextos puede reflejar una aplicación de la pluriculturalidad oficial, de un sistema basado en el reconocimiento e inclusión indígena a la estructura legal, sin hacer mayor transformación. El propósito es dar atención y cabida a la particularidad étnica, y no a repensar la totalidad del sistema jurídico (Walsh, 2002).

La legalización del pluralismo jurídico en América Latina ha propiciado el empoderamiento de los pueblos indígenas como política de reconocimiento, fortaleciendo la jurisdicción indígena (Assies, 2000; Yrigoyen, 2003). Sin embargo también ha instalado una suerte de burocratización de las estrategias de argumentación, mediante su legalización el pluralismo jurídico se ha convertido en un dispositivo de poder, dominación y domesticación de lo diverso (De Sousa, 2003).

El reconocimiento de más de un sistema normativo y la consolidación de una institucionalidad indígena no aseguran que siempre exista la justicia apropiada y pertinente a los marcos interpretativos de los pueblos indígenas, ni tampoco un status igualitario entre derecho indígena y derecho positivo y estatal, ni anula la contradicción entre los derechos individuales y los derechos colectivos, o que desaparezcan los prejuicios entre uno y otro sector y los conflictos entre diversos modelos culturales (Assies, 2000). Albó (2000) grafica esta situación de tensión mediante el concepto y la aplicación contradictoria de territorio como uno de los ejes de los derechos colectivos. En diversos casos (como en Bolivia y Ecuador), el Estado ha reconocido la propiedad colectiva de la tierra y los dueños ancestrales, pero al mismo tiempo otorga concesiones territoriales a compañías extractivistas (mineras, petroleras, etc.), excluyendo el agua y el subsuelo y limitando el concepto de territorio a la superficie.

La especificidad del pluralismo jurídico no está en negar o minimizar el derecho estatal, sino en reconocer que es una de las muchas formas jurídicas que pueden existir en una sociedad, pudiendo tener como finalidad el reconocimiento de prácticas normativas plurales y complementarias, incorporadas o controladas por el Estado, o como validación de un sistema propio en tensión o articulación con el Estado. Es así

que podemos identificar diversos tipos de pluralismo jurídico, como el estatal/subordinado, el modelo formal igualitario y el comunitario.

Para Inksater (2005), el pluralismo estatal es un modelo reconocido y controlado por el Estado, bajo un poder político centralizador, en que el orden jurídico estatal posee una positividad mayor que otros sistemas normativos, los cuales se reducen a una función residual y complementaria.

En las democracias neoliberales, el pluralismo jurídico estatal se nos presenta como una estrategia de descentralización administrativa pero también de integración hacia los mercados globales, invisibilizando las propias dinámicas organizativas de los pueblos indígenas. En este marco, el Estado reconoce el “otro” derecho como derecho consuetudinario de los pueblos indígenas, reconociendo formalmente un orden legal paralelo pero sin renunciar al centralismo legal.

Históricamente la formación del Estado ha respondido a un proyecto totalizante, mediante la configuración de una comunidad política que opera en términos de uniformización y homogeneización (Corrigan y Sayer, 2007). El Estado se erige desde la supremacía de un ser genérico, el sujeto occidental, en que se promulga la defensa del individuo y la propiedad privada (Tischler, 2005), bajo el principio del monismo jurídico, la existencia de un solo sistema jurídico dentro de un Estado, y una ley general para todos los ciudadanos, por lo que el pluralismo jurídico no fue admisible bajo la ideología del Estado nación (Yrigoyen, 2012).

Autores como Hoekema (2002) a partir de la crítica al pluralismo jurídico estatal clásico, describen la posibilidad de un modelo formal igualitario donde se reconozca el derecho indígena como un sistema distinto, teniendo un status igual al derecho estatal, entendiendo la justicia indígena como constitutiva, operando paralelamente al sistema estatal, e integral al derecho de autodeterminación y autonomía política. Corresponde a un modelo donde dos o más sistemas jurídicos conviven de forma armónica a través de mecanismos que les permiten interactuar, coordinar, recrearse y complementar sus funciones. Sin embargo este modelo no asume ni reconoce necesariamente el lugar de prevalencia de las condiciones jurídicas estatales, por lo que autores como Wolkmer (2003) plantean la necesidad de pensar un pluralismo jurídico desde las propias bases cosmogónicas de los pueblos indígenas, a partir de principios como el de comunidad.

