



Justicia e injusticias en Wallmapu: tensiones en torno al reconocimiento de los derechos de los pueblos indígenas y la pluralidad legal en el sur de Chile

(Justice and injustices in Wallmapu: Tensions around the recognition of Indigenous Peoples' rights and legal plurality in southern Chile)

OÑATI SOCIO-LEGAL SERIES VOLUME 13, ISSUE 3 (2023), 980–1002: TEORÍAS CRÍTICAS E INJUSTICIA SOCIAL: DERECHOS HUMANOS EN TIEMPOS DE DEMOCRACIAS DÉBILES Y NEOCAPITALISMOS (WITH A SPECIAL SECTION ABOUT GENDER AND JUDGING IN THE MIDDLE EAST AND AFRICA)

DOI LINK: <https://doi.org/10.35295/OSLS.IISL/0000-0000-1388>

RECEIVED 10 MAY 2022, ACCEPTED 1 DECEMBER 2022, FIRST-ONLINE PUBLISHED 4 APRIL 2023, VERSION OF RECORD 1 JUNE 2023

FABIEN LE BONNIEC* 

Resumen

A partir de investigaciones etnográficas y documentales desarrolladas en los tribunales del sur de Chile, se presentarán y analizarán -desde teorías críticas del Derecho- las tensiones y controversias producidas en el ámbito del reconocimiento de los derechos de los pueblos indígenas, en particular como en un campo jurídico caracterizado por su monoculturalismo, se ha ido creando e implementando dispositivos interculturales tanto al nivel de la atención especializada como de la actuación jurídica y de la jurisprudencia. Se aludirá a estas transformaciones, en particular en el ámbito penal, y sus implicancias en las prácticas de las instituciones y actores jurídicos, y de las estrategias de las comunidades y organizaciones, para después interesarse a la elaboración a partir de una metodología interdisciplinaria y participativa de un protocolo de atención a usuarios mapuche en tribunales, que busca avanzar en el reconocimiento de la diversidad sociocultural y de la pluralidad legal, pero que da cuenta también de la persistencia de sentimientos de injusticia y de los límites existentes en la posibilidad de impartir justicia para las poblaciones históricamente discriminadas.

Palabras clave

Dispositivos interculturales; Pau-Mapu; injusticia; mapuche

Se agradece las personas que han evaluado y comentado el presente artículo por sus comentarios críticos que sin duda han contribuido a mejorar el manuscrito inicial. Se agradece a las Ediciones Facultad de Educación, Ciencias Sociales y Humanidades de la Universidad de La Frontera por el trabajo de revisión y corrección de la versión final del artículo.

* Fabien Le Bonniec. Departamento de Ciencias Sociales, Centro de Estudios y Promoción de los Derechos Humanos, Universidad de la Frontera (Chile). Dirección de email: fabien.lebonniec@ufrontera.cl

Abstract

From ethnographic and documentary research carried out in the courts of southern Chile, the tensions and controversies produced in the field of recognition of the rights of indigenous peoples will be presented and analysed from critical theories of law, in particular how, in a legal field characterised by its monoculturalism, intercultural apparatus have been created and implemented both at the level of specialised care and legal action and jurisprudence. We will mention these transformations, particularly in the penal area, and their implications for the practices of legal institutions and actors, and the strategies of communities and organisations, and we will then focus on the elaboration, based on an interdisciplinary and participatory methodology, of a protocol for providing attention to Mapuche users in courts that tries to advance in the recognition of socio-cultural diversity and legal plurality, but which also reflects the persistence of perceptions of injustice and the limits that exist in the possibility of imparting justice for historically discriminated populations.

Palabras clave

Intercultural apparatus; Pau-Mapu; injustice; Mapuche

Table of contents

1. Introducción.....	983
2. Avances y desarrollo del pluralismo jurídico en el sur de Chile.....	984
2.1. Reforma procesal penal, giro gerencial y nuevas racionalidades procesales...	984
2.2. La interculturalidad como política de acceso a la justicia para población vulnerable	986
2.3. Usos y abusos de los dispositivos interculturales y las políticas multiculturalistas diferencialistas.....	989
3. En busca de justicia intercultural: la experiencia del Pau-Mapu.....	991
3.1. Protocolo de Atención a Usuarios y Usuarías Mapuche en tribunales y juzgados de la macrorregión sur (Pau-Mapu).....	992
3.2. Restrictores al reconocimiento lingüístico y cultural de los usuarios mapuches en los tribunales	993
3.3. De la dificultad de “ser” mapuche en un tribunal chileno	995
4. Conclusiones	997
Referencias	998

1. Introducción

Chile, en pleno proceso constituyente, con la redacción de una nueva carta magna ha conocido importantes transformaciones sociales, políticas y económicas. La participación de representantes de los pueblos indígenas a la Convención Constitucional, junto con la presencia de numerosos constituyentes que han expresado su cercanía con sus demandas, apareció como una oportunidad de reconocer el carácter plurinacional del país, y en particular los distintos órdenes jurídicos. Ha generado diversos debates y tensiones en torno al pluralismo jurídico que se pretendía oficializar. Hasta recientemente, el sistema judicial chileno había quedado impermeable a la ola constitucionalista latinoamericana que lleva consigo el reconocimiento de los pueblos indígenas y de sus sistemas de justicia. Sea en el ámbito civil, familiar o penal se ha limitado a meros arreglos y reconocimientos parciales, particulares y simbólicos de la existencia de ordenes jurídicos no-estatales. Estas decisiones, en parte sometidas a la buena disposición de los sentenciadores y actores jurídicos, no han podido constituir jurisprudencia a pesar de su confirmación por las máximas instancias judiciales. Al contrario, los Acuerdos Reparatorios celebrados en tribunales del sur del país entre 2011 y 2014 en casos de Violencia Intrafamiliar por medio de la aplicación del Convenio 169 de la OIT (Carmona 2015) o la invocación de la ley Pascua (n°16.641) que establece un régimen de excepcionalidad en materia penal relacionado con delitos sexuales cometidos en Rapa Nui (Stock Rojas 2019), han provocado diversos debates sobre la incompatibilidad entre supuestos derechos humanos indígenas y derechos fundamentales de las Mujeres (Villavicencio Miranda 2019).¹ A pesar de la existencia de iniciativas, innovaciones y discursos destinados a promover la interculturalidad en las cortes de justicia, Chile aparece con escasos casos de reconocimiento en medio de un panorama poco propicio al ejercicio del pluralismo jurídico en estos espacios. Por esta razón, aparece relevante considerar las recientes evoluciones que se han producido en el campo penal en relación con la población mapuche, y así entender cómo las políticas del reconocimiento se han insertado en diversas tendencias de transformaciones neoliberales del Estado, y al mismo tiempo han constituido repuestas a veces efectivas pero limitadas a las demandas levantadas por las comunidades y organizaciones. El caso de la experiencia de elaboración e implementación del protocolo de atención a usuarios y usuarias mapuche en tribunales y juzgados de la Macrorregión Sur (Pau-Mapu) (Universidad Católica de Temuco 2019) aparece como un ejemplo de las tensiones y resistencia que puede provocar un intento de hacer reconocer la diversidad cultural en los tribunales, pero también de la necesidad de no sólo desarrollar dispositivos interculturales a través de normativas y protocolos, sino aproximarse mejor de las

¹ Los acuerdos reparatorios son salidas alternativas contempladas en el código procesal penal chileno (Art. 241) que permiten bajo un acuerdo entre ambas partes de poner fin al proceso penal en cambio de acciones “reparatorias” por parte del imputado, como las disculpas públicas. Este procedimiento normalmente no se puede aplicar en casos relacionado con Violencia Intrafamiliar, salvo en los casos polémicos citados donde se le asimiló a una forma tradicional de resolver conflictos en la cultura mapuche, costumbre que el Estado chileno tiene que respetar de acuerdo al Convenio 169 del OIT. Mientras que ley Pascua (n°16.641) del año 1966 y aun en vigor, otorga un estatus jurídico especial a la Isla de Pascua y sus habitantes, en particular previa rebajas de penas y beneficios carcelarios para personas rapanui condenadas por delitos sexuales (Art. 13 y 14 derogados en mayo de 2022).

experiencias de justicia, e injusticia, y de los contextos sociales, culturales e históricos en que se producen para generar mayor entendimiento y reconocimiento.

Asimismo, a partir de los resultados de distintas investigaciones desarrolladas estos últimos años en los tribunales del sur de Chile,² en particular de competencia penal, que consistieron principalmente en realizar observaciones etnográficas, entrevistas a abogados, fiscales, jueces, funcionarios y usuarios, e indagaciones documentales, se propone en un primer apartado dar cuenta de las diferentes transformaciones de estos espacios y de sus actores en materia de reconocimiento de la diversidad cultural, especialmente en lo que concierne la presencia de usuarios mapuche. Mientras que, en una segunda parte, nos interesaremos en particular a la elaboración a partir de una metodología interdisciplinaria participativa de un protocolo de atención a usuarios mapuche en tribunales y juzgados que busca avanzar el reconocimiento de la diversidad sociocultural y la pluralidad legal, pero que da cuenta también de los límites existentes en la posibilidad de impartir justicia.