Desde una lógica comunitaria el pluralismo jurídico posibilita la conformación de un espacio social identitario subsistiendo independientemente del control estatal, en tanto proyecto político jurídico resultante de procesos de consolidación autonómica, ante la legitimidad de los sujetos sociales, la democratización y descentralización de un espacio público participativo (Wolkmer, 2003). Desde esta visión las dinámicas de administración de justicia y su capacidad regulatoria remiten y proceden según los referentes propios de una comunidad. Los referentes normativos están en directa relación a los valores, principios y normas culturales del grupo de pertenencia, de aquí se sostiene su legitimidad.

Siendo la propuesta más crítica, ha sido una de las menos trabajadas, pero además las pocas referencias a este modelo lo sitúan fuera de la esfera de acción estatal, sin embargo, a mi modo de ver, esto no excluyente, hoy tanto la justicia comunitaria como la ordinaria pueden convivir, coexistir y yuxtaponerse, dentro de un marco de legitimación de lo normativo comunitario.

Es necesario plantear un pluralismo jurídico que tensione la perspectiva monojurídica del derecho, el establecimiento de una sola fuente del derecho que se traduce en el Estado, siendo una invitación a pensar el Estado y sus instituciones en términos plurales (Paz, 2014).

DERECHO INDÍGENA: DEL DERECHO CONSUETUDINARIO AL DERECHO PROPIO

Desde la noción de pluralismo jurídico, el derecho indígena como derecho propio inserta la interlegalidad como elemento relacional que permite una política de reconocimiento de otras formas normativas, siendo necesario, para caracterizar este tipo de relación, abordar el derecho consuetudinario en tanto antecedente para el reconocimiento, aunque restrictivo, de los campos normativos indígenas.

El derecho consuetudinario ha sido uno de los referentes jurídicos usado por parte de los Estados naciones para el reconocimiento de algunos derechos de los pueblos indígenas.

De acuerdo con Stavenhagen (1990) forman parte del derecho consuetudinario de los pueblos indígenas: a) normas de comportamiento público, b) mantenimiento del orden interno, c) definición de los derechos y obligaciones de los miembros, d) distribución de los recursos

naturales, e) transmisión e intercambio de bienes y servicios, f) definición de los hechos que puedan ser considerados como delitos, faltas, que afecten a los individuos o bien a la comunidad, con la respectiva sanción, g) manejo y control de la forma de solución de conflictos, y h) definición de los cargos y las funciones de la autoridad indígena.

Para el mismo autor, históricamente el reconocimiento del derecho consuetudinario ha implicado la identificación del derecho de los pueblos indígenas con el término usos y costumbres, denotando un trasfondo colonial, que reduce las normas jurídicas de estos pueblos a un conjunto de normas de inferior jerarquía, que no poseen naturaleza jurídica y de Derecho, por lo que en la práctica no posee una real incidencia, siendo el derecho consuetudinario una elaboración propia de este contexto.

Para Fernández (2001), el derecho indígena, a diferencia del derecho consuetudinario, se regiría por principios radicalmente distintos al derecho estatal, tanto en la tipificación de delitos como en los aspectos procedimentales y el objeto de sanción, por lo que toda política de reconocimiento jurídico implica necesariamente clarificar la naturaleza distinta de ambos sistemas normativos.

Para Sierra (2011), la noción de derecho propio, en tanto derecho de aplicación particular o especial, surge como alternativa al derecho consuetudinario para abordar aspectos jurídicos indígenas, buscando reconstruir las normas propias a partir de las relaciones históricas y de la inserción jurídica de las comunidades indígenas en la sociedad nacional y regional. El derecho propio indígena no remitiría al reconocimiento de un conjunto de tradiciones y costumbres precoloniales, sino que aspiraría a configurar un ordenamiento legal que contiene elementos tanto del mundo indígena como de la sociedad nacional. Es así que el derecho propio no debe ser pensado como el rescate de normas ancestrales, sino como un conjunto de normas dinámicas y en constante transformación, que se han ido reformulando según los requerimientos de los pueblos indígenas producto de las diversas tensiones y articulaciones con el derecho nacional e internacional (Acevedo, 2010; Iturralde, 2005).

El campo jurídico ya no es solamente un espacio de coexistencia, sino de interlegalidad, en que se dan diversas negociaciones, transicio-

nes y contradicciones en múltiples espacios legales sobre prácticas y discursos en torno a derechos y obligaciones (Sieder, 2010), siendo una expresión práctica del pluralismo jurídico en América Latina (Sierra, 2011), donde el derecho indígena es uno de los sistemas jurídicos que cuestiona la visión hegemónica del liberalismo y del derecho estatal, ya que la imposición por parte del Estado de las estructuras legales nunca es algo totalmente hegemónico (Sieder, 2002).

EL PERITAJE ANTROPOLÓGICO

El peritaje cultural o antropológico es uno de los principales instrumentos que ha tenido la defensa indígena para abordar causas en que el imputado es de pertenencia indígena, aunque también existen diversas experiencias en América Latina, como por ejemplo en México y Ecuador, en que la Fiscalía solicita este tipo de informe (peritaje cultural) a dirigentes y autoridades originarias en su calidad de portadores/especialistas de las normas culturales. Es por ello que el uso de este tipo de peritaje se asocia a la incorporación de un enfoque situado desde el pluralismo jurídico, al integrar otras voces y las propias prácticas de los imputados para la fundamentación de la causa.

En términos generales este tipo de peritaje es un medio de prueba durante un juicio, que incorpora los rasgos culturales del imputado para explicar una conducta tipificada como delito en el sistema jurídico oficial (Soto, 2014). En este artículo se plantea más bien su consideración como mecanismo que promueve la consideración de los sistemas normativos indígenas, en que se posiciona al imputado como sujeto portador de una cultura creada y sostenida por un pueblo o colectividad, con un sistema normativo propio, situado en la oralidad y la sanción comunitaria. El carácter oral de lo jurídico en los pueblos indígenas plantea una problemática para la documentación de su propio sistema normativo desde el ámbito judicial formal (Lachenal, 2008).

Como anteriormente se señala, existen visiones que diferencian peritaje cultural del antropológico, correspondiendo el primero a un informe elaborado por especialistas o propios miembros de la cultura del imputado en cuestión, por lo que en algunos casos existe la noción de peritaje indígena para el último caso cuando quien presenta la infor-

mación es una autoridad originaria o un profesional de la comunidad o pueblo del imputado (Soto, 2014). En el caso del peritaje antropológico éste es elaborado exclusivamente por un antropólogo, problematizando desde marcos teóricos y conceptuales de la disciplina. Específicamente en este artículo utilizaremos ambos términos como sinónimos.

Desde el peritaje antropológico lo que se busca es contextualizar dentro de la realidad social del imputado sus prácticas, por medio del registro de testimonios tanto de familiares como, en el que caso de un sujeto perteneciente a una comunidad indígena, de personas conocedoras de las normas comunitarias, por ello la versión de las autoridades tradicionales es fundamental para caracterizar la mirada desde sus mecanismos de sanción.

[se] intenta comprender lo culturalmente oculto detrás de un comportamiento ilegal: las acciones de una persona pueden ser consideradas, en occidente, como comportamientos contrarios al derecho, cuando serían consideradas como algo completamente normal por otra sociedad (por ejemplo, la sociedad de origen del acusado). Pero, para lograr entender esto, debemos aprehender otra normalidad que tiene en cuenta la procedencia social y cultural del acusado (Giordano, 2010, p. 359).

Se pretende establecer un diálogo respetuoso entre sistemas jurídicos distintos y de esta manera descriminalizar ciertas prácticas culturales de los pueblos indígenas (Valladares, 2006), lo que requiere de la traducción de las prácticas culturales tanto de la realidad del imputado como del sistema nacional, con el propósito de significar lo que ellas mismas expresan, considerando, eso sí, la prevalencia y hegemonía de una de esas prácticas, como mecanismo histórico de control social.

la verdadera cualidad es contraponer dos saberes: el del juez y el del perito, que en ocasiones, en abierta disidencia, discurren los pasos en la búsqueda de un conocimiento que al hacer parte de la formación de ciertos y determinados dominios del saber se presentan como antagónicos por la existencia de relaciones

de fuerza y de subordinación vigentes en las relaciones políticas entre sistemas de derechos y entre indígenas y el Estado (Valladares, 2006, p. 12).