2. Avances y desarrollo del pluralismo jurídico en el sur de Chile

En esta primera parte, se pretende reflexionar desde perspectivas sociológicas y antropológicas críticas acerca del contexto de emergencia en Chile, en particular en los tribunales del sur, de discursos y prácticas de reconocimiento de particularismo cultural y lingüístico, sea en materia de ejercicio de derecho propio, de costumbres no reconocidas legalmente, o de atención de público. Si bien se trata de casos relacionados con el contexto sociocultural mapuche localizado en el sur del país, “territorio histórico” mapuche conocido como Wallmapu (territorio mapuche transandino), o más precisamente Ngulumapu (territorio mapuche del oeste de la Cordillera), los debates, los recursos legales y discursos jurídicos movilizados se insertan en transformaciones de orden nacional, incluso continental, particularmente al referirse a las reformas procesales penales que han atañado a la mayoría de los países latinoamericanos en estas dos últimas décadas. La llegada en Chile de estas reformas en el ámbito penal ha llevado consigo varias transformaciones de orden práctico e ideológico, en particular en la forma de concebir el acceso a la justicia, asimismo en la configuración del campo jurídico.

2.1. Reforma procesal penal, giro gerencial y nuevas racionalidades procesales

Con la Reforma Procesal Penal, que se inició de forma experimental en la Región de la Araucanía en diciembre de 2000, y que se ha caracterizado por un paso de un sistema inquisitivo a uno acusatorio y contradictorio,³ se puede observar diversas

² Se puede mencionar en particular las investigaciones desarrolladas en el marco de los proyectos Fondecyt Iniciación N°1121578 “Justicia e interculturalidad: etnografía del campo jurídico en situaciones de relaciones interétnicas en la Araucanía, en el contexto de la reforma procesal penal”; Fondecyt Regular N°1170505 “Justicia e interculturalidad en la macro-región sur de Chile. Un estudio de las transformaciones del campo jurídico y de la cultura jurídica chilena ante la emergencia del derecho a la identidad cultural” y Fondef ID16I10424 “Protocolo de atención con pertinencia cultural a usuarios mapuche en los tribunales de la Araucanía”.

³ En el sistema inquisitivo, encarnado por los Juzgados de Crimen, tal como lo indica Jeanne Hersant (2022, p. 126) “el objetivo del procedimiento no es tanto elaborar elementos de prueba sino descubrir la verdad, mediante confrontación o confesión, siendo este último el fundamento de la justicia inquisitiva”, mientras que en modelo acusatorio-adversarial la búsqueda de la verdad jurídica está subordinada a la resolución del conflicto, que es el objetivo principal del proceso y que se sustenta sobre la confrontación en igualdad

transformaciones no sólo institucionales con la creación de un Ministerio Público, de una Defensoría Penal Pública o de juzgados de Garantía y Tribunales Orales Penales, sino también económicas, sociales e ideológicas. Estas reformas, como ya lo han descrito varios autores (Dezalay y Garth 2005, Palacios Muñoz 2011) se inscribían en ajustes estructurales promovidos y financiados en América Latina por las grandes instituciones multilaterales de crédito y desarrollo en el marco, entre otros, del Consenso de Washington que reafirma el giro neoliberal de este continente en los años 90. Se sustentaban sobre la convicción de la necesidad de fortalecer el estado de derecho, en particular para asegurar la protección y la seguridad de la propiedad privada y las inversiones asociadas a ella como también mantener la paz social, y así permitir el desarrollo de los países concernidos. A la vez, esta ola reformista en la arena judicial latinoamericana atendía el imperativo de modernizar sistemas de justicia desacreditados por los regímenes dictatoriales a los cuales la mayoría habían sido subordinados. Tenían que responder a nuevos estándares en materia de acceso a la justicia y garantías, pero también obtener mayor eficacia en la lucha contra de la delincuencia. Es así que la “Seguridad Ciudadana” se ha vuelto un imperativo en las agendas legislativas y las reformas del estado en América Latina (Candina 2005) y se ha erigido en un problema público y entonces como “tecnología de producción de conocimiento” (Araya-Moreno 2021). De la misma forma, se ha podido observar cómo estas reformas de la justicia en América latina tuvieron como efecto una autonomización del campo judicial, cuyos profesionales se reivindicaban neutrales y expertos, teniendo como consecuencia una despolitización no sólo de su labor sino de la política en sí (Dardot *et al.* 2021, p. 260).

Al mismo tiempo que el populismo penal iba a tomar peso en la sociedad chilena, la Reforma Procesal Penal fue presentada como un medio para asegurar de mejor manera las garantías de los imputados como su derecho a un debido proceso y a juicio transparente. Vale decir que la eficacia del sistema penal para resolver los problemas planteados desde los discursos de seguridad conllevaba la profundización de principios que permitían asegurar un acceso a la justicia efectivo e igualitario para toda la población, basado sobre la transparencia y el carácter público de los procesos. Además de participar de una mediatización y dramatización de la vida judicial, y así otorgar un mayor poder de influencia de quienes van formando la opinión pública sobre los actores a cargo de impartir justicia, esta reforma ha abierto la puerta a nuevas racionalidades burocráticas. Una repuesta a las transformaciones y de las expectativas provocadas por la Reforma Procesal Penal ha sido efectivamente la adopción por parte de las instituciones de justicia de técnicas y racionalidades proviniendo de otros campos de experticia (economía, ciencia de la administración, management...) y espacios organizacionales, tales como las empresas privadas. Conocidas bajo los conceptos de New Public Management o el nuevo gerencialismo, estas técnicas han instaurado una nueva gramática en las relaciones entre funcionarios, y entre funcionarios y usuarios (González Guarda 2018), y en la forma de concebir la acción del estado (Sicardi 2018). Los funcionarios se han transformado en actores eficientes y racionales, que tenían que responder a metas e indicadores de resultados (Brandariz García 2016). En tal contexto, la administración de la justicia penal tanto por parte del Poder Judicial, como de otros órganos, Defensoría Penal Pública o Ministerio Público se ha ido enmarcando cada vez

de oportunidades y de garantías de las partes (defensa y fiscalía) ante un juez imparcial (Juez de Garantía o Jueces de Tribunal Oral en lo Penal).

más en modelos de organización, certificación y estandarización, adscribiendo a ciertas prácticas como la licitación de sus servicios y la evaluación permanente y “de 360°” de sus funcionarios y servicios.

Otro efecto de la reforma procesal penal y de la implementación de técnicas de eficiencia de los servicios asociados a la administración de la justicia penal, se relaciona con la resignificación economicista de procedimientos procesales de justicia negociada, o consensuada, que buscan ganar tiempo, maximizar el sistema judicial y hacer reducción de costos a través de juicios abreviados y las suspensiones provisionales o acuerdos reparatorios. Este trabajo de estandarización de las tareas, procedimientos y posicionamientos, tanto de parte de los defensores públicos como de los persecutores del Ministerio Público, e incluso a veces de los mismos sentenciadores, busca responder a metas e indicadores exigidos por operadores y administradores de la justicia cuyas preocupaciones, competencias y formación se relacionan más bien con el ámbito comercial y administrativo. Los resultados judiciales, tales como una condena o una absolución, termina entonces siendo interpretados como indicadores cuantitativos de buen o mal funcionamiento del sistema en su conjunto, como de cada institución que la compone. Esta racionalización de los medios y recursos está acompañada de una importante producción estadística que a la vez permite el control del cumplimiento de los indicadores de rendimiento y el diseño de futuras planificaciones estratégicas.