En esta disputa la figura del perito refleja una política de la diferencia y del reconocimiento de derechos culturales colectivos, lo que pueden entrar en conflicto con nuestro sistema jurídico, basado en un sistema de derechos individuales; por ello su condición de transgresión (Giordano, 2010).

LA DELIMITACIÓN DEL SUJETO INDÍGENA PARA UNA DEFENSA ESPECIALIZADA

En el sistema judicial nacional es común encontrarse con una visión esencialista respecto de la identidad del sujeto indígena, asociándolo a una situación de aislamiento geográfico, de situación económica y educativa precaria, remitida exclusivamente a una realidad rural y comunitaria. Los indígenas se nos presentan como sujetos ahistóricos y sin posibilidad de transformación, primando un enfoque culturalista que asume lo indígena en términos de una serie de características inamovibles (lengua, creencia, vestimenta, entre otras) por lo que el hecho de vivir en la ciudad es visto como una pérdida inmediata de la calidad indígena del sujeto.

En Chile ser indígena opera como una construcción jurídica establecida desde la Ley Indígena, haciendo referencia fundamentalmente a la descendencia como principal eje de identificación, siendo indígena quien posee algún apellido indígena, por tercera generación, por matrimonio, adopción o por auto-reconocimiento por parte de una comunidad u organización indígena con personalidad jurídica de CONADI (Ley Indígena No 19.253). Si bien la pertenencia territorial y el uso de costumbres son considerados como relevantes no configuran parte del reconocimiento formal de la calidad.

Actualmente para ser beneficiario de una defensa especializada el imputado debe poseer algún apellido indígena o tener certificación CONADI de su calidad, y en el caso de migrantes indígenas extranjeros se ha hecho el intento de incorporar los criterios del país de origen. Sin embargo hoy cobra importancia en la defensa indígena la auto-identifi-

cación como un elemento más de comprensión de la identidad, por lo que ser indígena pasa más por las prácticas del sujeto y su adscripción que por criterios formales. El caso puede ser considerado indígena en la medida que las acciones del imputado reflejan valores, creencias y problemáticas situadas desde lo indígena. A pesar de la relevancia del componente de auto-identificación para la defensa, ésta no ha sido reconocida formalmente por el sistema judicial, por lo que en muchos casos no se puede abordar una causa desde la defensa especializada.

CULTURA Y DIVERSIDAD: UN DEBATE PENDIENTE

Desde un conjunto de instituciones y actores al alero del Estado, destacando el aparato judicial, ha prevalecido una visión determinista sobre la diversidad cultural en tanto patrón de desigualdad. En esta analogía implícitamente se nos dice que no todas las culturas son válidas, algunas son “deficitarias” ya que las diferencias se asumirían como limitantes. Por otra parte la cultura se convierte en un listado, un conjunto de características permanentes y propias de grupos diferentes.

Para el sistema normativo judicial y en general para los diversos organismos del Estado, la cultura no ha sido considerada como un factor relevante tanto en la gestión como en la aplicación de las políticas públicas, limitándose en la mayoría de los casos a una mera generalización descriptiva, desprovista de agenciamiento, en que se invisibiliza toda posibilidad de resignificación.

Todo sujeto posee su propia versión de la cultura a la cual pertenece, emergiendo de ello versiones diferentes pero equivalentes desde un reconocimiento mutuo, donde se desarrollan competencias según el posicionamiento de los sujetos (García, Pulido y Montes, 1993). Es en el ámbito de las relaciones y prácticas sociales donde se produce y se transforma toda cultura, siendo un conocimiento social y un mapa conductual desde donde situarse de manera múltiple y diferenciada.

En las sociedades actuales se observa una tendencia a hacer absolutas las culturas locales, regionales y nacionales con objetivos políticos, nacionalistas e independentistas, o simplemente con finalidades de reforzamiento de la propia identidad, en un marco

de luchas políticas y de redistribución del poder (García, Pulido y Montes, 1993, p. 13).

Considerando las experiencias con pueblos indígenas y el desarrollo de la antropología jurídica en Chile ¿de qué manera el peritaje cultural se configura como una herramienta de trabajo para la consolidación de sistemas jurídicos plurales?