2.2. La interculturalidad como política de acceso a la justicia para población vulnerable

Estas transformaciones, impulsadas por la Reforma Procesal Penal, han puesto la transparencia y el carácter público de los procesos, como un imperativo al acceso a la justicia en particular para los grupos considerados como “vulnerables”. Esta noción de “acceso a la justicia” popularizada por el jurista italiano Mauro Cappelletti (1996), para significar la necesidad de garantizar los servicios legales a aquellos que no pudieran costearlos (Thompson 2000, p. 460), ha encontrado en sus principios diversas resistencias al ser considerada como ideológica. Sin embargo, en el marco de las reformas de sistemas judiciales de sociedades marcadas por importantes desigualdades socioeconómicas, de género y de raza, la cuestión del acceso a la justicia se ha vuelto un indicador no solo de desarrollo sino de democracia y de derechos humanos (Boueiri Bassil 2010). En los países que cuentan con una presencia importante de poblaciones indígenas, se ha podido ver la puesta en marcha de diversas iniciativas y experiencias locales y comunitarias tales como los Jueces de Paz en Perú, Juzgados de Paz Comunitarios en Guatemala, centros de defensorías de mujeres o las casas de justicias en Colombia (Fajardo 2016) con el objetivo de acercar estas colectividades a la justicia sin desconsiderar sus especificidades... Chile, aunque en una situación relativamente diferente, también ha participado de esta tendencia tal como le demuestra la implementación de una Defensoría Penal Mapuche a pocos meses del inicio de la Reforma Procesal Penal en la Región de la Araucanía. Es principalmente en el ámbito penal que se puede observar el desarrollo de dispositivos interculturales orientados a la consideración de las particularidades socioculturales y lingüísticas de los usuarios mapuche a través de la instalación de carteles bilingües y la intervención de facilitadores interculturales (Le Bonniec y Corvalán 2021). Se opta por aludir a estas políticas de reconocimiento en término foucauldiano de “dispositivo”, con el propósito de enfatizar sobre su función no

sólo de administración de la diversidad cultural, generalmente asignada a estas prácticas (Giménez Romero 2003), pero también las pretensiones derivadas de ellas de definir, categorizar y organizar la colectividad a cuáles se dirigen (Boccara 2007). Si bien esta tendencia de políticas interculturales se inscribe en el establecimiento de un modelo ideológico multicultural en América Latina (Dumoulin Kervran y Gros 2012), encuentra sus límites y diferencias en el contexto chileno, por la ausencia de reconocimientos constitucionales y la mantención de la predominación de un monismo jurídico. Esta situación ha sido a la vez factor de gran conflictividad hasta hoy pero también vector de movilización y entonces de transformación del derecho.

Asimismo, no se puede limitar la comprensión de estas innovaciones a meros dispositivos multiculturalistas de control y administración de la diversidad sociocultural. Estas políticas se van originando desde las mismas dinámicas y tensiones del mundo social, a partir de reivindicaciones y acciones emprendidas por las colectividades indígenas, mientras que su gestión e implementación muchas veces involucra a actores proviniendo de estos grupos subalternizados (Boccara 2007, De la Maza 2012). Es así que la implementación en 2001 de una Oficina de Defensa Mapuche por parte de la Defensoría Penal Mapuche, iniciativa que dará lugar años después a su oficialización bajo el nombre de Defensoría Penal Mapuche, responde a solicitudes de organizaciones mapuche preocupadas por el porcentaje importante de imputados mapuche, en particular debido a la judicialización de sus demandas territoriales y políticas (Jelves 2002, Faúndes 2004, Le Bonniec y Nahuelcheo 2017). Hoy en día, existen diversas oficinas de defensas indígenas en el sur, pero también en el norte del país con la población aimara, mientras que los abogados especializados y facilitadores interculturales a cargo de éstas, en varias oportunidades aparecen como cercanos a los movimientos reivindicativos.⁴

Los resultados de estas políticas de defensorías especializadas, y otros dispositivos interculturales implementados en espacios jurídicos, no han logrado responder completamente a los distintos problemas y conflictos existentes en el ámbito de la relación de las comunidades mapuche con la justicia chilena,⁵ sin embargo, constituyen espacios relevantes de resignificación y reapropiación del derecho chileno por parte de diversos actores mapuche y de sus abogados. Veamos cómo los tópicos, como el acceso a la justicia y sus garantías o la promoción de los derechos humanos (Corvalán 2021), están esgrimidos por estos últimos durante los juicios. Los tribunales en varias oportunidades se transforman en escenarios de enunciación de demandas políticas y denuncias de racismo (Le Bonniec 2009), volviéndose el derecho estatal, una autoridad contestada a la misma vez que un recurso o un repertorio de acción (McCann 2006) en favor de las movilizaciones de la colectividad mapuche. En este sentido las

⁴ Dentro de las figuras más conocidas se puede citar a María del Rosario Salamanca, abogada mapuche que dirigió en Temuco la defensa Penal Mapuche entre 2011 y 2014, reconocida no sólo por el desarrollo de una teoría del “derecho propio” mapuche, sino por haber logrado aplicarla en las Cortes de justicia. La abogada Manuela Royo que estuvo trabajando en esta misma oficina antes de ser desvinculada, acusada de haber sobrepasado sus funciones al llamar públicamente a una manifestación contra un fiscal, también aparece muy cercana de las organizaciones y comunidades mapuche.

⁵ Como se podrá constar en el segundo apartado, todavía se puede identificar en los tribunales del sur de Chile diversos restrictores, dentro de los cuales hay una mayor probabilidad (entre 3 y 25%) para que un imputado mapuche quede en prisión preventiva respecto a un no mapuche (Grau y Vergara 2020).

experimentaciones a cuáles dan lugar las controversias jurídicas que involucran a individuos y grupos autoidentificados mapuche, contribuyen de una forma u otra a transformar y poner a prueba el derecho, tanto en sus estructuras normativas, sociales e institucionales, como al nivel de sus actores y del campo jurídico (Faúndes y Le Bonniec 2020). Es así que estos procesos judiciales se pueden convertir en instancias de aprendizaje por algunos actores jurídicos: se ha observado en ciertas oportunidades magistrados que a lo largo de los años trabajando con causas indígenas, han ido cambiando sus posturas en favor del reconocimiento de la diferencia cultural, mientras que otros sólo han reafirmado su fe en el monismo jurídico.

No obstante, otra situación llamativa en la evolución de las estrategias de litigación y sobre todo de los criterios jurisprudenciales, en particular respecto a la aplicación del Convenio 169 de la OIT⁶ es que los cambios observados proclives a este tipo de transformación del derecho no son producidas desde cortes regionales sino centrales, cuyos integrantes suelen desconocer las realidades locales.⁷ En el discurso de varios actores jurídicos, la prosa del “control de convencionalidad”⁸ es usada para explicar el aumento del número de resoluciones y sentencias, invocando el derecho a la identidad cultural bajo la mención del Convenio 169. Sin embargo, la revisión sistemática de resoluciones y las observaciones etnográficas realizadas de audiencias con imputados mapuche en juzgados de garantía y tribunales penales del sur del país estos 5 últimos años, dan cuenta de un número limitado de su invocación.⁹ Una de las explicaciones dada por los actores jurídicos a este tímido uso de herramientas jurídicas internacionales se relaciona directamente con la cultura jurídica chilena, según lo explica una ministra de la Corte de Apelaciones:

⁶ Además de los polémicos acuerdos reparatorios dictados en casos de Violencia Intrafamiliar antemencionados, se destaca en los tribunales penales de la Macrorregión sur el caso Lorenza Cayuhan, reclusa que en octubre del año 2016 fue obligada a parir engrillada. Vulneración de derechos humanos que motivó la interposición de Recursos de Amparo por parte de la Defensoría Penal Pública y el Instituto Nacional de Derechos Humanos. Al respecto, la Corte Suprema en su fallo incorpora elementos de suma relevancia, siendo uno de los más trascendentales el reconocimiento del paradigma de interseccionalidad en la discriminación sufrida por Lorenza Cayuhan, donde confluyen su condición de mujer, de mujer parturienta, mujer privada de libertad y mujer perteneciente a la “etnia” mapuche (Pérez Goldberg 2017, Jopia y Labbé 2018).

⁷ Al revisar las presentaciones de los 19 ministros y ministras de la Corte Suprema en el sitio web del Poder Judicial, solo seis evidencian haber trabajado en regiones, mientras que los otros han desarrollado su carrera exclusivamente en la región metropolitana o en la región de Valparaíso. (Según se puede observar en el sitio <https://www.pjud.cl/tribunales/corte-suprema> revisado el 12 de noviembre de 2022).

⁸ De acuerdo con el Diccionario Panhispánico del Español Jurídico, esta doctrina principalmente usada en Chile, El Salvador y México, “establece una obligación internacional a cargo de las autoridades de los Estados parte del Pacto de San José de interpretar cualquier norma nacional (constitución, ley, decreto, reglamento, jurisprudencia, etc.) de conformidad con la Convención Americana y, en general, con el *corpus Iuris Interamericano*” (Muñoz Machado 2017, p. 635).

⁹ Dentro de las 400 observaciones realizadas en el tribunal de Garantía de Temuco entre 2017 y 2019, el número de veces que invocó al Convenio 169 asciende a una docena de casos, relacionados generalmente con Violencia Intrafamiliar. Mientras que el estudio de las sentencias dictadas en el Tribunal Oral en lo Penal de Temuco entre 2015 y 2019, muestra que sobre un corpus de mil 100 dictámenes (donde se presume que alrededor de un 10% se relaciona con personas mapuche), solo 21 citan el Convenio 169, dentro de los cuales once se refieren al artículo 10 con el fin de solicitar penas alternativas a la cárcel. Solo en cuatro de ellas, el tribunal accedió a sustituir el encarcelamiento por otra medida.

...yo entiendo que el control de convencionalidad cuesta en primera instancia si tienes una Corte que te va a ir eliminando... se confirma porque a mí me pasó y entiendo que la jerarquía te impide ser un poco más osado en control de convencionalidad.¹⁰

Un testimonio similar, pero desde la perspectiva de una jueza de primera instancia (Tribunal Oral en lo Penal), ha sido recogido en otra oportunidad, donde se señalaba que había que “amarrar” la sentencia para no ser anulada por los tribunales superiores, y para tal efecto en lo posible no arriesgarse invocar el Convenio n°169, cuya aplicación no hacía consenso entre los Ministros y Ministras (Le Bonniec y Corvalán 2021, pp. 46-47).

Si bien, aparece una mayor preocupación tanto de los actores jurídicos como de las instituciones para implementar dispositivos interculturales e instrumentos de mejoramiento del acceso a la justicia para las personas mapuche, e incluso adoptar y adquirir formación en normativas proclive a los derechos humanos, estos reconocimientos quedan más bien en el plano teórico y discursivo.

Es así que ante la poca acogida del Convenio 169 por parte de los tribunales, son las teorías referidas al error de comprensión, de prohibición o de juridicidad que son usadas para argumentar la existencia de una diferencia cultural y una conciencia jurídica diferente (Villegas 2012, Millaleo 2016). Para hacerlas patente, se suele recurrir a peritos antropólogos que acuden a declarar ante el tribunal sobre la permanencia de la cultura y de ciertas prácticas tradicionales asimilables al delito que se persigue. Aunque la pericia antropológica poco resultado tiene, ya que las sentencias tienden a ignorarla o incluso a contradecirla (Álvarez 2014, Berhó *et al.* 2016), la presencia de los antropólogos en los tribunales tiene un efecto más performativo para producir categorías jurídicas que propugnan la diferencia cultural. Lo mismo ocurre con la presencia de facilitadores interculturales en los juicios, que introducen no sólo la diferencia lingüística sino también cultural, ya que su rol es de permitir la comunicación y el entendimiento entre dos visiones del mundo supuestamente distintas.

2.3. Usos y abusos de los dispositivos interculturales y las políticas multiculturalistas diferencialistas

Estos distintos escenarios reflejan un pluralismo legal en Chile considerado hasta el momento como “débil” y subordinado a un corpus legal muy limitado, pero sobre todo al poder discrecional e interpretativo de los abogados litigantes y sentenciadores. El razonamiento jurídico de estos actores a la vez está condicionado por un monismo jurídico, pero también esta sensible a un multiculturalismo “descontextualizado” imperante en las políticas públicas, no solo en Chile sino en toda América Latina. Esta ideología multicultural producida y difundida al alero de un “capitalismo diferencialista” (Boccaro 2013), al ser absorbida por las doctrinas legalistas positivistas tienden a reafirmar una visión culturalista, mecánica, dicotómica, idealizada y despolitizada de la diversidad sociocultural y de los conflictos, desigualdades y tensiones que la caracterizan. Producto de esta mirada sobre la cultura “otra”, lo que buscan los litigantes y sentenciadores es asentar o desacreditar su autenticidad, su pureza o su contaminación a través de elementos considerados como objetivos tales como el manejo de la lengua, el lugar y modo de vida. Este deseo de autenticidad

¹⁰ Mesa redonda “Acceso a la justicia e interseccionalidad. Miradas desde la interculturalidad y el género”, Corte de Apelaciones de Concepción, 6 de junio de 2019.

participa de una reconfiguración de un racismo “con distancia” (Žižek 2008) basado sobre un naturalismo culturalista (Bessone 2020). Va asociado a un deseo de alterización que produce “distancia cultural” (Mora y Payàs 2021) y homogeniza los grupos arbitrariamente delimitados (Samaniego y Mora 2022). Estas nuevas exclusiones e inclusiones se insertan en imaginarios del estado nación que anclan la identidad y la tradición a un lejano pasado mítico o “ancestral” (Vera *et al.* 2018, 2019). La ambivalencia de dicho deseo de otredad se refleja particularmente en los estereotipos y dicotomías que va produciendo entre, por ejemplo, el indígena auténtico o “permitido” (Hale y Millaman 2006) y el “indio trucho”.¹¹ Magistrados y otros actores jurídicos están inmersos en prejuicios y debates societarios en torno a la legitimidad tanto de la identidad de quienes se reivindican como indígenas como de sus demandas mismas, y de esta forma terminan aplicando lo que popularmente se ha llamado el “mapuchómetro” (Morales 2010).

Al estar supeditado el reconocimiento de su identidad a criterios y normas legales (Fernández Droguett 2021), los pueblos indígenas también tienen que movilizarse y jugar en la arena jurídica, y entablar una relación ambivalente con el derecho estatal. La producción del “indígena legalizado” a través de la Ley Indígena n°19.253 y la multiplicación de los litigios relativos a tierras y territorios históricos, implican el establecimiento de criterios y procedimientos burocráticos de autenticación de la identidad y de sus atributos que pueden derivar en lo que algunos autores han llamado un “fetichismo legal” (Lemaitre 2009). Por otra parte, en el caso mapuche, son varias comunidades y organizaciones que afirman su desconfianza hacia el sistema legal chileno al considerar que históricamente éste ha legitimado abusos y despojos (Le Bonniec y Payàs Puigarnau 2021). Sin embargo, en la práctica, es difícil disociar la sociedad indígena del marco legal en el cual ha evolucionado desde su integración a la administración estatal chilena al final del siglo XIX. Tal como lo vamos a ver con el caso de elaboración de Protocolo de Atención a usuarios mapuche en tribunales, el trabajo burocrático de identificación y categorización, base de los principios de reconocimiento que se encuentran en la ética del cuidado y la política de la vulnerabilidad (Garrau 2018a), forma parte de las interacciones cotidianas y ordinarias de la administración chilena con la población mapuche. Como indica Marie Garrau, retomando los comentarios de Judith Butler sobre la política de la vulnerabilidad, el efecto es “una exposición y dependencia del sujeto a normas y marcos de inteligibilidad que se le imponen por primera vez, al modo de una subordinación originaria que es también la condición de la subjetivación y la agentividad” (Garrau 2018b, 1060). En este sentido se puede subsumir una doble relación de las poblaciones indígenas, con el derecho estatal, por una parte, una dependencia y un sometimiento, pero por otra la posibilidad de subjetivación y de emancipación a través del mismo medio.

De este modo, en el contexto de un sistema jurídico cada vez más preocupado del acceso a la justicia de poblaciones consideradas como vulnerables, tales como los mapuches, los dispositivos interculturales y las políticas multiculturalistas diferencialistas han generado debates metaculturales adentro y afuera de los tribunales. Tanto los

¹¹ Esta expresión que proviene de Argentina para referirse a quienes enuncian discursos reivindicativos indígenas y calificarlo de falso o tramposo, ha sido usada para descalificar a diversos líderes mapuche, introduciendo este tipo de dicotomía ambigua y el paradigma de la sospecha para evaluar la validez, la legitimidad y autenticidad de dichas demandas (Soria 2017, Briones y Ramos 2018).

justiciables como los profesionales del derecho no han podido escapar a estos debates, por lo cual resulta relevante ver a través de un caso situado cómo operan estos mecanismos de subjetivación productores de sentimientos de justicia e injusticia hoy en día en el sur de Chile. Para tal efecto, puede ser ilustrativo el caso de la elaboración participativa de un protocolo de atención a usuarios y usuarias de tribunales y juzgados de la macrorregión sur de Chile, investigación aplicada e interdisciplinaria que se desarrolló entre 2017 y 2019.

3. En busca de justicia intercultural: la experiencia del Pau-Mapu

Hoy en día, se estima que son muchas las personas mapuches que transitan diariamente por tribunales de justicia estatal en el sur del país. La misma ausencia de reconocimiento de pluralismo jurídico en Chile incentiva a ir a resolver en estas cortes problemas y conflictos que podrían ser resueltos de forma comunitaria. La revisión de las agendas de audiencias desarrolladas durante el año 2017 en diversos tribunales de la Araucanía permite establecer, en promedio, en el 26,3% de las audiencias revisadas había al menos un interviniente mapuche.¹² Solo en el ámbito penal, se informó que de un total de 32.299 imputados atendidos en la región de la Araucanía por la Defensoría Penal Pública durante el año 2016, 7.543 pertenecían al pueblo mapuche, vale decir un 23,4% de los usuarios atendidos por las oficinas de defensa especializada, licitadas y locales. Pese a la existencia de diversos dispositivos de interculturalidad en los tribunales, se ha podido observar por parte tanto de usuarios como de actores jurídicos de diversos problemas en materia de cómo atender a las personas mapuches, de acuerdo a sus particularidades sociales, culturales y lingüísticas. Es así que el mismo modelo de atención de usuarios del Poder Judicial existente a esta época no contemplaba ninguna especificidades culturales y lingüísticas de las personas que se atendían, mientras que la misma institución pretendía desarrollar una política dirigida a la población considerada como vulnerable integrada entre otra por los indígenas (Francesconi y Villegas Díaz 2021).¹³ La persistencia e intensificación de conflictos que involucran a organizaciones y

¹² Debido a la ausencia de cifras oficiales del Poder Judicial que consignen la identificación de sus usuarios, se realizó un trabajo estadístico tomando como base las agendas mensuales proporcionadas por algunos de los tribunales en los cuales se realizaron observaciones etnográficas. La elaboración de dichas estadísticas contempló a la totalidad de los usuarios mencionados en dichas agendas, incluyéndose imputados, víctimas y testigos, en el caso de los Juzgados de Garantía y de Tribunal Oral en lo Penal, y demandante y demandado en el caso de Juzgado de Familia. Además, debido a que las agendas de los distintos tribunales no contemplan ningún ítem relativo a autoidentificación, se consideraron únicamente los apellidos como criterio para establecer a un usuario como mapuche.