El marco jurídico actual refleja un tipo de construcción cultural desde lo normativo nacional, en que se niega o desconoce la realidad cultural de los imputados indígenas. Existe un profundo desconocimiento sobre los otros sistemas normativos, y es más, muchas veces ni siquiera se reconoce este estatus a los pueblos indígenas. Se ha operado desde un monólogo cultural, que impide cualquier tipo de conocimiento, reconocimiento y convivencia con otros sujetos.

Para pensar en una posible nueva relación desde lo intercultural entre pueblos indígenas, sociedad nacional y Estado, es fundamental partir legitimando sus propias reglas y formas de sanción social, así como también sus autoridades indígenas, pero además considerar que también estamos ante imputados que en muchos casos viven en espacios urbanos, pero en el que persisten imaginarios y prácticas culturales que rememoran y recrean referente comunitario. En este marco es que existen diversas propuestas de pluralismo jurídico, como posibilidad de diálogo, reconocimiento y convivencia de diversos sistemas normativos dentro un Estado, y en que diversos peritajes antropológicos han contribuido en la construcción de una nueva relación entre pueblos indígenas y Estado.

En términos concretos, la instalación de un pluralismo jurídico en Chile requiere de transformaciones profundas al sistema judicial, sin embargo hay algunos elementos que pueden facilitar la apertura hacia una política de reconocimiento: la incorporación de la auto-identificación como criterio para definir la calidad indígena de un imputado; la presencia de traductores bilingües en los juicios orales; la modificación de medidas cautelares y las sanciones acordes a la prácticas culturales del imputado; la solicitud y consideración de peritajes antropológicos más allá de su condición de herramienta para fundamentar la teoría del caso, sino como plataforma de conocimiento y validación de los sistemas normativos indígenas.

CONCLUSIONES

La dimensión cultural no ha sido central para la construcción del sistema normativo judicial en Chile, ni tampoco ha sido considerado como un factor relevante para el Estado. Se ha operado desde un monólogo cultural en que se esencializa lo indígena como parte de una situación de precariedad y aislamiento ante un modelo homogeneizador etnocéntrico, en que se niegan e invisibilizan las particularidades culturales y los sistemas jurídicos de los pueblos indígenas (Bertini y Yáñez, 2013).

El reconocimiento del derecho propio indígena tanto en las constituciones de la región como en tratados y convenios internacionales, ha logrado abrir discusiones sobre las posibilidades e implicaciones del pluralismo jurídico en términos de la coexistencia de diversos órdenes normativos. Sin embargo también se ha tendido a normativizar en forma escrita los procedimientos y prácticas jurídicas, y a homogeneizar el “deber ser” indígena, resaltando su oposición respecto del sistema occidental-estatal (Albó, 2000).

La habilidad y práctica que existen en muchas comunidades y sujetos indígenas de moverse entre sistemas y esquemas de administración de justicia quedan limitadas bajo la supuesta lógica de modelos opuestos (Assies, 2000).

Los peritajes antropológicos se han convertido no sólo en una prueba judicial, sino en un marco comprensivo desde donde reflexionar en torno a la relación entre diversos sistemas normativos, a partir de las vivencias y visiones de imputados indígenas, y los posibles vínculos con el ámbito judicial nacional.

FUENTES CONSULTADAS

ACEVEDO, K. (2010). *El reconocimiento del derecho propio indígena. Situación actual en Chile, en el Derecho Comparado e Internacional. Derechos al agua y geotérmicos. Caso Toconce y El Tatío* (Tesis de pregrado). Santiago de Chile, Chile: Facultad de Derecho, Universidad de Chile.