¹³ Esta preocupación del Poder Judicial por el trato a grupos considerados “vulnerables” se puede observar particularmente a partir de la suscripción a las Reglas de Brasilia sobre Acceso a la Justicia de las Personas en condición de Vulnerabilidad en 2008 y la adscripción al Protocolo Iberoamericano de actuación judicial para mejorar el acceso a la justicia de personas, comunidades y pueblos indígenas (2014) por parte de la Corte Suprema, lo que dará origen en 2020 a la elaboración de un “protocolo de acceso a la justicia de grupos vulnerables” (Poder Judicial 2020). Por otra parte, dentro de las pocas experiencias en materia de protocolo de atención especializado en el ámbito de la justicia en favor de los pueblos indígenas se puede mencionar el Protocolo de atención a mujeres indígenas extranjeras privadas de libertad desarrollado en 2015 por la Defensoría Penal Pública, con el apoyo del programa Eurosocietal. De acuerdo con la revisión documental y de jurisprudencia realizada por Lavinia Francesconi y Myrna Villegas (2021), la gran mayoría de los protocolos existentes en América latina que se refieren a los pueblos indígenas en los tribunales estatales, están más bien enfocados a la “actuación” (o sea más la forma de juzgar) o a la coordinación de los sistemas jurídicos, y no específicamente a la atención.

comunidades mapuches que reclaman la propiedad de la tierra a empresas forestales, grandes y pequeños propietarios, o que se oponen a proyectos energéticos o productivos en sus territorios, han tenido repercusiones en los tribunales, principalmente penal, pero también en el ámbito civil. Al no ser resueltos políticamente, una parte de estos conflictos se han extendido a los tribunales, generando nuevas tensiones entre actores jurídicos y población mapuche.

3.1. Protocolo de Atención a Usuarios y Usuarías Mapuche en tribunales y juzgados de la macrorregión sur (Pau-Mapu)

Es en este contexto que surgió la propuesta de una investigación aplicada financiada por el Fondo de Fomento al Desarrollo Científico y Tecnológico (FONDEF) y a cargo de un equipo interdisciplinario de la Universidad Católica de Temuco y de la Universidad de Chile. El proyecto consistió en desarrollar en conjunto con la Corte de Apelaciones de Temuco, un protocolo de atención con pertinencia cultural a usuarios y usuarias mapuches en los tribunales de La Araucanía destinado a guiar los funcionarios del poder judicial. Debido a que la Corte de Apelaciones de Temuco, decidió durante el primer año de ejecución de retirarse del proyecto por temor de ver afectada su neutralidad por la presencia en el equipo de un miembro de una organización de defensa de derechos humanos y de una abogada mapuche que defendía una causa antiterrorista, el trabajo de validación del protocolo que estaba en curso de elaboración no pudo desarrollarse en los tribunales tal como se había planificado. Por lo que se inició un trabajo dirigido a la Asociación de Municipalidades con Alcaldes Mapuche (AMCAM), enfocándose la eficacia y validez del protocolo hacia servicios de municipalidades, y en particular los Juzgado de Policía local, cuyos espacios y funcionarios son municipales a diferencia de los otros tipos de juzgados y tribunales del país, que dependen únicamente del Poder Judicial. Este cambio de institución asociada al proyecto en el transcurso de su implementación ha sido muy relevante, ya que se pasó de una entidad estatal conocida por ser bastante rígida, formalista, altamente jerarquizada y hermética, en particular en relación con las personas que no eran juristas o abogados, a una organización considerada “de base” y más cercana de las preocupaciones de los usuarios de los servicios municipales. Contribuyó en desarrollar un mayor acercamiento con los usuarios, y permitió resaltar la dimensión política del trabajo que era difícil hacer visible con la institución anterior, y así salir del *ilusio* de la neutralidad tanto de los actores jurídicos como de los investigadores.

Un pilotaje de una primera versión del protocolo se realizó en tres juzgados de policía local dependientes de municipalidades parte de la AMCAM (Puerto Saavedra, Tirúa y Currarehue), mientras que se hicieron diversos talleres con funcionarios y usuarios, además de entrevistas y consultas a expertos nacionales e internacionales, con el fin de mejorar el documento y validarlo. El producto final que se ha nombrado Protocolo de Atención a Usuarios y Usuarías Mapuche en tribunales y juzgados de la macrorregión sur (Pau-Mapu) integró un conjunto de orientaciones, criterios, procedimientos, fases de atención, bajo la forma de principios, reglas de atención, recomendaciones, buenas prácticas y ruta de atención. Visto que gran parte del trabajo de investigación se realizó en tribunales y juzgados del Poder Judicial, se incluyó numerosos elementos que permiten al Pau-Mapu ser implementado en estos espacios a pesar de haber sido validado sólo en Juzgados de Policía Local. De hecho, entre 2019 y 2020, vale decir

posteriormente a su validación y lanzamiento, se ha recurrido al Pau-Mapu en algunas oportunidades, en particular en el Tribunal Oral en lo Penal de Los Ángeles. En el presente apartado, se pretende volver sobre distintos hallazgos de dicha investigación y generar una reflexión sobre la dificultad de aplicar este tipo de dispositivo intercultural no solo en espacios adversos, sino también con poblaciones discriminadas que se encuentren en una doble relación con el derecho estatal y sus tribunales.

El trabajo de observación etnográfica colectiva realizada durante ocho meses en 15 tribunales y juzgados de distintas jurisdicciones principalmente en la región de la Araucanía, además de las entrevistas con actores jurídicos (funcionarios, magistrados) y usuarios y los *trawun* (encuentros) con autoridades tradicionales y usuarios mapuches, permitieron diversos hallazgos que sirvieron de insumo para la elaboración del documento final. Estos encuentros permitieron compartir experiencias y reflexiones acerca de la atención a usuarios mapuches en tribunales, constituyeron instancias para presentar y discutir los avances del proyecto, recabar inquietudes en la misma metodología de trabajo con el fin de consensuar contenidos de la primera versión del protocolo. Tanto las entrevistas, los encuentros como la sistematización de las observaciones etnográficas colectivas ayudaron a deducir distintos restrictores, limitaciones que restaban pertinencia lingüística y sociocultural a la atención de usuarios en tribunales y juzgados, y que se podían organizar a cinco tipos.

3.2. Restrictores al reconocimiento lingüístico y cultural de los usuarios mapuches en los tribunales

Un primer grupo de restrictores se relacionaban con el monoculturalismo estructural que caracterizaba los espacios observados, donde predominaban diversas prácticas y rutinas que tienden a unificar las diferencias socioculturales y lingüísticas de los usuarios. A pesar de la presencia de papelería y señalética bilingüe que aparecen más bien como gestos simbólicos, de reconocimiento parcial con poco alcance en el buen trato de las personas, la organización misma del espacio, los procedimientos burocráticos basados sobre lo escrito y la lengua española, el mismo lenguaje usado tienden a borrar las diferencias. Estas técnicas de normalización están desplegadas al nombre de una ideología universalista donde la justicia es la misma para todos. Las paredes de los tribunales están cubiertas de instructivos, normas y letreros que dan cuenta de la prevalencia de lo escrito sobre lo oral, y que se dirige al público de forma impersonal y abstracta. Esta visión homogeneizadora hace que se considere que todos los usuarios saben comunicarse en castellano, incluso los mapuches, las pocas excepciones siendo en algunos casos adultos mayores que se presentan en el tribunal solos. Los facilitadores interculturales están solo presentes en los juzgados de garantía y los tribunales orales penales, pero pocas veces intervienen durante las audiencias para actuar como intérpretes. Las mismas políticas de atención impulsadas por las distintas instituciones de administración de justicia donde los justiciables, sean víctimas, acusados, testigos o familiares, pasan a ser denominados "usuarios" pero con enfoque clientelar, se enfocan a un trato impersonal que no consideren sus particularidades y necesidades propias.

En segundo lugar, se puede observar que la composición sociocultural de quienes ejercen en los tribunales, vale decir las propiedades sociales, culturales e identitarias de los funcionarios y magistrados, si bien contiene algunas diferenciaciones no refleja la

diversidad sociocultural que caracteriza el contexto regional. Es así que tanto en la magistratura, como en el Ministerio Público e incluso en la Defensoría Penal Pública, son escasas las personas autoidentificadas como mapuches, mientras que tampoco su número es muy significativo dentro de los funcionarios de estas instituciones que están llamado a atender en ciertas comunas a un 50% de población mapuche. Los funcionarios son mayoritariamente personas de origen y nacionalidad chilena, socializados en la ciudad, con estudios universitarios y rentas incomparablemente más altas que la mayoría de los usuarios mapuches de los tribunales. Esta asimetría, y diferencia entre la composición sociocultural de los tribunales y aquella de sus usuarios puede tener a veces algunos efectos como el distanciamiento, la desconfianza, el desencuentro en particular entre quienes se identifican como mapuches y los funcionarios, propiciando de esta forma un sentimiento de discriminación.