- ALBÓ, X. (2000). Derecho consuetudinario: posibilidades y límites. En *XII Congreso Internacional, Derecho Consuetudinario y Pluralismo Legal: Desafíos en el Tercer Milenio*. Arica, Chile: Universidad de Chile, Universidad de Tarapacá.
- ASSIES, W. (2000). La oficialización de lo no oficial: ¿Re-encuentro de dos mundos? En *Alteridades*. Vol. 11. Núm. 21. pp. 83-96.
- BELLO, A. (2004). *Etnicidad y ciudadanía en América Latina. La acción colectiva de los pueblos indígenas*. Santiago de Chile, Chile: Libros de la CEPAL.
- BENGOA, J. (2000). *La emergencia indígena en América Latina*. Santiago de Chile, Chile: FCE.
- BERTINI, L. Y YÁÑEZ, N. (2013). Pluralismo jurídico: derecho indígena y justicia nacional. En *Anuario de Derechos Humanos*. Núm. 9. pp. 151-160.
- BORELLO R. (2005). Sobre el pluralismo jurídico. En Aseff, L. (Comp.). *Las fuentes del derecho y otros textos de teoría general*. Rosario, Argentina: Juris.
- CASTRO, M. (2013). Desafíos de las políticas interculturales en Chile: Derechos Indígenas y el Desarrollo Económico. En *Fermentun*. Vol. 38. Núm. 13. pp. 520-538.
- ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO (OIT). (1989). *Convenio núm. 169*. 27 de junio de 1989. Ginebra, Suiza.
- CORRIGAN, P. Y SAYER, D. (2007). La formación del Estado inglés como revolución cultural. En M. Lagos, P. y Calla (Comp.). *Antropología del Estado: dominación y prácticas contestatarias en América Latina*. La Paz, Bolivia: Cuaderno de Futuro N° 23, INDH/PNUD.
- DECLARACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS SOBRE LOS DERECHOS DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS (2007). Disponible en: http://www.un.org/esa/socdev/unpfii/documents/DRIPS_es.pdf
- DEFENSOR DEL PUEBLO (2008). *Sistema jurídico de los pueblos indígenas, originarios y comunidades campesinas en Bolivia*. La Paz, Bolivia: Canasta de Fondos.
- DE SOUSA, B. (2003). *La caída del ángelus novus: ensayos para una nueva teoría social y una nueva práctica política*. Bogotá, Colombia: ILSA-Universidad Nacional de Colombia.

- FERNÁNDEZ, M. (2001). La ley del ayllu: justicia de acuerdos. En *Tinkazos*. Núm. 9. pp. 11-27.
- GARCÍA, J., PULIDO, R. Y MONTES, A. (1993). La educación multicultural y el concepto de cultura. En *Revista Iberoamericana de Educación*. Núm. 13. pp. 223-256.
- GIORDANO, C. (2010). Las infracciones penales y las lógicas culturales: el antropólogo en los tribunales. Sistema de control penal y diferencias culturales. En *Anuario de Derecho Penal*. Université de Fribourg, Suiza. Disponible en: http://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/anuario/an_2012_02.pdf
- GUNDERMANN, H. (2003). Sociedades indígenas, municipio y etnicidad: la transformación de los espacios políticos locales andinos en Chile. En *Estudios Atacameños*. Núm. 25. pp. 55-77.
- GUNDERMANN, H., FOESTER, R. Y VERGARA, J. (2003). *Mapuches y aymaras. El debate en torno al reconocimiento y los derechos ciudadanos*. Biblioteca Debates y Reflexiones. Santiago: RIL.
- HOEKEMA, A. (2002). Hacia un pluralismo jurídico formal de tipo igualitario. En *El Otro Derecho*. pp. 26-27 y 63-98.
- INKSATER K. (2005). *Resolviendo tensiones entre derecho indígena y normas de derechos humanos a través del pluralismo juri-cultural transformativo*. (Tesis de pregrado). Ottawa, Canadá: Facultad de Derecho, Universidad de Ottawa.
- INSTITUTO DE LA DEFENSA PÚBLICA PENAL (IDPP). *Guía de peritajes culturales, Guatemala*. Disponible en: http://descargas.idpp.gob.gt/Data_descargas/documentos/INTERIORESGUIAPERITAJES-CULTURALES.pdf
- ITURRALDE, D. (2005). Reclamo y reconocimiento del Derecho Indígena en América Latina: Logros, límites y perspectivas. En *Revista Instituto Interamericano de Derechos Humanos*. Núm. 41. pp. 17-47. Disponible en: <http://www.iidh.ed.cr/publicaciones-omb.htm>
- LACHENAL, C. (2008). Las periciales antropológicas, una herramienta para la hermenéutica intercultural y la justicia plural. Reflexión a partir del caso de México. En R. Huber, J., Martínez, C., Lachenal y Rosembert, A. (coords.). *Hacia sistemas jurídicos plurales. Reflexiones y experiencias de coordinación entre el derecho estatal y el derecho indígena*. Colombia: Editorial Konrad Adenauer Stiftung. pp. 187-200.