Relacionado con el restrictor anterior, la circulación de estereotipos en los espacios jurídicos constituye una tercera barrera a una buena relación entre los funcionarios y los usuarios ya que forma un elemento ideológico que impacta en el tratamiento de estos últimos. Es así que, en algunos casos, se ha podido observar en las entrevistas la existencia de estereotipos raciales que consistían en considerar las personas mapuches como conflictivas, ignorantes, inferiores o analfabetas, mientras que el uso de la lengua propia era visto como una anomalía. Un sentimiento compartido entre los usuarios entrevistados es que “porque a uno lo miran ignorante, por eso lo tratan así” (usuaria proviniendo de una comunidad cercana de Temuco, 62 años), o que “por el hecho de ser mapuche, por el hecho de ser pobre la justicia ahí no se hace valer” (usuario, proviniendo de una comunidad de la comuna de Galvarino, 48 años). Si bien no consta que estos estereotipos sean generalizados a todo el cuerpo de funcionarios de los tribunales, estos tienden a volverse discretos en el discurso (por ejemplo, al presumir la ausencia de usuarios mapuches en un tribunal situado en una zona donde hay pocos conflictos) y basta de algunos casos para generar tensiones y conflictos.

El cuarto tipo de restrictor intrínsecamente relacionado con los anteriores remite al poco acceso que tienen los funcionarios a espacios de formación en materia de interculturalidad, de reconocimientos y respeto de las diferencias socioculturales. Sin duda este tipo de formación podría contribuir a revertir ciertos problemas y prejuicios mencionados anteriormente, al menos a través de la elaboración de criterios comunes en el entendimiento de la diferencia sociocultural y la atención con pertinencia cultural.

El último tipo de restrictor institucional identificado se refiere a la ausencia de mecanismos de mediación. Varios usuarios nos han señalado la carencia de apoyos que faciliten su participación en el proceso judicial que los involucra. Sostienen que la información, orientación, acompañamiento o auxilio legal en las distintas fases del proceso de atención es deficitaria y restringe el umbral de pertinencia en la atención. Esta situación afecta, como se ha dicho más arriba, la sensación de ser comprendido: “No había un entendimiento, entre la justicia, entre el tribunal y la víctima o el acusado, eso es pan de cada día, especialmente en la región de La Araucanía, porque uno es nacido y criado con un arraigo de campo” (usuario, proviniendo de una comunidad de la comuna de Galvarino, 46 años). Cuando se da el caso que los usuarios conocen algunos aspectos del funcionamiento y los derechos que ellos tienen en los tribunales, es posible que aprovechen los servicios y dispositivos interculturales que ofrece el sistema judicial

estatal actual. Esta situación ha sido observada particularmente entre los usuarios mapuches que son asistidos por facilitadores interculturales autorizados. En estos casos, no puede afirmarse que no existan mecanismos de mediación, sino que éstos son insuficientes para la cantidad de usuarios y tipo de necesidades que se requiere cubrir, más allá de la atención en sí misma.

3.3. De la dificultad de “ser” mapuche en un tribunal chileno

Ahora bien, el mismo proceso de elaboración colectiva del Pau-Mapu y su implementación a través del proceso de pilotaje y encuentros con funcionarios y usuarios, han permitido advertir de otras limitaciones. Estas son principalmente extra-institucionales, a la vez son estructuradas y estructurantes y se relacionan con el contexto histórico y la misma relación de los usuarios mapuches con la justicia chilena. Uno de estos aspectos que limitan el acceso a la justicia de los usuarios mapuches y propendan un sentimiento colectivo de injusticia se relaciona con la historia misma de la relación que esta población ha mantenido con la justicia estatal. Tal como se mencionó anteriormente se trata de una doble relación, a la vez de dependencia, pero también de subjetivación y entonces de emancipación. El derecho chileno puede estar usado en contra de la persona como también para demandar, aunque la historia muestra que en el caso de las comunidades mapuches ha servido muchas veces para justificar o avalar despojos u otros abusos en sus contras (Le Bonniec y Berho Castillo 2018, Pavez y Payàs 2021). Los litigios jurídicos, principalmente por asuntos de tierras, han sido recurrentes, hasta tener un hombre en mapudungun, “inkanpen”, “ir al tribunal”.¹⁴ Estos pleitos por tenencia de tierras, muchas veces perdidos o irresueltos, están inscritos tantos en los papeles que circulan en las comunidades como en la memoria de sus habitantes, quienes cuando se presentan en tribunal están conscientes que la justicia “winka” (no-mapuche) tiene sus propios tiempos y muchas veces no ha estado en su favor en el pasado. De forma que hay una probabilidad que el usuario mapuche viva su experiencia presente de la justicia a través del prisma de esta historia de injusticia y aplazamiento, y reproduzca de tal manera un sentimiento de discriminación.

En este sentido, una situación llamativa observada durante el pilotaje del Pau-Mapu al fin del año 2018 incluye la reticencia de los propios actores en autoidentificarse como mapuche en los espacios de tribunales. La autoidentificación constituye una de las condiciones para la activación del protocolo, y así evitar toda práctica de discrecionalidad por parte de los funcionarios al momento de considerar si el usuario es mapuche o no. Para tal efecto, en los juzgados de policía local donde se desarrollaron los pilotajes, se dispusieron afiches bilingües (castellano-mapudungun) diseñados para usuarios mapuches, informando sobre el protocolo y los derechos que se les otorgan, tales como el reconocimiento a la identidad cultural, el acceso a una justicia pertinente para adultos mayores y ancianos o del interés superior del niño adolescente, no ser discriminado por factor de lengua, raza o género, el derecho al uso del mapudungun a través de un facilitador intercultural. Sin embargo, son escasas las personas que optaron por identificarse como mapuche y entonces activar el protocolo. De la misma forma, la negación por parte de usuarios hablantes de recurrir al mapudungun, prefiriendo hablar

¹⁴ Es el profesor Gabriel Llanquinao que menciona la existencia de este concepto en mapudungun para decir que uno va a alegar o tramitar a un tribunal.

en español para comunicarse con el riesgo de no entender todo o hacerse mal entender, es ilustrativo de esta resistencia al afirmar su identidad y lengua madre (salvo en casos de “connotación pública”) en un espacio conocido por sus prácticas discriminatorias. Existe un temor de ser discriminado al identificarse como mapuche en vez de, como lo prevé el protocolo, beneficiar de mayores garantías, mientras que se opta a la lengua dominante para hacerse escuchar y tener la posibilidad de obtener justicia. Asimismo, durante el proceso de validación del protocolo, con ocasión de un *trawun* en el cual participaron usuarios mapuches y autoridades tradicionales, se pudo constatar una reticencia al uso de simbología mapuche dentro de las salas de audiencias de los tribunales (tales el uso de la bandera mapuche al lado de la chilena, o del *kultrun*),¹⁵ por considerar estos espacios como propios del sistema jurídico chileno y no querer generar confusión sobre el tipo de justicia que se impartía. Sin embargo, existía un consenso por parte de las mismas personas sobre la necesidad de reafirmar los colores de la bandera mapuche y otros elementos identificarios (vestimenta, joyas, manta...) en la portada del mismo documento, con el fin de enfatizar sus rasgos propios y particularidades y reivindicar sus derechos como tales (Le Bonniec *et al.* 2021).

De esta manera, se observa a la obra la doble racionalidad o doble consciencia en relación con el derecho estatal, marcada por una parte por las expectativas que produce este último al poder resolver litigios y establecer una justicia, y por otra un sentimiento de discriminación e injusticia que produce tanto en el trato cotidiano que por los resultados obtenidos. Este sentimiento de injusticia está a la vez objetivado por una historia, algunas experiencias y datos estadísticos y subjetivados entre otros por la mediatización de la judicialización de las demandas mapuches y los debates públicos persistentes en torno a la legitimidad de éstas. Los espacios judiciales participan entonces en formar no sólo cultural sino también socialmente, identidades discriminadas que contribuyen a alimentar un menosprecio y sufrimiento social. La experiencia de justicia, tan diversa sea en los tribunales, se inscribe en regímenes de intersubjetividad que requieren mayor transformación societal que supera la implementación de protocolos o el desarrollo de dispositivos interculturales funcionales. Conlleva situar el concepto de injusticia en relación con características socioculturales de los sujetos que la invocan, y aspirar a políticas de reconocimiento y de redistribución en distintos ámbitos de la vida social (Fraser y Honneth 2003), pasando por la cuestión del territorio en el caso de poblaciones indígenas como el pueblo mapuche.

Por otro lado, la misma institución de justicia está capturada por distintas lógicas, por un lado aquellas de control y de racionalización propias del trabajo burocrático que se fundamentan sobre una visión universalista y monocultural del usuario; y en otro polo aquellas que se adscriben en políticas de reconocimiento impulsadas por el multiculturalismo neoliberal, el nuevo gerencialismo y las mismas luchas identitarias emprendidas por los pueblos indígenas en busca de justicia. Posibilitan un mercado de políticas interculturales, donde se van confrontando distintas visiones de lo que tiene

¹⁵ El *kultrun* está considerado como uno de los símbolos de la cultura mapuche, designa también un instrumento de música, tambor, usado por el/la chamán o curandera (*machi*) y sobre el cual generalmente está pintada esta simbología que representa los cuatros puntos cardinales con elementos cosmológicos como son la luna, una estrella, el sol...

que ser la convivencia, pero limitan sus alcances al mantener el dominio sobre la forma monista de concebir y dictar la justicia.

4. Conclusiones

El despliegue de los discursos y prácticas promoviendo la interculturalidad en los tribunales del sur de Chile ha sido condicionado por distintas tendencias: no sólo fue una respuesta a demandas formuladas por uno de los movimientos indígenas lo más visibles de América latina, sino que se insertó en reformas neoliberales preconizadas por organismos internacionales y asociadas al proyecto del multiculturalismo neoliberal, y encontró su justificación en la misma persistencia de desigualdades que afectan un porcentaje notable de la población mapuche. Al ingresar en los tribunales, y entrar en contacto con lógicas y procedimientos burocráticos de la cultura jurídica chilena, la cultura mapuche se enmarca en procesos de intersubjetividades, con el riesgo de ser considerada y reconocida como una totalidad significativa con rasgos ostensibles identificables por los actores jurídicos, pero sin que se logre terminar con las asimetrías, desigualdades e injusticia que motivan el diseño e implementación de las políticas interculturales. Era sin contar con la presencia de usuarios que van interrumpiendo estas prácticas funcionales de homogenización cultural a través de la interculturalidad, para instaurar luchas identitarias encarnadas en luchas contra la injusticia (Renault 2017). Sus silencios y negación en autoidentificarse en espacios considerados como ajenos e incluso hostiles van recordando que la identidad se puede afirmar también de forma discreta y negativa. También, hacen patente la persistencia de conflictos de orden social, cultural, histórico y ontológico en los espacios de impartición de justicia y sobre todo el carácter estructural de las injusticias que se van produciendo en estos y en cuales se van implementando las supuestas políticas de reconocimiento a través de dispositivos interculturales.

De este modo Chile aparece como pionero en algunas iniciativas en materia de justicia e interculturalidad tales como la defensoría penal mapuche o el desarrollo de dispositivos interculturales en los tribunales. Y a la misma vez figura como uno de los pocos países de América latina que mantiene una Constitución que desconoce a los pueblos indígenas y sus derechos. La expectativa frustrada de una nueva Constitución abrió horizontes que constituía la oportunidad de salir de este pluralismo jurídico limitado, reafirmando ciertas necesidades tales como aquellas expuestas en el Pau-Mapu y las que aparecieron durante su implementación: A pesar del reconocimiento de sistemas de justicias indígenas que estaba coordinado con el sistema de justicia nacional, el texto contemplaba también la necesidad que los tribunales y sus funcionarios adopten “una perspectiva intercultural en el tratamiento y resolución de las materias de su competencia”.¹⁶

Las epistemologías del Sur pueden contribuir a responder al desafío planteado por el proceso constituyente de construir normas estatales en un momento plurinacional marcado por la permanencia de numerosas desigualdades y de un racismo sistémico. Estas perspectivas no sólo permiten visibilizar las violencias, disputas y dominación en el derecho y su aplicación, sino también afirman la posibilidad por parte de los colectivos

¹⁶ Art. 322 de la propuesta de Constitución Política de la República de Chile, 2022.

de producir y generar desde los principios de autodeterminación sus propios derechos y prácticas jurídicas a otros fines emancipatorios.

Así mismo, si todo proceso de emancipación es, antes de todo, autoemancipación, ya que no puede ser decidida desde arriba, requiere sin embargo una institucionalización y un orden social (Boltanski y Fraser 2016, pp. 72-73) que no necesariamente tienen que ser aquellos preestablecidos. Abre espacios de justicias, de encuentros y de entendimientos en cuales se van renegociando el ideal y valor de la justicia a la luz de los contextos históricos y locales en cuales están insertos.

Referencias

- Álvarez, R., 2014. El peritaje antropológico y la defensa penal de imputados indígenas en la Araucanía, 2004–2011. *CUHSO*, 24(1), 81–103.
- Araya-Moreno, J., 2021. Seguridad ciudadana en Chile: Las estadísticas sobre la delincuencia como tecnologías de producción de conocimiento. *Latin American Law Review*, (7), 143–160.
- Berhó, M., Castro, P., y Le Bonniec, F., 2016. La pericia antropológica en la Araucanía de Chile. Entre teorías y prácticas, 2003–2014. *Antropologías del Sur*, 16(3), 107–126.
- Bessone, M., 2020. *¿Sin distinción de raza? Un análisis crítico del concepto de raza y de sus efectos prácticos*. Buenos Aires: Prometeo Libros.
- Boccaro, G., 2007. Etnogubernamentalidad: La formación del campo de la salud intercultural en Chile. *Chungará (Arica)*, 39(2), 185–207.
- Boccaro, G., 2013. El retorno de los vencidos, o la historia nacional mapuche como ruptura anticolonial. En: J.C. Garavaglia, J. Poloni-Simard y G. Rivière, eds., *Au miroir de l'anthropologie historique : Mélanges offerts à Nathan Wachtel*. Presses Universitaires de Rennes, 365–382.
- Boltanski, L., y Fraser, N., 2016. *Dominación y emancipación*. Buenos Aires: Capital Intelectual.
- Boueiri Bassil, S., 2010. El acceso a la justicia en Latinoamérica desde las perspectivas democracia, desarrollo, liberación. En: S. Boueiri Bassil, ed., *El acceso a la justicia: contribuciones teórico-empíricas en y desde países Latinoamericanos*. Madrid: Dykinson, 173–194.
- Brandariz García, J.A., 2016. El New Public Management y las políticas penales. *Revista Nuevo Foro Penal*, 12(87), 181–219.
- Briones, C., y Ramos, A., 2018. “Todo lo que es sólido (casi) se desvanece en el aire, todo lo sagrado (casi) se vuelve profano”: manifestaciones discursivas de una crisis de hegemonía cultural. *Heterotopías*, 1 (1 SE-Dossier).
- Candina, A., 2005. Seguridad Ciudadana y Sociedad en Chile Contemporáneo. Los delincuentes, las políticas y los sentidos de una sociedad. *Revista de Estudios Históricos*, 2(1).
- Carmona, C., 2015. Hacia una comprensión “trágica” de los conflictos multiculturales: acuerdos reparatorios, VIF y derecho propio indígena. *Revista chilena de derecho*, 42(3), 975–1001.

- Corvalán Rivera, C., 2021. *El uso simbólico del derecho estatal en la protesta mapuche: hacia la emergencia de una defensa del sur*. Universidad Carlos III de Madrid.
- Dardot, P., et al., 2021. *Le choix de la guerre civile*. Montreal: Lux.
- De la Maza, F., 2012. Construir el estado en el espacio rural e indígena: un análisis desde la etnografía del estado en la Araucanía, Chile. *RURIS (Campinas, Online)*, 6(2). Disponible en: <https://doi.org/10.53000/rr.v6i2.1544> [Acceso 13 febrero 2023].
- Defensoría Penal Pública, 2015. *Protocolo de atención a mujeres indígenas extranjeras privadas de libertad*, Documento de Política nº 32 Área: Justicia. Madrid: Eurosocia, Programa para la cohesión social en América Latina.
- Dezalay, Y., y Garth, B., 2005. *La internacionalización de las luchas por el poder: La competencia entre abogados y economistas por transformar los estados latinoamericanos*. Santiago de Chile: ILSA/Universidad Bolivariana.
- Dumoulin Kervran, D., y Gros, C., 2012. Un modèle latino-américain ? : Introduction. En : C. Gros y D. Dumoulin-Kervran, eds., *Le multiculturalisme au concret : Un modèle latino-américain ?* París: Presses Sorbonne Nouvelle, 13–41.
- Fajardo Sánchez, L.A., 2016. Los invisibles en el laberinto del minotauro o la lucha por el derecho a la justicia en Colombia. *IUSTA*, 1(25).
- Faúndes, J.J., 2004. La defensa de los mapuche en el nuevo sistema procesal penal. Ciudadanía y derechos. *Serie Acceso a la Justicia y Reforma Procesal Penal*, 2(29), 31–37.
- Faúndes, J.J., y Le Bonniec, F., 2020. Comparando la cultura jurídica desde el derecho a la identidad cultural en Brasil y Chile. *Revista de Direito Internacional*, 17(1), 144–179.
- Fernández Droguett, F., 2021. El peritaje cultural como práctica antropológica en la defensa de imputados indígenas en Chile: hacia la construcción de un posible pluralismo jurídico. *Andamios, Revista de investigación social*, 17(44), 275–293.
- Francesconi, L., y Villegas Díaz, M., 2021. Bases normativas para un protocolo de atención a usuarios indígenas en los tribunales chilenos: especial referencia a los Juzgados de Policía Local. *Revista de Derecho (Coquimbo)*, 28, e3146.
- Fraser, N., y Honneth, A., 2003. *Redistribution or Recognition?: A Political-Philosophical Exchange*. Londres: Verso Books.
- Garrau, M., 2018a. *Politiques de la vulnérabilité*. París: CNRS.
- Garrau, M., 2018b. Vulnérabilité. En: P. Savidan, ed., *Dictionnaire des inégalités et de la justice social*. París: PUF, 1655–1663.
- Giménez Romero, C., 2003. Pluralismo, multiculturalismo e interculturalidad. *Educación y futuro: revista de investigación aplicada y experiencias educativas*, 8, 11–20.
- González Guarda, C., 2018. *Gestión, gerencialismo y sistema penal*. Buenos Aires: Bdef.
- Grau, N., y Vergara, D., 2020. A Simple Test for Prejudice in Decision Processes: The Prediction-Based Outcome Test. *Working Papers 493*. Santiago: Facultad de Economía y Negocios, Departamento de Economía de la Universidad de Chile.