- LEY INDÍGENA NÚM. 19253. Diario Oficial de la República de Chile, Santiago de Chile, 5 de octubre de 1993.
- MELÍN, M., COLIQUEO, P., CIRIHUINCA, E. Y ARROYO, M. (2016). *Azmapu Una aproximación al Sistema Normativo Mapuche desde el Raki-zuam y el Derecho Propio*. Temuco, Chile: INDH.
- NASH, C., NÚÑEZ C. Y BUSTAMANTE, M. (2014). *Derechos Humanos y pueblos indígenas en Chile. Análisis jurisprudencial para procesos de consulta en el marco del Convenio 169 de la OIT*. Santiago de Chile, Chile: Centro de Derechos Humanos.
- PAZ, S. (2014). Los diversos caminos del pluralismo jurídico: hacia una reflexión del Estado plurinacional. En Castro, M. (edit.). *Los Puentes entre la Antropología y el Derecho. Orientaciones desde la Antropología Jurídica*. Santiago de Chile, Chile: Programa de Antropología Jurídica e Interculturalidad, Facultad de Derecho Universidad de Chile. pp. 251-282.
- SIEDER, R. (2002). *Pluralismo legal y globalización jurídica: retos del multiculturalismo en América Latina*. Disponible en: <http://red.pucp.edu.pe/ridei/libros/pluralismo-legal-y-globalizacion-juridica-retos-del-multiculturalismo-en-america-latina/>
- SIEDER, R. (2010). La antropología frente a los derechos humanos y los derechos indígenas. En Estévez, A. y Vázquez, D. (coords.). *Los derechos humanos en las ciencias sociales: una perspectiva multidisciplinaria*. México: FLACSO. pp. 135-166.
- SIERRA, T. (2011). Pluralismo jurídico e interlegalidad. Debates antropológicos en torno al derecho indígena y las políticas de reconocimiento. En Chenaut, V., Gómez, M., Ortiz, T. y Sierra, (coords.). *Justicia y diversidad en América Latina. Pueblos indígenas ante la globalización*. México: CIESAS. pp. 385-406.
- SOTO, R. (2014). El peritaje cultural como medio de prueba dentro del proceso penal, por el respeto de la identidad cultural de los pueblos indígenas. En *Revista Jurídica IUS Doctrina*. Núm. 11. pp. 1-35.
- STAVENHAGEN, R. (1990). *Derecho consuetudinario indígena en América Latina*. México: Instituto Indigenista Interamericano e Instituto Interamericano de Derechos Humanos.
- TISCHLER, S. (2005). La emergencia crítica de los sujetos en América Latina. En Escárzaga, F. y Gutiérrez, R. (coords.). *Movimiento*

- indígena en América Latina: resistencia y proyecto alternativo*. México: Gobierno del Distrito Federal Casa Juan Pablos, Benemérita Universidad Autónoma de Puebla. pp. 487-493.
- TOLEDO, V. (2005). Políticas indígenas y derechos territoriales en América Latina 1990-2004 ¿Las fronteras indígenas de la globalización? En Ávalos, P. (comp.). *Pueblos indígenas, Estado y democracia*. Buenos Aires: CLACSO. pp. 80-96.
- VALLADARES, L. (2006), *El peritaje antropológico: Los retos del entendimiento intercultural*. Disponible en: http://sgpwe.izt.uam.mx/files/users/uami/lauv/El_peritaje_antropologico._Los_retos_del_entendimiento_intercultural-_Valladares_Laura.pdf
- WALSH, C. (2002). Interculturalidad, reformas constitucionales y pluralismo jurídico. En *Publicación mensual del Instituto Científico de Culturas Indígenas*. Núm. 36. pp. 1-6.
- WOLKMER A. (2003). Pluralismo jurídico: nuevo marco emancipatorio en América Latina. CENEJUS. Disponible en: <http://biblioteca.clacso.edu.ar/clacso/otros/20111021100627/wolk.pdf>
- WOLKMER, A. (2002). *Introducción al Pensamiento Jurídico Crítico*. Sao Paulo: Saraiva.
- YRIGOYEN, R. (2012). Pluralismo jurídico y jurisdicción en el horizonte del constitucionalismo pluralista. En Ahrens, H. (comp.). *El Estado de derecho hoy en América Latina*. México: Colección Fundación Konrad Adenauer. pp. 171-193.

Fecha de recepción: 5 de febrero de 2018
 Fecha de aceptación: 29 de junio de 2020