- Hale, C.R., y Millaman, R., 2006. Cultural Agency and Political Struggle in the Era of the Indio Permitido. *En: D. Sommer, ed., Cultural Agency in the Americas*. Durham: Duke University Press, 281–301.
- Hersant, J., 2022. Proceso penal inquisitivo y acceso a la justicia en Chile: un estudio socio-histórico de los empleados judiciales y sus quehaceres en el marco de la práctica de la delegación de funciones (1974-2012). *Política criminal*, 17(33), 110–140.
- Jelves, S., 2002. Pueblo mapuche: entre los avances de la norma jurídica y la subjetividad de los operadores. *En: Corporación Forja, ed., Derechos, reforma a la justicia y pueblo mapuche*. Santiago: Corporación Forja, 61–64.
- Jopia Z., V., y Labbé C., N., 2018. Discriminaciones múltiples y la recepción en el derecho interno: el caso de Lorenza Cayuhán Comentario a la sentencia rol N 0 92795-2016 de la Corte Suprema. *Estudios constitucionales*, 16(1), 437–452.
- Le Bonniec, F. y Berho Castillo, M., 2018. El abogado de los indios y la constitución de la propiedad austral. Relevancia sociojurídica pasada y presente de las cartas del Padre Sigifredo de Frauenhäusl. *En: G. Pozo, ed., Explotación y violación de los derechos humanos en territorio mapunche*. Santiago: Ocho libros, 435–451.
- Le Bonniec, F., 2009. Chronique d'un procès antiterroriste contre des dirigeants mapuches. *En: B. Bosa y E. Wittersheim, eds., Luttés autochtones, trajectoires postcoloniales*. París: Karthala, 147–186.
- Le Bonniec, F., et al., 2021. El lugar de la interculturalidad en la justicia chilena. Experiencia de investigación en torno a la elaboración de un protocolo de atención a usuarios mapuche en el sur de Chile. *Revista Austral de Ciencias Sociales*, 41, 219–237.
- Le Bonniec, F., y Corvalán, C., 2021. Derecho penal chileno e interculturalidad en Wallmapu. ¿Un espacio para nuevas estrategias emancipatorias? *Utopía y praxis latinoamericana*, 26(93), 34–64.
- Le Bonniec, F., y Nahuelcheo Queupucura, P., 2017. La mediación lingüístico-cultural en los tribunales en materia penal de la Araucanía. *Revista de Lengua i Dret*, 67, 279–293.
- Le Bonniec, F., y Payàs Puigarnau, G., 2021. Entender la justicia y las injusticias en Wallmapu a través de los estudios interculturales como propuesta de con-vivir. *En: M. Samaniego, ed., Estudios Interculturales desde el Sur: procesos, debates y propuestas*. Santiago de Chile: Ariadna, 37–64.
- Lemaitre, J., 2009. *El derecho como conjuro: Fetichismo legal, violencia y movimientos sociales*. Bogotá: Siglo del Hombre.
- McCann, M., 2006. Law and Social Movements: Contemporary Perspectives. *Annual Review of Law and Social Science*, 2 (1), 17–38.
- Millaleo, S., 2016. Derecho Consuetudinario indígena y derecho penal estatal en Chile: Sentido y alcance del art. 54 de la ley indígena y el reconocimiento de la costumbre como eximente y atenuante a la luz del Convenio 169 de la OIT y la Declaración Universal de Derechos de. *En: Defensoría Penal Pública, ed., Aspectos*

- culturales de la defensa de imputados indígenas*. Santiago: Defensoría Penal Pública, 16–105.
- Mora Nawrath, H., y Payàs Puigarnau, G., 2021. Modelos de representación del indígena en el discurso científico/erudito. una aproximación desde los artículos publicados en Chile durante las tres primeras décadas del siglo XX. *Chungará (Arica)*, 53(2), 315–327.
- Morales, R., 2010. Mapuchómetros o la Cultura sin Sujeto Social. *Actas VIº Congreso Chileno de Antropología (Tomo II)*. Santiago: Colegio de Antropólogos de Chile A. G, 1555–1562.
- Muñoz Machado, S., ed., 2017. *Diccionario panhispánico del español jurídico*. Madrid: Real Academia Española.
- Pavez Ojeda, J., y Payàs Puigarnau, G., eds., 2021. *El protectorado de Indígenas en Chile: Estudio introductorio y fuentes (1898-1923)*. Santiago: Biblioteca Nacional de Chile.
- Pérez Goldberg, P., 2017. Discriminación: el caso de Lorenza Cayuhán. *Revista de Ciencias Sociales*, 70, 75–94.
- Poder Judicial, 2020. *Protocolo de acceso a la justicia de grupos vulnerables*. Santiago.
- Renault, E., 2017. *L'expérience de l'injustice*. París: La Découverte.
- Samaniego, M., y Mora, H., 2021. Sobre la nueva constitución como espacio público político: Reflexiones sobre sus supuestos y dinámica. En: C. Carrasco Hidalgo y C. Quiroz Reyes, eds., *Una nueva Constitución: Una propuesta desde La Araucanía*. Ediciones de la Universidad Católica de Temuco, 87–95.
- Sicardi, M., 2018. Gerentes del castigo. Una aproximación a los discursos del management y su aplicación en los procesos penales latinoamericanos. En: G. Irrazábal et al., eds., *Gestión de la inseguridad, violencias y sistema penal*. Temperley: Tren en Movimiento, 21–35.
- Soria, S., 2017. ¿Dónde está Santiago Maldonado? Tres imágenes. *Cuadernos de Coyuntura*, 1, 51–55.
- Stock Rojas, P., 2019. La Ley Pascua y su excepcionalidad en materia penal. Análisis de sus artículos 13 y 14 a la luz de los debates parlamentarios. En: M. Cristeche y M. Lanfranco Vázquez, eds., *Investigaciones sociojurídicas contemporáneas*. La Plata: Malisia, 131–145.
- Thompson, J., ed., 2000. *Acceso a la Justicia y Equidad: Estudio en siete países de América Latina*. San José de Costa Rica: Banco Interamericano de Desarrollo.
- Universidad Católica de Temuco, 2019. *Protocolo de Atención a Usuarios y Usuarías Mapuche en tribunales y juzgados de la Macrorregión Sur*. Universidad Católica de Temuco.
- Vera, A., Aguilera, I., y Fernández, R., eds., 2019. *Nación, Otredad, Deseo: Producción de la diferencia en Tiempos Multiculturales*. Santiago: Ediciones Universidad Academia de Humanismo Cristiano.

- Vera, A., Aguilera, I.M., y Fernández, R., 2018. Demandas de autenticidad: deseo, ambivalencia y racismo en el Chile multicultural. *Convergencia Revista de Ciencias Sociales*, 25(76), 13–36.
- Villavicencio Miranda, L., 2019. Jurisdicciones interculturales y mujeres mapuches en Chile. En: M. Benente y M. Navas Alvear, eds., *Derecho, conflicto social y emancipación*. CLACSO, 137–156.
- Villegas Díaz, M., 2012. Entre la exculpación y la justificación: Apuntes de legislación comparada latinoamericana sobre pluralismo jurídico y derecho penal. *Revista de derecho (Valdivia)*, 25(2), 177–205.
- Žižek, S., 2008. Multiculturalismo o la lógica cultural del capitalismo multinacional. En: F. Jameson y S. Žižek, eds., *Estudios culturales: Reflexiones sobre el multiculturalismo*. Buenos Aires: Paidós, 137–188.